

nii Anno 1705. approbavit Testamentum ducis militaris, quod sine teste ordinavit in transitu per locum & provinciam Sueviae, tunc temporis a Gallis occupata & infestata, cum ad exercitum Caesarem festinaret: eo quod fuerit in continuo periculo confictus & pugnae, nec pugnae actualis requiratur, sed pugnae continuum periculum. Clariss. D. Fleck in *Bibliotheca Jur. lib. 2. tit. 29. num. 5. 9. & 27.*

126 Porro Militaris Testamenti privilegia ad hoc ampliora sunt, ac remissione quasi totius Juris testamentarii gaudent. Nam I. possunt Testamentum facere de bonis castrensis, tametsi sint capitis damnati ob delictum militare, sine violatione fidei commissum. *l. ex militari 11. in pr. ff. de Testament. milit. Gletle de Testam. d. l. cap. 3. §. 1. n. 8.* Con- 127 feratur tamen D. Stapf d. l. §. 8. II. possunt haeredes instituire, qui caeteroquin sunt incapaces, exceptis servis poenae, haereticis insignioribus, & mulieribus suspectis *l. idem ff.*

§. III.

De Testamento, tempore pestis condit.

133 Quinta Testamenti Insolennis & privilegiati species est Testamentum, quod tempore pestis vel alterius contagionis conditur: in hoc quippe, tametsi solennitatum omnigena pompa non sit praesentia, praesertim quoad numerum, subscriptionem, & subscriptionem Testamenti scripti: attamen ob periculum infectionis indultum est, ut liceat testes successivè ac separatim convocare. 134 Textus in *l. casus 8. Cod. de Testam.* Unde verius est, quod testes testatorem videre debeant, & audire Brunn, ad *d. l. n. 1.* non qui-

§. IV.

De Testamento Rusticorum.

136 Sexta species Testamenti Insolennis & privilegiati est, quod homines rustici faciunt in pagis & locis extra civitates, ubi cum plerumque cohabitent pauciores & minus literati homines, concessum est, ut si plures nequeant haberi testes, quinque rogentur; qui etiam, si literas calleant, Testamentum scriptum subscribere tenentur, non tantum pro se, sed etiam pro illiteratis; at si soli sint illiterati, subscribendi necessitas est sublata. Textus in *l. ult. Cod. de Testam. ubi Brunn. num. 11.* 137 Solent autem DDres hanc testandi facultatem non tantum ad rusticos, rus colentes, coartare, sed etiam ad Nobiles, vel cives, qui ruri habent sua praedia, & ibidem Testamenti tempore versantur, extendere: cum militet eadem ratio, in rariori testium quantitate & qualitate posita. Eckold, ad *tit. ff. qui Testam. fac. poss. §. 20. Gletle d. cap. 3. §.*

13. §. 2. *l. miles 41. §. 1. ff. d. r. l. ult. Cod. de Haeretic. III.* possunt haereditatem scindere, 128 ac partim testati, partim intestati decedere *l. si miles 6. l. si duobus 37. ff. eod. IV.* possunt 129 filium, cujus notitiam habent, sic praeterire, ut praeterito subeat vicem exhaereditationis *l. scilicet certi 9. & seq. Cod. d. r.* V. possunt 130 filio emancipato directè pupillariter substituere *l. miles 41. §. 4. ff. d. r.* VI. possunt 131 haeredem scribere ex die certo & ad diem certum *d. l. miles 41. in pr.* VII. possunt 132 Testamentum efficere tam firmum & stabile, ut neque per Legem Falcidiam quoad legata & alia minuat *l. si certatum 17. §. ult. ff. d. r.* neque per querelam inofficioli Testamenti evertatur *l. ult. Cod. de inoff. Test.* neque per agnationem posthumum rumpatur *l. qui jure 7. cum 2. seqq. ff. d. r. de Testam. milit.* neque per Testamentum posterius evertatur, nisi specialiter expressum sit *l. quarebatur 19. in pr. ff. eod. Videatur Gletle cit. l. n. 20. & seq. Clariss. D. Stapf cit. cap. 1. §. 19. & mult. seqq.*

dem sic, ut conveniant in uno conclavi, sed etiam ut ad fores accedere, vel testatorem, ad fenestram stantem, in platea conspiciere valeant, sicut Bononiae quondam accidisse, refert ex Bocero Stryck de *Caus. Test. cap. 11. §. 2.* Hodie tamen ex recepta passim, & in Ca- 135 mera Imperii probata consuetudine, duos testes in simili Testamento sufficere, tradunt Gail. 2. obs. 118. num. 18. Mynd. *cons. obs. 96.* Brunn. *cit. l. n. 4. & 5.* Gletle *d. cap. 3. §. 7. n. 4.* Stryck *d. l. §. 3.*

6. n. 2. Stryck de *Caus. Testam. cap. 13. §. 4. 138 & 5.* ubi cum Brunn, ad *tit. l. ult. num. 10.* notat multorum doctrinam, putantium, numerum testium toties remissum censeri, ac duos vel 5. sufficere, quando plures haberi non possunt; subnectit tamen, periculum esse, sic testari: cum deficiat Lex, qua testium remissio permittitur. Sed cuiusmodi incumbat probatio, haereditati 139 scripto vel ab intestato, quod testator non potuerit invenire plures quam 5. testes, nec alios quam illiteratos, Diversae sunt sententiae. Brunnem. *d. l. num. 3.* Stryck *d. l. §. 9.* & citati ab his probationem haereditati ab intestato imponunt: cum pro instituto fideicommissum praesumptio, nempe Testamenti valor, qui praesumitur in dubio; & quod ordinarium est, ut in pagis a potiori homines illiterati reperiantur *d. l. ult. Cod. de Testam.*

CA.

CAPUT IV. De Fideicommissis & Codicillis.

Absolutò Testamento tum in genere, tum in specie, subintrat per modum affinis materiz Fideicommissum & Codicillus; cujus utriusque naturam succinctè considerandam dabo.

SECTIO I.

De Fideicommissis.

SUMMARIA.

1. Describitur Fideicommissum.
2. Est ultima voluntas.
3. Quae alicui.
4. & seq. Verbis precariis & obliquis.
6. Haereditas vel pars relinquitur.
7. Aliud est tacitum, aliud expressum.
8. & seq. Aliud absolutum, aliud conditionatum.
10. Aliud commune, aliud familiare.
11. & seq. Enumerantur solennitates Fideicommissi.
13. & seq. Quando haeres est praesens, non est opus solennitate.
16. & seq. Subnectuntur remedia, quibus fideicommissum peritur.
19. & seq. Adijciuntur epolumenta, quibus haeres fiduciarius gaudet.
22. Tangitur quarta trebellianica.
23. Pro-

ponitur controversia, num filiusfamilias gravatus duplicem quartam debeat? 24. & seq. asseruntur fundamenta negantium, id Jure Civili obtinere. 28. & seq. Proferuntur rationes affirmantium. 35. & seq. Respondetur ad fundamenta priora. 44. Corollarium. 45. In fideicommissis familia non succedunt femininae. 46. & seq. Nisi masculi omnes deficiant. 48. & seq. Docetur ordo succedendi. 51. In dubio praefertur ordo succedendi ab intestato. 52. & seq. Proximitas gradus mensuratur ab ultimo possessore. 54. & seq. Roboratur assertio. 60. & seq. Diluuntur praecipua objectio.

§. I.

Quid & quotuplex sit Fideicommissum?

1. Fideicommissum est ultima voluntas, qua alicui verbis precariis seu obliquis tota haereditas vel pars relinquitur.
2. Dixi I. ultima voluntas. Eti enim aliquando Fideicommissum mediante pacto vel conventionione constituitur; id tamen non ordinarium & regulare, sed extraordinarium & irregulare est: cum plerumque Fideicommissa in tempus mortis dirigantur, & sic speciem ultimae voluntatis constituent. Harprecht de *Success. Academ. p. 2. tr. 8. §. 3.* Stryck de *Caus. Testam. cap. 21. membr. 1. §. 3.*
3. Dixi II. qua alicui; qua nota designatur haeres fideicommissarius, cui haereditas per Fideicommissum obvenit; in quo requiruntur eadem qualitates hodie, quae in haerede testamentario per *l. si postulant 67. §. ult. ff. ad Scutum Trebell.* Lauterbach ad *enod. tit. §. 13.*
4. Dixi III. verbis precariis & obliquis. Quibus terminis exprimitur differentia inter Testamentum & Fideicommissum: in illo namque verbis directis haereditas relinquitur; in hoc verbis precativis & obliquis rogatur haeres, sive testamentarius sive ab intestato (dictus propterea fiduciarius) ut haereditatem alteri cuidam restituat *l. ex factis 17. in pr. & §. 1. & passim ff. d. r.* Licet

ad verba precativa tam accuratè non attendatur, sed etiam verba enuntiativa, si aliae praesumptiones accedant, sufficere possunt per *l. fideicommissa 11. §. 9. l. Pampilio 39. in pr. ff. de Legat. 3.* Stryck *cit. l. §. 29.* Dixi IV. haereditas vel pars relinquitur. Ut distinguatur Fideicommissum universale à particulari, cujus superficialiter mentio est facta in *cap. 1. n. 266.* Dividitur I. Fideicommissum in expressum & tacitum. *Expressum est,* quando voluntas fideicommittentis expressè oratione & verbis inflexis manifestatur. *Tacitum est,* quando voluntas fideicommittentis ex proportionatis indiciiis juxta *num. 5.* praesumitur; ut si v.g. testator prohibeat, ne bona immobilia alienentur extra familiam *l. pars Lucii 69. §. 3. ff. de Legat. 2.* Plura exempla subjiciunt Stryck *d. l. §. 30.* & Clariss. D. Franz ad *tit. Inst. de Fideicommiss. haered. p. 1. n. 12.* Dividitur II. in absolutum & conditionatum. *Absolutum est,* quando haeres fiduciarius absolutè gravatur, ut haereditatem restituat. *Conditionatum est,* quando sub conditione gravatur, qualis non infrequenter est illa, si haeres fiduciarius sine liberis decesserit; quae, si haeres ingressus fuerit Monasterium, aequè censetur adimpleta; ac si liberis reliquisset juxta dilucidos textus in *cap. in prae-*

L IIII 2

sentia

sentia 8. de Probat. & Nov. 123. cap. 37. Illu-  
striss. Vincentius Petra commentar. Apostol.  
9 to. 3. pag. 40. & n. 1. Nisi, ut limitant Covar-  
rur. Var. resolur. lib. 1. cap. 19. Pirching ad tit.  
de Testam. num. 76. Reiffentuel ib. n. 625.  
Petra d. l. pag. 41. n. 10. de contraria testato-  
ris mente certitudo habeatur. Rota in rec. p.  
7. dec. 135. n. 15.  
10 Dividitur III. in Fideicommissum com-  
mune & familiare. Commune est, ubi non

attenditur specialiter ad familiam. Familiaris  
est, ubi principaliter respicitur ad familiam;  
sicuti plerumque Nobiles & Illustres, ad con-  
servandam familiam nitentur & splendorem,  
sua bona immobilia ea conditione solent  
relinquere, ut haeres institutus ea post mor-  
tem aliis de familia restituat; adeoque per-  
petuo maneat in familia. Stryck d. cap. 21.  
membr. 2. per tot. Struv. exercit. 36. th. 18. &  
Jesq. Miller ibid. Lauterbach cit. l. §. 6.

§. II. Quae solennitates ad Fideicommissum exiguntur?

11 UT Fideicommissum legitime relinqua-  
tur, observandae sunt solennitates. Re-  
fert scilicet, an relinquatur in Testamento,  
vel in codicillis. Si illud; solennitates Te-  
stamentariae observantur. Struv. d. exercit.  
12th. 22. Si hoc; s. testes requiruntur §.  
ult. Inst. de Fideicommiss. hered. l. ult. §. ult. Cod.  
de Codicill. qui simul praesentes esse, fideicom-  
mittentem videre, & si per scripturam con-  
ficiatur ultima voluntas, subscribere (non  
etiam signare) debent d. l. ult. §. ult. ubi  
Brunnem. num. 15. & seq. Stryck d. cap. 21.  
membr. 1. §. 37. ubi insuper in §. 36. ostendit,  
qualiter juxta l. nuda 21. in pr. ff. de Legat. 3.  
Fideicommissum solum nutu relinquatur.  
13 Si tamen fideicommittens has ipsas solen-  
nitates evitare cupiat, aliud ipsi remedium  
superest ex §. ult. Inst. d. l. & l. ult. Cod. de Fi-  
deicommiss. Potest siquidem heredem fidu-  
ciarium, si praesentem eum habeat, sine scri-  
ptura vel teste rogare, ut hereditatem alteri

restituat; quod casu haeres fiduciarius tene-  
tur efficaciter, in utroque foro, hereditatem  
heredi fideicommissario restituere. Et, si  
perfidia induratus negaret Fideicommissum,  
potest ab herede fideicommissario com-  
pelli, ut vel juret, fideicommissum non  
esse relictum, vel illud restituat. Struv. cit. l.  
th. 23.  
Dixi: si heredem praesentem habeat. Aliter  
enim Fideicommissum, absque teste reli-  
ctum, non valet, prout in cit. locis valde lu-  
culenter indicatur, dum sermo est de herede,  
qui audivit voluntatem testatoris, & cujus  
fides & conscientia peculiariter est electa.  
Stryck cit. l. §. 39. Et si promissio ha-  
15 redis, de qua nihil in cit. text. exprimitur, in  
veriori sententia non requiratur, veluti con-  
tra Peregrinum de Fideicommiss. art. 54. n. 5.  
& alios tradunt Besold p. 3. conf. 107. num. 9.  
Mantica de Consect. ult. volunt. lib. 2. tit. 13. n. 5.  
Stryck d. l. §. 41.

§. III. Quis effectus sit Fideicommissi?

16 EFFECTUS Fideicommissi est, quod haeres  
fiduciarius a fideicommissario per im-  
plorationem officii Judicis compelli possit,  
ut hereditatem adeat & restituat l. quia poterat  
4. l. lile à quo 13. §. 4. ff. ad Sc. Trebell. l.  
17 pecunia 178. §. 2. ff. d. P. S. Restitutio  
autem fit re vel verbis. Re fit, quando res  
hereditariae traduntur, aut possideri permit-  
tuntur l. restituat 37. in pr. ff. ad Sc. Trebell.  
Verbis fit, quando fiduciarius ore, nuntio,  
vel epistola fideicommissario significat, se  
hereditatem restituere d. l. restituat 37. in pr.  
18 In priori casu dominium & possessio; in po-  
steriori dominium sine possessione transit in  
fideicommissarium l. facta 63. in pr. ff. ad Sc.  
Trebell. Tuncque ad acquirendam possessio-  
nem contra fiduciarium heredem rei vindi-  
cationem; contra tertium, pro herede vel  
possessore possidentem, movet fideicommissa-  
riam hereditatis petitionem l. ex ordine 1. l.  
ult. in pr. & §. 1. ff. de Fideicommiss. hered. petis.  
Brunnem. ibid. n. 11.  
19 Quoad emolumenta & incommoda Fidei-  
commissi explorandum est, num haeres fidu-  
ciarius coactè hereditatem adeat, vel sponte.  
Si prius; nihil emolumenti consequitur;

sed nec incommodum subit: eam luera &  
damna pertineant ad fideicommissarium §.  
sed quia 7. in fin. Inst. de Fideicommiss. hered. l.  
quia poterat 4. ff. ad Sc. Treb. Si posterius  
refert, an res quadam certa & singularis fi-  
duciario sit adscripta, vel non. Si res cer-  
ta; retinet illam, instar legatarii, sine onere  
hereditario, si velit esse contentus §. si quis  
una 9. Inst. d. l. Si res certa non sit relicta,  
sed quarta pars; tunc onera hereditaria inter  
fiduciarium & fideicommissarium pro-  
portionaliter dividuntur, ac penes illum pro-  
rata quadrantis manent; ad hunc verò pro-  
rata dotrantis devolvuntur d. §. sed quia 7. l.  
si ex 1. Cod. ad Sc. Treb. D. Franz ad Inst. cit.  
tit. p. 1. n. 15.  
Quodsi quarta pars hereditatis fiduciario  
non sit relicta, potest eam nihilominus ex  
beneficio Sc. Trebelliani deducere ex ha-  
reditate; sic tamen, ut, quae ex voluntate  
defuncti titulus universalis vel particularis ac-  
cepit, etiam fructus, ante restitutionem ob-  
venientes (praeterquam si liberi sint gravati  
l. jubemus 6. in pr. Cod. d. l. ubi Brun. d. n. 1.) in  
quartam imputare teneatur l. in quartam 91. ff.  
ad L. Falcid. l. Papinianus 8. §. 11. ff. de Inst. test.

23 An illiusfamilias, jussu hereditatem resti-  
tuere, possit deducere duplicem quartam,  
nempe legitimam & Trebellianicam? Res  
controverta est; sed magis in Civili quam  
Canonico Jure: cum in cap. Raynaldus 16. &  
cap. Raynaldus 18. de Testam. affirmativa reso-  
lutio clarè sit definita; non tantum in casu,  
quod Fideicommissum est conditionale, si filius-  
familias sine liberis decesserit &c. ut quidam  
24 existimant; sed etiam in casu, quod absolu-  
tum est: quia in cit. textibus ratio decisionis  
est generalis, quod nempe legitima debeatur  
liberis de Jure Naturae, gravamen non reci-  
piat, & quilibet extraneus haeres Trebelliani-  
25 cam deducere possit. De Jure Civili verò  
pro negativa, quam tenent Perez in Cod. ad  
Sc. Trebell. n. 11. Zoëf. ad ff. ib. n. 92. Struv.  
exercit. 36. th. 30. Vinn. lib. 2. sect. 99. cap.  
29. assertur l. quod harum portionum hoc  
proprium sit, ut vel in alteram imputetur,  
& una alteram consumat l. mulier 22. §. 2. ff.  
ad Sc. Trebell. l. in quartam 91. ff. ad L. Falcid.  
l. omnimodo 30. §. 2. Cod. de Inst. Test. II.  
quod aliàs eadem ratione etiam quartam fal-  
cidiae de legitimis & fideicommissis singularium  
rerum & legitimam filius institutus detrahe-  
re deberet; quod tamen (ut scribit Vinnius  
cit.) nemo dixit, praeter Zypeum apud Chri-  
stin. vol. 1. decis. 245. n. 12. quod contra l. ju-  
bentus 6. in pr. Cod. ad Sc. Trebell. hoc modò  
fideicommissarius haeres non nisi semisem-  
hereditatis consequeretur, & nonnunquam  
etiam minus, quando videlicet propter num-  
erum liberorum ipsa legitima est semis.  
IV. quod omnibus testatoribus sit concess-  
sum, de dotrante bonorum pro suo libitu di-  
ponere l. Lex falcidia 1. in pr. ff. ad L. Falcid.  
V. quod, ubi ex Lege alia licet portionem  
aliquam ex dispositione testatoris petere,  
cessent beneficia Legis Falcidae & Sc. Tre-  
bell. l. si cui plus 1. §. pen. ff. Si cui plus quam  
per Legem Falcid. l. Papinianus 8. §. 9. & 15. ff.  
de Inst. Testam. VI. quod expressi textus  
inventur in l. coheredi 41. §. 3. ff. de Vult.  
& pupill. substit. l. libero 21. §. 2. ff. de Annis  
legat. l. filium 24. Cod. Famil. heredit. l. quam-  
quam 10. Cod. ad L. Falcid.  
26 Pro affirmativa, quam stabilunt Fachin. lib.  
5. contr. cap. 2. Brunnem. ad l. jubemus 6. Cod. ad  
Sc. Treb. n. 4. Clariff. D. Franz ad cit. tit. Inst. de  
Fideicommiss. hered. p. 2. n. 8. stat l. quia in  
l. Marcellus 7. §. 2. ff. ad Sc. Trebell. non ob-  
scure admittitur deductio duplicis quartae,  
Falcidae & Trebellianicae. Ergo etiam ad-  
mittenda est deductio legitimae & Trebellia-  
27 nicae. II. quia Trebellianica non detra-  
hitur a bonis, quae nec in hereditate, nec  
restitutioni sunt obnoxia l. a filia 62. in pr. ff.  
d. l. Ergo nec detrahitur a legitima: utpote  
quae nec in hereditate censetur esse per l. pa-  
ter filiam 14. in pr. ff. ad L. Falcid. nec obnoxia  
28 restitutioni est Nov. 39. cap. 1. in pr. III.  
quia, antequam deducatur Trebellianica, re-  
vocatur ad calculos res alienum & debitum  
l. et sine §. Cod. ad Sc. Treb. Ergo etiam de-

trahitur legitima, utpote quae in l. Papinianus  
8. §. 15. ff. de Inst. Testam. comparatur rei  
alieno, & in l. scimus 36. §. 2. Cod. eod. Nov.  
18. in prefat. Nov. 115. cap. 1. in pr. debitum  
vocator. IV. quia, quod non provenit  
ex judicio testatoris, non computatur in Tre-  
bellianica l. mulier 22. §. 2. ff. ad Sc. Trebell.  
legitima verò non provenit ex judicio testa-  
toris; sed partim ex Lege Naturali, partim  
ex Lege positiva Nov. 108. in prefat. cap. Ray-  
naldus & cap. Raynaldus de Testam. V. quia  
in cit. l. Papinianus 8. §. 14. (supponitur, dupli-  
cem quartam filio gravato deberi, dum dicitur,  
quod, si Testamentum paternum dicat  
inofficiosum, & succumbat, solum legitimam  
perdat, & Trebellianicam servet. VI. quia  
quia satis expressum est in l. jubemus 6. in fine  
princ. Cod. ad Sc. Trebell. quod filius, fidei-  
commissò oneratus, fructus nec in Trebellia-  
nicam, nec in falcidiam (cujus nomine de-  
notatur ibi legitima arg. d. l. Papinianus §. 9.  
& 14.) imputare teneatur. VII. quia  
legitima est immunis ab omni onere, quod  
provenit ex voluntate testatoris l. quoniam  
32. Cod. de Inst. Test. Ergo legitima nequit  
imponi restitutio Nov. 39. cap. 1. utpote quae  
passim vocatur, & est onus ac gravamen non  
parvum. Ergo nequit a legitima detrahi  
Trebellianica. Ergo detrahitur ex reliqua  
hereditate, quae restitutioni est subjecta.  
Duas nihilominus limitationes ab hac af-  
firmativa poni video. I. est, si fideicommissum  
non sit expressum & formale, sed impli-  
citur ac virtuale, proveniens ex clausula  
codicillari: quia per clausulam hanc liberi  
plus consequi non debent, quam per Testa-  
mentum. Rota Rom. in rec. p. 1. dec. 66. n. 2.  
Card. de Luca de Legitima disp. 3. n. 25. II. 34  
est, si liberi fructus aliquos ante restituti-  
onem ex fideicommissio percepserint: tunc  
enim aut Trebellianicam deducere neque-  
unt, aut fructus perceptos in eam imputare  
teneantur. Brun. d. l. n. 5.  
Ad ea, quae in contrarium allata sunt, si-  
gillatim respondendò, ad I. dico, ex LL. in  
num. 24. citatis, non probari, quod legitima  
& Trebellianica se invicem consumant, esto  
aliàs, quod imputatur in legitimam, imputetur  
in Trebellianicam: quia legitima ex n.  
30. deducitur, antequam computetur Tre-  
bellianica.  
Ad II. Resp. nihil absurdum resutare, ta-  
meti quis fateatur, filium posse legitimam  
& falcidiam ab hereditate legitimae exhausta,  
detrahere: partim quia legitima ne legitimis  
quidem gravari potest per l. quoniam 32. Cod.  
de Inst. Testam. partim quia ante deductionem fal-  
cidiae detrahitur res alienum, & quod erat  
heredi debitum.  
Ad III. Resp. pariter, non esse inconve-  
niens, ut in casu, quod legitima liberorum est  
semis, minus quam semis de hereditate  
restituatur: quia, in quacunq; quantitate  
legitima consistat, nequit gravari & onere  
restitutionis affici; nec quicquam obstante  
L. IIII 3 d. l.

d. l. jubemus 6. in pr. in qua, dum jubetur restitui dodrans, intelligitur portio 9. unciarum pro statu, quod legitima una cum ere alieno jam deducta fuit: tunc enim ex reliqua substantia fiunt 4. partes, e quibus unam servat filius, & 3. seu dotrantem restituit.

38 Ad IV. Resp. omnibus testatoribus esse permillum, de dotrante bonorum pro suo libitu disponere, & servatis tamen servandis, inter quae non postremum est, ut liberis legitima onere quodam non gravetur.

39 Ad V. Resp. regulam, ex allegatis ibidem LL. deductam, non esse tam generalem, ut putant DD. Adversarii, & patet ex num. 28. Patitur itaque limitationem, quando duplex quarta duplici debetur titulo; vel quando non utraque provenit ex titulo merè lucroso, sed una ex debito (qualis est legitima) altera ex liberalitate testatoris.

40 Ad VI. Resp. intentum scopum ex recitatis textibus extendi vel extorqueri non posse. Nam in l. coharedi 41. §. 3. ff. de Vulg. & pupill. substituitur. dicitur, filio impuberi, ad restitutionem obligato, salvam manere falcidiam, per quam non infrequenter intelligitur Trebellianica, quae non deducitur, nisi detra-

41 ta legitima. In l. libero 21. §. 2. ff. de Annus leg. filius non fuit in effectu gravatus quoad legitima: quia, deducta Trebellianica, dimidiam partem ex dotrante post an-

num 25. recipit, & interea ab haerede fideicommissario seu noverca in compensationem portionis absentis praeter curam in infirmitate monstrans aureos denos accepit. In 42 l. filium 24. Cod. Famil. heredit. vel supponendum est, filium, Fideicommissis gravatum, fuisse emancipatum; vel eum, una cum Trebellianica, deduxisse legitimam: ceteroquin dispositio Jure Noviori, quod legitima non potest onere restitutionis vel conditione aliqua gravari, non potuisset subsistere. In 43 l. quamquam 10. Cod. ad L. Falcid. nihil dicitur de legitima, quasi locum non habeat, ubi deducitur Trebellianica; sed dispositio de transmissione Trebellianica ab haeredes, & dicitur, quod etiam haeres haereditaria possit Trebellianicam a portione, quam restituere rogatus erat, detrudere.

Colliges ex dictis, quale iudicium mereatur judicia Vinnii & Lauterbachii, dum ajunt, dispositionem Juris Canonici quoad jus dupplicis quartae ex communi errore & sinistro Juris Civilis intellectu profuxisse; debuisse sent potius dicere, Jus Civile, si non nihil obcurum aut dubium extitisset, per Canonium fuisse declaratum; quae etiam ratio fuit, quod dispositio Juris Canonici in terris Imperii, testibus ipsismet Adversariis, recepta sit. Videatur Gaill 2. obs. 121. num. 6. & Harprecht cit. nr. 2. de jure deduc. duas quartas ibi. 24.

#### §. IV.

### Qua ratione & ordine Fideicommissum familia transferatur ab uno in alium?

45 Quando Fideicommissum est familiare, & moritur, qui possessor illius erat, debet ex tacita rogatione testatoris id uni de familia relinquere, & quidem masculo: nam, quia per foeminas non propagatur familia (quippe quae caput familiae dicuntur & finis l. pronuntiatio 195. §. 5. ff. d. V. S.) hinc, quamdiu masculus adest, non admittuntur ad successionem in Fideicommissis, tamen in 46 gradu sint proximiores. Omnibus autem agnatis masculis deficientibus, admittuntur ex communissima sententia, quam recipiunt Peregrini de Fideicommissis, art. 27. n. 20. Covarruv. Var. resol. lib. 3. cap. 5. num. 5. Knippschildt de Fideicommissis, cap. 8. num. 85. Stryck de Success. ab intest. diff. 7. cap. 2. §. 14. & seqq.

Tunc enim cessat favor & ratio conservandae familiae; ac rationabiliter creditur, quod Fideicommissi conditor, si hunc casum praevideret, certò descendentes foeminae extraneis praetulisset arg. l. cum avus 102. ff. de Condit. & demonstrat l. cum acutissimi 30. Cod. de Fideicommissis.

48 Quoad masculos verò is ordo tenetur in successione, quem institutor fideicommissi praescripsit. Et primò quidem succedit, ac ceteris regulariter praefertur, qui prius in scriptura nominatus est per textum in l. om-

nia 32. §. ult. l. cum pater 77. §. penult. ff. de Legat. 2. Secundo, quando Fideicommissum est majoratus, seu pro majoribus & senioribus de familia conditum, is, qui ceteris agnatis est senior, potior est in successione. Stryck cit. l. cap. 1. §. 19. Tertio, quando Fideicommissum est primogenitura, seu pro primogenitis alicujus lineae fundatum, is, qui ex eadem linea est primò natus, primus & solus succedit. Stryck d. cit. l. 19. & cap. 3. §. 23. & seqq.

At, ubi testator non determinavit modum, & ordinem succedendi, sed univèrsam familiae seu agnatio sub nomine colectivo ad successionem est vocata, receptissima sententia docet, regulas successiones ab intestato servari, eumque, qui proximior est in gradu, ceteros excludere per textum in cit. l. omnia 32. §. ult. l. peto 69. §. 3. ff. de Legat. 2. l. ult. Cod. de Res. & verb. signif. Covarruv. io. 2. pract. 99. cap. 30. num. 2. §. indicio & c. Mantica de Consect. ult. volent. lib. 8. tit. 12. n. 10. & seq. cit. 13. num. 1. Peregrin. de Fideicommissis, art. 21. n. 5. & art. 30. num. 20. & seq. Knippschildt de Fideicommissis, cap. 9. n. 7. Laelius Altogradus lib. 2. conf. 47. n. 66. & seq. Hieronymus Rocca sicut. dist. lib. 1. cap. 9. num. 36. Perez ad tit. Cod. cit. n. 3. & 4.

Num

52 Num autem proximitas gradus mensuretur à primo fideicommittente, an verò ab ultimo possessore; sique, an, si fideicommittens habuerit fratrem & filium, ac Fideicommissum primò in filium, deinde ad nepotem devenit, nepote mortuo, Fideicommissum ad fratrem nepotis, si quem habuerit, vel propatrum seu fratrem fideicommittentis devolvatur? In Jure & factis saepius jam acriter disputatum est; sententiam tamen, quae computationem proximitatis desumit à persona ultimi possessoris, & fratrem nepotis in casu proposito praefert propatrum, nostra Facultas me Referente elegit; eamque tenent Knippschildt d. cap. 9. num. 92. ubi viginti Autores allegat; Laelius Altogradus d. lib. 2. conf. 92. ubi supra 20. enumerat; Hieronymus Rocca d. lib. 1. cap. 9. n. 37. & seq. ubi similiter ultra 20. nominat; Molina de Res. Napl. lib. 3. q. 24. n. 33. apud Rotam Rom. in rec. p. 5. decis. 519. num. 3. ubi ultra 66. recensentur; suadetque in judicando & consulendo à Peregrino de Fideicommissis, art. 20. num. 2. prout eandem Rota Romana saepius est amplexa, sicuti videre est in recent. p. 1. decis. 116. n. 8. part. 2. decis. 6. n. 2. d. part. 5. decis. 519. num. 1. & seqq. Cardi. de Luca de Fideicommissis, dist. 23. n. 4. ubi testatur, hanc sententiam passim in foro receptam esse pro regula. Ratio punctualis est: quia, dum observatur ordo successio-

nis ab intestato ex num. 51. proximitas necessarìo mensuratur ab ultimo possessore: nam & in successione ab intestato non attenditur, quis personis, à quibus originaliter acquiritur sunt bona, sed ultimo possessori sit propinquior §. cum autem 7. Inst. de Haeredit. quae ab intest. §. proximus 6. Inst. de Legit. Agnat.

55 Succes. Idque confirmatur l. ex LL. in num. 51. citatis. Nam in l. omnia 32. §. ult. ff. de Legat. 2. ad Fideicommissi successione admittuntur, qui ex nomine defuncti testatoris sunt, & post hos, qui ex his primo gradu procreati sunt, qui utique sunt proximiores respectu ultimi possessoris, non respectu testatoris: cum ille propinquiores habere possit. Brunn. ad cit. l. n. 5. In l. peto Lucii 69. §. 2. ff. eod. proximus quisque ad revocationem Fideicommissi alienati vocatur, sine dubio qui talis est respectu possidentis & alienantis arg. cit. 26. §. 5. 8. Titius Fend. 2. Stryck cit. nr. de Success. ab intest. diff. 7. cap. 3. §.

17. In l. ult. Cod. de Res. & Verb. signif. 57 vult Imperator, ut successio fiat gradatim. Atqui non fieret gradatim, si spectaretur proximitas respectu fideicommittentis: cum plerumque fieret per saltum, ac modò ad hanc modò ad aliam lineam transferretur, quod in puncto advertit Rota Rom. d. p. 5. decis. 519. n. 28. & seq. Perez in Cod. d. l. n. 4. Confirmatur II. quia eadem dilectione, quae Fideicommissi auctor praetulit aliis ultimam possessorem, proximos illius agnatos praetulisse praesumitur: quemadmodum etiam, qui fuit praedilectus in primo gradu seu in institutione, censetur etiam praedilectus in gradu secundo & ulteriori per l. cum haeres 1. Cod. de Impub. & aliis substit. Menoch. lib. 4. praesumpt. 16. num. 7. Confirmatur III. quia ceteroquin non rarò difficultas ingens moveretur de instituenda proximitatis computatione: cum ad multa retrò saecula respicere, longam annorum seriem revolvere, & inextricabilibus litibus semet immiscere deberent agnati; quod tamen in dubio de fideicommittente non praesumendum, & illius dispositio sic exponenda est, ut evitetur inconvenientia per textum in l. ult. Cod. de Anth. praes. l. ult. §. 1. Cod. de Sen. pass. l. un. Cod. de his, qui ante ap. lab. Card. de Luca d. l. n. 5. 8. & 9. ubi in num. 11. & seqq. limitationem facit.

Qui militant ex adverso cornu, munitum opinionis suae collocant in eo, quod in Fideicommissis non succedatur ultimo possessori, sed primo fideicommittenti; sique non illius sed hujus proximitas consideretur: cum ineptum foret, si agens de successione Titii, ad illum obtinendam, contenderet, se esse consanguineum proximorem Petri, de cujus successione non ageretur.

Sed facili manu posternitur hoc munitum. Nam succeditur fideicommittenti & ultimo possessori; sed diversimodè fideicommittenti succeditur mediate, quatenus originaliter bona ab ipso derivata sunt: possessori succeditur immediate, quatenus bona antecedenter ab ipso sunt decenta, & ex praesumpta mente testatoris, ab illo ad proximum illius agnatum devolvuntur. Sicque, dum proximitas mensuratur à possessore, mensuratur ab eo, de cujus successione immediate agitur.

## SECTIO II.

### De Codicillo.

#### SUMMARIA.

62. Describitur Codicillus. 63. Qui potest servari, potest etiam codicillare. 64. Non potest in Codicillo heres directè institui. 65. Codicillus alius est testamentarius, alius ab intestato. 66. & seq. Alius scriptus, alius nuncupatus. 68. Inducuntur Codicilli obiecta. 69.

Non potest haeres novus haeres in Codicillo adimigi. 70. & seq. Nec conditio adiecta vel detracta. 72. Nec substitutio fieri. 73. Codicillus testamentarius non requirit specialem formam. 74. & seqq. Recensentur requisita Codicilli ab intestato. 82. Nuncupatus effectus.

83.

83. Attingitur clausula Codicillaris. 84. & seqq. Poteſt ſanare defectum præſcriptionis. 87. & ſeqq. Referuntur, & reſoluntur contraria.

§. I.

Quid & quotuplex ſit Codicillus?

62 Codicillus eſt ultima voluntas, in qua quis de bonis ſuis, abſque hæredis inſtitutione directa, diſponit.

63 Dixi I. in qua quis. Poteſt autem Codicillum facere, qui Teſtamentum; hoc qui facere non poteſt, nec Codicillum facere permittitur I. Divi Severus 6. §. 3. l. conſciuntur 8. §. 2. ff. de Jure Codicillor.

64 Dixi II. abſque hæredis inſtitutione directa &c. Quæ ſubſtantialis eſt differentia inter Teſtamentum & Codicillum, quòd in Teſtamento hæres directe inſtitui debeat; in Codicillo hæres non poſſit inſtitui, niſi indirecè l. illud enim 13. §. 1. ff. d. t. §. Codicillis 2. Inſt. eod.

65 Dividitur Codicillus I. in Teſtamentarium & ab teſtato. Codicillus Teſtamentarius ſupponit Teſtamentum, ante vel poſt conditum, ac illius naturam & conditionem

ſequitur §. non tantum 1. Inſt. d. t. l. ſi quis 2. §. ult. ff. d. t. Codicillus ab inſtituto nullum ſupponit Teſtamentum, ac propterea naturam & conditionem à Teſtamento ſeparatam habet d. l. ſi quis 3. in pr. l. ab inſtituto 16. eod.

II. Dividitur Codicillus in Scriptum & 66 Nuncupativum. Scriptus eſt, qui mediante ſcripturâ perſicitur. Nuncupativus eſt, qui ex ſola nuncupatione & pronuntiatione codicillantis conſiſtit. Nec audiendus eſt 67 Faber de error. pragmat. deced. 69. err. 9. ubi rejicit Codicillum Nuncupativum, quaſi ex ipſo nomine Codicillus libellum ſeu ſcripturam exigat. Nam reſellitur ex liquido textu in l. ult. §. ult. Cod. d. t. ibi: ſive in ſcriptis ſive ſine ſcriptura conſiciatur. Stryck de Caut. Teſt. cap. 23. §. 3.

§. II.

Quòdam ſit Objectum Codicilli?

68 Objectum Codicilli conſtituunt fideicommiſſa, univerſalia & ſingularia, legata, tutorum & libertatum dationes; non item hæreditas: quippe quæ juxta textus in num. 64. direcè nec dari nec adimi poteſt; eſto Codicillus ſit teſtamentarius per l. hæreditatem 2. Cod. d. t. l. quod per manus 10. ff. eod. ubi ſimul ratio ſubjungitur, ne per Codicillos, qui ex Teſtamento valent; ipſum Teſtamentum, quod vires per inſtitutionem hæredum recipit, confirmari videatur. Schambogen ad tit. §. codicillis 2. Inſt. de Codicill.

69 Equidem nonnullis viſum eſt, in Codicillis hæredi, prius inſtituto, hæredem alium adjungì poſſe per l. aſſe roto 77. ff. de Hæred. inſtit. Sed falluntur liberaliſſimè. Nam alius longè ſenſus eſt cit. l. quòd nempe hæredis inſtitutio poſſit in Codicillis declarari, velut ſi teſtator in Teſtamento ſcripto ſe referat ad Codicillum & dicat: quem in Codicillis ſcripſero, hæres eſto, ut explicatum eſt in cap. 2. n. 107. Brunnen. ad tit. l. n. 1.

Alii, in factò conſulti, crediderunt, inſtitutionem, ſub conditione factam, in Codicillis purificari poſſe per l. inſtitutio 10. §. 1. ff. de Condit. inſtit. Sed nihil in hac l. invenio, quòd ſerviat intento: dicitur namque, valere inſtitutionem, ſic factam: ille ſi enim Codicillis hæredem ſcripſit, hæres eſto; negatur tamen, quòd talis inſtitutio ſit facta ſub conditione propriè tali: cum nulla ſit conditio, qua in præteritum conſervatur, velut præſens. Veram 71 autem conditionem, hæredi inſtituto appoſitam, in Codicillo quacunquè nec removeri, nec adjei poſſe; deducitur ex cit. §. Codicillis 2. ubi Harpprecht n. 7. & 8. l. penult. §. 1. ff. de Condit. inſtit. ubi Brunnen. num. 1. & 2. Donellus ad l. hæreditatem 2. Cod. de Codicill. n. 5. Clariff. D. Franz ad tit. Inſt. de Codicill. n. 11. & 13.

Illud ab omnibus receptum exiſtimo: in 72 Codicillo neque ſubſtitutionem hæredis, neque exhæredationem eſſe licitam, juxta ſanctionem expreſſam in ſæpe cit. §. codicillis 2. ubi Harpprecht n. 3.

§. III.

Qualem formam Codicillus requirat?

73 Forma Codicilli Teſtamentarii eſt eadem, quæ ipſius Teſtamenti: nec enim ſpeciale vel ſeparatum quid exigat, ſed ſequitur conditionem Teſtamenti, ejuſve formâ informatur l. ab inſtituto 16. ff. de Jure Codicill.

74 Forma Codicilli ab inſtituto requiritur l. actus unitatem & continuitatem l. ult. §. ult. Cod. de Codic. II. teſtium legitimum quantitatem ſeu numerum quinarium d. l. ult. §. ult. III. eorum ſubſcriptionem, ſi Codicillus ſit ſcri-

ptus d. l. ult. §. ult. Alius ſolemnitatum apparatus non requiritur. Scribere enim 75 I. vel codicillans vel teſtes ſcribere aut ſignare debent Codicillum: utpote cum de codicillante id clarè ſit expreſſum in l. Divi Severus 6. §. 1. & 2. ff. d. t. & de teſtibus in d. l. ult. §. ult. ſolius ſubſcriptionis ſeu ſubſcriptionis ſit mentio. Neque II. requiri 76 tur rogatio, ſed ſufficit, ſi factum adveniens, ac audiverint, vel ſciverint, Codicillum à defuncto

defuncto ordinatum eſſe d. l. ult. §. ult. Neque III. requiritur ſpecialis qualitas teſtium; ſi modò teſtimonium in Judicio dare non ſint prohibiti: ut proinde etiam mulieris teſtimonio, cum nullibi reperiatuſ excluſum, credatur arg. l. teſtimoniorum 1. §. 1. l. ex eo 18. ff. de Teſtib. & etiam ſolæ mulieres in teſtes adhiberi queant. Stryck de Caut. Teſt. cap. 23. §. 7. & 8.

78 Dubitatur autem I. utrùm legatarii vel fideicommiſſarii poſſint agere teſtes in Codicillo? Stryck cit. l. §. 9. aſerit, à Carpovio, affirmativam ſuadente, Interpretes ſerè omnes diſſentire. Ratio eſt: quia inter legatarios & fideicommiſſarios ex una, & codicillantem ex altera parte geritur nego-

tium principale; contra quàm in Teſtamento ſolet accidere. Ergo legatarii & fideicommiſſarii nequeunt teſtes agere: cum expediti Juris ſit, neminem in cauſa propria teſtimonium dicere poſſe.

Dubitatur II. an teſtes videre debeant 80 codicillantem?

Negant Socinus, Jaſon, Grotus, & alii; quos allegat Stryck d. l. §. 17. Affirmant Richter, Carpov. Schæffer & alii, quos nominat idem Author, eorumque placito acquieſcit: quia, quòd teſtes in Teſtamento videre de 81 beant teſtatoſ, ob ſummum periculum millenarium fraudum eſt introducètum: ut ea propter etiam in Codicillo non poſſit non habere locum: cum idem veretur periculum.

§. IV.

Quis effectus ſit Codicilli & Clauſulæ Codicillaris?

82 Effectus Codicilli eſt partim obligatio, præſtandi ea, quæ relicta ſunt, incumbens hæredi teſtamentario vel ab teſtato, pro Codicilli diverſitate; partim jus petendi, quòd ſibi relictum eſt, competens tum legatariis tum fideicommiſſariis, particularibus & univerſalibus; eà ſervatâ differentiâ, quòd legatariis & fideicommiſſariis particularibus accomodetur rei vindicatio, actio perſonalis ex Teſtamento, & hypothecaria, de quibus recapitulatur dicta in p. 1. cap. 1. d. n. 444. At fideicommiſſariis univerſalibus dantur remedia, à n. 16. explicata.

83 Singularem autem effectum operatur Clauſula Codicillaris, quæ perſisque Teſtamenti & ultimis voluntatibus receptò ſtylo hodie adjicitur, ac per hæc aut ſimilia verba cavetur, ut Teſtamentum ſeu ultima voluntas valeat omni meliori modo, quòd valere poteſt: tunc enim eadem ſpecie valebit, quâ poteſt valere, puta ratione Teſtamenti, Fideicommiſſi, Codicilli, Donationis mortis cauſâ, vel inter vivos &c. Textus in l. ex ea 29. §. un. ff. qui Teſt. fac. poſſ. l. ſapientiſſimè 1. ff. l. ult. §. 1. Cod. de Codicill.

84 Verùm, an huic clauſulæ tanta ſit virtus & efficacia, ut etiam Teſtamentum, ob defectum præteritionis aut exhæredationis nullum, ſuſtineatur, ac in fideicommiſſum ſpectetur, vi cujuſ liberi præteriti vel non ritè exhæredari cenſentur eſſe rogati, ut, contenti legitima, reliquam portionem hæredibus in Teſtamento ſcriptis reſtituant? Theorici & 85 Præctici inter ſe diſſident. Affirmativa tamen eſt communior, ut patet ex iis, quæ habent Pius Richard. in ir. commun. opin. lib. 3. tit. C. Emanuel Soarez in theſ. commun. opin. l. C. Marianus Socin. junior in commun. opin. tit. C. Ant. Gabriel in commun. opin. lib. 6. de Clauſ. con. 7. Joannes Dilectus Durant de Arte reſp. tit. 3. caut. 15. n. 2. D. Gletle 2. part. Pand. q. 12. per tot. Clariff. D. Franz ad tit. Inſt. de

Inoff. reſt. num. 18. quin &, perhibente Stryck d. cap. 23. §. 39. eſt verior. Ratio eſt: quia pater liberos ſuos expreſſè rogare poteſt, ut, contenti legitima, reliquam hæreditatem aliis hæredibus reſtituant. Ergo 86 etiam tacitè: cum expreſſi & taciti ſit eadem virtus. Atqui, ſi Clauſulam Codicillarem Teſtamento adjiciat, tacitè rogat liberos de reſtitutione ſic faciendâ: cum velir, ut, ſi Teſtamentum non poſſit valere in vim Teſtamenti, valeat in vim fideicommiſſi. Ergo &c.

Ex negantibus ſunt Ludwell de ult. Vol. p. 87 2. pag. 417. verſ. quodſi verò Teſtamentum &c. & Manz de Teſt. val. & inval. tit. 8. q. 3. d. num. 294. qui tria præcipuè obijciunt. I. quòd defectus præteritionis vel exhæredationis, cum attingat ſubſtantiam Teſtamenti, ſit inſanabilis. II. quòd pater demencie poſſit argui, dum liberorum in Teſtamento obliſcitur. III. quòd hodiernis moribus nullum Teſtamentum eſſe penitus invalidum; cum Clauſula Codicillaris plerumque adjiciatur.

Sed in promptu eſt reſponſio ad triplicem 87 hanc objectionem. Ad I. negatur, quòd nudè aſſertum, non probatum eſt, præteritionis aut exhæredationis defectum inſanabilem eſſe: cum textus, in num. 80. citati, Clauſula Codicillari tribuant abſolutam vim, ſanandi Teſtamenta vicioſa. Ad II. Reſp. 89 patrem demencie ſine injuria non argui, ſi vitium, quòd commiſit in præteritione vel exhæredatione, per appoſitionem Clauſulæ ſalutaris corrigat. Ad III. Reſp. omnino ſa- 90 noribus & ſanctioribus Jctis optandum & laborandum eſſe, ut exogitent modos, per quos Teſtamenta potius ſalventur, quàm evertantur: cum nihil magis debeat homini, quàm libertas & valor ultimæ voluntatis, prout ſolenter advertit Stryck de Clauſ. Codic. Vol. 1. diſſert. Francoſ. 18. num. 84.