

EMANUELIS DUNJ J. C.
D E

VETERI AC NOVO JURE
CODICILLORUM
COMMENTARIUS

Atque de Solemni Quinque Testium Numero
in Codicillis vel Testamento confirmatis

ADVERSUS
JUSTUM HENNINGUM BOEHMERUM

ACCEDIT
Contraria Boehmeri disputatio DE CODICILLIS SINE
TESTIBUS VALIDIS, additis animadversionibus,
quibus Auctor suo quoquo loco notatur.

A D Biblioteca
Pietro Scialoja
BENEDICTUM XIV.
PONT. MAX.



R O M Æ C I D I C C L I I .

Ex Typographia Hieronymi Mainardi.
Superiorum auctoritate.



BENEDICTO XIV. PONT. OPT. MAX.

INGENII PRÆSTANTIA ANIMI ÆQVABILITATE
MORVM SANCTITATE
NVLLI SECVNDO
BONIS ARTIBVS INSTITVTO
ADELOQVENTIAM FACTO
DIVINI HVMANIQUE JVRIS SCIENTIA
CONSVMMATISSIMO
PER QVEM
PROEMIO VIRTVTI ADDICTO
LITTERÆ EXCITANTVR
PRISCA CHRISTIANÆ PIETATIS DISCIPLINA
REVOCATA
MORES COMPONVNTVR
ÆQVI RECTIQUE NORMA SVSTENTATVR

EMANVEL DVNIVS
SINGVLARE HOCCE JVRIS COMMENTARIVM
VENERABVNDVS
DICAT CONSECRATQVE

1. The first part of the paper discusses the importance of the study.

2. The second part of the paper discusses the methodology used.

3. The third part of the paper discusses the results of the study.

4. The fourth part of the paper discusses the conclusions of the study.

5. The fifth part of the paper discusses the implications of the study.

6. The sixth part of the paper discusses the limitations of the study.

7. The seventh part of the paper discusses the future research.

8. The eighth part of the paper discusses the acknowledgments.

9. The ninth part of the paper discusses the references.

10. The tenth part of the paper discusses the appendices.

11. The eleventh part of the paper discusses the index.

12. The twelfth part of the paper discusses the glossary.

13. The thirteenth part of the paper discusses the bibliography.

14. The fourteenth part of the paper discusses the list of figures.

15. The fifteenth part of the paper discusses the list of tables.

16. The sixteenth part of the paper discusses the list of abbreviations.

17. The seventeenth part of the paper discusses the list of symbols.

18. The eighteenth part of the paper discusses the list of equations.

19. The nineteenth part of the paper discusses the list of formulas.

20. The twentieth part of the paper discusses the list of diagrams.

21. The twenty-first part of the paper discusses the list of charts.

22. The twenty-second part of the paper discusses the list of graphs.

23. The twenty-third part of the paper discusses the list of maps.

24. The twenty-fourth part of the paper discusses the list of photographs.

25. The twenty-fifth part of the paper discusses the list of illustrations.

Quod meum quaecumque opus, antequam ederem, ad te mittere ausim Cl. Vir, nolim putes id factum ostentationis causa, ut plerique solent, qui rerum suarum aestimatione elati nanquam quiescant, dum plausus vel ab invitis non captaverint. Etenim non is sum, qui non sciam, quanto in periculo versetur, qui vel quid minimam in scribendo aggrediatur, praesertim in jure Civili interpretando, in quo utinam vel pauciores haberemus Interpretes, vel saltem diligentiores. Ingenue fateor, ut vidi gravissimas difficultates, quae undique mihi offerebantur in elaborando Commentario, quod proposueram, De jure Codicillorum eo rerum ordine, quem deprehendes, statim desiderare capi judicium alicujus probati viri, cujus consilio vel acquiescerem cogitationibus meis, vel admonitus continuo ab iis recederem; non enim incendor usque eo amore mei, ut aquis aliorum non commovear suasionibus. Igitur cogitanti mihi, cui magis rem meam jure credere possem, animo quidem occurrit nominis tui amplitudo: Et a quo magis, quam a te Vir Doctissime hoc rectius expectandum licuerit? Qui sane praeter ceteris politioribus litteris ea potissimum praestas universi Juris cognitione, ut non modo Academia Neapolitana, sed & Italia decus, ac ornamentum merito habearis. Hinc antequam Commentarium meum vulgarem, nil rectius agere existimavi, quam te iterum, atque iterum rogare, ut, ni graveris, tuam qualemcumque mihi velis de re mea aperire sententiam; nam facile gravissimo, eoque

* 3

sa-

sapientissimo judicio tuo fasces submitto, quum nec quicquam ratum mihi umquam habere crediderim, nisi quod tu una probaveris. Mitto quae pertinerent ad operis rationem ostendendam, ne te frustra teneam, quum aliqui ex eo ipso omnia cognoveris; itemque intelliges, quemadmodum pro ingenii viribus studuerim rem omnem, quae Codicillorum materiam spectabat, tum veteri jure proditam, tum novo., in sua quaque juris referre principia, ut ita consequentia, quae inde manarent, suum quoque fontem agnoscerent. Vale.

Debam Roma VII. Kal. Aug. C1212CCLII.

JOSEPHUS PASCHALIS CYRILLUS EMMANUELI DUNIO J. C.
S.

Est sane diu, mi Duni, quum de veteri Romana Jurisprudentiæ dignitate multum decessit. Sub finem sæculi XVII. atque initium hujus, quod excurrit, ornando jure Civili adlaboratum a Ger. Noodtio, A. Schultingio, Corn. Bynkershoekio, ac Jos. Averanio. Ex qua vero illi viri isti Jurisprudentiæ restituendæ commentari alia defuerunt, dilabi ea rursus visa est. Sed ecce subsidio nunc venit tuus de jure Codicillorum Liber. Ego cum, ut mihi fuit abs te redditus cum elegantissimis literis tuis (casu autem redditus est tua, ejusque, qui reddidit, opinione serius) cæpi legere diligenter, jamque ad extremam usque plagulam perlegi. Ex eo, mihi crede, non mediocrem voluptatem, atque adeo fructum cepi: quo nomine maximas tibi gratias ago, agamque, dum vivam. Quam ornate, Deus bone, quam compositæ, quam subtiliter omnia pertractantur! Jam quantum est illud, quod §. III. cap. I. fuse, & graviter disputas contra Boehmerum! Locus hic unus Commentarioli tui est mihi tanti, ut immania quorundam volumina, quæ hoc tempore in deliciis sunt, non faciam tantidem. Ego de isto tam acri, tam subactò, tam præstanti ingenio tuo plurimum tibi gratulor, doctissime Dunj. Sed per ingenium istud tuum te rogo, atque oro, ut porro pergas Romanum jus excolere, uti occepisti. Manent te fortasse multa aliorum ingeniis intentata. Vale, mi Duni.

Ncap. VII. Kal. Septembr. MDCCCLII.

Sed egone insalutato Centimano nostro, cui omnia officia

ficia debeo, epistolam obsignem? Illi tu salutem a me plurimam. Expectat is meos de jure Civili Libros repetita prælectionis. Nihil mihi longius, quam ut edantur; castigant enim illos meos male confutos Commentarios in Libros IV. Inst. juvenile, ac pœnitendum opus. Sed me aliud de alio impedit in dies. Brevi tamen prodibunt. Accipies tu quoque, Duni, exemplar eorum, dum ne putes, velle me tibi parem gratiam referre. Iterum vale.

111

I M P R I M A T U R

Si videbitur Reverendiss. P. Mag. Sacri Palatii Apostolici.
F. M. De Rubéis Patr. Const. Vicefg.

Optandum quod maxime erat, ut perpetuo Commentarius explicaretur, qualis origo, quæ solemnitas, & quanta prius, ac porro fuerit Codicillorum auctoritas, siue Prudentum spectentur responsa, Principumque Constitutiones; siue Pragmaticorum perstrutentur submissæ in foro interpretationes: vix enim aliquibus rite pauca & dispersita, plura aliis sine delectu, & inconsulto exciderunt: Id tandem in hoc Opusculo de veteri ac novo jure Codicillorum Cl. V. Emanuelis Duni concinne, & pro dignitate exaratum deprehenditur: nam eo ordine, ea sermonis elegantia, atque eâ juris scientia rem pertractandam, expoliendam, vindicandamque suscepit Auctor summi ingenii, & eruditionis, ut antecessores omnes præcessisse videatur, reliquisse neminem, qui diligentior se exhibeat interpretem. Elegantissimum itaque opusculum, in quo nihil offenditur æquo censore dignum, imo quod est rei publicæ utilissimum pro recto jure dicundo, interpretandove, debet, quo poterit citius, in lucem prodire; quemadmodum censeo etiam atque etiam, si id ipsum probet, cujus summa est imperandi potestas.

Cajetanus Centimmanus in Romana Curia Adv.

I M P R I M A T U R

Fr. Vincentius Elena Mag. Socius Reverendiss. Sacri Palatii Apostolici Mag. Ord. Præd.

IN.

I N D E X

CAPITUM, AC §§. TOTIUS OPERIS.

C A P U T I.

DE jure Codicillorum ab Augusto ad Constantini Magni ætatem. pag.8.

- §. I. *Origo Codicillorum.* 13.
- §. II. *Quæ fuerit Codicillorum norma; ac quemadmodum a testamentorum ratione distinguatur.* 17.
- §. III. *An veteres in Codicillis testimonium præsentiam admiserint?* 24.
- §. IV. *An Codicilli per scripturam tantum conficerentur, an etiam per nuncupationem?* 42.
- §. V. *Quibus permisum est facere Codicillos.* 49.
- §. VI. *De variis Codicillorum modis.* 51.
- §. VII. *De peculiari jure cuique Codicillorum generi accommodato; ac primum de Codicillis sine testamento.* 57.
- §. VIII. *De testamentis in Codicillos ab intestato transformandis. Sive de clausula, quam vocant Codicillarem.* 66.
- §. IX. *De juris norma æque accommodata omnibus Codicillis ad testamentum pertinentibus ad differentiam Codicillorum sine testamento.* 83.
- §. X. *Quo jure distinguebantur Codicilli testamento confirmati a non confirmatis.* 85.
- §. XI. *De Codicillis confirmatis in præteritum, aut in futurum; deque varia juris ratione inter Codicillos anteriores, ac posteriores testamento.* 107.

CA-

CAPUT II.

De novo jure Codicillorum a Constantini Magni ætate ad Justinianum . 127.

§. I. *Jus novum Codicillorum quantum ad solemnem eorum conformationem .* 129.

§. II. *An novo jure desideretur actus solemnitas in Codicillis ?* 141.

§. III. *Qui testes jure novo in Codicillis admittantur .* 153.

§. IV. *Jus novum quantum ad varia Codicillorum genera antiquitus recepta .* 158.

§. Ultimus. *De committenda veteri cum nova Codicillorum doctrina .* 173.

DISPUTATIO CONSECTARIA.

De solemni quinque testium numero in Codicillis vel testamento confirmatis adversus Justum Henningum Boehmerum. 184.

§. I. *Summa disputationis exponitur .* 186.

§. II. *Convelluntur contraria argumenta ex juris locis petita .* 191.

§. III. *Expenduntur rationes , quibus adversarii existimant suam tueri posse sententiam .* 204.

§. IV. *Quid juris inter Pragmaticorum dissidia moribus nostris obtinuerit . Atque de testationibus per relationem , ut ajunt , ad schedulam .* 218.

§. Ultimus. *Refellitur Boehmeri sententia quantum ad alteram sue disputationis partem .* 245.

Ju-

JUSTI HENNINGI BOEHMERI

*Disputatio de Codicillis sine testibus validis cum
animadversionibus, quibus Auctor suo quoque lo-
co notatur.*

C A P U T I.

De Codicillis ad testamentum factis sine testibus vali-
dis. 249.

C A P U T II.

De Codicillis ab intestato sine testibus validis. 305.

De

D E

VETERI AC NOVO JURE
CODICILLORUM
COMMENTARIUS

Atque de solemnī quinque testium numero in Codicillis vel Testamento confirmatis adversus Justum Henningum Boehmerum.



Etus est doctorum hominum querela, quod quum Romani Juris doctrina ex Interpretum barbarie, in quam jampridem turpiter offenderat, vindicari paulatim coeperit ope elegantiorum artium ab sublimioribus ingeniis, inque suam veluti nativam restituī sedem; in foro tamen adducta adeo perturbate contrectetur inter rabularum sordes; ut quæ Romanorum jurisprudentia quum majestate sua, tum præstantia, ac gravitate sententiarum imperaverat universis, non raro cogatur alienis magis servire deliriis, atque commentis. Hujus perturbationis causam qui serio investigaverit, partim tribuet Scriptorum imperitiæ, quibus enim datum non erat in Juris Civilis sapientiam penetrare, facile fuit ita recedere ab genuinis legum sententiis, ut vocem veterum Jurisconsultorum aut-

A

adul-

Multarentur, aug. penitus corrumpere; partim vitio-
 se argumentandi rationi petita ex futili, foedaque, Arabum
 dialectica, atque in forum inuenta: quam sane ut primum
 acceperant, ex schola Bartolina, aliisque Bartolo aquali-
 bus, eo deinde adduxere, ut totam fere juris doctrinam
 referrent verborum captationibus, fallacibusque argutis.
 Ac sane nil magis in Juris doctrina perniciosius, quam
 perturbatus dialectices usus; hinc Cicero (a) non aliam
 ob causam in Juris arte anteponit Servium Sulpicium
 Q. Scævola alioqui Juris peritissimo; nisi quod ille diale-
 ctica ceteris præstaret: *Sic enim, ait, inquam Brute exi-*
stimo, juris civilis magnum usum, & apud Scævola, &
apud multos fuisse, artem in hoc uno (nempe Sulpicio):
quod numquam effecisset ipsius juris scientia; nisi eam præte-
rea didicisset artem, quæ doceret, rem universam tribuere
in partes, latentem explicare definiendo, obscuram expla-
nare interpretando: ambiguam primum videre, deinde distin-
guere, postremo habere regulam, qua vera & falsa judica-
rentur, & quæ quibus propositis essent, quæque non essent
consequentia. His quoque accessit ipsamet Pragmaticorum
 insolentia, qui, ne propriam turpitudinem ultro fateren-
 tur, haud dubitarunt crimini veritate, quicquid minus
 intollererent; atque vel extenuarunt legum auctoritatem,
 eam nempe causam prætendentes, quod plurima in desue-
 tudinem abierint, nec nostris moribus accommodentur;
 vel notarunt eruditiores Interpretes veluti observatores
 subtilioris doctrinæ, nimiumque cupidos rerum obsoleta-
 rum, quæ tamen aliena viderentur a quotidiano usu fo-

ren-

 (a) In Bruto.

rensi. Hinc factum, ut Juris Civilis ratio in diversas quodammodo abiret partes; etenim qui operam omnem impenderant in persequenda intima legum potestate, vix impetrarunt, ne sibi tantum canerent, & musis, ut suam saltem profiterentur doctrinam intra Accademiarum fines; ceteri vero, qui forum undique occuparunt, neglecta fere legum auctoritate, novam sibi quamdam Juris artem composuerunt conflatam magis ex indigestis, tumultuariisque Scriptorum opinionibus; quibus hærentes respuunt pene omnia, quæ afferantur ex sanctiori jurisprudentia, præsertim si adversentur Doctorum suorum consiliis. Quod si Scriptores inter sese dissenserint, ut sæpe fit, definitionem magis expectant ab ampliori eorum numero, quam ut ad legum fontes recurrant; quasi periculosum sit vel inter vulgaria diffusa limpida legis sententiam antepondere.

Verum ea est rerum conditio; ut quum semel a recta via aberramus, ubi tandem pervenerimus, unde progredi amplius non permittatur, tum meminisse cogimur erroris nostri; atque non prius mentem in illam convertere cogitamus, nisi res ipsa monuerit. Enim vero utcumque Romani Juris majestas oppressa jamdiu detineretur inter forenses ineptias; attamen quum longo temporis cursu adeo excreverit Doctorum turba, variaeque opinionum, ut universa fere Juris doctrina in disceputationem adducta nec amplius distinguere, quid magis sequendum sit, quidve respuendum; nam vel absurdiora suos agnoscunt fautores; multoque minus liceret modum quodammodo imponere hujusmodi tam perturbatis dissentionibus: res plane veluti in desperationem redacta effecit, ut nostra ætate ubique jam cogitari coeperit de restituenda Juris arte in pri-

stinam ejus sanctimoniam, eoque aliquando redire, unde ~~Es~~um inconsulte discesserat. Experientia enim comper-
tum est; ut quo majori studio forenses Scriptores hactenus
elaborarint in transcribendis, colligendisque jejunis Prag-
maticorum sententiis, eo implicatior factus sit earum
usus; utpote quæ avulsæ a suis principiis, nec sibi met con-
stare possunt, nec regulas umquam constituent, ad quas
referri commodè valeat varietas quotidianarum quæstio-
num. Itaque in tanta opinionum confusione rectius facere
existimant doctissimi nostri causarum patroni, quum ne-
glectis Pragmaticorum figmentis non raro confugiant ad
sincera Juris principia, quæ nec amplius abhorrent; quin
quotidie tentare conantur, ut res forensis in meliorem
viam remittatur. Quod etsi nequeat obtineri uno virium
impetu, cui quidem resistit tum vetustissima contraria
consuetudo, tum imperitorum perfidia, haud tamen ani-
mum demittunt; sed paulatim si non aperta, demissa
saltem voce promere student solidiora, ut ita re sensim
procedente nova aliquando reddatur vita Jurisprudentiæ
forensi.

Hæc autem Juris restauratio, quæ nostro ævo summa
cum laude excitari coepit vel in forensibus controversiis,
quo plurimum utilitatis afferre potest, eo majoribus subest
difficultatibus quantum ad rectum illius usum. Etenim
plura sunt, quæ non ita facili negotio expleri possunt;
sive exprimenda sit mens genuina veterum Juriscon-
sultorum, sive committenda veteris Juris observatio cum
novis Imperatorum decretis; sive denique perducenda ve-
terum instituta ad nostros mores: quod sane nec remere,
nec sine seria meditatione habebitur, ac potissimum sine
pu-

purioris dialectices usu. Falso quidem sibi persuaserint, qui vel nuda Juris Romani lectione, vel non perspecta varia Jurisprudentiæ ætate, variisque proinde ejus principiis, vel minime informati cultioribus litteris, accesserint ad legum interpretationem; quum Romanæ Leges non fuerint è trivio sumtæ, sed ductæ ex honestate naturæ, atque educatæ inter abstrusiores Philosophiæ contemplationes, formam veluti receperunt ab universa Romanorum sapientia. Atque nihil magis hodie verendum videtur, quam ubi vitare studeant falsa Pragmaticorum dogmata, in sua incidant, eaque absurdiora, quæ tamen nata ex corrupta legum interpretatione, sapissime non tam Doctoribus, quam legibus ipsis tribuuntur; quasi impune liceat errorem suum legum sententiis adscribere.

Atque huc, ni fallor, referre crediderim speciosam quamdam disputationem editam a Justo Henningo Boehmero *de codicillis sine testibus validis*; quamque novissimo loco refutandam suscepimus. Is quidem alioqui eruditissimus, at leviter fortasse versatus in Jure Civili, ut falsam assertionem, quam sumit, legum sententiis tueretur, sæpe corrumpit sinceram illarum intelligentiam; quin verbis magis insistens, quam rebus, nova quædam protulit Juris principia, ut non modo in proposita quæstione turpiter tandem cogatur cum Pragmaticorum deliramentis ineptire, sed repetita codicillorum doctrina a veteri Jure, quam nec recte, nec satis attigisset differentiam inter Jus vetus, ac novum, utriusque rationem necessario pervertit; indeque carpit, quod ad rem suam conducatur. Summa quidem quæstionis a Boehmero excitatæ ita se habet: Quoniam ex vulgata constitutione, quæ prostat in L. ult. §. ult.

Ult. C. de codicillis statuitur solemnibus numerus quinque testium in quavis suprema voluntate præter testamentum, credidit Boehmerus, hanc Imperatoris legem non ita generalem esse, ut transferri possit ad cujusvis generis codicillos. Distinguit porro codicillos testamento confirmatos, puta si testator ita caverit testamento: *quos codicillos, si-ve schedulas (ut vulgo appellant) scripsi, vel scripsero, vel reliquero, ratos esse volo tamquam testamenti partes*, a ceteris, quorum nulla habeatur mentio in testamento; in his quidem admittit numerum quinque testium; in illis vero haud necessariam putat hujusmodi testium adhibitionem; propterea quod ob eorum confirmationem in testamento habitam (quam tamen Pragmatici appellant *voluntatis declarationem per relationem ad schedulam*) satis consultum sit illorum solemnitati; quum ipsa testamenti solemnitas ad codicillos referatur.

Ut autem vidi hanc Boehmeri disputationem, etsi principio statueram quæstioni tantummodo incumbere; quum nil magis absonum dici possit, quam ut solemnitas unius scripturæ ad alteram transferretur, nec magis alienum ab Imperatoris consilio, quam excipere codicillos testamento confirmatos a generali ejus sanctione de solemnibus quinque testium numero; nihilominus quum animadverterim operis progressu, rem integre confici non posse, nisi quædam necessario repeterentur a primæva codicillorum natura, tum a nova eorum indole præscripta ab Imperatoribus Justiniano proximioribus, præsertim ut ita rectius convellerentur Boehmeri argumentationes, immutato consilio rem omnem duxi aggrediendam, quæ ad codicillorum materiam pertineret; atque pro ingenii viribus absolutam per-

JURE CODICILLORUM. 517

pertractationem instituere de jure codicillorum tum veteris tum novo. Quod postquam expediverim, faciliori via ingredi liceat quaestionem petularem Boehmeri, quæ sane ipsam codicillorum rationem consequitur. Plane inter tot præstantissimos Jurisconsultos, qui Jus Civile explicarunt, neminem adhuc deprehendi, qui codicillorum materiam plenius, absoluteque complectatur; quum potissimum satis habuerint attingere, quod Justinianus prodidit in suis institutionibus. Vel ipse summus Cujacius, qui unus omnia fere docuit, paucâ quidem monuit de jure codicillorum, nec satis distincta; ut haud inutile putaverim pro varia eaque sparsim disseminata codicillorum doctrina tum in mutilis veterum Jurisconsultorum libris, quos Tribonianus nobis reliquit, tum in Codicibus Imperialibus commentarium conficere, quo simul Jus vetus, ac novum omnino cognosceremus. Quo sane vertitur potissima Boehmeri hallucinatio; quum in proposita disputatione, quæ Jus novum spectaverat, probationes petierit ex Pandectarum libris, quasi veterum sententiæ intendere potuerint in posteriores leges. Quare, ne pluribus immorer, rem omnem hoc ordine expediam: Primo sermonem habebimus de jure codicillorum ab Augusti ætate, quum primum eorum jus invaluit ad Constantini Magni usque tempora; qua ætate una fere, eademque juris ratio in illis statui potest. Tum videbimus quicquid immutatum fuerit ab Imperatoribus ab Constantini ævo ad collectionem Justinianeam, quod sane ad jus novum retulimus; quo pacto perspicimus quid antiquatum sit; quidve manserit ex veteri jure, quod cum novo recte conveniat. Quibus expositis Boehmeri sententiam insectabimur; ibique nedum expendemus ejus argu-

gumenta, sed una complectemur quicquid hac de re senserint tum juris Interpretes, tum schola forensis; quin nec pigebit descendere ad ea, quæ moribus recepta sunt, quod profecto percipiemus ex receptis sententiis, quas comprobant præcipui Italiæ Senatus, potissimum Sacra Rota Romana suis quotidianis decretis. Ne autem Lectores fraudentur ipsamet Boehmeri voce ultimo loco ejus quoque disputationem hic adjungendam duximus; præsertim quum hæc edita non reperiatur inter cetera ejus scripta: cui tamen adnotationes adjecimus, quibus suo quoquo loco Auctor notatur.

C A P U T I.

De Jure Codicillorum ab Augusto ad Constantini Magni ætatem.

I. **C**odicillorum nomen a *Codicibus*, sive *Caudicibus* ductum est, veluti parvi Codices (a). *Caudex* autem, & exinde *Codex*, qui latine proprie lignum significat, pro tabulis simul junctis accipiebatur. Ita Nonius (b): *Quod antiqui plures tabulas conjunctas Codices dicebant; a quo in Tiberi naves Codicarias appellamus*. Quum autem veteres in tabulis scribere consuevissent; hinc factum, ut tabulæ simul junctæ ad scriptionis usum accommodatæ *Codicis* quoque vocem retinerent. Ait Seneca (c): *Plurimum tabularum contextus Caudex apud antiquos vocabatur; & naves nunc quoque, quæ ex antiqua consuetudine per Tiberim*
com-

(a) Hotom. 4. obser. 1. (b) Ex Varronis libro 3. de vita pop. Rom. (c) De brevitæ vitæ cap. 13.

commeatu subvebunt, Caudicariae vocantur. Tabula vero apud Latinos, ut sentit omnigena eruditione Cl. Alexius Symmachus Mazochius (a) laminam significat ex quavis materia tum dura, ut ex marmore, metallo, ebore, ligno; tum molliore, ut ex papyro, membrana, rebus aliis. Quo sane spectat Ulpiani sententia (b): Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram (id est speciem). Sive igitur tabulae sint lignae, sive cujuscumque alterius materiae, sive chartae, sive membranae sint, vel si de corio alicujus animalis, tabulae recte dicuntur. Et Paulus (c): Tabularum autem appellatione chartae quoque, & membranae continentur. Martialis etiam mentionem habet tabellae membranaceae; quo perspicuum fit, ut strata omnia ad signandas literas idonea cujusvis materiae essent, sive durioris, sive mollioris, tabularum, vel tabellarum nomine veteres significarent. Quamquam autem Codices ex tabulis simul junctis conficerentur, uti & Volumina; distinguebantur tamen Codices a Voluminibus, ut arbitratur idem Mazochius (d), quoad modum, quo tabulae variae digestae erant, atque ordinatae; nam liber in cylindri modum convolutus volumen proprie dicebatur; quum nempe plagulae sive schedae una deinceps post aliam in unam superficiem oblongam invicem adglutinatae, postremo in scapum convolverentur, ut teres volumen existeret. Codex vero conficiebatur instar librorum, quibus hodie utimur; ita ut paginae ex una parte in uno communi cardine simul junctae, ex altera solutae, aperiri, ac rursus plicari possent. Quae Codicis, ac voluminis

B

diffe-

(a) Epist. ad Eminentissimum Quirinum de Nyptricho Quiriniano, & Brixiano.
(b) L. 1. de bonor. posses. sec. tab.

(c) Recept. senten. lib. 4. tit. 7. §. 6.
(d) loc. cit.

differentia luculenter comprobatur ex Paulo (a), & Ulpiano (b).

II. Perspecta Codicis significatione tum quoad variam tabularum materiam, tum quoad modum, quo tabulae simul jungerentur, facile *codicillorum* quoque formam intelligimus, qui parvi codices erant. Codices quidem componebantur tabulis grandioribus; codicilli vero brevioribus, atque paucioribus. Itaque tabellae in codicis modum compactae, quae tamen ceratae erant, ac stylo exarabantur, codicilli proprie dicti sunt; atque hinc Ulpianus (c) codicillos *ceratos* nominavit; quemadmodum tabellae ceratae, quae ad pugillum essent, ac pugillo tractarentur, *pugillares* appellatae sunt. Hujusmodi autem tabellae ceratae, sive codicilli tum quod deletitiae erant, tum quod ad scriptionis usum promptiores haberentur tabellis membranaceis, vel papyraceis, quae & atramenti, aut rubricae, & calami exigunt ministerium, adhibebantur idcirco, vel quum quid considerate scribi oporteret, quod postea mundum redderetur ab amanuensi; vel in re subita, ubi charta, & atramentum deesset (d). Quo spectat illud Ciceronis (e): *Accubueram hora nona; quum ad te harum exemplum in codicillis exaravi*: scripserat quidem ipsemet prius in

(a) Recept. sent. lib. 3. tit. 6. §. 87. *Libris legatis, charta volumina, vel membranae, & philura continentur. Codices quoque debentur: librorum enim appellatione non volumina chartarum, sed scriptura modus, qui certo fine concluditur, assumatur.*

(b) L. 52. de legatis 3. *Librorum appellatione continentur omnia volumina, sive in charta, sive in membrana sint, sive in quavis alia materia. Sed & si in philura, & in stilia, (ut nonnulli consueverunt)*

idem erit dicendum. Quod si in codicibus sit membranae, vel chartaceis, vel etiam eboreis, vel alterius materiae, vel in ceratis codicillis, an debeantur legata videamus? Et Cajus Cassius scribis deberi & membranas libris legatis: consequenter igitur cetera quoque debebuntur.

(c) cit. L. 52. de legatis 3.

(d) Aldus Manutius de quaestis per epistolam ad Muretum, & Mazochius loc. cit.

(e) Lib. 9. epist. famil. ult.

CODICILLORUM CAPUT I. 11

in codicillis, sive in tabellis ceratis illius epistolæ exemplum, quod mundum deinde de more misit. Interdum & ipsi codicilli mittebantur; quum præsertim properato opus esset. Ita Sulpicius (a): *Quum non longe a Piræo abessem, puer Acidini mihi obviam venit cum codicillis, in quibus erat scriptum, paulo ante lucem Marcellum diem suum obiisse*; in re enim tam subita, quod de Marcelli morte nuntiaretur, ipsi codicilli missi sunt. Et Cicero (b): *simul accepi a Seleuco tuas litteras, STATIM quæsiui e Balbo per codicillos, quid esset in lege*. Itaque vel quum subitanea resurgeret; vel quum commodum magis esset uti tabellis ceratis ad scriptionem, quicquid his scribebatur, codicillorum nomine veteres appellabant. Hinc Seneca (c) codicillos quoque vocat eas epistolas, quæ fiunt inter præsentis; propterea quod tabellis ceratis scriberentur: *Videō te, mi Lucili, quum maxime audio, vdeo tecum sum; ut dubitem, an incipiam non epistolas, sed codicillos tibi scribere*. Quare egregie hic fallitur Boehmerus (d), quum voluit, idem prorsus fuisse apud Latinos epistolas, ac codicillos; propterea quod promiscue quandoque usurpaverint vocem vel epistolarum, vel codicillorum; hoc enim omnino falsum est; sed quicquid stylo exarabatur in tabellis ceratis, sive epistolam contineret, sive orationes, sive poemata, sive quid aliud, codicilli æque semper dicebantur, habita ratione non ipsius operis, sed tum materiæ, in qua scribebatur, tum modi, quo tabellæ simul jungerentur. Hinc Plinius (e) codicillos quoque appellat

B 2

ar.

(a) Ex Tullio 4. epist. famil. 12.

(b) 6. Epist. famil. 18.

(c) Epist. 55.

(d) Plin. 1. suæ dissertationis 4.3. & seq.

(e) Plin. 2. epist. 18. Cæpi non medio-

crem voluptatem, quod hunc librum cum amico recitare voluissem, non per codicillos, non per libellos; sed si commodum esset, & si valde vacaret, admodum... convenerunt.

argumenta, vel exemplaria orationis, quæ interdum domi mittebantur auditoribus, vel in ipsis auditoriis distribuerentur (a). Nec mirum, quod epistolas veteres quandoque codicillos appellarint; quum enim ipsi codicilli mitterentur, tum epistolarum nomen adsciuerant ea de causa, quod epistola scripta erat in hujusmodi tabellis; at falso inde conficies, aliud non fuisse codicillos, quam epistolas, quasi codicillorum nomen ad epistolas tantummodo referretur; quum contra quicquid scriptum esset in tabellis ceratis, æque codicilli dicebantur. Qua eadem ratione Principum diplomata posterior ætas codicillos quoque appellavit (b). Hactenus de latina codicillorum significatione.

III. Jurisconsulti vero codicillorum nomen accommodarunt ei supremæ hominis voluntati, sive is testatus, sive intestatus decedat, cui ad differentiam testamenti juris desint solemnia. Hujusmodi autem voluntas quum principio perscriberetur in tabellis ceratis, tamquam expeditio-ribus in re subita, potissimum ipsa Testatoris manu, ne ulli pateret, merito codicillorum nomine donata est. Quemadmodum solemnibus testamenti tabulas Ulpianus (c) Codices appellavit, quod scriberentur in tabulis grandioribus; hinc Juvenalis (d).

..... nam Codice sævo

Heredes vetat esse suos...

Et quidem in testamentis necessario adhibebantur ta-
bu-

(a) Bernardinus Ferrarius lib. 3. de veterum acclamationibus, & plausu cap. 3. Libelli porro isti, & codicilli aliudnihil erant, ut ego quidem arbitror, quam orationis, aut recitationis habenda, vel argumenta, vel exemplaria audientibus domi interdum, interdum in

Auditoriis ipsis distributa.

(b) Inst. lib. 1. tit. 12. §. 4. l. 41. de excusationibus &c. & l. 1. C. ut omnes iudices &c.

(c) L. 1. 6. 6. de bon. posses. sec. tab.

(d) Sat. 10. ver. 236.

bulae grandiores, quod plurima capita continebant, testimoniumque subscriptiones adesse oporteret. At codicilli brevioribus, paucioribusque conficiebantur tabellis eam nempe ob causam, ut recte arbitratum Hotomanus (a), *ut facile quo cuique commodum esset, circumferri, & in sinu gestari possent*. Jurisconsulti igitur ut distinguerent solemnem testatoris voluntatem a minus solemni codicillos hanc dixere plurativo numero, teste Cajo (b), retenta nimirum vocabuli originatione; quamquam & singulari numero codicillum interdum legimus usurpatum majoris demonstrationis causa (c).

§. I.

Origo Codicillorum.

I. QUæ testandi potestas apud Romanos populi primum auctoritate comprobata, tum jure XII. tabularum cuique Patrifamilias concessa est; ea profecto non secus jure admittebatur, ac si certo, solemnique ritu omnino celebraretur: qua de causa suprema Testatoris judicia *justam sententiam* (d), sive *justam contestationem* (e) Jurisconsulti dixere. Et quamquam vel ritu quodammodo commutato, vel nimia Juris subtilitate paulatim senescente Prætoris præsertim beneficio facilior deinde præberetur civibus testandi ratio; hæc tamen ad Augusti ætatem nunquam Juris caruit solemnibus, suamque constanter retinuit solemnem formam; ne aliter in leges offenderetur. Primus autem Augustus insignem quidem immutationem ab ve-

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. de codicillis.

(b) L. 48. de verb. signif. *Hæc enim enunciatio habet liberos, non habet liberos semper plura. ivo numero prefertur, sicut & Pugillares, & Codicilli.*

(c) L. 38. de conditionib. & demonstr. l. 19. de jure codicillorum, & l. 14. C. de testamentis.

(d) L. 1. qui testamenta facere possunt.

(e) Ulpianus tit. 20. §. 1.

ab veteri observatione invexit in re testamentaria . Etenim co auctore introduci coepit & jus codicillorum , quod prorsus erat ignotum , atque necessaria fideicommissorum præstatio , quæ prius hæredis tantum pendebat arbitrio . Quæ duo summa capita fuere , ut veteribus regulis quodammodo conturbatis nova veluti hac in re prodiret jurisprudentia , sive spectemus fideicommissorum rationem , quæ vel nuda testatoris voluntate constabant (a) ; sive codicillorum , qui re quidem ipsa novam testandi formam præbuere . Originem autem codicillorum ita exponit Justinianus (b) . Quidam Lentulus in Africa decedens codicillos reliquerat testamento confirmatos, in quibus ab Augusto quid per fideicommissum petiit , itemque a filia cohærede quædam legata reliquit . Placuit autem Augusto Lentuli potius voluntatem sequi , quam legis rigorem ; atque agnoscens fideicommissum in codicillis relictum exemplo fuit , ut & Lentuli filia legata quoque præstaret . Tum Prudentibus convocatis in consilium eos adhibuit Augustus , ut cognoscerent, an codicillorum usus admitti posset; quos inter Trebatium fertur , summæ tum auctoritatis eatenus eos adprobasse ; *quod diceret utilissimum , & necessarium hoc civibus esse propter magnas & longas peregrinationes ; ubi si quis testamentum facere non posset , tamen codicillos posset* . Primum quidem , ut recte putat Hotomanus (c), civibus tantum extra Italiam degentibus permitti coepit hæc nova testandi ratio . Etenim quum iis non facile præberetur sufficientium testium copia , qui cives Romani omnino esse debebant in testamentorum confectioe ; æquius idcirco existimavit Trebatius , si per codicillos saltem

(a) Ulpianus cit. 25. §. 1. (b) Inst. lib. 2. tit. ult. . (c) Inst. loco cit.

tem possent suam declarare voluntatem sine Juris solemnibus. Durum quidem videbatur tot meritissimos cives vel intestatos pati morituros, vel testamento facto ob testium inopiam non valere quid addere, vel immutare in supremo vitæ momento. Haud dissimilem video æquitatis rationem, quum antiquato testamentorum usu in comitiis concederetur tandem jure decemvirali libera cuique testandi facultas, ut magis placuerit. Quum enim sæpe fieret, ut vel morbo correpti, antequam comitia haberentur, intestati decedebant; vel semel in comitiis testati prius mortem obire cogeantur, quam ut novissimam promere possent voluntatem ob comitiorum raritatem; æqua ratio suasit, ut excussa comitiorum necessitate, quo magis velent, sua conderent testamenta.

II. Verum res parvis fortasse ducta principiis, ut solet, paulatim undequaque propagari coepisse credibile est; atque utcumque principio jus codicillorum civibus tantum præberetur peregrinantibus, vix stetit, quin ad ceteros postmodum cives perduceretur vel in Urbe commorantes. Huc sane spectare existimaverim illa Justiniani verba: *Post quæ tempora quum G Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.* Plane ante Labeonis codicillos adhuc vacillabat in Urbe præsertim eorum usus; quum revera causa non esset, cur recederetur ab juris observatione, ubi non deerat testium copia juxta Trebatii sententiam; ac propterea qui majorum institutis hærebant, non facile eorum introductionem patiebantur. Sed postquam Labeo codicillos scripisset, tanti Jurisconsulti auctoritas eo valuit, ut illius exemplo nemo amplius auderet de optimo codicillorum jure dubitare.

Is fa-

Is sane fuit Antistius Labeo Trebatij discipulus, atque princeps sectæ Proculianæ; qui non tam perseverabat in ea, quæ sibi tradita fuerant, sed, ut inquit Pomponius, *(a) ingenii qualitate, & fiducia doctrinæ plurima innovare instituit*. Quare quemadmodum Augusti exemplum effecerat, ut codicillorum jus introduceretur saltem pro civibus, qui procul ab Urbe vagarent: ita postea summa Labeonis auctoritate cunctis omnino patuit illorum usus, qui proinde versus est in assiduam jurisdictionem.

III. Recepto igitur codicillorum jure apud Romanos opera præsertim Jurisconsultorum, qui & suasionibus, & exemplo illos commendaverant, oportebat eorum quoque sapientia, atque consilio certas præscribi Juris regulas, certamque normam, intra quarum fines regerentur; sive propriam Juris rationem constitui, qua eos ita tuerentur, ut tamen in leges aperte non offenderent, ne novi Juris introductione in re testamentaria vetus læderetur observatio, legesque moribus abrogari viderentur; quod sane Romanorum religio non patiebatur. Hinc manavit quoddam peculiare jus codicillorum ex Jurisconsultorum doctrina potissimum profectum, quodque veluti per manus tradebatur *(b)*, suisque scriptis Jurisconsulti attigerunt; quin Paulus librum singularem conscripsit de jure codicillorum, ut apparet ex quarumdam legum inscriptione, quas Tribonianus retulit in Pandectis *(c)*. Stetit autem diu hoc Jus sub iisdem fere regulis usque ad Constantini Magni ætatem: quum tandem tum testamentorum, tum codicillorum ratio coepit quodammodo variare ab veteri obser-

(a) L. 2. §. 47. de origine Juris.

(b) Vide l. 10. de jure codicillorum.

(c) Vide inscriptionem legis 8. de jure codicillorum.

CODICILLORUM CAPUT I. 17

observatione . Et quamquam Tribonianus in Pandectarum collectione plura reliquerit ex veterum Jurisconsultorum sententiis , licet non integra , ac mutila ; quicquid tamen undique colligere licuit , unum in locum hic conferre duximus , ut ita deprehendamus variam codicillorum ætatem , variasque proinde Juris regulas . Quòd , ut servato ordine pertractetur , primum est , ut videamus ea rerum capita , quæ generaliora sunt , quibusque veluti communibus cujusvis generis codicillis confertur , vel distinguitur eorum ratio ab jure testamentorum ; deinde gradum faciemus ad peculiare codicillorum modos , quibus inter se se discriminantur .

§. I I.

Quæ fuerit Codicillorum norma ; ac quemadmodum a testamentorum ratione distinguatur.

I. **P** Lacuit Græcis Interpretibus describere codicillos tamquam *testamenti supplementum* (a) , aut *correctio* (b) ; propterea quod testatores vel corrigunt , vel suppleant in codicillis quod in testamento caverant , vel omiserint . Vitiosa quidem est hujusmodi descriptio ; quum in codicillis ab intestato nec corrigatur , nec suppleatur testamentum . Rectius Cujacius definit (c) : *Codicillus est testati , vel intestati voluntas minus sollemnis* ; quicquid

C enim

(a) Theophilus inst. lib. 2. tit. 25. de codicillis : & in Basilicorum lib. 36. tit. 1. de jure codicillorum.

(b) Harmenopulus lib. 5. tit. 7. §. 3.

(c) Traß. 2. ad Africanum ad l. 15.

enim morientibus permittebatur relinquere sine ulla solemnitate, id veteres ad codicillorum naturam referebant, sive testati, sive intestati decessissent. Ne autem hujusmodi non solemnis voluntas cum testamentis confunderetur, Jurisconsulti adscripserunt generaliter omnibus codicillis quasdam communes leges, certosque fines, quos prætergredi non liceret; ut ita distingueretur jus codicillorum a solemnistestamenti ratione (a); nam alioqui *si idem*, inquit Constantinus (b), *codicilli, quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac potestas una sociasset?* Testamenta porro ex lege, codicilli vero ex moribus descenderant; ac proinde fieri non poterat, quin lex læderetur, si quod potissimum testamenti causam efficit, tribueretur quoque codicillis.

II. Quoniam autem præcipua testamentorum ratio versatur in hereditatis datione, quæ tribus tantummodo verbis explicata, ut monet Ulpianus (c), fatis est, ut testamentum jure habeatur, non immerito id negatum est codicillis. Tradita ergo est prima Juris regula, Hereditatem nempe codicillis neque dari, neque adimi posse tum in primo, tum ulteriori institutionis gradu (d); quum eadem sit causa dationis, ac ademptionis, tum quoad institutos, tum substitutos (e). Addit hic Papinianus alteram rationem, qua hujusmodi datio, & ademptio hereditatis codicillis vetabatur; quæ tamen spectat eos dumtaxat codicillos, qui testamento facto conficiuntur: *ne*, ut inquit

(a) Justinianus inst. lib. 2. tit. ult. §. 2.

L. 15. de jure codicillorum.

(b) L. 7. C. de codicillis.

(c) L. 27. §. 1. de conditionibus institutionum.

(d) L. 1. §. 2. de heredibus instituendis.

(e) Inst. loc. cit. l. 76. ad S. C. Trebell.

quit (a), *per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur*. Pendet hæc Papiniani sententia ab illo Juris principio; quod codicilli ad testamentum facti considerarentur tamquam illius partes, viresque suas ex testamento caperent, quod tamen latius infra apparebit. Hoc admissio absurdum videbatur Papiniano, *permissa hereditatis datione in codicillis testamentum ipsum quasi per codicillos confirmari; quum alioqui testamenta consistant per heredis institutionem (b)*. His consequens est, nec exheredationem codicillis scribi posse (c). Etenim *inter cetera, ut inquit Cajus (d), quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, PRINCIPALE jus est de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis*; ac propterea quum in persona liberorum æque cadat vel institutio, vel exhereditio, par idcirco in utraque Juris ratio consideratur. Demum, quod ex eodem fuit principio, nec conditio adjici potest in codicillis institutioni pure datæ in testamento (e). Plane conditionis adjectio naturam sequitur dationis, ac ademtionis hereditatis; atque ut eleganter ait Modestinus (f), qui conditionem institutioni adjicit, is certe *in defectu conditionis de ademtione hereditatis cogitasse intelligitur*; datio enim hereditatis sub conditione necessario ademtionem quoque continere videtur. Hæc quidem in codicillis Paganorum; Militibus vero, quibus extra Juris regulas concessum est testari, quomodo magis

C 2

ve-

(a) cit. L. 10. de jure codicill.

(b) Vide Cujacium lib. 15. questionum Papiniani ad cit. l. 10. de jure codicill.

(c) Inst. loco cit.

(d) L. 30. de liberis, & postumis &c.

(e) L. 6. de jure codicill.

(f) L. 27. §. 1. de conditionibus instit.

velint, ac possint (a), quicquid ceteris permittitur dumtaxat in testamento solemni, id placuit omnino remitti; ita ut milites recte dare, vel adimere possint hereditatem tum in testamentis, tum in codicillis (b).

III. Verum quod hactenus ex Juris Civilis rigore codicillis veteres negarunt, ne testamentorum leges subverterentur, admissa tamen Augusti quoque auctoritate necessaria fideicommissorum præstatione, quæ antea sola heredis fide constabant, factum est propterea, ut quod codicillis una via verabatur, altera concederetur. Ac sane quum fideicommissa non ex legibus, sed ex moribus quoque profecta, rigorem idcirco Juris Civilis non sequerentur; satius putarunt Jurisconsulti, si quod Juris rigori repugnaret, in fideicommissi causam conversum admitterent: & ita, ut principio innuimus, res testamentaria partim codicillorum introductione, partim obducta benigna fideicommissorum ratione non parum declinavit Augusti ætate a veteris Juris observatione sine expressa legum offensione. Hinc constituta summa discriminis causa inter ea, quæ verbis directis, sive civilibus relinquerentur, ac precativis, sive fideicommissariis; quæ datio, & ademptio hereditatis verbis civilibus concepta jure codicillis negabatur, eadem permissa est verbis precativis relicta, sive per fideicommissum: ideoque ita rescripsit Imperator Philippus (c): *Hereditatem quidem neque dari, neque adimi codicillis posse manifestum est. Verbis tamen precariis per hujusmodi etiam novissimi judicii ordinationem jura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis rogatam*

(a) L. 24. & 40. de testamento militis.

(b) L. 36. eodem.

(c) L. 2. C. de codicillis.

gatam esse, ut quibusdam rebus contenta portionem, quam testamento fueras consequuta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est. Neque hoc invadere testamentorum leges videbatur: quum enim fideicommissa haberentur tamquam extra Juris Civilis rigorem, nec hereditatis datio Jure Civili permittebatur, nisi verbis civilibus ac imperativis; modum quidem excogitarunt, quo legibus, moribusque una servirent. Qui ergo lege testari vellet, is profecto cogebatur imperativo modo hereditatem dare, vel adimere in solemni testamento; qui vero moribus, satis erat precative eam relinquere vel in codicillis; ut ita, dum mores sequerentur, in legem non offenderent. Et quamquam diversa formularum conceptione idem prorsus videretur codicillis negari, atque permitti: hoc nihilominus intererat, ut quarta detraheretur in fideicommissaria hereditate, non autem in directa; idcirco ait Julianus (a): *Hereditas testamento inutiliter data, non potest codicillis quasi hereditas confirmari: sed ex fideicommisso petitur salva ratione legis Falcidia*. Suavis autem est Boehmerus (b), quum ideo credit in codicillis admissam hereditatis dationem per fideicommissum, non item directam; quod codicilli epistolarum more conficerentur. Qui autem epistolas scribit, rogat, non præcipit; indeque natum arbitratur, ut non nisi per fideicommissum hereditates codicillis relinquerentur; quia revera hi conciperentur epistolarum more magis precativo, quam imperativo. Quid putidius tanto viro excidere poterat? Quid quæso Juris ratio cum epistolis commune habet? An Rhetores, epistolasque scribendi præceptores Romano umquam Jur i præ-

(a) L. 2. §. ult. de jure codicillorum. (b) Cap. 1. suæ disp. §. II.

22 CODICILLORUM CAPUT I.

præfuerint ? Falso quidem arbitratur , ut vidimus , quum unam fecit codicillorum, ac epistolarum rationem ; sed turpiter decipitur , quum causam fideicommissariæ hereditatis in codicillis agnoscit ab epistolarum forma . Legata quidem directis verbis concipiebantur , eaque codicillis relicta jure constabant ; cur ergo valerent codicilli in legatorum datione verbis imperativis concepti ? Quonam pacto legata cum epistolarum more convenient ? An legare idem fuerit , ac precari ? Sed hæc latius infra .

IV. Altera Juris regula, qua codicillorum ratio a testamentis distinguitur , ita se habet : Jus Civile non patitur quem decedere pluribus testamentis relictis , licet plura exempla, sive codices unius testamenti recte scribantur (*a*) : prius enim testamentum rumpitur per posterius (*b*) ; ita ut novissimum priora subvertat . Quicquid autem Heineccio (*c*) placuerit , id nimirum processisse ex testamentorum origine, quæ in comitiis legis modo juberentur, ac proinde ut novissima lex priores abrogat , ita ultimum testamentum rumpit anteriora , quod è re alienum putaverim ; solidam fane hoc habet Juris rationem . Etenim testamentum universam complectitur successionem , quæ una idcirco esse potest ; ac propterea idem esset decedere pluribus testamentis, ac pluribus successionebus , ut nil mirum, si in militibus tantummodo plura testamenta admittantur (*d*) ; quippe quibus concessum est , quoque decedere partim testatos , partim intestatos : quo fit , ut conditis pluribus testamentis , novissimum attendatur , tamquam suprema homi-

(*a*) l. 24. qui testamenta facere possunt.
(*b*) l. 1. de injusto, rupto, irrito facto
testamento.

(*c*) in notis ad Vinnium inst. lib. 2. tit. 17.

§. 2.

(*d*) l. 19. de testamento militis.

hominis voluntas . Contra vero quum codicilli haud exhibeant universum Jus defuncti , sed aliquam ejus partem ; placuit idcirco ad testamenti differentiam , quem pluribus codicillis decedere posse (a) , omnesque rati habebuntur , nec prius rumpitur per posterius , nisi per posteriores quid immutari placuerit , vel priores revocentur , quum nova voluntate priori derogetur (b) .

V. Demum testamentum actu solemnī perficitur , sive Jus Civile , sive Prætorium species , neque sine Juris solemnibus consistere potest , præter quam in militibus : codicilli vero , ut ait Tribonianus (c) , *nullam solemnitatem ordinationis desiderant*, atque, ut scripsit Marcianus (d), *Testatoris manu neque scribi, neque signari necesse est*; quia nullæ in illis formulæ adhibebantur, nulla certa verba, nullus ordo, nullus libripens, nullus emtor familiæ (e). Codicilli igitur actus solemnīs non erant, tum quod non ex lege descenderant , qua Juris solemnia constituta sunt supremis voluntatibus , sed moribus tantum recepti , magistratuumque Jurisdictione , tum quia inspecta illorum origine non alia de causa principio permitti cœpit civibus peregrinantibus eorum usus : nisi ut, quum ob testium inopiam ordinare solemnem voluntatem non valerent , codicillos saltem conficerent non solemnes ; quod postmodum ad ceteros cives generaliter perductum Labeonis auctoritate , atque exemplo , permanfit quidem eadem codicillorum forma , qua principio conficiebantur. Ceterum quod Jurisconsultorum

ma-

(a) l. 6. §. 1. de jure codicillorum.

(b) Vide Connanum in comment. juris civilis lib. 9. cap. 6. n. 6.

(c) Inst. lib. 2. tit. ult. §. ult.

(d) l. 6. §. 1. de jure codicillorum.

(e) Vide Cujacium tract. 2. ad Africanum ad l. 15. de jure codicillorum.

magis consilio in mores vertebatur, nulla actus solemnitas adjici poterat; quum actus solemnes, sive legitimi præscribebantur legum auctoritate (a). Scio, hic Tribonianum accusari, quod ea verba in institutionibus transcripta (b): *nullam solemnitatem ordinationis desiderant*, haud congruant cum nova Imperatoris constitutione, qua præscribitur in codicillis solemnibus quinque testium numerus. Sed opportunius hoc videbimus capite sequenti, quum agemus de novo jure codicillorum.

§. I I I.

An veteres in codicillis testium præsentiam adniserint?

I. **Q**Uamquam codicilli jure veteri nullam exigent solemnitatem, exoritur hic tamen non levis dubitatio, an nulla prorsus testium adhibitione scriberentur? Plane non intelligimus solemnem illum testium numerum, qui non nisi lege statui potest, sed qui certam faceret eorum fidem, præsertim quum de supremis agatur, quæ fraudibus potissimum patent. In testamentis quidem legitimus testium numerus solemniter adhibitus tutiorem reddit voluntatis probationem: in codicillis vero etsi veteres solemnitatem actus neglexerint; quæri tamen potest, an saltem quoad voluntatis probationem testium fidem desiderarint. Celebriores quidem Juris interpretes, ut Cujacius, aliique Juris doctrina Cujacio proximiores, vel quæstionem prorsus non attingunt, vel quantum ex illo-

(a) Vide Cujacium in l. actus legitimi de regulis juris.

(b) Inst. lib. 2. tit. 25. §. 3.

lorum scriptis colligere licet, numquam in dubium id re-
vocarunt: quum pro certo habuerint, testes saltem proba-
tionis caussa adhibitos esse in codicillis (a). Giphanius (b)
primus, ni fallor, huic dubitationi occurrit, distinguens
codicillos proprie dictos ab iis, qui epistolarum more con-
ciperentur: illis quidem arbitratur, talem testium nume-
rum, qui hodie adhibetur, necessarium non fuisse: in his
credidit nullos fortasse testes adfuisse, ea nempe ductus
ratione, quod epistolæ scribi non solent, nisi remotis om-
nibus arbitris, quod etiam placuit Everardo Ottoni (c).
Boehmerus autem (d), quum prius longo satis sermone
contenderit, nihil aliud revera fuisse apud veteres codi-
cillos, quam epistolas, primum quid em scriptas ad here-
des tantum, deinde vel ad Legatarios, facile sibi persua-
sit nullos omnino testes desiderasse; quod probare conatur,
tum ex illorum origine, tum quod in libris Juris nulla un-
quam testium fiat mentio in codicillis, tum demum qua-
rundam legum argumentis. Boehmero subscripsit Heineccius (e), qui nec dubitavit easdem Boehmeri rationes ado-
ptare. Præstat hic primum aliorum sententiam perpen-
dere; ut deinde quid senserim, dicam libenter.

II. Ne autem perturbata quæstio pertractetur, principio
distinguere oportet solemnem testium numerum ab ea te-
stium præsentia, quæ admittitur probationis tantum caussa;
& quoniam codicilli solemnes non fiebant, necessario con-
sequitur, nec solemnem testium numerum exegisse, quod

D

ne-

(a) Vide Cujacium tract. 2. ad Africa-
num loco cit. Connanum comment. juris
civilis libr. 9. cap. 6. n. 1. Antonium Fa-
brum de erroribus Pragmat. decade 69.
errore 9.

(b) in Codice ad §. ult. l. ult. C. de co-
dicillis.

(c) Inst. lib. 2. tit. ult.

(d) cap. 1. §. 19. & seq.

(e) Antiquit. Rom. ad inst. l. 2. tit. ult.

nemo sanus negaverit ; ut mirum sit , ipsum Boehmerum nec sibi met consentire , quum codicillos interdum appellaverit *solemnēs epistolas* (a). Plane quidnam intellexerit per solemnem epistolam , non video ; nisi ut distingueret usitatas epistolas a codicillis , qui ad epistolæ modum scribebantur . Dubitatio ergo eo tantum vertit , an veteres testes admiserint in codicillis probationis causa , ut ita fraudibus quodammodo occurreretur . Et quidem quod primum Boehmerus profert ex origine codicillorum , ad rem non pertinet . Etenim etsi civibus extra Italiam degentibus ideo permissus est codicillorum usus , quod non facile iis præberetur civium Romanorum testimonium , qui testamento adessent ; non recte tamen conficit , nullos proinde testes codicillis adhibitos ; sed id tantum , quod æqua ratio suaserit vel sine civium Romanorum præsentia conscribere codicillos debuisse : quibus tamen utpote non solemnibus , nec lege comprobatis , haud interdicebatur peregrinis testimonium suum perhibere probationis tantum causa ; quippe qui idonei testes habebantur præterquam in actibus potissimum legitimis , ac propterea ex civium Romanorum inopia conjectura duci nequit , testes omnino non adfuisse .

III. Perperam deinde arbitratur , codicillos aliud non fuisse quam epistolas , eaque de causa Jurisconsultos plerumque ita eos nominasse in libris Juris . Etenim quos codicillos propria epistolarum significatione dixerint veteres , infra ostendemus , quum sermonem instituerimus de peculiaribus codicillorum modis . Deinde quod Juriscon-
ful-

(a) cap. 1. §. 24.

sulti codicillos quandoque expresserint epistolarum nomine, falso conjicit, tamquam epistolas considerari debere. Et quidem quicquid concipi soleret cum salutis præfatione, epistolam veteres nominabant; quo fit, ut cautiones & chirographa, quæ potissimum epistolarum more scribebantur, epistolas quoque appellarint, ut tot prostant exempla in libris Juris (a). At quis umquam contenderit, hujusmodi cautiones aliud non fuisse quam epistolas, vel quod testes iis non adhiberentur, propterea quod scriberentur cum salutis præfatione ad modum epistolarum? Non enim modus, quo scribitur, sed negotii genus scripturam distinguit: Cautiones quidem, quibus salutatio præmittebatur, si epistolas dixeris, non prohiberis; at male inde conficies, eas proinde existimari debere tamquam epistolas familiares, quod nil Jurisconsulto indignius. Præterea perspicuum est vel in ipsis testamenti tabulis solere testatores salutationem præmittere, præsertim quum amicissimis suis, vel propinquis quid legarent, aut fideicommitterent; ut præ ceteris ex Modestino liquet (b): Numquid Boehmerus testamenta quoque aliud non fuisse crediderit, quam epistolas? vel quod testes in hujusmodi testamenti scriptura non adfuerint? Haud negaverim, epistolas quidem familiares scribi solere remotis omnibus arbitris, ut inquit Giph-

D 2

nus

(a) l. 26. §. 2. de positi, l. 34. de pignoratitia actione. l. 12. §. 12. mandati l. 5. §. 3. l. 26. & l. ult. de pecunia constituta.

(b) l. 34. §. 1. de legatis 2. Lucius Titius in testamento suo ita cavit: Octaviana Stratonica dulcissima filia salutem: Volo eam a se ipsa accipere villam Gazam cum impositionibus suis omnibus. Octaviano Alexandro dulcissimo filio meo salutem; Tracipuum volo eam accipere sythefin ste-

rilium villarum cum impositionibus suis. Et §. 6. Lucius Titius reliquit duobus filiis suis heredibus diversis sexus institutis (sermo est de testamento; quum heredes instituerit) addidit caput generale deinde subjecit in præceptione relinquenda filia sua hac verba: Paulina filia mea dulcissima; si quid me vivo decui comparavi, sibi habere jubeo.

nus : quum nulla contentio oriri possit de illarum fide , neque ia quæstionem adducuntur : at aliter res se habet in iis scripturis , quibus continetur suprema voluntas , vel mutua hominum obligatio , quæve ratæ haberi nequeunt in iudicio ; nisi de earum fide constiterit legitimis probationibus : ac proinde nil refert , an cum salutis præfatione scribantur , nec ne ; non enim epistola , sed quod in ea comprehenditur , necessariam facit testium præsentiam , quemadmodum cautiones etsi epistolarum more conficerentur : ideo tamen testes desiderabant , ut scripturæ fides constaret .

IV. Quod autem addit Boehmerus , nimirum in libris Juris nullam haberi mentionem testium in codicillis , id primum verum omnino non est , ut mox ostendemus : deinde animadvertere debuerat , Jurisconsultos tum in responsis suis , tum in libris , quos conscripserunt , numquam attigisse quæstiones , quæ in facto prorsus consisterent , sed Juris dumtaxat ; nisi quando Juris definitio ex facti circumstantiis necessario proficisceretur , vel ex præcipua verborum prolatione penderet , ut accidit in quæstionibus testamentariis . Quoniam autem scripturæ fides ad factum omnino pertinet , non item ad Jus ; idcirco non Jurisconsultorum , sed Judicis erat cognoscere , num legitimis probationibus constitisset . Itaque quum codicilli non erant solemnes ; nec proinde solemnem testium numerum requirerent , ut testamenta ; nil causæ est , cur Jurisconsulti speciatim agerent de fide codicillorum , vel testium præsentiam quandoque meminissent ; hoc enim generatim attigerunt , quum pertractaverint materiam de fide instrumentorum , de probationibus , & præsumtionibus , atque de testi-

bus .

bus. Contra in testamentis ideo sapissime mentionem habuerunt de testium adhibitione; quod ad Juris rationem hoc pertineat, sive ad eam Juris observationem, quæ legibus præscripta est, quæque non tam in facto, quam in Jure consistit. Demum legum argumenta, quibus Boehmerus utitur, ut testium præsentiam negaret in codicillis, vel prorsus extranea sunt, vel sibimet contraria; at ne longius a proposito aberremus, dum nostram aperiemus sententiam, afferemus quoque eas legum auctoritates, quibus utitur Boehmerus ad ejus tuendam sententiam; sed ita tamen, ut quod alienum esse putaverim, referatur in annotationibus, quas atteximûs ejus disputationi.

V. Ex hætenus expositis quum in comperto sit, quam falsis argumentationibus laborarint, qui nullos testes agnoscunt in codicillis apud veteres; prope est, ut in rem obscura proferamus quicquid ex veterum scriptis excogitare licuit, quo Boehmeri quoque sententia apertius convellatur. Et quoniam, ut ex Marciano (a) intelleximus, codicilli scribi, atque signari poterant, vel propria testatoris, vel aliena manu; præstat, ut primum videamus, qua legitima probatione uterentur in illis, qui aliena manu scribebantur, ut rectius conjectare possimus in propria testatoris manu exaratis. Insignis exstat Scævola locus, quo manifestissime apparet, nedum testes adfuisse codicillis aliena manu conscriptis; sed & eorum signis comprobatos. Ita Scævola inquit (b): *Propositum est, non habentem liberos, nec cognatos in discrimine vitæ constitutum per infirmitatem ARCESSITIS AMICIS Cajo Sejo contubernali*

(a) cit. l. 6. §. 1. de jure codicill. (b) l. 39. §. 1. de legat. 3.

*n*ali dixisse, quod vellet ei relinquere prædia, quæ nominasset; eaque dicta **IN TESTATIONEM** Cajum Sejum redegeisse: etiam ipso Testatore interrogato, an ea dixisset, & responso ejus tali *καλιστα*; id est maxime, inserto; quaesitum est, an prædia, quæ destinata essent, ex causa fideicommissi ad Cajum Sejum pertinerent? Respondit, super hoc nec dubitandum esse, quin fideicommissum valeat. Palam est, hic agi de codicillis ab intestato factis, non autem de testamento, ut cuique patet, quibus Testator coram amicis consulto accessit voce declaraverat, se relinquere velle prædia, quæ nominasset, Cajo Sejo contubernali suo: Cajo Sejo deinde scripsit Testatoris voluntatem, quam *in testationem* quoque redegit. Dubitabatur, an fideicommissum (qui enim ab intestato codicillos relinquit, fideicommittere intelligitur, ut infra ostendemus) valeret, ea nempe de causa, quod in hac specie Testator videbatur fortasse loquutum esse non animo deliberato; quum dixerat, *se velle relinquere prædia*, non autem *se relinquere*. Scævola respondit, nec dubitari posse, quin valeret; præsertim quod postquam Cajo Sejo prædia scripsisset, interrogato Testatore, an ea prædia essent, affirmando responderat, ejusque affirmationem codicillis adjecit. Duo notanda sunt, quæ ad rem nostram pertinent: unum, quod controversi nequit, amicos nempe codicillis adfuisse, veluti testes hujusmodi supremæ voluntatis; ut falso asseveraverit Boehmerus, nullibi in Juris libris legi, quod testes adhibiti fuerint in codicillis; quum diserte contrarium ex hoc loco appareat. Alterum, quod codicilli in testationem redacti fuerint. At quidnam est, *in testationem redigere*? Veteres quid em ad scripturæ probationem adhibitis testibus ta-
bu-

bulas obfignabant, quam fcripturam ita confeftam *teftationem* dixere, eaque utebantur ad rei geftæ fidem faciendam in iudicio. Ita Cicero (a): *Eius rei, conditionisque tabellas obfignarunt viri boni complures: res in dubium venire non poteft.* Et alibi (b): *Ipfe in tabulis refert, obfignat fignis amicorum providens homo, ut contra hoc crimen (fi quando opus eſet) hac videlicet teſtificatione uteretur.* Modum autem, quo teſtationes fiebant, explicat Paulus, dum refert Senatuſconſultum; quo cautum, ne ſcripturæ publici, vel privati contractus in iudicio prolata aliter valerent, quam ſi in teſtationes redigerentur (c): *Ampliſſimus ordo, decrevit, inquit, eas tabulas, quæ publici, vel privati contractus ſcripturam continent, adhibitis teſtibus ita ſignari, ut in ſumma marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino conſtringantur, atque impoſitum ſupra linum cera ſigæ imprimantur, ut exteriores ſcripturæ fidem interiori ſervent. Aliter tabulæ prolatae nihil momenti habent.* Hinc Venulejus ſcripſit (d): *Curent Magiſtratus cujuſque loci teſtar i volentibus* (teſtari hic non ſignificat ſupremam edere voluntatem, ſed tabulas conficere de quovis negotio (e) & ſeipſos, & alios teſtes, vel ſignatores præbere, quo facilius negotia explicentur, ut probatio rei ſalva ſit. Conficiebantur quidem huiusmodi teſtationes non a perſonis publicis, ut hodie fit, ſed a privatis hominibus, qui ſignatores appellabantur; hinc Juvenalis (f).

..... *veniet cum ſignatoribus auſpex.*

Et quamquam teſtificationes ſcriptis habitæ *teſtationes* potiffi-

(a) in oratione pro Quinctio.

(b) actione 7. in Verrem.

(c) recept. ſent. lib. 5. tit. 27. ad legem Corneliam teſtamentariam §. 6.

(d) l. 22. de teſtibus.

(e) Vide Duarenum lib. primo diſput. anniverſ. cap. 30

(f) Sat. 10.

simum dicerentur. Jurisconsulti tamen eas acceperunt pro quavis testificatione etiam scriptis non tradita, quod aperte **Cajus** tradit his verbis (a): *Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, facilius probari possit; & sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem, sicut & nuptiae sunt, licet testatio sine scriptis habita est*, ut nihil caussae sit, cur **Schultingius** (b) *Salmatio* irascatur, dum is testationis vocem refert etiam ad testificationes cujusvis rei gestae, quae scriptis non fuerit consignata, licet prius contra sensisset (c). Ceterum in libris Juris passim mentio fit hujusmodi testationum, quae adhibebantur, ut ejus, quod actum esset, salva haberetur probatio (d).

VI. Ut ergo ad *Scævolæ* speciem redeamus, **Cajus** *Sejus* voluntatem testatoris scriptis tradidit, eamque redegit in *testationem*, ut ex *Scævolæ* verbis apparet; at quum ex jam dictis satis constet, per testationes venire quicquid gestum esset testium adhibitione, atque ubi testificatio scripto traderetur, iisdem testium signis obsignari oportebat, ne fraudibus falsariorum subverteretur: plane, nesciverim, quid manifestius asserri possit, ut fateamur, nedum testes revera adfuisse in codicillis, sed obsignari quoque necessario debuisse, si non testatoris, eorundem saltem testium signis, ut eorum salva esset probatio. Et quidem quis umquam sibi persuaserit, tabulas tum publici, tum privati contractus ex relato *S. C.*, quod ab

Ne-

(a) l. 4. de fid. instrum.

(b) *Mosaicar. & Rom. leg. col. tit. 8. §. 7. nota 12.*

(c) *Salmasius ad jus Attic. & Rom. cap. 10.*

(d) *Vide l. 7. de sponalibus, l. 22. ex qui-*

bus caussis majores &c. l. 2. de nautico fœnore, l. 3. de concubinis, l. 14. §. 3. de custodia, & exhibitione reorum, l. 25. ad L. Juliam de adulteriis, l. 9. §. 5. de pœnis, & l. penult. de donationibus inter vivos, & uxorem.

Neronis usque tempore repetunt eruditi (a), nullius momenti habitas, nisi certa forma in testationem redigerentur; diserte enim inquit Paulus: *aliter tabula prolata nihil momenti habent*; codicillorum vero fides, in quibus agitur de suprema voluntate falsariis potissimum obnoxia, consistere potuerit sine legitima testium praesentia? In militibus profecto, quorum supremis peculiari privilegio concessum est, ut vel nuda voluntas rata haberetur, numquam tamen constabat, nisi ea ostenderetur legitimis probationibus; hinc Paulus ait (b): *militibus quoquo modo velint, & quomodo possunt, testamentum facere concessum est*; ita tamen, ut hoc ita subsequutum esse legitimis probationibus ostendatur. Quid autem ineptius, quam exquirere legitimas probationes in militari voluntate, eas tamen negligere in Pagani codicillis? Vel quid magis absolum, quam ob salutationem, quam plerumque veteres praemittebant in codicillorum confectioe, uti & solebant in quibusdam testamenti capitibus, negare idcirco necessariam testium adhibitionem in ea suprema voluntate, quae codicillis comprehenditur?

VII. Sed videamus modo, quid dicendum sit de iis codicillis, qui non aliena, sed ipsius Testatoris manu conscriberentur. Et quamquam pari ratione statuendum videtur, testes quoque hujusmodi codicillos desiderasse, quum hi aequae fraudibus subjecerint, non secus ac ceteri aliena manu exarati; prostat tamen alter Scævola locus de quadam epistola a testatore conscripta, quo magis hoc valeat illustrari; utcumque Boehmerus crediderit eam.

E

dem

(a) Cujacius in notis ad cit. Pauli locum recept. sent. lib. 5. tit. 25. §. 6.

(b) l. 40. de testamento militis.

dem Scævola speciem urgeri posse ad ejus sententiam comprobendam. *Testamento*, inquit Consultus (a) *filium, & uxorem suam heredes instituit, postea epistolam scripsisse dicitur, qua quicquid in peculio habuit filius, ei donavit, & adjecit; præcipua hæc eum sui que juris, & post mortem suam habere velle. Quaero, quum testamento significaverit, si quid obsignatum recepisset, id vice codicillorum valeret; epistola autem non sit obsignata, an quæ epistola continentur ad filium pertineant? Respondi, si fides epistolæ relictæ constaret, deberi quæ in ea dare se velle significavit. Facilis est quidem hujus responsi intelligentia, cujus rationem jam discimus ex Marciano, qui idem prorsus proponit; quum ait, valere codicillos, etsi manu testatoris nec scribantur, nec signentur: quin (b) licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos, & subscriptos; tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti fuerint; additque rationem: nam ea, quæ postea geruntur prioribus derogant. Dixerat ergo testator in relata Scævola specie in testamento, se valere velle vice codicillorum, quod A SE obsignatum reliquisset, ut recte hic animadvertit Cuiacius (c); epistolam autem non obsignaverat: dubitabatur, an quod epistola contineretur, servari deberet; licet Testator eam non obsignasset, uti testamento significaverat? Respondit Consultus, relictæ in hujusmodi epistola deberi, dummodo de illius fide constaret. Etenim potentius est, ut ait Cuiacius, quod quis post testamentum factum gessit, quam quod*

(a) l. ult. de legatis 2.

(b) l. 6. §. 2. de jure codicillorum.

(c) lib. 4. respons. Scævola ad cit. l. ultimam de legatis 2.

quod testamento cavit ; maxime , si quod in supremis voluit , valde se id voluisse ostenderit , ut ex illis epistolæ verbis apparet : *præcipua hæc eum , sui que juris , & post mortem suam habere velle* , quæ sane enixam Testatoris voluntatem demonstrant .

VIII. At quid est , quod Scævola de epistolæ jure interrogatus respondit , deberi quidem prælegatum , adjecta tamen conditione , *si fides epistolæ relicta constaret* ? Respondet Boehmerus (a) : quum testes codicillis minime adhiberentur , recte epistolæ fides in dubium revocari poterat , ac proinde eatenus prælegatum deberi respondit , ut de ejus fide constitisset . Sed quærerem hic a Boehmero , quonam pacto aliunde probari poterat scripturæ fides , si testes non adfuerant ? Perspicuum est in jure , non aliter scripturæ veritatem probari posse , quam aliorum testimonio (b) : si ergo testes non aderant , nec proinde horum testimonio poterat scripturæ fides comprobari , quorsum Scævola inquit ; *si fides epistolæ relicta constaret* ? Inquiet fortasse Boehmerus , id expleri potuisse probatione manus Testatoris , aliisque præsumptionibus aliunde petitis ; Fabulæ , Primum quidem nulla major incerta probatio , quam comprobatio manus in scriptionibus potissimum , quæ exararentur in tabellis ceratis , quibusque facillime scripturam imitatur . Nec veteres , quod sciam , hujusmodi probatione utebantur ; quum nullum ejus vestigium appareat , nisi in eo casu , quo quis agnoverit manum suam ; tumque non tam fit litterarum comparatio , quam ipsemet , qui scripsit , proprium ejus Chirographum

E 2

phum

(a) cap. 7. suæ disput. §. 21.

(b) Paulus sent. recept. tit. 15. §. 4. ibique Cujacius , & Scultingius in notis.

phum agnoscit. At in tabulis defunctorum, quæ umquam scripturæ fides haberi poterit ex hujusmodi literarum comparatione; quæque non nisi probabilem faciet conjecturam? Justinianus porro ut occurreret fallacissimis literarum comparationibus, statuit, eas non aliter permitti, nisi una adfuerint trium testium subscriptiones (a).

IX. Deinde jam intelleximus ex Paulo (b), quemadmodum ex S. C. tabularum fides admitteretur, testium nempe adhibitione, eorumque signis. Et quamvis Consultus hoc loco tantum loquatur de tabulis publici, privati que contractus; ut tamen hic recte animadvertit Schultingius (c), alibi fortasse Paulus idem monuerit quoad tabulas supremæ voluntatis, quæ sane facilius adulterantur. Plane Suetonius, qui sub Nerone hanc tabularum obfignationem inductam refert, haud de contractibus loquitur, sed de tabulis generatim: *Adversus falsarios*, inquit (d), *tunc primum repertum, ne tabulæ nisi pertusæ, ac ter lino per foramina trajecto obfignarentur*. Constat autem Neronis ætate jam codicillorum usum invaluisse; ut prorsus non videam, cur Senatusconsultum ad codicillorum quoque tabulas perducere non debuerit. Etenim nemo ignorat, legem Corneliam de falsis primum latam de testamenti tabulis, indeque productam ad reliqua instrumenta (e), itemque ad codicillos (f), qui postea introduci coeperunt. Quare quum ex Juris historia manifeste appareat, nil magis antiquius Romanis fuisse, quam ut falsariorum fraudibus

† OC-

(a) l. 20. C. de fide instrumentorum.

(b) recepr. sent. lib. 5. tit. 25. §. 6.

(c) in notis ad cit. Pauli sententiam
nota 44.

(d) in Neronem cap. 17.

(e) Vide Mosai. & Rom. leg. collat. tit. 8.

§. 7. ibique Interpretes.

(f) l. p. §. ult. de lege Cornelia de falsis.

occurrerent, potissimum in supremis voluntatibus, quis umquam crediderit, consuluisse quidem contractuum tabulis, non item codicillorum? Quod ergo Boehmerus profert ex Scævola, ut testes excluderet a codicillis, nedum refragatur eidem Consulti sententiæ, sed nullo pacto consentire potest cum Juris historia.

X. Sed quid revera sibi voluit Scævola, quum prælegatum deberi respondit, si fides epistolæ relictæ constaret? Dicam, quid sentiam. Neminem vel mediocriter in Juris libris versatum latet, Jurisconsultorum munus in respondendo spectasse quidem quæstiones Juris, non facti. Quod ubi dubitatio factum respiceret, acute Duarenus^(a) animadvertit in Scævola quemdam respondendi morem huic Jurisconsulto familiarem; nimirum vel ita respondebat: *de jure non queri*, aut quid simile; vel si quæstio facti magis esset, quam Juris, tum responsum quidem de Jure dabat adjecta tamen conditione, quæ factum, quod erat incertum, respiceret. Pluribus exemplis hoc demonstravit Duarenus^(b), quibus & hunc nostrum addere possumus, quum conditione adjecta de epistolæ fide prælegatum deberi ait. Ac sane Scævolam interrogaverant de juris quæstione; an nempe valeret prælegatum in epistola relictum, quam tamen Testator non obsignaverat contra ejus voluntatem in testamento expressam, qua se valere velle jusserat vice codicillorum, quod obsignatum relinqueret. Scævola quidem huic interrogationi respondens, valere inquit; attamen quum ex facti narratione, quam proposuerant, in-

cer-

(a) in Scævola.

(b) Vide l. 93. §. collegio de legatis 3. l. 7. & 20. de instrumento legato l. 29. de

probationibus, l. 29. §. Titius de pactis dotalibus, l. 109. de condit. & demonstr.

certum videbatur, an epistola etsi a Testatore non obfignata constaret legitimis probationibus, recte putavit in dubium relinquere epistolæ fidem; ne alias crederent prælegatum deberi, utcumque epistola se habuerit. Etenim licet non exigent codicilli Testatoris signum, adesse saltem debuerant & testes, & eorum signa, ut salva esset illorum fides; cumque hoc Scævola ignoraret; ne Juris quæstione facti cognitio involveretur de tabularum ingenuitate, noluit idcirco Consultus Juris tantum definitionem attingere; atque dum statuit epistolam valere quantum ad prælegati rationem, conditionem adjecit quantum ad incertam ejusdem epistolæ fidem; ut non secus locus esset præstationi prælegati, quam si scripturæ veritas legitimis constaret probationibus, quasi diceret, notionem facti magis esse, quam Juris. Quænam autem esse poterat legitima tabularum probatio, nisi testium præsentia, earumque obfignatio, ut moris erat in ceteris tabulis? Enim vero utcumque Marcianus (a) affirmaverit, valere nempe codicillos neque scriptos, neque signatos a Testatore; numquam tamen negavit eorum obfignationem; quum id aperte retulerit ad testatoris personam dumtaxat, ideoque ait: *IPSTUS MANU neque scribi, neque SIGNARI necesse est*. Fatetur quidem necessarium non esse Testatoris signum, quum ad testamenti differentiam nullam exigant solemnitatem; ac proinde haud intererat, an proprio Testatoris signo confirmarentur, an alieno; at non recte inde conficitur, quod constiterint vel nusquam obfignati; quin dum Consultus hoc negat quantum ad signum

te-

(a) cit. l. 6. §. 1. de jure codicillorum.

testatoris , idem admittere videtur quoad signa aliena . Quod non obscure etiam comprobatur ex iis , quæ statim addit : *Licet in confirmatione paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos, & subscriptos; tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque AB EO signati, neque MANUEJUS scripti fuerint*; nam si valerent nullo modo obsignati, cur addidit illud *ab eo* ? Egit hic sane Marcianus de solemnî ritu in codicillis non necessario ; ac propterea nil hoc loco opportunius , quam , si revera constare poterant sine obsignatione , affirmare , non modo eos scribi non oportere manu Testatoris , sed nec omnino obsignari ; attamen id tantum significavit , ut necesse non sit *ab eo* signari , nempe a Testatore . Diversa ergo sunt , opus non esse signo testatoris , ac obsignationem prorsus non requirere , quod nedum Marcianus non negavit , sed pro certo habuisse videtur . Igitur , ut ad Scævola redeamus, quum in facto non constaret , an epistola licet a testatore non obsignata , aliorum saltem signis comprobaretur , qui tamen scripturæ facerent fidem ; merito se retulit ad epistolæ probationem . Itaque ex relatis Pandectarum locis cum Juris historia commissis satis liquet , quemadmodum testes codicillis adfuerint ; & quo pacto hi obsignari debuerant , nimirum vel proprio Testatoris signo , vel saltem ipsorum testium .

X I. Hæc hætenus hausimus ex veterum Jurisconsultorum sententiis . Quod si litem definire velimus auctoritate posteriorum Imperatorum ante tamen Constantini imperium , res adeo manifesta est , ut non nisi cavillando tergiversari valeat . Diocletianus , inquam , ita rescripsit : *Et in epistola , vel libello, vel sine scriptu-*

ptura, imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse ADHIBITIS TESTIBUS *nulla dubitatio est* (a). Quid porro apertius? Giphanius quidem (b) ab hac expressa verborum vi non secus se expedire credidit, quam si illud *adhibitis testibus* Triboniano appingeret, quasi ea verba ideo addiderit, ut Diocletiani sententiam componeret cum novo Jure codicillorum de numero quinque testium. Sed non recte Triboniano tribuit, quod nulla de causa id liceat suspicari; nihil enim commune habent ea verba cum nova codicillorum sanctione. Et quidem illud *adhibitis testibus* in Diocletiani rescripto haud importat solemnem testium numerum, sed talem, qualis requiritur in quavis testatione probationis tantum causa; quod longe diversum est ab solemni testium adhibitione; ac proinde si ea verba minime respondent novo juri de numero quinque testium, cur ea Triboniano adscribes; quum nulla sub sit causa ita suspicandi? Forsan ejus, quod tueri non possis, statim Tribonianum auctorem feceris, quasi impune liceat ei tribuere quicquid ex libris Juris nostris adversetur opinionibus? Boehmerus contra (c) rem aliter interpretari conatur. Admittit quidem, ex Diocletiano duos saltem testes codicillos desiderasse; sed eos dumtaxat, qui fierent nuncupatione, non item, qui per scripturam; atque ea verba *adhibitis testibus* non referri putat ad integram rescripti sententiam, sed tantum spectare specialem locum, quo loquitur de fideicommissis sine scriptura, vel nutu. Infida prorsus interpretatio! Dicat porro Boehmerus, qua
con-

(a) l. 22. C. de fideicommissis.

(b) in codice ad eic. leg. ult. 6. ult.

C. de codicillis.

(c) cap. 1. §. 25. suae disp.

conjectura id affirmari valeat? Quum contra ex verborum constructione illud *adhibitis testibus* ad omnes legis partes referatur? Suavis autem est, quum rationem subjicit, qua Imperator testium adhibitionem caverit in codicillis voce, vel nutu declaratis; nam, ut inquit, *non posset alias constare de voluntate fideicommittentis*. Sed quid porro opus erat urgere testium praesentiam, ubi aliter defuncti voluntas nequeat manifestari? an hoc umquam in dubitationem venire poterat, ut propterea verbis expressis id cavere cogitaverit? Sed quid ineptius, quam in re tam manifesta cavillationibus laborare?

XII. Reliquum est, ut videamus, quemnam testium numerum veteres revera adhibuerint in codicillis, quibusque non interdicebatur in illis testimonium perhibere. Primum quidem ex Juris libris luculenter non constat; sed quoniam solemnes non erant, nec proinde ex lege proficerentur, satis fortasse videbatur numerus duorum testium ex generali Ulpiani regula (a), quod ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt. Ceterum probabilius existimaverim, eundem testium numerum desiderasse, qui adhibebatur in ceteris tabulis, quum in testationem redigerentur. Pari quoque ratione crediderim quoad testium conditionem, quemque, cui testimonium dicere non verabatur in ceteris negotiis, recte adhibitum in codicillis, veluti non solemnibus; qua de causa distinguebantur etiam a testamentis, in quibus non admittebantur, nisi tantum masculi, iique cives Romani (b).

F

§. IV. An

(a) l. 12. de testibus. (b) Inst. lib. 2. tit. 10. §. 6.

§. I V.

An codicilli per scripturam tantum conficerentur, an etiam per nuncupationem?

QUum haftenus exposuerim eas omnes Juris regulas, quibus codicillorum ratio a testamentis discriminatur; praestat modo considerare, quemadmodum una consenserint, sive quo pacto codicilli testamenti causam imitentur. Ac primum non levis est dubitandi locus, an ut testamenta condebantur tum per scripturam, tum per nuncupationem, ita idem obtinuerit in codicillis? Omnes fere Juris interpretes haud veriti sunt hoc affirmare praeter Antonium Fabrum, qui primus negavit (a); ac deinde nostra aetate Boehmerus Fabri sententiam suscitavit (b), quam amplectitur quoque Heineccius (c). Hi quidem Scriptores quum viderint, nullam expressam mentionem haberi de codicillis per nuncupationem in Pandectarum libris, nec nisi ex vulgata constitutione de quinque testium numero (d), id primum appareat, qua Imperator eundem testium numerum praescribit in codicillis per scripturam, ac per nuncupationem: existimarunt tum primum inductum, ut vel sine scriptura fierent codicilli; quam sane conjecturam illustrare conantur aliis non dissimilibus argumentis. Faber quidem ita argumentatur: codicilli ideo dicti, quod essent parvi codices; quemadmodum

er-

(a) de erroribus Pragmaticorum decade 59. errore 9.

(b) cap. 1. §. 24. suae disputationis.

(c) Antiquit. Rom. lib. 2. inst. tit. ult. §. 16.

(d) in l. ult. §. ult. C. de codicillis.

ergo nil magis absonum, quam fingere codicem nuncupatum: ita codicilli scripto necessario consignabantur, nisi dixeris etiam voce nuncupatum, quod libello comprehenditur. Urget deinde relatum Marciani sententiam (a), qua valere dicitur codicillos neque subscriptos, neque signatos a testatore, quasi Marcianus intellexerit, non aliter eos fieri posse, nisi per scripturam, ac demum Ulpiani locum, quem prorsus e re alienum deprehendemus.

II. Recte quidem Faber loquitur, quum contendit codicillorum nomine venire non posse, nisi quod scribebatur in tabellis ceratis; at hoc tantum spectat latinam significationem. Jurisconsulti vero, ut diximus (b), eam vocem accommodarunt supremæ voluntati, quæ constaret sine juris solemnibus; quo fit, ut quoniam codicillorum nomen transtulerint ad exprimendam voluntatem non solemnem in supremis, nil vetabat, quin hujusmodi voluntas manifestaretur vel scripto, vel voce; quum quoquo modo voluntatem nostram aperiamus, eadem æque permanet, utcumque vario signo significetur. Itaque quum Jurisconsulti per codicillos intellexerint voluntatem non solemnem, nulla obstat juris ratio, quin ea manifestari magis uno modo, quam altero debuerit: quemadmodum nec juris ratio repugnavit, quin testamenta conderentur vel scripto, vel nuncupatione; quum quoquo modo voluntas aperiat, nihil ei additur, vel tollitur, sed eadem esse videtur, licet varium sit manifestationis signum. Fateor quidem, naturalem, sive primævam codicillorum significationem ad scripturam tantum referri; sed male confi-

F 2 cit

(a) cit. l. 6. de jure codicillorum. (b) Vide §. primum hujus capituli.

cit Faber , apud Jurisconsultos non potuisse transferri ad voluntatem nuncupatam , dummodo non solemniter fieret ; nec novum est in jure , vocabula formam magis , quam rem ipsam exprimentia , sublata , vel immutata veteri forma , adhuc retineri , dum res ipsa perdurat , quod longum esset exemplis ostendere . Atque , ut cetera præteream , nonne ipsemet arguitur , quum ait ex relata Imperatoris constitutione tum primum coepisse codicillos confici nuncupatione ? cur tam absolum ante illius constitutionem id videbatur , quod postmodum non repugnavit ? nonne eadem erat juris ratio ?

III. Deinde quod affert ex Marciano , plane non video , quidnam ex illius sententia colligere tentaverit , quod ad rem nostram conducat . Ait porro Consultus , valere codicillos , etiam si neque scribantur , neque signentur a testatore . An ideo intellexit fieri non posse per nuncupationem ? Qui autem affirmat , eos valere siue propria , siue aliena manu conscribantur , non videtur scripturam necessario in illis desiderare . Huic similis est alter juris locus , quem Faber , ac Boehmerus (a) afferunt ex Ulpiano , qui ita inquit (b) : *quemadmodum plerique Pagani solent , quum testamenta faciunt per scripturam , adjicere : velle hoc etiam vice codicillorum valere* . Refert quidem Consultus moris esse in testamento scripto clausulam adjici , ut etiam valeret vice codicillorum . Sed ait Faber , ideo clausula adjiciebatur in testamento scripto ; quod inutilis hæc fieret in nuncupato ; atque , ut arbitratur , testamentum per nuncupationem haud potuerit in vim codicillorum transformari-

(a) cap. pr. §. 7. suæ disputationis. (b) l. 3. de testamento militis.

CODICILLORUM CAPUT I. 45

mari , nam codicilli necessario exigebant scripturam . Verum quam fuitiles sint hujusmodi argumentationes apparet ex ipsamet Ulpiani sententia , qua nil aliud Consul- tus significare voluit , nisi quod plerique Pagani solent in testamento scripto adjicere illam clausulam . At enim cur in testamento scripto ? Respondeo , quia veteres perraro testabantur per nuncupationem ; ac proinde usus illius clausulæ usurpabatur in testamento per scripturam , veluti frequentissimo . Sed quid juris esset , si in testamento per nuncupationem clausula adjiceretur ? id non tradit Ulpianus , quum non esset illic locus . Ceterum idem juris fuisse existimaverim , ac si exprimeretur in testamento scri- pto , quum par sit in utroque ratio . Sed utcumque fuerit hujusmodi clausulæ usus , quid quæso ad codicillos sive per scripturam , sive per nuncupationem ex hoc Ulpiani loco ? An quod consueverant illam clausulam adjicere te- stamento scripto , conficitur , codicillos non secus valere , quam per scripturam ? Videant profecto , ne dum in jure ita argumentantur , in dialectices regulas turpiter offen- dant .

IV. Præterea unde quæso acceperunt , nuncupatio- nem in codicillis primum manasse ex relata constitutione de quinque testium numero ? Illic profecto non ea est mens Imperatoris , ut hoc induceret , sed ut numerum testium definiret in codicillis ; quod tamen servari jussit tum in voluntate scripta , tum nuncupata , ut ex illius verbis mani- feste liquet . Tantum ergo abest , ut ex hac constitutione inva- luerit usus codicillorum per nuncupationem , quia etiam con- trarium apparet ex iisdem Imperatoris verbis . Statuit quidem quinque testium numerum in quavis voluntate præ-
ter

ter testamentum ; additque : *sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur* (a) . Quibus verbis plane non video , quemadmodum suspicari liceat , tum primum inductum usum codicillorum per nuncupationem . Demum , quod Boehmerus congerit ex illa perturbata codicillorum notione , quam falso repetit ex epistolarum ratione , frustra hic duximus iterum expendendum , quum latius id principio refutavimus .

V. Verum, ut modo sententiam nostram aperiamus , haud negaverim , origine sua codicillos non nisi scripto primum consignari consuevisse , quod satis intelligitur ex prima vocabuli significatione . Sed aucto deinde codicillorum usu , quoniam nulla juris ratio vetabat, quin instar testamenti possent quoque nuncupari, ubi fideicommissa admitti coeperunt non tam scripta voluntate, quam voce, quin & nutu; probabile fit, tum codicillos quoque per nuncupationem receptos , quibus praesertim fideicommissa relinquerentur . Et quidem declaratio voluntatis sive scripto manifestetur , sive voce pronuntietur, non ad jus pertinet , sed humanae tradita est facultati . Et quamquam Jus Civile poterat declarationis modum praescribere ; quum tamen hoc non caverit in testamentis , nec proinde dicendum est , cautum esse in codicillis . Si autem tollas hanc expressam juris definitionem , nulla causa erit , cur in testamentis nuncupatio permetteretur , non item in codicillis , quasi nuncupatio liceret in solemni voluntate , non autem in minus solemni . Ceterum si eorum usum spectaveris , non facile comperies nec apud veteres , nec moribus nostris nuncupationis exempla in supremis , tum in testamentis , tum in codicillis ; quaeque

(a) cit. l. ult. §. ult. C. de codicillis.

que contestationes hodie per nuncupationem factæ dicuntur, quum a tabulario in scripturam redigantur, re quidem ipsa vicem magis obtinent scriptæ voluntatis. Ac sane in Jurisconsultorum scriptis haud reperies exempla testamentorum per nuncupationem, quæ tum demum fiebant, quum in re subitanea per scripturam non liceret, uti & hodie quotidie experimur; atque ut refert Suetonius in vita Horatii: *Decessit herede Augusto palam nuncupato; quum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas*. Nec immerito; per nuncupationem enim nedum pandere necesse est voluntatem coram testibus; sed quod magis putaverim, facile iudicium defuncti deficere potest, si testes præmoriantur, antequam testatoris exprimant voluntatem, quum contra in voluntate scripta maneat testatoris iudicium. Quare ut veteres raro testamenta per nuncupationem conficiebant, ita perraro nuncupabant codicillos; hi enim veluti non solemnes facilius redigebantur in scripturam.

VI. Sed ne rationum tantum momento Fabrum, ejusque sectatores oppugnemus, præstat modo afferre quemdam juris locum ex Ulpiano, quo non obscure Consultus codicillos per nuncupationem innuere videtur. Verba sunt (a): *Si iudex aliquem sic condemnet, ut quod habet ex testamento, vel codicillis Mævij, restitueret Titio, sic accipiendum est, quasi quantitatem nominavit, quæ testamento, vel codicillis relicta est. Sed & si fideicommissum SINE SCRIPTURA PRONUNTIATUM, idem erit probandum*. Agit hic Ulpianus de iudicis sententiâ, qua quis condemnatur ad fideicommissi præstationem relicti vel in

te-

(a) Ulpianus in l. 5. §. 1. de re iudicata.

testamento, vel codicillis; & quoniam condemnatio a iudice facta tum parit rei judicatæ actionem, quum in illa certam expresserit quantitatem, vel facta condemnatione sine certa quantitate, hæc tamen certa comprehendatur in parte aliqua actorum (a): quærit idcirco Consultus, an recte iudex sententiam pronuntiaverit, si non expressa quantitate, ita dixerit: *ut quod habet ex testamento, vel codicillis Moevij, restitueret Titio*? Et valere eam respondit, quasi nominasset quantitatem, quæ in testamento, vel codicillis continetur. Quod si fideicommissum non scriptum, sed voce sit pronuntiatum (pronunciare hic idem est ac nuncupare (b)), idem dicendum esse affirmat. Primum quidem speciem proponit de fideicommissio relicto in testamento, vel codicillis *per scripturam*, deinde *per nuncupationem*; in primo casu nominat tum testamentum, tum codicillos; in altero vero non repetit contestationum genera, sed ait: *sed & si fideicommissum sine scriptura pronuntiatum, idem erit probandum*. Quum ergo idem probet in fideicommissio sive scripto, sive pronuntiato, dicendum est, comprehendisse in posteriori specie quicquid proposuerat in prima; ac propterea in prima loquutum de codicillis *per scripturam*, deinde *per nuncupationem*. Quod si velis abstrahere codicillos a posteriori specie, nedum in Ulpiani sententiam offenderis, qua voluit omnino comprehendere tum testamenta, tum codicillos, ut ex illius verbis manifeste apparet; sed cogeris affirmare, fideicommissa haud nuncupari potuisse per codicillos: Fideicommissa quidem in tantam benigniorem causam adducta fue-

(a) l. 3. C. de sententiâ, quæ sine certa quantitate profertur.

(b) Vide etiam l. 25. qui testamenta facere possunt.

CODICILLORUM CAPUT I. 49

fuere, ut vel nutu relinqui possent (a); quod autem vetaretur eorum nuncupatio per codicillos, nescio, qua fronte contendere possit, nisi haud verearis irruere in manifestiora juris principia.

§. V.

Quibus permissum est facere codicillos.

I. **A**ltera juris regula, qua codicillorum ratio conferri potest cum testamentis, spectat personas, quibus codicillorum factio permittitur, ut par in utrisque ratio habeatur; nimirum, ut cui interdicta sit factio testamenti, eidem negetur & illa codicillorum, & contra (b). Etenim siue agatur de solemnibus, siue de minus solemnibus voluntate, juris civilis ratio non patiebatur, eum facere codicillos posse, qui testamenti factionem non haberet; quum quantum ad testandi potestatem idem jus utrisque esse debuerat. Hoc autem ita explicat Paulus (c): *Codicilli totiens valent, quotiens quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intelligemus, ut exigamus, potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere; (quid enim si sufficientium testium facultatem non habuit?) sed si jure testamenti factionem habuit.* Factio quidem testamenti non ad testandi formam, sed jus refertur: itaque qui sufficientium testium copiam non habeat pro solemnibus voluntatis declaratione, non idcirco dicitur, factio-

G

(a) Ulpianus tit. 25. §. 3. Paulus sent. cillorum.

recept. lib. 4. tit. 1.

(c) cit. l. 8. §. 2.

(b) l. 6. §. 3. & l. 8. §. 2. de jure codicillorum.

tionem testamenti non habere, ut proinde nec codicillos facere possit; quum satis sit, factionem ei non esse jure interdictam.

II. Verum utcumque unam, eamdemque juris rationem spectaverint quoad personas, quibus factio esset testamentorum, ac codicillorum; tamen vel quid diversum considerarunt in testamenti, ac codicillorum tabulis, quarum benigniorem fecerunt causam. In testamentis quidem non secus Prætor concedebat bonorum possessionem secundum tabulas, quam si is, qui testamentum faceret, utroque saltem tempore factionem testamenti habuisset, & quum testamentum condidit, & quum moritur; licet medio tempore eam amiserit, si nempe capitis minutionem passus sit (a). At in codicillis benignius receptum est, ut tempus tantum nodo mortis spectetur, quo factionem testamenti habuerit, ut fideicommissum iis relictum valeret. Et ideo ait Ulpianus (b): *Si quis plane in insulam deportatus codicillos ibi fecerit, & indulgentia Principis restitutus, iisdem codicillis durantibus decesserit, potest defendi fideicommissum valere; si modo in eadem voluntate duravit.* Idem quoque affirmat Ulpianus (c); si filius familias codicillos fecerit, & emancipatus eos non mutaverit; vel si servus fecerit, & manumissus iis durantibus decedat; ex tacita enim voluntate codicilli convalescunt. Neque dixeris, id inductum in gratiam fideicommissi, non codicillorum; nam aperte Ulpianus fatetur, hæc locum non habere in fideicommissis, quæ testamento relicta sint (d):

Hæc

(a) l. 1. §. 8. de bonorum pos. sec. tabulas.

(b) l. 1. §. 5. de legatis 3.

(c) cit. l. 1. §. 1. de legatis 3.

(d) loco cit.

Hæc utique, ut inquit, nemo credet in testamentis nos esse probaturos, quia nihil in testamento valet, quotiens ipsum testamentum non valet; sed si alias fideicommissum quis reliquerit, id est extra testamenti tabulas, nempe in codicillis. Rigorem quidem juris tenuerunt in testamentis, tamquam ex lege; ac proinde utroque saltem tempore factionem testamenti habere oportebat; benignitatem vero in codicillis veluti ex moribus; quibus si fideicommissa scriberentur, mortis tantummodo tempus spectabatur (a).

§. VI.

De variis Codicillorum modis.

I. **P**erspècta generali codicillorum norma, quatenus a testamenti jure vel distinguatur, vel conferatur, sermonis ratio postulat, ut modo videamus, quot codicillorum modos, sive genera veteres admiserint, ut deinde sigillatim proprium cujusque jus consideremus, quatenus inter se se differrent. Ex libro singulari, quem Paulus scripsit de jure codicillorum, retulit Tribonianus in Pandectarum libris quemdam hujus Consulti locum, quo varios eorum modos perspicimus. *Conficiantur, inquit (b), codicilli QUATUOR MODIS: aut enim in futurum confirmantur: aut in præteritum: aut per fideicommissum testamento facti; aut sine testamento.* Ex quatuor hisce codicillorum modis, quos Paulus distinguit, primi tres testamentum sequuntur, tamquam illius supplementum, quosque Jurisconsulti appellarunt ad *testamentum factos*, vel

G 2

per-

(a) Vide Cujacium ad cit. legem. (b) l. 8. de jure codicillorum.

pertinentes (a) ; postremum vero respicit eos codicillos , qui fiunt sine testamento , nempe ab intestato . Atque ut uniuscujusque formam explicemus , primo codicilli ita conficiebantur , ut testamento confirmarentur *in futurum* ; quum nempe testator caverit testamento , se valere velle eos codicillos , quos scripseret , ac deinde post factum testamentum eos revera scribat ; hique codicilli *in futurum confirmati* dicebantur . Horum exemplum exhibet Marcellus (b) : *Lucius Titius testamento ita cavit : si quas codicillos reliquero , valere volo* . Alter modus erat ; quum contra conficiebantur codicilli ante testamenti tabulas , in quibus deinde confirmarentur , tumque dicebantur *confirmati in præteritum* ; ut si testamento quis dixerit : *quos codicillos feci , aut reliqui , valere volo* . Ambo ergo testamento erant confirmati ; sed si illi posteriores essent , *in futurum* , si anteriores , *in præteritum* confirmati appellabantur . Interdum etiam una enunciatio complectebatur codicillorum confirmationem tum in futurum , tum in præteritum ; puta si testamento ita cavebatur : *quos codicillos feci , aut fecero* ; aut si generalis confirmationis formula adhiberetur , qualem profert Celsus (c) : *Hæc verba : si quid ad hoc testamentum pertinens reliquero , valere volo , etiam ea , quæ ante testamentum scripta sunt , comprehendere* . Poterant quoque non omnes , sed certi generis codicilli confirmari , tumque eos tantum valere ait Paulus (d) : *Si quis certi generis codicillos confirmaverit , puta : quos novissimos fecero , non utique statim quæ codicil-*

(a) l. 8. §. 2. de transactionibus , l. 5. tibus.
de his , quæ ut indignis &c.

(b) l. ult. de fideicommissariis liberta-

(c) l. 18. de jure codicillorum.

(d) l. 8. §. ult. eodem tit.

cillis dantur, consistere videbuntur; & ideo si alii postea fiant, legata in prioribus data non valebunt.

II. Tertius codicillorum modus a Paulo relatus dicitur *per fideicommissum testamento facto*; nimirum quum testator voluntatem suam declaret codicillis ad testamentum factis, verbis quidem precativis, non autem directis; si-
ve quum fideicommissa in illis reliquerit. Exemplum esto ex Scævola (a): *codicillis ita scripsit: Nigidium, Titium, Dionem libertos meos senes, & infirmos PETO in locis, in quibus nunc agunt, senescere patiamini*; verbum enim *peto* precativum erat: atque tot hujusmodi codicillorum exempla reperies in libris juris, quot fideicommissa prostant in codicillis relicta (b). Turpiter hic fallitur glossa, dum putat, codicillos per fideicommissum aliud hoc loco non intelligi, quam si confirmentur testamento verbis precariis; puta si testator ita caverit: *quæ codicillis cavi, vel cavelo, peto, ut præstetis*; hoc enim non utique constituit diversum codicillorum genus, sed tantum respicit variam verborum adhibitionem in confirmationis formula, quæ tamen utcumque proferatur, eorum non immutat naturam; si-
ve enim quis dicat: *quicquid codicillis reliqui, ita dare heres meus damnas esto*, si-
ve: *quæ codicillis cavi, peto, ut heres meus præstet*, una, eademque habebatur vis confirmationis; atque differentia inter verba precaria, ac directâ non utique spectabat confirmationis formulam, sed ipsam relicti naturam; nam quoquo modo, quibusque verbis confirmatio proferretur, eadem æque considerabatur; ut idcirco non constitueret distinctam codicillorum formam. Haud negaverim tamen,

(a) l. 23. de usu, & usufructu per legatum, vel fideicommissum relicto.

(b) Vide Connanum comment. juris civilis lib. 9. cap. 6. n. 2.

men, veteres sapissime confirmationis formulam expressisse per verba precativa; quo sane respexit Scævola, quum ait (a): *deinde codicillos per fideicommissum confirmavit*; atamen nil refert ad jus codicillorum, utrum directe, an per fideicommissum per verba nempe precativa confirmarentur. Nec Paulus alia de causa varios eorum modos distinguere intellexit, nisi quod cuique tribuitur peculiaris quædam juris ratio; varia vero verborum conceptio in confirmatione quum jus diversum non exprimat nec modum diversum constituere potest. Quicquid autem varium confirmationis modum respiceret, quod varium jus pareret in codicillis, jam proposuit in prioribus duobus codicillorum modis, quum nempe confirmentur in futurum, vel in præteritum. Atque ubi tertium codicillorum modum a prioribus distinguere voluit, id tantum significare intellexit, quod poterant quoque confici codicilli *per fideicommissum testamento facto*: id est scribi in illis relicta per fideicommissum, ut ita distingueret codicillos testamento confirmatos, quibus legari poterat verbis directis, seu civilibus a codicillis non confirmatis, quibus non aliter relicta constarent, nisi expressa per fideicommissum, seu verba precativa, ut latius infra apparebit ..

III. Quarto demum conficiebantur codicilli per fideicommissum quidem, sed sine testamento; nimirum quum quis intestatus decedens codicillos tantummodo relinquat, quo inquam casu non secus consistunt, quam si relicti præstatio fidei heredis legitimi committatur. Formulam autem, qua potissimum concipi solerent, ita exponit Julianus (b): *si quis quum testamentum nullum habebat, codicil-*

(a) l. 37. §. 2. de legatis 3. (b) l. 3. principio de jure codicillorum.

cillis fideicommissa hoc modo dedit: Quisquis mihi heres erit, bonorumque possessor, ejus fideicommitto, fideicommissa præstari debent. Fideicommissorum quidem causa, quæ extra legis rigorem spatiabatur, effecit, ut etiam ab intestato decedentibus permitteretur fideicommissa codicillis relinquere. Hæc quidem Paulus habet. Tribonianus vero (a) breviorē tenet codicillorum divisionem; eorumque duo tantum genera agnoscit, ut vel conficiantur testamento facto, vel sine testamento per fideicommissum: *Non tantum autem, inquit, testamento facto potest quis codicillos facere, sed intestato quis decedens fideicommittere codicillis potest.* Cur autem Tribonianus minutam Pauli divisionem neglexerit, opportunius videbimus capite sequenti, quum ad jus novum accesserimus.

IV. Verum quamquam perspicuum sit, hos quatuor codicillorum modos jam esse pleno jure receptos Jurisconsultorum saltem ætate, quorum scripta Tribonianus transcripsit in Pandectarum collectione; numquam tamen credibile sit, ut recte arbitratur Cujacius (b), & Hotomanus (c), uno eodemque tempore omnes apud veteres admissos. Hoc enim rei indoles satis declarat, quæ principio tantam juris immutationem in supremis non patiebatur; sed quum a levioribus exordiamur, facile deinde ad majora patet progressus. Itaque admissis primo codicillis ad testamentum factis, quibus vel quod testamento comprehensum non esset, suppleretur, aut variare liceret, ad codicillos demum etiam sine testamento perventum est; quin quantum ex ipso rerum ordine conjecturam ducere licet,

aa-

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1. (b) ad l. 2. de legatis 1. & ad l. 1. de legatis 3. (c) Inst. lib. 2. tit. ult.

antiores fortasse fuere codicilli confirmati in futurum illis in præteritum. Constat autem Plinii testimonio, qui vixit sub Trajano, ea nempe ætate codicillos non aliter constitisse, quam si essent testamento confirmati; scribens enim ad Annium ita inquit (a): *Tu quidem pro cetera tua diligentia admones me, codicillos Aciliani, qui me ex parte instituit heredem, pro non scriptis habendos; QUA NON SUNT CONFIRMATI TESTAMENTO. Quod jus ne mihi quidem ignotum est; quum sit etiam iis notum, qui nihil aliud sciunt. Sed ego propriam quamdam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates etiam si jure deficerentur, quasi perfectas tuerer. Constat autem, codicillos Aciliani manu scriptos; licet ergo non sint confirmati testamento, a me tamen ut confirmati observabuntur. Scio, hunc Plinii locum a plerisque interpretibus (b) intelligi de codicillis, testamento anterioribus, qui confirmari debuerant posteriori testamento. Sed gratis hoc asseritur, quum ex Plinii verbis id minime appareat: nec alia de causa codicillos jure pro non scriptis habendos esse dicitur, nisi quia non essent testamento confirmati; quod quidem jus, ut ait, *ne mihi quidem ignotum est, quum sit etiam iis notum, qui nihil aliud sciunt*. Vulgata ergo tum erat hæc juris regula, quæ tamen non video, quemadmodum intelligenda sit de anterioribus testamento dumtaxat, non item posterioribus. Et quidem interpretes consulto acceperunt hunc Plinii locum de codicillis tantum anterioribus testamento, ut ita explicarent difficiles quosdam juris locos, Papiniani nempe, & Triboniani in institutionibus; sed frustra elaborarunt, ut*

(a) lib. 2. epist. 16.

lib. 2. cap. 42. Balduinum in inst. lib. 2.

(b) Vide Duarenum disput. anniver. tit. ult. Bynkershoekium lib. 8. obs. cap. 13.

ut infra suo loco dicemus. Itaque, nisi recedamus a simplici verborum intelligentia, dicendum est, Plinii ætate nondum admissos codicillos testamento non confirmatos; quod tamen postmodum licuit, dummodo scriberentur per fideicommissum; quos sane Paulus retulit ad tertium codicillorum modum, ut jam monuimus.

§. VII.

De peculiari jure cuique codicillorum generi accommodato; ac primum de codicillis sine testamento.

I. **E**Xpositis jam quatuor codicillorum modis, ut Paulus descripsit, sequitur modo, ut proprium cuiusque jus persequamur, quatenus inter se se discriminantur quoad varios juris effectus cuique tributos; ideo enim Consultus eos distinguit, quod diversis quibusdam juris regulis regantur. Ut autem rectius peculiarem illorum indolem intelligamus, placet tractationem primum instituere de codicillis sine testamento, tum descendere ad ceteros codicillos, qui testamento superadduntur. Et quamquam inverso veluti ordine hoc fieri videatur, quum inspecta eorum origine hi quidem posteriores illis fuerint: attamen quoad juris rationem considerati qui codicilli ab intestato fiunt, primo loco exponendi videntur; quippe qui imaginem quamdam testamenti præferunt, ac sapissime ejus naturam imitantur; quum contra codicilli ad testamentum pertinentes habeantur tanquam illius sequela, ac additamenta. Quoniam ergo primum est in jure perspicere quicquid vertit ad testamenti causam, tum considerare il-

H

lius

lius appendices, quæ profecto diversam exhibent a testamenti rationem, non immerito hic duximus exordiri a codicillis ab intestato, tamquam ab ea suprema voluntate, quæ licet non solemnis, solemnis contestationis vice consideratur.

II. Quum dicimus codicillos sine testamento, intelligimus eam minus solemnem voluntatem, qua quis ab intestato decedens fidei heredis legitimi committit, ut vel totam, vel partem hereditatis aliis restituat; quod ea nempe formula exprimi solebat: *Quisquis mihi heres erit, bonorumve possessor, ejus fideicommitto* &c. Ea ergo est vis, atque potestas hujusmodi codicillorum, ut si quis sine testamento decedere maluerit; possit nihilominus bona sua cui magis placuerit, relinquere per codicillos; dummodo voluntatem suam expresserit per fideicommissum, eligendo fidem heredis legitimi, qui vel totam hereditatem, vel partem restituere tenetur ea lege, quæ codicillis jubetur. Mirum hic quidem primo fronte videtur, quomodo intestatus is decessisse dicatur, qui revera de bonis suis statuit quicquid post mortem suam fieri velit; utcumque enim hoc fiat per fideicommissum, re tamen ipsa non secus de rebus suis testatur, ac si conderet testamentum. Ut plenius id cognoscatur, res aliquanto altius est repetenda.

III. Jam supra innuimus, quemadmodum Augusti ætate res testamentaria novam veluti formam receperit tum usu codicillorum, tum necessaria fideicommissorum præstatione; quæ tamen quum revera opponeretur veteri juris civilis observationi, ita velari oportebat, ut in leges aperte non offenderet; ne quæ moribus essent constituta

le-

legibus adversari viderentur. Ac sane ex jure XII. tabularum manaverat, ut defunctorum voluntates non secus fervarentur, quam jussæ testa mento solemnibus imperativis, ac civilibus, tum quoad hereditatis dationem, tum legatorum, tutelarum, ac libertatum (a). Et quamquam vel ante Augustum usus fideicommissorum cœpisset, quorum ope, ut leges fraudarent, solebant testatores per manus heredis perducere bona sua ad illos, qui jure capere non poterant; tamen quum hoc penderet ex fide heredis, nec ullo juris vinculo stringebatur; stetit propterea in supremis vetus juris observatio. At postquam Augusti auctoritate factum est, ut heredes vel inviti tenerentur ad fideicommissorum restitutionem; tum admissio quoque codicillorum usu Jurisconsulti modum invenerunt, quo declinarent quidem ab juris rigore sine expressa ejus offensione; atque quum antea testari vetaretur, nisi solemnibus testimoniis, verbisque imperativis, fideicommissorum colore facultatem quoque præbuerunt testandi sine juris solemnibus per codicillos, sive totam hereditatem, sive partem; adeo ut immutatis verborum formulis, idem fere tribueretur codicillis, quod proprium esset testamenti. Enim vero eam hereditatis dationem, quæ verbis civilibus concepta testamentis tantum constabat, in fideicommissi causam conversam ad codicillos transfulerunt; & quoniam in fideicommissis necessario alterius fides eligi debuerat, adhibuerunt idcirco fidem heredis legitimi, quasi testator eos scripsisset heredes, ad quos hereditas perventura esset ab intestato; atque, ut perbelle Paulus inquit (b): *ideo fideicom-*

H 2

missa

(a) Vide Cujacium obser. 11. cap. 25. & Schultingium ad Ulpianum tit. 24. nota 2. & 3. (b) l. 8. §. 1. de jure codicillorum.

missa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.

IV. Hinc facile intelligimus, cur intestatus diceretur, qui codicillis omnia bona sua relinqueret. Etenim is lege testatus habebatur, qui justam mentis suæ sententiam in testamento aperiret; ac propterea, ut juris rigorem quodammodo retinerent; factum est, ut quamvis codicillis jubere permitteretur, quicquid testatori placuisset; tamen, quoniam non nisi per fideicommissum id liceret electa heredis legitimi fide, intestatum proinde eum decessisse affectabant, qui revera supremam voluntatem suam codicillis expresserat; præsertim quum testatus jure dici non posset, qui licet sponte sua hereditatem relinquere videbatur heredibus legitimis, deerat tamen expressa heredis institutio ad legis modum concepta: *potestas* enim *testamenti*, ut ait Ulpianus (a), *ab heredis institutione incipit*. Itaque codicillis sine testamento confectis utcumque ab intestato quis decessisse dicebatur; recte tamen poterat per hujusmodi minus solemnem voluntatem immutatis verborum formulis idem prorsus cavere, quod testamento liceret. Etenim re quidem ipsa tantum valet expressa heredis institutio in testamento verbis imperativis concepta, quantum tacita heredis legitimi in codicillis per fideicommissum; ac proinde non minus testari intelligitur, qui nominatim heredem instituat, quam qui si non nominatim, habetur tamen, quasi scripseret heredem succedentem ab intestato, a quo fideicommittit. Quæ quum

(a) tit. 24. §. 15.

CODICILLORUM CAPUT I. 61

quum ita sint, quid aliud intererit inter utramque testationem, nisi solemnis forma, jurisque subtilitas? Nomen quidem adscr ipserunt codicillis *ab intestato*, quatenus nec nominatim heres scribatur, nec alius, quam legitimus esse possit; sed si rem ipsam consideraveris, testamenti loco habentur, nisi dicas, quod ob fideicommissi rationem liceat heredibus legitimis quartam retinere. Merito ergo Paulus (a) eos ita descripsit, ut *vicem testamenti exhibeant*; quum revera testamenti indolem imitentur.

V. Posito hoc juris principio in codici illis sine testamento, nimirum ut per fideicommissum cuique permetteretur, ut magis vellet, bona sua relinquere ex fide heredis legitimi, plura consequentia inde fluxere. Ac primo summa constituta est differentia inter hos codicillos, & eos, qui ad testamentum facti dicuntur: illi quidem sponte sua consistunt, atque quum habeantur testamenti vice, suis proinde viribus recte subsistunt. Codicilli autem ad testamentum pertinentes tantum valent, quantum & ipsum testamentum constet; quum jus illius omnino sequantur; ideoque rupto testamento, vel quoquo modo irritato facto, necessario & codicilli concidunt; quod ita Paulus exponit (b): *Ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli; & ut manifestius dicam: intestato patrefamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent; testamento autem facto jus sequuntur ejus.*

VI. Deinde ex tacita illa generali heredis legitimi appellatione in ea formula contenta *quisquis mihi heres erit*,
bo-

(a) l. 16. de jure codicillorum. (b) cit. l. 16. de jure codicillorum.

bonorumve possessor, ejus fidei committo &c. prodiit quædam potior juris ratio in codicillis ab intestato, quam in ipso testamento. Etenim quum habeatur, quasi scripseret heredes omnes succedentes ab intestato sive natos, sive nascituros, fit propterea, ut agnatione postumi etsi testamentum statim rumpatur, hujusmodi tamen codicilli numquam evanescant; quisquis enim fuerit successor legitimus tum ante, tum post codicillos natus, tamquam in intestati voluntate comprehensus videtur, ideoque non rumpuntur. Atque, ut Julianus inquit (a): *si quis quum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: Quisquis mihi heres erit, bonorumve possessor, ejus fidei committo, fideicommissa præstari debent, quia paterfamilias, qui testamenti factionem habet, & codicillos faceret, perinde haberi debet, ac si omnes heredes ejus essent, ad quos legitima ejus hereditas, vel bonorum possessio perventura esset. Sed & si post codicillos factos natus quis esset proximus agnatus, vel suus heres, fideicommissum præstari debebit; intelligitur enim is quoque heres scriptus, & ideo non perinde habendus est, ac si rupisset hos codicillos. Quod & Paulus ita confirmat (b): Ab intestato factis codicillis relicta etiam postea natus intestati successor debebit; quicumque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli; nam unus casus est, nec interest, quis succedit, dum intestato succedat. Unus casus est, inquit, in quem omnes comprehendi videntur; nimirum si quis ab intestato heres extiterit, ac proinde quoad cuivis legitimo successoris sit locus, quisquis ille sit, codicilli numquam evanescent; quod tamen*

non

(a) l. 3. de jure codicillorum. (b) cit. l. 16. eodem tit.

CODICILLORUM CAPUT I. 63

non obtinet in testamentis, quibus heres certus instituitur(a). Idem probatur, si testator neglecta generali formula *quisquis mihi heres erit, bonorumque possessor* cum eo tantum loquatur in codicillis, cui relinquit, puta si dixerit: *peto Caj Seii contentus sis illa re, aut volo tibi illud præstari* (b); nam in fideicommissis, in quibus voluntas magis, quam verborum formulæ, spectantur, *quæri non oportet*, inquit Papinianus (c), *cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur*; tacite enim intelligitur, a quovis herede legitimo petiisse fideicommissi præstationem. Quod si nominatim elegerit fidem alicujus ex legitimis heredibus, puta: *rogo Sejum filium meum, ut præstet Titio centum*, fideicommissum quidem consistit, sed repudiante filio, si ad alium successio devolvatur, codicilli, uti & fideicommissum evanescent; nam qui rogatus non est, fideicommissum non obligatur, atque electa fide certæ personæ, nequit ad alios transferri, quod ita explicat Ulpianus (d): *illud certe indubitate dicitur, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio, eum fideicommissum non debere*; & ita Imperator noster rescripsit (e).

VII. His ita perspectis de jure codicillorum sine testamento, quum, ut diximus, idem revera permitteretur testatoribus in hujusmodi codicillis per verba precaria, quod imperativo modo admittebatur in solemnibus testamen-
to;

(a) Vide Cujacium in lib. 21. questionum Pauli ad l. 16. de jure codicillorum.

(b) Paulus recept. sent. lib. 4. tit. pr. §. 5. & l. 69. de legatis 3.

(c) l. 77. §. 26. de legatis 2.

(d) l. 1. §. 9. & 10. de legatis 3.

(e) Vide Cujacium obiter. lib. 2. cap. 3.

to; ita ut præter verborum formulas, jurisque solemnità nil vetabatur in codicillis relinquere, quod testamento liceret; tanta proinde facta est affinitas inter utramque testationem, ut non facile distingueretur, quid revera testator scribere intellexerit, an testamentum, an codicillos ab intestato. Hæc autem voluntatis quæstio locum habet; quum testator neglectis juris solemnibus quasi codicillos conficiat, iisque adjiciat heredis institutionem, quæ sane testamento tantum permittitur, nec codicillis adhiberi potest, nisi conversâ in causam fideicommissi. Hinc dubitabatur, an quantum ad testatoris consilium hujusmodi testationes accipiendæ sint, tamquam si testamentum condere existimaverit, an potius codicillos ab intestato? Et quidem multum intererat hoc definiri; nam si testamenti loco haberentur, inutilis prorsus fieret testatoris voluntas tamquam injusta, sive non solemniter declarata; sin codicillorum, tum relicta valebant fideicommissi nomine ab legitimis heredibus præstanda, ac proinde si dicatur, testatorem revera testamentum facere intellexisse, concidunt omnia, quæ scripsit; sin codicillos magis relinquere velle credatur, devoluta hereditate ad legitimos, in vim fideicommissi hi coguntur eandem restituere scriptis heredibus. Sed præstat Papinianum audire, qui rem omnem una sententia complexus esse videtur (a): *Traçtari solet, inquit, de eo, qui quum tabulas testamenti non fecisset, codicillis ita scripsit: TITUM HEREDEM ESSE VOLO. Sed multum interest, utrum fideicommissariam hereditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit; an vero testa-*

men-

(a) l. 13. §. 1. de jure codicillorum.

CODICILLORUM CAPUT I. 65

mentum facere se existimaverit ; nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit. Recte hic Cujacius animadvertit (a), dubitationem in hac specie augere illud verbum *volo*, quod precativum erat ; ut non immerito argumentari potuerit, testatorem intellexisse, fideicommissariam magis hereditatem per codicillos relinquere : in testamentis enim institutio imperative fieri debet. In hac ergo rerum ambiguitate optime Papinianus tradidit, hoc pertinere ad voluntatis quæstionem ; ideoque ex conjecturis ductis ex testatoris mente res erat definienda : *Voluntatis autem quæstio*, subdit, *ex eo scripto plerumque declarabitur ; nam si forte a Titio legata reliquit, substitutum adscripsit, heres si non extitisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere intelligitur.* Mens igitur testatoris exploranda videtur, an revera codicillos facere existimaverit, an testamentum, quod non nisi ex conjecturis percipietur ; si enim, ut recte Papinianus monuit, vel legata reliquerit, vel heredi substitutum adjungat, tum profecto dicemus, testamentum, non codicillos facere voluisse ; Datio enim legatorum ab herede relicta ; vel substitutio quum nequeant referri ad codicillos ab intestato, satis declarant de testamento cogitasse ; ideoque relicta in hujusmodi scriptura non valebunt quidem, tamquam ex codicillis, quum appareat, testatorem haud intellexisse facere codicillos ; nec ex testamento, veluti confecto sine juris solemnibus. Huc quoque respexit Diocletianus, quum rescripsit (b) : *non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio, & exhe-*

(a) lib. 19. quæstionum Papiani adcit. l. 13. de jure codicillorum.
 (b) l. 14. C. de testamentis.

redacta facta probant evidenter. Similem quidem dubitationem Imperatori proposuerant : quæ tamen ut in facto cognovit, institutionem, quin & exheredationem quoque adesse, recte statuit, testamentum revera aviam facere intellexisse, non codicillos ; quum hæc ad primam testationem omnino pertineant. Sed cur Papinianus ait *plerumque* quia non semper hoc poterit dijudicari ex contentis in ipsa scriptura, tumque necessario recurrendum ad alias conjecturas. Quo quidem spectat species a Paulo proposita ; quum inquit (a) : *Si palam heres nuncupatus sit, legata autem in tabulis collata fuerint, Julianus ait, tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est, & magis codicilli, quam testamentum existimanda sint* ; testamenti namque ratio non patitur, partim nuncupari, partim in tabulis conferri, nec tabulas testamenti recte dixeris, quibus desit heredis institutio ; ideoque in hac specie magis codicillos fecisse intelligitur, quam testamentum.

§. VIII.

De testamentis in codicillos ab intestato transformandis. Sive de clausula, quam vocant
CODICILLAREM.

I. **N**emo ignorat, quæ, quantave fuerit apud veteres scrupulosa juris observatio in testamentis condendis, quove studio perpendere oportebat tabularum rationem ; ne ob neglectam vel minimam juris subtilitatem

(a) l. ult. de jure codicillorum.

CODICILLORUM CAPUT I. 67

tem suprema judicia subverterentur : atque , ne facile conciderent defunctorum voluntates , sæpiissime adhibebatur jurisperiti consilium , qui arte sua occurreret , quo tabulæ peccare viderentur . Hinc introductis codicillis ab intestato , quoniam horum ratio non distabat a testamenti causa , nisi quantum ad juris solemnia , variasque verborum formulas ; modum quidem excogitarunt , quo testamenta ipsa in codicillos transformari possent , ut si ob juris unquam rigorem ruerent tabulæ testamenti , præsto esset codicillorum ratio , qua voluntas sustentaretur . Hoc quidem factum est ope cujusdam clausulæ , vulgo *codicillaris* dictæ , quam testamento adjicere solebant , cujusque vi inductum est , ut sublata testati causa , sive quod testamentum esset imperfectum , sive quod non esset jure factum ; staret saltem defuncti judicium , veluti ex codicillis ab intestato : tumque successione conversa in causam fideicommissi , constabat quidem voluntas in testamento scripta , non tamen ex testati , sed intestati ratione ; ita ut recte posset peti ab heredibus legitimis per fideicommissum , quod directe non liceret ex inutili testamento . Summa ergo est , ut quum codicilli ab intestato immutatis verborum formulis testamenti potestatem re ipsa exprimerent , facile fuit convertere voluntatem in testamento nullo expressam in codicillorum rationem ; atque adhibita clausula , ut nempe ea voluntas valeret *etiam vice codicillorum* , ubi testati ratio deficeret ex juris rigore , statim succederet intestati regula benignior , tamquam ex codicillis , qua eadem voluntas sustentari valeret per fideicommissum .

II. Hæc autem clausula , ut tradit Ulpianus , ita

I 2

po-

potissimum concipi solebat (a): *velo, hoc etiam vice codicillorum valere*, quasi dixerit, se quidem testamentum facere intelligere; quod si ob fortuitos casus, qui contingere poterant, tabulæ testamenti non valerent, tum ejus voluntatem valere velle *etiam vice codicillorum*, tamquam si codicillos, non testamentum fecisset. Idem quoque probarunt, si clausula non expresse adjiceretur, sed tacite; quum nempe aliunde constiterit, testatorem omnimodo intellexisse, se valere velle, quæ in illa scriptura reliquerit *in omnem successionis speciem*, quod tamen pluribus exemplis demonstrabimus. Primum est in specie a Paulo proposita (b): *Ex his verbis, inquit, quæ scriptura poterfamilias addidit: HOC TESTAMENTUM VOLO ESSE RATUM QUACUMQUE RATIONE POTERIT*, videri eum voluisse, omnimodo valere ea, quæ reliquit, *etiam si intestatus decessisset*; illud enim *quacumque ratione poterit* satis declarat, testatorem de utraque successione cogitasse, tum ex testamento, tum ex codicillis ab intestato. Alterum exhibet Scævola de quodam testamento non jure facto; in quo tamen testator ita declaraverat (c): *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperito, rationem animi mei potius sequutus, quam miseram diligentiam* (d); & si minus aliquid legitime, minusque perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. Deinde heredes instituit. Quæsitum est, inte-

sta-

(a) l. 3. de testamento militis.

(b) l. 29. §. 1. qui testamenta facere possunt.

(c) l. 88. §. 17. de legatis 2.

(d) Solebant quidem Jurisperiti testamenta dicere, usque adesse; quare Ci-

cero lib. 2. de oratore cap. 6. ita Scævola illud: *Si nullum erit testamentum recte factum, nisi quod tu scripseris, omnes ad te cives cum tabulis veniemus; omnium testamenta tu scribes unus.*

CODICILLORUM CAPUT I. 69

stati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptæ ex causa fideicommissi peti possunt? Respondi secundum ea, quæ proponerentur, posse. Hoc quidem testamentum etsi non jure factum dicebatur, tamen quoniam testator posthabita juris scrupulositate ostenderat, ratam haberi velle voluntatem suam, licet minus legitime, minusque perite testatus esset, recte Scævola respondit ex causa fideicommissi tamquam ex codicillis servari debere quicquid esset injusto testamento scriptum ita ut devoluta successione ad heredes legitimos, ex horum fide præstarentur heredibus scriptis portiones sibi in testamento adscriptæ (a). Ultimum affert Papinianus in hæc verba (b): *Filius matrem heredem scripserat, & fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione præstari rogaverat. Quum testamentum nullo jure factum esset; nihilominus matrem legitimam heredem cogendam præstare fideicommissa respondi; nam ENIXÆ VOLUNTATIS PRECES AD OMNEM SUCCESSIONIS SPECIEM PORRECTÆ VIDEBANTUR.* In hac specie quoque testamentum jure non constabat, sed quoniam testator heredem obstrinxerat cum jurisjurandi religione ad præstationem fideicommissorum: idcirco devoluta successione ab intestato ad ipsam matrem heredem scriptam in testamento, Papinianus putavit, fideicommissa omnino deberi quasi ex codicillis ea eleganti ratione, quod enixæ preces testatoris, quibus vel jurejurando matrem rogaverat, ut fideicommissa præstarentur, porrigi debuerant *ad omnem successionis speciem* tum nempe ex testamento, tum ab intestato; qui enim quid dari precatur enixæ voluntatis significatio-

(a) Vide Cujacium lib. 1. respons. Scævolæ ad cit. l. 88. §. 17. de legatis 2.

(b) l. 77. §. 23. de legatis 2.

tione, is omni modo id valere velle ostendit, quod perinde habetur, ac si dixerit, voluntatem suam valere velle *quacumque ratione poterit* (a).

III. Ex adductis autem juris locis manifestissime apparet non aliter testamenta transformari in codicillos, nisi clausula vel expresse adjiciatur, vel tacite intelligatur; quod tamen tum colligere licet, quum aliunde constiterit, eam revera fuisse testatoris mentem, ut cogitaverit nedum de successione ex testamento, sed ab intestato ex codicillis. Alioquin si nullum appareat voluntatis indicium, ita testatorem sensisse, nihil prorsus debetur ex injusta testamenti scriptura, nec tabulæ perducì poterunt ad codicillos. Quod ita definit Ulpianus (b): *Sapissime rescriptum, & constitutum est, cum, qui testamentum facere opinatus est, NEC VOLUIT QUASICODICILLOS ID VALERE, videri nec codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur*. Etenim juris ratio non patitur, defuncti judicium porrigi ad illam successionis speciem, de qua non cogitavit, nec benigna codicillorum causa efficiet, ut ea voluntas rata habeatur quacumque ratione poterit, quum testator ita se velle non significaverit: hoc enim non esset sequi, sed adversari magis illius voluntati. Quod adeo in jure perspicuum est, ut vel si fideicommissa scripta sint in testamento imperfecto sine clausulæ adjectione vel expressa, vel tacita, negat Ulpianus ea deberi quasi ex codicillis (c): *Quotiens, inquit quis exemplum testamenti præparat, & prius decedat, quam testetur, non*

va-

(a) Vide Cujacium lib. 8. respons. Papi-
niani ad cit. l. 77. §. 23. de legatis 2.

(b) l. pr. de jure codicillorum.

(c) l. 11. §. 1 de legatis 3.

valent quasi ex codicillis, quæ in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat, quod & Paulus etiam comprobavit (a); quum tamen si clausula adjecta sit in testamento imperfecto, idem Ulpianus fatetur deberi, quod in illo scriptum reperitur vice codicillorum (b). Fideicommissorum quidem causa efficere nequit, ut testamenta in codicillos converti valeant; quum hoc tantum pendeat ex testatoris arbitrio, cujus iudicium omnino sequi oportet.

IV. Sed quid dicemus de quadam imperiali sententia a Paulo relata, qua contrarium statui videtur? Species est: Quidam in testamento alumnae suæ, quam summe dilexerat, libertatem dedit, ac fideicommissa quoque reliquit; quum autem testamentum esset imperfectum, nec testator cogitasset de successione quasi ex codicillis, quærebatur, an delata hereditate ab intestato, alumna manumitti deberet, eique fideicommissa præstanda veluti ex codicillis? Et Imperator affirmavit (c): *In testamento, ait Paulus, quod perfectum non erat alumna suæ libertatem, & fideicommissa dedit. Quum omnia, ut ab intestato egißent, quæsit Imperator, an ut ex causa fideicommissi manumissa fuisset? & interloquutus est: ETIAMSI NIHIL AB INTESTATO PATER PETIISSET, PIOS TAMEN FILIOS DEBUISSE MANUMITTERE EAM, QUAM PATER DILEXISSET. Pronunciavit igitur, recte eam manumissam, & ideo fideicommissa etiam ei præstanda. Cujacius arbitratur (d),*
id

(a) cit. l. 29. qui testamenta facere possunt, & l. 7. C. Theodosiano de testamentis, & codicillis.

(b) cit. l. 3. de testamento militis.

(c) l. 38. de fideicommissariis libertatibus.

(d) ad cit. l. 29. qui testamenta facere possunt.

id quidem admissum in gratiam alumnae, quam testator dilexerat loco filiae; hic autem agi de testamento inter liberos, in quibus licet imperfectis constant tamen relicta quantum ad portiones iisdem filiis adscriptas (a). Quamvis ergo clausulam pater non adjecerit; nihilominus quantum ad alumnae personam a testatore dilectam, creditur, voluisse omnimodo valere etiam ab intestato, quod alumnae reliquit; atque hinc colligit Cujacius, relicta in testamento imperfecto sine clausulae adjectione recte valere, non modo quoad filios, sed & propinquos, uxorem, alumnos, ceterasque personas, quibus verisimile est omnimodo praestari testatorem voluisse etiam ab intestato. Attamen meo judicio ausim affirmare, hoc referri debere ad speciale Imperatoris decretum pronuntiatum favore libertatis in gratiam alumnae a testatore dilectae, licet ex consequenti fideicommissa quoque praestari jussisset. Consideratio quidem benevolentiae testatoris erga alumnam effecit, ut favore libertatis manumissio transferretur ad quamcumque successionis speciem, quando vel fideicommissa praestari oportebat, ait enim Paulus: *Pronunciavit igitur, recte eam manumissam & ideo fideicommissa etiam ei praestanda*; si enim favore libertatis manumissio debebatur ab intestato, causa non erat, cur fideicommissa quoque non praestarentur. Quare, quod in hac specie pronuntiatum est in gratiam manumissionis alumnae, haud crediderim sine clausulae adjectione perducipotuisse ad ceteras personas tamquam a testatoribus dilectas.

V. Quam haftenus doctrinam exposuimus de clausula

co-

(a) Hodie ex novella 107. ex imperfecto testamento inter liberos valent etiam legata, & fideicommissa extraneis relicta, si modo testamentum sit holographum, ac testibus ipsis palam fuerit nuncupatum.

codicillari, sive de testamentis in codicillos transformandis ex limpida Romanorum jurisprudentia, non sine rei forensis perniciæ conturbavit Pragmaticorum insolentia. Hi quidem quum, ut solent, non viderint, unde hujusmodi clausula derivasset, quove juris principio sustentaretur, nec proinde perspectam habuere ejus vim, atque potestatem; ut nil mirum, si eam undique lacerarint excitatis tot futilibus quæstionibus, quot respicere poterant inutilem testamentorum causam, quasi ubi testamenti ratio deficeret, statim dubitatio moveri liceat, an relicta saltem valere possent vice codicillorum; atque ex una in alteram quæstionem progredientes, eo tandem clausulæ vim adduxere, ut inter tot opinionum dissensiones haud amplius agnoveris, quid ejus nomine veniat, quo respiciat, cujusque sit momenti in supremis voluntatibus. Sed ne hic silentio prætereamus, quod ad fori usum conducere possit, non verebimur in re tam perturbata manum quoque admoveere, ut si liceat, ex solida juris doctrina, quam attulimus, dignoscamus, quid revera statuendum sit de hujusmodi Pragmaticorum quæstionibus.

VI. Ac primo antequam eas disputationes attingamus, quæ in jure magis consistunt, præmittendum est, quod potissimum ad factum pertinet; nimirum quemadmodum usus clausulæ *codicillaris* locum sibi vindicet in iis testamentis, in quibus ejus adjectio dubitetur ex consueta magis notariorum formula accessisse, quam ex mente testatoris. Huic quidem dubitationi facile præpondeo cum Papi-
niano(a), hanc nempe voluntatis esse quæstionem, an revera

K

te-

(a) cit. l. 13. §. 1. de jure codicillorum.

testator intellexerit utramque successionis speciem comprehendisse, an eo ignorante notario magis illam adungere placuerit; perspicui namque juris est, ut vidimus, hoc prorsus pendere ex testatoris arbitrio, cujus tantum est eligere vel unam, vel utramque successionis speciem (a). Quod autem voluntatis spectat quæstionem, ridiculum esset sub certa regula complecti; ex facti enim circumstantiis consideratis etiam regionum moribus judicis erit cognoscere secundum ea, quæ proponantur, quid revera testatorem sensisse dicatur: ideoque ex nota juris regula, quod testamenta nequeant transferri in codicillos, nisi constiterit, eam revera fuisse defuncti voluntatem, ut relicta in illis *quacumque ratione valerent*, facile intelligimus, quid respondendum videatur in hujusmodi quæstionibus, quæ spectant voluntatis interpretationem.

VII. Huic simile est alterum quæstionum caput, quando nempe clausula etsi non adjecta verbis expressis, tacite inesse intelligatur. Jam satis longo sermone ostendimus, quemadmodum Jurisconsulti interpretati sint hanc tacitam clausulæ intelligentiam: nimirum ut non secus admittatur, quam si aliunde appareat, testatorem de utraque successione cogitasse, quod tamen illustravimus pluribus exemplis ex juris libris collectis (b), quæque hic iterum non licet repetere. Quod autem autumant, an clausula inesse videatur in testamentis inter liberos, militum, ad pias causas, ceterisque testationibus hujusmodi naturæ, mirum quidem est ad clausulæ vim referri, quod iis tribuitur ex speciali jure. Etenim

(a) cit. l. 1. de jure codicillorum.

possunt. cit. l. 38. §. 17. & cit. l. 77.

(b) cit. l. 29. §. 1. qui testamenta facere

§. 23. de legatis 2.

CODICILLORUM CAPUT I. 75

nim ubi necessaria est solemnitas juris observatio in supremis, ibi oportuit clausulam adicere, ut ita, si non valerent relicta ex testamento, saltem constarent ex codicillis, tamquam non solemnibus, inque benigniorem causam collatis. At in illis supremis contestationibus, quæ vagantur extra juris solemnitas, ac rigorem, prorsus non video, qui sit clausulæ locus. Ac sane quum miles vel nullum, vel imperfectum fecerit testamentum, an ideo dixeris voluntatem consistere, quod hæc vi clausulæ tacite intellectæ habeatur vice codicillorum? Quid magis ineptius, quam in militis testamento confugere velle ad codicillos; quum quoquo modo miles testetur, nuda ejus voluntas spectetur? Sive ergo miles testamentum, sive codicillos fecerit, unum idemque est testationis genus quoad juris observationes, quæ in paganis exiguntur; ideoque tantum valent testamenta, quantum codicilli, ut proinde opus non sit ad codicillos convertere ea testamenta, quæ sive imperfecta sint, sive injusta, jure suo subsistunt. Idem quoque dicendum est de ceteris testationibus, in quibus ex peculiari privilegio nec juris solemnitas attenduntur, nec rigor, sed remissius considerantur. Atque in summa quibus permissum est testari extra rigidam testamentorum observationem, sive existimet testator testamentum condere, sive codicillos, una semper habetur utriusque ratio; ideoque frustra est clausulam *codicillarem* in scenam producere, quum non agitur de transformando uno in alterum testationis genus, quo illud sustentetur. Nec in testamento, puta inter liberos, si imperfectum sit, vel non rite factum, successio habetur ab intestato quasi ex codicillis, sed ex ipso testamento, utpote quod consideratur extra juris rigorem.

K 2

VIII. Re-

VIII. Restat, ut videamus eas juris quæstiones, quas Pragmatici excitarunt de vi hujus clausulæ, siue quid hæc revera importet quoad juris effectus. Hæ quidem quæstiones totidem esse poterunt, quot spectant jus codicillorum sine testamento; ut enim jam demonstravimus, non aliud per clausulam *codicillarem* in jure intelligi, nisi, ut testamenta in codicillos transferrentur. Quare quicquid de horum jure dictum est, necessario tribuemus illi testamento, quod in eorum vertitur naturam; tantum enim valet quod quis reliquerit codicillis ab intestato, quantum ipso testamento, quod consistit vice codicillorum, ac propterea tantam vim huic clausulæ jure concesserimus, quanta jure data est ipsis codicillis sine testamento; quum nec aliud sit converti testamenta in codicillos, quam perinde haberi, ac si codicillos quis revera fecisset. Itaque quum quærimus, quid vi clausulæ *codicillaris* veniat, idem est, ac si exquiratur jus codicillorum ab intestato, quod tamen jam latius exposuimus. Vidimus quidem, quid differret a testamentorum ratione, quove conveniret; tum proprium eorum jus examinavimus, quatenus ab ceteris codicillis distinguatur, adeo ut nihil fortasse hoc loco exponendum relinquatur, quod æque non pertineret ad clausulæ potestatem considerandam. Attamen videamus, quæ sint hac de re potissima inter Pragmaticos dissidia, quibus tanta animi contentione huc illuc fluctuarint. Quatuor quæstionum capita profert Harprechtus (a) utrimque disputata ab innumeris fere doctrinæ forensis Scriptoribus, quæ tamen brevi expediemus, ne longius cum iis ineptire videamur.

IX. Pri-

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100.

IX. Prima est, an per clausulam codicillarem consistet quidem testatoris voluntas quasi ex codicillis, si repudiata successione a legitimis heredibus proximioribus, hereditas ad remotiores devolvatur? In dubium quidem verterunt, quod aperto jure manifestum est. Etenim in codicillis ab intestato sive proximior, sive remotior successerit, æque semper codicilli constabunt: *quicumque enim ab intestato successerit*, inquit Paulus (a), *locum habent codicilli; nam UNUS CASUS EST, NEC INTEREST, QUIS SUCCEDIT, DUM INTESTATO SUCCEDAT*. Vel ergo Pragmatici non satis viderunt, quid possent codicilli ab intestato, vel falso opinati sunt, per clausulam codicillarem quid diversum venire ab ipsa codicillorum natura. Quod si recurrant ad eam Ulpiani sententiam (b), qua dicitur fideicommissum relicto ab eo, qui primo gradu successerit, si is hereditatem repudiaverit, quæ proinde ad alterum gradum devolvatur, successor remotior illud non debebit, ea nempe de causa, quia defecit persona certa, a qua fideicommissum est relicto: confundent profecto fideicommissi rationem cum clausula codicillari. Ulpianus quidem hic agit de eo, qui ab intestato decedens fideicommissum codicillis reliquerit a primo gradu, indeque illo repudiante ad ulteriorem gradum devolvatur successio. Quid quæso hoc ad clausulam *codicillarem*? Diversum est fideicommittere ab intestato ex persona certa, ac generali formula *quisquis mihi heres erit*, sive hæc exprimatur, sive tacite intelligatur; primo enim casu evanescit fideicommissum persona certa.

re-

(a) in cit. l. 16. de jure codicillorum. (b) cit. l. 1. §. 9. & 10. de legatis 3.

repudiante : altero vero debebitur, quisquis ille sit, qui succedat, sed hoc respicit magis fideicommissi, quam codicillorum rationem. Itaque, ut ad quæstionem revertamur, finge, quem testamentum nullum fecisse, quod per clausulam in codicillos vertatur; si quæras, an repudiata successione ab uno ex legitimis, alter teneatur in vim fideicommissi præstare quicquid testator jufferat, nemo sanus hoc negaverit; perspicui enim juris est, delata successione ab intestato, quisquis ille sit, qui successerit, sequi debet testatoris voluntatem veluti ex codicillis, quasi testator omnes legitimos scripsisset heredes. Si vero ponas, patrem puta instituisse heredem in testamento nullo filium suum, ab eoque nominatim fideicommissum reliquisse, atque per clausulam *codicillarem* ad eundem filium ab intestato devoluta sit successio, quo tamen repudiante ad ulteriorem gradum hæc pervenerit: tum ex Ulpiani sententia negamus, fideicommissum deberi a legitimo remotiore, non quia per clausulam *codicillarem* fideicommissi præstatio non porrigatur ad quemcumque successorem legitimum; hoc enim adversatur expresse juri de codicillis ab intestato, ut supra ostendimus; sed quia fideicommissi ratio non patitur, ab uno *nominatim* relictum ad alterum transferri (a).

X. Altera quæstio est: an præteritione postumi inscienter facta in testamento, constare possit voluntas per clausulam *codicillarem*? Iterum Pragmatici non distinguentes clausulæ vim ab relictæ ratione rem perturbate disputarunt. Si quærant, an ex hujusmodi præteritione postumi con-

(a) Vide Cujacium in lib. 39. digestorum Juliani ad l. 3. de jure codicillorum.

consistet quidem voluntas tamquam ex Codicillis ab intestato, aperta sunt juris loca, quibus statuitur, agnatione postumi codicillos non rumpi ad differentiam testamenti, ut jam monuimus (a); & quoniam per clausulam *codicillarem* efficitur, ut testamentum transformetur in codicillos ab intestato, manifestissimum est, hujusmodi voluntatem per clausulam in codicillos conversam haud evanescere agnatione postumi. Quod si quærat, an relicta in illa voluntate præstari debeant a postumo, quum eum testator omnino ignoraverit, perspicua prostat Marcelli sententia, qua hoc negatur; ita ut non videam, quo pacto id in dubium revocetur. Atque duas species Consultus proponit (b); prima est: Pater quum scriberet codicillos sine testamento, unum filium habebat, sed decessit tempore, quo alter filius jam natus esset; codicillos quidem, inquit, non evanuisse agnatione postumi, sed quoad relicta in illis partem dimidiam tantummodo præstabit ille filius, ad quem codicilli scripti erant; non enim postumus præteritus compelli potest ad præstationem alterius medietatis, veluti non consideratus a testatore, quum codicillos conficeret. Altera est, si decesserit duobus filiis relictis, quum tamen putaret alterum eorum præmortuum; idemque hoc casu respondet eadem ratio: nisi quod Marcellus autumabat omnia præstari debere a filio, ad quem scripti essent codicilli: Ulpianus vero partem dumtaxat. Quod autem pro parte præstari non poterit, nihil debetur. *Is, qui unum filium habebat, inquit Consultus, quum codicillos ad eum scripsisset, decessit*
in-

(a) Julianus in l. 3. § de jure codicillorum, & Paulus l. 16. eodem.

(b) l. 19. eodem. Vide etiam Papiniani speciem in l. 11. eodem.

intestatus herede eo, & quem postea procreavit. Agnatione sui heredis nemo dixerit, codicillos evanuisse. Igitur si nihil tum de postumis speravit, & codicilli non evanescent, & quæ relicta sunt, pro parte dimidia filius, ad quem codicillus factus est, solvere compellitur; non etiam postumus. Sed & si codicillos reliquisset duobus superstitis filiis decedens, quum putaret, alterum ex his prius decessisse; simili modo dici potest, omnia perinde debere filium, ad quem scripti sunt codicilli, atque si solus heres extitisset patri: (Ulpianus notat) immo duntaxat partem debet. Eorum tamen, quæ pro parte præstari non possunt, nihil eorum præstandum, quoniam illi non fuerit filio ablaturus, nisi solum putaret successorem sibi futurum. Itaque ex apertissima hac Consulti sententia quisque videt, agnatione postumi numquam rumpi codicillos; licet relicta pro parte dimidia ab altero successore præstarentur, non item a postumo, ad quem non sunt scripti codicilli; ideoque diversum est quærere, an testamentum in codicillos transformatum penitus evanescat agnatione postumi, an a postumo relicta debeantur, quamquam quoad utramque quæstionem definitio satis aperte appareat ex libris juris.

XI. Tertia est, an clausula *codicillaris* efficere possit, ut præterito filio in testamento, aut injuste exheredato, consistat voluntas in vim fideicommissi, veluti ex codicillis ab intestato? Quicquid Pragmatici garriant, perspicuum est ex duobus juris locis, voluntatem omnino evanescere, nec locus erit successioni quasi ex codicillis ab intestato. Hoc quidem aperte notat Paulus in Scævola (a), & manifestius comprobatur Claudius in eundem Scævola

his

(a) l. 13. de inofficioso testamento.

CODICILLORUM CAPUT 81

his verbis (a) : *Nec fideicommissa ab intestato debentur ab eo, cujus de inofficioso testamento constituisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse; ideoque NEC ALIUD QUID PERTINENS AD SUPREMAE FUS JUDICIA VALET*. Et quidem clausula *codicillaris* apta est ad transformanda testamenta in codicillos, vel quum solemnia non sint, vel imperfecta, ut principio animadvertimus; attamen nequit efficere, ut constet voluntas inofficiosa. Nam qui filium injuste exheredat, vel præterit, non sanæ mentis fuisse videtur: qui autem tamquam furiosus consideratur, nec testamentum, nec codicillos recte conscribit; ideoque nequit consistere furiosi voluntas ex quavis successionis specie sive ex testamento, sive ex codicillis ab intestato. Et quoniam per clausulam *codicillarem* nil aliud testamenta exhibere valeant, nisi codicillos ab intestato, ubi Consultus negat, deberi fideicommissa *ab intestato* relicta ab eo, cujus judicium de inofficioso arguitur, satis liquet, hoc superari non posse a clausula *codicillari*; quum ipsi codicilli ab intestato penitus evanescant (b).

XII. Quarta demum huic consequens est, nimirum si instituta a fratre turpi persona testamentum inofficiosum dicatur, quod tamen per clausulam converti queat in codicillos. Cuique patet, eandem esse juris rationem in hac specie; ideoque ne frustra in re certa amplius laboremus, quicquid dictum est de inofficioso testamento per præteritionem, aut injustam filii exheredationem, accommodatur inofficioso testamento persona turpi instituta; quum

L

aque

(a) l. 36. de legatis 3. (b) Vide Cujacium ad l. 29. qui testamenta facere possunt.

æque testator veluti furiosus jure habeatur ; ideoque nec codicilli ab intestato constabunt.

XIII. Pudet descendere ad cetera quæstionum capita ex rabularum officina profecta ; veluti quid juris sit , si clausula concepta sit per verba præsentis temporis , puta : *si non valet uti testamentum &c.* vel futuri : *si non valebit* , aliaque hujusmodi , quæ sane vel extranea sunt ; vel falso referuntur ad clausulæ naturam ; nec nisi ridiculis verborum captiunculis pertractantur ; quum alioqui satis sit exposuisse sinceram illius potestatem , qualis ex limpida juris doctrina proficiscitur . Unum tantummodo hic ultimo loco monuerim ; nimirum quod etsi jure Pandectarum testamenta non solemnia transformari poterant per clausulam in codicillos , novo tamen Imperatorum jure quum codicillis solemnitas quoque adjecta sit, licet a testamentis diversa , ut sequenti capite latius ostendemus ; necessario proinde consequitur , jure novo clausulam non secus vim suam experiri , nisi in testamento saltem adhibeantur ea solemnia , quæ in codicillis exiguntur , quod sane communiter receptum est , nostrisque moribus utimur.

§. I X.

De juris norma æque accommodata omnibus
codicillis ad testamentum pertinentibus ad
differentiam codicillorum sine testamento.

I. **H** Actenus de jure codicillorum ab intestato, sive considerentur facti sine testamento, sive testamenta ipsa in illos transformantur per clausulam *codicillarem*; præstat modo, ut ad eos codicillos, qui ad testamentum pertinent, accedamus. Quum autem codicillorum, qui ad testamentum fierent, tres modos Paulus distinxerit, ut vidimus: nimirum aut testamento confirmatos in futurum, aut in præteritum, aut non confirmatos, quum nempe per fideicommissum conciperentur; antequam ad hujusmodi peculiares modos descendamus, quatenus inter sese discriminantur, opportunius duximus hic prius animadvertere generalem juris normam omnibus communem, quæque eos prorsus distinguit a codicillis sine testamento.

II. Traditum est, omnes codicillorum species ad testamentum pertinentes, sive anteriores, sive posteriores sint testamento, sive in eo confirmati, sive non confirmati, uno juris principio hæere, ut nempe considerari debeant, tamquam testamenti appendiculæ, atque sequela. Quo factum, ut Iurisconsulti unam, eandemque regulam omnibus constituentes, ita loquuntur: eos quidem *partem testamenti intelligi* (a), *jus testamenti sequi* (b), *viresque suas*

L 2

(a) l. 11. testamenta quemadmodum aperiantur. (b) l. 16. de jure codicillorum.

suas ex testamento capere debere (a). Ac sane eo vertitur discrimen inter hos codicillos, ac illos sine testamento: hi enim quum suis viribus subsistant, vicem proinde exhibent testamento; at codicilli ad testamentum facti adeo considerantur tamquam illius partes, ac sequela, ut necessario jus testamenti omnino sequantur. Hinc destituito, injusto, rupto, irrito facto testamento, statim & codicilli una concidunt; tum quia deficit id, unde vires accipiant, tum quia dum totum ruit, & partem corruere necesse est. Quotquot ergo modis fieri potest, ut causa testati ad intestati causam devolvatur, totidem & codicilli ad testamentum facti ipso jure deficiunt; ut enim Paulus inquit (b): *Ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli, & ut manifestius dicam, intestato patrefamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent: testamento autem facto jus sequuntur ejus (c)*. Dixi communem hanc regulam esse tum codicillis testamento confirmatis, tum non confirmatis; idcirco scripsit Julianus (d): *Testamento facto etiam si codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi codicillis nullius momenti erit*,
 § III. Ex his consequitur, ut qui falsum testamentum dixerit, nec obtinuerit, sicuti repellitur ab hereditate, tamquam indignus, ita a relictis quoque in codicillis licet testamento non confirmatis: *Qui principale*, ait Paulus (e), *testamentum arguit, & a secundis tabulis repell-*

(a) l. 3. §. 2. eodem.

(b) l. 16. eodem.

(c) Vide etiam l. 3. §. 2. & l. 14.

eodem.

(d) cit. l. 3. §. 2.

(e) l. 5. §. 14. de his, quæ ut indignis &c.

pellendus est, item a codicillis ad testamentum factis, licet non confirmatis. Etenim qui totum improbat, & partem quoque improbare videtur; ideoque si repellitur tamquam indignus ab hereditate, necessario & repellendus est ab relictis in codicillis, etsi hi non fuerint testamento confirmati; nam sive confirmati, sive non confirmati partes æque testamenti intelliguntur, ejusque jus sequuntur. Contra vero, qui partem tantum improbat, totum improbasse non videtur; pars enim toto accedit, non contra: ideoque, ut recte definit Papinianus (a): *Heredi, qui falsos codicillos esse dixit, neque obtinuit, hereditas non aufertur;* quum non videatur improbasse testamentum, qui codicillos tantum arguat (b). Quare utcumque codicilli conficiantur testamento facto, æque semper ex ipso testamento vires capiunt, ejusque partes omnino considerantur.

§. X.

Quo jure distinguebantur codicilli testamento confirmati a non confirmatis.

I. **P**erspecta generali regula de codicillis ad testamentum pertinentibus, proximum est, ut accedamus ad jus uniuscujusque peculiare servata ea faciliiori methodo, qua rectius penetrare possimus in abstrusiores Jurisconsultorum sententias proditas de vario horum codicillorum jure. Atque ne rerum confusione involvamus, consulto duximus hic primum perpendere diversam juris rationem.

(a) l. 15. eodem.

(b) Vide Cujacium in lib. 6. responso.

rum Papiniani ad cit. l. 15. de his, quæ ut indignis &c.

tionem in codicillis confirmatis, ac non confirmatis testamento; quippe qui quodammodo inter se se opponuntur; deinde sermonem flectemus ad codicillos confirmatos, vel in præteritum, vel in futurum.

II. Quod autem spectat confirmatos, ac non confirmatos testamento, res non ita expedita est, ut ex libris juris primo veluti aspectu cognosci possit. Tribonianus quidem, cui in mentem venerat veterum sententias ita colligere, ut non viderentur omnino dissentire ab nova Imperatorum voce, plurima fane vel abstulit, vel rescavit; atque hac in re potissimum vel non integra prostant, vel adeo confusa, atque permixta, ut difficillimum sit, quæ vel dispersa sunt in locum suum collocare, vel mutila aliunde petere, omniaque demum complecti sub certa juris regula. Plane inter doctiores interpretes, vel summus Cujacius, qui plenius egit de hujusmodi codicillis (a), nec integre, nec fortasse satis distincte rem tenuit; quæ fane Cujacium ipsum desiderabat diligentior, licet nihil proferat, quod tantum virum non deceat.

III. Per codicillos testamento confirmatos intelligebant veteres, ut supra innuimus, eas minus solemnes voluntates, quarum testator meminisset in testamento, sive ante, sive post testamentum ipsum conficerentur; puta si testator testamento dixisset: *quos codicillos feci, aut fecero, reliquero, scripsero, valere volo*; contra per non confirmatos, quorum nulla haberetur mentio in testamento (b). Quicquid autem Boehmerus temere scripserit de jure horum codicillorum, ut suis locis apparebit, jampridem do-

(a) Tract. 2. ad Africanum ad l. 14. & 15. de jure codicillorum. (b) Vide quæ supra diximus.

CODICILLORUM CAPUT I. 87

doctiores animadverterunt insigne quoddam inter illos discrimen, quo maxime inter se se opponerentur. Hereditas quidem etsi dari non poterat, nisi in solemni testamento, verbisque imperativis; legata tamen, atque fideicommissa recte relinquebantur in voluntate minus solemni, sive in codicillis, ea tamen lege, ut legata, dationes tutelæ, ac libertates directæ recte scriberentur in codicillis testamento confirmatis dumtaxat, alias non valerent: fideicommissa vero admittebantur etiam in non confirmatis. Hanc sane discriminis rationem utcumque Tribonianus in veteris juris collectione obvolvere studuerit, ne jus vetus codicillorum a novo prorsus dissentiret; nihilominus satis apparent ejus vestigia ex libris juris, quippe quæ tolli omnino non poterant ab Jurisconsultorum scriptis, nisi eorum doctrina de codicillis penitus evelleretur.

IV. Ac primo ubi mentio legatorum habetur, sapissime legimus id factum in *codicillis confirmatis* (a); ubi vero fideicommissorum, tum vel codicillorum tantum, vel epistolarum nomen magis usurpatum (b). Item Ulpianus aperte fatetur, tutelæ dationem non nisi testamento, vel codicillis testamento confirmatis relinqui potuisse: *testamento, inquit (c), datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis, scripti sunt*. Quod si tutor daretur in codicillis non confirmatis, inutilis erat datio jure civili ex Modestini sententia; constitutionibusque Principum inductum, ut non secus consisteret.

(a) Vide l. 35. §. 3. & l. 41. §. 2. de legatis 3. l. 18. de annuis legatis, l. 31. de legatis 1. & passim alibi. ad S. C. Trebel. l. 30. §. ult. de adimendis legatis l. 37. §. 1. & l. 78. §. 1. de legatis 3.

(b) Vide l. 75. & ult. de legatis 2. l. 75.

(c) l. 3. de testamentaria tutela.

steret, quam si a Consulari potestate confirmaretur: Si pater, ait (a), in codicillis non confirmatis dederit tutorem, aut curatorem, tum **QUOD DEFICIT, REPLERI A CONSULARI POTESTATE** constitutiones concesserunt, & secundum mentem confirmari tutores. Præterea libertates, quæ vel directe, vel per fideicommissum relinqui poterant, primæ in confirmatis tantum, alteræ in non confirmatis, & codicillis ab intestato constabant: *Libertates directæ*, idem Modestinus (b), & testamento, & codicillis testamento confirmatis recte dantur. Fideicommissa & ab intestato, & codicillis non confirmatis relinqui possunt. Verum quod in Pandectarum libris colligere licet ex peculiaribus quibusdam sententiis, quæ sane de Tribonianî manu effugerant, manifestissime habetur ex scriptis Jurisconsultorum, quorum supersunt fragmenta, ut nullus omnino dubitandi locus relinquatur. Ita Cajus (c): *Legatum per codicillum relictum non valet, nisi codicilli testamento fuerint confirmati; fideicommissum vero etiam si testamento codicilli non fuerint confirmati, nihilominus debentur.* Quid apertius? Idem repetit Ulpianus (d): *Fideicommissum, & ante heredis institutionem, & post mortem heredis, & codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet legari non possit; & Paulus (e): Codicillis, qui testamento confirmati non sunt, adscriptum fideicommissum jure debetur.* Quinimo sicuti legati datio, ita & ejus ademptio nec scribi poterat, nisi vel testamento, vel codicillis testamento confirmatis: *Legatum*, Ulpianus inquit

(a) l. 1. §. 1. de confirmando tutore.

(b) l. 43. de manumissis testamento.

(c) inst. l. 2. tit. 7. de fideicommissis

§. 8.

(d) tit. 25. de fideicommissis §. 8.

(e) sent. recept. lib. 4. tit. 1. §. 10.

CODICILLORUM CAPUT I. 89

quit (a), *quod datum est adimi, potest vel eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis* ad differentiam fideicommissorum, quæ uti recte relinquebantur in quavis supremæ voluntatis specie, ita & tolli poterant. Mirum autem est, in re tam aperta Boehmerum penitus coecutisse; quum credidit (b), origine quidem sua codicillos non secus constituisse, nisi confirmatos testamento; sed postmodum remissum, ut relicta quoquo modo conciperentur, consisterent etiam in codicillis non confirmatis. Etenim utcumque principio nil relinqui posset in codicillis, nisi essent testamento confirmati, ut vidimus ex Plinii testimonio; aucta quidem benigna fideicommissorum ratione perspicuum est ex relatis juris locis, factum esse discrimen inter confirmatos, ac non confirmatos; ut quicquid verbis directis, sive imperativis, præter hereditatis dationem, relinqueretur, confirmatis duntaxat; verbis vero precativis, sive per fideicommissum, vel in non confirmatis valeret. Quod sane jus tamdiu perduravit, quamdiu stetit differentia inter legata, & fideicommissa, ut capite sequenti ostendemus.

V. Verum quid causæ est, ut legatorum datio, & ademptio, tutoris datio, ac libertates directæ non constarent, nisi codicillis confirmatis, fideicommissa vero in non confirmatis recte scriberentur; quum alioqui omnes codicilli ad testamentum pertinentes æque habeantur tamquam illius partes, viresque suas ex testamento capiant? Quorsum spectat hæc tam varia juris civilis ratio, ut quod relinqui vellet verbis directis, sive imperativis, necessario scribi debuerit in codicillis confirmatis, non item quod

M

ca-

(a) tit. 24. de legatis §. 29. (b) cap. 1. §. 14. suæ disputationis.

cavebatur verbis precativis? Meminisse hic oportet quæ supra monuimus de nova veluti testandi ratione Augusti ævo inducta per codicillorum, ac necessariam fideicommissorum rationem longe distincta, atque diversa ab veteri juris observatione, quæ manaverat ex lege decemvirali; quæque rigorem legis teneret, dum in illa æquitatis ratio, ac simplicior relinquentis consideraretur voluntas. Verba quidem directa in supremis ex lege erant, nec proinde ex illius rigore quidquam relinquere liceret imperativo modo, nisi solemnibus tabulis: fideicommissa vero, tamquam moribus inducta, nil vetaret, quin scriberentur etiam in tabulis non solemnibus, moribusque, forique disputatione comprobatis; ac propterea ne in leges offenderetur, veteres ad testamenta retulerunt, quod conciperetur imperativis verbis; quum alioqui nulla juris ratio repugnaret, quin fideicommissa referrent in tabulis non solemnibus, sive codicillis. At enim cur legati datio, & ademptio, tutoris datio, ac libertatis, quæ concipiebantur quidem verbis civilibus, codicillis quoque admiserint, licet testamento confirmatis? Graviter porro ferebatur, usum præsertim legatorum, qui frequentissimus habebatur, testamento dumtaxat approbari; homines enim quum e vita decedunt, magis de pluribus benemereri solent, quam ut hereditatem uni relinquunt heredi; incommodum autem videbatur toties testamenta condere, quoties recordamur, quem afficere beneficio; quum quotidie amicorum cogitatio nobis offeratur. Itaque Jurisconsultis, qui tam varios etiam legandi modos invexerant, haud difficile fuit modum quoque excogitare, quo salva legis subtilitate, si non hereditatem, legata

fal-

saltem, ceteraque hujusmodi, ut tutoris, ac libertatis dationes quodammodo ad codicillos transducerent sine expressa legum offensione, quemadmodum meditati sunt in fideicommissorum introductione; atque quum viderint, non secus rem posse expediri, nisi ad fictionem confugerent, satis habuerunt, si legata relinquerentur in codicillis, qui tamen testamento essent confirmati, ea nempe obducta juris fictione, quod ob probationem codicillorum in testamento factam perinde haberi poterat, ac si legata ipsa relicta essent in testamento; nam qui testamento cavit, se valere velle, quod in codicillis scripsisset, aut scriberet, quasi videretur in ipso testamento legata dedisse. Quo sane respiciens Tryphonius (a) diserte ait, codicillorum confirmationem quoddam eorum principium in testamento redolere. En quomodo Consulti viam aperire crediderunt, qua juris rigore declinato codicillis permetterent legatorum dationes; qui enim semel in testamenti confectioe eam clausulam adjiciebat, se nempe valere velle, quod codicillis relinqueret, id satis habebatur, ut quo magis vellet, tot codicillos faceret, quot legata præstari jussisset; quum facile esset, quo magis placuisset, scribere codicillos, tamquam non solemnes.

VI. Inquires fortasse, quid unquam opus esset novis fictionibus laborare, ut recte legata in codicillis scriberentur; quum hi sive confirmati, sive non confirmati, æque testamenti partes haberentur, viresque ex illo caperent? nonne quod parti scriptum est videri poterat, ac si in toto scribatur? At Prudentes acute viderunt, ex illa

M 2

(a) l. 12. §. 5. de captivis, & postliminio reversis.

communi codicillorum regula , quod partes testamenti intelliguntur, non recte confici, in toto scriptum videri, quod parti scriptum est ; nam falso dixeris , parti necessario convenire , quod toto tribuitur . Aliud quidem est, quid tamquam partem totius consideratum, sequi oportere jus , atque potestatem illius, aliud parti adscribere quod in toto residet ; nec idcirco pedibus tribuimus , quod integro corpori convenit , licet pedes , ceteraque corporis membra vim ex toto capiant , indolemque illius sequantur. Itaque codicilli tamquam partes , seu testamenti appendices considerati , id unum important , ut una cum testamento , vel consistant , vel concidant ; attamen non inde consequitur , scripta in illis haberi , tamquam si scripta essent in ipso testamento . Enim vero , ut vidimus , qui arguit testamentum, codicillos quoque improbare intelligitur (a) ; qua de causa æque repellitur tamquam indignus ab hereditate , ac a relictis in codicillis ; quum pars , quæ in toto comprehenditur , necessario sequi debeat naturam totius . At qui falsos tantum dixerit codicillos , non aufertur ei hereditas ex testamento (b) ; nam qui partem improbat , totum improbasse non videtur , ideoque quod parti tantum tribuitur , toto adscribi nequit . Quoniam ergo, quod codicilli considerarentur , tamquam partes testamenti , inferri non valet , scripta in illis perinde haberi , ac si scripta essent in testamento ; aliud sane juris principium peti oportebat , quo huic fictioni locus esset . Hanc porro repetere existimarunt Consulti ex illorum confirmatione in testamento facta , ut ita colligi posset , data in codicillis confirmatis videri , tamquam si data essent testamento :

(a) cit. l. 5. §. 14. de his , quæ ut indignis &c. (b) cit. l. 15. eodem.

to : qui enim testamento codicillos confirmat, sive scriptos, sive scribendos, perinde haberi poterat fictione juris, ac si revera relicta in illis in testamento ipso scripsisset ; quo quidem confirmationis colore admiserunt in confirmatis dumtaxat legata, ceteraque verbis directis concepta præter hereditatis dationem, utpote quæ ex alio juris vinculo transferri non potuit in codicillos, ut jam ostendimus ; atque admissio hoc principio, fideicommissa quidem constare poterant in quavis non solemni voluntate ; legata vero in codicillis tantummodo testamento confirmatis.

VII. Quod hætenus extraximus ex intima, artificiosaque Jurisconsultorum arte planum fiet in exponenda eorum doctrina, quam diverso modo accommodarunt codicillis confirmatis, atque non confirmatis. Primo quidem se offert Scævola, qui loquens de legatis in codicillis relictis, ac proinde testamento confirmatis hanc juris regulam proponit (a) : *Codicilli pro parte testamenti habentur, OBSERVATIONEMQUE, ET LEGEM JURIS INDE TRADITAM SERVUNT.* Quod autem sint pars testamenti, commune hoc sit omnibus codicillis ad testamentum pertinentibus ; sed quum dixit, eos servare observationem, & legem juris inde traditam, hoc sane spectat confirmatos, de quibus in proposito erat sermo ; ex hujusmodi enim regula Sabiniani, ut Scævola refert, colligere volebant, ut relicta in codicillis confirmatis adeo testamento ipso inesse viderentur, ut quoad omnes causas eandem prorsus juris legem servarent, ac si revera in testamento scripta fuissent (b). Apertius hoc idem de-

(a) l. 14. de jure codicillorum.

canum ad cit. l. 14. de jure codicillo-

(b) Vide Cujacium tract. 2. ad Afri-

rum.

declarat Julianus his verbis (a): *Codicillorum jus singulare est, ut quaecumque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent*. Loquitur hic quidem Julianus de codicillis confirmatis, ut liquet ex exemplis, quæ statim subdit, nempe de libertate *directa* iis relicta, quod sane ad non confirmatos referri nequit. Atque hoc *jus singulare* vocat; propria enim juris regula in confirmatis hæc erat, ut scripta in illis perinde haberentur, ac si scripta essent in testamento, quodque non nisi ad confirmatos dumtaxat pertinebat; quum ob eorum confirmationem in testamento factam locus adesset hujusmodi juris fictioni. Quin illud *jus singulare codicillorum* satis demonstrat, Juliani sententiam confirmatos tantum spectare; in codicillis enim non confirmatis, in quibus fideicommissa dumtaxat relinquuntur, non tam de *jure* quæritur, quam de nuda relinquentis voluntate (b), ut infra manifestius apparebit.

VIII. Ex hoc autem singulari jure, quod ad confirmatos tantum referebatur, prodiit ex consequenti, ut quoad relicta in hujusmodi codicillis non tam spectaretur tempus, quo revera conficerentur, quam tempus confectionis ipsius testamenti; ut enim discimus ex Tryphonino (c), ipsa codicillorum confirmatio in testamento facta quoddam redolet eorum principium; ideoque magis est, ut tempus testamenti spectetur, quam ipsorum codicillorum. Quod tamen sequentibus exemplis illustrabitur. Primo jure civili cautum erat, libertatem quidem servo pro-

(a) l. 2. §. 2. eodem.

(b) Ulpianus tit. 27. de fideicommissis §. 1.

(c) cit. l. 12. §. 5. de captivis, & postliminio reversis.

CODICILLORUM CAPUT I. 95

proprio directe legari posse ; alieno vero non nisi per fidei-
 commissum (a) : at si testamenti tempore servus testato-
 ris fuisset , codicillorum vero tempore alienus , quibus
 directe libertas scribatur , Julianus ait , eam nihilominus
 valere (b) ; quia etsi codicillorum tempore esset alienus ,
 confirmatio tamen in testamento habita , quum servus te-
 statoris fuerat , efficiet quidem , ut recte libertas directa
 data videatur , tamquam ex testamento (c) . Contra , ut
 idem Julianus subdit , si quum testamentum fieret , servus
 alienus esset , codicillorum vero tempore testatoris , qui-
 bus libertas directa relinquatur , inutilem esse ait datio-
 nem libertatis ; in iis enim , quæ codicillis confirmatis
 scribuntur , tempus testamenti , non codicillorum spe-
 ctandum ; ideoque in prima specie valet legatum , in al-
 tera non item .

IX. Secundo perspicui juris est , codicillos scriptos
 a captivo inutiles prorsus esse ; quum is testamenti factio-
 nem non habeat : attamen si quis in civitate testamentum
 fecerit , quo codicillos confirmet , deinde captivus scri-
 pserit codicillos , indeque postliminio reversus decesserit ,
 tum ait Tryphoninus codicillos valere ; propterea quod
 etsi jure subtili videretur hoc casu attendi non debere con-
 firmationis tempus , tamen quum decesserit in civitate re-
 stitutus , æquum videbatur eum considerari , quasi capti-
 vus numquam fuisset : *Codicilli* , inquit (d) , *si quos in*
tempore captivitatis scripserit , non creduntur jure subtili
con-

(a) Cajus inst. lib. 2. tit. 7. §. 8.

(b) cit. l. 2. §. 2 de jure codicillorum.

(c) Cujacius in lib. 37. digestorum Ju-
 liani ad cit. l. 2. recte animadvertit , ex
 hac Juliani sententia , negationem delen-

dam esse , ut ira consentiat cum posteriori
 opposita specie , qua contrarium statuitur.

(d) cit. l. 12. §. 5. de captivis , & postli-
 minio reversis.

confirmati testamento, quod in civitate fecerat; sed nec fideicommissum ex his peti potest, quia non sunt ab eo facti, qui testamenti factionem habuit. Sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio codicillorum; & is postea reversus est, & postliminio jus suum recepit, humanitatis rationi congruum est, eos codicillos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset. Et quamquam Marcianus (a) tradit, spectari non debere tempus confirmationis, ubi codicilli fiant ab eo, qui desierit habere factionem testamenti, nihilominus in hac Tryphonini specie, qua testator postliminio reversus decesserat, quemadmodum testamentum reconvalescit, ita & benigna ratione inductum, codicillos quoque valere tamquam confirmatos ante captivitatem, licet in captivitate confectis jure subtili, ut ait, confirmatio non prodesset.

X. Tercio quærit Paulus (b), si quis testamentum fecerit, & codicillos confirmasset; deinde adrogandum se præbeat, & ibi fecerit codicillos; demum emancipatus decedat, an hujusmodi codicilli valeant? Plane etsi in hac specie testamentum irritum fiat jure civili status mutatione, ob minimam nempe capitis minutionem; jure tamen Prætorio peti potest bonorum possessio secundum tabulas, dummodo testator sui juris effectus declaraverit velle mori eodem testamento juxta Papiniani sententiam (c), secundum quam accipiendus est hic Pauli locus, ut recte animadvertit Cl. Cirillus (d). Quoniam ergo hu-

(a) l. 7. de jure codicillorum.

(b) l. 8. §. 3. eodem.

(c) l. 1. §. 2. de bonorum possessione

secundum tabulas.

(d) inst. lib. 2. tit. 17. ad §. 5.

jusmodi testamentum Prætoris quidem beneficio constabat, dubitabatur, an codicilli confirmati ante adrogationem, sed facti tempore, quo testamenti factionem non haberet, valerent. Et Paulus valere respondit, non secus, ac Tryphonino visum est: nimirum quod in codicillis confirmatis tempus confirmationis spectetur. Nec refert, testatore in eodem statu non manente ejus testamentum sublatum videri jure civili, quasi nec codicilli consistere valeant sine testamento; nam satis est, jure Prætorio effectum suum habere per bonorum possessionem secundum tabulas. Quod quidem alio exemplo Paulus comprobat; *nam etsi, inquit, postumus natus ruperit testamentum, & decesserit, nihilominus codicilli valent*; quia hoc quoque casu Prætor dabat possessionem bonorum secundum tabulas (a).

XI. Demum si testamento quis servo legatum dederit, & deinde codicillis confirmatis eidem detur libertas, quamvis jure civili inutile videri possit legatum; servo enim proprio nequit legari sine libertate (b), *tamen utile esse dicemus*, ait Paulus (c), *quasi ab initio constitit legatum*. Etenim libertas data codicillis confirmatis perinde habebatur, ac si scripta esset testamento; ac propterea relata libertatis datione ad tempus testamenti, una cum legato libertas quoque data videretur. Ex hætenus adductis juris locis manifestissime apparet, quo respexerit in codicillis confirmatis ea juris fictio, ut nempe scripta in illis haberentur, ac si scripta essent in testamento: quum

N

po-

(a) l. 12. de injusto, rupto, irrito, fidei testamento. dis l. 4. C. de legatis.

(b) l. 76. in fine de heredibus instituendis. (c) cit. l. 8. §. 5. de jure codicillorum.

posita hujusmodi regula per consequentiam factum sit, tempus testamenti, sive confirmationis spectari, quoad relicta in illis, non item codicillorum.

XII. Verum quoniam hoc juris principium, ut nempe in codicillis confirmatis testamenti tempus spectaretur, veluti profectum non e re ipsa, sed mera juris fictione sustentatum, saepe pugnaret vel cum æquitatis ratione, vel cum aliis juris civilis regulis; factum est propterea, ut non ita late perduceretur, sed suis finibus contentum, non ultra progrediebatur, quam res ferret, ne fictionibus offenderetur in solida juris, vel æquitatis principia; quum interdum minus liceret confirmationis tempus inspicere, sed magis codicillorum. Hinc tradit primo Marcianus, relicta in codicillis non referri ad tempus confirmationis, si fiant ab eo, qui quoquo modo habere desierit testamenti factionem; obstat enim certa juris regula, quod cui jus testandi interdicitur, potestas quoque negatur conficiendi codicillos: *QUÆDAM*, ait (a), *non referuntur ad confirmationem codicillorum, veluti si ante captivitatem quis codicillos confirmaverit, & in captivitate codicillos scribat, nam non valent. Idem est, si aliquo modo jus testamenti faciendi desierit habere.* Nec refert eos confirmari, antequam testamenti factionem amiserit: codicilli enim ad testamentum facti, sine illo consistere nequeunt; qui autem ante status mutationem scripserit testamentum, deinde capite minutus decedat, intestatus quidem moritur (b); ideoque nec codicilli valent, etsi fuerint confirmati in testamento facto ante capitis minutionem; quum sublato

pe-

(a) l. 7. de jure codicillorum.

(b) l. 6. §. 5. de injusto, rupto, irrito, facto testamento.

penitus testamento, codicillos quoque concidere necesse sit. Quod si testamentum reconvaluerit vel civili, vel Prætorio jure; propterea quod antequam moriatur, pristinum statum recuperarit; tum demum uti & testamentum, ita & codicilli reviviscunt, licet codicillos fecisset tempore, quo erat capite minutus, ut didicimus ex Tryphonino (a), & Paulo (b); considerantur enim, tamquam si in medio nulla status mutatio intercessisset.

XIII. *Præterea*, sequitur Marcius, *in illis, quæ non juris, sed facti sunt, non est perinde habendum, quod codicillis, atque, si ubi confirmatio, scriptum esset. Velut; si ita in codicillis scriptum erit: vestem, quæ mea est, codicillorum tempus spectandum, non quo confirmantur. Item: si Titius vivus est; vel: si tot annis est, codicillis legavit Sejo, tempus codicillorum, non quo tempore sit testamentum, spectandum.* Et quidem quod proficiscitur ex fictione juris, accommodari nequit iis, quæ merum factum respiciunt; ideoque licet testamenti tempore vestis aliena fuerit, satis est, eam esse testatoris tempore codicillorum; cessat enim confirmationis regula in iis, quæ facti sunt, non juris. Item, si ita codicillis legetur: *si Titius vivit, vel si tot annis sit*, quum talis conditio ad factum pertineat, non testamenti, sed codicillorum tempus spectatur. Atque hinc quoque intelligimus Jurisconsultorum dexteritatem; qui excogitaverant quidem fictiones, ut legis rigorem declinarent; attamen ubi quid considerandum esset extra juris vinculum, quod quidem in facto

(a) cit. l. 12. §. 5. de captivis, & post-
laminio reversis.

(b) cit. l. 8. §. 3. de jure codicillo-
rum.

consisteret , iterum revertebantur ad rerum simplicitatem quacumque fictione sublata .

XIV. Æquitatis quoque causa interdum factum est , ut cessaret regula confirmationis vel in iis , quæ juris essent , recteque Javolenus scripsit (a) : *omnis definitio in jure civili periculosa est ; parum est enim , ut non subverti posset* . Quippe æquitatis rationi adversatur , eandem juris regulam perpetuo servari in tanta factorum varietate , qua eam sequi non possumus , quin offendamus in præcipuam æqui , rectique normam . Quod autem ad rem nostram pertinet , sequentibus exemplis manifestabitur . I. Lege Ælia Sentia cautum erat , ne testator , qui creditoribus non sit solvendo , testamento manumitteret , præterquam unum servum , quem & instituat heredem (b) . Finge modo , eum solvendo non fuisse tempore , quo condidit testamentum , at solvendo quidem esse codicillorum tempore , quibus libertates dedisset : quærebatur , an ob codicillorum confirmationem relatis manumissionibus ad tempus testamenti , in legem incurrisse videretur ; ita ut manumissiones non constarent ? Respondet Julianus (c) : *eum , qui codicillorum tempore solvendo sit , recte libertatem dare placuit , quamvis testamenti facti tempore solvendo non fuerit* . Etenim æquâ ratio non patiebatur , ut juris fictionibus manumissiones tollerentur , quarum quidem favorabilior est causa . Pari ratione quum eadem lege Ælia Sentia vetaretur minoribus xx. annis manumittere , nisi vindicta , iustaque causa apud consilium probata (d) ; si quis major quidem xx. annis codicillis libertates dederit , quos

(a) l. 102. de regulis juris. (b) l. 27. qui , & a quibus manumissi &c. (c) l. 4. de jure codicillorum. (d) Inst. lib. 1. tit. 6. §. 4.

quos ante testamento confirmarat, quum minor xx. annis esset: an idcirco libertates conciderint? Et Imperatores Severus, & Antoninus ratas eas haberi rescripserunt (a): *si codicillos major xx. annis fecisset, confirmationis tempus libertati non nocere certum est: nec enim potestas juris, sed judicii consideratur*. Potior quidem est causa manumissionis, quam confirmationis regula ex fictione juris profecta, qua referuntur codicilli ad tempus testamenti, ideoque hoc casu nec attenditur confirmationis tempus, sed ipsorum codicillorum.

XV. Deinde si miles testamentum fecerit, codicillos vero post militiam; hi quidem licet testamento confirmati: tamen jus commune sequuntur, non militare, ne spectata confirmationis regula utraque testandi ratio perturbetur, ideoque inquit Cajus (b): *Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam, & intra annum missionis moriatur, plerisque placet, in codicillis juris civilis regulam spectari debere: quia non sunt a milite facti. Nec ad rem pertinere; quod testamento confirmati sunt. Ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legi Falcidia locum non esse; at in his, quae codicillis scripta sunt, locum esse*. Longius enim perductum esset militum privilegium, si legata scripta in codicillis factis post militiam, accipi deberent jure militari: propterea quod essent confirmati in testamento in militia facto; ideoque haud spectato confirmationis tempore ad jus commune eos referendos Consulti putarunt: quo consequitur, ut lex Falcidia locum non haberet in legatis scriptis in testamento facto in militia; bene vero in

(a) l. 1. C. de testamentaria manumissione. (b) l. 17 §. 4. de testamento militis.

in relictis codicillis post militiam ; licet testamento confirmatis . Contra si ante militiam quis testamentum fecisset , in militia vero codicillos , tum hi valent jure militari : & , ut Paulus inquit (a) : *certe codicilli militiae tempore facti non debent referri ad testamentum* ; atque ne confunderetur jus commune cum militari, existimarunt, attendi non debere confirmationis regulam, sed tempus ipsum codicillorum .

XVI. Præterea si codicillis testamento confirmatis quid mortuo legatum sit , qui tamen vixerat confirmationis tempore , legatum omnino habetur pro non scripto , nec proinde incidit in causam caduci , ut a Fisco vindicetur , sed hereditati accrescit (b) . Utcumque autem Cujacius putaverit , hoc sane inductum in odium Fisci , ne regula confirmationis attendatur (c) ; satius est rationem petere a Scævola (d) : nimirum quod in legatis primum est , ut quæramus personam , cui detur , tum considerandum venit , an datum consistat , quæve juris ratione . Quum ergo deficiat persona , cui detur , frustra quærimus , quemadmodum legatum consistere possit ; ideoque ubi mortuo codicillis legatur , licet legatarius vixerit confirmationis tempore , non idcirco fiet , ut legatum habeatur in causa caduci ; quum enim desit persona , cui detur , magis est , ut legatum consideretur pro non scripto .

XVII. Quamquam autem in specie legati mortuo relictæ in codicillis confirmatis idem placuisset Proculianis , ac Sabinianis ; nihilominus in altera specie non multum a pri-

(a) cit. l. 8. §. 4. de jure codicillorum. & l. 15. eodem.
 (b) l. 2. §. 1. l. 6. §. ult. & l. 14. eodem. (d) cit. l. 14.
 (c) Traçt. 2. ad Africanum ad l. 14.

prima dissimili facta est dissensio inter utramque scholam, quæque ita a Scævola traditur (a): Pone ex testamento, quem institutum ex asse, cui detur substitutus: Post factum testamentum, mortuo instituto, testator codicillis jam testamento confirmatis, vel adscribat, vel adimat quædam legata, veluti ab instituto: Quærebatur, an datio, vel ademptio referri deberet ad tempus codicillorum, an potius confirmationis? si primum, inutilis fiebat vel datio, vel ademptio; quum enim tempore codicillorum deficeret persona heredis instituti, a quo vel dari, vel adimi iusserat, id profecto pro non scripto habebitur. Sin alterum, consequitur, codicillos quidem constare; nam si quicquid hujusmodi codicillis scribitur, datum videtur testamento, etsi institutus defecerat, quum codicilli conscriberentur; substitutus tamen præstare tenetur quicquid vel re ipsa datum est testamento, vel datum in eo videatur per codicillorum confirmationem. Sabiniani quidem regulam constanter tenentes, qua confirmationis tempus spectatur, codicillos omnino valere contendebant. Proculiani contra negabant, quorum sententiam sequutus est Scævola, qui tamen, ut Sabinianos argueret, ita rem expedit. Et quidem utraque schola admiserat, legata quidem pro non scriptis haberi, quum mortuo codicillis legeretur, qui tamen vixerat confirmationis tempore: quo casu tempus omnino codicillorum spectatur, non confirmationis; ita namque sentit Julianus (b), qui certe Sabinianus erat. Hoc præmissio ita Scævola argumentatur: Idem haberi debet, quum quid *mortuo* detur, vel adimatur in codicillis, ac quum detur, vel adimatur *a mortuo*; par enim

(a) cit. l. 14. (b) cit. l. 2. §. 1. eodem.

enim utriusque esse ratio videtur, atque ut vani efficiuntur codicilli, si quid mortuo his legetur, licet legatarius confirmationis tempore viveret; ita inutiles fieri debent, si a mortuo detur, vel adimatur, etsi tempore confirmationis persona, a qua datur, vel adimitur, in rebus humanis esset. Etenim quum in legatis primo loco spectari oporteat persona, cui detur, quam ut juris regulæ attendantur, consentaneum est, pari ratione spectari quoque debere & personam, a qua dari, vel adimi valeat. *In proposito igitur, Scævola concludit, quod post obitum heredis codicillis legatum, vel ademptum est, nullius momenti est, quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est, eaque ademptio, & datio nunc vana efficietur. Quod si* (alteram speciem proponit ab ea diversam) *duo instituti sunt, substitutis datis, unusque eorum decesserit, utilia videntur legata; nam alter institutus, qui superest, præstabit solida legata, perinde ac si ab eo solo relicta essent* (a).

XVIII. Haftenus de codicillis confirmatis. Præstat hic aliqua addere de non confirmatis, de quorum tamen jure potissimum egimus, quum de confirmatis una loquuti sumus. Hi quidem codicilli generales juris regulas sequuntur, quæ respiciunt ceteros codicillos ad testamentum pertinentes. Etenim & vires suas ex testamento capiunt, illiusque jus omnino sequuntur, partesque testamenti intelliguntur: ita ut eo sublato & codicillos corrumpere necesse sit. Sed quia carent confirmatione, non secus relicta in illis admittebantur, quam si precativis essent ver-

(a) Vide Cujacium loco cit.

verbis concepta; qua de caussa Paulus eos appellavit *per fideicommissum factos*; ideoque differunt a confirmatis, quantum ad eas peculiares juris regulas, quæ confirmationis naturam sequuntur. Quicquid ergo scriptum est hujusmodi codicillis, non perinde habetur, ac si scriptum esset in testamento, ut in confirmatis; nec tempus testamenti, sed ipsorum codicillorum spectatur; quum nequeat accommodari ea juris fictio, quæ confirmatos dumtaxat respicit. Nomen quoque sortiti sunt a confirmatis quodammodo diversum; quum non tam Jurisconsulti eos proprie *codicillos* appellaverint, quam *epistolas*, sive *epistolas fideicommissarias*, ut ex libris juris apparet, quibus *epistolarum* nomine potissimum veniunt, ut jam principio monuimus. Et quidem codicillorum vocabulum pressius acceptum, non nisi ad confirmatos tantum referebatur; quorum jus ex disputatione fori profectum, quamdam veluti juris civilis partem composuerat, præsertim quod imperativa verba iis permitterentur, quæ ex jure civili erant; ideoque proprium juris nomen iis datum est, *codicillorum* nempe, quo distinguerentur ab ea non solemni voluntate, quæ fideicommissa tantummodo exhibebat, quæque communi magis, sive vulgari *epistolarum* nomine veniret. Summa ergo ita esto: Apud veteres generali codicillorum significatione intelligebatur quidem, quicquid relinqueretur per non solemnem voluntatem, sive hoc fieret verbis civilibus, sive precativis: quum vero speciatim indicare vellet eam non solemnem voluntatem, qua legata constarent, *codicillos* proprie nominarunt, sive *codicillos confirmatos* majoris demonstrationis caussa; quod vero attinebat ad relicta per fideicommissum, vulgari nomine *epi-*

O

stola-

stolarum appellarunt, sive *epistola fideicommissaria*. Quod tamen quum non satis animadvertissent nostri interpretes, tot futes differentias excogitarunt inter codicillos, & epistolas, quot commenta quoque prodidit Boehmerus (a), quum aliorum opiniones convellere conatur, ut unam faceret utriusque rationem pluribus tantum vocabulis significatam.

XIX. Ac sane apertissime Boehmerus redarguitur ex quodam Scævola loco, qui luculenter distinguit *codicillos* ab *epistola*; quatenus in illis legata, in hac fideicommissa continerentur. Ita loquitur Consultus (b): *Codicillis confirmatis ita cavit: omnibus autem libertis meis, & quos vivus, & quos his codicillis manumisi, contubernales suas, item filios, filias, lego*. Perspicuum est, testatorem hujusmodi codicillis legatum scripsisse. *Idem* (sequitur Scævola) *postea PETIT ab heredibus suis, ut regionem Umbriae, Tusciae Piceno coheredes uxori suae restituerent cum omnibus, quae ibi erunt, & mancipiis rusticis, vel urbanis, & aëtoribus exceptis manumissis*. (Satis apparet, hæc verba ad fideicommissum spectare) *Quæsitum est, quum Eros, & Stichus servi in diem vitæ testatoris in Umbria, in Piceno actum administraverint; sint autem Dama, quem testator vivus manumiserat, filii naturales, utrum eidem Dama ex verbis CODICILLI ab heredibus præstandi sint, an vero ad Sejam uxorem ex verbis EPISTOLÆ pertineant?* Respondit, ex CODICILLIS ad patrem eos naturalem pietatis intuitu pertinere. Itaque distinguit Consultus codicillos antea factos, in quibus legata continebantur libertis relicta, ab epistola posteriori, qua testator fideicommissa

uxo-

(a) cap. 1. suæ disputat. 6. 6. 7. & 8.

(b) l. 41. 9. 20 de legatis 3.

uxori suæ reliquerat : primam quidem scripturam *codicillos* appellat ; alteram vero *epistolam* . Agnoscit & ipse Boehmerus in hoc Scævola loco (a) , diverso quidem nomine eas scripturas appellari ; sed quum non vidisset , quo discrimen pertineret , existimat , Consultum vocabulorum copia delectari . Quid Scævola indignius ? aut quid hac interpretatione ineptius ? Papinianus quoque ita distinguit codicillos ab epistolis , quum ait (b) : *Plane si sui juris effectus CODICILLIS , aut aliis LITTERIS eodem testamento se mori velle declaraverit &c.* quibus verbis satis discriminat codicillos proprie dictos ab aliis litteris, nempe epistolis . An Papinianum pariter verbosum dixerit Boehmerus ?

XX. Quoniam autem codicilli per fideicommissum facti imitari videntur quodammodo codicillos ab intestato , in quibus voluntas æque scribitur per fideicommissum ; hinc factum , ut quemadmodum testamenta vel imperfecta, vel non jure, facta transformari poterant in codicillos ab intestato , ut diximus, per clausulam *codicillarem* ; ita receptum est , ut primum testamentum ruptum quidem per posterius converti posset in codicillos ad posterius testamentum pertinentes ex causa fideicommissi , si testator declararet in posteriori testamento , valere velle etiam priores tabulas : *Si paganus* , inquit Ulpianus (c) , *qui habebat jam factum testamentum , aliud fecisset , & in eo comprehendisset , fidei heredis committere , ut priores tabulae valerent , omnimodo prius testamentum ruptum est . Quo rupto potest quæri , an vice codicillorum id valere deberet , & quum*

O 2

hac

(a) cit. cap. 1. suæ disput. §. 6. (b) l. 11. §. 2. de bonorum posses. secundum tabulas. (c) l. 12. §. 1. de injusto, rupto, irrito, facto testamento.



hæc verba sint fideicommissi, & sine dubio universa, quæ illic scripta sunt, in causâ fideicommissi erunt, non solum legata, & fideicommissa, sed & libertates, & heredis institutio. Itaque quum testator in posterioribus tabulis fidei heredis committat, ut priores quoque tabulæ serventur, etsi prius testamentum jure rumpatur per posterius; tamen ex causâ fideicommissi convertitur in codicillos, & ita voluntas servatur, non quidem jure testamenti, sed codicillorum ad posterius testamentum pertinentium. Idem Ulpianus quoque statuit in milite, si in posterioribus tabulis expresse fidei heredis committat, ut valerent tabulæ priores. Querebatur, inquit(a), si miles, qui habebat jam factum testamentum, aliud fecisset; & in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulæ valerent, quid juris esset? Dicebam: Militi licet plura testamenta facere, sed sive simul fecerit, sive separatim, utique valebunt, si hoc specialiter expresse rit, nec superius per inferius rumpetur; quum & ex parte heredem instituere possit, hoc est ex parte testato, ex parte intestato decedere. Secundum hæc in proposito referebam, si hoc animo fuerit miles, ut valeret prius factum testamentum, id quod cavit, valere oportere; ac per hoc effici, ut duo testamenti sint. Sed in proposito quum fidei heredis committatur, ut valeat prius testamentum, apparet eum non ipso jure valere voluisse, sed magis per fideicommissum, id est in causam fideicommissi, & codicillorum vim prioris testamenti convertisse.

§. XI. De

(a) l. 19. de testamento militis.

§. X I.

De codicillis confirmatis in præteritum, aut in futurum; deque varia juris ratione inter codicillos anteriores, ac posteriores testamento.

I. **Q**Uum jam plenius exposuerimus, quid juris peculiare fuerit in codicillis confirmatis, ac in non confirmatis, sive factis per fideicommissum; superest ultimus disputandi locus de confectis ante, vel post testamenti tabulas, ut nempe cognoscamus, an eadem esset in utrisque juris ratio, an diversa; quove pacto inter se se vel convenirent, vel differrent. Et quoniam, ut vidimus, differentia inter verba imperativa, ac precativa effecerat, ut primo modo concepti, non aliter codicilli constarent, nisi testamento essent confirmati; altero vero modo confirmationem non exigebant: ut in proposito de codicillis anterioribus, vel posterioribus testamento jus cuique proprium aperiamus, multum interest hic quoque distinguere, quid in legatis, quidve in fideicommissis obtinuerit; sive quid juris fuerit in anterioribus, ac posterioribus, quibus aut legata, aut fideicommissa continerentur. Paulus quidem (a) inter quatuor codicillorum modos refert eorum confirmationem; vel *in præteritum*, quum nempe anteriores sint testamento; vel *in futurum*, quum posteriores. Plane quod pertinet ad posteriores testamento explorati juris est, ut ostendimus, valere quidem in illis relicta per
ver-

(a) cit. l. 8. de jure codicillorum.

verba civilia, si testamento confirmarentur; fideicommissa vero etiam in non confirmatis. At de anterioribus testamento res non est expedita, tum ob difficiles quosdam juris locos, qui quodammodo pugnare inter se se videntur, tum ob tam varias interpretum expositiones, quæ fortasse quin illos dilucidare valeant, parum est, ut nodum non reddiderint inexplicabilem.

II. Sed antequam offendamus in spinosiora, præstat hic primum eam proferre juris doctrinam de codicillis anterioribus testamento, quæ fortasse ita explorata sit, ut in dubium minime revocari queat: qua perspecta rectius deinde poterimus ad minus expedita accedere. Quicquid dicitur de relictis per verba directa in codicillis factis post testamentum, nemo quidem sanus negaverit in codicillis testamento anterioribus; utcumque enim scribantur ante testamentum, palam est intellectu posteriores haberi; quum tamquam illius partes, sive appendices ejus naturam omnino sequantur, perinde ac si posteriores revera testamento fuissent. Hinc est, ut quantum ad relictorum causam parem profecto juris rationem agnoverimus in posterioribus æque, ac in anterioribus; quum enim verba civilia ideo codicillis concessere, quod ob eorum confirmationem in testamento factam testamento datum videretur, quicquid in illis scriptum esset; causa non est, cur hoc magis posterioribus tribueretur, quam anterioribus, quasi legata in illis valerent ex testamento, in his ex codicillis; quod prorsus absolum est a recta juris ratione. Et quidem quoties Jurisconsulti loquuntur de necessaria codicillorum confirmatione in legatis, numquam distinguere posteriores ab anterioribus testamento, sed regulam

ge-

generaliter posuere, quæ certe aptari non poterat magis unis, quam alteris. Tum Paulus, ubi profert varios codicillorum modos, expresse loquitur de *confirmatis* tum in futurum, tum in præteritum. Quid autem oporteret specialem modum constituere de *confirmatis in præteritum*, si legata valerent, etiam si testamento postea sequuto codicilli non confirmarentur? Præterea quum ex Senatusconsulto Liboniano inutilia fierent ea legata, vel fideicommissa, quæ quis manu sua libimet adscripsisset (a), dubitari poterat, an relicto quidem legato in codicillis factis ante testamentum, legatarius in testamento postea sequuto, tantum scribens illorum confirmationem, incidet in Senatusconsultum? Et Paulus affirmat (b): *Qui codicillos, inquit, ante testamentum factos, in quibus legatum ei adscriptum erat, CONFIRMAT, in Senatusconsultum incidit, quod & Julianus scribit*. Hoc ideo, quia non aliter legata scripta in codicillis valerent, nisi testamento hi essent confirmati; ac propterea etsi legatum esset codicillis anterioribus, quum tamen legatarius confirmationem scripserit, perinde haberetur, ac si legatum ipsum scripsisset; ideoque S. C. tenetur. Demum Imperatores Diocletianus, & Maximianus ita rescripserunt (c): *Sive initio, quæ fuerat codicillis relicturus generaliter, sive novissime relicta servari mandaverit, CONFIRMATIONE MUNITUS nullam justam gerere sollicitudinem potes*. Plane ætate horum Imperatorum jus adhuc perdurabat, ut codicilli confirmarentur, sive ante, sive post testamentum fierent, ut legata consisterent.

III. Ve-

(a) l. 6. & 15. de lege Cornelia de falsis. (b) l. 22. §. 6. eodem. (c) l. 6. C. de codicillis

III. Verum quamquam quoad relictorum naturam una statuenda videatur juris ratio in codicillis, tum posterioribus, tum anterioribus testamento; quum nulla causa sit, cur distingui valeant: instant nihilominus duo difficiliora juris loca, quæ hætenus interpretum ingenia exercuere; unum quidem Papiniani in Pandectis transcriptum; alterum Triboniani in institutionibus, quo refertur quoddam rescriptum Severi, & Antonini, quin mentio habetur de quadam Papiniani sententia longe diversa ab illa, quæ prostat in Pandectis: ita ut nedum Papinianus opponi videatur rescripto Imperatorum; sed, quod magis est, Tribonianus ipse nec sibi met constet, quum Papiniano tribuit, quod ex illius sententia in juris libris relata aliud revera appareat. His difficultatibus accedunt tam variae, ac inter se se oppositæ interpretum opiniones, ut undique res implicatior magis facta sit. Verba Papiniani sunt (a): *Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmantur; aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur.* Indicio legitur in Florentinis, *judicio* in vulgatis. Tribonianus contra ita loquitur (b): *Sed quum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmantur.* Quod Tribonianus hic de Papiniano refert, haud concordare videtur cum ipsamet Consulti sententia; hic enim, ut ex verbis liquet, desiderabat in codicillis anterioribus, vel expressam confirmationem postea sequutam, sive in testamento, sive in aliis codicillis posterioribus, vel tacitam saltem voluntatis significationem, qua

(a) l. 5. de jure codicillorum. (b) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1

CODICILLORUM CAPUT I. III

qua quidem retineatur ejus judicium in codicillis declaratum : *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur* . At Tribonianus credidit, Papinianum voluisse specialem confirmationem ; deinde sequitur : *Sed Divi Severus , & Antoninus rescripserunt , ex iis codicillis , qui testamentum præcedunt , posse fideicommissum peti ; si appareat , eum , qui postea testamentum fecit , a voluntate , quam codicillis expresserat , non recessisse* . Quibus verbis colligi videtur , Imperatores quid diversum rescripserunt ab ea Papiniani sententia , de qua prius Tribonianus loquutus est ; nam aliud est , codicillos anteriores non secus valere , quam *si speciali postea voluntate confirmentur* , aliud posse quidem fideicommissum peti , si appareat , testatorem non recessisse a voluntate in codicillis expressa . Quod si conferre velimus hujusmodi rescriptum cum Papiniani sententia in Pandectis transcripta , magis inter se se convenire videntur , quam dissentire , nisi illa verba : *quocumque indicio retineatur* interpreteris pro quavis animi significatione ; & contra illud : *si appareat non recessisse* pro non revocata voluntate . Rescriptum quidem Imperatorum non exstat ; nisi quantum ex Triboniano audivimus ; Papiniani vero sententia præter id , quod Tribonianus refert , non alia prostat , nisi quam ex Pandectarum libris attulimus . Quid arbitrari liceat in tanta rerum ambiguitate ?

IV. Hotomanus (a) , & Duarenus (b) ita rem transigunt . Tribuunt primo Triboniano ea ultima verba in Papiniani sententia : *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur* ; ita ut demtis illis verbis , appareat , Papinia-

P

num

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. (b) disput. annivers. lib. 2. cap. 42.

num desiderasse specialem confirmationem, uti in institutionibus Tribonianus refert; & ita opponunt Papinianum rescripto Imperatorum, quo satis est, ut a voluntate in codicillis scripta postea non recedatur. Tum credunt, Tribonianum ideo interpolasse Papiniani sententiam, ut ita cum rescripto consentiret; ac proinde eundem sensum, putant, redolere illud: *aut voluntas eorum quocumque iudicio retineatur*; ac illud: *si appareat, eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse*; quasi Imperatores quoque desiderarent quamdam tacitam animi significationem, qua retenta voluntas appareret. Verum, si veritatem amemus, interpolatio, quam Triboniano adscribunt, divinationem sapit magis, quam interpretationem. Præterea quid opus erat huiusmodi interpolatione, si referens Papiniani sententiam expresse fatetur, eum voluisse specialem confirmationem adversus Imperatorum rescriptum? Si ergo illa verba Triboniano tribues, ne aliter Papinianus ab Imperatoribus dissentire videretur, cur idem Tribonianus in institutionibus in Papiniano quid diversum a rescripto agnoscere videtur? Demum nimis durum videtur, Papinianum in libris præsertim responso-
rum, unde ea lex sumpta est, improbasse Imperatorum decretum, quod notum ei esse debuerat; nisi rescriptum posterius feceris: quod nescio, an recte suspicari possit.

V. Antonius Faber contra (a), quicquid aliter antea sensisse fateatur, re melius perpensa, credidit Triboniani causam tueri, dum integram, uti prostat, sententiam Papin-

(a) lib. 15. conject. cap. 15.

piniano adscriberet. Contendit tamen, eam revera rescripto opponi; ita ut recte Tribonianus agnoverit in rescripto quid contrarium a Papiniani sententia. Etenim ubi Consultus statuit, necessariam esse, vel expressam confirmationem postea sequutam, vel saltem tacitam aliquo argumento ductam: Imperatores satis habuerunt, voluntatem non esse revocatam: ac propterea illa verba: *si appareat* &c. ita accipienda esse credit: *nisi appareat*, vel ut Theophilo placuit (a), *nisi ostendatur, testatorem ab his, quæ in codicillis scripserat, recessisse*: Secundum Papinianum quidem non constat voluntas, nisi probetur eam reverentam esse: at secundum Imperatores valet, dummodo non probetur fuisse revocatam. Nolim quidem cum Fabro admittere, Papinianum revera discessisse ab Imperatorum decreto, nisi res aliter componi valeat; nec proinde probaverim illud: *si appareat non recessisse* accipi debere, ac: *nisi appareat recessisse*; quum longe diversa sit prima ab altera enunciatione; nam *si appareat* idem valet, ac si probetur, testatorem non recessisse; nimirum si aliquo argumento retenta voluntas demonstraretur; at *nisi appareat recessisse* importat voluntatem non esse revocatam; nec plane video, cur recedendum sit a simplici verborum intelligentia.

VI. Cujacius vero utcumque in libris responsum Papiniani (b) idem senserit, ac Hotomanus, & Duarenus quantum ad Triboniani interpolationem in Papiniani sententia; in observationibus tamen (c) rem magis interpretandam aggreditur, quam ut Tribonianum arguat.

P 2

At-

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1.

l. 5. de jure codicillorum.

(b) lib. 7. responsum Papiniani ad cit.

(c) lib. 18. obser. cap. 7.

Atque scite distinguit in codicillis anterioribus testamentō ea, quæ relinquuntur verbis directis, ut sunt legata, a fideicommissis. Etenim quoad primum relictū genus apertissimi juris est, codicillos numquam constare posse, si testamento postea sequuto non confirmentur, uti servatur quoque in codicillis posterioribus; at quoad fideicommissa, quæ, ut vidimus, recte relinquuntur in non confirmatis, vel factis ab intestato, nulla causa est, cur codicilli licet anteriores specialem confirmationem desiderent; ideoque recte Imperatores rescripserunt, satis esse, si probetur re-tenta voluntas, sive, quod idem est, si appareat, testatorem ab illis recedere noluisse (a). Quamquam autem hæc tantum innuere Cujacius videtur, ut proinde majori illu-stratione indigeant: nil tamen solidius afferri poterat, quod rectius conducirer ad genuinam expositionem, tum sententiæ Papiniani, tum rescripti Imperatorum, ut planius mox fiet.

VII. Novissime tandem Cornelius van Bynkershoekius (b) summo studio conatur Triboniani causam tueri, ne dicatur, in Papinianum manus injecisse. Quantum vero ad legum interpretationem plura tentavit, dum nec abhorret a variis aliorum opinionibus: ita tamen, ut nil certi statuatur, satis habens, Tribonianum suum a crimine falsi vindicasse. Atque hæc sunt præcipuæ interpretum sententiæ, in quas ceteri iverunt.

VIII. Inter tot opinionum diffidia haud veremur face summi Cujacii rem omnem ita componere, ut in illarum legum interpretatione constanter quoque teneamus eam

CO-

(a) Idem quoque sentit Giphanius, inst. l. 2. tit. ult.

(b) lib. 8. obser. cap. 13

CODICILLORUM CAPUT I. 115

codicillorum doctrinam, quam veluti e radice sua hactenus extraximus. Quod ut rectius fiet, primum est, Papiniani sententiam intueri, uti prostat in Pandectarum libris, ne aliter videremur divinationis potius, quam juris artem profiteri; deinde ad Tribonianum una cum Imperatorum rescripto ab eo relato accedere. Ut ergo a Papiniano exordiamur: *Ante tabulas testamenti*, inquit, *codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*. Hac quidem sententia Consultus nec de relictis per verba directa, nec precativa nominatim agit; sed generaliter loquitur de codicillis anterioribus testamento: nimirum quo pacto constare possint; & quoniam notum est, utrumque relictis genus in illis admitti; credendum est, Papinianum utrumque una comprehendisse; nam dum proponit doctrinam, qua hujusmodi codicilli regantur, necessario complecti debuerat, tum relictis per verba directa, tum per precativa; ne aliter rem imperfecte attigisse dicamus, quod de Papiniano praesertim ne suspicari quidem licet. Atque quoad relictis verbis directis jam demonstravimus idem jus commune fuisse, tum posterioribus, tum anterioribus testamento; ideoque recte Papinianus primo loco ait, codicillos factos ante testamentum non aliter valere, *quam si testamento, quod postea factum est, confirmentur*. Sed urget hic Bynkershoekius, quid est, quod vel testamento confirmari debere ait, vel *aliis codicillis*? An legata valerent, si codicilli confirmarentur quidem non testamento, sed aliis codicillis, ut semel Cujacio placuit(a)?

Re-

(a) cit. lib. 7. responsorum Papiniani ad cit. l. 5. de jure codicillorum.

Respondeo, certissimi juris esse, ut legata non aliter valerent, nisi codicilli essent testamento confirmati, non item aliis codicillis. Etenim, ut latius supra ostendimus, ideo quoad relicta per verba directa codicilli confirmari debuerant testamento, quod, quum ex legis rigore non liceret præter quam in solemnibus tabulis uti verbis civilibus, Jurisconsulti, ut legem fraudarent, adhibuerunt quidem eorum confirmationem in testamento; quia hoc pacto per fictionem saltem juris scripta in codicillis videri poterant, ac si scripta essent in ipso testamento. Hoc autem dici nequit de confirmatione facta in aliis codicillis, quod idem est, ac in alia non solemnī scriptura; ideoque eodem juris principio, quo legata constabant in confirmatis testamento, inutilia prorsus fiebant in confirmatis in aliis codicillis: ridiculum enim esset, voluntatem non solemnem ex altera simili capere eam vim, quæ uti non solemnī, sibi negabatur. Sed cur Papinianus ait, eos confirmari quoque posse aliis codicillis? Distinguere hic oportet duos varios confirmationis effectus: unum, qui ad jus pertinet, alterum, qui respicit retentam testatoris voluntatem. Quæ autem confirmatio testamento comprehendebatur, utrumque sane effectum continebat: at confirmatio habita in alia non solemnī scriptura illum tantummodo continet, ut dicatur, testatorem in novissima scriptura comprobasse eam voluntatem, quam scripserat ante testamentum. Quum ergo Papinianus inquit, non aliter codicillos testamento anteriores valere, quam si aut testamento confirmentur, aut codicillis, aut voluntas retenta probetur quocumque indicio, una complexus est quodvis relicti genus; unaque oratione regulam

lam

lam proponit, quæ accommodari poterat cuius codicillo testamento anteriori, sive de legatis, sive de fideicommissis agatur: legata quidem valent per confirmationem in testamento; fideicommissa vero vel in testamento, vel in aliis codicillis posterioribus, sive expresse fierer, sive saltem tacite ex aliquo voluntatis indicio ducta. Atque confirmatio, quæ refertur ad relicta per verba directa, testamento tantum fieri debet; quippe quæ adhibetur, nedum ut voluntas retenta habeatur, sed ut legata ex testamento valere dicantur: ea vero, quæ requiritur in relictis per fideicommissum, quum attingat dumtaxat probationem retentæ voluntatis, satis est, si fiat in quavis novissima scriptura licet non solemni, sive expresse, sive tacite; nam fideicommissa, ut diximus, non exigebant confirmationem in testamento; quum non ex lege, sed ex voluntate tantum relinquentis proficiscerentur; ideoque ubi de voluntate constiterit, nil amplius desiderabant.

IX. Verum quid causæ est, ut una quidem fuerit juris ratio quoad relicta per verba directa in codicillis factis tum ante, tum post testamentum, scilicet quod speciatim confirmari debebant solemnibus tabulis; quoad fideicommissa vero differant posteriores ab anterioribus, ut in illis quidem satis sit, testatorem voluntatem suam declarasse, contraque in his juxta Papiniani sententiam non aliter valent relicta, nisi vel testamento postea sequuto, vel aliis codicillis, sive expresse, sive tacite testator significaverit, se ratam habere velle voluntatem jam in codicillis declaratam? Nonne sive anteriores sint, sive posteriores, æque semper habentur veluti ipsius testamenti pars,

pars, atque sequela, sive de legatis, sive de fideicommissis agatur? Quid ergo Papinianus sibi voluit, quum in anterioribus omnino desideret novam retentæ voluntatis vel expressam, vel tacitam significationem ad differentiam illorum, qui fiunt post testamentum? Discriminis quidem ratio hic proficisci nequit a diversa causa inter legata, ac fideicommissa; sed alio prorsus principio petenda est. Unus Faber eam vidit (a), utcumque nec plenius eam complectatur, quin acumine suo eadem postea abutitur, quum conatur opponere Papiniani sententiam Imperatorum rescripto. Ac sane qui testamento condito codicillos postea scribit, jam ostendit, se testatum decedere velle, nec codicillis posterioribus aliud intellexisse videtur, nisi, ut vel suppleret, quod testamento deerat, vel corrigeret, quod immutare desideravit. Qui vero codicillos facit, priusquam testamentum condatur; sive qui supremum voluntatis suæ judicium a codicillis incipit, is certe vel legata in illis relinquit, vel fideicommissa: si legata, conjectari quodammodo potest, se testamentum deinde condere velle, quo codicilli nominatim confirmantur, nam aliter legata non constant. Sin fideicommissa, tum, quoniam fideicommissa ab intestato recte relinquuntur, is quidem tamquam intestatus se gerit; idcirco ex hujusmodi codicillis probabiliter creditur, intestatum potius se decedere velle. Etenim quum testati causa ab heredis institutione incipiat, ubi quis exorditur testationem suam a fideicommissis per codicillos, de herede legitimo magis cogitasse videtur, quam de herede intestato.

(a) cit. lib. 15. conject. cap. 15.

stamenta postea scribendo, saltem incertum est, an in codicillorum confectione de testamento quoque cogitaverit, an potius cum iisdem tantummodo decedere existimaverit ab intestato; quum hujusmodi codicilli jure suo, atque foli recte consistant vel sine testamento. At quum deinde testamentum scribat, jam ostendit, testatum omnino se mori velle; ac propterea ex intestati ad testati causam se conferre videtur: quo fit, ut incertum saltem sit, utrum immutato consilio ea mente ad testamentum accesserit, ut amplius nolit cum codicillis ab intestato decedere, an eo animo testetur, ut codicillos quoque antea factos una retineret. Uno verbo haud constat, an ad testamentum descendens codicillos prius factos respuerit, an potius existimaverit eam priorem voluntatem etiam retinere; quin si consideretur, quod re ipsa gessit, magis est, ut credamus, rejecta intestati causa testatum magis ita se præbuisse, ut novum prorsus inierit consilium. Itaque in hac voluntatis quæstione recte Papinianus arbitratur, non aliter priorem voluntatem valere posse, nisi sequatur vel expressa, vel saltem tacita illius comprobatio, sive in testamento, sive in quavis alia novissima scriptura, licet non solemni; nova enim animi significatione convalescit ea voluntas, quæ per testamentum postea sequutum oblitterata magis censebatur. En genuina differentia inter codicillos testamento posteriores, ac anteriores: primi enim quum certam testati causam sequantur, jam explorata est mens testatoris, ut nova proinde voluntatis significatione non indigeant; nam certum est, per posteriores codicillos testatorem id tantum egisse, ut vel suppleret, vel corrigeret, quod in solemnibus tabulis jusserat. At contra an-

Q

te-

teriores testamento quoniam intestati speciem exhiberent, nequeunt idcirco necessario traduci ad testati rationem; nisi recenti iudicio ita testator se velle ostenderit. Hinc est, non recte eos Papiniani mentem interpretari, qui credunt, quamcumque vel levissimam præsumptionem satis esse ad retentæ voluntatis probationem, vel qui autumant, expressam animi significationem exegisse, ut Bynkershoekio placuit: quod quidem ducere arbitratur ex illo Papiniani verbo *iudicio*, quod cum glossa accipit *pro expressa declaratione*. Atque sive *iudicio* legas, ut in vulgatis, sive *iudicio*, ut in Florentinis, & Noricis, quod potius probaverim, non satis accepisse videntur intimam Consulti sententiam. Et quidem quamquam in Codice Justiniano *iudicii* vocabulum usurpetur pro quovis argumento, vel remota præsumptione; apud Jurisconsultos tamen, qui latinam puritatem servarunt, numquam hoc sensu acceptum invenies (a). *Indicium* quidem latine idem est, ac rei demonstratio: quæ vel fiat expresso signo, vel tacito, dummodo ejusmodi sit naturæ, ut res pressius commonstretur. *Voluntatis* autem *indicium* proprie dicitur, quum aliqua significatione animi sensus ostenditur. Hinc Paulus inquit (b): *Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, & alio quovis indicio voluntatis*, id est quocumque signo sive magis, sive minus expresso, quod ex nobis tamen proficiscatur: nam ea omnia argumenta, quæ ex re ipsa duci possunt, minime pertinent ad nostræ voluntatis indicium; quum numquam vide-

(a) Vide Brissonium de verborum significatione verbo *iudicium*.

(b) recept. sent. lib. 4. tit. 4. §. 1.

deamur rem proprie indicasse, nisi quibusdam signis ex nobismetipsis proficiscentibus eam quodammodo manifestemus. Atque huc spectat illud Pauli (a): *Precario possidere videtur non tantum, qui per epistolam, vel quacunque alia ratione hoc sibi concedi postulavit; sed & is, qui Nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet*: patientia quidem domini licet efficiat, ut is non videatur dissentire, non tamen voluntatis indicium facit, quum nullam animi manifestationem exhibuerit. Ut ergo ad Papinianum revertamur, quum inquit: aut voluntas eorum *QUOCUMQUE INDICIO* retineatur, id revera intelligit, ut testator in posteriori scriptura talis se præbeat, ut aliquo signo sive magis, sive minus aperto commonstret, se quidem retinere velle voluntatem in codicillis expressam. Hinc satis non est, eos tantum non revocasse; hoc enim licet probaret, eum non videri dissentire a voluntate anteriori; attamen quum adhuc incertum esset, an ad testamentum accedens consilium immutaverit, an illam quoque retinere voluerit, optime Papinianus arbitratur, opus esse omnino, ut huiusmodi voluntatis quæstio aliquo saltem animi indicio definiatur, quo appareat, eum ratam quidem habere velle voluntatem in codicillis ante testamentum factis expressam.

X. Hæc de Papiniani sententia. Videamus modo, quod a Triboniano affertur. *Sed, inquit, quum ante testamentum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Sed Divi Severus, & Antoninus rescripserunt ex iis codi-*

Q 2

cil-

(a) recept. sent. lib. 5. tit. 6. §. 11.

cillis, qui testamentum præcedunt, posse *FIDEICOMMISSUM* peti; si apparet, eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse. His verbis plane non video, Tribonianum oppondere voluisse Papiniani sententiam rescripto Imperatorum; non enim ait: *Sed Divi Severus, & Antoninus contra rescripserunt*, ut solet, quum quid juris immutatum refert. Etenim eadem loquutione, qua Papiniani sententiam narrat, subdit illam Imperatorum; nam inquit: *Sed Papinianus ait &c. Sed Divi Severus, & Antoninus rescripserunt &c.* Fateor quidem his duabus sententiis duo diversa Tribonianum referre voluisse; at negaverim, eas ita affectasse, ut unam alteri opponeret; id enim ex verbis non apparet. Refert igitur ex Papiniano primam sententiæ partem, ut nempe *speciali postea voluntate confirmetur*; atque tacet alteram, qua saltem requirit quodvis indicium retentiæ voluntatis. Sed quid probabilius, quam Tribonianum ex Papiniano referre tantummodo voluisse, quod pertineret ad relicta per verba directa; ex Imperatoribus vero quod spectaret fideicommissa? Nonne refert rescriptum ad *fideicommissa* dumtaxat? At enim, cur non exposuit integram Papiniani sententiam, qua simul comprehenditur utrumque relicti genus? Respondeo, novum non esse Triboniano, utrinque carpere juris sententias, præsertim in institutionibus. Fortasse credidit, apertiora esse rescripti verba, quibus expressa habetur mentio de *fideicommissis* in codicillis anterioribus relictis; ideoque ex Papiniano proferre existimavit jus hujusmodi codicillorum quoad legata, ex Imperatoribus quoad fideicommissa; nolim enim vel ita immemorem Tribonianum facere.

cere, ut non animadverterit reliquam partem sententiæ Papiniani; vel ita stupidum, ut prorsus non intellexerit; quo ea pertineret; vel denique mendacem, ut in institutionibus celare voluerit, quod in Pandectis retulerat. Quod si dicas, Tribonianum intelligere de altera Papiniani sententia diversa ab illa, quæ prostat, nec eum excusabis, quin majori reprehensioni subicias. Etenim quid causæ erat, ut Papinianum proferret aliter, quam in Pandectis apparet? Ceterum ut ut sentias de Triboniani consilio, apertissimum quidem est, rescriptum de fideicommissis tantum loqui; Papinianum vero generaliter complexum quodcumque relictæ genus in codicillis anterioribus; etsi nec de fideicommissis, nec de legatis nominatim loquatur.

XI. Sed accedamus tandem ad rescripti interpretationem, ut videamus, utrum consentiat, an discrepet a Papiniani sententia. Decreverunt quidem Imperatores, fideicommissum deberi, si appareat, testatorem non recessisse a voluntate in codicillis antea declarata. Numquam cum Fabro vel Theophilo admiserim, perinde accipi illud *si apparet non recessisse*, ac *nisi apparet recessisse*, ut antea monui; hoc enim esset detorquere verborum intelligentiam ab illo ordine, quo prostant. Deinde rectius egerimus, si Papinianum magis cum rescripto componamus; præsertim quum nulla causa sit, quare inter se se opponantur. Ac sane quod Papinianus tradidit affirmando, *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*, Imperatores rescripserunt negando: *si apparet eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat, NON RECESSISSE*; quod idem est, ac si dixissent, si aliquo re-

recenti voluntatis indicio ostendatur, sive probetur, per testamentum postea sequutum testatorem noluisse recedere a priori voluntate. Enim vero si rem plenius consideraveris, quid porro opus erat Imperatorum decreto, si satis esset, codicillos non esse revocatos, ut recte peti posset fideicommissum? Nonne id commune est etiam codicillis posterioribus? Quis ignorat, quem pluribus codicillis decedere posse, dummodo in novissimo ab anteriori non recedat? Quid ergo præcipui Imperatores statuissent, si satis haberent, voluntatem non esse revocatam? Plane Papinianus ipse postquam dixerat, retineri quidem debere voluntatem quocumque animi indicio, statim addit: *Sed non servabantur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit*; nam perspicuum est, posteriora prioribus derogare; quod sane commune esse debet omnibus codicillis tum anterioribus, tum posterioribus testamento. Sed inquires, quid prohibet, ut Imperatores discedere existimarint a Papiniani sententia, unamque prorsus causam fecissent codicillorum factorum, tum ante, tum post testamentum? Hoc quidem tum tandem crediderim, quum vel juris ratio non resisteret, vel id posset colligi ex rescripti verbis, uti prostant, non ut Faber interpretatur. Diversa quippe est causa codicillorum, quos ante testamentum quis confecerit ab illis, qui testamentum sequuntur; nam qui prius per codicillos, tamquam intestatus se gerens, postea se transferat ad testati causam, incertum est, utrum codicillos respuere, an retinere voluerit una cum testamento; ideoque quum agatur de voluntaris questione, necesse est, illam recenti judicio comprobari, sive signo expresso, sive tacito.

XII. Ex-

XII. Explorata Papiniani mente de codicillis anterioribus testamento, eaque in consonantiam adducta cum rescripto Imperatorum, facile percipimus, quemadmodum una retinuimus eandem codicillorum doctrinam, sibi que consentaneam, quam hactenus ex jure Pandectarum expressimus; adeo ut quicquid juris peculiare intercesserit inter varios codicillorum modos ad testamentum pertinentes, conspirare quodammodo in unum juris principium videatur. Quippe si legata in illis scriberentur, æque semper veteres exigebant illorum confirmationem in testamento factam, sive ante, sive post testamentum fierent; quum nisi adesset juris fictio, quæ confirmationis ope habebatur, haud constare poterant relicta verbis directis in tabulis non solemnibus, ut alias vidimus. Unica ergo differentia inter posteriores, ac anteriores testamento cadere potuit quoad relicta per verba precativa, in quibus confirmatio non exigebatur. In his quidem vel testator confirmatione quoque utebatur in testamento postea sequuto; tumque licet hæc supervacanea esset quantum ad vim relictorum, quum in fideicommissis codicilli non egerent confirmatione; utilis tamen fieret ad commonstrandam retentam voluntatem; sin deerat, recte Papinianus putavit, aliquod saltem voluntatis indicium adesse debere, vel in testamento posteriori, vel in quavis novissima scriptura, ut retentæ voluntatis probatio omnino constaret, uti & Imperatoribus quoque placuit. Itaque quoad relicta per fideicommissum distabant quidem anteriores a posterioribus; in illis enim intercedere debuerat probatio retentæ voluntatis; sive hæc fieret expressa confirmatione, sive quovis tacito voluntatis indicio;

cio ; in his non item ; utpote quibus locum non habet quaestio voluntatis .

XIII. Hæc hætenus de jure codicillorum sub Augusto primum recepto , ac deinde Magistratum jurisdictione , forique disputatione aucto , quantum ex Jurisconsultorum scriptis , quæ supersunt , depromere licuit . Proximum est , ut novo Imperatorum juri accedamus .



CAPUT II.

C A P U T I I.

De novo jure Codicillorum a Constantini
Magni ætate ad Justinianum.

I.



Uod codicillorum jus Augusti ævo ; moribus primum inductum, tum augmentum præsertim disputatione fori ; ac demum Jurisconsultorum opera ad certam juris normam revocatum adoptavit Romana jurisprudentia sub primis Imperatoribus ; factum tectum diu illud servavit ad Constantini usque tempora ; quando paullatim immutationibus subesse cœpit. Et quidem, quantum ex juris historia conjicere licet, jus Romanum, ac præcipue quod spectat suprema voluntatis judicia, sive ad testamenta proprie, sive ad codicillos referebatur, perspicuum est, saltem quoad summa rerum capita constantissime omnino stetisse ab Augusto ad Constantinum ; ex quo deinceps res testamentaria novam quodammodo speciem recipere visa est, non parum a veteri observatione diversam. Atque quum hac potissimum ætate, subacta veteri superstitione, vera dominaretur Christi religio, naturaliter quoque cœpit res profana immutari ; ut ex tot superstitionis juris subtilitatibus, atque formulis, quibus præsertim res testamentaria obvolvebatur, sensim transduceretur ad primævam naturæ simplicitatem, nudumque magis veritatis aspectum. Huic accessit plenior tum

R

rem-

temporis Imperatorum potestas in novis legibus, sive constitutionibus edicendis, quibus, posthabitis quodammodo veterum institutis, nova in dies prodiit jurisprudentia, sed diverso modo, quo fieri consueverat sub primis Imperatoribus. Tum enim si quid immutari vellet ex veteri lege, novaque introduci, vel hoc expresse fiebat, rogatis nempe Senatusconsultis; vel novis vocabulorum, aut formularum involucris Jurisconsultorum studio artificiose inventis, declinaretur quidem a veteri observatione, licet abrogari ea non videbatur aperto jure: ita ut & jus vetus una retinerent, & novum inducerent, ad novos mores comparatum (a), ut hactenus factum vidimus in codicillis, ac fideicommissis (b). At postquam legum ferendarum potestas omnino in Principes transferri cœpit, quemadmodum cessavit fraudulenta juris immutatio, ita novis Imperatorum constitutionibus conciderunt potissimum tot nomen, ac formularum arcana; jurisque proinde doctrina versa est in simpliciore causam.

II. Atque quod ad rem nostram attinet, palam est, sub Diocletiano, qui imperium deposuit duobus circiter annis ante Constantinum, adhuc obtinuisse comperimus idem codicillorum jus, quod apparet ex scriptis veterum Jurisconsultorum; varia enim hujus Imperatoris rescripta de codicillis habita illorum sententiis omnino respondent (c); ut novum illorum jus repetendum omnino vide-

(a) Tacitus annal. 1. cap. 3.

(b) Vide Heinec. antiquit. Rom. ad inst. lib. 1. tit. 2. §. 39. lit. x.

(c) Vide l. 4. C. de codicillis, qua fit mentio de codicillis ab intestato confectis per precativa verba. Item l. 6. eodem, quæ loquitur de codicillis testamento confirmatis, sive ante, sive post testamentum factis.

L. 3. C. Hermogeniano, quæ habetur, non posse nec dari, nec adimi legata, nisi codicillis testamento confirmatis. Demum l. 22. C. de fideicommissis, ex qua apparet, codicillos considerari tamquam non solennes, licet testes adhiberentur probationis causa. Quam quidem doctrinam protulimus etiam ex veterum sententiis.

deatur a Constantino ad Justinianum , ut infra latius patebit. Quicquid autem jure novo immutatum deprehenditur, ad duo tantum capita referri potest: unum, quod respicit reſtam codicillorum conformationem , ſive actus ſolemnitatem : alterum varios illorum modos; quod tamen per conſequentiam inductum eſt ex exæquatione facta legatorum , ac fideicommiſſorum ; quum enim ex verborum differentia , nempe precativa , ac imperativa , varia fieret codicillorum ratio , ut demonſtravimus , ea ſublata continuo receſſit, quicquid ex hujusmodi diſcrimine proficiſceretur . Itaque de unoquoque immutationis capite ita hic ſermonem inſtituemus , ut , quum ſigillatim utrumque expoſuerimus , facile perſpici valeat , quid ex veteri jure manſerit , quid novo jure ſtatuatur , ac quemadmodum liceat cum veteri novum componere , veterumque ſententias ad novum jus transferre.

§. I.

Jus novum codicillorum quantum ad ſolemnnem eorum conformationem .

I. **T** Eſtationes , in quibus veteres ſolemnnem quidem ritum deſiderarunt , ad teſtamentorum tantum tabulas referebantur, veluti lege admiſſas. Et quamquam diverſo ritu utebantur in teſtamentiſ de jure civili , atque Prætorio ; tamen utcumque iſ fieret , actus ſolemnitas omnino intercedere debuerat . Contra in codicillis , tamquam moribus magis conſtitutis , nullo idcirco ritu voluntas declarari oportebat ; atque , ut ſuperiori capite

R 2

oſten.

ostendimus, etsi codicilli legitimis etiam constabant probationibus, ut certa haberetur defuncti voluntas; hoc tamen haud constituerat actum solemnem; quum nullum adesset legis præscriptum, secundum quod voluntas exprimi deberet; qua de causa jus codicillorum, ut vidimus, potissimum a testamentis distinguebatur. Stetit quidem hoc jus constantissime ab Augusto ad Constantinum usque, sive Constantium ejus filium; ut suspicatur Jacobus Gothofredus (a); quando res quodammodo immutari cœpit. Etenim Imperator, (quisquis revera illorum fuerit, quod parum refert hic definire) statuit numerum vel septem, vel quinque testium in iis dumtaxat codicillis, qui fierent ab intestato (b): *In codicillis, inquit, quos testamentum non præcedit, sicut in voluntatibus testamenti; SEPTEM TESTIUM, VEL QUINQUE* interventum non deesse oportet; sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione servantur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod & in ceteris voluntatibus placuit observari. Causam sane huic novo juri in codicillis præbuerunt frequentissimæ quæstiones de falsis; scriptura enim non solemnis facilius subest falsariorum fraudibus; quibus Imperator occurrere volens, ait: *sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione servantur.*

II. Præscribitur autem hac lege solemnis testium numerus in iis codicillis, *quos testamentum non præcedit*; si-
ve, ut interpres exponit, *qui ad vicem testamenti sunt.*
Plane quoniam codicilli ab intestato vicem testamenti ex-
hi-

(a) comment. ad l. 1. C. Theodosiano de testamentis, & codicillis.

(b) l. 1. C. Theodosiano de testamentis, & codicillis.

hibere videntur, illiusque jus quodammodo imitantur, ut diximus, credidit Imperator, nil magis consentaneum esse, quam ut parem utriusque faceret causam eodem testium numero præscripto in codicillis ab intestato, qui & testamentis adhibebatur. Hinc primum distinguere coeperunt quantum ad formam codicilli ab intestato a ceteris ad testamentum pertinentibus; nam illi quidem solemniter ritu peragi debuerant, testamenti exemplo; hi tamen manserunt secundum veterem observationem. Et enim in novo jure constituendo raro solet jus vetus semel omnino abrogari; sed potius initium ducitur ab iis, quæ sunt immutationi proximiora; deinde temporis progressu eo pervenitur, unde incipere durum fortasse videri potest. Sed quid est, quod Imperator statuens eundem testium numerum in codicillis ab intestato, ac in testamentis, ait, illum esse debere vel quinque, vel septem? Recte Gothofredus arbitratur (a), hoc quidem referri ad variam testamentorum formam, quæ adhuc obtinebat sub Constantino, nimirum ex jure civili, id est per mancipationem, & ex Prætorio. Nondum quidem obsoleverat testandi ratio per as, & libram, adhibitis nempe quinque testibus, libripende, familiæque emptore; sed, uti quisque mallet, vel testari poterat per mancipationem adhibitione quinque testium, vel septem testium ex jure Prætorio. Itaque perduxit Imperator ad hujusmodi codicillos eandem formam, quæ testamentis servabatur; quibus quemadmodum permittebatur numerus, vel quinque, vel septem testium secundum formam, vel civilis, vel Prætorii juris: ita varius ille nu-

me-

(a) loco cit.

merus præscriptus est in codicillis ab intestato; quos solemnes omnino haberi iussit; atque, ut apertius significaret, idem velle in quavis suprema voluntate sine testamento relicta, sive codicilli appellarentur, sive epistolæ, addidit ea ultima verba: *Quod & in ceteris voluntatibus placuit observari.*

III. Quantum vero ad codicillos, vel epistolas ad testamentum pertinentes, etsi jus vetus adhuc perdurasset; Theodosius Magnus tamen illud postea turbare quodammodo instituit. Cavit hic humanissimus Imperator, se numquam admissurum relicta sibi vel, suis non solemnibus scripturis, utpote quæ facile essent fraudibus obnoxix; tantum sibi permittens, quod cautum haberetur solemnii testamento. Ceteris tamen haud improbat illarum usum; sed hoc addit: ut si quæstio sit de earum fide, tum statuit, onus probationis ei incumbere, qui scripturam proferat, sive qui ex illa lucrum quærit: *Quæ codicillis, inquit (a), aut epistolis nobis, necessitudinibusque nostris relinquuntur, non admittimus: sit ille usus inter privatos ratus. Et sane hoc loco præbemus licentiam, ut civiliter, sive criminaliter, ut actor elegerit, super prolata epistola requiratur; ET INCUMBAT PROBATIO EI PRIMIVS, QUI SCRIPTURAM OBTULERIT;* (quæ sequuntur, habentur in Codice Justiniano (b), uti hanc legem transcripsit Tribonianus) *deinde ei, qui stricta instantia falsum arguere paratus sit.* Et quidem nota est juris regula, ut qui falsum arguit, probationem præstare teneatur (c); alioqui pro scriptura præsumitur. At quoad codicillos non solemnes voluit Theodosius Magnus

(a) l. 2. C. Theodosiano de testamentis, falsis.
& codicillis.

(b) l. ult. § C. ad legem Corneliam de

(c) l. 24. C. de probationibus, & l. 23. C. ad legem Corneliam de falsis.

gnus satis esse, scripturam dici suspectam, ut qui ex illa vult capere relicta, ejus comprobebatur veritatem.

IV. Verum gliscente in dies falsariorum insolentia in supremis, placuit tandem Theodosio Arcadii filio unam solemnem juris observationem statuere in quibuscumque codicillis, tum ab intestato, tum ad testamentum factis, sive scriptis, sive nuncupatis; ita tamen, ut quoad testium numerum distinguerentur testamenta a codicillis; atque in illis septem omnino præscripsit (a); in his vero quinque. Hujus Imperatoris constitutio prostat in Codice Justiniano his verbis (b): *In omni autem ultima voluntate excepto testamento quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus*. Itaque statuit, quamcumque supremam voluntatem præter testamentum, sive scriptam, sive nuncupatam, non secus valere, quam quinque testibus solemniter adhibitis; qui, si scriptis fieret, subscriptionem suam quoque adjiciant. Ac quidem, ut scite animadvertit Jacobus Gothofredus (c), Theodosii ævo prorsus exolevit testandi modus per æs, & libram; atque tum primum varia testamenti forma ex jure civili, & Prætorio in unam consonantiam coaluit; quo factum est, ut septem testium numerus ex jure Prætorio descendens testamento adscriptus est, veluti tabulis solemnioribus: numerus vero quinque testium, jure civili adhibitus in testamentis per mancipationem, tributus est codicillis; ideo-

(a) l. 27. C. de testamentis.

(b) l. ult. §. ult. C. de codicillis.

(c) comment. ad cit. l. 6. C. Theodosiano de testamentis, & codicillis.

ideoque in testamentis retentus est testium numerus ex jure Prætorio, in codicillis vero ex jure civili. Atque ubi Constantinus dederat codicillis dumtaxat ab intestato eundem testium numerum vel septem, vel quinque, prout servabatur in testamentis, quum adhuc perstabat varius testandi usus vel per mancipationem, vel sine mancipatione ex Prætoris beneficio, Theodosius contra quum jam in desuetudinem abiisset testandi ratio per mancipationem, unam fecit omnium codicillorum causam, a testamentis tamen distinctam quantum ad testium numerum.

V. Litem hic moverunt interpretes, an hoc jus novum de solemni quinque testium numero in codicillis Theodosio revera tribuendum sit, an magis Justiniano? Occasionem quidem huic dubitationi præbet, quod licet hujusmodi constitutio nomen Theodosii præferat, quum tamen Tribonianus eam adjecisset cuidam alteri Theodosii constitutioni, quæ prostat in Codice Theodosiano, atque in eo non extet, quod in Justiniano refertur de codicillorum solemnitate, colligunt idcirco nonnulli post Balduinum (a), & Giphanium (b), inter quos etiam Boehmerus (c), Tribonianum hoc quidem Theodosio appinxisse, quum revera Justinianum habeat auctorem; hancque conjecturam verisimilem reddere conantur, quod non videtur a Justiniano alienus hic numerus quinque testium, quum in servorum manumissione per epistolam, aut inter amicos eundem numerum præscribat (d): ac propterea haud immerito eum auctorem quoque feceris ejusdem testium numeri in codicillis.

VI. Fa-

(a) Inst. lib. 2. tit. ult.

(b) In Codice ad l. ult. §. ult. de codicillis.

(c) cap. 1. §. 26. suæ disput.

(d) l. unica §. 1. & 2. de latina libertate tollenda.

VI. Fateor equidem; nullibi, quam hoc loco Tribonianum falso accusari; nam tantum abest, Theodosio constitutionem negari; ut nullo pacto ea Justiniano tribuenda videatur. Ac primo non quod in Codice Theodosiano non legatur eadem constitutio, quæ in Justiniano apparet, indicio esse potest, Theodosium id revera non cavisse. Etenim si ita argumentari liceat, consequeretur, tot constitutiones transcriptas quidem in Codice Justiniano sub Theodosii, aliorumque Imperatorum nomine, quæ tamen defunt in collectione Codicis Theodosiani, uni Justiniano fore necessario adscribendas; quo certe nil ineptius dici poterit. Quis autem ignorat, Codicem Theodosianum, uti ad nos pervenit, mutilum omnino esse, atque imperfectum, ut jam pridem viri eruditi, Gothofredus præsertim sexcentis animadverterunt? Quid ergo est, legem ideo Theodosio negare, propterea quod hæc absit a Codice Theodosiano? Sed urgent, illa legis verba Tribonianum quidem attexuisse alteri Theodosii constitutioni, quæ tamen reperitur, tum in Codice Theodosiano, tum Justiniano: quo fit, ut quod Tribonianus postremo loco adjecerit, revera illius pars esse non videatur. Libenter hoc admiserim; sed male hinc infertur, Justiniano magis, quam Theodosio eam esse tribuendam; non enim quod haberi nequeat, tanquam pars illius constitutionis, cui subnectitur, consequitur, eam proinde Theodosii non esse. Perspicuum quidem est, ut Gothofredus monet (a), Tribonianum sæpe plures, tum unius, tum diversorum Imperatorum constitutiones una

S

le-

(a) In Prolegomenis ad Codicem Theodosianum, cap. 4.

lege comprehendisse, quod pluribus exemplis demonstrat; ut nil mirum, si quæ duabus ipsius Theodosii legibus contineantur, Tribonianus simul complexus esset. Potuit ergo duas Theodosii constitutiones una lege comprehendere, quod pluries fecisse comperimus; sed frustra inde conficiunt, Theodosium illius non videri auctorem. Atque perperam plerique non accurati interpretes, quos inter Boehmerus sententiam suam comprobare conantur auctoritate Jacobi Gothofredi; is namque etsi fateatur, Tribonianum attexuisse illi legi Theodosii, quod ejus non esset, nusquam tamen admittit, Justiniano magis, quam Theodosio adscribi debere; ita enim loquitur (a): *Subjicit hoc loco Tribonianus, & huic legi attexit, quæ ejus non sunt, de numero, & qualitate testium in codicillis, omnique alia voluntate præter testamentum.*

VII. Præterea quod Theodosius hoc loco expresse cavet de solemnî testium numero in codicillis, obiter quoque repetit in alia lege, quam tulit de testamentorum forma; ait enim, prius testamentum non rumpi per posterius, nisi novissimum perfectum sit. Quod si in priori scriptus sit extraneus heres, in posteriori vero legitimus, *eo casu*, inquit (b), *licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento; secundam ejus voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus; IN QUA VOLUNTATE QUINQUE TESTIUM JURATORUM DEPOSITIONES SUFFICIUNT; quo non factò valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.* Igitur in codicillis ab intestato; sive, ut loquitur, in intestati

vo.

(a) in notis ad l. 7. C. Theodosiano de testamentis, & codicillis.
(b) cit. l. 21. §. 3. C. de testamentis.

voluntate numerum quinque testium hac ipsa lege Theodosius præscribit. Et quamvis hic tantum mentio fiat de codicillis ab intestato, non item de pertinentibus ad testamentum, ad quos sermonis ratio referri non poterat; satis tamen liquet, Theodosium quidem distinxisse numerum testium in testamentis, ac in codicillis; ideoque ait: *in qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt*; quum contra principio legis numerum septem testium iussisset in testamentis, Neque cavillaveris, hunc testium numerum in codicillis ab intestato a Constantino magis repetendum. Etenim constitutio illius Imperatoris, ut vidimus, longe diversa est ab hoc novo jure Theodosii: Ille quidem, quum antea codicilli non essent solemnes, satis habuit perducere codicillos ab intestato ad eandem testamentorum solemnitatem; nimirum vel adhibitione septem testium, si fierent secundum formam jure Prætorio constitutam, vel quinque per mancipationem ex jure civili; in qua præter testes aderat libripens, familiæque emtor. At Theodosius, cujus ætate exoleverat testandi forma per mancipationem, quum hoc loco præceperit numerum quinque testium in codicillis ab intestato, haud intellexit comprobare, quod sanxerat Constantinus; nam quod hic commune fecerat testamentis, ac codicillis ab intestato, Theodosius, sublato jam mancipationis usu, distinxit; atque testamentis septem, codicillis vero quinque testes assignavit. Quare non video, qua fronte liceat hoc novum jus Theodosio negare; quum manifestissime contrarium appareat ex duabus constitutionibus, quæ Theodosium præferunt.

VII. Ceterum dicant, quæso, Triboniani obtrecta-

tores, qua de causa celari debuerat Justiniani nomen, si revera hujus novi juris auctor fuisset? Palam est ex libris juris, quanta gloria Justinianus efferatur; vel quum jus vetus abrogatur, vel novum profertur; quantoque studio Tribonianus Imperatorem suum ostendet, vel quum quid minimum proponatur a veteri jure immutatum; ut non immerito interdum a doctis viris notetur; propterea quod Justiniano facile tribuat, quæ magis aliorum sint. His præmissis de Triboniani indole, atque de Imperatore tam glorioso in novo jure condendo, quis umquam sibi persuaserit, Tribonianum Theodosio magis adscribere attentasse, quod esset Justiniani? An hic puduerit Justinianum efferre, quum in tanta novi juris introductione, quanta prostat ex hoc Imperatore, præsertim in re testamentaria, numquam Tribonianus Justiniani nomen suppresserit?

IX. Demum quod afferunt; ex Justiniani nempe constitutione de numero quinque testium in manumissionibus per epistolam, vel inter amicos (a) conjecturam duci; eundem quoque Imperatorem sanxisse parem testium numerum in codicillis; non modo alienum prorsus esse crediderim; quin si constitutionis verba perpendantur, magis est, ut dicamus, Justinianum imitari voluisse in manumissionibus, quod Theodosius statuerat in codicillis. Et quidem postquam caverat Imperator, non recte manumissionem dari per epistolam, nisi quinque testibus adhibitis, addit: *Libertas servo competat, quasi ex IMITATIONE CODICILLI delata*; quod etiam repetit in manumissione inter amicos his

ver-

(a) cit. l. unica §. 1. & 2. de latina libertate tollenda.

verbis: *quasi ex codicillis libertatem adipiscentes*. Quid quæso ex hoc loco colligi licet; nisi quod Justinianus imitari voluerit in manumissionibus, quod cautum esset de codicillis? Nonne aperte inquit, libertatem datam videri *ex imitatione codicilli*? At, inquires, ideo hic fit mentio codicillorum, quod idem Justinianus talem testium numerum fortasse in codicillis præscripserat. Sed quid obstat, cur codicillos ideo nominasset; quia jam ille testium numerus ex Theodosio obtinuerat? Forſan rectius hoc dici nequit? Itaque, ne in re tam levi longiores ſimus, ſatis ostendimus quot falsis argumentationibus contendat jus novum de ſolemni quinque testium numero in codicillis Theodosio negare, quum ceteroqui nulla causa sit, cur Tribonianum calumniemur.

X. Restat, ut Justinianum tandem adeamus; quo auctore perspicendum modo est, an quid novi revera inductum sit quoad codicillorum formam, qualem statuerat Theodosius. Is profecto nedum nil immutavit a Theodosiana constitutione; quin relatis donationibus causa mortis inter species supremæ voluntatis præcepit eundem testium numerum in hujusmodi donationibus, qualem Theodosius præscripserat in quibuscumque supremis voluntatibus præter testamentum (a); idemque cavit in manumissionibus servorum per epistolam, vel inter amicos instar codicillorum. Unum protulit a Theodosiana lege quodammodo alienum; quod tamen peculiarem tantum speciem attingit. Cuique notum, quemadmodum Justiniano auctore una, eademque facta sit causa legatorum, ac fideicom-

mis-

(a) l. 4. & ult. C. de donationibus causa mortis.

missorum, tum quantum ad actiones, tum quantum ad juris potestatem, ut latius infra ostendemus. Quod autem spectat relictæ probationem, placuit huic Imperatori, ut magis prospiceretur voluntatibus defunctorum, benigniorem facere relictorum causam per fideicommissum; statuitque, ut si testator fideicommissa quidem voce pronuntiasset vel heredi, vel legatario, a quo illa præstari velit, licet nulli omnino testes adsint, ea quidem valere; quum satis existimaverit, relictæ probationem excuti ab illius fide, a quo fideicommittatur. Quod si ea is præstare recuset; nec fideicommissum proinde fateatur, jurejurando cogendus ad defuncti voluntatem aperiendam, sibi-que manifestatam: quo delato, vel negat, vel affirmat, vel jurare noluerit; si negat, nihil debetur; si affirmat, id omnimodo præstabit, licet nullus testis adfuerit; ac demum si jurare nolit, perinde eum haberi, ac si fideicommissum fateretur (a). Itaque quantum ad fideicommissa relictæ per nuncupationem, vel sine testium præsentia voluit, sequendam fidem esse illius, a quo testator reliquerit: *Quum enim*, inquit (b), *per testium solemnitatem ostenditur; tunc & numerus testium, & nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat; ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, (& maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causæ commissa est) dicere compelli-*

(a) l. ult. C. de fideicommissis, & inst. lib. 2. tit. 23: §. 12.

(b) cit. l. ult. C. de fideicommissis.

pellitur veritatem per Sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur: vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur propria, & indubitata fide relicta? Justinianus ergo retenta, tum testamenti, tum codicillorum solemniforma, excipit a generali regula fideicommissa per nuncupationem dumtaxat declarata; dummodo illorum fides habeatur per manifestationem illius, a quo relinquuntur. Scio, quanto scribendi otio abutantur forenses Scriptores, ut hanc sinceram Imperatoris mentem, excitatis tot futilibus quaestionibus, detorquerent ad falsissima consequentia; de quibus late egit Harprechtus (a); easque potissimum attingit quoque Boehmerus (b). Sed ne a proposito divertamus, rectius illas examinabimus in annotationibus, quas loco suo attexuimus ipsi Boehmeri disputationi.

§. II.

An novo jure desideretur actus solemnitas
in codicillis?

I. **Q**Uum haftenus exposuerimus jus novum codicillorum a Constantino ad Justinianum usque perfectum, quantum ad primum immutationis caput, quod spectat rectam illorum conformationem; antequam ultra progrediamur, praestat aliquantisper immorari in quibusdam expendendis quaestionibus ab interpreti-

(a) peculiari tractatione edita de remedio legis ultimæ C. de fideicommissis.

(b) cap. 2. suæ disput. §. 5. 6. & 7.

tibus diu controversis ; quæque codicillorum formam respiciunt . Ac primo dubitarunt , an novo jure codicilli habendi sint , tamquam-solemnes instar testamenti ; an potius ille testium numerus a Theodosio præscriptus probationis tantum causa exigatur ; qui proinde nequeat referri ad actus solemnitatem ? Huic disputationi occasionem præbuit Tribonianus ; quum ait (a) : *Codicillos autem etiam plures quis facere potest , & NULLAM SOLEMNITATEM ORDINATIONIS DESIDERANT* . Cur , inquiunt , nullam eos exigere solemnitatem ait , si lege sit testium numerus præscriptus , itemque *testes uno eodemque tempore debent adhiberi* , ut loquitur Theodosius ? Ex interpretibus quidam , ut præ ceteris placuit Galvano (b) , contendunt , Theodosium revera haud codicillos fecisse solemnes ; nec legitimus testium numerus actus spectat solemnitatem , sed tutiorem tantum voluntatis probationem ; ideoque nec immerito Tribonianus credidit , nullam prorsus eos desiderare solemnitatem . Alii contra agnoscunt quidem in codicillis actum solemnem ex Theodosio ; sed vitio vertunt Triboniano , quod immemor novi juris ex aliquo veteri Jurisconsulto ea verba transcripsisset ; quam quidem sententiam sequuntur doctiores institutionum interpretes (c) . Vulgo demum distinguunt solemnitatem *ordinationis* , de qua loquitur Tribonianus , a solemnitate *probationis* ; primam in codicillis negant , alteram affirmant ; quo solemnitatis discrimine facto existimarunt , recte conciliari Theodosii constitutionem cum Triboniani sententia ; ac pro-

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. 6. ult. (b) De usufructu cap. 10. num. 13. (c) Ita Vinnius Everardus Otto , ac Cl. Cirillus ad cit. Triboniani locum.

propterea ex Theodpsio erunt solemnes codicilli solemnitate probationis, ex Triboniano vero non solemnes solemnitate ordinationis; quasi unus, idemque actus partim sollemnis esse valeat, partim non sollemnis, quo sane nil ineptius; ut non immerito Vinnius rideat hujusmodi futes Arabum cavillationes, verborumque captiunculas (a).

II. Res, inquam, meo iudicio nequit recte definiri, nisi primum omnium internoscatur *solemnitatis* notio; prius est enim, ut statuatur, quid in iure veniat pro actu sollemni; tum quæremus, an actus sollemnis in codicillis iure novo requiratur; ne aliter verborum ambagibus delectari magis videamur, quam solida juris doctrina. Actus sollemnis in iure is appellatur, qui expletur secundum certam juris observationem, certo nempe ritu servato lege præscripto; quem si neglexeris, actus ipse pro nullo habetur, tamquam si res acta non esset. Distinguunt porro Jurisconsulti *recte* factum a *rite* factum, ut probe animadvertit Cujacius (b): *Recte* fieri dicitur; quum quid, quoquo modo expleatur, iure æque probetur; sive quum lex nullam præscripserit observationem, qua fieri deberet, ut valeat; sed satis est, revera id actum esse eo modo, quo homines naturaliter solent. *Rite* vero agi, seu fieri dicitur; quum res fiat ea legis observatione, quæ iure est constituta, sive quum adhibeatur ritus sollemnitatis iure præscripta. Hinc miles si testetur non servato sollemni ritu paganis imperato, *recte* eum quidem testatum esse dixerimus, sed non *rite*; licet hujusmodi testatio iure consistat; quum militibus datum sit testari sine ulla

T

ju-

(a) loco cit. (b) tract. 3. ad Africæ ad l. 6. de lege Cornelia de falsis.

juris observatione. Contra paganus si testatur non adhibita juris norma, quoniam non *rite* testatus est, nec *recte* proinde eum testatum appellaveris; nam quod *rite* factum non est, neglecta nimirum ritus solemnitate lege præscripta, non jure factum dicitur. Elegantissime hoc exprimit Africanus his verbis (a): *Similiter igitur & non jure factum testamentum id appellatur, IN QUO, SI OMNIA RITE FACTA ESSENT, JURE FACTUM DICERETUR*. Non ergo habetur, quem jure testari, nisi omnem juris observationem servaverit; qua non adhibita, etsi voluntatem suam revera declaraverit, nihil tamen *jure egisse* videtur, qui *rite* eam non manifestavit, & ideo Africanus non *jure facto* opponit *rite factum*; nam nequit jure factum haberi, nisi & *rite* factum sit. Similiter Ulpianus (b): *condemnatum*, ait, *accipere debemus eum, qui RITE condemnatus est, ut sententia valeat*: quippe in judiciis quædam ritus solemnitas servatur (c), ita ut judex non tantum recte, sed & *rite* sententiam proferre debeat, adhibitis nempe juris solemnibus, quæ leges præscribunt in sententiis pronunciandis; ideoque subdit: *ceterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit* (si forte neglexerit vel minimam juris observationem) *dicendum est, condemnationis verbum non tenere*. Item idem Ulpianus, quum significare voluit testamentum conditum servatis iis juris solemnibus, quæ lege statuuntur, *rite perfectum* illud appellat: *Tunc autem*, inquit (d), *prius*

te-

(a) l. 6. de lege Cornelia de falsis.
(b) l. 4. §. 6. de re judicata.

(c) Vide Gellium noct. att. lib. 14. c. 2.
(d) l. 2. de injusto, rupto &c. testamentot

testamentum rumpitur; quom posteriſ RITE perfectum eſt, id eſt ſecundum legis præſcripta (a).

T 2

III. Quic-

(a) Vox *ritus*, unde *rite* ex primæva vocabuli originatione juſ proprie ſignificat, ut eruditiffimus Mazochiuſ arbitratur diatriba 2. de ritibus ſponſaliorum; cujuſ integram ſententiam hic tranſcribere non gravabimur. Ita exorditur vir ſummus: Io: Gottl. Heinecciuſ J. Conf. eruditiffimuſ in ſyntag. antiq. initio tituli de nuptiis gravem Triboniani accuſatorem producit Thomafium, eo nomine, quod in titulo digeſtorum, qui de ritu nuptiarum ab eo inſcribitur, nullum Jurifconſultorum fragmentum rituale recenſens, tamen ea, quam dixi, inſcriptione uſuſ fuerit. Nec dubitat iſ quidem, quin antiquiores juſi antiſiſter eamdem epigraphen in ſuiſ ſcriptiſ uſurpaverint: ſed eoſ ſic inſcripſiſſe vult; quod ſub eo lemma de nuptialibus ceremoniis accurate agerent. Quam rubricam quando compilator iſte retinere voluit, cur non aliquod ſaltem reſponſum rituale inſeruit? Verum, ut fatear, ignorata hætenuſ vocabuli Rituſ etymologia, ac notio eam invidiam Triboniano, imo & antiquioribus Jurifconſultiſ creavit: nam etiam apud veteres illoſ prudenteſ tituluſ de ritu nuptiarum, non mere ceremoniale, uti mihi certo perſuadeoſ ſed legalia reſponſa complectebatur. Ergo rituſ proprie non aliud, quam legeſ, & jura ſignificat; eaque ſignificatio, & etymologia, & uſui ejuſ vocabuli nititur... Itaque non expectandum ab antiquiſ Conſultiſ, aut a Triboniano erat, ut ſub ea rubrica ceremonias conſarreationiſ, coemtioniſ, domum duſtioniſ, & quæ porro erant, exponerent. Quamquam vel ſi veteres juſi interpreteſ de conſarreatione, coemtionem, uſuſ forte egerint, hæc tria illi, non tamquam ceremonias meras, ſed tamquam modoſ acquirendi domini in uxorem conſiderabant. Ab etymologia ordiar, Rituſ (ut in Tyrrheniciſ dicam in diatriba 9.) vox eſt Etruſca, quæ & in tabula 111. Iguvina reperitur, ubi Rethc idem eſt quod Rite. Eſt autem conſentaneum, ut Etruſia, quaſ rituum magiſtra ſemper eſt

habita, etiam vocabuluſ ipſum in Latium invexerit. Ac miſeret me Voſſi & τριβος vocem rituſ & τομολογῆντοſ; quid hiſ faciaſ, qui quantum eſt latialiſ ſermonis, de Græco muſarum ingratiaſ auferunt? Atqui Etruſcoſ ab oriente pleraque ſua habuiſſe, ibidem ad nauſeam demonſtravimus. Ne plura: Hebraum דן Dā, & Chaldeum דנא Dēnā, jura, ac legeſ ſignificat. Ubi cumque autem Daleth in vocibuſ orientiſ occurreret, eam litteram Tuſci Rhotaciſmo delectati in caninam litteram commutabant, aut commutare ex modo pronuntiatiōniſ videbantur: de quo vide diſſa in Tyrrhenicorum diatr. IV. §. 2. ubi de Ravenna, quæ olim Cumerum dicebatur, & in diatriba V. ad toſum Campanum. Ergo ex Dēnā fiebat Rēta, & cum terminatione latina Rituſ. Quæ vox proprie jura ſignificat: quia vero apud Hebræoſ legeſ aliæ ſunt ceremonialeſ, aliæ moraleſ, aut judicialeſ, hinc apud Etruſcoſ, Latinoſque Rituſ hæc omnia ſignificabat. Habes de etymologia, ac vera vocabuli notatione. Nunc videndum, an ea ſignificatio cum Latinoſum ſcriptorum uſu conveniat. Primum exemplum aſſero tituli digeſtorum de ritu nuptiarum, a quo tamen titulo ceremoniale abſunt. Ad hæc Pliniuſ XII. 8: Ritu (id eſt lege) naturæ capite hominem gigni moſ eſt, pedibuſ efferri. Tacituſ de Moſe. Novos rituſ, (legeſ Moſaicaſ intelligit) contratioſque ceteriſ mortaliſbuſ indidit. Sed nuſquam plura exempla, quam in ablativo Rite reperiāſ (quod non eſſe adverbium, ſed auferendi caſum, offendit cum E breve, tum illud Statiſ XI. Theb. 285: Hei mihi primitiſ aratum, & rite neſaſto Libatuſ) quem ablativum paſſim pro jure, ſive lege veteres formula accipiunt. Quare utrumque tamquam ſynonima junxit Plautuſ in Ciſſel. Itaque hanc lege, & rite civem cognitam Alceſimarchuſ, ut nātūſ erat, poſſidet, Auſtor ad Heren. lib. I. Teſtamentum

III. Quicquid autem ad ritum explendum pertinere poterit, Consulti *solemnia* appellarunt; hinc Papinianus (a) ait: *Testamentum aut non jure factum dicitur: ubi solemnia juris defuerunt* &c. nam idem est *rite*, quid

fie-

ipso præsente conscribunt, testes rite affuerunt. *Quae exempla non ad meras caeremonias sed ad jura pertinent.* Sic rite facta l. 6. ad l. Corneliam de falsis, & rite facta delegatio in l. 2. C. denovationibus. Et quod ex Tertuliano solet in disceptatione hac de nuptiis injussum patrio factis offerri in libr. 2. ad uxorem. Nam nec in textis aliqui sine consensu parentum rite, & jure (*κατὰ συγγενειὰν*) nubunt. Ad hac rite contractum matrimonium, & rite contractae nuptiae in l. 3. & 6. C. de interd. matrim. Et alia sexcenta.

Hæc vir eruditissimus. Sed ut ut has voces RITUS, & RITE latini Scriptores usurpaverint, palam est, apud Jurisconsultos proprie acceptas pro ea juris parte, quæ non tam res ipsa cavetur, quam modus, sive observatio, quæ tenenda sit, quum illa expleatur. Recte quidem Tribonianus titulum inscripsit non de jure, sed de *ritu* nuptiarum, uti Modestinus quoque fecerat libro singulari ita inscripto. Etenim *jus* proprie rem ipsam magis respicit, quam illius observationem; ideoque quum lex nuptias revera non constituat, sed consensus contrahentium, licet ex consequenti hic jure probetur, non recte tamen nuptiarum constitutionem juri proprie adscripseris. Ergo pro *ritu* nuptiarum intellexerunt prudentes, quicquid jure servari oporteret in nuptiis contrahendis, seu quæ juris norma contrahi deberent, ut *jure facta* dicantur. Enim vero eodem titulo potissimum agitur de parentum consensu in nuptias filiorum familias, de personis, inter quas hæc constant, necne, & cetera hujusmodi; ex quibus intelligitur, *ritum* in jure proprie significasse eam legis partem, quæ rem ipsam comitatur; quo sane spectat illud Africani cit. l. 6. ad legem Corneliam de falsis: *si omnia rite facta essent,*

jure factum diceretur. Quin ex Plauti loco a Mazochio relato (si tanti viri austeritas accederet) conicere audem, apud Latinos quoque Scriptores vocem *rite* hoc idem potissimum significasse. Ait Plautus: *Itaque lege hanc, & rite civem cognitam Alcesimarchus, ut nactus erat possidet.* Hic sane facile distinguere poterit, quid *lege*, quidque *rite* veniat. *Lege* quidem Alcesimarchus uxorem duxit mulierem, quam in concubinato habuerat; quæque & ingenua esset, & honestæ vitæ; quum corpore quæstum non fecerit. Nam, ut scribit Marciianus l. 3. de concubinis, lege vetabatur, in concubinato clam haberi ingenuam mulierem honestæ vitæ; sed, ut inquit, *necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusante stuprum cum ea committere.* Item Modestinus l. 24. de ritu nuptiarum: *In libera mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptia intelligenda sunt, si non corpore quæstum fecerit;* ideoque hoc sensu *lege* Alcesimarchus eam possidere videbatur. Quod autem ea ingenua esset, *rite* cognosci debuerat; quum tamquam projecticia, illius status proinde ignoraretur. Atqui ex cæpundiis in cistella repertis, aliisque indicibus ubi parentes eam agnoverunt, *rite* idcirco ait *civem cognitam*; propterea quod agnitione a parentibus facta civis, & ingenua *rite* habebatur. Itaque *τὸ* *lege* refertur ad justam mulieris possessionem, quam usu nactus erat; *τὸ* *rite* spectat ingenuitatis statum, ejus cognitio tamquam rite facta, jure facta proinde videretur; ideoque utrumque complectens ait: *Itaque lege hanc, & rite civem cognitam Alcesimarchus, ut nactus erat, possidet.* Neque ab hac pressiori significatione aliena sunt cetera adducta scriptorum loca, ut quisque videt.

(2) l. 1. de injusto rupto &c. testamento.

CODICILLORUM CAPUT II. 147

fieri, ac ea omnia solemnia servari, quæ lege præscribuntur; & Ulpianus (a) *solemniter actum* appellat, quod rite, sive secundum legis præscripta servatum sit in stipulationibus contrahendis. Sic *solemnia accusationis* dixerunt Modestinus (b), & Papinianus (c) eam juris observationem, quæ in iudicio accusationis adhiberi debet. Marcellus (d) quoque dixit *solemnia* quicquid in iudiciis rite servetur, ideoque Imperatores (e) rescripserunt: *SOLEMNIBUS itaque ORDINATIS apud Præsidem Provinciæ de statu vestro cognoscetur* (f). Item *solemnēs* actiones appellabantur, quæ certis formulis erant conclusæ (g). *Solemnia* verba dixit etiam Hermogenianus (h) formulam, quæ proferri debuerat in manumissionibus vindictæ. Et *solemniter denuntiare* accipit Paulus (i) pro juris observatione in denuntiationibus servanda; quemadmodum pro *jure solenni decurso* (κ) intelligit juris solemnia jam absoluta (l). Et in summa quicquid non tam recte, sed & rite agi, vel dici oportet, *solemniter actum*, vel prolatum in jure appellatur; ita ut solemnitas actus ad formam jure præscriptam omnino referatur.

IV. His ita perspectis de actu solenni, facile nunc intelligimus, quemadmodum codicilli habendi sint, tum de jure veteri, tum novo ex Theodosio. Etenim, ut primo capite monuimus, eo potissimum ex veteri jure distabat testamenti ratio a codicillis; quod voluntas per testamen-

(a) l. 30. de verborum obligationibus.
 (b) l. 18. de accusationibus.
 (c) l. 11. §. 5. ad legem Julianam de adultis.
 (d) l. 7. de in integrum restitutionibus.
 (e) l. 11. C. de liberali causa.
 (f) Vide etiam l. 13. & 15. eodem.

(g) Briffonius de verborum significatione verbo *solemnēs*.
 (h) l. 23. de manumissionis vindicta.
 (i) sentent. recept. lib. 2. tit. 13. §. 5.
 (κ) sentent. recept. lib. 2. tit. 21. §. 5.
 (l) Vide Schultingium ad hunc Pauli locum.

mentum declarata non aliter constaret, nisi adhibitis juris solemnibus (a): Contra quum in codicillis nullam veteres præscripserint juris observationem, nec rite eos fieri dicebantur, nec proinde haberentur solemnes; ac propterea si recte tantum fierent, jure facti viderentur. Et quamquam testes quoque aderant, ut ostendimus; quum tamen illorum adhibitio probationis tantum causam respiceret; nil enim jure cautum fuit, nec quoad testium numerum, nec quoad formam, qua adhiberentur, nec idcirco actus sollemnis in codicillis desiderabatur. At jussis a Constantino primum iisdem juris solemnibus in codicillis ab intestato, quæ propria essent testamentorum; indeque constituta a Theodosio sua peculiari forma in quibuscumque codicillis a testamentis distincta, nemo sanus inficiabitur, eos revera factos esse solemnes. Perspicuum quidem est, Theodosium talem in illis observationem cavisse, qualis, nisi adhibeatur, prorsus inutiles fiunt; si ergo ex novo jure non tantum recte, sed & rite fieri debent, ut valeant, necessario consequitur, solemnes omnino eos effecisse. Sed quænam erit hæc juris observatio, qua neglecta, codicilli, tamquam non rite facti, jure non constant? Satis liquet, ex Imperatoris constitutione ad tria capita illam referri; ex quibus duo quidem satis habentur in codicillis per nuncupationem; numerus nempe quinque testium, eorumque adhibitio uno actus contextu; tertium, quod proprium est codicillorum per scripturam, id est testium quoque subscriptio. Atque hæc sunt solemnia a Theodosio in codicillis præscripta; quorum si vel unum negligatur, veluti non rite facti, statim con-

(a) cit. l. 1. de injusto rupto &c. testamento.

concidunt. Vel ergo ex libris juris tollenda Theodosiana observatio; vel si eam retineas, necesse est, solemnia in codicillis omnino fateri.

V. Nunc tandem licet varias interpretum sententias perpendere; atque ut a Galvano ordiar, cui placuit solemnia in codicillis negare, admittens tantum certum testium numerum tutioris probationis causa: Is profecto confundit causam, ob quam Theodosius testium numerum definivit cum ipsa legis observatione. Quis non videt, numerum quinque testium, aliaque præscripta non alia de causa Imperatorem cavisse, nisi ut ita voluntatis veritati confuleretur? Constantinus quidem quum contulit codicillos ab intestato ad eadem testamentorum solemnia, ideo hoc statuisse fatetur; quod, ut inquit (a), *sic fiet, ut testamentum successiones, sine aliqua censione servantur*; an idcirco conficies, solemnia in illis non desiderari? Quinimmo ideo sunt solemnes; quia, ut tutior fieret eorum probatio, certa norma constituta est, quæ actum solemnem effecit. Deinde distinguenda est ipsa juris observatio a tutiori probatione, quæ causam dedit constitutioni; hæc enim haberi etiam posset pauciori testium numero, quam quinque; at si quatuor fortasse adhibeas, forsitan codicilli jure constabunt? Quid ergo est, quod nisi constitutionis præscripta rite servantur, actus ipse pro nullo habebitur, licet aliqui de codicillorum fide satis constiterit? Nimirum ea est solemnis actus natura; ut vel si quid minimum declinetur ab observatione lege definita, continuo actus corrumpitur, nec jus illum tuetur; nam ubi solemnia non impleveris, in legem offendas; atque tamquam

non

(a) l. 1. G. Theod. de testam. & codicill.

non jure factus, nec jure consistit. Plurium ergo testium numerus tutiorem quidem reddit probationem voluntatis; qua de causa lex necdum numerum præscripsit, sed & modum, quo testes adhibeantur; attamen ipsa legis norma causa est, ut actus solemnus reddatur; quemadmodum probatio voluntatis in testamentis quoque haberi posset pauciori numero testium, quam septem; at prorsus deliraveris, si certum illorum numerum, non ad solemnia referas, sed ad causam tantum tutioris probationis. Hinc Paulus (a) definitum testium numerum in testamentis *solemnem* appellat: *Et si plures*, ait, *fuerint testes adhibiti, sufficit SOLEMNEM NUMERUM exaudire*. Cur *solemnem* vocat? Quia est jure definitus; ita ut, si minus, quam septem lex exegisset, ut Theodosius fecit in codicillis, quis ille fuerit numerus, sollemnis æque appellatur, dummodo certus sit jure præscriptus. Quare quoad non tollas necessariam juris observationem, numquam solemnia sustuleris in codicillis; nisi in contradicentia aperte impingas.

VI. Insuaves porro videntur, qui ideo veriti sunt in codicillis solemnia agnoscere, quod pauciores, quam in testamentis testes desiderantur; vel quia etiam non rogati admittantur; quasi sollemnitatis notio cadere nequeat in illos actus, in quibus statuitur minus religiosa juris observatio. Hoc quidem tantum respicit majora, vel minora solemnia; attamen utcumque ritus statuatur, numquam solemnia tolles; licet ritus sollemnior præscribatur in uno, quam in altero actu. Atque ne aliunde rationes petantur, nonne & in ipsis testamentis religiosior ritus ha-

(a) l. 21. principio qui testamenta facere possunt.

habebatur ex jure veteri, quam novo; quando præsertim post Constantinum, ac Theodosium Justinianus quoque superstitioniora sustulit (a)? Forsitan haud solemnia hodie feceris testamenta, propterea quod eorum observatio simplicior facta sit? Neminem latet, testamentum per mancipationem religiosiorem sane fuisse testamenti forma de jure Prætorio; sed uterque testandi modus sollemnis habebatur, licet unus altero esset sollemnior. Itaque quod pauciores sint testes in codicillis, quam in testamentis, perperam conjiciunt, solemnia ad testamenta quidem, non item ad codicillos pertinere; major enim, vel minor juris observatio actum sollemnem peræque constituit, licet inter se se unus altero sollemnior dicatur; ideoque dum sollemniora dixeris testamenta, sollemnes quoque codicillos fatearis oportet. Ceterum, ut supra ostendimus, numerus quinque testium in codicillis descendit ab illo testium numero, qui adhibebatur antiquitus in testamentis per mancipationem; quum enim Theodosii ætate hic testandi modus in desuetudinem abiret, Imperator sollemnia distinguens in testamento, ac in codicillis, illi quidem tamquam sollemniori constituit numerum septem testium, ex jure Prætorio proficiscentem; his vero quinque testes accommodavit, cujus numerus juri civili respondet; & ita ex utraque veteri testandi forma, quantum ad testium adhibitionem, unam ad testamenta, alteram ad codicillos retulit.

VII. Sed demonstrata codicillorum sollemnitate ex Theodosio, quonam pacto occurreretur Triboniani sententia,

V

tia,

(a) Vide quæ de testamentorum forma habentur, tum ex Cod. Theod. tum Justiniano tit. de testamentis.

tiæ, qua dicitur *nullam solemnitatem ordinationis* eos desiderare? (a). Theophilus (b) quidem solemnitatem ordinationis intelligit ordinem scripturæ adhibitum in testamentis, non autem in codicillis: nam legata, ceteraque relicta in testamentis haud constabant, si scriberentur ante heredis institutionem (c); quod tamen Justinianus demum antiquavit (d). Sed vereor, ne Tribonianus revera hoc intellexerit; quum alioqui in ipsis institutionibus referat, eam quidem superstitionem abrogatam (e). Deinde quorsum pertinet hic scripturæ ordo in codicillis, in quibus hereditas dari nequit, nisi per fideicommissum? Plane vulgus interpretum, ut innuimus futilem illam distinctionem induxit inter solemnitatem *ordinationis*, ac *probationis* (f). Sed nolim morari hujusmodi verborum ambagibus, satisque vidimus, quisnam sit in jure actus solemnus, ut, quid porro intelligant pro *solemnitate ordinationis*, prorsus non videam; nisi Theophili sequantur interpretationem de scripturæ ordine, quam numquam admiserim; Theophilus namque ut offendit in illa Triboniani verba, quum non videret, quo spectare possent, satius habuit ea referre ad ordinem scripturæ. Quid ergo de Triboniano sentiendum? Unum restat, ut cum doctis viris dicamus, eum oscitanter ea verba in institutionibus inseruisse, descripta ab aliquo veteri Jurisconsulto, Marciano fortasse, cujus sunt verba antecedentia, quando codicilli nullam revera juris observationem desiderabant. Quod si verearis hoc de Triboniano suspicari, utrum-

(a) Inst. loco cit.

tit. 20. §. 34.

(b) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 3.

(c) Inst. l. 1. tit. 20. §. 34.

(c) Ulpianus tit. 24. §. 15.

(f) Vide Hirprechrum inst. l. 2. tit. ult.

(d) l. 34. C. de testamentis, & inst. l. 2. num. 19. & seq.

utrumvis facere necesse est; vel enim negaveris oportet, solemnem actum in codicillis, ut fecit Galvanus, tumque irrues in falsissimam codicillorum doctrinam expresso juri contrariam, nedum ex Theodosio, sed ab ipsomet Justiniano apertissime comprobata (a); vel necessario offendes in contradicentia, verborumque invo lucra.

§. III.

Qui testes jure novo in codicillis admittantur.

I. **A**ltera disputatio, quæ consequitur ex nova codicillorum conformatione, spectat testium conditionem, quinam scilicet idonei testes in codicillis habeantur. In testamentis quidem nota res est, in numerum testium recipi generaliter non posse eos, cum quibus testamenti factio non sit; item nec mulier, nec impubes, nec servus, nec furiosus, nec mutus, nec surdus, nec is, cui bonis est interdictum, nec denique improbi, ac intestabiles, ut docet Justinianus (a). At in codicillis nullo juris loco id expresse cavetur; ut nil mirum si dubitandi occasionem hoc interpretibus præbuerit. Ac sane quicumque nedum in testamentis, sed in ceteris negotiis jus testimonii dicendi non habet, nec proinde codicillis recte adhibebitur; cujus enim testimonium legibus non admittitur, palam est nec idoneum testem haberi posse in codicillis. Quæstio ergo vertitur quoad feminarum personas; quippe quæ licet a testamentis arceantur; recte tamen testimonium perhibent in ceteris causis

(a) l. 2. §. 1. C. de testamentis. (b) Inst. lib. 2. tit. 1 c. §. 6.

sis (a); ideoque dubitarunt interpretes, an si non in testamento, in codicillis saltem jure admitti valeant? Lis sane adhuc est sub Judice; quum in utramque partem Scriptores abiverint; licet fortasse potior illorum numerus affirmare crediderit, eo potissimum rationis momento; quod nullibi hoc vetitum habeatur (b), ac propterea quod in testamentis cautum est, nequit trahi ad codicillos. Sed, ni fallor, hujusmodi disputatio pendet ab altera de solemnitate codicillorum; si enim spectes jus vetus, jam monimus, nulla de causa feminas arceri potuisse a testimonii dictione; sed, ubi solemnes eos feceris ex Theodosii constitutione, necessario consequitur, pari ratione eas uti in testamentis, ita & in codicillis non esse testes idoneos.

II. Atque missis iis, quæ prorsus extranea sunt, nec disputationis nodum pressius attingunt, unum hic considerandum putaverim, ut recte possit quæstio definiri; quod profecto petendum est ex tradita codicillorum historia. Porro, ut a Constantini lege ordiamur, palam est, testium numerum, vel septem, vel quinque, ab hoc Imperatore constitutum in codicillis ab intestato, ad masculos tantum pertinere, non item ad feminas. Etenim quum quantum ad juris observationes hujusmodi codicillos æquasset testamentis; ridiculum esset dubitare, an per Constantinum liceret, eas feminas in illis admitti, quæ in testamentis respuebantur; ut enim parem fecit utriusque causam quoad juris solemnities, manifestissime apparet, eam-

(a) l. 18. de testibus, & l. 30. §. 6. qui testamenta facere possunt.

(b) Vide Harprechtum inst. sub tit. de codicillis, & Vinnium in l. 1. §. tit. 25. ad §. ult. n. 3.

eamdem prorsus testium conditionem servatam in testamento, ac in codicillis ab intestato, quum eadem solemnia in utrisque præscripserit : sive ergo conficerentur Prætorio jure septem testibus adhibitis, sive quinque de jure civili; perspicuum est, feminas omnino repulsas a codicillis ab intestato æque ac a testamentis. Hinc vides, quemadmodum ex prima juris immutatione quoad solemnia in certi generis codicillis admissa, ea testium conditio servata sit, quæ sponte sua actum solemnem consequitur; & quamquam Constantinus nullam hic habuerit mentionem de testium conditione, satis tamen id declarasse videtur, quum testamentorum solemnia perduxit ad codicillos ab intestato. Post Constantinum vero Theodosius, cui placuit solemnia quoque statuere ceteris codicillis, non secus a Constantini lege variavit, quam ut unam faceret juris observationem omnibus codicillis communem; atque quum ejus ætate exolevisset testandi modus per mancipationem, satius putavit septem testium numerum ex jure Prætorio testamentis adscribere, quinque vero ex jure civili codicillis, ut quodammodo eos a testamentis distingueret. Hæc, inquam, nova Theodosii constitutio utcumque variaverit a Constantini lege, quantum ad distinctum testium numerum in utroque testationis genere, non tamen recessisse ab illa videtur, quoad testium conditionem, ubi nedum retinuit solemnitatem actus, sed eam protraxit ad cujusvis generis codicillos. Saltem hoc expressisset Theodosius, si quoad testium conditionem recedere existimasset a jure jam recepto ex Constantino. Quippe ex Theodosii constitutione satis liquet, quid in codicillis immutare intellexerit, quidque retinere quoad eorum solem-

lemnia . Ait quidem , in quavis suprema voluntate tum scripta , tum nuncupata , *excepto testamento* , quinque testes adesse debere ; qui tamen vel non rogati recte admittantur : Jam habes solemni um differentiam inter testamenta , & codicillos , tum quoad testium numerum , tum quoad testes non rogatos . At nullum verbum de testium conditione in hujusmodi testationis genere ; & alioqui magis intererat definire , quemadmodum discriminarentur codicilli a testamentis quoad testium personas , quam ut non rogati etiam admitterentur . Quid ergo expressit , quod minus esset , reticuitque , quod magis referret ? Vel , si nil prætermisit , quod spectaret distincta utriusque voluntatis solemnia , cur tacuit differentiam quoad testium conditionem , si revera quoad hanc partem quoque ea differre intellexisset ?

III. Vulgo respondent ; Cuique testimonium non vetatur perhibere , nisi expresso jure repellatur (a) ; eadem ergo de causa , qua feminæ non admittuntur in testamentis , quod expresso jure iis testimonium interdictur , arceri nequeunt a codicillis , in quibus adesse non prohibentur ; ideoque quod de testamentis dicitur , pari ratione nequit produci ad codicillos . Recte hoc quidem inspecto veteri codicillorum jure ; quo juris solemnia non exigebantur in hujusmodi suprema voluntate . Sed perperam argumentantur , quum ad jus novum hoc etiam referant . Etenim vera est juris regula , ut idoneus testis is habeatur , qui jure a testimonio non repellitur ; sed falso asserunt , hoc eodem juris principio feminas non repelli a codicillis ; nam jure expresso cautum est , eas non admitti
in

(a) l. 1. §. 1. de testibus.

in *solemnibus* defunctorum voluntatibus. Atque ideo jure veteri a testamentis dumtaxat repellebantur, non item a codicillis; quia non his, sed illis tantummodo solemnia adhiberentur; recteque hic animadvertit Vinnius (a), haud esse verisimile, ut jure Romano actus solemnes expediri potuerint mulierum testimoniis, ut patet in ceteris actibus legitimis. Itaque quum aperto jure haud admittatur earum testimonium in *solemnibus* testationibus, falsa profuerunt, quum contendunt, eas non repelli a codicillis expresso jure; utcumque enim hoc cautum non habeatur verbis expressis, satis tamen Imperatores hoc idem declaraverunt, quum codicillos solemnes effecerunt testamentorum instar; quo nomine comprehendi videbatur, quicquid ad *solemnes* testationes pertineret. Theodosius ergo, cui in mentem venit minora juris solemnia præscribere in codicillis, quam in testamentis, id tantum cavit, siue id expressit, quod eorum discrimen proprie spectaret; ideoque ex Imperatoris mente communis factus est ritus quoad non expressa; quoad expressa vero peculiaris; nam quæ sancire voluit, ut a solemnibus testamentorum distinguerentur, expressit; quæ vero communia essent, prætermisit; ne repeteret in codicillis, quod cautum jam erat de suprema solemnī voluntate.

IV. Scio, Heineccium (b), qui contrariam tuetur sententiam, magnopere conari, ut everteret hujus argumentationis fundamentum. Ait quidem, codicillos ante Constantinum solemnes prorsus non fuisse; ubi vero per Constantinum primum in codicillis ab intestato, ac Theodo-

(a) Inst. lib. 2, tit. 25, ad §. ult. n. 3. (b) in notis ad citatum Vinnii locum.

dosum generaliter testium numerus præscriptus est, hoc non fecus intelligendum videri, quam ut testium numerum admiserint Imperatores probationis causa, non autem solemnitatis. Sed jam supra demonstravimus, in quem errorem inciderint interpretes, quum in supremis præsertim legis jussa quoad tutiorem voluntatis probationem avelere crediderunt a solemnitatis notione; frustra que hic putaverim eadem recoquere, ut futili Heineccii collectioni satisfiat. Unum tantum addam, me prorsus non intelligere, quemadmodum ex Constantino idem testium numerus testamentis æque, ac codicillis ab intestato præscriptus, testamentis quidem serviret solemnitatis causa, codicillis vero probationis dumtaxat. Pace tanti viri verborum hæc sunt tricæ, non rerum discrimina. Ceterum quicquid Scriptores hætenus elaborarint, ut genuina Imperatorum mente subversa feminarum testimonium in codicillis admitteretur, usus tamen hoc numquam probavit; nostrisque moribus contrarium omnino obtinuit.

§. I V.

Jus novum quantum ad varia codicillorum genera antiquitus recepta.

I. **V** Idimus hætenus, quæ fuerit novi juris introductio, quoad solemnem codicillorum formam, quidque inde manaverit; præstat modo, ut alterum immutationis caput perspiciamus quoad varios codicillorum modos apud veteres admissos, quibus prudentes suum cuique jus tribuerant, ut longius superiori capite percurramus. Quatuor sane codicillorum genera prodidit Paulus (a),
ut

(a) cit. l. 8. de jure codicillorum.

ut vidimus: nimirum vel confirmatos testamento in præteritum, vel in futurum, vel non confirmatos; vel denique factos ab intestato. Sed quoniam juris ratio in confirmandis testamento codicillis spectaverat legitimam *legatorum* dationem a *fideicommissorum* causa diversam; factum est propterea, ut tamdiu sta ret juris discrimen inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos, quamdiu consistit differentia inter civilia, & precativa verba, sive inter legata, ac fideicommissa. Verum, ut hoc plenius cognoscatur, præstat rem aliquanto altius perspicere.

II. Neminem latet, quemadmodum jure veteri differrent legata a fideicommissis, quantaque differentia inter se se distarent; sive spectes tot varios legandi modos, peculiareque formulas, verborumque solemnia, quibus conciperentur, sive tot diversos juris effectus, sive denique varias actiones (a). Primo quidem Senatusconsulto Neroniano, ut Ulpianus tradit (b), temperari quodammodo cœpit nimia formularum superstitio in legatis; ita tamen, ut quod minus conceptis verbis legaretur, perinde constare posset, ac si datum fuerit *per damnationem*; qui legandi modus remissius ceteris habebatur (c). Etenim cautum fuit, ne si quid in formulis peccatum esset, legata conciderent, sed haberentur, tamquam si fuissent *per damnationem* relicta. Ut cumque autem S. C. quodammodo remiserat nimium legis rigorem, quantum ad varia legatorum genera; stetit nihilominus constantissimus formularum usus ad Constantinum usque, quando demum antiquari cœperunt. Primus ergo Constantinus, sive Constantius, & Constans ejus filii,

X

five

(a) Vide Ulpianum tit. 24. de legatis, & tit. 25. de fideicommissis. Item Cajum inst. lib. 2. tit. 7. §. 8.

(b) cit. tit. 24. de legatis §. 11.

(c) Schultingius Jurisprud. vetus ante Justin. in relatum Ulpiani locum.

sive utrique, ut varie eruditi opinantur (a), simplicitatem potius sequuti, quam formularum superstitiones, generaliter eas sustulerunt, tum in judiciis (b), tum in heredis institutione (c), tum denique in legatis (d); in quibus cautum est, ne amplius eorum vis penderet ex solemnium verborum formula: *In legatis*, inquit Imperator, *vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia; ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum usus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit*.

III. Verum abrogata Constantini ævo formularum superstitione in legatorum datione adhuc perdurabat vetus verborum discrimen inter civilia, ac precativa, sive *vulgaria* verba (e), quum adhuc perstaret juris differentia inter legata, & fideicommissa (f). Et quamquam in hereditatis, uti & in legatorum datione iidem Imperatores statuerunt (g), ut relicta omnino valerent quibuscumque verbis conciperentur, sive imperativis, sive precativis; id tamen eo tantum spectabat, ut relicta omnino valerent, ea tamen juris ratione, qua stare poterant. Constabat quidem heredis institutio, vel non solemnium formula servata, vel non adhibitis verbis civilibus, quum satis habuerint ipsam testatoris voluntatem quoquo modo declaratam; attamen haud sustulerunt diversos juris effectus in directa hereditatis datione, ac fideicommissaria. Similiter in legatis eatenus antiquarunt verborum scrupulositates, ut non amplius inu-

(a) Vide quæ in hanc rem scite meditatur Cl. Ciriillus Comment. ad inst. lib. 2. tit. 20. ad §. 27.

(b) l. 1. C. de formulis.

(c) l. 15. C. de testamentis.

(d) l. 21. C. de legatis.

(e) Precativa verba vulgaria appellat

Licinius Rufinus in l. 6. de fideicommissariis libertatibus.

(f) Vide Giphanium in inst. lib. 2. tit. 20. ad §. 2. & 3. Janum a Costa, & Ciriillum eodem inst. loco.

(g) cit. l. 15. C. de testamentis, & cit. l. 2. C. de legatis.

CODICILLORUM CAPUT II. 161

inutilia fierent relicta ob non servatum formularum, verborumque rigorem; sed mansit ea verborum differentia, quorum potestate legata a fideicommissis distinguerentur, quoad diversos juris effectus. His porro ita perductis ad Justiniani ætatem, tandem hujus Imperatoris consilio res eo pervenit, ut imperativus quoque relinquendi modus cum precativo prorsus confunderetur. Etenim Justinianus demum cavet (a), ut nec amplius civilia verba a vulgaribus distinguerentur, ac proinde nec legata a fideicommissis; atque exæquata utriusque natura quoad omnes juris effectus, penitus sustulit tot Prudentum mysteria inter hujusmodi relictorum genera; ita ut una prorsus utriusque componeretur juris ratio, tum quoad vim relictorum, tum quoad actiones. Atque, ut inquit (b) *¶ si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc ¶ legatum, ¶ fideicommissum intelligatur; ¶ si fidei heredis, vel legatarii aliquid committatur, hoc ¶ legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus* (c).

IV. Præmissa hac juris historia de novo jure in legatis æque, ac fideicommissis, rectius modo cognoscemus, quidnam ex facta illorum exæquatione in codicillos permeasset; siue quemadmodum hæc nova juris norma quoad relictorum rationem longe a veteri diversa effecerit, ut codicillorum quoque jus de veteri observatione discederet. Jam latius primo capite exposuimus, qua de causa antiquitus legari non permittebatur, nisi verbis imperativis, & civilibus, atque in solemnibus tabulis: tum vidimus, quo pacto legata admitti cœperunt in codicillis dumtaxat testamento

X 2

con-

(a) l. 1. & 2. C. communia de legatis. (b) cit. l. 2. C. communia de legatis &c.
 (c) Vide Cujacium in C. tit. communia de legatis &c.

confirmatis, ea nempe obducta juris fictione, ut quod illis scriberetur, haberi posset, tamquam si testamento ipso datum esset; ceteroqui si testamento non confirmabantur, non secus relicta valerent, quam per precativa verba, sive per fideicommissum expressa. Conjecimus demum, quæ consequentia fluxerant ex illo confirmationis principio; nimirum quod quum scripta in codicillis confirmatis haberentur perinde, ac si scripta essent testamento, spectari proinde deberet tempus non tam codicillorum, quam ipsius testamenti, saltem in illis, quæ juris essent, non facti; dummodo vel æquitatis ratio aliud non suaderet, vel non obstaret aliud juris principium. Uno verbo, in legatis codicillis relictis juris civilis normam sequi oportebat, utcumque fictionibus testam Jurisconsultorum; in fideicommissis vero sola defuncti voluntas spectabatur; tantumque datum est codicillis per fideicommissum factis, quantum ipsa fideicommissorum ratio latissime extra juris rigorem spatiaretur (a).

V. Ex hac veteris juris doctrina de legatis, ac fideicommissis, atque de codicillis, in quibus ea relinquebantur, descendit primo, ut quamquam Constantini ætate exoleverint formularum superstitiones in legatis; quum tamen adhuc perstaret juris discrimen inter legata, & fideicommissa, quod exprimebatur vario illo verborum usu, civilium nempe, ac vulgarium, steterunt propterea duo illi distincti codicillorum modi, eorum nempe, qui essent testamento confirmati, aut non confirmati. Etenim perstante adhuc ea verborum distantia, qua diversa haberetur juris ratio
con-

(a) Vide quæ diximus cap. I. §. 10.

constituta in legatis, ac fideicommissis, necessario etiam perdurabat vetus differentia inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos; quippe quæ consequebatur ex varia illorum relictorum natura; qua retenta, mansit quoque codicillus confirmatus a non confirmato distinctus; ut in primo legata, in altero fideicommissa consisterent. At ubi tandem Justinianus penitus sustulit omne juris discrimen, quod vetus jurisprudentia adoptaverat in legatis, ac fideicommissis, variamque illam verborum differentiam; quemadmodum & hujusmodi relictorum causas in unam transtulit, eandemque juris rationem; ita & utrumque codicilli genus, confirmati, scilicet, ac non confirmati sub una juris norma necessario coaluit. Etenim quæ novi juris constitutio induxit, ut nullo prorsus discrimine considerarentur legata, ac fideicommissa, necessario efficere debuit, ut nec amplius inter se se distarent codicilli confirmati, ac non confirmati; quum recessisset ea juris ratio, quæ ante Justinianum eos distinguebat.

VI. Ac quidem, ut jam late exposuimus, ratio, qua veteres constituerant differentiam inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos, eo tantum spectabat; ut quum ex legis rigore non permetteretur codicillis expressa *legatorum* datio, veluti tabulis non solemnibus, nec proinde lege comprobatis, inventa juris fictione, qua ob illorum confirmationem *intestamento* legata perinde videri poterant, ac si testamento ipso data essent, hujusmodi fictionis colore usus. Prudentibus visum est, in legem minime offendi, si *legata* admitterent quidem in codicillis, sed confirmatis testamento, dum fideicommissa, tamquam non lege, sed moribus profecta sine ulla fictione probarent, etiam in non confirmatis.

firmatis ; quum nulla in his obstaret legis observatio. Ergo dum valuit apud Romanos propria *legati* religio distincta a fideicommissorum simplicitate , stetit ex consequenti codicillus confirmatus a non confirmato diversus ; ut ita diverso juris principio , & fideicommissorum , & legatorum datio in codicillis sustentaretur . Permanfit quidem vel per Constantinum eadem juris norma abrogata formularum superstitione in legatis , quum adhuc mansisset varium jus de utraque relictæ causâ . Sed Justiniano demum auctore adducto verborum rigore ad nudam naturæ simplicitatem , quemadmodum quoad omnes juris effectus legata non amplius distarunt a fideicommissis ; ita recessit vetus juris ratio de confirmandis , necne codicillis ; quum enim hodie idem prorsus sit legare , ac fideicommittere , non amplius refert , utrum codicilli testamento confirmentur ; nam & ratio una cessavit , qua antea confirmari debuerant , ut legata constitissent . Quare uti per Justinianum una convenere legata cum fideicommissis , ita communis facta est codicillorum causâ , sive essent , sive non essent testamento confirmati (a).

VII. Hinc animadvertere licet , quod Tribonianus in institutionibus prætermittit ea codicillorum divisione , quam Paulus protulit , quæque jus vetus proprie spectabat , alteram inquit , veluti novo juri magis accommodatam : atque ex quatuor illis codicillorum modis , duos generaliter Tribonianus agnoscit ; vel nempe ad testamentum pertinentium , vel eorum , qui fiunt ab intestato : *Non tantum*,
in-

(a) Vide Cujacium in tit. digestorum de annuis legatis &c. ad l. 18. & in paratitulis ad lib. 6. codicis tit. communia de legatis , & fideicommissis.

CODICILLORUM CAPUT II. 165

inquit (a), *testamento facto potest quis codicillos facere ; sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest*. Itaque sub una juris regula complectitur quosvis codicillos ad testamentum factos , haud distinguens confirmatos a non confirmatis , quum revera non amplius ex Justiniano inter se se differrent . Neque dixeris , Tribonianum non secus omisisse diligentio rem codicillorum divisionem , quam ut brevitati institutionum consuleret ; quasi satis habuisset maximam tantum attingere de pertinentibus ad testamentum , ac de confectis ab intestato . Et enim non video , cur vel in institutionibus negligeret ea codicillorum genera , quorum diversum jus tam late patet apud Consultos , quæque summopere intererat discriminare ob tam variam juris doctrinam , natam ex Prudentum interpretatione , ut ex illorum scriptis intelligitur . Quinimmo vel in ipsa Pandectarum collectione non deprehenduntur , nisi mutila quædam juris dogmata , quæ codicillorum confirmationem spectabant ; quum enim novo jure concidisset vetus juris differentia de legatis , ac fideicommissis , consulto Tribonianus prætermisit quoque , quod potissimum pertineret ad doctrinam de codicillis confirmatis ; ut quodammodo veterum sententias componeret cum novo jure Imperatorum . Apertius hoc demonstratur ex instituta quæstione in institutionibus de codicillis anterioribus , ac posterioribus testamento . Hic quidem etsi sermo habeatur de illorum confirmatione vel expressa , vel tacita ; tamen haud de ea confirmatione intelligit , quæ secundum juris civilis rationem fieri debuerat , ut legata in illis relicta jure consisterent ; sed de illa

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1.

la voluntatis rati habitione, de qua constare oportet, ut codicilli anteriores testamento non revocati intelligantur, testamento postea sequuto; qua de re jam late egimus (a). Excitavit quidem Tribonianus tractationem de ea codicillorum confirmatione, quam exigere vibebantur ii codicilli, qui fierent ante testamentum; hæc enim quum ad voluntatis quæstionem referatur, adhuc novo jure locum habet, ut suo loco monebimus. Sed reticuit alteram confirmationis speciem, quæ non tam voluntatis, quam juris rationem respicit. Quo manifestissime apparet, id tantum attigisse, quod ad jus novum conduceret, prætermisissis iis, quæ jam conciderant ex sublata differentia inter legata, ac fideicommissa.

VIII. Præterea perspicuum est, post Justinianum nullam amplius haberi mentionem de codicillis testamento confirmatis, vel non confirmatis. Ac sane in nova juris collectione in Oriente postmodum habita, quæ Basilicorum libris continetur; quæque composita est ex præcipua Pandectarum, ac codicis Justiniani jurisprudentia, nulla prostant vestigia hujusmodi codicillorum differentiarum. Atque ubi Græci compositores tractationem instituunt de codicillis (b), quam hauserunt tum ex Pandectarum titulo *de jure codicillorum*, tum ex titulo Codicis Justiniani *de codicillis*, brevi quidem attingunt, quicquid potissimum ad codicillorum doctrinam pertinet, præter ea, quæ spectabant jus confirmationis. Hinc vides transcriptas eas veterum Consultorum sententias, quæ generaliter referri poterant ad doctrinam codicillorum ad testamentum pertinentium, neglectis iis, quæ proprie codicillos confirmatos

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. ult. (b) Basilic. lib. 36. tit. de codicillis.

CODICILLORUM CAPUT II. 167

tos respicerent, jurisque regulas inde profectas. Ut cetera taceam, satis est animadvertere, præteruisse quidem præ aliis integram sententiam Legis VII. *de jure codicillorum*, quam sane unicam in Pandectis deprehendes, ubi expresse agatur de confirmationis jure in codicillis. Item quum Paulus quærit in Lege VIII. §. III. an valeant *legata* scripta in codicillis testamento quidem confirmatis, sed confectis tempore, quo testator adrogandum se præbuerat, qui tandem emancipatus decesserit; & ideo valere respondit, quod manente testati causa ex jure Prætorio, satis erat, codicillos confirmatos haberi tempore, quo testamenti factionem habebat, licet scripti sint tempore adrogationis, quum in codicillis confirmatis tempus magis testamenti, quam codicillorum spectetur (a); In Basilicis refertur quidem Pauli species, prætermittis iis, quæ ad confirmationis regulas pressius pertinerent; quum Græcus interpret inutiliter putaverit asserere, quod novo jure jam abrogatum videretur (b).

IX. Hæc porro Græcorum juris collectio non tam ipsa Prudentum verba reddidit, quam eas tantum sententias, quæ commissæ cum novis Imperatorum constitutionibus unum veluti, sibi que consentaneum juris corpus componere valerent. Quo factum, ut neglectis iis, quæ vel abrogata, vel moribus obsoleta videbantur, receptionem juris doctrinam expresserit; ideoque sublata per Justinianum differentia legatorum, ac fideicommissorum, indeque excisa juris civilis ratio in confirmandis codicillis

Y

cil-

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10. n. 10^o adrogandum se præbuisset, id fecerit; ac
 (b) Ita habetur in Basilic. lib. 36. tit. 1. postea emancipatur decesserit: quod actum
 de codicillis: Paulus l. 8. §. 3: Qui testamento codicillos confirmat, si quum
 est, valet; nam & testamentum va-

cillis, supervacaneum visum est Græcis interpretibus in suos juris libros referre, quod jam recesserat a veterum institutis. Plane, quantum ex integra ea juris collectione perspicere licuit, uno tantum loco deprehendi, sermonem haberi de codicillis testamento confirmatis, qui tamen nostrum magis videtur comprobare iudicium. Dubitant adhuc interpretes, num jure Justiniano ita generaliter communis facta sit legatorum ratio cum fideicommissis, ut nulla penitus supersit species, qua differre valeant. Donellus (a), ac Duarenus (b) præ ceteris affirmant, potissimum in specie relictae libertatis; si enim testator directam servo libertatem dederit, tum is manet libertus orcinus; sin per fideicommissum, sit libertus ejus, a quo manumittitur; quod etiam monet ipse Justinianus in institutionibus (c). Etenim utcumque Imperator communem penitus fecerit causam legatorum, ac fideicommissorum; nihilominus quoad dationem libertatis, non tam lege distingui videtur directa libertas a relicta per fideicommissum, quam testatoris voluntate; qui enim manumissionem alterius fidei committit, eidem reliquisse creditur jus patronatus; quum contra in libertate directa, statim liber evadit morte testatoris (d); ideoque ex communi fere interpretum sententia vel hodie differt datio libertatis directæ a fideicommissaria (e). Quod autem di-

(a) comment. juris civilis lib. 8. cap. 2.

(b) ad l. 1. de legatis 1.

(c) lib. 2. tit. 22. §. 2.

(d) l. 23. & 25. de manumissis testamento.

(e) Contrariam sententiam propugnat Galvagnus de usufructu cap. 14. n. 3. videturque sam Pauli sententiam in l. 80. de verborum Donellum, quod libertatem directam legato

dari fateatur; atque, ut contendit, diversa sunt legata a libertate directe relicta; ac proinde nil hæc commune habeat cum legatis. Sed rem nimis operosam aggreditur; nec viderim, cur directæ libertatis datio a legatorum ratione differat contra expressam Pauli sententiam in l. 80. de verborum signif. In generali repetitione legatorum

discrimen vel post Justiniani legem nostri notarunt in directa, ac fideicommissaria libertate, agnoverunt etiam Græci interpretes; qui sane ubi animadverterunt, in manumissionibus adhuc perstare differentiam inter libertates directas, ac fideicommissarias, adoptarunt quidem in hac peculiari specie veterem juris regulam de codicillis confirmatis, ac non confirmatis; nimirum ut libertas directa, tamquam verbis civilibus concepta recte dari posset codicillis confirmatis; fideicommissaria vero non confirmatis; quod quidem acceperunt a Modestino, quum ait (a): *Libertates directa & testamento, & codicillis testamento confirmatis recte dantur. Fideicommissa & ab intestato, & codicillis non confirmatis relinqui possunt*. Itaque Græcorum jurisprudentia usque eo communes fecit codicillos confirmatos cum non confirmatis, quoad agnovit exæquationem in legatis, & fideicommissis, ex quorum diversa indole processerat ea distincta codicillorum ratio; At ubi in manumissionibus servorum ex voluntate saltem defuncti admisit differentiam inter directam, & fideicommissam libertatem, haud dubitavit in hac peculiari specie repetere vetus juris principium de codicillorum confirmatione; quod sane distincta illa relictorum genera consequebatur. Quare sive spectemus intimam juris potestatem veteri jure constitutam in codicillis confirmatis,

Y 2

ac-

etiam data libertates continentur ex mente legis duodecim tabularum. Provocat quidem ad l. 12 c. eodem tit. sed vereor, ne hac ipsa lege magis arguatur. Ut ut sit de hujusmodi vocabuli potius, quam rei quæstione, quo jure inquam vetatur testatori, ne ex manumissione per fideicommissum præstanda, acquiratur jus patro-

natus ei, a quo libertatem dari jussit? Num per l. 2. C. communia de legatis hoc etiam cavisse Justinianum credendum est? Si ita sentit, videat, ne dicatur, Imperatorem defunctorum judicia potius pervertisse, quam ut exæquaret legata, ac fideicommissa.

(a) l. 43. de manumissis testamento.

ac non confirmatis, necessario dicendum est, hanc prorsus novo jure concidisse una cum sublata differentia inter legata, ac fideicommissa: sive animadvertatur illorum usus post Justiniani legem de communi legatorum, ac fideicommissorum natura, palam est, tum ex codicillorum divisione a Triboniano admissa in institutionibus, tum ex juris collectione in Oriente facta, locum amplius non fuisse duobus illis diversis codicillorum modis; quippe qui revera recesserant una cum illa varia reliquendi ratione a veteri jurisprudentia inducta, novoque jure abrogata.

X. Ex haftenus dictis intelligimus quoque, jure novo una cum confirmationis jure concidisse & cetera consequentia ab eodem principio profecta; quæque ex veteri jure superiori capite expressimus (a). Duæ quidem, ut vidimus, juris regulæ inde manarant, quarum unam altera consequitur: prima est, ut *scripta codicillis confirmatis perinde haberentur, ac si scripta essent testamento*; altera, ut *quoad relicta in illis tempus testamenti spectaretur, non codicillorum*, saltem in iis, quæ juris, non facti essent, vel quum aliter æquitatis ratio non suaserit. Recte hæc quidem veteres posuerunt in codicillis confirmatis; quum enim non nisi per fictionem juris valerent religiosam legatorum dationem codicillis concedere, quæ alioqui ex legis rigore in *solemnibus* tantum testamenti tabulis admitti debuerat; necessario factum est, ut *legata* in codicillis scripta, perinde haberi deberent, ac si scripta essent in ipso testamento, quo confirmatio fieret; cujus proinde tempus spectari quoque oporteret, ut ita fictionis speciem, quo-

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10.

quoad possent, dissimularent, quasi testamento data viderentur, quæ revera relinquebantur codicillis. Quum autem jure novo nedum codicillis quoque solemnia tributa sint, sed omnino recesserit religiosa juris observatio in legatorum datione, evanuit idcirco, quicquid veteri illo juris principio adhærebat. Atque quid amplius opus est fictionibus, quum legare, ac fideicommittere una communi lege regantur? Quicquid enim ex uno fonte derivaverat, eo arefacto deficere necesse est. Ac profecto quæ juris ratio dictaverat, ut scripta in codicillis confirmatis perinde haberentur, ac si scripta essent testamento, ideoque relictæ causa referretur ad tempus testamenti; eadem adducta utriusque codicilli natura, confirmati scilicet, ac non confirmati, in eandem juris potestatem, hodie efficit, ut locus amplius non sit illi codicillorum doctrinæ, quæ ex peculiari confirmationis jure proficiscebatur. Ridiculum enim esset sublato principio consequentia retinere, vel confirmationis leges adhuc servari, quum novo jure, sive codicilli confirmentur, sive contra, relictæ in illis æquo jure considerentur.

XI. Atinques, numquid hodie vetatur testatoribus, ut si malint, codicillos in testamentis confirment? Atque si hoc lege non improbatur, cur & hodie non liceat confirmatos distinguere a non confirmatis? Cur, si testator, testamento caverit: *quos codicillos feci, aut fecero, valere volo*, haberi nequit, quin relictæ in illis ex testamento valeant ad differentiam alterius codicilli, qui non sit testamento comprobatus? At distinguere oportet juris potestatem a testatoris lege, seu voluntate; non enim disputamus, an post Justinianum valeant, necne
co-

codicilli confirmari testamento ; quum compertum sit, id omnino pendere ex testatoris arbitrio , quod nemo sanus contenderit . Sed utcumque testamento codicilli comprobentur , numquam servabunt eas juris regulas , quas vetus jurisprudentia in illis induxerat , sive illam juris potestatem , quæ descenderat a varia legatorum , ac fideicommissorum datione ; quum enim hæc novo jure cessaverit , evanuit propterea vetus illorum doctrina ; atque tantum juris hodie obtinent codicilli confirmati , quantum non confirmati , quemadmodum tantum valent legata , quantum fideicommissa . Testator igitur , si testamento eos confirmaverit , constantem quidem voluntatis suæ significationem ostendet , non secus ac si non testamento , sed aliis codicillis eos comprobaverit . Atque si ante conditum testamentum scripserit codicillos , quos deinde testamento confirmet , vel alia novissima scriptura , utilis quidem fiet confirmatio ad comprobandam retentam illorum voluntatem , ut late diximus , quum egimus de codicillis anterioribus testamento (a) . Quod ergo spectat tutiorem voluntatis manifestationem , recte quidem codicilli confirmabuntur ; sed si contenderis , quod relicta in illis ex testamento valeant , vel quod testamenti tempus sequi oporteat , dabis quidem hujusmodi codicillis , quod jure novo omnino recessit .

§. Ulti-

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. ult.

§. Ultimus.

De committenda veteri cum nova codicillorum doctrina .

I. **Q**Uæ hætenus exposuimus de universa codicillorum doctrina tum veteri, tum nova, satis demonstrant, quo revera spectaverint veterum sententiæ, quæ prostant in Pandectarum libris; ac quemadmodum committendæ sint cum novis Imperatorum decretis; ne aliter, ut vulgus solet, utriusque juris ratione perturbata, dum legum sententiis abutimur, nec nobismetipsis constare videamur. Vidimus quidem omnem novi juris doctrinam, ad duo summa capita referri: unum, quod solemnem spectat codicillorum ritum: alterum, quo in unam consonantiam perducta est vetus juris differentia de codicillis confirmatis, ac non confirmatis testamento. Quod ad primum attinet, ex apertissima Theodosii constitutione (a) satis intelleximus, quinam ille sit, quo differat a testamentorum solemnibus, quoque conveniat (b); quod ubi teneatur, facile animadvertimus, qua mente accipi debeant veterum sententiæ, in quibus codicilli considerantur sine juris solemnibus. Quæ autem profecta sunt ex vario juris principio, falso ad jus nostrum convertes, nisi caute ea tantum carpsæris, quæ sine novi juris offensione commode valeas retinere; quod tamen facile is viderit, qui veterem simul, ac novam codicillorum formam complectatur.

II. Hinc

(a) l. ult. §. ult. C. de codicillis. (b) Vide quæ diximus §. 1.

II. Hinc descendit, ut quæ veterum prostant Consultorum sententiæ de codicillis, aut epistolis, non secus retinendæ videantur, ac conversæ in novam codicillorum conformationem. Ex. gr. habetur ex Papiniano (a), quod si testamentum recte factum rumpatur postea per adrogationem testatoris exinde sequutam, nequeat quidem reconvallescere ex jure Prætorio; nisi is tandem *sui juris effectus, codicillis, aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit*. Palam est, hic per *codicillos*, sive per *litteras* intelligendam supremam illam voluntatis sententiam quinque testium præsentia solemniter declaratam. Etenim utcumque Papinianus revera senserit de voluntate non solemnī secundum veteris juris observationem; quum tamen jure novo codicilli etiam solemnia acceperint, inutilis prorsus hodie fit quævis suprema voluntas præter testamentum non solemniter peracta. Cautè quoque interpretaberis Ulpiani locum; quum ait (b): *Non solum autem legata, sed & fideicommissa adimi possunt; & quidem NUDA VOLUNTATE*. Datio quidem, vel ademptio legatorum recte fit, vel testamento, vel codicillis: quarum tabularum licet una altera sit solemnior; ambæ tamen juris solemnia omnino desiderant. Sed quid Ulpianus ait: *NUDA VOLUNTATE*? Nimirum quia jure veteri quum codicilli constarent sine solemnibus, recte proinde vel *nuda voluntate* legata poterant vel dari, vel adimi: quod tamen hodie non obtinet.

III. Opportune hic se offert quidam disputationis locus inter Pragmaticos tam perturbate tractatus de revocandis nem

(a) l. 11. §. 2. de bonorum possessionibus secundum tabulas.

(b) l. 3. §. 11. de adimendis, vel transferendis legatis, vel fideicommissis.

CODICILLORUM CAPUT II. 175

nempe testamentorum tabulis per posteriores codicillos : quemadmodum scilicet hoc liceat admitti , quibusque juris solemnibus . Refert hic principio distinguere duo quæstionis capita , quæ sæpe vulgo ita confunduntur , ut non tam rerum , quam verborum magis excitentur controversiæ . Unum est , si quærat , quidnam testator per codicillos immutare valeat ex voluntate in testamento prius declarata . Alterum , num per codicillos posteriores rumpi omnino valeat prius conditum testamentum ; ita ut defuncti successio non ex testamento , sed ex codicillis prorsus habeatur .

IV. Si primum quærant , eo loco , quo jus codicillorum a testamentis discriminavimus , plenius exposuimus *(a)* , quid codicillis liceat , quid testamentis , quo inter se se distinguantur , quoque convenient ; adeo ut ne actum agere videamur , præstat iterum non repeti , quod alibi opportunius monstravimus . Hoc tantum addam , ex apertissima juris regula perspicuum est , *codicillis nec dari , nec adimi posse hereditatem , nisi per fideicommissum* , attamen prostat insignis quidam juris locus , quo etsi regula quidem retinetur , subest tamen hac de re peculiaris facti species , quæ sane expositione indigere videtur , ne facile a regula aberremus . Etenim interdum contingit , ut hereditas data testamento , codicillis deinde recte adimatur ; ita tamen , ut ea in alium non transferatur ; siue adimitur quidem ei , cui testator dederat testamento , licet nequeat ad alium transmitti . Extat hanc in rem rescriptum Imperatoris Alexandri , qui ita inquit *(b)* ;

Z

He-

(a) Vide quæ diximus cap. I. §. 2.

(b) l. 4. C. de his , quibus , ut indignis &c.

*Hereditas in testamento data per epistolam, vel codicillos adimi non potest. QUIA TAMEN TESTATRIX VOLUNTATEM SUAM, NON MERERI UNUM EX HEREDIBUS DECLARAVIT, MERITO EJUS PORTIO NON JURE AD ALIUM TRANS-
SLATA, FISCO VENDICATA EST. Libertates autem in eadem epistola data peti poterunt. Fingit Imperator, quem in testamento duos heredes instituisse; tum in codicillis, sive epistola declarasse, unum quidem ex heredibus institutis indignum hereditatis, ad cujus partem alium proinde vocavit: Quærebatur, an portio hereditatis indigno ademta, in alium transferri valeret; an magis ad Fiscum pertineret? Et a Fisco vindicandam respondit, veluti indigno relictam. Sed qui fiet, ut hereditas codicillis adimatur, quum aperto jure id vetitum appareat? Respondet Connanus (a), tum proprie quid adimi videri, quum dum ei tollitur, cui prius datum erat, alteri transfertur: Nec alio spectare juris regulam, codicillis nempe adimi non posse hereditatem; nisi quod nequeat heres in illis institui. Vel quum alicui hereditas adimitur, ea tamen ad alium non transmittitur, ut non ademta, sed quasi numquam data videatur. At rectius existimaverim, hoc ideo esse, quia ea hereditatis portio non tam a testatore adimitur, quam lege indigno aufer-
rur. Declarat quidem testator, eum hereditatem non mereri, sed quum indigni jure ab hereditate arceantur, non videtur ea ablata a testatore, sed a lege; ideoque a Fisco vendicatur. Plane non prohibetur quidem testa-
to*

(a) comment. juris civilis lib. 9. cap. 7. n. 3.

tori alium heredem sufficere in locum indigni ; sed quum in specie Imperatori proposita id factum diceretur in *codicillis* , non in posteriori fortasse testamento , recte Imperator rescriptit , eam hereditatis partem ad Fiscum omnino pertinere , quum nequeat transferri in alium , quem testator in testamento non nominaverat ; propterea quod hereditas codicillis adimi non potest , licet *libertates* , ut ait , *in eadem epistola dataæ peti poterunt* , utpote quæ nihil obstat , quin codicillis relinquantur.

V. Sed veniamus ad alterum quæstionis caput , quum nempe Pragmatici quærunt , an umquam fiet , ut per posteriores codicillos prius testamentum rumpatur . Quicquid temere scriptitaverint , certissimi juris est , numquam rumpi posse antequam testamentum per posteriores codicillos , qui testamenti pars , atque sequela habentur (a) ; sive , quod idem est , per codicillos *ad testamentum factos* . Quippe datio hereditatis non codicillis , sed testamento tantum constat (b) ; ideoque idem esset revocari testamenta per codicillos , ac penitus confundi , perturbarique utriusque testationis naturam . Deinde quonam pacto hujusmodi codicilli ruperint illud testamentum , ex quo ita vires suas capiunt , ut aliter constare nequeant ? Quid porro parti tribues , si totum subvertatur ? Hæc sane quoad codicillos *ad testamentum pertinentes* ; de confectis vero sine testamento res aliter se habet . Hi quidem , ut monuimus , longe distinguuntur a ceteris codicillis , etenim quum institutionem heredis legitimi complectantur , suisque viribus consistant , vicem proinde testamenti exhibent , ut

Z 2

Con-

(a) l. 1. & 2. de injusto rupto , irrito facto testamento.

(b) Vide quæ diximus cap. 1. §. 2.

Consulti loquuntur, illiusque naturam omnino imitantur. Quum ergo non habeantur, tamquam testamenti sequela, quin & testamentum ipsum expriment, nulla juris ratio obstat, quominus testamenta prius facta rumpere non valeant; etenim si prius testamentum rumpitur per posterius, nulla causa est cur idem non dicatur de iis codicillis, qui vice testamenti habentur. Et alioquum in his successio deferatur heredibus legitimis, quid obstat, ut testator discedens a priori voluntate in testamento scripta, decedere malit cum codicillis dumtaxat ab intestato? Aperte hoc Ulpianus expressit, quum inquit (a): *Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est; nisi forte posterius, vel jure militari sit factum; vel IN EO SCRIPTUS EST, QUI AB INTESTATO VENIRE POTEST; tunc enim ET POSTERIORE NON PERFECTO SUPERIOR RUMPITUR*. Per posterius testamentum *non perfectum* intellegit hic Ulpianus eam supremam voluntatem, cui solemnia desint; quæque proinde ex jure veteri ad *codicillos* referebatur (b). Ergo recte rumpitur prius testamentum per codicillos ab intestato, seu per posterius testamentum *non perfectum*, ut ait Ulpianus, in quo scriptus sit heres, *qui ab intestato venire potest*. Itaque quum Pragmatici tantarum verborum insolentia quærunt, an posterioribus codicillis rumpi valeat testamentum antea factum, statim quæstioni occurreretur, si distinguant codicillos ab intestato a ceteris, qui ad testamentum fiunt; in illis quidem licet, quum suis viribus hæreant, vicemque exhibeant testamenti; in his non

(a) cit. l. 2. de injusto, rupto, irrito facto testamento.

(b) Vide Cujacium ad cit. l. 2. de injusto rupto &c. testamento; & Connanum comment. juris civilis l. 7. cap. 8. n. 6.

CODICILLORUM CAPUT II. 179

non item :quippe qui , tamquam testamenti partes , atque sequela , nusquam sine illo constabunt .

VI. Quod si quærant , utrum in hujusmodi codicillis ab intestato , quibus rumpatur prius testamentum , exigantur quoque juris solemnities a Theodosio præscripta , id est sollemnis numerus quinque testium , nemo est , qui dubitaverit , nisi jus , quo utimur , penitus ignoret . Et quamquam ex relata Ulpiani sententia id non habeatur , quum Consultus loquutus sit secundum veteris juris normam ; attamen si nolint hoc repetere a generali Theodosii constitutione de nova codicillorum forma omnibus codicillis communi (a) , audiant eundem Imperatorem , quum loquens de codicillis ab intestato , quibus rumpatur prius testamentum , hoc idem expresse cavit his verbis (b) : *Si quis autem testamento jure perfecto , postea ad aliud venerit testamentum , non alias quod antea factum est , infirmari decernimus , quam si id , quod secundo facere testator instituit , jure fuerit consummatum . Nisi forte in priore testamento scriptis his , quibus ab intestato ad testatoris hereditatem , vel successionem venire non poterant , in secunda voluntate testator eos scribere instituit , qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur ; eo enim casu licet imperfecta videatur scriptura posterior , (vel Theodosius imperfectam scripturam appellat , cui desint testamenti solemnities , ut vidimus ex Ulpiano) infirmat o priore testamento , secundam ejus voluntatem , non quasi testamentum , sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus .* IN QUAE VOLUNTATE QUINQUE TESTIUM JURATORUM DEPOSITIONES SUFFICIUNT ; QUO NON

(a) cit. l. ult. §. ult. C. de codicillis

(b) l. 21. §. 3. C. de testamentis.

NON FACTO, VALEBIT PRIMUM TESTAMENTUM, licet in eo scripti videantur extranei.

VII. Hæc hætenus animadvertiſſe ſufficiat de committenda veteri cum nova codicillorum doctrina quantum ad primum immutationis caput. Quod autem alterum ſpectat, de ſublata nempe juris differentia inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos testamento, cautius interpretaberis veterum Conſultorum ſententias; præſertim quod ea vetus doctrina nata ex fraudulento Prudentum conſilio in transferendis, fictionis præſidio, verbis civilibus ad codicillos, quod ſane legis rigori obſtabat; occultioſiorem proinde effecit eam codicillorum rationem, qua illud juris myſterium obducebatur. Accessit quod Tribonianus in Pandectarum collectione, dum illam ſubtrahere ſtudit, ut novo juri quodammodo non opponeretur, eraſit fortaffe, quæ conducerent ad rectam veteris juris intelligentiam, novique magis manifeſtaſſet principia. Attamen perſpectis jam ſinceris veterum ſententiis de codicillis confirmatis, ac non confirmatis, diſtinctiſque variis cujuſque codicilli regulis, ſtatim deprehendimus, nihil earum prorsus pertinere ad jus novum. Hinc quæ veterum ſuperſunt fragmenta de peculiari jure in codicillis confirmatis, veluti ſuppreſſa novis Imperatorum conſtitutionibus, nequeunt transferri ad novam illorum indolem, niſi in contradicentia impingamus. Quo ſane ſpectat conſectaria diſputatio, quam abſoluto commentario de veteri, ac novo jure codicillorum, examinandam modo ſuſcipiemus adverſus Boehmerum, ejuſque fautores. Profecto quiſque viderit, quemadmodum ex ignoratione,
ſive

CODICILLORUM CAPUT II. 181

sive confusione magis novæ cum veteri doctrina in ea absurda offenderint, quæ tam aliena sunt a jure, quo utimur, ut hoc destruere omnino videantur.

VIII. Ex hoc autem immutationis capite non levis hic excitari potest dubitandi locus de jure codicillorum, qui fiant ante testamentum; an scilicet doctrina, quam exposuimus de hujusmodi codicillis (a) conveniat, necne cum jure novo de exæquatione legatorum cum fideicommissis; sive quid hodie juris sit inter codicillos anteriores, ac posteriores testamento? Jam late vidimus (b), quid hac de re arbitrari liceret, stante veteri discrimine legatorum a fideicommissis, tum ex Papiniani sententia in Pandectis transcripta, tum ex rescripto Imperatorum Severi, & Antonini a Triboniano in institutionibus relato; atque inter tot interpretum dissidia manum quoque admovimus, quo componeretur Papiniani sententia cum rescripto Imperatorum, itemque Triboniani judicio. Sed præstat hoc loco considerare, quemadmodum ea doctrina de codicillis factis ante testamentum accommodari valeat novo juri de exæquata legatorum ratione cum fideicommissis; quum varia illorum causa diversum quidem jus effecerit in hujusmodi codicillis; adeo ut, quum hodie hoc discrimen cessaverit, non immerito exquirendum videatur, quid porro statuendum sit secundum normam novi juris.

IX. Sed ex iis, quæ antea monuimus, facile apparebit hujus quæstionis definitio. Dum stetit discrimen inter legata, & fideicommissa, si legata scriberentur, codicilli confirmari debuerant *testamento*, sive ante, sive post

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. ult. (b) loco cit.

Post testamentum fierent ; sin fideicommissa , in anterioribus exigebatur quidem retentæ voluntatis probatio in quavis novissima scriptura declarata, non item in posterioribus , ea nempe de caussa , quam discimus , tum a Papiniano , tum a rescripto Severi , & Antonini ; quod quum agatur de voluntatis quæstione , opus est aliqua recenti voluntatis significatione , sive expressa , sive tacita , qua constet , testatorem priores codicillos retinere voluisse . Ergo antiquata differentia inter legata , & fideicommissa , etsi una concidisset jus confirmationis in *testamento* , qua legata vim suam caperent , permanfit tamen illa juris ratio de voluntatis probatione , qua appareret retenta defuncti voluntas in anteriõribus codicillis expressa ; ideoque ut ut exoleverit jus confirmationis quantum ad legata , certe stare debuit , quod tantum spectaret voluntatis quæstionem . Quare ex duobus diversis juris principiis , unum , quod referebatur ad relicta verbis directis , alterum , quod respexit quæstionem voluntatis , ubi primum cessavit in consequentiam exæquationis legatorum cum fideicommissis , nulla caussa est , cur alterum permanere non debuerit , tamquam ex vario fonte derivatum . Hoc præmisso necessario consequitur , vel hodie distare codicillos anteriores a posterioribus , quantum ad voluntatis caussam ; si enim conficiantur post testamentum , nihil desiderabunt ; nam veluti sponte sua partem quidem facient illius ; sin ante , tum intercedat oportet recens animi significatio saltem tacita , qua probetur , testatorem eos revera retinuisse ; aliter tamquam revocati censebuntur testamento postea sequuto ; ideoque ex revocata defuncti voluntate nullo jure constare poterunt.

Scio ,

CODICILLORUM CAPUT II. 183

Scio , non paucos interpretes contrarium tradere ; quum satis habeant , voluntatem in codicillis anterioribus expressam non esse posteriore testamento revocatam . Sed , ut ostendimus (a) , id ideo factum , quod crediderunt , Imperatores Severum , & Antoninum reverà quid diversum rescripisse a Papiniani sententia , quod numquam admiserim , ut loco suo longius demonstratum est (b) .

(a) cit. cap. 1. §. ult. (b) Vide quæ diximus loco cit.



DISPUTATIO CONSECTARIA

De solemnī quinque testium numero in
codicillis vel testamento confirmatis
adversus JUSTUM HENNINGUM
BOEHMERUM.

I.



Uoniam, ut alias innuimus, nil magis periculosum est in jure Romano interpretando, quam legum sententias Pandectarum libris relatas conferre cum posterioribus Principum constitutionibus; non semper enim comperies unam eandemque vocem utraque redolere: hinc factum, ut Pragmatici præsertim, quibus datum est omnia perturbate tractare, vel non satis intelligentes intima veterum Jurisconsultorum oracula, vel minime distinguentes veterem a nova jurisprudentia, quin legum exprimant potestatem, eas magis pervertant; atque sæpissime fit, ut quum utriusque juris rationem conciliare studeant, diversum quoddam jus componant, non modo alienum a veterum sententiis, sed ignotum ipsismet Imperatoribus. Huic malo quidem præter Scriptorum imperitiam in Romanijuris historia, occasionem quodammodo præbuit ipsamet Justinianeæ juris collectio.

Et

Etenim quamquam Justinianus curaverit, Pandectarum codicem ita confici, ut nil in eo insertum, vel antiquatum appareret, vel cum novo jure pugnaret (a); hoc tamen revera Tribonianus non præstitit; nec tam brevi temporis intervallo, quo Pandectæ compositz sunt, præstari poterat; quin haud crediderim, hoc unquam Tribonianum fore assequuturum, nisi veterum sententias in aliam prorsus formam vertisset. Atque jam pridem docti viri animadverterunt, quot falsa juris dogmata in vulgus manaverint ex falsa illa opinione in foro potissimum recepta, quod unum, idemque jus perpetuo exprimat Codex Justinianeus, ac Pandectarum.

II. Constat autem ex Theodosii lege, ut vidimus, non secus valere quamcumque supremam voluntatem præter testamentum, quam solemnī adhibitione quinque testium. At quis crederet, contra hanc expressam novi juris constitutionem, Boehmerum præsertim haud veritum esse dissertationem peculiarem instituere *de codicillis sine testibus validis*, idque probare contendisse veterum Consultorum sententiis? Arbitratur quidem, constitutionem non respicere codicillos testamento confirmatos. Sed quid ineptius, quam ad jus novum referre veterem doctrinam de codicillis confirmatis, quum hæc jam exoleverit una cum differentia inter legata, ac fideicommissa? Verum, ut huic manifestissimo errori plenius occurratur, rem omnem ordine suo præstabimus.

A a 2

§. I. Sum-

(a) Ita inquit Justinianus epistola ad Tribonianum de conceptione digestorum §. 10. *Sed & si quæ leges in veteribus libris positz jam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permit-*

§. I.

Summa disputationis exponitur.

I. **Q**UUM Boehmerus vidisset, codicillos ex Pandectarum libris nullam prorsus solemnem testium præsentiam desiderasse, quàm quidem veteres testamentorum tantum tabulis adscripserant; contra vero in Codice Justiniano præscribi solemnem quinque testium numerum ex Theodosii constitutione (a), haud a jure alienum putavit, si, quantum res ferret, novam Theodosii legem ad veteris juris normam quodammodo transferret. Expresserat quidem generaliter Theodosius quinque testium præsentiam in quavis suprema voluntate testamento excepto; ita enim inquit (b): *IN OMNI AUTEM ULTIMA VOLUNTATE, excepto testamento quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno, eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur*: At quum non aliam codicillorum fecerit mentionem, nisi de confectis vel per scripturam, vel per nuncupationem, credidit Boehmerus, hoc satis esse ad legis potestatem extenuandam; ita ut nil fortasse proponi contra Imperatoris mentem videretur, si certum codicillorum genus exciperet a generali lege de quinque testium præsentia. Hinc accepto veteri codicillorum discrimine inter testamento confirmatos, ac non confirmatos, quoniam de confirmatis testamento prostat in

(a) in l. ult. §. ult. C. de codicillis. (b) loc. cit.

in Pandectis quædam peculiaris juris regula a non confirmatis longe diversa, nimirum ut scripta in illis perinde haberentur, ac si scripta essent in ipso testamento; opportune existimavit, rem ita componi posse, ut Theodosii præscriptum respiceret codicillos tantum testamento *non confirmatos*, non item *confirmatos*; hi enim quum ex veterum Consultorum doctrina ex testamento valere dicantur, nil referre credidit, utrum Theodosiano ritu, nec ne conficiantur; quum alioqui ipsa testamenti solemnia ad codicillos quoque *confirmatos* transferri valeant, perinde ac relicta in hujusmodi codicillis in ipso solemnii testamento scripta essent.

II. Hoc speciosum juris commentum nolim profecto uni Boehmero adscribere; is enim utcumque dilatare illud studuerit peculiari disputatione; nihilominus præcipua rerum capita mutuatus est ex quorundam interpretum scriptis, quibus primo in mentem venit hoc novum juris principium offundere; haud animadvertentes, quo revera spectaret ea vetus codicillorum doctrina, quæ nullo pacto poterat cum novo jure convenire. Ac sane inter eruditiores neminem deprehendi hujus sententiæ fautorem, præter unum Hugonem Donellum (a), cujus doctrinam amplexus est quoque Vinnius (b), ut solet; quamquam Osualdus Hilligerus haud dissimulaverit Donelli errorem notare (c). Ex schola vero forensi Bartolus primo hoc idem in scenam adduxit (d), mutata tamen sermonis proprietate; scribit enim jure constare scripturam, sive *schedulam* sine solemnii testium

nu-

(a) Comment. juris civil. lib. 7. c. 19. n. 10. & 20.

(b) Inst. lib. 2, tit. ult. §, ult.

(c) Ad Donellum enucleatum l. 7. c. 19.

(d) in l. si ita scripsero de cond. & demonstr.

numero, ad quam testator in testamento se retulerit; puta si testamento declarasset, se præstare velle, quicquid codicillis, sive schedulis reliquisset: quod sane nil aliud est, nisi codicillos testamento confirmari. Utcumque autem Bartolus schedulam non solemnem testamento confirmatam approbarit, intellexit tamen de scriptura manu testatoris exaratam; ita ut ex literarum comparatione, aliisque argumentis, ut arbitratur, certa habeatur scripturæ fides. Sed Paulus Castrensis (a) non dubitavit Bartoli doctrinam protrahere etiam ad schedulas aliena manu conscriptas. Res tandem in Pragmaticorum vulgus pervenit, quorum ingens turba, ut moris est, undique fluctuare visa est. Quidam cæco impetu in Bartoli, ac Castrensis doctrinam jurarunt; cum quibus mirum quidem est, Antonium Fabrum communionem fecisse (b). Alii, recentiores præsertim, haud veriti sunt Bartolinis resistere, ut Theodosii constitutionem a tanta calumnia vindicarent; quos inter eminet Harprechtus (c), ut non immerito Heineccius fateatur (d), litem adhuc esse sub iudice. Ceteri demum, qui satius existimarunt mediam magis tenere viam inter oppositas sententias, vix sibi constant; atque mutuatis ex Arabum dialectica speciosis verborum figmentis, ita quæstionem involverunt, ut amplius non appareat difficultatis nodus. Plerisque placuit distinguere, an huiusmodi schedula *implicite*, vel *explicite* in testamento comprobetur; aliis, an *per modum unius*

(a) ad cit. l. si ita scripsero de condit. & demonstr.

(b) de erroribus Pragmaticorum decade 9. extore 3.

(c) vol. 1. conf. 5.

(d) Antiquit. Rom. ad inst. lib. 2. tit. ult. §. 16.

unius, an *plurium*; an *definite*, an *indefinite*; ac similia exhibent nugatoria commenta, quæ non verentur in re seria proferre. Mitto alteram secundariam litem, quam excitarunt de probatione *identitatis* schedulæ, ut aiunt, ne facile fides præstetur scripturis non solemnibus præter veram testatorum voluntatem. Suaves sunt porro, quum inter tot tumultuarias quæstiunculas videas, vel unius, vel duorum, vel plurium testium præsentiam a plerisque desiderari pro schedulæ probatione. Atque in summa temere in omnia irruentibus, legumque auctoritatibus falso usurpatis, frustra conaberis ex illorum scriptis percipere, quo revera pertineat temeraria eorum doctrina, an referatur ad supremas voluntates, an ad ceteros actus inter vivos, an intelligant de pagani codicillis, an de testationibus privilegiariis; ut desipere prorsus cogatur, qui eorum deliriis insistat.

III. Verum in tanta rei forensis perturbatione qui ferio Theodosii constitutionem investigaverit, statim cognoscet, rem suapte natura manifestissimam adductam quidem esse in quæstionem interpretum licentia, ac errore. Etenim quum Imperator intellexerit novam codicillorum formam statuere a veteri jure diversam, qua solemnibus quinque testium numerus cavetur *in omni ultima voluntate excepto testamento*, nesciverim, qua fronte audeant eundem testium numerum negare in *codicillis testamentis confirmatis*; quum ceteroqui legis sententia generaliter referatur ad quamcumque supremam voluntatem extra testamenti tabulas. Duo quidem in jure habentur testationum genera; nimirum vel *testamentum*, vel *codicilli*; si ergo Imperator præter testamentorum tabulas expresse tri-

tribuit quinque testium numerum altero testationis modo, qui fiet, ut codicilli confirmati a lege abstrahantur? Nonne manifestissime in legem ipsam offendes, quum ex una, eademque codicillorum forma ab Imperatore generaliter præscripta duas feceris inter se se oppositas? Atque ne frustra repetantur, quæ longiore sermone pertractavimus capite II. nostri commentarii de genuina Theodosianæ constitutionis sententia (a), jure hic contendimus, unam prorsus esse codicillorum formam novo jure constitutam, siue confirmatio in testamento adjiciatur, siue contra, unoque ritu æque expleri debeat quodcumque codicillorum genus; quum unam Theodosius formam cuique adscripserit ad differentiam constitutionis Constantini Magni, qui primus solemnia admiserat in codicillis tantummodo *ab intestato* (b)].

IV. Quocirca quum in Codice Justiniano apertissimo jure statuatur solemnibus quinque testium adhibitio in suprema voluntate per *codicillos* expressa, nostra assertio satis liquet ex legis verbis, ut nullo penitus argumento indigeat; ac propterea in hac disputatione id unum præstat, ut adversariorum eluantur argumentationes, quibus legem circumveniunt, ut errorem suum tueantur. Ne autem rerum varietate obruamur, rectius putaverim disputationem dispertire in sua quæque capita; ut primo loco videamus, quo pertineant legum auctoritates, quæ in contrarium afferuntur a Boehmero, suæque sententiæ fautoribus: tum expendemus rationes, quibus eam comprobare videntur; deinde investigabimus receptam fori sen-

(a) Vide quæ diximus cap. 2.º de novo jure codicillorum §. 1.

(b) cit. cap. 2.º §. 1.º n. 1. & 2.

sententiam, sive quid haftenus hac in re prodierit ex præcipuis Senatum decretis, Italiæ præsertim; ut ita disputatio ad mores quoque, quibus utimur, flectatur. Postremo insectabimur Boehmerum, quoad alteram suæ dissertationis partem, de ceteris nempe testationibus, quas etiam valere contendit sine quinque testium præsentia, quasque perperam ad codicillos retulit.

§. II.

Convelluntur contraria argumenta ex juris locis petita.

I. **N**E verborum ambagibus quæstio involvatur, liceat hic principio præmittere, *codicillorum* nomine, præsertim jure novo, venire quamcumque supremam defuncti voluntatem præter testamenti rationem; sive ea scripta sit, sive per nuncupationem, sive facta ab intestato, sive pertinens ad testamentum, sive demum directe declarata, sive per fideicommissum; quantum enim ad juris solemnia una est omnium causa, unoque ritu expleri debent. Etenim utcumque veteres distinguerent *codicillos* ab *epistolis*, quatenus in illis proprie legata scriberentur, in his fideicommissa; sublata tamen per Justinianum differentia inter legata, & fideicommissa, nec amplius distant *codicilli* ab *epistolis*. Vulgo etiam *schedulas* quandoque appellant ea appendicula supremæ voluntatis extra testamenti tabulas; sed quoquo modo eas nominemus, perspicuum est, eadem juris solemnia ex Theodosio

omnibus uno modo præscribi. Etenim Imperator prætermis-
sis tot variis codicillorum nominibus, generali signifi-
catione, illis nempe verbis *in omni ultima voluntate ex-
cepto testamento*, complectitur quicquid ad suprema per-
tineret excepta causa testamenti; ut ita sub una lege
comprehenderet quicquid extra testamenti tabulas va-
garet.

II. Hoc posito videamus, quidnam ab adversariis
afferatur, ut codicillos, sive *scbedulas* testamento confir-
matas a Theodosii lege excipiant; & primo cujus mo-
menti sint legum auctoritates, quæ communiter afferun-
tur. Tria juris loca hic profert Boehmerus (a) ad suam
sententiam comprobendam, quorum duo accepit a Do-
nello, tertium a Bartolo, ejusque sectariis; a Donello
quidem profertur Lex 77. *de heredibus instituendis*; atque
Lex 10. *de conditionibus institutionum*; a Bartolo vul-
gata Lex, *si ita scripsero* 38. *de conditionibus*, & *demon-
strationibus*. Mirum quidem est, ex Pandectarum libris,
unde relatæ leges depromptæ sunt, argumenta hic duci ad
nostram quæstionem; ubi enim agitur de interpretatione
Theodosianæ constitutionis, nesciverim, quo pacto cre-
diderint, id assequi posse veterum Consultorum sententiis,
quas sane perperam retuleris ad novum jus Imperatorum.
Jam vidimus, quemadmodum jure Pandectarum codicilli
nullis juris solemnibus admitterentur, unaque intellexi-
mus, non nisi ex Theodosio eos solennes omnino proba-
tos. Qui ergo fiet, ut jus novum explicent ex veteri ju-
ris norma? An Consulti intendere potuerant in novas
leges?

(a) cap. 1. suæ disput. §. 15. & seq.

leges? Haud negaverim, recte conferri Pandectarum sententias cum jure Codicis, ubi una voce consentiant; sed quomodo ad novi juris interpretationem argumenta sumi valeant ex jure jam abrogato, prorsus non video. Etenim frustra quærimus a veteribus Consultis, an codicilli confirmati exigant solemnem numerum quinque testium a Theodosio præscriptum; quum codicillorum solemnia ignota illis fuerant. Itaque ut huic disputationi recte occurrerent, non aliam legum auctoritatem opponere debuissent, nisi quæ vel ex ipsa Theodosii lege, vel posterioribus haberetur constitutionibus.

III. Verum ut ut intempestive recurrant ad eas leges, quæ jure pertrahi nequeunt ad nostram disputationem, præstat tamen, ut audiamus, quid umquam ex iis sibi voluerint. Ex tribus autem præcipuis juris locis, quæ hic afferuntur, primum est, ut Donello satisfaciamus, tum descendere ad Bartolinos licebit. Plura quidem falsissima juris dogmata congerit Boehmerus ex hujusmodi Pandectarum locis quoad juris veteris observationem in codicillis; sed ne a quæstione aberremus, hic tantum inspicimus, quod pertinet ad propositam controversiam, cetera alibi opportuniùs examinabimus. Offert itaque Donellus duas juris sententias, unam Papiniani (a), alteram Ulpiani (b); quæ tamen unam, eandemque speciem complectuntur. Certi juris est, hereditatem directe neque dari, neque adimi in codicillis; quum hereditatis datio non nisi testamento constet, ne confundatur jus

B b 2

CO-

(a) in l. asse toto 77. de heredibus instituendis.

(b) in l. institutio talis. 10. de conditionibus institutionum.

codicillorum cum testamentis (a); hinc Papinianus hanc speciem proponit: *Asse toto non distributo ita scriptum est: QUEM HEREDEM CODICILLIS FECERO, HERES ESTO. Titium CODICILLIS heredem instituit, ejus quidem institutio valet, ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit; tamen hæc ex testamento data videtur (b).* Apertissima est Consulti sententia: Si quis testamento ita dicat: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, deinde codicillis heredem scribat, quæri posset, an valeat hujusmodi institutio; quum ex recepta juris regula nequeat hereditas directe codicillis dari. Et valere ait; quia hæc institutio non ex *codicillis*, sed ex *testamento data videtur*. Idem proponit Ulpianus (c): *Institutio talis: SI CODICILLIS SEJUM HEREDEM SCRIPSERO, HERES ESTO, non est inutilis in quovis herede instituto præter filium; est enim conditionalis institutio. Nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est: verum conditionalis est hæc institutio, quæ testamento data esset. Proinde & si ita scripserit: CUJUS NOMEN CODICILLIS SCRIPSERO, ILLE MIHI HERES ESTO, pari ratione dicendum erit institutionem valere, nullo jure impediante.* Ex duobus istis juris locis perspicuum est, id unum in quæstionem venisse, num scilicet institutiones in testamento ita conceptæ: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, vel: *cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto*, vel demum: *si codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto*, inutiles haberentur; propterea quod in codicillis factæ viderentur, in qui-

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. 1. (b) cit. l. 77. de herediis instituendis. (c) cit. l. 10. de conditionibus institutionum.

quibus hereditatis datio jure non constat . Papinianus ergo , & Ulpianus uno ore valere respondent , ea nempe de causa ; quod licet vera sit juris regula , ut heredis institutiones scribi nequeant in codicillis ; tamen in hujusmodi speciebus non ex codicillis , sed ex testamento hereditas data videtur . Quippe aliud est dari hereditatem , aliud heredis personam nominari ; quum autem in testamento quis dicat : *quem heredem codicillis fecero , heres esto* , jam hereditatem dedisse censetur ; quum vero codicillis scribat nomen heredis , sive heredem declaret , tum non instituit , sed heredem , quem jam destinaverat , tantum manifestat : ideoque datio quidem hereditatis codicillis improbat , non item heredis manifestatio . Atque , ut scite exponit Cujacius (a) : *Quum dixit , quem codicillis heredem fecero , heres esto , videtur tantum contulisse nomen heredis instituti in codicillis ; & QUEM HEREDEM CODICILLIS FECERO , hoc est , quem nominavero codicillis , ille heres esto . Codicillis ergo recte scribitur nomen heredis , sed non recte instituitur heres .*

IV. Sed quorsum hæc ad rem nostram ? Respondet Boehmerus (b) Donelli auctoritate , atque ita argumentatur : Ideo in relatis speciebus valet heredis institutio in codicillis , quod quicquid scribitur codicillis *confirmatis* , perinde haberi debet , ac si in testamento ipso scriptum esset ; ac propterea relicta in illis ita inesse creduntur testamento , ut licet desint propria codicillorum solemnia , relicta tamen in codicillis confirmatis ex testamento ipso valere videantur pari ratione , qua Consulti dixerunt , illas heredis institutiones ex testamento quoque datas vide-

(a) in l. 17. quest. Papin. ad cit. l. 77. de heredib. instit. (b) cap. 1. suæ disput. 1 ;

deri. Atque tria hic Boehmerus colligit ex his legibus. *Valida* I. inquit (a), est heredis institutio in codicillis designata, quæ alias per se invalida. II. quidem, ut directo valeat, non per modum fideicommissi; atque hinc integram portionem accipit non detracta Trebellianica, quæ alias detrahenda foret, si jure fideicommissi partem suam acciperet. III. fundamentum decisionis in eo quaeritur: quod quia codicilli specificè antecederent confirmati sunt, & testator eo ipso se ad illos referat, non tam in codicillis, quam in testamento hereditas data videatur. Ex quo ipso evincitur, specialem confirmationem codicillorum id operari, ut id, quod in codicillis disponitur, pro eo habendum sit, ac si in testamento dispositum esset.

V. Quot verba, tot paradoxa. Ac primum falso quidem principio argumentatur. Etenim heredis institutio numquam valuit in codicillis, licet confirmatis testamento ex apertissimis veterum Consultorum sententiis, ut alibi exposuimus (b). Audiat Cajum (c): *Item per codicillos nemo heres institui potest, QUAMVIS TESTAMENTO CONFIRMATI SINT*. Item Ulpianum (d): *Qui testamento heres institutus est, codicillis etiam non confirmatis rogari potest, ut hereditatem totam, vel ex parte alii restituat; QUAMVIS DIRECTO HERES INSTITUI NEQUIDEM CONFIRMATIS CODICILLIS POSSIT*. Sive ergo codicilli essent confirmati testamento, sive non confirmati, numquam constabat hereditatis datio in codicillis verbis directis concepta, ne confunderetur, ut ait Justinianus (e), *jus testamentorum,*

¶

(a) loco cit. (b) cap. 1. nostri comment. §. 10. (c) Inst. lib. 2. tit. 7. §. 8. (d) tit. 25 §. 11. (e) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 2.

& *codicillorum*. Quid ergo Boehmerus ait, ideo valere in illis speciebus heredis institutionem in codicillis, *quod quia codicilli specificè antecederent confirmati sunt*, & *testator eo ipso se ad illos referat*, non tam in codicillis, quam in testamento hereditas data videatur? Plane quum non vidisset, quid revera juris esset apud veteres in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, temere offendit in falsissima juris principia. Deinde undenam Boehmerus accepit, Papinianum, & Ulpianum loquutos de codicillis *confirmatis*? Palam est, Consultos quæstionem minime contulisse ad rationem confirmationis, sed generaliter sermo instituitur de heredis declaratione in *codicillis facta*; quum alioqui quæstionis definitio non penderet ex regula confirmationis. Cur, inquam, Boehmerus credidit, illic agi de codicillis confirmatis, quum nullum hujus rei vestigium appareat? Forfan putaverit pro confirmatione codicillorum accipi ea verba: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, vel: *cujus nomen codicillis scripsero, heres esto*? Perperam quidem opinatus esset, si existimaverit, ea verba vim confirmationis habere. Jam vidimus, quemadmodum codicilli confirmarentur, quibusque formulis veteres utebantur (a). Fateor, ubi testamento dicatur: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, videri quidem testatorem per consequentiam codicillos comprobare; sed negaverim, hoc referri posse ad eam confirmationis potestatem, ex qua constabant relicta in codicillis per verba directa.

VI. Inquies, in hujusmodi testamentis, de quibus Consulti loquuntur, aderat fortasse expressa codicillorum con-

(a) cap. 1. nostri comment. §. 10.

confirmatio. Respondeo, nihil ob stare, quin adjecta esset; sed quid hoc quæso ad propositam dubitationem? Non eo quæstio pertinebat, an valeret institutio, tamquam in codicillis confirmatis facta; sed an in testamento quidem hereditatis datio, in codicillis vero heredis nomen stare posset. Hinc vides iterum Boehmerum hallucinari, quum confundit hereditatis dationem cum heredis manifestatione. Quippe Consulti eam tantum dubitationem excitarunt, an si quis scriberet heredis nomen in codicillis, quum in testamento prius caverat: *quem heredem codicillis fecero*, vel: *cujus nomen codicillis scripsero*, *heres esto*, improbari videretur institutio, tamquam in codicillis declarata; & respondent, ideo valere, *quod licet*, (verba Papiniani) *codicillis dari hereditas non possit; tamen hæc ex testamento data videtur*. Non recte quidem heres instituitur in codicillis, licet recte nomen heredis scribatur; quo fit, ut in relatis speciebus perspicuum fuerit, heredis institutionem in testamento quidem factam esse, etsi personam heredis testator in codicillis nominaverit. Quid ergo Boehmerus Consultos calumniatur, quum aliunde rationem petierit (& falsam quidem) illarum sententiarum, si expressis Papiniani verbis vera juris ratio habeatur? Quid quæso insolentius, quam in errorem suum Consultos quoque adducere conari? Demum quis non perhorrescet, quum a Boehmero audiverit, eas institutiones, tamquam in codicillis factas accipi, & quidem directe, non item per fideicommissum? Quid afferri poterat absurdius? Aio, *directam* quidem institutionem ideo illic haberi; quia directe *testamento* data est. Tantum valet illa enunciatio: *quem heredem codicillis fecero*, *heres esto*,

esto , quantum hæc : *heres esto* , *cujus nomen scripsero* , *sive declaravero codicillis* . Dire etiam hanc quidem agnoscimus institutionem , ex verbis nempe directis testamento pronuntiatis *heres esto* ; quod sane nequit ad codicillorum rationem referri , nisi in absurdissima juris principia offendatur . Itaque ex genuina harum legum intelligentia quisque videt , quam extra nea sint , quæ ex his proferre conantur , quin quam longe aberraverint a sincera Consultorum sententia , ut mirum sit , id Donello primum excidisse . Repetunt quidem a confirmatione codicillorum , quod apertissime Papinianus præsertim refert ad diversam prorsus juris rationem ; sive enim codicilli confirmentur , sive contra , æque valet institutio ex testamento ; quum testator heredem in eo instituat , cuius nomen in codicillis deinde manifestaverit .

VII. Tertius juris locus , quem vulgo afferunt ex Bartolo , est , inquam , lex *si ita scripsero* 38. *de conditionibus* , & *demonstrationibus* . Hæc porro sumta est ex singulari Pauli libro *de jure codicillorum* . Verba sunt : *si ita scripsero : QUANTUM CODICILLIS TITIO LEGAVERO* , licet codicillis legatum explicetur ; tamen ex testamento valet ; solaque quantitas in codicillo delata est ; nam & apud veteres talia legata fuere : *QUANTUM EL PER EPISTOLAM SCRIPSERO* , *QUANTUM EX ILLA ACTIONE DETRAXERO* , *HERES DATO* . Satis perspicua patet hæc Pauli sententia . Pone testamento cautum , tantum legati nomine Titio præstari , quantum codicillis , vel epistolis scriptum esset , quod hac formula veteres exprimere solebant : *quantum codicillis* , *vel per epistolam Titio legavero* , *vel scripsero* , *heres dato* .

C c

Quæ-

Quærit Consultus, an talia legata valerent? Et respondet valere quidem ex testamento, non autem ex codicillis, quum in codicillis, vel epistola non utique legatum scribitur, sed illius quantitas tantum declaratur; ideoque ex testamento datum videtur; licet sola quantitas ex codicillis habeatur. Quid quæso Bartolini sibi velint ex hac Pauli sententia? Fingunt primo, Consultum loqui de codicillis testamento confirmatis; tum contendunt, non alia de causa talia legata ex testamento valere; nisi quia quicquid scribitur codicillis confirmatis, datum videtur in ipso testamento; atque, ut ait Boehmerus (a): *Quare autem legatum ex codicillis non valet?* (loquitur quidem de relato Pauli loco) *quia scilicet testator antecederet codicillos confirmavit, & se per expressum ad illos retulit, ut ideoque dispositio codicillaris ad testamentum referri debeat.*

VIII. Sed profecto nodum in scirpo quærunt. Falso quidem arbitratur Boehmerus, Pauli sententiam accipendam de codicillis testamento confirmatis; id enim nedum non habetur ex illius verbis, quin contrarium aperte evincitur. Quærit Consultus, si testamento quis tantum Titio legaverit, quantum codicillis scripserit, utrum ex testamento legatum dari dicatur, an potius ex codicillis? & ex testamento valere ait, ea nempe ratione, quod non utique legatum, sed sola illius quantitas in codicillis delata videtur. Dicat quæso Boehmerus, quid causæ est, cur Paulus in hac specie dubitationem moverit, an ex testamento, an ex codicillis legatum consistat, quum certi juris sit, legata æque valere, tum in testamento data

(a) cap. 1. sup. disput. §. 15.

ta, tum in codicillis? Quid porro intererat definire, an magis ex una, quam altera testatione legatum constaret, quum idem prorsus juris in utraque deprehendatur? Atque ex speciebus antea relatis Papiniani, & Ulpiani intelligimus quidem, multum referre, an heredis institutio data videretur ex testamento magis, an ex codicillis; propterea quod hereditatis datio nullo jure constat, si codicillis scribatur; ideoque ubi Consulti institutionem in testamento factam existimarunt, licet heredis manifestatio scripta esset in codicillis, eam quidem valere decreverunt, quæ aliter inutilis fieret. Contra in Pauli specie nullus dubitationi locus videri posset, quum legata recte relinquuntur in utroque testationis genere. Quo ergo pertinebit hujusmodi quæstio a Consulto instituta? An futilem dubitationem hic Paulum movisse crediderit Boehmerus?

IX. Verum nec temere quæstionem movit; nec alio hæc spectare poterat, nisi ut, considerata veteris juris norma in legatorum datione, multum referret inspicere, utrum ex testamento, an ex codicillis legatum haberetur. Quippe legata, tamquam verbis civilibus concepta, non secus constabant, nisi relicta, vel in solemnibus testamenti tabulis, vel in codicillis quidem, sed testamento confirmatis. De confirmatis nota erat juris regula, ut relicta in illis ex testamento valerent; ita ut frustra Paulus dubitationem movisset de re satis manifesta. Quæstio ergo pertinere tantum poterat ad codicillos *non confirmatos*, in quibus non legata, sed fideicommissa tantummodo constabant; ita ut si legata in iis scriberentur, nullius erant momenti. Hinc quærit Paulus, si testator testamento ita caverit: *quantum codicillis Titio legavero, heres dato*; & deinde quantita-

tem exprimat in codicillis, qui non essent testamento confirmati, an idcirco legatum valeret? Quæstio ex eo pendebat, ut dignosceretur, an legati datio facta videri poterat in testamento, an codicillis; si codicillis, inutilis prorsus fieret; quum ea recte scribi non poterat, nisi vel testamento, vel codicillis *confirmatis*; sin testamento, tum recte constaret. Itaque Paulus attendens ea testamenti verba: *quantum codicillis Titio legavero, heres dato*, non secus agnovit legati dationem, quam ex testamenti verbis; nam quantitatis descriptio in codicillis facta legatum non constituit, sed *explicat*; ideoque ait: *Si ita scripsero: quantum codicillis Titio legavero, LICET CODICILLIS LEGATUM EXPLICETUR; tamen ex testamento valet; SOLAQUE QUANTITAS IN CODICILLO DELATA EST.* Atque, ut ex Papiniano, & Ulpiano audivimus, sola heredis manifestatione in codicillis facta, haud videri datam in iis hereditatem; ita ex Paulo sola legati quantitate in codicillis descripta, non intelligi ex codicillis legatum valere; & quemadmodum ex testamento valere dicitur ea institutio: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, licet codicillis heredis nomen explicetur; ita ex testamento etiam valere dixit Paulus eam legati dationem: *quantum codicillis Titio legavero, heres dato*, licet quantitas in codicillis deferatur. Etenim sola heredis manifestatio in datione hereditatis, vel quantitatis descriptio in legatis nec institutionem, nec legatum constituere videtur.

X. Ex intellecta hastenus genuina Consultorum mente in relatis juris locis, quantum ex ipsismet verbis perspicue apparet, quis modo non videt, quemadmodum hal-

lu-

lucinentur , qui harum legum auctoritate rationes peter^e crediderunt , ad eorum sententiam in proposita disputatione comprobendam ? Turpiter quidem falluntur , quum arbitrati sunt , ideo in illis speciebus institutionem , atque legatum ex testamento valere dicatur , non autem ex codicillis ; quod illic agebatur de codicillis testamento confirmatis , in quibus ex nota juris regula quicquid scribatur , perinde haberetur , ac si scriptum esset testamento . Fateor quidem hoc juris principium apud veteres admissum in codicillis confirmatis ; sed falsum est , Consultos in illis locis de codicillis confirmatis loquutos ; vel saltem definitionis rationem petiisse ex jure confirmationis . Etenim palam est , institutionem directam , de qua est sermo in Papiniani , & Ulpiani loco , numquam constare potuisse in codicillis vel testamento confirmatis , ut probavimus . Quod autem spectat Pauli speciem , satis liquet , æque valere legati dationem ex testamento , licet legati quantitas expressa sit in codicillis , sive confirmatis , sive non confirmatis : tantum enim abest , ut Consultus dubitationem moverit de codicillis confirmatis , quin nequeat ea species referri , nisi ad non confirmatos ; nec ex jure confirmationis , sed ex alio prorsus juris principio legatum ex testamento constare manifestissimeprehenditur .

XI. Verum quamquam ex relatis juris locis , quos obijciunt , falsa omnino conjecerint , longeque aliena ab hac disputatione ; ultro tamen fatemur , veram esse doctrinam , quæ profertur de codicillis confirmatis ex veterum scriptis ; ut nempe quicquid in iis scribatur , perinde haberi debeat , ac si scriptum esset in ipso testamento ; quippe

pe etsi perperam eam accommodaverint ad illarum legum sententiam exprimendam; nihilominus non ambigitur, verteres eam juris regulam recepisse quidem in codicillis confirmatis; qua de re longius egimus in nostro commentario (*a*). Quocirca, ne nobis frustra irascantur, sciant, id tantum hactenus curæ fuisse, ut errorem detegeremus, in quo versati sunt; quum ex hujusmodi juris locis falso argumenta petierint, quæ sane tueri nequeunt, quin manifestissima eorum intelligentia pervertatur. Hinc missos facimus ceteros juris locos a Bartolo congestos (*b*), veluti longissime a proposito alienos, ne in rebus prorsus extraneis tempus terere videremur. Ceterum quidnam contendat ex illa veteris juris regula de codicillis confirmatis, mox videbimus; quum sermo erit de altero argumentationum capite.

§. III.

Expenduntur rationes, quibus adversarii existimarunt suam tueri posse sententiam.

I. **P**erspecta argumentorum fallacia ducta ex falsa legum interpretatione præstat modo reliqua rationum momenta attingere, quæ in contrarium afferuntur ad tollendum solemnem quinque testium numerum in codicillis confirmatis. Ac sane tota argumentorum summa uno tantum nititur juris principio; quo quidem redit, quicquid vel Donellus, vel Bartolus vel demum Boehmerus, ce-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10. (*b*) in cit. l. § ita scripsero 38. de conditionibus, & demonstrationibus.

terique ejus fautores protulerint ; adeo ut si illud ruat , nihil prorsus superfit , quo eorum valeat sententia sustentari.

II. Donellus , inquam , ut vidit veterem juris regulam in codicillis confirmatis , ut nempe *relieta in his perinde haberentur , ac si scripta essent testamento* , haud animadvertens quo revera pertineret , credidit eam commode perduci posse ad novum jus codicillorum , atque ita argumentatur: Statuit quidem Theodosius solemnem quinque testium numerum in quavis suprema voluntate præter testamentum , ad differentiam veteris juris , quo codicilli solemnes non erant. At quoniam ea est vis codicillorum, qui testamento confirmantur, ut relieta in illis ex testamento ipso valere dicantur, apparet eos non comprehendendi sub Theodosii præscripto ; etenim quæ propria abest codicillorum solemnitas , ex testamento suppleri videtur ; quid enim refert , an hujusmodi codicilli solemniter fiant, quum tantum in his valeant relieta, quantum si scripta essent in ipso testamento? *Neque, ut ait (a), id prohibet Theodosii constitutio , quæ in omni ultima voluntate illam observationem suam valere jubet ; addit enim IN OMNI VOLUNTATE EXCEPTO TESTAMENTO . In proposito autem codicillis relieta , testamento relieta dicimus ; ac propterea etsi codicilli revera rite non fiant ; quia tamen relieta considerantur , ac si testamento solemniter scripta essent, tamquam ex testamento recte valere videbuntur .* Hæc Donellus. Idem prorsus Bartolus congerit Arabum dialectica ; ideo enim, arbitratur, valere schedulam non solemnem , testa-
men-

(a) comment. juris civilis lib. 7. cap. 19. n. 10. & 20.

mento tamen confirmatam, quod etsi abfit solemnis testium numerus, *IMPLICITE* tamen testes testamentarii ei adfuisse intelliguntur: *Nec obstat*, inquit (a), *quod dicitur, non est sollemnis; immo est sollemnis; quia quicquid relinquitur in testamento refertur ad hanc scripturam*. Hinc Bartolini testationes non solemnes, testamento tamen confirmatas, non tam *codicillos* appellarunt, quam *schedulas*: quo nomine proprie venire credunt, quicquid testator scripserit extra testamenti tabulas, in quibus tamen fateatur, valere velle, quæ in *schedulis* iusserit; adeo ut quod in libris juris *codicilli confirmati* nomine appelletur, vulgus nominat testationes, sive *voluntates per relationem ad schedulam*. Utcumque autem Donelli doctrina verbis tantummodo distet a tricis Bartolinis, una tamen re ipsa conveniunt: ut nempe *codicilli confirmati* haud comprehendantur sub Theodosiana constitutione; propterea quod relicta ex testamento valere dicantur; vel ut placuit Bartolo, *in voluntatibus per relationem ad schedulam testes implicate adesse videntur*. Eadem prorsus recudit Boehmerus (b); ita ut licet varia verborum quisque forma utatur, unico tamen, eidemque omnes peræque hærent principio.

III. Sed quid absurdius afferri poterit vel Donelli argumentatione, vel Bartolino commento? Nonne hoc pudet tum puriorem, tum vulgarem juris interpretem? Quid quæso (Donello præsertim dixerim) ad rem nostram pertinet vetus juris regula de *codicillis confirmatis*, quum suppressa ea mansisset novi juris introductione?

Jam

(a) in cit. l. si ita scripsero 38. de condit. & demonstrat. (b) cap. 1. suæ disp. §. 30. & seq.

Jam longo sermone demonstravimus (a), quemadmodum ex Justiniano exaequata legatorum natura cum fideicommissis (b) cessaverit quodvis juris discrimen inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos; si enim hi antea inter se se distabant ob variam illam relictorum rationem, ridiculum esset amplius distinguere varium jus in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, ubi unam hodie agnoscimus relictorum causam, quasi consequentia stare valeant sine antecedentibus. Hinc proficiscitur, ut sicuti per Justinianum non amplius differrent quantum ad juris effectus varia illa codicillorum genera; ita necessario recessit quicquid juris peculiare in confirmatis veteres constituerant; si enim hodie communi prorsus jure reguntur, quo inquam pacto simul retinebis veterem illam juris regulam, quæ codicillos tantum confirmatos spectabat? Etenim fracto *confirmationis* principio in codicillis, quod certe manaverat ex veteri illa *legatorum* potestate a *fideicommissis* distincta, quid porro in scenam iterum adduxeris veterem juris regulam de codicillis confirmatis, ut nempe scripta in his haberi debeant, ac si scripta essent testamento?

IV. Scio Tribonianum in Pandectarum collectione reliquisse quidem illius veteris doctrinæ vestigia; quod fane causam præbuit Donello, ut ignorata intima ejus vi, atque origine, facile ea abuteretur in novi juris expositione. Sed quis ignorat, quanta veteri doctrina scateant Pandectarum libri, quam nullo pacto ad jus novum pertrahere queas? Nonne ubique disseminatæ prostant veterum sententiæ de differentia legatorum a fidei-

D d

com-

(a) Vide quæ diximus cap. 2. nostri comment. §. 4. (b) L. 2. C. communia de legatis &c.

commisissis, quæ tamen Justiniano auctore prorsus recesserat? Quid ergo mirum, si de veteri jure *confirmationis* in codicillis mutilæ quædam reliquiæ deprehendantur in libris juris? At inquires, an & hodie non licebit confirmare codicillos testamento? Fatemur quidem, ut alias vidimus (a), nullo jure vetari, ne quis testamento codicillos confirmet; sed negamus veterum sententias de jure confirmationis convenire posse cum nova codicillorum ratione nata ex sublata differentia inter legata, ac fideicommissa; non enim disputamus de confirmandis codicillis, sed de illo juris effectu, quem veteres in confirmatione agnovere, ut admitterent *legatorum* dationem in codicillorum tabulis. Quare quum jure novo utrumque codicilli genus in unam rediisset consonantiam, vel fateantur oportet eundem solemnem testium numerum in utrisque desiderari ex Theodosii præscripto; vel si hunc tollant a *confirmatis*, nulla causa est, cur idem dici nequeat de *non confirmatis*; tumque irruent in apertissimam Imperatoris constitutionem.

V. Verum ut luculenter appareat, quam præpostere argumententur, liceat modo iis concedere ut vel antiquatas veterum sententias adhibeant in novi juris expositione; præstat enim humaniter cum iis agere, quorum argumenta undique erroribus obvolvuntur. Equidem veteres Consulti posuere, ut *relicta in codicillis confirmatis perinde haberentur, ac si scripta essent in ipso testamento*. Quid hoc quæso ad rem nostram? Nimirum, ajunt, si relicta in codicillis ex *testamento* valere dicuntur, quid opus erit solemni quinque testium numero? Nam hic testium

(a) loc. cit.

stium numerus utique exigetur in iis codicillis, in quibus relicta proprio jure sustententur, ut contingit in codicillis non confirmatis; sed ubi relicta ex testamento valent, cessat propterea ratio adhibendi solemnia in ipsismet codicillis, quasi codicilli confirmati ita regantur testamenti solemnibus, ut suis non egeant.

VI. Mirum est, hujusmodi verborum involucris vera falsis ita permisceri, ut nisi rerum notiones secernantur, numquam fallacia fatis apparebit. Etenim aliud est, *relicta in codicillis ex testamento valere*, aliud *solemnem haberi eam voluntatem, quæ talis revera non sit*. Quando veteres admitterunt relicta in codicillis confirmatis, veluti si relicta essent in testamento, id unum revera intellexerunt, ut juris fictione introducerent in codicillorum tabulis *legatorum* dationem, quæ sane ex legis rigore admitti non poterat, nisi in testamento, quasi videretur datum testamento, quod re ipsa codicillis relinquebatur (a). Quæ ergo relictorum genera ex legis rigore non constabant, nisi testamento, admissa quidem fuere in codicillis testamento confirmatis; indeque manavit regula, ut in his relicta perinde essent, ac si testamento scripta fuissent; confirmatio enim in testamento habita quoddam redolere eorum principium videbatur, ut loquitur Tryphoninus (b). Quocirca esto inquam, ut hujusmodi codicillorum regula ad jus novum etiam accommodari queat, quid obsecro hæc commune habet cum Theodosii constitutione de solemnibus quinque testium numero? Efficiet quidem, ut relicta in codicillis ex testamento valere dicantur. At quo pacto *solemnis* ha-

D d 2

be-

(a) Vide, cuius latius hæc de re attulimus cap. 1. §. 10. n. 5., & seq.

(b) L. 12. §. 5. de captivis, & postliminio reversis.

bebitur ea voluntas, quæ rite facta non sit? Meminisse hic refert, apud veteres codicillos solemnes prorsus non fuisse, ita ut inferri nequeat regulam illam respexisse voluntatis solemnia; quum nullam tum codicilli solemnitatem desideraverint; non ergo veteres eo regulam retulerunt, ut rite facta haberetur ea voluntas, quæ talis revera non esset, sed ut fictione juris ex testamento magis relicta valerent, quam ex codicillis, ut ita legis rigorem declinarent, ex quo usus verborum civilium testamenti tantum tabulis admittebatur. Itaque quod veteres in unam causam retulerant, nequit ad alteram transferri, eamque nedum longe ab illa diversam, sed quæ stare nequit, nisi Theodosii constitutio pervertatur; ubi enim Imperator solemnia omnino præscripsit in hujusmodi voluntatibus, id agunt, ut fallacia verborum sollemnis quidem habeatur voluntas, quæ talis revera non sit.

VII. Quæ hætenus dicta sunt, satis fortasse videri poterunt ad detegenda fallacissima adversariorum argumenta, quibus abutuntur, ut Theodosii legem fraudarent. Sed præstat pressius eos insectari, ut tandem vel inviti errorem suum fateantur. Sumunt porro, *solemnia testamenti sufficere, ut schedula, sive codicilli testamento confirmati solemnes habeantur*. Hæc autem assertio duas potissimas notiones includit, quas refert prius extricare, quam illius refutationem aggrediamur. Prima est, ut videamus, quid *solemnitatis* nomine revera intelligendum; altera, quemadmodum solemnia adhibita in uno defuncti iudicio, sive per scripturam fiet, sive per nuncupationem, pertrahi valeat ad alterum ab eo distinctum: uno verbo quidnam hoc sit, codicillos solemnes haberi per testamenti solemnia. Utrum-

VIII. Utcumque veteres in testamentorum tabulis varia solemnium genera adhibuerint , palam est , novo Imperatorum jure remissa veteri formularum superstitione , jurisque civilis subtilitatibus , tota hodie solemnitate ratio in supremis vertitur circa ea , quæ tutiorem reddant voluntatis probationem ; adeo ut definitus testium numerus , eorumque signa , ceteraque hujusmodi non alio spectant , nisi ut fraudibus , quoad possit , occurratur , ne facile defunctorum judicia subverterentur . Majora quidem solemnia leges statuerunt in testamentis , quam in codicillis ; licet utrumque judicium non alia solemnia admittit , nisi quæ conferunt ad tutiorem voluntatis probationem . His perspectis , manifestissime apparet , ne verborum ambagibus obruamur , per *solemnitatis* notionem in supremis non aliud hodie revera venire , nisi *quidquid lege præscriptum est , ut voluntatis veritati prospiciatur* (a) .

IX. Intellecta sincera *solemnitatis* notione in supremis judiciis , quatenus novo jure accipitur , tum in testamentis , tum in codicillis , videamus modo , quid adversarii sibi voluerint . Contendunt , solemnia testamenti sufficere ad schedularum , sive codicillorum solemnitatem . Fabulæ . Quum unius judicii solemnia ad alterum perducunt , non aliud revera asserunt , nisi quod solemnia in testamento adhibita nedum tueantur fidem voluntatis in testamento expressæ , sed & voluntatis declaratæ in codicillis . At quis umquam ita ineptiverit , ut credat testium præsentiam in testamento admissam tanti momenti esse , ut fidem quoque tueatur alterius testatoris judicii , in quo

te-

(a) Vide L. 21. & 26. C. de testamentis , .

testes re ipsa non adsint? Quid sane absurdius, quam solemnem facere eam voluntatem, in qua revera solemnia desint? Vel quo pacto dixeris, tutiorem haberi probationem unius voluntatis per solemnia in altera adhibita? Si ergo *solemnitatis* nomine non venit, nisi quicquid conducit ad tutiorem voluntatis fidem, quid obsecro solemnem feceris eam voluntatem, in qua revera id abest, unde hæc turior fides haberi potest?

X. Inquiunt fortasse: quum testator testamento cavit, se valere velle, quicquid in schedula, sive codicillis relinquat, veluti testamenti partem, vel tamquam si ea relicta scripta essent in ipso testamento, satis hoc esse poterit, ut propria solemnitate codicilli non egeant. Sed dicant quæso, an tum solemnes habebuntur; quia ita testator jussit; an quia *jure* solemnes haberi poterunt? Si primum, quid magis absconum fingi poterit? Forsitan actus legitimi ex hominis, non ex legis pendent arbitrio? Sin alterum, pudet inquam redire ad vomitum; non enim solemnes haberi possunt ex voluntates, quæ rite, idest secundum legis præscriptum non perficiantur; ubi enim lex actum legitimum constituit, nequit is aliter valere, nisi legitime expleatur. Sive ergo testator jubeat, se valere velle, tamquam testamenti partem, quod in alia scriptura reliquerit, sive hoc non expresse, æque semper codicilli habebuntur, tamquam testamenti partes, ejusque sequela. At quod attinet ad solemnia voluntatis, sine quibus actus jure non constat, ridiculum est aliunde solemnia repetere, quæ naturaliter debent actum ipsum comitari.

XI. Sed nonne veteres (dixerit quis) fictione juris ha-

habuerunt relicta in codicillis confirmatis , ac si relicta essent testamento ? Cur pari saltem ratione fingi hodie nequeat , solemnem quidem haberi eam voluntatem ex testamento , quæ talis revera non sit ? Præsertim , quod ipsa confirmatio codicillorum solemniter a testatore adhibetur . Quare licet voluntatis manifestatio revera legitime non fiat , satis tamen erit , confirmationem ipsam solemniter quidem peractam , ut fictione juris solemnibus quoque habeatur voluntas in codicillis expressa .

XII. Speciosa quidem sunt hæc verborum involucra , quibus facile occurritur ex expressa Theodosii lege . Quisque videt , quam aliena hæc sint ab Imperatoris consilio , quum solemnia præscripsit in codicillis ; non enim de fictitia solemnitate loquitur , sed vera , quæque ideo intercedat oportet , ut adhibitione quinque testium tutior reddatur voluntatis fides ; quod certe haud expectandum a solemnitate fictitia . Sed ut plenius hoc cognoscatur , præstat rem aliquanto pressius attingere . Palam est , in jure nostro distingui eas causas , quæ facti sunt , sive factum hominis requirunt ab iis , quæ sunt juris (a) : illæ quidem in facto consistunt ; hæc juris constant intellectu . Hinc consequitur , ut quæ causæ ad jus proprie pertinent , fictionem quidem recipere possunt ; quum enim intellectu tantum consent , nil magis consentaneum est , quam haberi eo modo , quo mente percipiuntur . Contra quod in facto consistit , fictionem non admittit ; naturaliter enim stare nequit , quid fieri , & non fieri eodem tempore . Hinc intelligimus , quemadmodum veteres fictionem juris admiserint in relictis in codicillis confirmatis ,

Vide Hotomanum quaestionum illustrium cap. 8. & 41.

tis, ut nempe ea perinde valerent, ac si scripta essent testamento. Etenim agebatur de juris causa, quæ intellectu constabat; idcirco fictionem recepit; quum enim ex legis rigore manasset, ut verba *civilia*, sive *directa* in testamenti tantum tabulis admitterentur, placuit Prudentibus ad codicillos quoque ea perducere, quantum ad dationem legatorum; atque ne in legem incurrere viderentur, excogitarunt codicillorum confirmationem in testamento, ob quam fingi poterat, quasi datum videri testamento, quod revera scribebatur in codicillis. Quod autem verba civilia adhiberi non valerent, nisi testamento, profecto ad causam juris referendum; - sive enim quis voluntatem suam exprimat verbis imperativis, sive precativis, facti causa non mutatur; nam eadem æque habetur voluntatis significatio; ideoque quum id juris tantum intellectu constaret, datum est Consultis per fictionem efficere, ut in codicillis confirmatis *legari* quidem posset, tamquam si legata scripta essent in ipso testamento.

XIII. Contra vero juris solemnia facti quidem naturam involvunt; quum nisi revera adhibeatur ritus, qui lege præscribitur, numquam actus sollemnis habebitur: ideoque fictionem non admittunt. Scio actus legitimos in juris causa considerari, quatenus lege constituuntur, ut magis juris esse videantur, quam facti. Sed distinguimus facti causas lege statutas a ceteris, pro ut naturaliter fieri solent. Hæc quidem in solo facto consistunt; illæ vero *ex jure esse* dicuntur, licet factum complectantur; quod idem est, ac si dicamus, in facto quidem consistere, quod tamen lege cautum est; actus enim
le-

legitimi a lege sunt, quatenus lege præscribuntur; attamen ejusmodi sunt naturæ, ut factio hominis necessario expleri debeant; itaque *ex jure* esse videntur, licet in facto omnino consistant (a). Hinc intelligimus, quemadmodum codicillorum solemnia nequeant fictionem admittere, quum necessario factum hominis exigant. Quippe certi testium numeri adhibitio factum continet, quod fictioni non subest; naturaliter enim fieri nequit, testes adesse, & non adesse eodem tempore; nec proinde solemnem fingere poteris eam voluntatem, cui revera solemnia non adhibeantur. Remittit quidem lex interdum juris solemnia in quibusdam peculiaribus causis, vel personis; at nusquam legitur, considerari fictione juris, tamquam actum legitimum, qui talis revera non sit; nam nequit illius fictionem permittere, quum contradicentia sint, actum solemnem jubere, illumque talem considerare, vel non servatis juris solemnibus. Nec refert, testatorem solemniter codicillos in testamento confirmare; non enim *confirmatio*, sed ipsum defuncti judicium in codicillis expressum solemnia requirit, ut certa ejus fides habeatur; atque quoad voluntatis solemnia nihil ei prorsus adjicitur, vel tollitur, si codicilli confirmentur, vel non confirmentur; quum nequeat testator solemnem vel declarare, vel efficere voluntatem suam, nisi juris solemnia omnino adhibeantur; quippe quæ non ex hominis, sed ex legis pendent potestate.

XIV. Ex hætenus expositis nemo non videt, quo falsissimo juris principio laboraverint, qui negarunt solemnem quinque testium numerum in codicillis confirma-

E e

tis

(a) Hotomanus loc. cit. cap. 41.

tis contra expressam Theodosii legem, ut nil manifestius demonstrari valeat. Sed quid fiet, quum cognoverimus eos nec sibi met contare, atque in repugnantia ita irruere, ut unum alterum necessario destruat? Equidem postquam contenderant, codicillos testamento confirmatos *solemnes* omnino haberi, fabulosa nempe solemnitatis notatione, quam ex testamento repetunt, haud verentur deinde asserere, quod non secus valere poterunt, nisi certa voluntatis fides habeatur, legitimis nempe probationibus intercedentibus, quibus constet, testatorem revera ita jussisse; sive schedula illius manu scripta sit ex Bartoli sententia, sive etiam aliena, ut Castrensi placuit; atque, ut Faber inquit (a): *Illud tamen semper adesse oportet, ut scriptura illa sit indubitata; nec hesitandi causa ulla subsit, quin ea ipsa sit, de qua testator senserit; & in summa, ut vulgo loquuntur, de identitate schedulæ omnino constare debet, ut certa sit defuncti voluntas.*

XV. Sed velim, dicant, qui sane hoc consentiet cum iis, quæ prius affirmaverant? Nonne contenderant, codicillos, sive schedulam solemnem omnino considerari ob illius confirmationem in testamento? Atqui si solemnis habetur, quid porro ineptius, quam de ejus fide dubitare? Forsitan juris solemnia in supremis præsertim, jure novo, tum in testamentis, tum in codicillis, non alio spectent, nisi ut voluntatis fidei consulatur. Quid quæso magis repugnans, quam voluntatem solemnem habere, itemque incertam? Respondent, etsi quantum ad solemnia legibus præscripta, schedula sustentetur testamenti solemnitate; hoc tamen non præstat certam defun-

(a) De erroribus Pragmaticorum decade 69. errore 3.

functi voluntatem, . Risum profecto movent hujusmodi speciosis verborum commentis . Quid aliud obsecro erunt solemnia in supremis , nisi testium præsentia certa forma adhibita ? Si ergo codicillos testamento confirmatos *solemnes* appellant , cur una recurrunt ad extraneam eorum probationem ? Erunt itaque solemnnes , & non sollemnes eodem tempore , sollemnes quidem nomine tenus , quantum commentitia hæc sollemnitas satis esse videatur ad fraudandam Theodosii constitutionem , non sollemnes , quantum ad veram sollemnitatis notionem ; quum enim revera iis non adsit sollemnis testium numerus , vel testamentorum , vel codicillorum , abest idcirco voluntatis fides ; quam postea aliunde repetere conantur , ut quodammodo scripturæ veritati occurratur . Ita ne liceat in re tam seria joculari ?

XVI. Præterea quum referunt legem Theodosii ad codicillos dumtaxat testamento non confirmatos ; & alioqui confirmatis tribuunt ipsa testamenti solemnia , sollemnio-riorem quidem faciunt schedulam testamento confirmatam altera non confirmata ; in illa enim considerant testamenti solemnia ; in hac vero solemnia codicillorum . Sed quoniam in prima revera solemnia non adhibentur , nec nisi nomen tantummodo sollemnitatis ei adscribitur ; fit propterea , ut schedula sollemnior , tamquam incertæ fidei non admittatur , nisi aliunde constet de illius veritate ; schedula vero minus sollemnns ipso jure consistit , veluti confecta secundum legis observationem in codicillis præscriptam . Quin in schedula minus sollemni habetur tutior voluntatis probatio ; nam non secus constabit , nisi quinque testium adhibitione ; contra in sollem-

iniori duorum tantum testium fides exigitur, quibus *identitas*, ut ajunt, scripturæ probetur. At quid absurdius, quam tutiorem voluntatis probationem exquirere in scheda minus solemnî, in solemniori contentum esse probatione minus tuta?

XVII. Hæc, & alia similia absurda, in quæ incidere necesse est, ubi semel falso juris principio hæreatur, consequentia quidem sunt illius commentitiæ solemnitatis, quam temere in medium attulerunt; ut illius colore obducto Theodosianam constitutionem fraudarent. Unum restat, ut qui veram juris velint doctrinam profiteri, vel inviti fateantur oportet, una, eademque Imperatoris lege solemnia æque data esse cuicumque voluntati præter testamentum, sive confirmata sit, sive non confirmata testamento; confirmatio enim nihil prorsus commune habet cum juris solemnibus; tantumque abest, solemnia testamenti transferri posse ad aliam scripturam in eo confirmatam, ut nisi solemnia revera adhibeantur, numquam jure probabitur; Non enim Imperator fictitia, sed vera juris solemnia codicillis præscripsit, ut tutior voluntatis fides haberetur; quæ proinde si negligantur, in legem necessario offendes.

§. I V.

Quid juris inter Pragmaticorum dissidia moribus nostris obtinuerit. Atque de testationibus *per relationem*, ut ajunt, *ad schedulam*.

I. **V** Idimus fortasse longius, quam res ferret quicquid ad propositam quæstionem attinebat, de
juris

juris solemnibus in codicillis testamento confirmatis; tum quam extranea, ac futilia sint, quæ a Boehmero afferuntur, suisque fautoribus nedum quantum ad argumenta ex juris locis petita, sed & ad cetera rationum momenta, quæ sane manifestissimis laborant erroribus. Præstat modo sermonem convertere ad ea, quæ pressius spectant jus in foro receptum, nostrisque moribus comprobatum. Ac quidem non utique versamur in re utili fortasse, vel ad ingenii tantum exercitationem, vel ad excitandam veterem juris Romani doctrinam eruditioni magis opportunam, quam usui quotidiano. Immo tanti est ponderis, ac momenti, quanti rei publicæ interest periculosa defunctorum judicia a fraudibus liberare. Quo certe Theodosius respexit, quum cujusvis generis codicillis propria constituit solemnia.

II. Pro recepta fori sententia non intelligimus tumultuarias, secumque dissidentes scriptorum opiniones, quas vulgo metiri solent ex potiori illorum numero, sed quæ profectæ ex quotidianis Tribunalium decretis e re natis, usuque frequentissimo sibi consentientibus, in mores tandem vertantur: quæ sane receptæ sententiæ et si expressam vim legis non habeant, multum tamen auctoritatis merentur, præsertim quum veterum instituta ad nostros mores converterint. Refert autem Boehmerus (a), apud Germanos fere receptum esse, ut codicilli testamento confirmati rati quidem habeantur, etiam non adhibito solemnibus quinque testium numero, quod tamen Harprechtus (b) repetit ex propriis Germanorum moribus. Addit etiam Boehmerus quoddam Strykii responsum,

(a) Cap. 1 suæ disput. §. 32. (b) Vol. 1. cons. §. n. 63.

sum, quo in ea facti specie visum est, improbari non debere schedulam testamento confirmatam, cui tamen aderant duorum testium subscriptiones (a).

III. Ac porro in iis Europæ regionibus, in quibus, repudiatis juris communis solemnibus in supremis, tum testamentis, tum codicillis, adducta sunt defunctorum judicia ad parem probationis causam cum ceteris actibus inter vivos, cessat hic disputandi locus; quum eandem æque non solemnem desiderent probationem, sive testamentorum tabulæ sint, sive codicilli, in quibus nihil proinde refert, utrum confirmentur, necne testamento. In Italia vero, ubi potissimum religiosissime servatur juris communis observatio, præsertim quoad supremarum tabularum solemnia, nullibi, quod sciam, hætenus recesserunt a Theodosiana sanctione, tum in codicillis non confirmatis, tum confirmatis testamento. Quin, quantum ex decretorum collectionibus percipere licuit, palam est, celebriores præsertim Italiæ Senatus factum rectum omnino servasse jus Theodosianum de solemnibus in quibuscumque codicillis a tot scriptorum commentis. Atque utcumque Pragmaticorum licentia non dubitaverit undique Bartolina paradoxa ventilare; numquam tamen eo pervenit, ut falsa eorum consilia in fori sententias reciperentur. Plane quamquam commentitiam illam ubique affectaverint solemnitatis notionem; tanti tamen ea non fuit, ut rei veritatem perverteret. Ecquis enim non videt, tantum valere hanc fictitiam solemnitatem, quantum valet quævis scriptura, cui desint vera juris solemnia? Quid manifestius, quam hujusmodi verborum fig-

(a) Vide Boehmerum loc. cit.

figmentis viam revera fraudibus aperiri ? Novum hoc fortasse videri poterit causidicis nostris , quibus nil tam familiare occurrit in pervolvendis suorum deretorum Codicibus , quam illud , licere nempe *testari per relationem ad schedulam* : quo principio admissio , tum colligere non dubitant , nulla propria juris solemnia schedulam exigere. Sed postquam exposuerimus, quænam sit sincera fori sententia *de testationibus per relationem ad schedulam* , statim cognoscent , quantum differant hujusmodi testationes a schedula testamento confirmata ; quippe quæ non fabulosis , sed veris constant juris solemnibus , ut mox apparebit .

IV. Duas testandi formas agnoscimus in jure , alteram per scripturam , alteram per nuncupationem . Per nuncupationem autem proprie testari intelligitur , quum palam voluntas manifestatur , ut testes testatoris exaudiant judicium (a) . At nuncupari etiam testamentum veteribus dicebatur in testationibus per mancipationem , sive per æs , & libram , in quibus adhibita mancipationis formula proferret quidem testator coram testibus testamenti tabulas ; quæ sane *nuncupari* dicebantur ; non quod testibus aperiretur , quicquid tabulis scriptum esset , sed quia testator palam nuncupabat , voluntatem suam in illis tabulis contineri , testes admonens , ut earum testimonium perhiberent . Hic autem testandi modus , utcumque voluntas scriptis traderetur , ad nuncupationem magis referebatur , quam ad testationem per scrip-

(a) L. 21. qui testamenta facere possunt : *Heredes palam , ita ut exaudiri possint , nuncupandi sunt . Licet ergo testanti vel nuncupare heredes , vel scribere ; sed si nuncupat , palam debet .* Vide etiam Justiniani inst. lib. 2. tit. 10. §. 14.

scripturam; propterea quod intercederet *solemnis testamenti nuncupatio*, qua testator palam declarabat, valere vel le voluntatem suam, quæ tabulis continebatur; & ali oqui deerant testium signa, ac subscriptiones jure Prætorio constitutæ in testationibus per scripturam. Prostat sane luculentissimus Ulpiani locus, quo res omnis exponitur: *In testamento*, inquit (a), *quod per æs, & libram fit, duæ res aguntur, familiæ mancipatio, & NUNCUPATIO TESTAMENTI. NUNCUPATUR TESTAMENTUM in hunc modum, tabulas testamenti testator tenens ita dicit: Hæc uti in his tabulis, cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos Quirites testimonium perhibetote: quæ NUNCUPATIO, ET TESTATIO vocatur* (b).

V. Hæc autem *testamenti nuncupatio* stetit apud Romanos, quoad perduravit testandi modus per mancipationem ex jure civili. At postquam usus mancipationis vel in testamentorum confectioe in desuetudinem prorsus abierit una cum testamento per æs, & libram, exolevit quoque ea *testamenti nuncupatio*, de qua loquitur Ulpianus; atque ubi Imperatores, Justinianus præsertim, novam quodammodo dederint formam testamentis, factum est summum illud discrimen inter testationem scriptam, ac nuncupatam, quod hodie habemus ex Justinianeæ juris collectione; nimirum ut testamenti scripti nomine veniat voluntas quidem litteris consignata, cui tamen adiiciantur testium signa, ac subscriptiones; contra *testari per nuncupationem* proprie appelletur, quum testator voluntatem suam coram testibus aperiat; ita ut a testibus exaudiatur omne testatoris judicium. No-

(a) tit. 20. de testamentis §. 9. (b) Vide Schultingium ad cit. Ulpiani locum.

VI. Nolim, quis mihi fortasse irascatur, vel quod a proposito diverterim, vel quod in rei forensis investigatione initium duxerim a veterum institutis, quasi alienissima hæc habeantur a nostris moribus; sed spero facile veniam daturum, quum viderit, quo ea spectabunt; quin vel ex hoc uno loco intelliget, quantum utilitatis afferat ubique indolem perscrutari Romani juris. Cuique notum, moribus quidem communiter fere receptum, ut præter testamentum per scripturam, ac per nuncupationem proprie dictam, qualem in libris juris deprehendimus, tertia quædam invaluerit testandi forma ex utroque veluti composita; quam sane vocant testationem *per relationem ad schedulam*. Hæc autem habetur, quum testator conscribat quidem suam voluntatem; tum tabulas, sive schedulam ostendens coram solemni testium numero, palam nuncupet, se ita testari, ut in schedula scriptum sit, quam demum Tabulario tradit servandam. Profecto nequit hæc testatio censeri facta per *scripturam*, quum absint subscriptiones, signaque testium, nec pro *voluntate nuncupata* pressius accepta; quum non manifestetur testibus, quod jusserit testator; nam scriptura tantum nuncupatur: itaque *mixtam* appellant, quatenus & scriptura constet, & nuncupatione.

VII. Verum quamquam hujus testationis nullum fortasse appareat vestigium in Justinianeâ juris collectione perspicuum tamen est, eam novam non esse, nec juri Romano ignotam. Duæ res, ut discimus ex Ulpiano (a), agebantur in testamentis per æs, & libram, familiæ man-

F f

ci-

(a) loco cit. de testamentis tit. 20. §. 9.

patio, & *testamenti nuncupatio solemnis*: prima quidem penitus recessit una cum ceteris superstitionis Romanorum formulis; altera etsi in consequentiam tum quoque cessaverit ex antiquato testandi modo per æs, & libram; nihil tamen oblitabat, quin dissociata a mancipationis formula in nostros mores induceretur civium utilitate, usuque poscente. Itaque quod hodie vulgo dicitur testari *per relationem ad schedulam*, veteres nominabant: *testamenti nuncupatio*, sive *testatio*; & quemadmodum tum testator coram solemnibus testium numero tabulas tenens, palam nuncupabat, ita se testari, ut in tabulis, cerisve scriptum esset: ita & hodie fit, quum schedula, sive scriptura coram solemnibus testium numero ostenditur, itemque palam nuncupatur, in ea quidem contineri supremum voluntatis suæ iudicium. Atque ubi ab Ulpiano hoc dictum est *testamenti nuncupatio*; propterea quod non voluntas, sed scriptura tantum nuncupatur, qua ea contineretur; ita & hodie, licet non servata sermonis proprietate, appellatur *testamentum nuncupativum nuncupatione IMPLICITA per relationem ad schedulam*, usurpatis nempe Arabum loquutionibus, quorum linguam potissimum schola forensis adoptavit. Quo sane nomine millies hanc testationem descriptam comperies in Codicibus decretorum Sacræ Rotæ Romanæ (a); adeo ut quisque viderit præter varium loquutionis usum nil prorsus distare antiquam *testamenti nuncupationem* ab hodierna testatione *nuncupationis implicitæ per relationem ad schedulam*.

VIII. Nunc

(a) Vide Rot. in Senogallien, seu Eugubina inuisionis prius coram Eminentiſſimo Miſſino 27. Aprilis 1731. deinde

coram Paralta 2. Maij 1735. in quibus & alia ſimilia loca plenius allegantur,

VIII. Nunc tandem tamquam e diverriculo in viam redeamus, quando rectius cognoscere poterimus, quid moribus nostris servetur in proposita quaestione. Vulgus Scriptorum confundit (ut moris est potissimum apud forensium opinionum collectores) *schedulam testamento confirmatam* cum *schedula solemniter nuncupata*; atque ubi primæ schedulæ natura tantum distinguitur ab altera, quantum distat voluntas non solemnis a solemnī, Pragmatici temere uno fere, eodemque aspectu utramque complectuntur; atque pro *testari per relationem ad schedulam*, nedum intelligunt solemnem scripturæ nuncupationem, ut diximus, sed schedulam non solemnem, testamento tamen confirmatam; quasi testator quum codicillos confirmet testamento, etiam se referri ad schedulam videatur. Non vetantur quidem sub iisdem loquutionibus involvere utriusque schedulæ demonstrationem: Dicant porro, ut malint, testatorem nempe se referri ad schedulam, non modo quum eam nuncupet, sive palam testetur, *se velle, quicquid in schedula scriptum est*: sed quum testamento eam confirmaverit; puta si in illo caverit: *se velle, quicquid in schedulis scriptum reliquerit*; vix enim refert, si male loquantur. At numquam concesserim, longe diversas rerum notiones uno verborum involucro ita confundi, ut utraque comprehendatur sub una juris regula; hoc enim juri, & rationi prorsus repugnat. Etenim aliud revera est, schedulam ipsam palam nuncupari, aliud, eam testamento confirmari; quemadmodum veteres longe distinxere *codicillos testamento confirmatos* ab illa *testamenti nuncupatione*, quam adhibebant in testamentis per æs, & libram; primo enim casu testator

F f 2

pro-

proprie non se refert ad schedulam, sed eam eatenus confirmat, ut ex testamenti scriptura perspicue appareat, codicillos, quos relinquit, ratos se habere velle. Quantum ergo distat codicillus confirmatus a *testamenti nuncupatione*, tantum discriminatur schedula testamento confirmata ab altera, quam testator tenens palam nuncupaverit coram solemni testium numero; primo enim casu testator inquit: *quos codicillos, sive schedulas scripsero, vel reliquero valere volo*, posteriori vero: *Hec uti in his tabulis, cerisve scripta sunt, ita lego, ita testor; itaque vos Quirites testimonium perhibetote*. Scio, Bartolo quidem promiscue tribui eandem doctrinam de utraque schedula, sed perperam hoc etiam faciunt; quum revera Bartolus de una tantum loquutus sit, de schedula nempe testamento confirmata, in qua tamen commentitiam illam agnovit solemnitatis notionem, ut latius vidimus.

IX. Perspecta diversa utriusque schedulae natura, videamus modo, quid de utraque in foro obtinuerit. Sacra Rota Romana, quantum percipere licet ex suarum sententiarum collectionibus haecenus editis, pluries quidem probavit schedulam *solemniter nuncupatam*; at nusquam admisit schedulam re ipsa non solemnem, propterea quod testamento esset confirmata. Hoc idem comperimus ex collectione decretorum Senatus Neapolitani; nec in ceteris Italorum regionibus aliud, quod sciam, servatum animadverti; adeo ut constantissima quidem fori sententia sit, ut jure consistat voluntas in schedula expressa, quam tamen testator solemniter nuncupaverit: atque utcumque Scriptorum insolentia nunquam cessaverit sub una juris regula comprehendere etiam schedulam testamento tantum

tum confirmatam ; nullibi tamen perniciosissimum hoc juris commentum admissum , vel usu comprobatum reperies . Quod ut manifestius appareat , non gravabimur brevi hic complecti potissimas facti species de hujusmodi schedulis hactenus proditas , ex quibus profecto intelligi valeat , in Italia præsertim , ubi in scripturis supremarum voluntatum , sive testamenta sint , sive codicilli , solemnina jure communi constituta constantissime retenta sunt , numquam recessum a Theodosiana constitutione de solemnini quinque testium numero , tum in codicillis non confirmatis , tum confirmatis testamento .

X. De schedulis solemniter nuncupatis , idest coram solemnini testium numero , sex præcipua prostant Sacræ Rotæ Romanæ responsa , quibus hæc probari videntur (a) . Longum , ac pene inutile esset peculiare cujusque species referre , & alioqui rectius fiet , si ex earum sententiis una exprimatur juris norma moribus nostris accommodata . Duo Sacra Rota Romana constantissime omnino desideravit in hujusmodi schedulis , ut jure admitti valerent suprema testatorum judicia in illis expressa : primum est , ut testator schedulam ostendat , eamque nuncupet coram solemnini testium numero , septem nempe testibus , quum agatur de nuncupatione , quæ spectet testamenti causam , vel quinque , si codicillorum ; atque huic testium numero adicit quoque præsentiam Tabularii , cui schedula servanda tradatur : alterum est , quod schedula de-

(a) Nimirum dec. 581. part. 4. recent. dec. 2151. coram Coccino , dec. 180. coram Duran. Senogallien. , seu Eugubina immissionis coram Eminentissimo Millino 27. Aprilis

1731. & coram Peralta 2. Maii 1735. , decif. 315. coram Priolo , & demum decif. 1032. coram Emerix .

deinde cognoscatur a testibus in nuncupatione adhibitis ; ita ut dubitari nequeat , quin eadem illa sit , quam testator nuncupavit ; sive , ut vulgo loquuntur , ut constet de schedulæ *identitate* . Quod primum spectat , ex facti narratione manifestissime apparet , non secus Sacram Rotam adprobasse relicta in schedulis , nisi scriptura solemniter nuncupata fuerit , ut legenti patet (a) . Unum hic animadverterim , Tabularii personam , quæ hodie adhibetur præter solemnem testium numerum , quodammodo imitari veterem ritum servatum quoque in testamenti nuncupationibus , utpote quæ præter testium præsentiam peragebantur coram Magistratu (b) ; nam quantum ad actus solemnitatem Tabularius quidem , veluti persona publica Magistratus exprimit ministerium .

XI. Quod autem spectat alteram conditionem , ut schedula nempe eadem esse probetur , quam testator nuncupaverit , recte quidem Sacra Rota regulam præscribit , ut non secus consistat , nisi ea cognoscatur ab ipsismet testibus , qui nuncupationi aderant . Nec alio spectavit vetus formula : *itaque vos Quirites testimonium perhibetote* , nisi ut tabularum comprobatio ab iis fieret , quibus testator eas ostenderet . Quod ut recte percipiatur , præstat hic perpendere duas peculiare facti species a Sacra Rota relatas , quibus rem plenius habebimus . Prima est (c) : Scriperat quis manu sua testamentum in quadam schedula , cui , etsi subscriptio deesset , adjecerat signum familiæ . Tum arcessitis Tabulario , ac septem testibus , testamenti tabu-

(a) Vide Rot. decis. in locis jam allegatis.

(b) Cælius in lib. 1. tit. 6. §. 3.

(c) Vide decis. 300. coram Priolo , & 315. coram eodem , qua prior revocatur.

bulas tenens palam nuncupaverat , ratum se habere velle post mortem suam , quicquid in illis scriptum esset ; quod postquam fecisset , Tabulario eas tradidit servandas. Defuncto testatore Tabularius quidem tabulas resignavit sine Judicis auctoritate , ac coram aliis testibus , quam iis , qui nuncupationi intercesserant . Quærebatur , an valeret hujusmodi testamenti scriptura solemniter nuncupata ? Quicquid in prima causæ cognitione visum esset , re deinde melius perpenſa respondit , eam omnino non valere . Movebat , non quod tabulæ solemniter non essent nuncupatæ , quum adfuerit una cum Tabularii præſentia ſolemnis testium numerus ; sed quod non constaret , easdem illas esse , quas testator nuncupasset , seu de scripturæ *identitate* , quum cognitæ non dicebantur a testibus nuncupationi adhibitis . Licet ergo in qualibet scripturæ plagula adesset Tabularii subscriptio , ſolam tamen ejus non esse fidem sequendam . Nec ad rem pertineret , quod testator dixerat , ut tabulæ resignari possent a Tabulario , nullis ſolemnibus adhibitis ; nam certi juris est , hæc non pendere ex testatoris arbitrio ; & alioqui in hujusmodi tabularum nuncupationibus rite fieri debet earum cognitio , ut fraudibus omnino occurratur . Itaque satis non videbatur in hac specie ſola Tabularii fides , quam comitari quoque debuerat & illa testium , qui nuncupationi aderant , vel aliæ facti circumſtantiæ , quibus omnino certum sit de schedulæ *identitate* (a) .

XII AL-

(a) cit. decif. 315. coram Priolo , quæ „ tus , & extra ejus manu fuerunt confecti ita loquitur n. 2. „ Ex facto autem hodie „ pta , nulla adeſt reſtatricis , vel testium „ recenſio , conſtat , totam hanc machinam „ ſubſcriptio , ſigillum continebat ſtegna do- „ conſiſtere in ſola fide Notarii , qui ſolia in „ mus Raſponæ ; & proinde ob multiplici-

XII. Altera est: Quidam (a) coram Tabulario, ac solemniter testium numero tabulas obsignatas nuncupaverat, aiens, ita testari, uti in illis scriptum esset. Resignatis tabulis compertum est, nihil eas continere, præter certi loci demonstrationem, quo significabatur, depositam esse scripturam, qua comprehenderetur suæ voluntatis iudicium. Atque ubi eam quæssissent, reperta est eo loco, quo testator in schedula nuncupata demonstraverat. Dubitabatur, quo jure constare posset hujusmodi voluntas? Respondit, nil prohiberi, quin scriptura reperta staret loco ipsius schedulæ solemniter nuncupatæ; quum alioqui nulla obstaret falsitatis suspicio. At enim qui fiet, ut heredis institutio constare valeat ex voluntate, nec solemniter scripta, nec solemniter nuncupata, quum nuncupatio tantum caderet in scripturam, quæ eam revera non contineret? Porro in hac specie perinde fortasse videri poterat, ac si hæc quoque nuncupata esset: *Puria enim sunt,*

ut

„tatem familiarum eodem cognomine, & si- „aliquam circumstantiam, quæ valde coad-
 „gillo utentium, poterat facili negotio a- „juvat fidem Notarii, & tollit facilem, &
 „dulterari; ac aperitio testamenti fuit facta „arbitrariam schedulæ, seu foliorum suppo-
 „CORAM TESTIBUS DIVERSIS AB „sitionem; utpote si schedula fuisset scripta,
 „IIS, QUI INTERFUERUNT TESTA- „vel subscripta a testatore; in quibus ter-
 „MENTO, & absque interventu Judicis, & „minis procedunt; vel si in schedula, vel
 „recognitione sigillaturæ. Quod et si Nota- „in dorso unici folii testes se subscripserint, cu-
 „rio licuisset, stante præsertim facultate si- „jusiimodi est casus decisionis 236. n. 5. &
 „bi per testatricem attributa, omnia tamen „seq. part. 5. recent. repetita coram Du-
 „simul juncta demonstrant, quod nulla con- „ran. decis. 180. ubi ulterius folia erant
 „currit circumstantia impediens arbitrarium „obsignata anulo testatricis; & decis. 3.
 „suppositionem foliorum, quæ poterat No- „9. nec obstat, & seq. apud Fenzon. ad stat.
 „tarius ad libitum immutare, aliamque sibi „urbis, ubi testator, & testes se subscripse-
 „bene visam dispositionem supponere; & „rant; vel denique si alias non posset sche-
 „propterea cessat requisita probatio certæ „dula per Notarium facile, & ad libitum mu-
 „& indubitatæ identitatis. Hinc non adver- „tari, cum quo supposito pertransit idemmet
 „santur, sed bene conciliantur auctoritates „Decianus conf. 74. n. 23. in fine, & n. 24.
 „allegatæ ad inducendam identitatem sche- „vol. 5.
 „dulæ, quando sigillata traditur Notario (a) Vide decis. 1032. & 1065. coram
 „coram testibus; siquidem omnes continent Emerix.

ut inquit (a), *quod testator exhibuerit coram testibus schedulam, in qua sibi heredem instituit, vel quod designaverit locum, in quo reperitur schedula continens eandem heredis institutionem, quotiescumque dubitari non potest de identitate schedulæ; quum in utroque casu adsit substantia nuncupationis heredis saltem implicite, quæ requiritur ad effectum sustinendi testamentum nuncupativum. Ut ut autem sit hujus argumentationis momentum, solidior visa est ratio petita ex facto heredis. Etenim quum is hereditatis aditione semel agnovisset judicium defuncti, nequebat amplius illud impugnare (b).*

XIII. Hæc hætenus exposita satis (ni fallor) hoc loco videri poterunt, ut ostenderetur limpida fori sententia, moribusque recepta de solemni *testamentorum nuncupatione*, live de solemnibus testationibus *per relationem ad schedulam*. Vidimus quidem quo jure manaverint, ac quemadmodum ex veterum institutis acceperimus, quæ moribus nostris convenirent. Tum didicimus ex tot, sibi que consentaneis Sacræ Rotæ Romanæ decretis, qua juris norma regantur; nimirum ut solemniter schedulæ omnino nuncupentur, nedum coram legitimo testium numero, sed & Tabularii præsentia; ac demum, ut scriptura cognoscatur ab iisdem testibus, qui nuncupationi adfuerint, ut ita eadem esse probetur, quam testator palam ostendisset ad tollendas fraudes, quibus

G g

po-

(a) cit. decis. 1032. coram Emerix.

(b) Ita loquitur decis. 1065. coram Emerix, qua prima confirmatur: „Nam prima oppositio invaliditatis testamenti Hæra-
„ tii, ex quo solia, in quibus scriptum fuit
„ ultimum ejus testamentum, non fuerunt
„ consignata Notario in præsentia testium,
„ non habet substantiam... & nullo pacto
„ est allegabilis per Nicolaum, qui est heres
„ unius ex heredibus, qui vigore ejusdem te-
„ stamenti illius hereditatem adierunt.

potissimum obnoxia sunt suprema hominum judicia; ita ut si tabulæ resignentur coram aliis testibus, quam adhibitis solemni nuncupationi, jure non constabunt, quum cognitæ non habeantur, sive desit probatio *identitatis* scripturæ (a); naturaliter enim fieri nequit, ut *identitatis* testimonium perhibeatur ab iis testibus, qui nuncupationi non intercesserint, ne aliter repugnantia una simul admittamus. Longius fortasse hæc dicta sunt, quam res patiebatur; sed tribuas velim perturbatis Scriptorum opinionibus, quibus neutiquam plenius occurri poterat, nisi rem omnem investigaverimus.

XIV. Restat, ut videamus tandem quid juris umquam obtinuerit de schedulis testamento confirmatis, quod proprie quæstionem nostram attingit, ad quam non recte accedere videbamur, nisi prius perspectam haberemus fori sententiam de schedulis solemniter nuncupatis, cum quibus rabularum schola sæpe confundit schedulas testamento confirmatas. Nusquam hactenus (quantum perscrutari licuit ex forensi jurisprudentia) vidimus hujusmodi schedulas usu probatas, tum in foro Sacræ Rotæ Romanæ, tum ceterorum Senatum, Italiæ præsertim, quibus obtinet jus Codicis Justiniani de juris solemnibus in re testamentaria. Ratio ex eo pendet, quod quum in quavis suprema voluntate præter testamentum, sive scripta, sive nuncupata exegerit Theodosius solemnem quinque testium præsentiam, quicquid placuerit scholæ Bartolinæ, ut commentis suis porrigerentur ipsa testamenti solemnia ad schedulas in eo confirmatas; quum tamen hæc revera tutiorem non facerent schedularum fidem, nec aliud re ip-

(a) cit. decis. 315. coram Priolo n. 2.

ipsa efferrent , nisi nudum solemnitatis nomen , absonum profecto visum est declinari ab expressa Imperatoris lege, ut falsariorum fraudibus subjicerent suprema defunctorum judicia . Qui locus enim fraudibus non aperiatur , si in codicillorum tabulis recedatur a solemnibus testium præsentia ? Forsitan solemnitas testamenti , quo confirmantur , satis haberi poterunt , ut certam reddant defuncti voluntatem ?

XIV. Inter innumera Sacrae Rotæ Romanæ decreta tum vetustiora , tum quotidiana, unica , ni fallor , species apparet , in qua sermo habetur de quadam schedula testamento confirmata . In collectionibus autem decretorum Senatus Neapolitani altera prostat a Capicio Latro relata , quas brevi expediemus . Prima ita se habet (a) : Testatrix testamento scripserat : quicquid codicillis , sive , ut nominat , *memorialibus* , reliquisset suo nomine subscriptis , certoque loco conditis , ratum se esse velle post mortem suam , tamquam si scriptum esset in ipso testamento . Defuncta testatrice , repertæ sunt duæ schedulae , quarum altera legabatur certa pecuniæ quantitas cuidam puellæ , quum religiosam vitæ conditionem iniisset . Heres legatum ultro agnovit , obtulitque illius præstationem : legataria tamen quum diceret , testatricem novissimas quidem scripsisse tabulas , quibus vel totam , vel partem hereditatis ei reliquerat , egit idcirco adversus heredem interdicto de hujusmodi tabulis exhibendis . Heres negabat , nec alias tabulas reperiisse fatebatur præter illas , quas jam exhibuerat una cum schedulis , quarum mentio in testamento haberetur . Facti erat

G g 2

quæ-

(a) Rota decis. 663. par. 4. recent. tom. 1.

quæstio, non juris : nimirum , an ex iis , quæ in facto afferébantur , locus esset interdicto de secundis tabulis exhibendis , quas heres fortasse occultaverat ? Re perspecta, secundum ea , quæ proponerentur , Sacra Rota respondit , locum non esse interdicto , quum non constaret, alias revera extare tabulas præter testamentum , quod jam exhibuerat una cum duabus schedulis, unam quidem, quam heres Tabulario tradiderat ex testatrix voluntate , altera , qua legatum continebatur in astrictis beneficium . Itaque pronuntiavit , legatariam contentam esse debere legati in schedula relictæ , cujus præstationem heres principio obtulerat.

XV. Ex genuina hac controversiæ narratione palam est , facti quæstionem omnino fuisse , non juris : legatum autem relictum in schedula non solemni , testamento tamen confirmata , heres quidem præstitit , non quod Sacra Rota schedulam adprobasset , quum id nunquam venerat in quæstionem ; sed quod ipsemet heres ratum habuit defunctæ judicium in schedula expressum . Lex porro etsi solemnia præscribat in supremis voluntatibus, nullibi tamen heredi vetatur , quin vel non solemnem defuncti sequatur judicium . Opportune , inquit Ulpianus (a), *quamquam ex irritis codicillis libertates non debeantur ; attamen SI HERES HOS CODICILLOS RATOS HABUIT, & ex his quædam præstitit, & servos præstandæ fideicommissæ libertatis gratia, in libertate morari voluit, ad justam libertatem eos pervenisse rescripto Imperatoris nostri, & divi patris ejus declaretur* . Itaque id tantum Sacra Rota definivit , quod in disputationem

ve-

(a) l. 30. §. 17. de fideicommissariis libertatibus.

venerat; attamen quum heres ratos habuisset codicillos, licet jure non probatos, factum est, ut in hac specie servatum sit quidem defunctæ judicium vel non solemniter declaratum.

XVI. Altera species ita proponitur (a). Testator testamento ita caverat: *Lascio Tarquinia mia moglie donna, e padrona di tutti i miei beni*; & adjecit: *E succedendo morte di esso testatore, che la sua intenzione stia in arbitrio della detta Tarquinia, e della scrittura lascerà esso testatore di sua propria mano, quale resterà in potere della detta Tarquinia, ed a quella, ed alla detta Tarquinia si abbia relazione*. His testamenti verbis duo simul testator jussisse videtur, unum quod mentis suæ sententiam in uxoris conferret arbitrium, alterum quod codicillos esset relicturus, quos uxori quoque tradidisset. Successor ab intestato litem instituit adversus testatoris uxorem, contendens, testamentum jure non constare, tum quod in eo deesset expressa heredis institutio, tum quod voluntas captatoria videretur, tamquam collata in arbitrium uxoris. Hæc contra quum exhibuisset nedum testamenti tabulas, sed schedulam non solemnem; quam tamen testator testamento confirmarat, petiit hereditatem ex testamento. Quærebatur quid juris esset? Senatus Neapolitanus pronunciavit, sequendum omnino esse testatoris judicium, tum in testamento, tum in codicillis confirmatis expressum. Constare quidem ait testamentum; nam quamvis in eo non videretur facta expressa heredis institutio; inerat hæc tamen in illa enunciatione; *Lascio Tarquinia mia moglie Donna, e Padrona di tutti i miei beni*

(a) Capicius Latio decis. 7.

ni ; nec hujusmodi voluntas captatoria dici potuerit , quum ex schedulæ exhibitione appareret , testatorem quædam legata in illa scripsisse , quorum præstationem haud contulerat in uxoris arbitrium ; ac propterea rejecta petitione successoris legitimi decrevit , locum esse successioni ex testamento . Sed quo jure valeret voluntas declarata in codicillis non solemnibus , confirmatis tamen testamento ? Respondet Capicius Latro (a) : *Sacrum Consilium habuit pro vera dicta scriptura exhibita per Tarquiniam , non tantum ex illa probatione habere notam manum , quantum ex ipso tenore scripturæ , in qua aderant nonnulla legata pia , immo legatum ad beneficium ejusdem Tiberii de Vincentiis ejus nepotis (qui egerat contra testamenti tabulas) ; & quod plus erat , approbata , & confessata per eandem heredem , de cujus interesse principaliter tractabatur .* Respuerat quidem veniens ab intestato legatum sibi in schedula relictum , instans , successionem ei debere ab intestato deferri ; quin schedulam improbabat , tamquam non solemnem , ut tabulæ ita omnino rumperentur . Heres contra legatum obtulit , ratosque se , aiebat , habere velle codicillos , licet non solemnnes . Senatus scite censuit , relicta in schedula valere , tum quod contineretur favor causæ piæ , tum quod heres ratam eam voluntatem habere velle declaraverat . Etenim , ut ex Ulpiano discimus (b) , nullo jure prohibetur , quin ab herede impleatur defuncti voluntas in irritis codicillis relicta .

XVII. Hæc inquam habentur de schedulis revera non solemnibus , ac testamento confirmatis in universa quotidianarum quæstionum collectione , quibus jus receptum

ex-

(a) loco cit. in fine. (b) cit. l. 30. §. 17. de fideicommissariis libertatibus.

exprimitur . Hinc quisque viderit , quanta religione, moribus nostris præsertim , in foro fervetur jus Theodosianum de solemnibus quinque testium numero in quibuscumque codicillis , tum non confirmatis , tum confirmatis testamento , ut ita in supremis defunctorum judiciis fraudibus occurratur . Duas quidem diversas schedularum formas ex fori disputatione animadvertimus ; unas solemniter a testatore nuncupatas coram legitimo testium numero, ac Tabularii præsentia ; alteras omnino non solemnes, licet testamento confirmatas . Primas usus merito comprobavit , quum adsit sollemnis nuncupatio , quæque respondet veteri sollemni *testamenti nuncupationi* in testationibus per æs , & libram . Alteras nusquam hactenus probatas deprehendimus , nisi in duabus illis speciebus (a), in quibus heredes eas ratas habere voluerunt : nullo enim jure prohibetur heredibus defuncti sequi judicium vel in irritis codicillis , ut ex Ulpiano monuimus (b) . Quod ergo spectat receptam fori sententiam in Italia præsertim, qua jus Theodosianum obtinet de codicillorum sollemnibus, palam est, non secus hujusmodi schedulas admissas, nisi vel sollemnis quinque testium numerus adhibeatur, uti Imperator statuit in quavis suprema voluntate excepto testamento : vel agatur de scriptura sollemniter nuncupata ; quo nomine venit vulgata illa fori regula , *ut liceat testari per relationem ad schedulam* , ut jam demonstravimus.

XVIII. At inquires , quid vetat , cur idem juris
 prin-

(a) in cit. nempe dec. Sac. Rotæ Romanæ 651. part. 4. recent. tom. 1. & in altera a Capicio Latro relata Senatus Neapolitani

decis. 5.

(b) cit. l. 30. §. 17. de fideicommissis libertatibus.

principium perducı nequeat ad schedulas testamento confirmatas, eo saltem casu, quo constat de scripturæ *identitate*? Jam vidimus, hoc repugnare expresso juri a Theodosio præscripto; tantum enim valet repetere schedulæ solemnıa a testamento, quo confirmantur, quantum eas omnino non solemnes admittere; quum revera delit tutior voluntatis fides, quæ certe sine vera testium adhibitione haberi nequit. Sed quid obstat, cur hæc tutior fides voluntatis non habeatur, si revera constiterit de scripturæ identitate? Quæ tutior desiderari umquam poterit voluntatis probatio, quam illa *identitatis* scripturæ, qua defuncti judicium continetur?

XIX. Vel non intelligunt, quid dicant, vel iterum verborum ambagibus delectantur. Aio, in schedulis testamento confirmatis, quibus tamen absit solemnı testium adhibitio, nec umquam haberi potest probatio *identitatis scripturæ*, ita ut prorsus delirent, qui hoc probationis genus expectaverint; naturaliter enim fieri nequit, ut testes, qui revera non adfuerint, testari valeant *scripturæ identitatem*. Notio *identitatis* eo revera pertinet, ut quum quis animum advertens ad aliquam rem, quam alias percepit, utrasque invicem mente sua conferens, recorderur, sive conscius sibi videatur, eam ipsam esse, quam alias se vidisse deprehendit, tum affirmat, quod *eadem* illa sit, sive diversam eam non esse ab illa, quam alias perceperit. *Idem* porro a *diverso* opponitur, quatenus ipsa re invicem comparata, ubi mens advertat eandem prorsus notionem ubique offerre, *eandem* esse dixerit; sin distinctam, *diversam* quidem affirma-

maverit (a). Ergo in schedula solemniter nuncupata facile intelligimus, quemadmodum haberi valeat probatio *identitatis scripturæ*, nam ubi testator eam testibus demonstraverit in solemnii illius nuncupatione, recte quidem poterit cognosci ab ipsismet testibus, qui nuncupationi aderant. Etenim qui alias eam notarunt, conscii sibi esse poterunt, an *eadem* illa sit, an *diversa*; ideoque jure admittuntur ad *identitatis* probationem. At qui fiet, ut per testes, qui schedulam prius non viderint, testimonium perhibeatur *identitatis scripturæ*, si naturaliter fieri nequit, ut conscius quisque sibi videatur ejus rei, quam alias non deprehendit? Quid porro expectabis probationem *identitatis* ab iis testibus, qui revera abfuerunt, quum schedulam testator conscripserit? Quo pacto inquam *eandem* illam esse dixerint, si non prius iis offeratur, quam post mortem testatoris? Itaque quum recurrunt ad voluntatis probationem, vel sibi blandiuntur, vel falso interpretantur *identitatis notionem* in schedula

H h

re-

(a) Acute hæc vidit Lockius, quum distinguat notionem *identitatis* ab eo, quod *diversum* appellamus. Ita loquitur lib. 2. Essai philosophique concernant l'entendement humain chap. 27. §. 1. „ Une autre „ occasion que nous avons souvent de faire „ des comparaisons. c'est l'existence meme „ des choses, lorsque venant a considerer „ une chose, comme existant dans un tel „ temps, & dans un tel lieu determiné „ nous la comparons avec elle-meme, existant dans un autre temps; & par là „ nous formons les idées d'*identité* & de „ *diversité* . . . Et c'est en cela que consiste l'*identité*: je veux dire en ce que „ les idées, auxquelles on l'attribue, ne „ sont en rien différentes de ce qu'elles „ étoient dans le moment que nous consi-

„ derons leur premiere existence, & à „ quoi nous comparons leur existence presente. Car ne trouvant jamais, & ne „ pouvant meme concevoir qu'il soit possible que deux choses de la meme espèce „ existent en meme temps dans le meme „ lieu, nous avons droit de conclure, que „ tout ce qui existe en quelque part dans „ un certain temps, en exclut toute autre „ chose de la meme espèce, & existe là „ tout seul. Lors donc que nous demandons, si *une chose est la meme, ou non*, „ cela se rapporte toujours à une chose, „ qui dans un tel temps existoit dans une „ telle place, & qui dans cet instant étoit „ certainement la meme avec elle-meme, „ & non avec une autre &c. „

testamento confirmata ; quæ sane non aliter fingi potest , nisi testes revera adfuerint vel illius scriptioni , vel nuncupationi , nisi mentiri velint .

XX. Dicit quis fortasse , quum testator testamento caverit , *se valere velle , quod codicillis , aut schedulis relinquit* , & deinde schedula reperiatur manu testatoris vel scripta , vel subscripta , tum ubi litterarum comparatione manus testatoris a testibus cognoscatur , si non scripturæ , saltem *voluntatis identitas* quodammodo probari videatur ; constat enim , testatorem schedulam scripsisse , & alioqui ex confirmatione illius in testamento facta colligi poterit , non aliam esse testatoris voluntatem in schedula expressam , nisi eam , quam testamento indicaverat ; ideoque satis erit , si habebitur *voluntatis identitas*.

XXI. Iterum in re seria verbis jocantur . Primo quidem nulla magis incerta est scripturæ probatio , quam ea , quæ fiat litterarum comparatione , ut statuit Justinianus (a) ; adeo ut in supremis non videam , cur admitti valeat hujusmodi probatio , quum non alia de causa in illis solemnia jus constituerit , nisi ut ita differret probatio voluntatis in supremis , ac in ceteris actibus inter vivos ; frustra que in defunctorum judiciis adducuntur ii probationum modi , qui expresso jure respuuntur . Sed etiamsi ex litterarum comparatione , aliisque argumentis liceret defunctorum voluntates probari , quo sane nil in jure absurdus , num idcirco habebitur voluntatis *identitas* ? Nonne alia esse poterit testatoris voluntas in schedula expressa ab illa , quam revera testamento confirmare intellexit ? *Identitas* quidem

(.) l. 20. C. de fide instrumentorum.

dem voluntatis in hac specie consequitur ex ipsa *identitate* scripturæ, in qua ea continetur; ubi enim certi erimus, eandem revera esse scripturam, quam testator testamento indicaverit, tum quoque dixerimus *eandem voluntatem haberi*. Hoc ergo pendet omnino ex ipsamet scripturæ *identitate*, qua voluntas comprehenditur; ideoque idem est quærere de *identitate voluntatis*, ac de *identitate scripturæ*, quum una alteram necessario consequatur; atque ubi hanc habere nequeas in schedula non solemni, licet testamento confirmata, nec illam habebis.

XXII. Sed liceat tandem, quæ hætenus late exposita sunt in proposita disputatione hoc loco una colligere. Jus Theodosianum de solemni quinque testium numero in quavis suprema voluntate præter testamentum nequit accommodari ad codicillos tantum non confirmatos, non item confirmatos testamento, nisi in legem manifestissime offenderis. Legum auctoritates, quæ in contrarium proferuntur ex Pandectarum libris, nedum perducì nequeunt ad novum jus codicillorum ab Imperatoribus præscriptum, sed prorsus alienæ sunt a disputationis proposito; illic enim agitur, quemadmodum relictorum causa valere dicatur, an ex testamento, an ex codicillis; hic vero de solemnibus jure novo constitutis. Rationes, quas offerunt, falsissimis quidem hærent principiis: Si schedulam testamento confirmatam solemnem dicant, quod solemnia ex testamento accipiat, turpiter decipiuntur, quum solemnia etsi *ex jure* habeantur, *in facto* tamen consistunt; nec aliter actus sollemnis dicetur, nisi revera adhibeatur ritus a lege præscriptus, quum quæ in facto consistant, fictionem non recipiant. Hæc quantum ad sinceram juris

Theodosiani expositionem. Quum autem ad jus receptum descenderis, quicquid alibi servetur, certum est in Italia præsertim nusquam hætenus recessum a Theodolii constitutione, tum in codicillis non confirmatis tum confirmatis testamento, quum revera uterque codicillus æque egeat iisdem solemnibus ad tutiorem voluntatis probationem. Quod autem moribus obtinet de schedula solemniter nuncupata, nullo pacto perduxeris ad schedulam revera non solemnem, licet testamento confirmatam. Longe quidem distat prima ab altera; nam in illa revera adsunt juris solemnities, in hac vero agitur de fictitia solemnitate, nimirum verbo tenus, quantum tabulis occasio offeratur legem fraudandi sub nominum involucris. Quicquid demum congerunt de *identitate scripturæ*, ac voluntatis, ex dialecticis regulis, quibus accepimus, quidnam *idem* dicatur, quidve *diversum*, apertissime apparet, in quem errorem inciderint, qui unam *identitatis* rationem considerarunt, tum in schedula solemniter nuncupata, tum testamento confirmata, scriptaque sine testium præsentia; ubi enim non adhibeatur testium præsentia in Scheda, sive quum scribitur, sive quum nuncupatur, numquam fiet, ut constare valeat, vel de scripturæ, vel de voluntatis *identitate*, nisi rerum notiones una cum recta nominum intelligentia perverteris. Hæc inquam de solemniquaque testium numero in codicillis vel testamento confirmatis. Sed quid erit, si non testamento, sed aliis codicillis solemnibus sit schedula confirmata? Hoc sane numquam in disputationem adductum est apud scriptores; quum haud fortasse existimaverint, quæ dixerant de confirmata testamento, perducì etiam posse.

ad

ad confirmatam aliis folemnibus codicillis . Etenim legum auctoritates , quibus utuntur , ut vidimus , licet falso usurpatæ in prima specie , vix est ut ad alteram transferrentur . Verum quisque viderit , quid huic dubitationi respondendum videatur , postquam animadverterit omnino comprehendi sub Theodosii lege quamcumque voluntatem præter testamentum .

§. Ultimus.

Refellitur Boehmeri sententia quantum ad alteram suæ disputationis partem.

I. **P**ostquam contenderat Boehmerus , constare posse sine solènni quinque testium adhibitione codicillos testamento confirmatos , longius eo usque progreditur , ut ostenderet , eandem doctrinam interdum etiam accommodari codicillis non confirmatis testamento , itemque ab intestato factis ; ut ita , quoad posset , assertioni serviret suæ disputationis , quam inscripsit **DE CODICILLIS SINE TESTIBUS VALIDIS** . Quod ut præstaret , enumerat peculiare quosdam casus , quibus valerent relicta in huiusmodi codicillis , licet non solemnibus . Sed quam præpostere hoc ostendere conetur , refert , ut modo videamus . Ait ergo , codicillos Principi oblatos , vel conditos apud Magistratum , vel factos a militibus , vel etiam a paganis , qui in hostico deprehendantur , vel conditos tempore pestis , vel a Patrefamilias inter liberos , vel demum ubi quid relinquantur piis usibus , licet non fuerint testamento confirmati , rectè quidem consistere sine solènni quinque testium præsentia ;
ut

ut propterea in his speciebus locus non sit constitutioni Theodosii (a).

II. Mirum est, quò conatu exagitare Boehmerus studuerit Theodosii legem, ut undique eam circumduceret. Equis non videt, quam aliena hæc sint ab Imperatoris consilio, quum solemnia in codicillis præscripsit, quin quam immerito hæc referantur ad disputationis propositum? Quum Theodosius novam codicillis præbuit formam a veteri diversam, non aliud revera agere intellexit, nisi ut solennes faceret testationes per codicillos expressas, quæ tales antea non erant; atque ubi de jure veteri codicilli, tum ad testamentum facti, tum ab intestato, tum testamento confirmati, tum non confirmati recte constabant sine juris solemnibus, quo magis defunctorum voluntatibus prospiceret adversus falsariorum fraudes, novam iis formam constituit, qua iis solemnia adscripsit. At nusquam credidit constitutionem perducere etiam ad privilegiarias testationes; hoc enim nec præstare poterat, nisi nova quoque lege negaret quidem iisdem testationibus ea privilegia, quæ jam obtinuerant, ut nempe vagarent extra juris observationem, atque rigorem. Neque hic agimus de testationibus privilegiariis, in quibus nedum codicillorum, sed & testamenti tabulis par ratione leges solemnia remiserunt; ridiculum enim esset dubitare, an in codicillis, puta militum locum habeant Theodosii solemnia, si expresso jure milites testari valent præter juris solemnia nedum in codicillis, sed in testamentis præscripta. Revera in hujusmodi testationibus quan-

(a, Vide quæ congerit cap. 2. suæ disputationis ex §. 8. ad finem.

quantum ad solemnia non distinguuntur testamenta a codicillis, sed una lege considerantur; ideoque non recte Boehmerus in suæ disputationis proposito exempla profert hujusmodi codicillorum, quasi in testamentis solemnia exigenterentur. Testationes ergo privilegiariæ eadem ratione, qua haud comprehenduntur sub solemnibus testamentorum, nec recipiunt juris observationem in codicillis præscriptam. Hinc ubi in nostro commentario pertractavimus, quicquid ad jus codicillorum pertineret, alienum duximus descendere ad testationes privilegiarias codicillis expressas; earum enim potestas quum non distinguatur a testamentis, sed una juris ratione utraque testatio consideretur, non ad codicillorum, sed testamentorum materiam ea referenda magis videretur.

III. Proponit præterea Boehmerus exemplum codicilli facti ab intestato sine solemnibus quinque testium adhibitione. Sed videamus, quid tandem sibi velit cum suis *codicillis sine testibus validis*. Cavit Justinianus (a) : si testator ita fideicommissum relinquat, ut voce illud pronunciet vel heredi, vel cuivis alio, a quo præstari velit, tum etsi hoc actum sit sine testium adhibitione, valere jussit fideicommissum, dummodo illud is fateatur vel per jurisjurandi delationem, a quo relictum fuerit. Placuit quidem Imperatori, in fideicommissis relictis per nuncupationem loco testium sequendam fidem illius, a quo relinquitur, ut non tam a testibus, quam ab eo, qui fideicommissum debeat, manifestetur testatoris voluntas, ut alibi notavimus (b). Sed quorsum hæc ad codicillum

ad.

(a) In L. ult. C. de fideicommissis.

(b) Vide quæ diximus cap. 2. nostri commentarii §. 1. n. 10.

admissum sine solemnibus testium praesentia? Nimirum, inquit Boehmerus, valere dicuntur hujusmodi relicta vel sine testium adhibitione. Sed aliud est, Imperatorem quidem cavisse in hac peculiari specie, ut necessaria non habeatur probatio voluntatis ex aliorum testimonio; aliud valere codicillum sine testium praesentia. Etenim numquam jure constabunt codicilli sine solemnibus testium adhibitione, quum illorum fides habenda sit ex eorum testimonio; quum vero Justinianus in gratiam fideicommissi per nuncupationem declarati voluit, ut vel jurisjurandi delatione cogatur is, a quo fideicommissum petitur, defuncti voluntatem aperire, non inquam effecit, ut codicillus valeret sine testium praesentia, sed ut in hac specie loco testium staret probatio voluntatis facta per manifestationem illius, a quo relinquitur. Nam, ut inquit (a): *Quum res per testium solemnitatem ostenditur, tunc & numerus testium; & nimia subtilitas requirenda est. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur (& maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est) dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur; vel quemadmodum ad ext. aneam fidem decurratur propria, & indubitata fide relicta?* Potior quidem visa est Imperatori propria heredis fides quovis extraneo testimonio; ideoque id tantum cavit, ut heres cogeretur ad manifestationem voluntatis, non item ut hujusmodi codicilli valerent sine testium praesentia.

JU-

(a) cit. L. ult. C. de fideicommissis.

JUSTI HENNINGI BOEHMERI
DISPUTATIO
DE CODICILLIS SINE TESTIBUS
VALIDIS

Cum animadversionibus , quibus Auctor suo
quoquo loco notatur .

C A P U T I.

*De Codicillis ad testamentum factis sine
testibus validis.*

§. I.

Causæ difficultatum juris Romani .



US nostrum , in quo quotidie versamur ,
quod manibus terimus , variis difficul-
tatibus subiectum esse nemo dubitabit ; si-
ve illud quoad theoriam examinemus , si-
ve , prout in ipsis rerum obtinet argu-
mentis , intueamur . Equidem rationes
horum scopulorum non una ab eruditis
allegari solent , quas quidem enumerare , & excutere haud
mibi integrum esse video ; interim tamen duo potissimum
impedimenta tantum allegabo , quæ difficultatem hanc maxi-
me augent , promoventque . Primo expeditum est , jus Ro-
manum peregrino idiomate esse scriptum , latino scilicet ;
cujus usus quidem in Academiis satis decantatus est , sed ut
I i plu-

plurimum superficiarie tantum in scholis Ictorum ejus ratio haberi solet ; quo ipso factum , ut vim , & veram verborum , & terminorum indolem , virtutemque Icti saepe amiserint , & in ipsius rei conceptum non recte penetrare potuerint . Restaurata quidem hodie quodammodo est genuina Juris Romani facies , postquam Icti nonnulli elegantiora studia ad Jus Romanum conferre inceperunt ; sed rariores sunt , qui illos sequuntur , quoniam plerique persuasum habent , elegantiora studia parum utilitatis futuro practico asserre , cum tamen absque his non solida in jure cruditio , sed vix superficiaria haberi possit . Alterum impedimentum est ignorantia antiquitatum Romanarum , & processus Romani , statusque civilis , quæ tamen rationes juris sapissime suppeditant . Constat enim jus nostrum vel ex principiis naturalibus , vel civilibus ; illius rationes petendæ sunt ex jure Naturæ , id quod Icti in decisionibus ejusmodi secuti sunt ; hujus vero ex civilibus causis , quæ connexionem habent cum statu publico , & civili . Ubi olim antiquitates Romanæ a Doctores negligebantur , incertis opinionum procellis ferebantur , postquam vero hodie e tenebris in lucem protractæ sunt , pristino suo nitori juris Romani prudentia restitui cæpit .

§. II.

Conceptus Codicillorum non ita planus est .

Quod si exempla materiæ , in quibus hæc duo impedimenta difficultates pariunt , desiderantur , infinita

ta quidem in promptu essent, si illa colligere animus esset. Pro ratione instituti mei nunc quidem ad codicillorum materiam provoco, quæ quidem satis plana esse videtur, si communem Doctorum opinionem intuemur. At si quæ communiter doceri solent, paulo accuratius secundum Romanæ linguæ indolem examinamus, statim apparebit, vel ipsum conceptum codicillorum plurimis adhuc incognitum esse. Et tamen ex eorum natura omnes jurium dispositiones fluunt, veluti quod in iis hereditas non detur, & tamen fideicommissum universale constitui possit, cujus rei diversitas ex ipso conceptu codicillorum fluit (a). Sunt vero plures adhuc difficultates, quæ superari non aliter possunt, quam si conceptum eorum recte investigaverimus; veluti an a Codicillis differat epistola fideicommissaria? an semper testes requirant, an dentur codicilli nuncupativi, & quæ sunt hujus generis aliæ quæstiones (b). In præsentī itaque dissertatione illud potissimum enucleare curabo, an in codicillis semper testes sint necessarii, cujus quidem decisio plana esse videtur ex L. ult. in fine C. de Codicillis, & communi Doctorum assensu; sed tamen

I i 2

non

(a) Perperam arbitratur, quum credit ex codicillorum nomine venire, ut non recte in illis hereditas daretur, licet per fideicommissum constaret; hoc enim non ex vocis, sed ex intima juris Romani ratione proficiscitur, ut mox videbimus.

(b) Aliud est rectam nominis intelligentiam tenere, ut sinceram illius habeamus notionem, aliud quæstiones in jure definiri

ex vocis significatione. Primum utile quidem videtur, non modo, ne verborum confusione rerum obvolvantur notiones, sed ut ex primæva nominis significatione rerum ducatur origo. Alterum non ad vocis intellectum pertinet, sed ad solida cujusque doctrinæ principia, præsertim in juris arte explicanda, quæ non tam verbis, quam rebus potissimum insistit.

non deerunt rationes, quibus ostendi potest, illud haud universale esse, praesertim si Codicillos ex testamento dependentes, de quibus hoc capite agendum, supponamus, ut ut & in Codicillis ab intestato nonnumquam id usu veniat, quos casus ad caput sequens reservabo.

§. III.

Codicilli denotant vi vocis epistolam scriptam ad aliquem.

U*t ut vero alias otiosas vocum aucupationes, & explanationes negligendas censeam, tamen ubi natura rei ex vero, & genuino vocis intellectu deduci potest, illa non est omittenda. Vox Codicillorum quidem ambiguum habet significationem. Vide Coll. 1. Arg. ad tit. de codicillis n. 3. Sed varii hi significatus non adeo inter se discrepant, saltem in eo conveniunt, quod denotent scripturam quandam ad alterum emissam. Et sic primario denotat epistolam, vel literas ad aliquem scriptas (a) uti in hoc significatu fere potissimum*

(a) Distinguere hic debuerat Boehmerus latinam *codicillorum* significationem ab eorum notione, quatenus accipitur a Jurisconsultis. Quod ad primam attinet, falso suspicatur, non aliud eorum nomine revera venire, nisi *epistolae*; nam codicilli proprie dicti sunt, quicquid tabellis ceratis scriptum esset, sive epistolae, sive orationes, sive poemata, sive quid

aliud in iis contineretur; non enim referebantur ad peculiare quoddam operis genus, epistolarum nempe, sed tum ad materiam, in qua scribebatur, tum ad modum, quo tabellae simul jungerentur. Vide quae diximus cap. 1. nostri comment. n. 1. & 2. Mox videbimus, quod spectat eorum notionem, ut jure consideratur.

num apud probatos autores occurrere solet : Sic Cicero lib. 4. epist. 12. ita scribit : Cum non longe a Piræo abessem , puer Acidini obviam mihi venit cum codicillis , quibus erat scriptum . Et lib. 6. Epist. 18. : Simul ut accepi a Seleuco tuas litteras , statim quæsi a Balbo per codicillos , quid essent in lege . Porro in lib. 12. ad Attic. epist. 8. idem significatus occurrit : quæ desideras , scribit , omnia scripsi in codicillis ; & in fine ita : De Balbo & in codicillis scripseram . Sic etiam apud Tacitum lib. 1. Annal. dicitur : Is ad Tribunum miserat codicillos , hæc est , litteras , & lib. 4. Annal. ibi : Composuit ad Cæsarem codicillos . *Adbuc explicatius hac voce in hoc significato utitur Cicero lib. 2. ad Q. frat. epist. 10. ajens : Epistolam hanc convicio efflagitarunt codicilli tui . Sic itaque quidem in genere epistolam denotarunt codicilli , aliquando tamen strictius pro certo genere epistolarum codicilli sumti sunt , scilicet pro epistola ad præsentem scripta , quod probat Seneca his verbis epist. 55. in fine : Video te , mi Lucili , cum maxime audio , adeo tecum sum , ut dubitem , an incipiam non epistolas , sed codicillos tibi scribere . (a) Quin & quandoque latiori in sensu epistolas publicas , seu rescripta denotarunt ,*

(a) Quæ afferuntur scriptorum loca non probant , nisi quod veteres codicillorum nomine quandoque significaverint epistolas vel ad absentes missas , vel ad præsentem , quod haud negamus . Sed non recte exinde conicitur , per codicillos epistolas venire . Epistolarum quidem nomen continet

illud scriptionis genus , per quod animi sensa absentibus aperimus ; codicillorum vero exprimit materiam , in qua scribitur ; nam quum in tabellis ceratis epistola scriberetur , codicilli nominarentur . Hinc idem valet apud latinos , scribere in *codicillis* , vel per *codicillos* , ac scribere in tabellis

runt, cum etiam hæc sæpe epistolæ vocentur §. 2. Inst. de his, qui sui, vel alieni juris sunt §. 4. in fine Inst. de fidejussoribus; & hoc quoque intuitu codicilli nonnumquam in jure dicuntur §. 4. Inst. quibus modis jus patr. pot. tol. L. 41. de excus. L. 1. C. ut omn. judic. conf. Barnab. Brisson. sub voce codicilli.

§. IV.

Amplificantur hætenus dicta ad Codicillos, quatenus sunt ultimæ voluntatis species.

CUM itaque hæ tres significationes in eo conspirent, quod codicilli usu communi loquendi apud Romanos denotaverint epistolas, sive ad absentes, sive ad præsentem scriberentur, sive denique ex Imperatorum indulgentia ad preces subditorum emanarent, satis probabile est, codicillos, qui tempore Augusti, tamquam ultimæ voluntatis species approbati sunt, quoad primam suam originem nihil aliud fuisse, quam epistolam scriptam ad heredem de eo, quod post mortem suam scribens ab herede fieri vellet, in quo conceptu cum plurima sita sint, hoc ipsum nunc ex jure probandum erit (a).

§. V. Co-

ceratis. Idem dicendum de Imperatorum rescriptis, quæ codicillis continebantur, sive tabellis ceratis. Cetera notavimus cap. 1. nostri comment. loc. cit.

(a) Inspecta codicillorum ori-

gine si conjectare velis, eos scribi tum soleire potissimum epistolarum more, non prohiberis; at si intelligas, apud Jurisconsultos per codicillos nil aliud venire, nisi epistolam ad heredem scriptam,

§. V.

Codicilli nihil aliud erant , quam epistolæ ;
quod probatur (I.) ex origine.

HOC ipsum vero satis conspicuum redditur (I.) ex origine horum codicillorum , quam Imperator in præ Inst. de codicillis satis distincte tradit , scilicet Lucius Lentulus Romæ fecerat testamentum , & Augustum filiamque suam instituerat heredes , eodemque testamento caverat , ut si quos postea codicillos scriberet , ii ex eo testamento valerent. Cum postmodum in Africa morti vicinus esset , scripsit codicillos ad heredes , petiitque ab Augusto herede suo , ut aliquid faceret , seu præstaret post mortem suam . Hic sane non alia dispositio per Codicillos intelligi potest , quam epistola quædam , cum eo tempore codicilli nihil aliud denotarent , ut §. III. evictum est . Non enim ulla ratione ostendi potest , per codicillos aliud aliquid eo tempore intellectum fuisse , & sic secundum usum communem loquendi illius temporis dispositio Lentuli æstimanda est (a) . Jam quidem ha-

tensus

prorsus ineptiveris ; quum perspicuum sit , in jure significasse non solemnem testatoris voluntatem , quatenus a testatorum ratione distinguitur . Vide quæ notavimus loc. cit. n.3.

(a) Iterum nugatur cum epistolarum , ac codicillorum nominibus . Quod Lentuli ætate codicilli scriberentur more epistolarum , an idcirco non aliud eos

esse dixeris in jure , quam epistolas ? Sed utcumque illos consideraveris , tamquam epistolas ad heredes scriptas , quid porro hoc pertinet ad jus codicillorum ? Aliud est animadvertere in hujusmodi voluntatibus scripturæ modum , aliud juris rationem ; quæ sane si una confundantur , numquam cognosces , quid revera in jure haberi debeant .

Etenus inauditum erat, per epistolam, vel codicillos heredi aliquid injungere, quod ei necessitatem imponeret voluntatem defuncti implendi. Sed nihilominus Augustus heres voluntatem ejus implebat, & filia Lentuli legata præstabat ex epistola patris, quæ jure ordinario non debebat. Uti vero exempla Principum facile subditos ad imitationem rapere solent; ita quoque deinceps alii Augusti auctoritatem secuti fideicommissa ex ejusmodi epistolis ad heredem scriptis præstabant. Quo ipso factum, ut Augustus suasu ICtorum, & imprimis Trebatii magnæ tunc temporis auctoritatis ICti, codicillorum usum lege probaret, & in utilitatem civium introduceret, cum non semper civibus integrum esset, testamenta concinnare, maxime, si peregrinationes facerent. Post quod tempus cum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli optimo jure admitterentur. Erat enim Labeonis maxima auctoritas, adeo ut *Tucitus* lib. 3. *Annal.* illum, & *Attejum Capitonem* duo pacis decora nominet; sed in eo Labeonem Capitoni præponat, quod esset incorrupta libertate, & ob id fama celebratior, cum e contra Capitonis obsequium dominantibus magis probaretur. Atque hinc Labeonis auctoritas apud populum libertatis amantem plus ponderis habuisse videtur *L. 2. §. 47. ff. de origine juris* (a). Sic itaque satis constat, ratione primæ originis codicillos fuisse meras epistolas a defuncto ad heredem scriptas.

§. VI.

(a) Vide quæ diximus de origine codicillorum cap. 1. §. 1.

§. VI.

Probatur II. ex eo quod in jure promiscue
etiam epistolæ vocentur.

Constat quoque II. id ipsum exinde, quod in jure nostro
codicilli passim epistolarum nomine veniant. Eviden-
ter id patet ex L. testamento 89. pr. ff. de legatis 2. ubi Ictus
ita: Quæro, cum testamento significaverit, si quid obli-
gnatum recepisset, vice (hoc est jure) codicillorum vale-
ret, epistola autem non sit obsignata, an quæ epistola
continentur ad filium pertineant? Respondi si fides epi-
istolæ relictæ constaret, deberi, quæ in ea dare se velle
significavit. In hoc textu codicilli, & epistola promiscue
sumuntur, ex quo certum indicium nascitur, codicillos ejus-
modi per modum epistolæ solemniter scriptos fuisse (a). Idem

K k

ulte-

(a) Jam vidimus cap. 1. nostri
comment. §. 10. n. 18., & 19. quid
proprie apud Jurisconsultos veni-
ret nomine *codicillorum*, quid *epi-*
stolarum, licet utrumque conti-
neatur sub generali codicillorum
significatione. Si quid per fidei-
commissum relinquebatur in codi-
cillis, *epistolam* potissimum ve-
teres nominarunt, sive *epistolam fi-*
deicommissariam, quæ vox sim-
plicior videbatur ad exprimenda
fideicommissorum relictæ. Quod
vero relinquebatur per verba di-
recta, *codicillos*, sive *codicillos*
confirmatos magis appellabant, ut

cit. loco probavimus. Hinc nil
mirum, si Consultus in hac lege
epistola nomine intelligit præle-
gatum filio relictum verbis præca-
tavis; nec inde consequitur, co-
dicillos in jure non haberi, nisi
epistolas. Nam utcumque Con-
sulti eos nominaverint quantum
ad pressiore illorum significatio-
nem, tum codicilli proprie accep-
ti, tum epistolæ fideicommissariæ
veniunt sub uno juris intellectu,
quod nempe contineant volunta-
tem non solemnem a solemniter
directam, quæ habetur in testa-
mento.

ulterius evincitur ex L. uxorem 41. §. 2. ff. de legatis 3. ubi rursus codicilli, & epistola promiscue sumuntur. Ut ut enim hæc duo inter se apponi videantur in verbis: Utrum eidem Damæ ex verbis codicilli ab heredibus præstandi sint, an vero ad Sejam uxorem ex verbis epistolæ pertineant; tamen antecedentia demonstrant, de codicillis tantum sermonem fuisse, & quæ dispositiones ibi occurrunt, generali nomine codicillorum veniunt (a).

§. VII.

Codicilli, & epistola fideicommissaria non differunt.

E*Quidem non desunt, qui inter codicillos, & epistolam fideicommissariam differentiam quamdam observant, quæ agnita fuisse videtur ab Imperatoribus in L. 7. C. qui testamenta facere possunt, ubi ita: quod & in codicillis, & fideicommissariis epistolis jure scriptis observandum erit, quibus verbis inter se hæc duo distingui videntur (b). Differentias autem has assignat Petrus Mullerus in notis ad Struvium ex. 34. th. 68., I. ratione scripturæ; quod*

(a) Nullibi, quam hoc juris loco Boehmerus apertissime arguitur; quo quidem distinguere voluit Consultus *codicillum* verbis directis conceptum ab *epistola* verbis precativis, ut latius ostendimus loco cit. n. 19.

(b) Non ab Imperatoribus, sed a Jurisconsultorum lingua primum cœpit haberi discrimen inter *codicillum* pressius acceptum, & *epistolam fideicommissariam*, ut diximus.

quod scilicet epistola semper eam desideret, licet codicilli possint esse nuncupativi. II. ratione præmissæ salutis, sine qua epistola non concipitur. III. ratione illius ad quem epistola dirigitur, qui in epistola est amicus forte aliquis, aut propinquus, in codicillis autem semper heres supponendus. IV. ratione legatorum, quæ in codicillis præsertim testamento confirmatis dari possunt. Sed hæc differentiæ nullo modo fundatæ sunt. Nam hoc numquam autor prælaudatus probabit, codicillos ab initio, & maxime jure Digestorum potuisse absque scriptura fieri, quin semper ubi in Digestis fit mentio codicillorum, præsupponatur ex natura sua scripti. Inde etiam Ulpianus in L. 3. ff. de testam. milit., ubi clausulæ codicillaris mentionem injicit, ita ait: quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenta faciunt PER SCRIPTURAM adicere: velle hoc etiam vice codicillorum valere; ex quo patet, olim tantum testamentis scriptis clausulam hanc adjectam fuisse(a). Quod vero jure Codicis aliud introductum sit, id juris sequi oris est, & hujus rationem deinceps excutiemus (b). Altera differentia itidem haud subsistit. Nam & in codicillis præmissio salutis de jure antiquo occurrit. Audiamus Marcellum, qui in L. 56. de fideicom. libert. ita ait: deinde codicillis ita cavit. Lu-

K k 2

cius

(a) An codicillos veteres admitterent, nedum per scripturam, sed per nuncupationem latius egimus cap. 1. nostri comment. §. 4. Nec prorsus ad rem facit hic Ulpiani locus, ut ibi ostendimus num. 3.

(b) Non inquam ex jure Codi-

cis Justiniani cœperunt codicilli per nuncupationem, sed nec veteribus ignoti fuere, nulla enim juris ratio obstabat, quominus testamenti exemplo fieri non potuerint per nuncupationem, ut probavimus loc. cit.

cuius Titius heredibus primis, & substitutis salutem. *Hic adest formula codicillorum, in quibus salutationis præmissio, ut in epistolis occurrit (a). Aliud exemplum occurrit in l. 37. §. 3. ff. de legatis 3., & §. 2. l. 35. l. 30. §. 1. de adim. vel transf. legat. De quibus, & similibus textibus postea specialiter dicendum erit. Sed nec semper in epistolis salutationem per se olim rem necessariam fuisse evicit Lauterbach. diff. de epistola th. 32. cum etiam in jure nostro epistolæ inveniantur, quæ nullam salutationem præmissam habent l. 12. §. 12. mandat. l. 5. §. 3. l. 21. & 26. de constit. pec. l. 75. pr. ff. de legat. 2 l. 4. de adim. vel transf. legat. Tertia differentia itidem non stringit; quando enim quaestio est de epistola fideicommissaria, illa ordinarie etiam dirigitur ad heredem, vel ad eum, qui ex beneficio, & voluntate defuncti aliquid habet, quod clarissime apparet ex l. 75. pr. ff. ad S. C. Trebell., ubi Ictus ita inquit: Epistolam ad heredem suum in hæc verba scripsit, & in l. 37. §. 3. de legatis 3. patet, epistolam fideicommissariam ad filium suum scripsisse dicitur, qui ex donatione patris aliquid possidebat. Ultima denique parum in recessu habet; postquam enim legata fideicommissis exæquata sunt l. 1. ff. de legatis 1. legata sine dubio in codicillis, & epistolis, quæ non differunt, nisi sono vocis, relinqui possunt (b). Hisce præmissis con-*

(a) Salutis præfatio non utique placuerit de differentia inter codicillos, & epistolas; revera eo tantum vertebatur, ut codicillis proprie dictis legata relinquerentur, modi salutis præfationes. Vide epistolis fideicommissa. Perpetram autem Boehmerus repetit l. 34. §. 1., & 6. de legatis 2.

(b) Quicquid interpretibus exæquationem legatorum cum fi-

conspicuum est, ex L. 7. C. qui testamenta facere possunt non inferri posse, olim differentiam fuisse; cum particula et non semper separet, aut distinguat, sed saepe duo vocabula idem significantia conjungat, vide Strauch. de particul. juris sub voce ET (a)

§. VIII.

Explicatur Lex ultima principio ff.
de legatis 2.

Agnoscat etiam Cardinalis Mantica de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 11. n. 2. & 3. nullam in effectu inter codicillos, & epistolam esse differentiam; tamen ratione modi, & formæ aliquam superesse existimat, deceptus ex L. fin. pr. ff. de leg. 2., quasi ibidem codicilli ab epistola distinguerentur. Casus in dicto textu est talis: *Quidam in testa-*
men-

deicommissis ex L. 1. de legat. 1. citata L. 7. C. qui testamenta præsertim quantum ad varias hucere possunt aperte distinguuntur jussimodi relictorum causas; quum codicilli ab epistolis fideicommissis in comperto sit, quicquid Constantiis: *Quod in codicillis, & finis formularum superstitiones deicommissariis epistolis... ob-* abrogaverit, non ante Justinianum *servandum erit*, Boehmerus putavit ea verba *in codicillis, & finis deicommissariis epistolis* veluti systema haberi. Quid facies huic fideicommissis. Vide quæ longius legum interpreti? Verum patet, hanc in rem attulimus cap. 2. non hanc legem Valentiniani esse, cujus stri comment. §. 4. n. 2., & 3. ætate adhuc stabat differentia relictorum per verba directa, ac præ-

(a) Quoniam falso credidit ex L. 1. de legatis 1. jam sublatum cativa, ideoque discriminantur quodcumque juris discrimen inter *codicilli ab epistolis fideicommiss-* legata, & fideicommissa, ubi in *sariis*.

mento caverat , si quid obsignatum recepisset (vel ut alii legunt reperisset scil. heres) id ipsum jure codicillorum valeret . Reperta est epistola ad heredem scripta non obsignata , ibi non quaerit ICtus , an hæc epistola jure codicillorum valeret ; sic enim forsân distinxisse hæc duo dici posset , sed potius ita : An quæ epistola continentur , ad filiam pertineant ? De hoc ergo non erat quaestio , an non hæc epistola essent codicilli , sed an tales codicilli non obsignati valerent ? Olim enim codicilli testamento confirmari solebant ; jam ergo inde ratio dubitandi petebatur , an tantum illi codicilli a testatore in præcedente testamento confirmati fuissent , qui essent obsignati , non vero qui non obsignati invenirentur , quo ipso videbantur nullius esse efficacia . Sed nihilominus ICtus contrarium decidit , quoniam sufficiebat , generaliter codicillos esse confirmatos , præsertim cum nec obsignatio præcise requireretur . Unde quando Mantica rem ita definit , valuisse hoc in casu dispositionem non jure codicillorum , sed jure epistolæ fideicommissariæ , differentiam adstruit rerum , quæ sono differunt , re conveniunt , sicuti ipse postea non diffitetur , epistolas tales etiam valere jure codicillorum , hoc est , unum , idemque esse . (a) .

§.IX.

(a) Agnosco ineptam Manticae interpretationem in relato Scævola responso ; quum nec Consulti sententia , nec quaestio proposita pertineat ad differentiam *codicillorum* ab *epistolis* . Sed miror Boehmerum , qui legis sententiam exponere conatur , plura congerere prorsus aliena a Consulti mente . Non inquam illic agitur de jure confirmationis in

codicillis ; sed quaerebatur , an epistola valeret , licet non obsignata contra ea , quæ testator significaverat testamento , ut nempe id vice codicillorum valere vellet , quod a se obsignatum reliquisset . Sed vide hujus responsi expositionem , quam protulimus cap.1. nostri comment. §.3. nu.7. & seq.

§. IX.

(III.) Codicilli dicuntur scribi ad heredem .

Sicuti itaque epistolæ scribuntur ad amicum , vel tertium quemdam, ita quoque nunc (III.) in jure passim de codicillis dicitur, quod scribantur ad heredem , vel ad eum , cui ex beneficio defuncti aliquid obvenerat , quod rursus indicium præbet, codicillos nihil aliud , quam meras epistolas defunctorum fuisse. Sic in L. 11. ff. de jure codicillorum ita dicitur: Qui gravi utero uxorem esse ignorabat, codicillis ad filium scriptis , libertates dedit ; *¶* in L. 19. ff. eodem ibi ; is , qui unum filium habebat , cum codicillos ad eum scripsisset , decessit intestatus ; *¶* deinceps : ad quem codicillus factus est : Item in L. 14. pr. ff. eod. ubi dicitur : Quia heres , ad quem sermonem conferat , in rebus humanis non est . *Expressius idem evincitur ex* L. alumnae 30. §. 2. de adim. vel transf. legat. , ubi *ICtus notanter ait* : Eodem die codicillos ad heredes suos ita scripserat . *Jam uti in* §. 3. *notatum , ex usu communi loquendi* codicillos ad aliquem scribere *idem denotavit , ac epistolam ad aliquem scribere* (a) .

§. X.

(a) Nemo dubitaverit , veteres quidem codicillos potissimum scripsisse ad modum epistolarum , ut vel heredibus , vel legatariis , vel fideicommissariis eos inscriberent. Ergone codicilli in jure non secus habendi sint , quam epistolæ ad familiares scriptæ ? Nollem Boehmerum , quum in jure versetur , in dialecticam offendere . Præte-

rea non quod potissimum vel heredibus , vel legatariis inscriberentur , colligere licet , non secus scribi potuisse , quam servatis hujusmodi inscriptionibus , quasi aliter in jure non valerent ; hoc enim nil ineptius dici potuerit . Etenim non inscriptionibus , sed juris norma regi debuerant .

§. X.

(IV) Codicilli per modum epistolæ fuerunt scriptæ.

Sed & illud (IV.) non omittendum, codicillos per formam epistolæ ad heredem communiter directos fuisse. Ut enim ante notatum sit, non semper epistolas habuisse præmissam salutationem, tamen recte infertur, ubi præmissa salutio occurrit, hanc ipsam scripturam epistolam representare. Hujusmodi exempla infinita in jure nostro occurrunt. Ex multis pauca tantum offeram. In L. 35. §. 3. de legatis 3. hæc formula occurrit: Codicillis confirmatis ita cavit: Tiburtibus municipibus meis, amantissimisque, scitis &c. & in L. 37. §. 2. eod. dicitur: Deinde codicillos per fideicommissum confirmavit, quibus ita cavit: Lucius Titius Sejæ heredi suæ, quam pro parte dimidia instituit, salutem; & in L. 30. de adim., vel transf. legatis, ibi: Heredibus meis salutem; & in L. ult. ff. de fideic. libert., ubi Ictus ita: Deinde codicillis ita cavit: Lucius Titius heredibus primis, & substitutis salutem: conf. L. 34. §. 1. de leg. 2. Si ergo codicilli in forma epistolæ scripti fuerunt, sane olim non fuit differentia inter disponere per codicillos, & per epistolam (a).

§. XI.

(a) Quoniam, argumentatur Boehmerus, in codicillis salutis præfatio adjiciebatur, consequitur idem fuisse testari per codicillos, ac testari per epistolam: Si quæstio tantum vertatur de nomine, haud negaverim, utrumque dici potuisse; at si velis exinde conficere, idem in jure haberi epistolas fami-

liares, ac codicillos, prorsus deliraveris. Jus cadit in eos codicillos, sive epistolas, quibus suprema defuncti voluntas continetur: quo sensu nil commune habent epistolæ familiares cum codicillis. Nolim verborum fallacia rerum notiones perverti.

**Quare hereditas fideicommissaria , &
non directa in codicillis
relinquatur?**

E *T* ex hoc primo conceptu nunc facile constat, cur in codicillis non detur hereditas directa, bene tamen fideicommissaria? (a) Ait Justinianus in pr. Instit. de codicillis, a Lentulo codicillorum autore fideicommissa quoque originem traxisse; ex quo satis probabile redditur, in ipsis codicillis Lentulum quoque ab Augusto reliquisse fideicommissa. Videlicet quemadmodum epistola præsupponit eum, ad quem sermonem dirigimus, a quo aliquid per literas petimus, quocum agimus; ita item codicilli non facere, sed jam heredem præsupponere debuerunt, quocum testator per codicillos loqueretur, & cui aliquid injungeret; ordinarie enim diriguntur ad heredem: Inde quod post obitum heredis codicillis legatum, vel ademptum est, nullius momenti esse dicitur in l. 14. §. 1. de jure codicillorum ob hanc rationem, quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est, eaque ademptio, & datio tunc vana efficietur, sicuti in genere epistola effectu caret, si is, ad quem directa est jam decessit. At fideicommissa sunt ejusmodi negotium, quod potissimum in epistolis, & codicillis constitui potest. Fiebant olim per rogationes, & serias petitiones, simul-

L 1

(a) *Exspecta, quæ absurda juris principia inferat Boehmerus ex suis verborum fallaciis.*

que hæc ipsæ ad heredem dirigebantur , ut scilicet hereditatem , vel rem singularem restitueret . At vero in literis ad tertium scriptis maxime solemus rogare , & petere , vel a tertio aliquid postulare ; atque adeo nihil convenientius fuit , quam codicillis fideicommittere . Unde rursus iu jure infinita exempla occurrunt , quæ ostendunt , ejusmodi formulas olim fuisse adhibitæ , quales in literis adhiberi solerent (a) . Sic in l.108. §.13. de leg.1. occurrit hæc formula : Te , Titi rogo , fideique tuæ committo ; & in l.34. pr. de leg.2. in hæc verba Titia ad filium codicillos composuit : A te autem Maevia filia charissima peto . Quin & codicillis commendabant heredibus eum , quem fidei-

(a) Quæ Boehmerus hic affert tanto verborum ambitu , eo redundant , ut quum codicilli inscriberentur ad modum epistolarum iis , cum quibus testator loqui videatur , factum est ne illis darentur hereditates directæ , sed per fideicommissum : in directis quidem imperativo modo testator se gerit , in fideicommissariis vero precativo ; & quoniam epistolis non tam utimur imperativis verbis , quam precativis ; hinc est , inquit Boehmerus , in codicillis veluti epistolis non secus hereditatis dationem permissam , ac per fideicommissum , ut mos epistolarum servaretur . Næ hæc numquam excidissent a Grammatico quopiam , ne dicam a Jurisconsulto . Non inquam ex epistolarum formulis juris pendet doctrina , quum sua propria agnoscat principia nata ex rebus ipsis , non ex Rhetorum præceptis . Brevi fideicommissa , uti & codicilli non tam lege , quam moribus descenderant : hereditatis autem datio , tamquam ex lege testamento tantum constare poterat . Ut autem sine expressa legis offensione admitteretur in codicillis testatio universi defuncti patrimonii , oportuit recurrere ad fideicommissorum naturam , quorum potestas moribus quoque confirmata est . Sed vidè quæ longius dicta sunt cap.1. nostri comment. §.2. num.2. & 3. Ex illo falso juris principio aberrat quoque Boehmerus a recta expositione relatæ l.14. §.1. de jure codicillorum , cujus interpretationem attulimus cit. cap.1. §.10. num.17.

fideicommisso honorare volebant , quale exemplum occurrit in l. 34. §. 7. ff. de leg. 2. ubi Titia in codicillis cavisse dicitur : Cajum Sejum virum meum commendo tibi , o filia , cui volo dari &c. ; cujusmodi commendationes iterum sunt proprium literarum negotium . Imo sicuti in literis fiduciam , quam erga eum , cui amice scribimus , concepimus , solemus demonstrare ; ita quoque non infrequens erat fideicommissa hoc modo in codicillis relinquere . Exempli loco sit l. 37. §. 3. de leg. 3. ubi propterea codicillos vocat epistolam fideicommissariam , & hac formula utitur : Lucio Titio filio suo salutem . Certus de tua pietate fidei tuæ committo , conf. l. 39. pr. eodem . Quæ omnia ulterius illustrant , codicillos nihil aliud ab initio fuisse , quam meras literas ad heredem scriptas (a) .

§. XII.

Non quævis literæ sunt codicilli.

Cum itaque codicilli certum genus litterarum sint , inde tamen non statim omnes literæ , quibus hereditas promittitur , vel animi affectus exprimitur , vim hujusmodi codicillorum habere possunt l. 17. ff. de jure codicillorum . Codicilli enim , quatenus vim ultimæ voluntatis habere debent , debent esse dispositiones , hoc est , ut heredi præstatio alicujus rei post mortem testatoris in

L 1 2

iis

(a) Quæ proferuntur ex juris libris exprimunt formulas , quibus veteres uti solerent in fideicommissis ; quæ sane precativæ concipiebantur ; sed falso conjicitur , non aliud codicillos jure fuisse , quam epistolas ad heredes scriptas , ut jam ostendimus .

iis injungatur, & sic specialim exprimatur, quid præstandum sit. At ejusmodi literæ generales, de quibus in l. 17. cit. agitur, non specificè disponunt, non tunc, quando tantum affectus animi exprimitur; quia non statim aliquid in alterum ex patrimonio nostro transferre volumus, erga quem affectum nostrum contestamur; nec tunc, quando hereditas literis promittitur; nam nuda promissio de futura dispositione non est dispositio præsens, nec ex epistola potest quis heres fieri l. 52. pr. de pact. l. 13. & l. 14. de probat.

§. XIII.

Codicilli possunt dirigi ad ipsum legatarium, vel fideicommissarium.

Illud postremo adhuc notandum est, quod etsi codicilli, seu epistolæ ordinariè dirigantur ad heredem secundum §. 9. , tamen postea receptum esse, ut etiam potuerint dirigi ad ipsum fideicommissarium, seu legatarium. Elegans decisio hac de re occurrit in l. 75. pr. ff. de legatis 2. , ubi Papinianus ita: Miles ad sororem epistolam, quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit: Scire te, volo donare me tibi aureos octingentos. Quærebatur, an codicilli hujusmodi vulerent; Ratio dubitandi enim erat, quod non essent directi ad heredem, ad quem ratione suæ originis dirigi debebant. Sed nihilominus Ictus decidit deberi: & ne quis putet, hoc singulare esse in testamento militum, ideo addit: Nec aliud probandum esse in cujuslibet suprema voluntate; placet enim,
per-

pergit, consistere fideicommissum, etsi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur (a); ubi quidem in vulgata editione pro etsi legitur ac si; sed revera sanum sensum lectio talis non habet Cujac. lib. 2. obs. 3., vel pro remuneratur substituendum est rogat; ut sensus sit, ita hoc capiendum esse, ac si testator cum illo locutus esset, qui precario rogatur.

§. XIV.

Codicilli ab initio testamento confirmabantur.

HActenus itaque multiplici ratione evictum est, codicillos nihil aliud ratione suæ originis fuisse, quam literas defuncti ad heredem regulariter scriptas, ut ut quandoque possint ad legatarium, vel fideicommissarium scribi. Potissimum autem ab initio dirigebantur ad heredem scriptum; sensim autem introductum est, ut etiam ad heredem ab intestato dirigi possent l. 16. de jure codicillorum

(a) Quod hic affertur ex Papiniano, non codicillorum, sed fideicommissi spectat rationem, ut perperam crediderit Boehmerus, hoc repetendum ex epistolarum formula, quum æque licuerit codicillos inscribere vel heredibus, vel legatariis, aut fideicommissariis. Porro fideicommissa æque valere videbantur, si testator loqueretur cum herede, vel cum

eo, cui fideicommissum præstandum sit; ideoque ait Papinianus: *placet enim consistere FIDEICOMMISSUM* &c. In fideicommissis enim *quæri non oportet* (inquit idem Papinianus l. 77. §. 26. de legatis 2.) *cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.* Vide quæ diximus cap. 1. nostri comment. §. 7. n. 6.

lorum (a). *Et quidem quod codicillos ad heredem testamentarium scriptos attinet, solebant communiter testamento confirmari; quem in finem hac formula in testamentis utebantur: Si quos codicillos reliquero valere volo* l. 56. pr. ff. de fideic. libert., *quemadmodum etiam Lentulus primus codicillorum conditor, illos suo testamento antecederet confirmaverat; non tamen talis confirmatio erat absoluta necessitatis, sed distinguebatur inter codicillos ante, & post testamentum conditos. Hi confirmatione non indigebant, sed nihilominus vires ex testamento capiebant* l. 3. §. 2. ff. de jure codicil.; *illi vero olim necessario confirmandi erant, ne alias per testamentum correcti viderentur* l. 5. ff. eodem. *Atque hoc respexisse videtur Plinius secundus lib. 2. epist. 16. ajens: Tu quidem pro cetera tua diligentia admones me, codicillos Aciliani, qui me ex parte instituit heredem, pro non scriptis habendos; quia non sunt confirmati testamento. Quod jus ne mihi quidem ignotum est; cum sit iis etiam notum, qui nihil aliud sciunt. Sed ego propriam quamdam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates, etiam si jure deficerentur, quasi perfectas tuerer. Constat autem codicillos istos Aciliani manu scriptos. Licet ergo confirmati non sint testamento, a me tamen ut confirmati observabuntur. Sed post constitutionem Severi, & Antonini hac necessitas confirmandi codicillos remissa est, modo appareret, cum, qui testa-*
men-

(a) Iterum nugatur, quum in jussmodi codicillis, vide quæ la-
codicillis quoque ab intestato *jus* tius dicta sunt cap. 1. nostri com-
epistolarum, ut ita dicam, agno- ment. §. 7.
scit. Quid autem juris sit in hu-

mentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, non receffisse §. 1. Instit. de codicillis. conf. Anton. Faber lib. 15. conject. cap. 15. (a) .

§. XV.

Confirmatio ad quid utilis .

Licet vero confirmatio codicillorum non erat necessitatis, tamen maximam nihilominus habebat utilitatem, ut eo intimius codicilli cum testamentis conducerentur, & ita ex codicillis valeret, de quo alias in codicillis disponi non poterat; magis enim pro parte, & accessorio testamenti, quam pro separata dispositione habebantur (a) . Quod ipsum nunc ostendendum, cum inde eo facilius ad metam propositam perveniamus. Sic heres directus in codicillis scribi non potest, quod per manus traditum esse dicitur in l. 10. ff. de jur. codicillorum, adeo ut talis institutio sit nulla l. 6. pr. eod. §. 2. l. eod. nec pater directo liberis suis hereditatem in illis relinquere possit l. 76. ad S. C. Treb. Sed quid si testator a se toto non dis-

(a) Quod perturbate profert de codicillorum confirmatione, siue fiant ante, siue post testamentum, frustra hic refellendum arbitramur, quum latius rem omnem exposuerimus cap. 1. nostri comment. §. 10. & 11.

(b) Omnes codicilli ad testamentum pertinentes, tum confirmati, tum non confirmati testamento, veluti illius partes, ac se-

quela considerantur. Scribebantur autem *legata* in confirmatis, *fideicommissa* dumtaxat in non confirmatis; atque *legata* in codicillis relicta ex testamento valere dicebantur ob eorum confirmationem in testamento factam, scilicet juris fictione, qua videri poterat, ac si relicta essent ipso testamento, cit. cap. 1. §. 10.

tributo ita caverat : Quem heredem codicillis fecero , heres esto , & deinceps in codicillis heredem Titium scribat ? valebit illa institutio ideo , ait Ictus , quod licet hereditas in codicillis dari non possit , tamen hæc ex testamento data videtur ; sed hoc tantum ex hereditate habebit , quantum ex asse residuum mansit . Hoc casu (1) valida est heredis institutio in codicillis designata , quæ alias per se invalida , & (2) quidem , ut directo valeat non per modum fideicommissi , ut in l. 76. ad S. C. Trebel. ; atque hinc integram portionem accipit , non detracta Trebellianica , quæ alias detrahenda foret , si jure fideicommissi partem suam acciperet . (3) Fundamentum decisionis in eo quaeritur , quod quia codicilli specificè antecederent confirmationi sint , & testator eo ipso se ad illos referat , non tam in codicillis , quam in testamento hereditas data videatur . Ex quo ipso evincitur , specialem confirmationem codicillorum ita operari , ut id , quod in codicillis disponitur , pro eo habendum sit , ac si in testamento dispositum esset (a) .

§. XVI.

Confirmationis codicillorum in testamento factæ utilitas ulterius ostenditur .

Simile exemplum occurrit in l. 10. ff. de conditionibus institutionum , ubi Ictus hanc institutionem factam in te-

(a) I loquitur de l. 77. de heredi-
tibus instituendis , quam perpe-
tuum interpretatur . Vide quæ la-
tius dicta sunt in nostra disput.
confectaria §. 2. n. 3. , & seq.

testamento valere ait: Si servum heredem codicillis scripsero, heres esto, vel cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto, cum videatur in testamento facta, quod se ad futuros codicillos refert (a). Ex eodem fundamento Ictus in L. 38. ff. de conditionibus, & demonstrationibus aliam format conclusionem ajens: Si ita scripsero, quantum codicillis Titio legavero, licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet. Quare autem legatum ex codicillis non valet? quia scilicet testator antecederet codicillos confirmavit, & se per expressum ad illos retulit, ut adeoque dispositio codicillaris ad testamentum referri debeat (b). Haftenus quidem exempla adducta sunt, ubi specificè confirmati sunt futuri codicilli; ceterum si generalis sit confirmatio, idem dicendum esse videtur per L. 36. pr. de testam. milit., ubi Ictus ita disponit: Militis codicillis ad testamentum factis (hoc est per testamentum confirmatis (c)) etiam hereditas jure videtur dari: quare si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit. Neque vero quis putet, hic singulare privilegium mili-

M m

tum

(a) Exposuimus hanc legem loco cit.

(b) Hoc est aperte calumniari ipsam legis sententiam, qua ideo valere dicitur legatum ex testamento, quod eo revera datum videbatur, licet illius quantitas codicillis explicetur. Vide quæ diximus cit. disput. confectaria §. 2. n. 7. & seq.

(c) Male inquam interpretatur

ad testamentum factis pro confirmatis testamento. Palam est ex libris juris, per codicillos ad testamentum factos, sive pertinentes significari eos, qui non sunt facti ab intestato, sive quod sint testamenti appendices, ac sequela. Contra *confirmati testamento* dicebantur, quos testator testamento comprobaverat. Vide cap. 1. nostri comment. §. 6. n. 1.

tum occurrere (a), quasi illi ex privilegio possint in codicillis heredes directo scribere; nam id quidem doceri nequit (b); sed quod codicilli testamento confirmati sint; & ita heredis institutio ad testamentum præcedens referri debeat (c).

§. XVII

Uterius id illustratur.

NOVAM conclusionem ex hisce fundamentis producit Ulpianus in L. 3. pr. de testam. tut., ubi dicit: Testamento datos tutores accipere debemus, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt. *Pro testamentario itaque tutore habetur, qui in codicillis antecederet confirmatis scriptus est, quoniam in testamento datus videtur, ex quo inferunt: confirmata quod sit in dispositione, censetur fieri in confirmante. Gothofred. in not. ad cit. L. lit. K. Atque ad hunc casum nunc refero regulam juris vulgatam: quæ*

(a) Miror, a Boehmero negari, quod nedum ex aliis juris locis, sed vel ex hoc ipso aperte apparet.

(b) Nisi prorsus cæutiveris. Ex integro titulo Pandectarum de testamento militis placet tantum referre, quod Ulpianus tradit ex Principum constitutionibus in l. 1. *Sequutus animi mei integritudinem erga optimos, fidelissimosque commilitones, simplicitati eorum consulendum existimaui, ut quo-*

quo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quomodo volent: faciant, quomodo poterint, sufficienterque ad bonorum suorum divisionem faciendam. NUDA VOLUNTAS TESTATORIS. An, putaverit Boehmerus, testamenta quidem facere potuisse, quomodo voluerint, vel potuerint, non item codicillos?

(c) Pudet refellere, quod cuiusque patet.

quæcumque in codicillis scribuntur, perinde habentur, ac si in testamento scripta essent. l. 2. §. 2. de jure codicillorum, *quod de aliis, quam testamento antecedente confirmatis intelligi nequit, uti hætenus exempla allerunt.* Idem repetitur in l. 14. ff. eod.: codicilli pro parte testamenti habentur, *quod itidem de codicillis, ad quos testamentum mediante confirmatione se refert, est intelligendum; nam alioquin quoque heredis institutio directa in codicillis designata valeret, modo testamentum adisset, ut ut illud se ad codicillos haud referret. Id quod incongruum esse videtur; & licet prædicti textus generaliter de codicillis loquantur, tamen loquuntur de eo, quod olim fiebat ut plurimum; quia ut plurimum in testamentis solebant confirmari (a).*

§. XVIII.

Removetur dubium.

E Quidem contra hæc, quæ hætenus asserta sunt, obijci posset: quod licet confirmatio expressa deficiat, tamen illa semper subintelligatur, & tacite inesse videatur per l. 3. §. 2. ff. de jure codicillorum, ubi Ictus expresse ait: Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Verum Ictus illud tantum evincit, codicillos non confirmatos nibilominus subsistere, & validitatem ex testamento consequi,

M m 2

ita

(a) Limpidam juris doctrinam stri comment. §. 10., ut frustra de codicillis confirmatis, ad non hic ea repetenda videatur. confirmatis exposuimus cap. 1. no-

ita ut hoc valente, illi quoque valeant, vel, ut dicit Paulus in L. 16. in fin. eodem: jus sequuntur testamenti, hoc scilicet præsupposito, ut de tali materia illic fuerit dispositum, quæ ad codicillos quadrat, veluti, si legatum, si fideicommissum relictum sit: Aliud ergo est, an codicilli non confirmati valeant ex testamento? Id quod affirmatur, ut ut quod ita debetur, non tamquam ex testamento, sed tantum ex codicillis peti debeat: ¶ aliud an id, quod in codicillis hisce dispositum est, valeat, perinde ac si in testamento esset scriptum? quod negatur; atque ita tutoris datio, heredis institutio &c. in huiusmodi codicillis data, non subsistit, quæ subsistere deberet, si regula in §. antecedenti adducta ad hunc quoque casum pertineret. Clarius declarat Paulus hoc ipsum in L. 5. §. 14. de his, quæ ut indigni auf., ubi ait: Qui principale testamentum arguit, repellitur quoque a codicillis ad testamentum factis, licet non confirmatis. Ratio consequentiæ hæc est; quia enim codicilli valorem suum ex testamento habent, licet sint dispositio separata, tamen ex ipso, quo quis testamentum impugnat, impugnat simul codicillos, qui ex testamento valent. Breviter codicilli non confirmati separatam quidem dispositionem constituent, sed tamen validitatem suam ex testamento antecedente consequuntur: Confirmati vero plane testamentis inesse creduntur, ut quicquid in iis scriptum sit, in testamento scriptum credatur (a).

§. XIX.

(a) Vide quæ latius diximus loco cit.

§. XIX.

Olim in codicillis ad testamentum factis
non requirebantur testes..

UT vero appareat, qua ratione codicilli etiam non confirmati jus testamenti sequantur, & ex eo validitatem capiant, deveniendum nunc est ad illud ipsum, de quo principaliter hac disputatione agendum est, ut tamen quæ dicta sunt, præmitti debuerint, quia sequentia alius sine his non recte intelligi possunt. Scilicet adeo olim codicilli etiam non confirmati sequebantur jus testamentorum, ut nullam plane solemnitatem propriam, & sic nec testes desiderarent, sed potius omnem virtutem suam ex testamentis traherent (a).
Quod

(a) Confundit hic principio Boehmerus juris regulam omnibus codicillis communem, factis tamen ad testamentum, sive confirmatis, sive non confirmatis cum solemnitatis notione. Ait ergo eos olim propria solemnia non habuisse, sed solemnēs ex testamento censeri; quum vires ex eo caperent, illiusque jus sequerentur. Verum haud animadvertit, quid illud revera esset, vires capere ex testamento, jus sequi illius, quidve solemnium nomine in jure veniat. Quod ad primum attinet, codicilli ad testamentum facti ideo sequi dicuntur *jus testamenti*, ac vires ex eo capere,

quod veluti illius appendices nequeunt consistere, nisi & testamentum constiterit; pars enim sine toto stare nequit; adeo ut rupto, irrito facto testamento, statim & codicilli evanescant, cap. 1. nostri comment. §. 9. Quod vero solemnia spectat, jam vidimus apud veteres solemnēs omnino non fuisse; non modo quod propria non haberent solemnia, sed nec solemnēs umquam consideratos ex solemnitate testamentorum; hoc enim expresso juri, ac rationi repugnat. Vide quæ late diximus in nostra disput. consuetaria. §. 3.

Quod recte animadvertit Bachovius ad f. tit. de fideic. heredit. §. ult. verbo qui in fideicommissis. Constat id ipsum tum ex ratione antea dicta, tum imprimis ex indole propria epistolarum, quippe quas codicilli, ut hactenus evictum est, constituunt. Incongruum sane foret, testes epistolis adhibere, quippe quæ ex natura sua propria sola scribentis voluntate per se contentæ sunt, nec ullam solemnitatem desiderant (a). Et inde est, quod in toto Digestorum jure haud legamus, umquam desideratum fuisse, ut testes in codicillis adhiberentur, id quod si eo tempore necessarium fuisset, vel saltem in unico loco, cum tot textus de codicillis ibidem occurrant, id indicatum fuisset, id quod tamen factum non est. In Codice contra sæpius testium fit mentio, licet rariores ibidem de codicillis textus occurrant, quia ibidem novum jus constitutum est (b).

§. XX.

Probatur id ipsum porro ex origine codicillorum.

Probatur id ipsum ulterius ex prima codicillorum origine. Notum est, quod Icti, quos Augustus pro usu codi-

(a) Iterum hallucinatur quum non distinguit *solemnem testium præsentiam* ab *illa testium adhibitione*, quæ nudam tantum voluntatis spectat probationem; primam quidem codicilli non exigebant, non item alteram; nam non recte conficitur, ideo testes codicillis non adfuisse, quod propria non haberent solemnia; solemnem enim testium præsen-

tiam præscriptus eorum numerus facit. Nec refert, epistolarum nomine eos interdum in libris juris appellari, ut idcirco testes iis non adfuerint. Sed vide quæ hanc in rem plenius notavimus cap. 1. nostri comment. §. 3.

(b) Hujusmodi conjecturæ occurrunt cit. cap. 1. §. 3. num. 4. & seq.

codicillorum introducendo in consilium advocaverat, maxime hac moti fuerint ratione, ut Augusto auctores fierent de approbandis codicillis, quod scilicet utilissimum, & necessarium hoc civibus fore crederent propter magnas, & longas peregrinationes, in quibus eis non semper integrum esset ob defectum testium condere testamentum, ut tamen hac ratione codicillos facere possent pr. Inst. de codicillis. Revera itaque peregrinantibus non fuisset consultum, si quinque testes statim ab initio adhibendi fuissent, cum rarius accidat, ut peregrinantes quinque testium, & quidem civium Romanorum, qui olim erant necessarii, copiam habere potuerint. Ergo probabiliter inde concluditur, ideo hoc in commodum peregrinantium esse introductum; quia ita absque testibus disponderent per solas literas, quæ ex se, & sua natura testes non admittunt (a). Huc respexit Paulus in L. 8. §. 2. ff. de jure codicillorum, ajens: Codicilli toties valent, quoties quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intelligemus, ut exigamus, potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere: quid enim si sufficientium testium facultatem non habuit? Sed si jure testamenti factionem habuit. Quod si itaque sufficientium testium facultatem non
ba-

(a) Perperam ex una re in alteram pene diversam argumentatur. Peregrinantium quidem utilitatis satis prospexerunt Præpentes, quum codicillos non solemnes admitterent; at nulla causa est, cur testium præsentia, & quidem præter cives Romanos,

non desideraretur probationis causa. Non ergo quod testium numerus non esset præscriptus, nec necessaria videretur adhibitio testium civium Romanorum, colligere poterat Boehmerus, nullos omnino testes iis adfuisse.

habeat testator, poterat disponere codicillis, quippe qui nullos testes desiderarent, ut adeoque toties potissimum codicilli adhiberentur, quoties testator testium copia destitueretur. In hoc enim necessitas, & utilitas versatur, de qua antea Imperator loquutus erat, quod propter illum usus codicillorum ab Augusto esset approbatus (a).

§. XXI.

Probatur id porro ex L.89. principio de legatis 2.

Ultcrius id ipsum liquido probatur ex L.89. pr. ff. de legatis 2., ex qua casus talis potest deduci. Titius testamento filium, & uxorem heredes instituerat, simulque in eo significaverat, si quid obsignatum reliquisset, jure codicillorum valeret. Postea epistolam scribebat, qua quicquid filius in peculio habuit, ei donavit, & adjecit, præcipua hæc eum, sui que juris, & post mortem habere velle; sed tamen hæc epistola non erat obsignata; unde dubitatum fuit

(a) Non video, quid Boehmerus sibi velit ex hac Pauli sententia. Exponit Consultus, quemadmodum quis dicatur factionem codicillorum habere; atque ait eum facere posse codicillos, qui & testamenti factionem habeat, sive qui jure ad testationem admittitur. Non autem addit, hoc ita intelligendum, quasi eo tempore, quo scriberet codicillos, testamenti factionem eatenus ha-

bere videatur, ut præsto sit solemnitas testium numerus; nam testamenti factio non ad testium refertur adhibitionem, sed ad juris præscriptum, quo testandi facultas alicui permittatur. Ergone Paulus affirmare intellexit nullam testium præsentiam in codicillis adesse debere? Quid quæso commune habet Pauli sententia cum quæstione de testium adhibitione in codicillis?

fuit, an quæ epistola continentur, ad filium pertinerent? Respondit Ictus: Si fides epistolæ relictæ constaret, deberi, quæ in ea dare se velle significavit. Hic totam rationem decidendi quærit Ictus in fide epistolæ, si scilicet certum sit eandem a defuncto ad heredem emissam esse: quæ ratio sane esset absona, & frivola, si testium sufficienti numero fuisset instructa; quia ita ex testium subscriptione satis de fide epistolæ constitisset. At vero cum testes non adhiberentur, hinc sæpe dubitari poterat de fide codicillorum, vel epistolæ (a).

Item ex L. 88. §. 17. de Legatis 2.

A*Tque hoc quoque refero illius Lucii Titii testamentum, de quo mentio fit in L. 88. §. 17. de legatis 2., ubi dicit, se hoc testamentum suum scripsisse sine ullo juris perito, rationem animi sui potius secutus, quam nimiam, & miseram diligentiam, & si minus aliquid legitime, minusve perite fecisset, pro jure legitimo haberi debere hominis sani voluntatem. Sane nimia illa, & misera diligentia potissimum in testium numero consistebat, quem neglexerat Lucius Titius, & cum unice suam voluntatem pro fundamento posuerat, & ex ea dispositionem valere volebat, non ex testium numero ipsa valere potuisset, qui probabiliter non adfuerunt. Atque tamen hanc dispositio-*

N n

(a) Tantum abest, ut ex hac quin contrarium omnino probatur, ut vidimus cit. cap. 1. §. 3. n. Consulti sententia ostendatur, tur, ut vidimus cit. cap. 1. §. 3. n. nullos codicillis testes adhibitos, 7., & seq.

tionem valere ICtus ait, quia ex mente ejus codicilli poterant induci (a).

Ulterior probatio deducitur ex L.77.

§.23. de legatis 2..

I Dem porro evincitur ex L.77. §.23. ff. de legatis 2. ubi *filius matrem heredem scripserat, & fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione præstare rogaverat: quærebatur, an cum testamentum nullo jure factum esset, tamen subsistere propter adjurationem accedentem? Quod affirmatur; Nam, ait ICtus, enixæ voluntaris preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbuntur: Hic unice fundamentum ICtus querit in enixissima voluntate per adjurationem declarata, unde animus codicillos faciendi etiam colligi posset, neutiquam vero ex quinque testium numero decisio desumitur, cum probabile sat is sit, testes nullos in ea specie fuisse adhibitos (b).*

§.XXII.

(a) Hujusmodi species, quæ a Scævola refertur, eo pertinet, ut licet testamentum veluti injustum nullius momenti esset, transformatam est tamen voluntas in eo declarata in codicillos ab intestato. Ejusquidem rationem plenius attigimus cap.1. nostri comment. §.8. n.2., ut propterea hic non sit repetenda. Ceterum quod attinet ad Boehmeri argumentationem, non recte colligit, ideo nullos testes in ea voluntate adhibitos, quod non jure facta diceretur.

Deerat fortasse solemnibus testium numerus in testamentis præscriptus; at hoc non efficit, defuisse quoque testium adhibitionem pro voluntatis probatione.

(b) Idem repetimus in hac specie, quod de altera jam diximus. Dubitabatur porro, an injustæ tabulæ converti possent in codicillos ab intestato. Numquam contendimus, in hujusmodi facti speciebus intercessisse *solemnem quinque testium numerum*; hoc enim retulimus ad Theodosii constitutio-

§. XXII.

Removetur dubium ex L. 8. §. 4. ff. de
ur e codicillorum.

SED removendum est aliquod dubium, quod posset contra hanc doctrinam moveri ex L. 8. §. 4. ff. de jure codicillorum, ubi Ictus ait: Si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an jure militari valeant codicilli quæritur; quoniam testamentum jure communi valet, nisi militiae tempore signaverit, vel quædam adjecerit (*hoc enim facto potuisset etiam testamentum valere jure militari*) Respondet Ictus: Certe codicilli militiae tempore facti, non debent referri ad testamentum, sed jure militari valent. Ex hoc textu colligitur, potuisse etiam codicillos jure militari valere (a); jam in eo potissimum inter dispositionem juris communis, & militarem quærenda differentia; quod in la testium sufficientem numerum, hac nullos testes desiderat, atque adeo codicilli militares ab illis, qui secundum jus commune facti erant, in eo olim hanc differentiam agnovisse videntur, quod illi

N n 2

te-

nem, ut nil ineptius, quam in veterum Jurisconsultorum sententiis quærere, an solemnia in codicillis adhiberentur; quum apertum jure constet, nullam prorsus sollemnitate eos desiderasse. Quod ergo non fuerint solemnnes, non recte conficitur, nullos propterea testes adfuisse; diversa enim sunt solemnium testium præsentia a sim-

pliciori illorum adhibitione, qua voluntatis probationi consulere-tur. Expositionem autem hujus legis sententiæ suo loco monuimus cit. cap. 1. §. 8. n. 2.

(a) Suavis profecto est hujusmodi conjectio, quasi dubitari posset, an codicilli umquam constiterint jure militari.

*testes, hi nullos desiderent (a). Verum in eo quævisse Ictum diversitatem colligitur ex ipsa decisione: videlicet codicilli jus testamentorum sequuntur, & validitatem ex testamento habent. Quod si ergo post testamentum rumpatur, vel aliter infirmetur, codicilli quoque subvertuntur. At vero hoc ipsum non contingere in hujusmodi codicillis militari-
bus Ictus ait, quippe qui se non necessario ad testamentum præcedens referunt, ut inde vires capiant, sed proprio jure subsistunt, jure scilicet cet militari. Unde a legatis, & fideicommissis in illis relictis non detrahatur Falcidia, vel Trebellianica, & testamento licet vel maxime ex post facto infirmato, adhuc subsistunt. Unice ergo in eo ^{κρίσιμον} erat, an tales codicilli se ita referrent ad testamentum, ut ejus jus sequerentur? quod negatur.*

§.XXII.

(a) Ridicula prorsus dubitatio. Nec codicilli facti jure communi, nec militari solemnes habebantur, ideoque haud desiderabant præscriptum numerum testium, quum lex solemnia iis non constituerit. Verum ea testium adhibitio, qua voluntas constaret, æque in unis, ac in alteris necessario exigebatur; quin Paulus L. 40. de testamento militis aperte desiderat probationes legitimas in testationibus militum: *Militibus*, inquit, *quoquo modo velint, & quomodo possunt, te-*

stamentum facere concessum esse (quod ait de testamentis intelligendum est quoque de codicillis, quum quantum ad juris effectus inter se se non differant) *ita tamen, ut ita subsequutum esse* **LEGITIMIS PROBATIONIBUS** ostendatur. Ineptum ergo est quærere discrimen quantum ad voluntatis probationem inter codicillos de jure communi, ac militari, quum probatio voluntatis æque in unis, ac alteris legitime constare debuerat.

§. XXIII.

In codicillis ab intestato etiam nulli
testes olim necessarii erant.

A *Tque hoc quidem planum esse videtur in codicillis ad te-
stamentum in factis; gravior difficultas est de codicillis
absolutis, testamento nullo extante; quia hic jure Digesto-
rum nondum determinatum reperio, utrum olim etiam hic
testes necessarii fuerint, necne? (a) Hujusmodi codicillorum
mentio injicitur in L. 16. ff. de jure codicillorum, in qua ta-
men lege hoc asseritur, quod tales codicilli nihil desiderent,
sed vicem testamenti exhibeant; quorum verborum non hic
sensus est, quasi tales codicilli solemnia testamentorum ordi-
naria ad sui subsistentiam requirant, alioquin non amplius
codicilli, sed testamentum perfectum forent. Verum compa-
ratio codicillorum cum testamento hic tantum secundum
quid instituitur, hoc sensu, quod sicuti testamentum per se
subsistat, nec alterius adjumento ad sui validitatem indigeat;
ita etiam tales codicilli absoluti hoc intuitu vicem testamen-
ti exhibeant, & jure proprio subsistant. Et hac ratione in-
cit. L. 16. nihil aliud desiderare dicuntur, hoc est nec te-
stamentum antecedaneum, nec testes. Nam cum etiam tales
codicilli pro epistola ad heredem ab intestato scripti haberi
debeant, hæc vero per se nullos testes requirat, & præte-
rea*

(a) Nihil apertius jure Pandectarum, quam nulla juris so-
lemnia codicillis adscripta; quod
fane omnia codicillorum genera
complectitur, sive ad testamen-
tum facta, sive ab intestato. Sed
quemadmodum exinde non recte
conjicitur, nullos testes adhibi-
tos in factis ad testamentum, ita
nec in confectis ab intestato.

rea in jure Digestorum nullibi reperiatur, ut hoc casu testes adhibeantur, satis probabile est, codicillos absolutos olim nullos testes desiderasse (a). Atqui hoc etiam pertinet testamentum Lucii Titii, de quo agitur in L.88. §.17. ff. de leg.2. quod supra jam explicitum, & simul dictum est, dispositionem illam per modum codicillorum ab intestato voluisse, ut ut nulli testes adfuerint (b).

§. XXIV.

Plura codicillis postea sunt superaddita.

A *Tqui hac quidem primis temporibus, ubi codicilli introducti sunt, obtinuerunt. Sed sicuti alias jura non semper ibi subsistere solent, ubi inceperunt, ita sensim, & pedetentim nova forma codicillis superaddi cepit. Sic enim ex post facto remissum videtur, ut non precise in forma solemnis epistolæ dispositio codicillaris, sed aliis quibuscumque verbis fieret, qua praxi semel admissa, tandem etiam permissum est, ut absque scriptura nuncupatione fieri posset L.8. §.3. C. de codicillis, L.13. de SS. Eccles. L.3. pr. C. de bonis libert. Id quod tamen contra primam indolem codicillorum est (c). Hoc semel admissa hac nova forma*

(a) Redit ad vomitum, ad epistolarum nempe formulas. Quid autem revera in jure habeantur codicilli ab intestato, quæ juris norma regantur, vide quæ diximus cap.1. nostri comment. §.7.

(b) Vide quæ supra adnotavimus §.21. ad citatam L.88. §.17. de legatis 2.

(c) Cap.1. nostri comment. §.4. latius quæstionem pertractavimus, an de jure veteri codicilli tantum fierent per scripturam, an etiam per nuncupationem.

ma codicillis superaddita est, ut etiam testes adhiberentur (a).

Testes requisiti primitus fuerunt a
Constantino in codicillis
ab intestato .

E*T primitus quidem in codicillis ab intestato factis septem, vel quinque testium interventum requisivit Constantinus Imperator, vel ut alii malunt, Constantius in L. 1. C. Theod. de testam. & codicillis, ubi ita disponitur: In codicillis, quos testamentum non præcedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium, vel quinque interventum non deesse oportet; sic enim fiet, ut testamentum successiones sine aliqua captionem serventur: Si igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Ex hoc textu apparet, & liquida red-
ditur veritas eorum, quæ in antecedentibus §§. latius deducta sunt, scilicet in codicillis olim nullos testes fuisse necessarios (b). Nam hic Constantius primum disponit in codicillis ab intestato testes esse adhibendos, ex eo scilicet fundamento, quod ad instar testamenti per se subsistant, & vicem ejus exhibeant, ut dicitur in L. 16. in fine de jure
co-*

(a) Etiam si verum esset, ut codicilli per nuncupationem introducti fuerint proximorum Imperatorum constitutionibus, quod strenue negavimus, falso tamen conjicitur, hujusmodi occasione solemnia quoque jure novo codicillis concessa; id enim ex alio prorsus principio repetendum .

Vide quæ diximus cap. 2. nostri comment. §. 1.

(b) Non recte colligit ex hac Imperatoris constitutione, testes olim penitus non adfuisse codicillis; nam id tantum inferre licet, eos quidem non fuisse solemnes. Vide quæ dicta sunt cap. 1. nostri comment. §. 1.

codicillorum. *Altera ratio est, quod absque testium numero codicilli sæpius suspecti fieri possent, adeoque testium numero destitutos infirmos declarat. Hoc ipsum vero noviter ab eo constitutum esse ipsæ rationes adductæ, & contextus ostendunt, cum ad jus antiquum hic nullo modo provocetur; sed talia verba adhibeantur, quæ indicant novum jus constitutum esse. Cum vero hanc formam codicillis ab intestato tantum præscripserit, reliquos codicillos ad testamentum factos in suo statu reliquit, ut valerent absque testibus, qui nec hic necessarii videbantur, cum proprio jure non subsisterent, sed vires ex testamento acciperent, & consequenter solemnia testamentorum ad codicillos traherentur (a).*

§. XXV.

Tempore Diocletiani jam testes fuisse
necessarios non probatur ex
L. 22. C. de fideicomm.

E *Quidem facile prævideo, contra hæc quæ hætenus asserta sunt, objici posse, jam tempore Diocletiani testes in codicillis necessarios fuisse, quod facile probari posse putant ex L. 22. C. de fideicomm. ubi Imperatores ita disponunt: Et in epistola, vel libello, vel sine scriptura, imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis*

(a) Primum solemnia data sunt tum ad codicillos ad testamentum codicillis ab intestato, quippe pertinentes ad Theodosium usque, qui testamenti naturam imitantur: Stetit sane jus vetus quoniam tandem propria solemnia omnibus codicillis constituit.

bitis testibus nulla dubitatio est. *Varum qui ex hoc textu necessitatem adhibendi quinque testes in codicillis scriptis eruere conati sunt, inde decepti videntur, quod verba ultima: adhibitis testibus ad totam legem pertinere crediderint, cum tamen ad ultimum casum, quando sine scriptura, vel nutu fideicommissum relinquitur, tantum pertineat; ita ut sensus sit, duplici modo posse fideicommissum relinqui, vel in scriptis per epistolam, vel libellum, vel sine scriptis, quo casu tamen necessario adhibendi testes, quia alias de voluntate fideicommissantis constare non posset, cum etiam miles, qui sine scriptis testatur, non aliter, quam adhibitis testibus disponere queat §. 1. L. de milit. testam. Inde egregie falluntur Doctores, quando in hac lege quinarium testium numerum jam fundatum fuisse asseruerunt, cum tamen tempore Diocletiani nulli testes in codicillis per se essent necessarii; ex quo concludo, Diocletianum testes tantum suo tempore probationis causa requisivisse, & duobus testibus contentum fuisse per L. 12. de testibus, non autem de quinario numero testium sensisse, ut aumat Finckelthaus obs. 51. n. 9. & Dn. Harprecht. de remed. L. finalis C. de fideicomm. c. 2. §. 17. n. 4. licet etiam alius post Constitutionem Constantii quinarium numerus in ultimis voluntatibus pro legitimo habeatur, hoc tamen ad tempora Diocletiani referri nequit. Postquam vero Constantinus, vel, ut alii malunt, Constantius in tali casu quinque testes ad minimum requisivit, eatenus legi adductæ Diocletianæ derogare voluisse videtur (a).*

O o

§. XXVI.

(a) De hoc Diocletiani rescripto vide quæ monuimus cap. 1. nostri comment. §. 3. n. 11.

Tempore Theodosii nihil hic mutatum.

Videndum nunc, an post tempora Constantii hic nova
jurium mutatio facta fuerit. Equidem si L. ult. §.
ult. C. de codicill. inspicimus, exinde planum fieri vide-
tur, Tempore Theodosii generaliter in omnibus codicillis
hoc receptum fuisse, ut quinque testes adhiberentur. Quam-
vis vero non negandum sit, dictam L. ult. esse Theodosii;
tamen si juxta Codicem Theodosianum examinatur, conspi-
cuum redditur §. ult. cit. L. non esse Theodosii, vide L. 7.
C. Theod. de testam. & codicill. (a), sed ut Jacobus
Gothofredus in not. ad cit. L. animadvertit, illum esse a
Triboniano subjectum (b); & sic si quid novi in hoc §. ult.
continetur, illud non referendum ad tempora Theodosii,
sed demum Justiniani.

§. XXVII.

An tempore Justiniani testes generaliter
requisiti fuerint.

Ergo nunc demum videndum, an tempore Justiniani
novum jus hic introductum fuerit, ita ut in omnibus
codi-

(a) Jam longo sermone ostendimus cap. 2. nostri commen. §. 1. n. 5., & seq. contra Triboniani obtrektatores, constitutionem de solemnibus quinque testium numero in codicillis ex Theodosio omni-

no repetendam, ut nullo pacto Justiniano tribuenda videatur.

(b) Sinceram Jacobi Gothofredi sententiam exposuimus loc. cit. n. 6.

codicillis, siue ab intestato, siue ad testamentum facti fuerint, quinque testes adhibendi sint. Quod si communem Doctorum opinionem intuemur, hoc asserendum videtur, quippe qui generaliter asserunt, in omnibus codicillis quinque testes necessarios esse. Antonius Faber in C. lib. 6. tit. definit. 2. n. 17. Carpz. P. 3. C. 4. def. 35. Richter P. 1. dec. 22. num. 16.; & hinc quod in L. ult. ff. de legatis 2. dicatur, valere relictum nuda epistola, hodie correctum esse per ius novum dicit Carpz. c. 1. n. 4., conf. Struvium ex. 35. th. 17. Bachov. ad Treutl. Vol. 2. disp. 13. th. 6. lit. a. b. modo per duos. Harprecht. Vol. 1. conf. 3. n. 2., & in tract. de remed. L. ult. C. de fideicom. c. 2. §. 17. nu. 4. Fundant se prælaudati Doctores potissimum in L. 28. §. 1. C. de testam. ubi hæc habentur: Et sic testamentum validum, & codicillus, si quinque testium literæ testatoris scripturæ coadunentur, in sua firmitate remaneant. Potissimum vero hæc pertinent verba finalia, quæ Tribonianus Regi ult. C. de Codicillis subtexit his verbis: In omni autem ultima voluntate, excepto testamento quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno, eodemque tempore debent adhiberi, siue in scriptis, siue sine scriptis voluntas conficiatur. Proinde etiam in mortis causa donatione præcise quinque testes adhiberi debent L. ult. C. de mortis caus. donat.; quin & Imperator in §. ult. de fideicom. hered. generaliter asserit, numerum quinque testium in fideicommissis legitimum esse, qualia utique in codicillis expediuntur. Hi textus omnes generaliter loquuntur, & sic omnes quoscunque codicillos complecti videntur. Denique hoc ipsum etiam confirmat Ordinatio Notar. Maxi-

§. XXVIII.

Non confirmati codicilli requirunt quinque
testes ex Justiniani lege .

V Erum quemadmodum supra §. 14. & seq. diximus , co-
dicillas ad testamentum fieri posse duplici ratione (1.)
absque confirmatione precedente (2.) confirmatione testa-
mentaria antecedente , ita ut hi pro parte testamenti haberi
debeant , non item simpliciter illi ; ita omnino inquirendum ,
an utroque modo factos codicillos Justinianus sub nova sua
dispositione comprehendere valuerit ? Equidem de non confir-
matis admittere possumus , illos quoque sub nova Justiniani
constitutione contineri , partim quia Justinianus satis gene-
raliter loquitur , & sic novi quid post legem Constantii in-
trodúcere voluisse videtur ; partim etiam , quia tales codicil-
li non confirmati separatam dispositionem includunt , nec
ita ad testamentum se referunt , uti quidem per testamentum
confirmati . Atqui in hac omnes ad unum communiter con-
sentiunt (a) .

§. XXIX.

(a) Ex non intellecta sincera
juris Romani doctrina in codicil-
lis confirmatis , ac non confirma-
tis , parum est , ut Theodosii le-
gem penitus non perverterint .
Non eo spectabat codicillus con-
firmatus , ac non confirmatus , ut

non confirmatus separatam con-
stitueret testationem , ut loquitur
Boehmerus , a testamento ; om-
nes enim æque partes illius intel-
liguntur , ac sequela , nec nisi
ex testamento constabant ; sed ut
adhibita fictione juris ad codicil-

§. XXIX.

Varia opinio Doctorum de quæstione , an codicilli confirmati requirant testes .

DE confirmatis itaque nunc videndum , an non hi etiam quinarium testium numerum desiderant ex jure Justiniano ? quod asserunt Hieronymus Schurfus cent. 2. conf. 48. num. 7. & seq. Modestinus Pictor Vol. 1. conf. 44. Thomas Herbajus rer. quotid. cap. 8. , quorum rationes concludentiſſimas esse asserit Dn. Ferdinandus Christophorus Harprecht Vol. i. conf. 5. num. 63. confer Hilliger. ad Donnellum lib. 7. cap. 17. , & allegati a Besoldo ad jus Prov. Vvürt. disp. 3. th. 156. Ipse prælaudatus Dn. Harprecht cit. conf. num. 64. distinguit inter jus Justinianeum , & consuetudinem universalem Germaniæ , ita ut secundum hanc testes quidem non sint necessarii , bene tamen secundum illam (a) . Sed non desunt quoque , qui non eo usque novam Justiniani legem extendendam esse existimant , inter quos prin-

los confirmatos saltem perduceretur datio legatorum . Hinc confundere veterem doctrinam cum novo jure de codicillorum solemnibus est quidem abuti legum sententiis , jurisque normam pervetere . Hoc ergo discrimen inter confirmatos , & non confirmatos haud pertinet ad codicillorum solemnia , veluti jure novo constituta sunt. Sed latius hanc quæstionem pertractavimus in nostra

disp. confect. , ut nil hic adjiciendum videatur .

(a) Recte quidem Harprechtus , quum noluerit referre ad jus commune quod peculiaribus Germaniæ moribus receptum est , obstant enim expressa constitutionis verba , adeo ut vel legem omnino tolli necesse sit , vel si eam stare velis , opus est ut fatearis solemnia æque in codicillis confirmatis , ac non confirmatis .

principatum gerunt Bardili de scheda testamentaria cap. 5. §. 3. & 4. Donellus cit. loco lit. g. Besoldus cit. loco th. 155.

§. XXX.

Probatur opinio negativa.

Et hanc posteriorem sententiam omnino juri Justiniano conformem esse arbitror, si illa ipsa argumenta quæ supra §. 15. de utilitate confirmandi codicillos adducta sunt, in medium adhibeantur. Constat ex illis, quod tales codicilli revera testamento inesse credantur, pro parte testamenti reputentur, & quicquid in hujusmodi codicillis disponitur, pro disposito in testamento habeatur. Quid ergo opus foret nova solemnitate, cum tamen testamentum ad hos codicillos trabatur (a)? Et hoc intuitu quoque Justinianus in L. ult. C. de codicillis expresse hanc addit limitationem: excepto testamento, indigitans se de testamento in prædicto §. non disponere, sed de ejusmodi dispositionibus, quæ plane ad testamentum referri nequeunt, quorsum tamen omnino hi codicilli pertinent, qui pro parte testamenti habentur. Ipse Maximilianus in Ordinat. Notar. anno 1512. c. l. huc etiam, ni fallor, respexisse videtur, dum restrictive loqui-

(a) Fabulæ: solemnia nempe unius voluntatis naturaliter fieri nequit, ut ad aliam transferantur. Sed ne hic repetantur quæ alibi plenius dicta sunt, quicquid Bo-

ehmerus profert in proposita questione, longius pertractatum comperies in nostra disputatione confectaria, ut nihil prorsus hic addendum videatur.

quitur hoc modo: Verum in codicillis scilicet, in quibus sine declaratione, vel institutione heredis post mortem alicujus præcipitur a suis heredibus aliquid consignari &c. *Quæ verba hanc commodam admittunt interpretationem, scilicet hic agi de ejusmodi codicillis, in quibus heres non constituitur, aut declaratur. At vero tales sunt codicilli non confirmati, cum in confirmatis hoc licitum esse supra plenius dictum sit.*

§. XXXI.

Codicilli confirmati non sunt comprehensi sub L. ult. §. ult. C. de Codicillis.

ET sane cum hic codicilli specialem suam rationem, & naturam habeant, & se expresse referant ad testamentum, hoc vero illos sua confirmatione includat, non potest dici illos esse sub cit. L. fin. C. de codicillis comprehensos, ut ut lex satis generaliter loquatur, cum non semper leges generaliter loquentes, generaliter sint intelligendæ. Quin ne quidem in dubiis mutatio præsumitur, multo minus si prægnantissimæ rationes in contrarium sint, illa statuenda, sed potius juri veteri, quantum fieri potest, insistendum. Et hunc in finem in antecedentibus tam operose ostendere necessum habui, antiquitus codicillos nullos requisivisse testes, sed paulatim eorum numerum esse introductum, adeoque demum novi juri adscribendum, ut eo fortius declararem, non satis recte legem ultimam C. de Codicillis generaliter licet loquentem, generaliter intelligi. Huc etiam faciunt alia argumenta, quæ Bardili cit. l. pro validitate schedæ

1c-

testamentaria absque testibus confecta adducit; quæ tamen hinc inde jam adducta sunt.

§. XXXII.

Hæc sententia & praxi, & juri Justiniano respondet.

A *Tque ita ex hæcenus dictis apparet, non tantum secundum praxin hodiernam, uti quidem putat Dn. Harprecht cit. conf. 5., sed etiam secundum leges Justinianas codicillos testamento confirmatos nullos requirere testes, & in eo a reliquis codicillis differre. Nam etiam pleraque argumenta, quæ a viro eruditissimo afferuntur, ex jure communi sunt desumpta, sicuti etiam plerique Doctores, quos plena manu adducit, ad jus commune provocant. Præsertim nervose Brunnemannus ad L. 38. ff. de conditionibus, & demonstrationibus hac collimat, ubi ait: Si testator in testamento se referat ad epistolam, valebit legatum in epistola relictum; quia in testamento videtur relictum per relationem. Hoc intuitu Illustr. Dn. Stryk. de caut. testam. c. 2. §. 12. hanc confirmationem commendat, veluti si adducitur: Quicquid codicillis, schedulis, quibusve literis scriptum reliquero, ita valere volo, ac si in hoc ipso testamento comprehenderetur; nam vi hujus clausulæ, ait, ex testamento suam substantiam recipiunt schedulæ omni alia solemnitate destitutæ. Atque secundum hanc sententiam anno 1705. nuper pronunciavit illis Dn. Strykius, quod responsum cum nobis ab ipso gratiose communicatum sit, hic addere lubuit.*

Facti

Facti species,

Antonius Bailly anno 1673. testamento suo præ aliis instituerat heredem Johannam filiam suam ex primis nuptiis habitam; atque adiecerat, quod si nubilis ea mansisset, ne bona extra familiam disperderentur, velle, ut ea omnino propinquis relinqueret, fratribus nempe, ac sororibus. Defuncto autem testatore quum Johanna numquam nupsisset, anno 1679 suum condidit testamentum, quo Patris voluntatem sequuta instituit in bonis, quæ sibi ex ejus hereditate obvenerant, una cum Fratre filios, filiasque ex sorore jam defuncta. Tam addidit: quicquid se extra testamenti tabulas reliquisset sua manu subscriptum, ratum omnino haberi velle, perinde ac si in ipso testamento contineretur. Postea 7. Kal. Novembris 1701. codicillis, seu schedula subscripta manu sua, ac duorum testium vetuit, ne portio hereditaria Dionysio fratri suo relicta ab ipsomet administraretur, sed fructus tantum ei præstari debere; ut ita prospiceretur utilitati filiorum illius, ut latius apparet ex testamento apud actum prodito. Defuncta testatrice quum Dionysius oppugnasset novissimam legem in schedula conscriptam, factus est idcirco controversiæ locus.

Quæstio.

An schedula condita anno 1701. ob clausulam in testamento expressam jure valeret?

Rationes dubitandi.

Proponebatur quidem schedulum non valere ob defectum testium; satis enim non videbatur duorum testium

P p

præ-

præsentia, quum exigatur quinque testium numerus ex L. ult. C. de Codicillis, Carpz. P. 3. C. 4. def. 35. Richter P. 1. decis. 62. num. 17. Quod adeo verum est, ut licet legatum aliquod, in epistola, vel scheda relictum fuerit, hoc tamen non aliter subsistat, quam quinario testium numero adhibitio. Brunner. ad L. fin. pr. de legatis. 2. Petr. Gregor. Tholos in Syntagm. jur. univer. lib. 41. c. 18. in fine. Etenim quod tam caute legibus præscriptum est, per indirectum tolli videretur, viæque fraudibus aperiretur; ut præsertim hoc casu affirmat, O. urget Hieron. Schurffius cent. 2. conf. 48. num. 8.

Et quamquam testatrix Johanna Bailly testamento adjecisset clausulam reservatoriam, qua jussit, ut quicquid post testamentum scripsisset, ita ratum haberetur, ac si scriptum esset in ipso testamento; tamen responderi potest, quod nemo possit cavere, ne leges in suo testamento valere debeant. L. 55. ff. de legatis. 1. ; maxime in tali negotio, ubi leges aliquid pro forma requirunt. Schurff. cit. loco. Et ita quamplures Scriptores contendunt, inutiles prorsus esse hujusmodi schedulas sine quinque testium adhibitione. Hillig. ad Donell. lib. 7. cap. 19. lit. g. Modestin. Pistor. vol. 1. conf. 44.

Rationes decidendi.

Verum nedum ex jure communi, sed usu quoque probatum, ut liceat testatori in testamento se referri ad unam, vel plures scripturas, in quibus vel jam scripserat, vel scribet nomen heredis, vel legatarii: quo casu in hujusmodi scheda haud exigitur adhibitio vel quinque, vel septem.

tem testium; sed satis est, si certe confiterit, eandem illam esse schedulam, de qua senserit testator, siue jam scripta fuerit schedula tempore conditi testamenti, siue adhuc scribenda. L. 77. de hered. instit. Bardili de testam. nuncupat. th. 28. Besold. conf. 203. num. 16. Hoc autem potiori ratione admittendum videtur, quum schedula, ad quam testator se referat, non contineatur institutio heredis, sed quid aliud, ubi minor solemnitas requiritur. Quare clausula reservatoria in presenti testamento efficere debet, ut quicquid testatrix per schedulam manu sua subscriptam adjicere intellexerit testamento, ex virtute facta in testamento relationis, non secus ratum habendum sit, ac si reuera in testamento ipso contineretur; si enim testator in testamento se referat ad epistolam, valebit legatum in epistola relictum, quia in testamento videtur relictum per relationem ad epistolam Brunnem. ad L. 38. de condit., & demonstr. num. 1. Imo expressa per relationem, expressa dicuntur in specie, ac si in referente fuissent inserta arg. L. 2. §. 2. ff. de jure codicillorum Garf. Mastrill. decis. 190. num. 5. & paria censentur aliquid in testamento exprimi specifico, vel per relationem ad aliud Card. Mantie. de conject. ult. vol. 1. 4. tit. 3. num. 11. Brunnem. ad L. 25. de reb. dub. num. 2. adeo ut relatum sit pars referentis Card. Tusch. pract. concl. tom. 6. lit. R. concl. 129. num. 2. Barbof. Thes. loc. comm. lib. 16. c. 23. ar. 16. Supervacanea quippe videtur adhibitio quinque testium in hujusmodi adjunctis, siue scripturis, quum nullus testis legibus desideretur arg. L. Theopompus 14. ff. de dot. præleg. L. fin. pr. de leg. 2. l. 6. C. de Codicillis L. 18. ff. de jure Codicillorum. Quæ opinio

nedum confirmatur quotidiano usu, sed defenditur a celebrioribus Doctoribus. Bardili disput. de scheda testament. c. 5. §. 3. seqq. Brunæm. ad L. f. pr. ff. de leg. 2. num. 4. Ernestus. Cothmannus vol. 5. conf. 33. Besold in de lib. Pandect. lib. 28. & 29. n. 8. in f. Harprecht. vol. 1. conf. Tubinga. integro 5.

Responsio ad rationes dubitandi.

Quibus non obstat, quod in codicillis quinque testes requirantur; nam hoc de codicillis absolutis, & per se subsistentibus, non vero de illis, qui propter relationem pars testamenti esse videntur, intelligendum est; atque adeo implicite testes iidem, qui testamento adfuerunt, hic quoque adfuisse videntur. *Alexand. lib. 7. conf. 4. n. 6. in f. Neque dixeris, quod ita fraudibus locus concedatur, quia hoc locum non habebit, nisi in relata nulla adsit suspicio falsi, ut in casu evidentissime apparet Harprecht. cit. l. num. 80. Ut ut autem aliquibus Doctoribus placuerit contrariam tueri sententiam; eorum tamen opinio nec juri consentanea est, nec moribus nostris, ideoque repugnanda est.*

Decisio.

Ex quibus facile constat, adjunctum de anno 1701 factum testamento, ratum, validumque omnino censeri.

§. XXXIII.

Sufficit, si confirmati codicilli sint in testamento nuncupativo.

P Arum autem referre existimo, utrum testamentum, quod codicillos confirmat, sit scriptum, an vero nuncupativum. Nam & scriptos codicillos ad testamentum nuncupativum fieri posse nullum habet dubium L. f. ff. de jure codicillorum. Debet tamen ante omnia constare, quod testator nuncupative codicillos coram testibus nuncupaverit, veluti si dixerit: Si præter hanc meam testationem codicillos scripsero, vel reliquero, eos ratos esse volo, perinde ac, si quicquid in illis scriptum erit, nunc proprio ore pronunciassem. Quod si itaque a Notario instrumentum publicum desuper factum fuerit, res plana est, si modo constet de fide codicillorum vel ex subscriptione, vel quod testator illos codicillos sua manu conscripserit. Tunc recte hic applicamus, quod Imperatores ajunt in L. 6. C. de codicillis: confirmatione codicillorum munitus nullam justam gerere sollicitudinem legatarius debet (a)

§. XXXIV.

Hinc subsistere potest dispositio, cui clausula codicillaris adjecta, licet testes quinque deficient.

E X præmissi nunc ulterius concludi potest, subsistere aliquando posse dispositionem, cui clausula codicillaris adje-

(a) Perperam interpretatur Vide cap. r. nostri comment. §. hoc rescriptum Imperatorum. II, num. 2.

adjecta, licet ne quidem quinque testes adsint, hisce tamen concurrentibus requisitis, si scilicet testator antea solemne testamentum fecit, inque eo codicillos confirmavit; deinceps vero testamentum aliud condidit, quamvis ob defectum testium jure destitutum, clausula tamen codicillari munitum fuerit. Hic enim certum est prius testamentum non rumpi per posterius, cum nullum sit §. pen. in f. Inst. quib. mod. testam. infirm. posterior tamen dispositio subsistat jure codicillorum, qui cum antecedente testamento jam sint confirmati, etiam subsistent, licet ne quidem quinque testes adfuerint. Unde quando Doctores communiter asserunt, clausulam codicillarem nihil operari, si ne quidem quinque testes adhibiti fuerint. Struvius ex. 34. th. 66. hoc intelligendum est de illa dispositione, qua testamento non confirmata est (a).

§. XXXV.

(a) Facile fuit Boehmero ex uno in alium progredi errorem, illumque absurdiorum. Injusta, vel imperfecta testamenti scriptura, quæ per clausulam *codicillarem* convertitur in codicillos ab intestato, ut vidimus cap. 1. nostri comment. §. 8. non video, qua juris ratione constare possit ex confirmatione habita in priori testamento. Etenim idem est converti scripturam in codicillos ab intestato, ac successionem ab intestato haberi. Quomodo autem Boehmerus in specie propo-

sita hæc duo diversa simul componet, nimirum codicillos ab intestato cum testamento? Vel qui fiet, ut codicilli ab intestato constare possint ex testamento, duasque oppositas successiones uno tempore conjungi? Itaque quum testamenta per clausulam transformantur in codicillos ab intestato, non secus hoc stare poterit, quam si saltem adhibita sint ea solemnia, quæ propria sunt codicillorum. Vide quæ diximus loc. cit. n. 13.

§. XXXV.

Quandoque ex accidente testes sunt necessarii .

Ceterum ut ut hactenus testium numerum ad substantiam horum codicillorum non necessarium esse diximus; tamen constare utique debet de codicillorum veritate, adeoque si de ea dubitatur, probatio omnino est necessaria, de qua cum plenissime egerit Bardili de Scheda testament. c. 3. meditationem nostram ad illam dirigemus. Interim ad hanc certitudinem consequendam quandoque ex accidente testes requiruntur, si forsan codicilli a cæco, vel imperito literarum conditi fuerint. Nam sicuti testamentum cæci non aliter subsistit, quam si id ipsum coram omnibus testibus legatur, aliis duobus testibus simul chartam inspicientibus, ut recte annotat Brunnemannus ad L. 8. C. qui testamenta facere possunt; ita quoque si cæcus hujusmodi codicillos confirmatos condere vellet, prælectio testibus adhibitis hic quoque non esset negligenda. Interim cum testes hoc casu ad certitudinem codicillorum spectent, ut exinde constet, nihil contra voluntatem codicillantis in iis scriptum esse, sufficere crediderim, si præter prælectorem alii duo testes simul chartam inspicientes prælectioni adhibeantur, & coram illis testator declaret, omnia, quæ ipsi prælecta essent, voluntati suæ conformia esse, ut deinceps documentum factæ prælectionis subscriptione testium illorum munitum annecteretur, hac forsan ratione: quod hic codicillus nobis præsentibus lectus sit testatori, quando simul chartam inspiceremus; & quod deinde testator declaraverit, ut quicquid lectum esset, scriptum quidem sit secundum ejus.

eius voluntatem, & ita testamur nostris subscriptionibus ;
ac signis . *Hallæ* 28. Augusti 1707.

Dubium removetur .

E *Quidem hic in contrarium urgeri posset , quod Imperator expresse in L. 8. C. qui testamenta facere possunt disertis verbis eadem solemnia in codicillis cæcorum requireret, quæ in testamentis eorum necessaria sunt , quod planum esse videtur ex verbis sequentibus : Quæ in eundem modum erunt observanda , quamvis non heredes instituere , sed legata solum , vel fideicommissa ; & in summa quæ codicillis habentur congrua , duxerint ordinanda ; quod etiam confirmat Ordinat. Notar. de An. 1512. ; atque proinde in codicillis cæcorum quoque octo testes requirunt Carpz. P. 3. c. 6. def. 5. Franc. Barry de success. lib. 1. tit. 6. n. 2. Alciat. lib. 9. conf. 32. num. 1. Verum rectius alii hæc verba non simpliciter capienda esse asserunt , sed potius tantum ad prælectionem hic quoque faciendam pertinere contendunt (a). Vid. D. Stryk. de jure sens. diss. 2. cap. 3. num. 28. & seq. Quamvis ad præsentem speciem , ubi codicillos confirmatos supponimus , id non aliter , quam quoad prælectionem faciendam pertinere , rationes antea adductæ suadent . Idem quoque simili ratione observandum erit in codicillis confirmatis imperitorum literarum, cum & hic prælectio sit necessaria , uti pluribus demonstravit D. Præses diss. de testamento non prælecto, quorsum B L. remitto .*

CA.

(a) At cur rectius id contendunt ? An rectius leges interpretari is dicetur, qui magis ab aperta ejus sententia aberraverit ? Si Imperator eadem omnino solemnia tribuit hujusmodi codicillis ,

ac testamentis, qua fronte eorum tantum partem codicillis accommodaverimus ? Porro non video, quemadmodum ea legis sententia cavillationibus subiaceat .

C A P U T II.

De Codicillis ab intestato sine testibus validis.

§. I.

Transitus ad codicillos ab intestato sine testibus validos.



N capite præcedente ostensum est, in Codicillis confirmatis testamento nullos testes esse necessarios, in reliquis autem codicillis quinarium numerum testium ab Imperatoribus noviter introductum esse. Ut ut vero hæc regulariter ita se habeant, tamen non desunt casus, ubi etiam in codicillis ab intestato, & non confirmatis (a) testes vel nulli vel pauciores, quam quinque desiderantur, quos in hoc capite excutiemus, potissimum mentionem facientes codicillorum ab intestato, quia si de his probatum erit, quod ubique testibus valeant, simul constabit, eosdem quoque ita valere, si ad testamentum facti fuerint.

Q q

§. II.

(a) An fingi poterit codicillus ab intestato. idemque testamento confirmatus? Notio codicilli ab intestato eo spectat, ut codicillus fiat sine testamento; non er-

go admittere potest confirmationem in testamento, quum repugnet quid fieri sine testamento, & cum testamento eodem tempore.

§. II.

Primus casus ex l. f. C. de fideic. proponitur .

Primus & illustrior casus est in l. ult. C. de fideicommissis & §. ult. Inst. de fideicommiss. hereditat. ubi Justinianus noviter disposuit, quod si testator heredis ipsius fidem elegerit, & coram eo conceptis verbis nuncupaverit, cui legatum ve fideicommissum relinquere vellet, hoc omnibus modis valere debeat, licet nemo penitus testis intervenierit, quatenus heres jurare non potest, se nihil tale quid a defuncto audivisse, de qua specie dispositionis egregium tractatum edidit Dn. Harprecht de remedio legis ultimæ C. de fideicommissis .

§. III.

Quæstio proponitur, an in l. cit. ult.
Codicilli occurrant .

Cum vero hic de codicillis tamen solliciti simus, præjudicialis quæstio ante omnia examinanda est, an etiam in hac dispositione species aliqua codicillorum occurrat, quod a paucioribus observatum esse memini. Ipse prælaudatus Dn. Harprecht hanc dispositionem vocat remedium l. ult. C. de fideic. alii beneficium l. ult. alii provisionem Imperatoris vid. Dn. Harprecht cit. l. c. 1. §. 3. Sed sicuti hi termini nimis generales sunt, & tantummodo jus agendi ex cit. l. ult. designant, ita exinde non constat, quorsum hæc dispositio referenda sit, an ad codicillos, an vero novam speciem ultimæ

ma voluntatis a reliquis diversam constituat , nam & inter ultimas voluntates a Doctōribus refertur vid Ludov. de ult. volunt. pag. 2. cap. 5. Dn. Harprecht cit. Tr. cap. 1. §. 8. num. 12. quorsum etiam Imperator ipse collimat in §. ult. L. de fideic. hered. ajens : Ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa . Sic ergo est species ultima voluntatis , uti omnino est , vel ordinariis speciebus accensenda , vel nova species dicenda erit , At hoc ultimo casu diversitates prius adducenda sunt .

§. IV.

Dispositio L. f. C. de fideic. continet
codicillos nuncupativos .

Verum omnino existimo hanc ipsam dispositionem nil , nisi meros codicillos nuncupativos continere , & propterea commode huc referri posse . Postquam enim receptum est , codicillos etiam posse sine scriptis adornari , forma primæva codicillorum satis mutata est , ut adeoque sine ulla hæstatione omnes alias dispositiones sub nomine codicillorum complecti debeamus . Inprimis autem dispositio prædicta in classem codicillorum nuncupativorum vel ideo referenda est , quod ad naturam primævam eorum quam proxime accedat . Sicuti enim codicilli in prima sua origine nihil aliud erant , quam literæ ad heredem scriptæ , quibus testator ad heredem sermonem conferebat , ut dicitur in l. 14. ff. de jure codicill. & ita quasi cum herede loquebatur per epistolam , ut dicitur in l. 75. pr. ff. de leg. 2. conf. Gothofredus in not.

Q q 2

ad

ad cit. l. lit. 1. Ita quoque Imperator dispositionis legis ult. essentiam in eo collocat, quod defunctus fidem ipsius heredis elegerit, & ita coram cum eo locutus fuerit, in scriptis codicillis itidem testator cum herede, vel a quo alias legatum vel fideicommissum relinquit, loquitur. Propius itaque adhuc hi codicilli ad naturam primariam codicillorum respiciunt, quam illi, qui extra praesentiam heredis sine scriptis coram quinque testibus fiunt, ubi nequidem cum herede loqui videmur, cum sermones misceamus coram cum praesentibus, non absentibus. Accedit, quod ipse Imperator in §. ult. l. de fideicom. hered. se ipsum ad Augustum, primum codicillorum approbatorem referat, & hac nova dispositione hunc Principem superare contendat; id quod idea fecisse videtur, quod Augustus tantum codicillos scriptos, & in eis data fideicommissa absque testium interventu approbaverit, ita ad huius exemplum Justinianus etiam codicillos nuncupativos ad heredem praesentem directos absque testibus valere voluerit. Ut ut enim codicilli nuncupativi ante Justinianum jam cogniti erant, tamen ex lege Constantii certo modo testium numerum requirebant, & hoc intuitu Justinianus novi quid hac dispositione introducebat, ab Augusti lege diversum. Denique Imperator ipse adjungit, perinde esse debere, siue quinque testes adfuerint, vel pauciores, vel nemo, & praeterea differentiam superaddit, cur in his codicillis nulli testes requirantur, sicuti in aliis, quia scilicet in aliis testium praesentia etiam ad probandum est necessaria, quali probatione hic non est opus, cum heres ipsemet veritatem dicere compellatur cit. l. ult. vers. Cum enim res, quae omnia clare evincunt, Imperatorem semper suppa-

supposuisse, talem dispositionem ad codicillos utique referendum esse. Hæc si Dd. qui de genere actionis litigant, accurate perpenderit, facile omnem superassent difficultatem, cum quæ ex codicillis dentur actiones, expediti juris sit (a).

§. V.

Fundamentum l. ult. C. de fideic. eruitur.

EX his nunc præsuppositis intellectus cit. l. ult. quæ alias magni difficultate laborare creditur, Sichard. in C. in pr. ad cit. l. Sande lib. 4. tit. 5. def. 18. Fusor. conf. 83. n. 34. in f. satis planus & perspicuus redditur. Desudant imprimis interpretes in genuino fundamento hujus dispositionis, in quo adeo variant, ut Dn. Harprecht cit. tr. de remed. l. ult. C. de fideic. c. 2. §. 7. seqq. quindecim diversas opiniones recenseat, & examinet, quibus difficultatibus hæc una assignanda est ratio, quod plane hesitaverint, quorsum hæc dispositio referenda esset, præsertim cum etiam plurimi vix accuratum de codicillis sibi conceptum formaverint. Alii quippe fundamentum ex promissione heredis, alii ex mendacio & negatione heredis, alii ex sola præsentia heredis, alii aliunde deduxerunt. Scilicet ex evictio conceptu hujus dispositionis evidens est, fundamentum horum codicillorum absque testibus validorum in eo unice quaerendum esse, quod defunctus coram cum herede locutus sit, & ita fidem ejus ele-

(a) Plura hic congerit Boehmerus vel falsa, vel aliena. Sed niani Constitutione cap. 2. nostri comment. §. 1. n. 10. & disput. con-
vide quæ diximus de hac Justif. lect. §. ult. n. 3.

elegerit, vel ut Dn. Harprecht cit. tr. c. 4. §. 10. seqq. loquitur, ut in praesentia heredis voluntatem suam declaraverit, quod ut plurimum ita fieri solet, ut verba ipsa ad heredem dirigantur vel explicite, vel implicite, h. e. ita & ea intentione a testatore proponantur, ut ab herede audiri possint. Et hoc tum ipse conceptus codicillorum, tum contextus cit. l. ult. satis docent, dum loco praesentiae testium praesentiam heredis Justinianus sufficere credidit, quod & indicant variae formulae in cit. l. adhibitae, veluti: dum ipse sibi iudex & testis inveniatur, item quod heres dicere compellatur veritatem, adeoque nullus locus amplius testibus relinquatur, porro: quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria & indubitata fide relicta? Quin ipse Imperator in §. ult. l. de fideicomm. hered. adhuc clarius mentem suam declarat, dum ostendit, quid heres in casu negationis jurare debeat, scilicet quod nihil tale a testatore audiverit: Quod itaque primario juramento adseri debet, hoc est fundamentum actionis, & sic fundamentum ipsius dispositionis, ex qua agitur conf. Illustr. Dn. Stryk. de caut. testam. c. 21. num. 1. §. 39. seqq. Et quos congeffit Dn. Harprecht cit. l. c. 11.

§. VI.

Non praecise requiritur, ut testator sermonem dirigat ad heredem.

Sic itaque praesentia heredis omnem supplet defectum testium, sive speciatim ad hoc a testatore evocatus sit, sive sponte adfuerit. An autem praecise requiratur, ut disponens

uens sermonem suum dirigat ad eum, quem fideicommissio vel legato gravare voluit, itidem disquiritur? Sane codicillorum natura primæva ita videtur fuisse comparata, ut testator per codicillos loqueretur cum herede, uti §. 4. dictum est. Verum sicuti in Cap. præced. §. 13. dictum est, postea etiam introductum esse, ut etiam codicilli ad personam honoratam dirigi possint, ita in codicillis nuncupativis idem admittendum esse arbitror, quia sic per indirectum cum ipso herede sermonem miscuisse videtur, quod etiam suo calculo approbat Dn Harprecht cit. l. §. 16. Porro ut ut Imperator tantum principaliter supp. nat. casum, quo testator nuncupative voluntatem suam heredi declaraverit, tamen & tunc quoque codicillos scriptos sine testibus subsistere autumo, quando illos præsentis heredi tradit, & simul eidem injungit, ut voluntati suæ in codicillis traditis manifestatæ satisfaciatur. Hoc ipso enim, quo se refert ad codicillos traditos, in effectu juris suam ei voluntatem declarasse videtur. Bardili de testam. nuncupat. th. 25. & 28. Bartolus ad l. ult. C. de fideicom. nu. 5. Dn. Rivinus in enunc. jur. tit. 18, enunc. 6.

§. VII.

Valent hi codicilli absque testibus.

H*Ac ratione concinnati codicilli valent, licet vel maxime nullus testis intervenerit, uti. clare decidit Imperator in cit. l. ult. & §. ult. l. de fideicom. hæred. quod & hodie adhuc in praxi obtinere. Dd. unanimiter fatentur. Vide Dn. Stryk de cautel. testament. cap. 21. memb. 1. §. 38. & de success. ab intest. dissert. 7. cap. 4. §. 34. Dn. Har-*

Harprecht cit. tract. cap. 1. §. 1. num. 11. & seqq. Quod si itaque heres illud non neget, sed defectum testium alleget, nihilominus solvere legatum vel fideicommissum adstringitur. Si vero heres negaverit, tale quid a testatore se audivisse, tunc legatarius vel fideicommissarius ei deferre potest juramentum, præstito prius juramento calumniæ, id quod si præstare recusaverit, solvere omnino cogendus est, quia aliter de veritate constare nequit.

An juramentum sit necessarium, si præter heredem duo vel tres adfuerint testes?

UNde disquirunt, an hoc juramentum necessarium sit, si præter heredem duo vel plures testes simul præsentés fuerint, ex quorum depositione jurata satis constare possit, quid defunctus ad heredem dixerit? Sane si ex regulis ordinariis juris res foret æstimanda, ordinariè ad juramentum alias non recurrendum, quoties copia testium suppetit. Ast enim vero cum totam validitatem hujus fideicommissi Imperator in eo collocet, quod testator heredis fidem elegerit, ita ut ipsemet veritatem dicere compellatur, non aliud medium probandi quam juramentum superest, quod satis clare ipse Imperator his expressit verbis: Sed si quinque sint testes siue minores vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum, vel recusandum suam habere tam firmitatem, quam exactionem. Deinceps hanc quoque subjungit rationem diversitatis, ne alias videantur codicilli ex testium depositione valere, qui tamen demum ex confessione heredum valere debent. Vid. Philippi in usu pract. Inst lib. 2. tit. 23. §. ult. ecloga 103. n. 5. (a) §. VIII.

(a) Vide quæ monuimus cit. disput. confect. §. ult. num. 3.

§. VIII.

Codicilli oblati valent absque testibus .

Cum vero etiam sapius testamenta absque testium numero ordinario subsistere possint, hinc etiam non dubium, quin etiam in ejusmodi casibus codicilli absque testibus valeant. Huc itaque pertinent, si codicilli Principi oblati fuerint. Superfluum enim dicitur esse privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant l. 31. C. de donat. Equidem ex l. 19. C. de Testament. argeri in contrarium posset, ad minimum duos testes esse necessarios, cum diserte testator ibidem asserat: Nec institutus heres (vel legatarius in codicillis nominatus) pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, si ei alia nocere non possunt. Hic ergo oblatio testamenti idoneis testibus probanda dicitur, cum in hac potissima vis testamenti simul consistat; & inde copiam duorum testium desiderat Bartolus ad cit. l. Verum hanc non esse mentem Imperatoris facile constat; cum tantum verba illa casum præsupponant, ubi dubium esse potest, an preces secundum voluntatem defuncti fuerint oblatæ. At vero hujusmodi dubium tunc demum nasci potest, si non ipse defunctus, sed alius nomine ejus preces obtulit principi. Exinde forsan heres pertimescere posset, si ei dubium moveretur, atque hoc in casu recte secundum voluntatem defuncti preces fuisse oblatas, utique testibus probandum est vid. Tabor. de testam. princ. obl. c. 2. nu. 15. nam & voluntates ultimas per procuratorem principi offerri

R r

posse,

posse, egregie evicit ill. Dn. Stryk. de cautel. testam. c. 8. Unde plerique etiam nullum testium numerum requirunt. Dn. Stryk. cit. tr. c. 7. §. 16. Meu ad jus Lubec. P. 2. art. 2. tit. 1. num. 72. Carpz. P. 3. cap. 3. def. 11. Fachin. lib. 16. cont. 86. Brunnem. ad cit. l. 19. Vel etiam posset dubium incidere, an non codicilli demum post mortem testatoris essent. Principi oblatis, quo casu valere non possent. Dn. Stryk. de cautel. testam. c. 7. §. 15. ideoque hoc casu ex accidenti opus esset testibus, ad demonstrandam oblationem codicillorum vivente adhuc testatore, & quidem secundum ejus voluntatem esse factam (a).

§. IX.

Judicialiter facti codicilli valent absque testibus.

Idem nunc observandum est, si codicilli judicialiter apud aëta fiant, sive in scriptis sive nuncupative fiant, nam tunc valent ob solam auctoritatem judicalem nullis testibus adhibitis Carpz. P. 3. C. 4. def. 32. num. 4. & def. 35. num. ult. Quod enim in testamentis juris est, illud multo magis ad codicillos applicari potest, quippe qui ordinaria solennia testamentorum ne quidem desiderant. Quod si itaque testa-

tor

(a) In testationibus privilegiariis præsertim quantum ad voluntatis probationem idem dicitur de codicillis, quod jure cautum est de testamentis, ut frustra Boehme-

rus de hujusmodi codicillis sermonem instituat, quasi a testamentorum ratione differrent. Vide quæ dicta sunt cit. disput. conclus. §. ult. n. 1. & 2.

ter scribere potest, sufficiet, si vel ipso codicillos scribat, vel subscribat, & ita judici offerat. Ceterum si scribere nequeat, ordinarie quidem exigunt, ut tam testamentum quam codicilli a iudice testatori prælegantur Carpz. P.2. decis. 149. Dn. Stryk. de cautel. testam. cap.7. §.31. quod etiam late probavit Dn. Præses dissert. de testam. non prælecto, quo casu itidem testes non sunt necessarii, verum si quis forsan iustas habeat rationes, propter quas prælectionem in iudicio faciendam perhorrescat, tunc ad minimum intra privatos parietes, coram duobus testibus talis prælectio facienda est, eadem ratione, prout in fine cap. anteced. dictum est. Sic enim de voluntatis certitudine nullum amplius superest dubium, propter quam unice judicialis prælectio requiritur. Ut vero hæc oblatio judici adhibitis duobus testibus fiat, id quod exigat Antonius Faber in C. lib. 6. lit. 5. def.26. minus necessarium est, cum acta judicialia omnem defectum testium suppleant, & præterea leges hoc nullibi exigant. Vid. Mynsinger. cent. 6. observ.29. num.5.

§. X.

Codicilli militares absque testibus valent.

Porro codicillos militum in expeditione constitutorum absque testibus valere nullum habet dubium, cum etiam testamentariorum absque omnibus testibus valeant, modo de voluntate constet. Equidem adhuc dubitari posset, an inter codicillos & testamentum militare realis differentia

R 12

osten-

ostendi possit, cum alias heredis institutio hæc duo inter se distinguat, plures autem reperiantur, qui heredis institutionem in testamentis militaribus minus necessariam esse velint, eo quod institutio hæc ex jure civili sit, qualia quæ sunt militibus remissa videntur pr. I. de milit. testam. & sola tantummodo voluntas militis pro testamento habenda est l. 34. §. 2. ff. de testam. milit. Job. Philippi in observat. ad noviss. decis. elect. Sax. decis. observ. 46. n. 1. Donellus lib. 6. comment. I. civil. c. 11. Finckelthaus obs. 14. qu. 1. ubi in specie disquirat de testamento tempore pectus condito, & late probat heredis institutionem ibidem non esse necessariam, quæ tamen argumenta etiam ad testamentum militare quadrant, quin quod num. 9. ipse argumentum exinde deducat, & militis testamentum heredis institutionem non requirere doceat. Quæ si vera sunt, Domitiana quaestio est, an testes in codicillis militaribus sint necessarii, quia plane ita nulla esset differentia statuenda. Verum recte contrarium statuit Dñ. Harprecht. de testam. pag. in hostic. confect. th. 75. num. 9. cum solennia quidem militibus remissa sint, neutiquam vero essentialia. Et aliud est, an solennis heredis institutio necessaria sit; quod negatur. Et aliud, an non aliqua declaratio heredis requiratur, ut dispositio possit dici testamentum. Nam testamentum per hoc dicitur testamentum, quod heredis futuri declarationem contineat. Ceterum si schedulam quandam miles in expeditione reliquerit, absque designatione heredis, magis pro codicillis militaribus habenda erit.

§. XI.

Ne quidem testes requiruntur, si
codicilli in castris fiant.

Ut vero de jure Romano certum sit, in testamento militari nullos requiri testes, siue in conflictu, siue in castris conditum fuerit, sed sufficere, si qualicunque scriptura voluntas defuncti probetur l. 24. pr. l. 40. pr. ff. de testam. milit. l. 15. C. eod. Richter. decis. 38. num. 7. Dn. Stryk. de caut. testam. c. 9. §. 13. ut adeoque recipi non possit sententia Collegii jur. Arg. tit. de milit. testam. existimantis, ad minimum duos testes esse necessarios, tamen in ordin. Maximil. de anno 1512. rubr. de testamentis §. & debent, hoc tantum restrictum est ad milites in conflictu existentes, ceteris, qui in castris positi sunt, necessitas imposita est, ad minimum adhibendi duos testes per verba: Vel equitum, qui in castris esset, & in acie, tum remittitur testium numerus usque ad duo. Carpz. p. 3. c. 4. def. 26. Hinc quaestio exsurgit: an hac distinctio etiam ad codicillos pertineat, ita ut miles in castris per codicillos disponens ad minimum duos testes adhibere debeat? Quod affirmandum esse videtur ex hisce rationibus (1) quod Maximilianus in eodem §. etiam de codicillis disponat, & sic quoque utrumque casum sub sua nova dispositione completi voluisse videtur; (2) quod hic quoque eadem ratio adeste videatur, cum etiam hic cesset praesens periculum, & quod facillime in castris duo testes reperiri queant Carpz. cit. l. n. 8. (3) quod alias praeponderans argumentum a testamentis ad codicillos

va-

valeat. Verum quemadmodum expeditum est, de jure communi nec in testamento, nec in codicillis militum in expeditione constitutorum testes requiri, sed per dict. Recess. in testamentis militaribus novi quid constitutum esse, ita tamdiu in dispositione juris Romani subsistendum esse censeo, donec etiam in codicillis hac correctio doceatur. Hac vero nec ex cit. R. colligitur, quippe qui tantum de testamentis militum loquitur, & codicillos a testamento clare distinguit, nec ratione solennium valet argumentum a testamentis ad codicillos, cum utraque dispositio propria sua requisita habeat, nec ordinarie idem numerus testium in codicillis necessarius sit, qui in testamto requiritur. Suppono autem clare constare de voluntate codicillos scribentis, ex scriptura ipsa, nam alioquin ad eam probandam aliquando ex accidenti testes erunt necessarii. Et quidem tales codicilli militares per se subsistunt, nec ex testamento antecedente vires suas sortiuntur, adeoque illo vel maxime concurrente (forsan quod extra expeditionem conditum fuerit, & defectu quodam laboret) tamen codicilli militares subsistunt l. 8. §. 4. ff. de jure codicill.

§. XII.

Velfi paganus in hostico codicillos fecerit?

IN codicillis a pagano in hostico confectis itidem omnia solennia remissa sunt, neque testium numerus desideratur. Ut ut enim in l. f. ff. de testam. milit. & in l. un. ff. de B. P. ex testam. milit. tantum mentio testamentorum fieri

fieri videatur, tamen ad codicillos dispositio juris omnino quoque pertinebit. Unde si paganus in hostico constitutus tantum legata relinqueret, nullum scribendo heredem dispositionem talem per modum codicillorum valere ait Dn. Harprecht de testam. pagan. in hostico. confect. th. 57. n. 12. Ceterum ut tales codicilli absque omnibus subsistant testibus, necessarium est (1), ut paganus, quicumque demum fuerit, modo alias testamenti functionem habeat, fuerit in hostico tempore eo, quo codicillos scribit, constitutus, b. e. vel in ipso conflictu vel in procinctu ad confligendum cum hoste, neque enim, qui in castris versantur, idem privilegium concessum est: Carpz. P. 3. C. 4. de f. 14. (2) ut etiam in hostico decesserit. Quodsi enim periculum praesens evadat, jam satis commodam solenne testamentum condendi occasionem habet. Ad dubia, quae hic moveri possent, respondet Dn. Harprecht cit. l. th. 39. quo ipso satis manifesta deprehenditur differentia codicillorum militarium, & paganorum, in hostico tamen confectorum.

§. XIII.

**Codicilli tempore pestis conditi
an testes requirant?**

Ceterum gravior quaestio est, an codicilli tempore pestis scripti testes desiderent? Hoc satis expeditum est, testamenta tempore pestis condita de consuetudine Germaniae coram duobus testibus confecta subsistere, ut ut in jure civili de septenario testium numero nihil remissum sit. Myns. cent. 5.

cent. 5. obs. 96. Gail. 2. obs. 118. num. 18. *Dn. Stryk.* de caut. testam. c. 11. §. 3. *Cum itaque vel duo testes hodie in testamentis tempore pestis conditi sufficient , pauciores autem testes ordinarie in codicillis quam in testamentis requirantur , dicendum videtur , in ejusmodi codicillis nullos testes esse necessarios . Verum ab hac sententia communiter Dd. recedunt , atque in codicillis hisce quoque duos testes necessarios esse statuunt* Carpz. P. 3. C. 4. def. 3. 13. *Berlich.* P. 4. concl. 2. num. 14. seqq. *Hahn.* ad *Vvesenb.* tit. de m. c. donat. n. 6. *tum quod codicilli quoque sub generali denominatione testamentorum veniant* Carpz. cit. l. num. 3. *tum etiam quod hic inter codicillos & testamenta perpetua proportio non habeat locum . Verum Carpzovius non satis hac in re sibi constat . Existimat duos testes de jure gentium ad omnem ultimam voluntatem pertinere , nec de hoc numero quid remitti posse , cum ad probationem hi testes spectent , conf.* Carpz. cit. l. def. 13. & lib. 6. resp. 13. n. 10. 11. *quo posito testes non sunt necessarii , quando scilicet nulla probatione per testes opus est , quippe quæ alias ex scriptura haberi potest . Et tamen deinceps in fine def. 3. cit. subjungit , se concedere , patrem inter liberos pestis tempore sola scriptura absque testibus codicillos condere posse , quo ipso sane rursus revocat , quod antea dixerat , scil. testes de jure Gentium in dispositionibus ultimis requiri ; Si enim per se requirerentur , nec in patris testamento abesse possent , in quo , quæ juris Gentium sunt , haud remissa sunt . Itaque prædictæ rationes non stringunt , sed aut nulli testes erunt necessarii , aut si sunt necessarii , alia sunt substituenda fundamenta . Hæc vero cum deficiant , in priori subsistendum est*

est ratione, quod, ubi constet de voluntate codicillantis, testes non necessarii sint.

§. XIV.

Quando pater per codicillos disponit inter liberos, testes non requiruntur.

Quando porro pater disponit inter liberos per codicillos, nullos tunc testes esse necessarios, concedunt *Da-*
cum nec in testamento hujusmodi necessarii sint *Carpz.*
P.3. C.4. def.3. n.10. & def. 17. nec in divisione paterna l.
f. C. fam. hercisc. sed sufficiat, si de voluntate patris con-
stet. Carpz. cit. l. def. 22. Hoc tamen tantum intelligen-
dum de casu, si inter solos liberos pater disposuit. Quodsi
enim extranea persona in hujusmodi codicillis quid esset re-
lictum, testium copia quoad subsistentiam legati vel fidei-
commissi extraneo relictii desideratur in Nov.107. c.1. &
cum numerus testium in jure non determinatus sit verbis ex-
pressis, vel duos sufficere existimant *Carpz. cit. l. def.20.*
Richter decis.29. num.88. & hoc quidem arg. l.12. ff. de te-
stibus. Verum hac sententia dubia vel inde est, quod hic te-
stes non ad solam probationem, sed potius ad solennitatem a
legibus requisitam requirantur, & quod potius pro substra-
ta materia testium numerus determinandus sit. Scilicet res-
pectu extranei codicilli sua ordinaria requisita habere debent,
& sic potius quinque requiruntur, si antea testamento con-
firmati haud fuerint ill. Dn. Stryk. de caut. testam. c.10.
& 24.

St .

§.XV.

§. XV.

Codicilli in favorem piarum causarum facti
testes non requirunt.

D Enique codicillos, quibus piis causis provisum est, testes nullos requirere, constanter asserimus. Licet enim non desint, qui nullum legatum piis causis relictum absque duobus testibus subsistere statuunt, quod Pontifex in c. 11. X. de testam. duorum vel trium testium mentionem faciat: Fachin. lib. 4. contr. c. 3. Finckelthaus obs. 78. qu. 2. Carpz. P. 3. C. 4. def. 33. n. 8. Goswin ab Esbach ad Carpz. c. 1. num. 8. tamen pluribus jam contrarium ostensum est ab ill. Dn. Strykio de caut. test. c. 12. §. 6. cum non possit ostendi, Pontificem sub præcisa necessitate, duorum vel trium testium præsentiam requisivisse, sed tantum ad nudam certitudinem voluntatis seu probationem, quæ supervacua est, quoties alias de voluntate testatoris constat. Hoc ipsum satis indicat raro subiecta in cit. text. dum Pontifex provocat ad vulgatum illud juris divini: in ore duorum aut trium testium omnis veritas consistet, quod assertum ad solam probationem respicit. Plura superaddere desisto, qui solum casus referre studui, quibus codicilli absque testibus subsistere possint id quod ea, qua fieri potuit, brevitate & perspicuitate, me executum esse confido. DEO interim sit laus, & gloria.



360 E

IN

I N D E X

RERUM, AC VERBORUM TOTIUS O P E R I S.

*Primus numerus paginam, notat, alter proprium
cujusque §. numerum. Literæ vero
spectant adnotationes.*

A

- A**ctus solemnus in jure quis dicatur pag. 143. & seq. n. 2.
Actus solemnus haberi nequit, cui revera juris solemnia non ad-
hibeantur. 214. & seq.
Actus solennes non admittēbant testimonium feminarum. 157.
Agnatione postumi codicilli ab intestato non evanescunt. 62.
Antonii Fabri sententia de codicillis anterioribus, ac posteriori-
bus testamento. 112. & seq. n. 5.
Augustus quemadmodum auctor fuerit codicillorum. 13. & seq.

B

- B**artoli commentum de codicillis, sive schedulis sine solenni
testium adhibitione. 187. & seq.
Bartolus falso interpretatur *L. si ita scripsero* 38. de cond. & de-
monstr. 199. & seq. num. 7.
Bartolina paradoxa de codicillis, sive schedulis testamento con-
firmatis. 204. & seq. n. 1.
Basilicorum libris cur prætermissum vetus juris discrimen inter
codicillos confirmatos, ac non confirmatos? 166. & seq. n. 8.
Uno tantum loco illudprehenditur, & quare? 168. & seq.
Bynkershoekius Tribonianum tuetur. 114. n. 7.
Boehmeri disputatio de codicillis sine testibus validis quo spe-
ctet. 185. n. 2.

S f 2

Ejus

- Ejus summa exponitur . 186. & seq.
 Boehmerus quemadmodum pervenerit codicillorum doctrinam 5.
 Boehmerus turpiter hallucinatur , quum ex epistolarum formulis
 repetit fideicommissa in codicillis . 21.
 Item , quum agnoscit institutionem heredis in codicillis te-
 stamento confirmatis . 190. & seq. n.5.
 Perperam interpretatur *L. si ita scripsero* 38. *de cond. & de-*
monstrat. 199. & seq. n.7.
 Falso argumentatur , quum in codicillis confirmatis tollit
 solemnem testium praesentiam . 204. & seq. n.1.
 Non recte arbitratur , quum in testationibus privilegiariis
 credit excipere codicillos a Theodosii praescripto. 245. & seq. n.1.
 Vel quum hoc idem agnoscit in specie *L. ult. C. de fideicom-*
missis. 247. & seq. n.3.

C

- C**autiones , & chirographa concipi solebant cum salutis prae-
 fatione . 27.
 Clausula , quam vocant *codicillarem* , unde manaverit . 67.
 Qua formula concipiebatur . 68.
 Quando expresse , & quando tacite testamento inesse dica-
 tur . ibid.
 Quid sit , ejusque sit vis , ac potestatis . 67. & 76.
 Non admittitur , nisi saltem habeatur ex tacita testatoris vo-
 luntate . 70. & seq.
 Exemplum afferuntur . 68. & seq.
 Per illam transformantur testamenta in codicillos ab inte-
 stato . 67.
 Admitti potest in testamentis inter liberos , licet nihil testator
 de ea cogitaverit . 71. & 72. n.4.
 An jure valere dicatur , si constet eam adjectam esse magis
 ex consueta Tabularii formula . 73. & seq. n.6.
 An inesse omnino videatur in testationibus privilegiariis , pu-
 ta militum , ad pias causas ? &c. 74. & seq. n.7.
 Tantum valent testationes , in quibus haec clausula adijcia-
 tur , quantum si testator fecisset codicillos ab intestato . 76.
 An

- An vi hujus clausulæ consistet testatoris voluntas, si repudiata successione a legitimis proximioribus heredibus devolvatur hereditas ad remotiores? 77. & seq.
- An præteritione postumi inscien- ter facta constare possit voluntas hujus clausulæ adjectione? 78. & seq. n. 10.
- An præterito filio in testamento, vel injuste exheredato vi clausulæ retineatur voluntas in vim fideicommissi? 80. & seq. num. 11.
- An ex testamento fratris persona turpi instituta maneat voluntas, si clausulam testator in testamento adjecerit? 81. & seq. n. 12.
- Ceteræ Pragmaticorum quæstiones de clausula codicillari. 82. num. 13.
- Nequit clausula jure novo locum habere, nisi in testamento saltem adhibeatur solemn- is quinque testium numerus. 82. num. 13.
- Codex, sive *Caudex* quid apud latinos. 8. & seq. n. 1.
- Codices quemadmodum distinguebantur a *Volaminibus*. 9.
- Codices qua forma conficiebantur. 9.
- Codicis nomine veteres significabant quoque testamentorum tabulas. 12. n. 3.
- Codicilli erant parvi Codices. 10. n. 2.
- Codicilli cur dicti *cerati*? ibid.
- Codicilli dicebantur quicquid scriptum esset in tabellis ceratis 10. & seq.
- Codicillorum nomine cur epistolæ quoque significabantur? 11.
- Codicillorum nomine quid veniat in jure. 12. n. 3.
- Codicillorum materia a nemine adhuc plenius pertractata. 7.
- Codicillorum nomen unde dictum. 8. & seq. n. 1.
- Codicilli cur plurativo numero potissimum dicerentur? 13.
- Codicillorum origo. ibid. & seq.
- Codicillorum una ferme juris norma ab Augusto ad Constantini Magni ætatem. 16. & seq.
- Codicillorum definitio. 17. n. 1.
- Codicilli quemadmodum distinguuntur a testamentorum ratione. 18. & seq.
- Codicilli posteriores priores non rumpunt, nisi per posteriores expresse revocentur. 23. Co-

- Codicilli jure veteri non erant solemnes . ibid. & seq.
 Codicilli potissimum concipi solebant cum salutis præfatione . 26,
 & seq. n.3.
 Codicilli nequeunt considerari in jure , tamquam epistolæ fami-
 liares . 27. & seq.
 Codicilli scribi , ac signari poterant vel propria testatoris , vel
 aliena manu , ac signis . 23. n.5. & 29. n.5.
 Codicilli apud veteres an fierent quoque per nuncupationem ? 48.
 & seq.
 Affirmatur contra Antonium Fabrum, Heineccium , ac Bœ-
 hmerum . 16.
 Codicilli per nuncupationem quemadmodum introducti 46. & seq.
 Codicilli jure veteri licet non solemnes , atque conscripti aliena
 manu , quam testatoris testes etiam desiderabant , eorumque
 signa . 32. & seq.
 Codicilli quemadmodum conveniant cum testamentis . 42. & 49.
 Codicillos facere is potest , qui & factionem testamenti habeat 49.
 num.1.
 Codicilli jure Pandectarum quot modis fierent . 51. & seq.
 Codicillorum varii modi paulatim introduci cœperunt . 55. &
seq. n.4.
 Codicilli ad testamentum pertinentes qui 51. & seq.
 Codicilli ab intestato qui 54. & seq. n.3.
 Codicillorum ab intestato , sive sine testamento vis , atque po-
 testas . 58. & seq. n.2.
 Codicilli ab intestato vicem testamenti exhibent . 61.
 Codicilli ab intestato quo pacto differant a codicillis ad testamen-
 tum factis . ibid. n.5.
 Codicilli *per fideicommissum testamento facto* qui . 53. & seq.
 Cujus potestatis fuerint . ibid.
 Codicillorum ad testamentum pertinentium una communis juris
 regula . 83. & seq. n.2,
 Codicilli ad testamentum pertinentes partes intelliguntur testa-
 menti , ac sequela . ibid.
 Codicillos qui arguit testamentum improbare non videtur . 85.
 Codicilli confirmati testamento quid . 86. n.3.
 Et quemadmodum jure Pandectarum a non confirmatis di-
 stingerentur . 87. & seq.
Co-

- Codicillis confirmatis constabant legata , ac relicta verbis directis . 89. & seq. n.5.
- Codicillis non confirmatis testamento non secus constabant relicta , ac per verba precativa , sive per fideicommissum . ibid.
- Hujus discriminis ratio quæ ? ibid.
- Codicillorum nomine proprie significabantur codicilli confirmati testamento . 103. & seq.
- Codicilli anteriores testamento quemadmodum a posterioribus differrent . 107. & seq. & 125.
- Codicillorum nomine veniunt epistolæ , schedulæ , sive quævis suprema voluntas præter testamentum . 191. & seq. n.11.
- Codicillorum confirmatio in futurum . 52.
- Codicillorum confirmatio in præteritum . ibid.
- Codicillorum confirmatio quando utrumque tempus completatur . ibid.
- Codicillorum certi generis confirmatio . 52. & seq.
- Codicilli quid si confirmarentur aliis posterioribus codicillis ? 115. & seq.
- Codicillorum confirmatio jure veteri eo spectabat , ut quicquid iis scriberetur veluti in testamento scriptum videretur . 93. & seq. n.7.
- Atque ut testamenti tempus magis *quam codicillorum spectaretur* . 94. & seq. n.8.
- Codicilli confirmati , ac non confirmati in unam juris normam ex Justiniano adducti . 163. & seq.
- Codicilli tum confirmati , tum non confirmati jure novo non constant , nisi adhibita solemnibus quinque testium præsentia . 189. & seq. & 206. & seq. n.3.
- Codicillorum confirmatio in testamento , vel alia novissima scriptura cujus est utilitatis jure novo . 172.
- Codicillorum confirmatio variam complectitur intelligentiam 116. & seq.
- Codicillorum divisio ex Triboniano . 164. & seq. n.7.
- Codicilli jure irriti non secus valent , quam si heres eos ratos habuerit . 236. n.15.
- Constantini , vel Constantii constitutio de juris solemnibus in codicillis ab intestato . 130. & seq. & 207. & seq.
- Cujacii sententia de codicillis anterioribus , ac posterioribus testamento . pag. 113. & seq. n.6. Diale-

D

- D**ialectices rectus usus in juris arte perquam utilissimus. 2.
 Ejus descriptio ex Cicerone. ibid.
 Dialectices perturbata ratio Jurisprudentiam corrumpit. ibid.
 Diocletiani rescriptum de testium præsentia in codicillis explicatur. 39. & seq. n. 11.
 Diocletiani ætate nil prorsus immutatum a veteri jure Codicillorum. 128. & seq. n. 2.
 Donellus Hugo merito arguitur ab Osualdo Hilligero 187. n. 2.
 Donellus præposere utitur veterum Consultorum sententiis pro interpretatione constitutionis Theodosianæ. 192. & seq. n. 2.
 Falso etiam argumentatur, quum a codicillis confirmatis tollit solemnem quinque testium præsentiam. 204. & seq. n. 1.
 Duareni sententia de codicillis anterioribus, ac posterioribus testamento. 111. & seq. n. 4.
 Duorum testium numerus satis habebatur jure veteri ad voluntatis probationem in codicillis. 41. num. 12.

E

- E**pistola quo differat a Codicillis. 11. & seq.
 Epistola fideicommissaria quæ. 103. & seq.
 Sincera ejus intelligentia ex juris locis eruitur. ibid.
 Epistolarum nomine veteres proprie significabant codicillos testamento non confirmatos. ibid.
 Everardus Otto non recte arbitratur de testium præsentia in codicillis ex jure veteri. 25.

F

- F**emina an testes esse valeant in Codicillis? 153. & seq.
 Fideicommissum tum singulare, tum universale quemadmodum in codicillis admissum. 20. & seq.
 Fideicommissum *nominatim* ab aliquo herede legitimo relictum, si eo repudiante successio ad alium devolvatur non debetur. 63.
 Fidei-

- Fideicommissa recte relinquebantur in Codicillis non confirmatis testamento . 89. & seq. n. 5.
 Fori recepta sententia quæ? 219. & seq. n. 2.
 Formula *nuncupationis testamenti* in testamentis per æs, & libram . 222.
 Formularum superstitiones sublatae a Constantino, sive a Constantio, & Constante ejus filiis . 159. & seq. n. 2.

G

- G** Alvanus non recte argumentatur, quum credit Codicillos jure novo non solemnes . 149. & seq. n. 5.
 Nec, quum ex jure novo unam facit rationem libertatis directæ, ac fideicommissariæ . 168. lit. e.
 Giphanii sententia refellitur de nulla testium præsentia in codicillis ex jure veteri . 25.

H

- H** Eineccii sententia refellitur de adhibitione testium in codicillis probationis, non solemnitatis causa . 157. & seq. n. 4.
 Heineccius temere Boehmero subscribit, quum nullam testium præsentiam agnoscit in codicillis ex jure veteri . 25.
 Heredis institutio codicillis scribi nequit, ne confirmatis quidem testamento . 190. & seq. n. 5.
 Heredis nomen recte scribitur codicillis, licet ejus institutio fieri nequeat, nisi testamento . 194. & seq.
 Hereditas nec dari, nec adimi potest in codicillis . 18. & seq.
 Tum in primo, tum ulteriori institutionis gradu . ibid.
 Hereditas in testamento data quo casu recte adimatur in Codicillis . 175. & seq.
 Hotomani sententia de Codicillis anterioribus, ac posterioribus testamento . 111. & seq. n. 4.

I

- I** Dem, ac *diversum* quid? 240. & seq. n. 19.
T t *Idem.*

- Identitatis* notio quæ? ibid.
Identitas scripturæ quomodo habeatur. ibid.
Indicium quid. 129.
Institutioni heredis pure datæ in testamento nequit adjici conditio in codicillis. 19.
Intestatus cur mori dicatur, qui decedit cum codicillis sine testamento? 60. & seq. n. 4.
Jure novo quo pacto differant codicilli anteriores a posterioribus testamento. 181. & seq.
Jure Pandectarum in legatis rigor, in fideicommissis sola defuncti voluntas spectabatur. 162.
Juris regulæ de Codicillis confirmatis testamento, sublata ex Justiniano. 170. & seq. n. 10.
Jurisconsulti dictare solebant testamenta. 68. lit. d.
Jurisprudentiæ Forensis perturbatio unde processerit. 1. & seq.
Juris restauratio quemadmodum hodie in foro excitari cœperit. 3. & seq.
Sed quibus difficultatibus pateat. 4. & seq.
Jus codicillorum una juris norma stetit ab Augusto ad Constantinum Magnum. 16. & seq. n. 3.
Et quemadmodum a Constantino deinceps variaverit. 127. & seq.
Jus novum de codicillorum modis. 158. & seq. n. 1.
Jus novum de solemnibus quinque testium numero in quibuscumque codicillis religiose hætenus servatum, in Italia præsertim. 220. & seq. n. 3.
Justiniani indoles in novo jure condendo. 138.
Justiniani constitutio de relictorum probatione in fideicommissis. pag. 140. & seq.
Justinianus sustulit differentiam inter verba civilia, ac vulgaria. 161.
Justinianus credidit, nil insertum in Pandectarum libris, quod vel antiquatum, vel cum novo jure pugnaret. 185. & lit. a.
Justinianus imitatus est in manumissionibus, quod Theodosius statuerat in codicillis. 138. & seq. n. 9.
Jus vetus Codicillorum quemadmodum committendum cum jure novo. 173. & seq.

L

- L** Abeonis indoles. 15. & seq.
 Ejus exemplo codicilli optimo jure admissi. ibid.
 Legata jure veteri non constabant nisi scripta vel testamento, vel
 Codicillis confirmatis. 89. & seq. n. 5.
 Legata cum fideicommissis confusa. 159. & seq. n. 2.
 Legatorum idem jus in Codicillis anterioribus, ac posterioribus
 testamento. 108. & seq. n. 2.
 Legatum in testamento datum videtur, licet ejus quantitas descri-
 batut in codicillis. 199. & seq. n. 7.
 Lex Cornelia de falsis perducta etiam ad codicillos. 36. n. 9.
 Lex 77. de heredibus instituendis, & lex 10. de conditionibus inst.
 plenius exponuntur. 192. n. 2.
 Lex si ita scripsero 38. de condit. & demonst. a calumniis Interpre-
 tum vindicatur. 199. & seq. n. 7.
 Libertas directa an etiam jure novo a fideicommissaria distingua-
 tur? 168. & seq.
 Librorum appellatione quid veniret. 10. lit. a. & 6.
 Literarum comparatio refertur inter fallacissimas scripturae pro-
 bationes. 35. & seq.
 Quemadmodum eam admiserit Justinianus. 36.
 Hujusmodi scripturae probationis nullum prostat vestigium
 apud veteres. 35.

M

- M** Ancipationis usus in testamentis Constantini ætate adhuc
 usitatus. 131.
 Militibus concessum est hereditatem dare, vel adimere etiam in
 codicillis. 19. & seq.

N

- N** Eroniano S. C. temperari coepit formularum superstitio in
 legatis. 159. n. 2.
 Novo jure an codicilli sint solemnes? 142. & seq.
 Novum jus codicillorum ad duo summa capita refertur. 129.

- Novum jus de solemnibus quinque testium numero in codicillis cui
tribuendum. 134. & seq. n. 3.
Numerus septem testium in testamentis, & quinque in codicillis
unde manaverit. 133. & seq.
Nuncupatio testamenti quid apud veteres. 221. & seq. n. 4.

P

- P**andectarum leges sapissime discrepant ab Imperatorum con-
stitutionibus in codice insertis. 184. & seq.
Papiniani difficilis locus exponitur de codicillis anterioribus testa-
mento. 110. & seq.
Pauli Castrensis commentum in L. *si ita scripsero de condit. &*
demonstr. 188.
Peregrinis haud interdicebatur testimonium perhibere. 26.
Plinii ætate codicilli, qui testamento non essent confirmati, jure
non constabant. 56. & seq.
Pragmatici quemadmodum desciverint a sincera legum medita-
tione. 2. & seq.
Pragmatici sæpe pervertunt sententias legum codicis cum Pande-
ctarum libris. 184. & seq.
Pragmaticorum errores in recta intelligentia clausulæ *Codicil-*
laris. 73. & seq.
Pragmaticorum dissidia de testium præsentia in codicillis testa-
mento confirmatis. 188. & seq.
Pragmaticorum vulgus confundit schedulam solemniter nuncu-
patam cum schedula testamento confirmata. 225. & seq.
Principum diplomata cum dicti codicilli? 12.
Probatio *identitatis* scripturæ nullo pacto habebitur in schedulis
testamento confirmatis. 240. & seq. n. 19.
Pluribus testamentis quis decedere nequit, licet possit pluribus
codicillis. 22. n. 4.

Q

- Q**uæ res facti, & quæ juris esse dicantur. 213. & seq. n. 12.
Quod in facto consistit etsi ex jure sit, fictionem non admittit. *ibid.*
Quod vero juris est fictionem recipere potest. *ibid.*
[Quæ.]

Quæstiones ad factum pertinentes non tam Jurisconsultorum, quam Iudicis cognitionem spectabant. 26. n. 4.

*Quæstio voluntatis, an testator codicillos ab intestato facere inter-
ficeret, an testamentum, quo pacto definiri valeat.* 64. & seq.

R

R *Este factum quid.*

143. & seq. n. 2.

Rite factum quid.

ibid.

Ritas, ac Rite quid.

143. & seq. lit. a.

S

S *Acra Rota Romana quemadmodum probaverit schedulas testa-
mentarias solemniter nuncupatas.* 227. & seq. n. 10.

Atque quid servari debeat in hujusmodi schedulis. ibid.

Exponuntur duo responsa Sacrae Rotæ Romanæ. 228. & seq. n. 11.

*Salutationem veteres præmittere solebant etiam in relictis in tes-
tamento.* 27.

Scævola locus exponitur de codicillorum fide. 34. & seq.

Scævola mos in respondendo. 37. n. 10.

*Schedula solemniter nuncupata quo differat a schedula testamento
confirmata.* 225. & seq.

*De schedulis non solemnibus testamento tamen confirmatis
duæ tantum species prostant in collectionibus decretorum
Italiæ.* 235. & seq. n. 14.

Ambæ exponuntur. ibid.

Ideo admittæ, quod heres ratas eas habuisset. ibid.

*Schedula solemniter nuncupata moribus nostris recepta, & qua-
re.* 226. & seq. n. 9. & 234. & seq. n. 14.

*Schedula non solemnitis, testamento tamen confirmata nullibi ha-
sternus admittæ, nisi ubi desciverint a jure Justiniano.* ibid.

*S. C. de certa forma adhibenda in tabulis publici, privatique con-
tractus.* 31.

*S. C. Liboniano quemadmodum tenebatur qui scripisset confir-
mationem codicillorum in testamento.* 109.

*Servius Sulpicius ceteris Jurisconsultis a Cicerone anteponitur,
quod Dialectica præstaret.* 2.

Sc-

- Severi, & Antonini rescriptum a Triboniano relatum exponitur. 123. & seq. n. 11.
- Signatores qui dicebantur. 31.
- Solemnia testamentorum a Constantino, vel Constantio peracta ad codicillos ab intestato. 130. & seq.
- Solemnia codicillorum ex Theodosio. 148.
- Solemnia testamenti transferri nequeunt ad codicillos confirmatos. 211. & seq. n. 9.
- Solemnia etsi ex jure sint, in facto tamen consistunt. 214. & seq. n. 13.
- Solemnia testamenta, quam codicilli. 150. & seq. n. 6.
- Solemnis numerus testium quis dicatur. 150.
- Solemnitatis discrimen inter solemnitatem *ordinationis*, ac *provisionis* refellitur. 142. & seq. & 152.
- Solemnitatis notio in jure quæ? 210. n. 7.
- Solemniter actum quid. 146. & seq.
- Summa disputationis Boehmeri exponitur. 6.

T

- T** Abellæ nomine quid veniret. 9.
- Tabula quid apud Latinos. ibid.
- Tempus tantummodo mortis spectatur, quo quis factionem testamenti habere dicatur, ut relicta in codicillis per fideicommissum valerent. 50. n. 2.
- Tempus testamenti magis, quam codicillorum spectabatur in codicillis testamento confirmatis. 94. & seq. n. 8.
- Varia exempla proferuntur ex juris locis. ibid.
- Quando hæc juris regula locum non habuerit. 98. & seq. n. 12.
- Varia juris loca exponuntur. ibid.
- Testamentum prius ruptum per posterius quomodo convertatur in codicillos ad posterius testamentum pertinentes. 105. & seq. n. 20.
- Testamentum qui condit post codicillos, ignoratur, an codicillos retinere, an respuere intellexerit. 118. & seq.
- Testamentum an unquam revocatur per posteriores codicillos? 177. & seq. n. 5.
- Num-

INDEX

335

- Numquam hoc fiet per codicillos ad testamentum perij-
nentes. ibid.
- Bene vero per codicillos ab intestato 178.
- Quo casu an exigatur sollemnis quinque testium nume-
rus? 179. n.6.
- Testamentum qui arguit & codicillos quoque improbare vi-
detur. 84. & seq. n.3.
- Testamentum per relationem ad schedulam quomodo respondeat
veteri nuncupationi testamenti 223. & seq.
- Testari per relationem ad schedulam quid 219. & seq.
- Testari per nuncupationem quid 222. n.5.
- Testator si scribat codicillis ab intestato institutionem heredis, an
hac constare poterit, & quo jure? 64. & seq.
- Testatio proprie quid esset apud veteres 30. & seq.
- Testatio haberi poterat vel scriptura, vel sine scriptis 32.
- In testationem redigere quid 30. & seq.
- In testationibus privilegiariis testamento non differunt a co-
dicillis 246. & seq.
- Testes adfuisse Codicillis apud veteres probatur ex Scævola 29.
& seq.
- Testis quilibet admittebatur in codicillis ex veteri jure. 41. n.12.
- Testium presentia an, & quomodo jure veteri exigebatur in co-
dicillis 24. & seq.
- Testes in codicillis qui admittantur 153. & seq.
- Ex Constantino masculi tantum, non feminae admittæ in co-
dicillis ab intestato 154. & seq. n.2.
- Ex Theodosio idem dicendum in omnibus codicillis 155.
& seq.
- Theodosii Arcadii filii novissima constitutio de codicillis 133.
& seq.
- Hujus Imperatoris ætate exolevit testandi ratio per æs, &
libram ibid.
- Theodosii constitutio de codicillis quo differat ab illa Constantini
Magni 137.
- Theodosii Magni constitutio de codicillis 132. n.3.
- Trebatius primum suavit Augusto codicillorum usum 14.
- Triboniani locus difficilis de codicillis anterioribus testamento ex-
ponitur 111. & seq. & 121. & seq.
- Tri-

- Tribonianus quam rationem servaverit in collectione constitutionum Imperatorum. 135. & seq.
 Tribonianus in collectione juris hand præstitit, quod Justinianus jussit. 185.

V

- V**erborum civilium, ac vulgarium discrimen retentum ad Justinianum usque. 169. & seq. n. 3.
 Veterum Jurisconsultorum sententiæ de codicillis caute transducendæ ad normam novi juris. 174. & 189.
 Ulpiani locus de codicillis per nuncupationem. 47. & seq. n. 6.
 Volumina quemadmodum distinguebantur a codicibus. 9.
 Volumina quomodo conficiebantur. ibid.
 Voluntatis *identitas* quomodo habeatur. 242. & seq.
 Voluntatis indicium quid. 129. & seq.

E R R A T A

Pag. 15. lin. 10. pro	decedebant	<i>rescribe</i>	decederent
Pag. 15. lin. 11. pro	cogebantur		cogerentur
Pag. 25. lin. 22. pro	perturbata		perturbate
Pag. 89. lin. 1. pro	quoa		quod
Pag. 96. lin. 7. pro	qaasi		quasi
Pag. 163. lin. 26. pro	ofuso		offuso
Pag. 245. lin. 2. pro	lcumg		legum

Cetera vero typographica menda quisque videtis.



D

- D**ialectices rectus usus in juris arte perquam utilissimus. 2.
 Ejus descriptio ex Cicerone. ibid.
 Dialectices perturbata ratio Jurisprudentiam corrumpit. ibid.
 Diocletiani rescriptum de testium præsentia in codicillis explicatur. 39. & seq. n. 11.
 Diocletiani ætate nil prorsus immutatum a veteri jure Codicillorum. 128. & seq. n. 2.
 Donellus Hugo merito arguitur ab Osualdo Hilligero 187. n. 2.
 Donellus præpostere utitur veterum Consultorum sententiis pro interpretatione constitutionis Theodosianæ. 192. & seq. n. 2.
 Falso etiam argumentatur, quum a codicillis confirmatis tollit solemnem quinque testium præsentiam. 204. & seq. n. 1.
 Duareni sententia de codicillis anterioribus, ac posterioribus testamento. 111. & seq. n. 4.
 Duorum testium numerus satis habebatur jure veteri ad voluntatis probationem in codicillis. 41. num. 12.

E

- E**pistola quo differat a Codicillis. 11. & seq.
 Epistola fideicommissaria quæ. 103. & seq.
 Sincera ejus intelligentia ex juris locis eruitur. ibid.
 Epistolarum nomine veteres proprie significabant codicillos testamento non confirmatos. ibid.
 Everardus Otto non recte arbitratur de testium præsentia in codicillis ex jure veteri. 25.

F

- F**eminæ an testes esse valeant in Codicillis? 153. & seq.
 Fideicommissum tum singulare, tum universale quemadmodum in codicillis admissum. 20. & seq.
 Fideicommissum *nominatim* ab aliquo herede legitimo relictum, si eo repudiante successio ad alium devolvatur non debetur. 63.
 Fidei-

- Fideicommissa recte relinquebantur in Codicillis non confirmatis testamento. 89. & seq. n. 5.
 Fori recepta sententia quæ? 219. & seq. n. 5.
 Formula *nuncupationis testamenti* in testamentis per æs, & libram. 222.
 Formularum superstitiones sublatae a Constantino, sive a Constantio, & Constante ejus filiis. 159. & seq. n. 2.

G

- G** Alvanus non recte argumentatur, quum credit Codicillos jure novo non solemnnes. 149. & seq. n. 5.
 Nec, quum ex jure novo unam facit rationem libertatis directæ, ac fideicommissariæ. 168. lit. e.
 Giphani sententia refellitur de nulla testium præsentia in codicillis ex jure veteri. 25.

H

- H** Eineccii sententia refellitur de adhibitione testium in codicillis probationis, non solemnitatis causa. 157. & seq. n. 4.
 Heineccius temere Boehmero subscribit, quum nullam testium præsentiam agnoscit in codicillis ex jure veteri. 25.
 Heredis institutio codicillis scribi nequit, ne confirmatis quidem testamento. 190. & seq. n. 5.
 Heredis nomen recte scribitur codicillis, licet ejus institutio fieri nequeat, nisi testamento. 194. & seq.
 Hereditas nec dari, nec adimi potest in codicillis. 18. & seq.
 Tum in primo, tum ulteriori institutionis gradu. ibid.
 Hereditas in testamento data quo casu recte adimatur in Codicillis. 175. & seq.
 Hotomani sententia de Codicillis anterioribus, ac posterioribus testamento. 111. & seq. n. 4.

I

- I** Dem, ac *diversum* quid?

T t

240. & seq. n. 19.
Idem.

- Identitatis* notio quæ? ibid.
Identitas scripturæ quomodo habeatur. ibid.
 Indicium quid. 120.
 Institutioni heredis pure datæ in testamento nequit adjici conditio in codicillis. 19.
 Intestatus cur mori dicatur, qui decedit cum codicillis sine testamento? 60. & seq. n. 4.
 Jure novo quo pacto differant codicilli anteriores a posterioribus testamento. 181. & seq.
 Jure Pandectarum in legatis rigor, in fideicommissis sola defuncti voluntas spectabatur. 162.
 Juris regulæ de Codicillis confirmatis testamento, sublata ex Justiniano. 170. & seq. n. 10.
 Jurisconsulti dicere solebant testamenta. 68. lit. d.
 Jurisprudentiæ Forensis perturbatio unde processerit. 1. & seq.
 Juris restauratio quemadmodum hodie in foro excitari cœperit. 3. & seq.
 Sed quibus difficultatibus pateat. 4. & seq.
 Jus codicillorum una juris norma stetit ab Augusto ad Constantinum Magnum. 16. & seq. n. 3.
 Et quemadmodum a Constantino deinceps variaverit. 127. & seq.
 Jus novum de codicillorum modis. 158. & seq. n. 1.
 Jus novum de solemnibus quinque testium numero in quibuscumque codicillis religiose hactenus servatum, in Italia præsertim. 220. & seq. n. 3.
 Justiniani indoles in novo jure condendo. 138.
 Justiniani constitutio de relictorum probatione in fideicommissis. pag. 140. & seq.
 Justinianus sustulit differentiam inter verba civilia, ac vulgaria. 161.
 Justinianus credidit, nil insertum in Pandectarum libris, quod vel antiquatum, vel cum novo jure pugnaret. 185. & lit. a.
 Justinianus imitatus est in manumissionibus, quod Theodosius statuerat in codicillis. 138. & seq. n. 9.
 Jus vetus Codicillorum quemadmodum committendum cum jure novo. 173. & seq.

L

- L** Abeonis indoles. 15. & seq.
 Ejus exemplo codicilli optimo jure admissi. ibid.
 Legata jure veteri non constabant nisi scripta vel testamento, vel
 Codicillis confirmatis. 89. & seq. n. 5.
 Legata cum fideicommissis confusa. 159. & seq. n. 2.
 Legatorum idem jus in Codicillis anterioribus, ac posterioribus
 testamento. 108. & seq. n. 2.
 Legatum in testamento datum videtur, licet ejus quantitas descri-
 batut in codicillis. 199. & seq. n. 7.
 Lex Cornelia de falsis perducta etiam ad codicillos. 36. n. 9.
 Lex 77. de heredibus instituendis, & lex 10. de conditionibus inst.
 plenius exponuntur. 192. n. 2.
 Lex si ita scripsero 38. de condit. & demonst. a calumniis Interpre-
 tum vindicatur. 199. & seq. n. 7.
 Libertas directa an etiam jure novo a fideicommissaria distingua-
 tur? 168. & seq.
 Librorum appellatione quid veniret. 10. lit. a. & 6.
 Literarum comparatio refertur inter fallacissimas scripturæ pro-
 bationes. 35. & seq.
 Quemadmodum eam admiserit Justinianus. 36.
 Hujusmodi scripturæ probationis nullum prostat vestigium
 apud veteres. 35.

M

- M** Ancipationis usus in testamentis Constantini ætate adhuc
 usitatus. 131.
 Militibus concessum est hereditatem dare, vel adimere etiam in
 codicillis. 19. & seq.

N

- N** Eroniano S. C. temperari coepit formularum superstitio in
 legatis. 159. n. 2.
 Novo jure an codicilli sint solemnes? 142. & seq.
 Novum jus codicillorum ad duo summa capita refertur. 129.

Novum jus de solemnibus quinque testium numero in codicillis, cui tribuendum. 134. & seq. n. 3.

Numerus septem testium in testamentis, & quinque in codicillis unde manaverit. 133. & seq.

Nuncupatio testamenti quid apud veteres. 221. & seq. n. 4.

P

Pandectarum leges sapissime discrepant ab Imperatorum constitutionibus in codice insertis. 184. & seq.

Papiniani difficilis locus exponitur de codicillis anterioribus testamento. 110. & seq.

Pauli Castrensis commentum in L. si ita scripsero de condit. & demonstr. 188.

Peregrinis haud interdicebatur testimonium perhibere. 26.

Plinii ætate codicilli, qui testamento non essent confirmati, jure non constabant. 56. & seq.

Pragmatici quemadmodum desciverint a sincera legum meditatione. 2. & seq.

Pragmatici sæpe pervertunt sententias legum codicis cum Pandectarum libris. 184. & seq.

Pragmaticorum errores in recta intelligentia clausulæ Codicillaris. 73. & seq.

Pragmaticorum dissidia de testium præsentia in codicillis testamento confirmatis. 188. & seq.

Pragmaticorum vulgus confundit schedulam solemniter punctatam cum schedula testamento confirmata. 225. & seq.

Principum diplomata cum dicti codicilli? 12.

Probatio identitatis scripturæ nullo pacto habebitur in schedulis testamento confirmatis. 240. & seq. n. 19.

Pluribus testamentis quis decedere nequit, licet possit pluribus codicillis. 22. n. 4.

Q

Quæ res facti, & quæ juris esse dicantur. 213. & seq. n. 12.

Quod in facto consistit etsi ex jure sit, fictionem non admittit. ibid.

Quod vero juris est fictionem recipere potest. ibid.

[Quæ]

Quæstiones ad factum pertinentes non tam Jurisconsultorum ,
quam Iudicis cognitionem spectabant . 18. n. 4.

Quæstio voluntatis, an testator codicillos ab intestato facere inter-
ficeret, an testamentum, quo pacto definiri valeat . 64. & seq.

R

Rite factum quid .

143. & seq. n. 2.

Rite factum quid .

ibid.

Ritas, ac Rite quid .

143. & seq. lit. a.

S

Sacra Rota Romana quemadmodum probaverit schedulas testa-
mentarias solemniter nuncupatas . 227. & seq. n. 10.

Atque quid servari debeat in hujusmodi schedulis . ibid.

Exponuntur duo responsa Sacrae Rotæ Romanæ . 228. & seq. n. 11.

Salutationem veteres præmittere solebant etiam in relictis in tes-
tamento . 27.

Scævola locus exponitur de codicillorum fide . 34. & seq.

Scævola mos in respondendo . 37. n. 10.

Schedula solemniter nuncupata quo differat a schedula testamento
confirmata . 225. & seq.

De schedulis non solemnibus testamento tamen confirmatis
duæ tantum species prostant in collectionibus decretorum
Italix . 235. & seq. n. 14.

Ambæ exponuntur . ibid.

Ideo admittæ, quod heres ratas eas habuisset . ibid.

Schedula solemniter nuncupata moribus nostris recepta, & qua-
re . 226. & seq. n. 9. & 234. & seq. n. 14.

Schedula non solemnis, testamento tamen confirmata nullibi ha-
sternus admittæ, nisi ubi desciverint a jure Justiniano . ibid.

S. C. de certa forma adhibenda in tabulis publici, privatique con-
tractus . 31.

S. C. Liboniano quemadmodum tenebatur qui scripisset confir-
mationem codicillorum in testamento . 109.

Servius Sulpicius ceteris Jurisconsultis a Cicerone anteponitur,
quod Dialectica præstaret . 2.

Se-

- Severi, & Antonini rescriptum a Triboniano relatum exponitur. 123. & seq. n. 11.
- Signatores qui dicebantur. 31.
- Solemnia testamentorum a Constantino, vel Constantio perducta ad codicillos ab intestato. 130. & seq.
- Solemnia codicillorum ex Theodosio. 148.
- Solemnia testamenti transferri nequeunt ad codicillos confirmatos. 211. & seq. n. 9.
- Solemnia etsi ex jure sint, in facto tamen consistunt. 214. & seq. n. 13.
- Solemnia testamenta, quam codicilli. 150. & seq. n. 6.
- Solemnis numerus testium quis dicatur. 150.
- Solemnitatis discrimen inter solemnitatem *ordinationis*, ac *prohibitionis* refellitur. 142. & seq. & 142.
- Solemnitatis notio in jure quæ? 210. n. 7.
- Solemniter actum quid. 146. & seq.
- Summa disputationis Boehmeri exponitur. 6.

T

- T**abellæ nomine quid veniet. 9.
- Tabula quid apud Latinos. ibid.
- Tempus tantummodo mortis spectatur, quo quis factionem testamenti habere dicatur, ut relicta in codicillis per fideicommissum valerent. 50. n. 2.
- Tempus testamenti magis, quam codicillorum spectabatur in codicillis testamento confirmatis. 94. & seq. n. 8.
- Varia exempla proferantur ex juris locis. ibid.
- Quando hæc juris regula locum non habuerit. 98. & seq. n. 12.
- Varia juris loca exponuntur. ibid.
- Testamentum prius ruptum per posterius quomodo convertatur in codicillos ad posterius testamentum pertinentes. 105. & seq. n. 20.
- Testamentum qui condit post codicillos, ignoratur, an codicillos retinere, an respuere intellexerit. 118. & seq.
- Testamentum an unquam revocetur per posteriores codicillos? 177. & seq. n. 5.
- Num-

- Numquam hoc fiet per codicillos ad testamentum perij-
nentes. ibid.
- Bene vero per codicillos ab intestato. 178.
- Quo casu an exigatur sollemnis quinque testium nume-
rus? 179. n.6.
- Testamentum qui arguit & codicillos quoque improbare vi-
detur. 84. & seq. n.3.
- Testamentum per relationem ad schedulam quomodo respondeat
veteri nuncupationi testamenti. 223. & seq.
- Testari per relationem ad schedulam quid. 219. & seq.
- Testari per nuncupationem quid. 222. n.5.
- Testator si scribat codicillis ab intestato institutionem heredis, an
hac constare poterit, & quo jure? 64. & seq.
- Testatio proprie quid esset apud veteres. 30. & seq.
- Testatio haberi poterat vel scriptura, vel sine scriptis. 32.
- In testationem redigere quid. 30. & seq.
- In testationibus privilegiariis testamento non differunt a co-
dicillis. 246. & seq.
- Testes adfuisse Codicillis apud veteres probatur ex Scævola. 29.
& seq.
- Testis quilibet admittebatur in codicillis ex veteri jure. 41. n.12.
- Testium præsentia an, & quomodo jure veteri exigebatur in co-
dicillis. 24. & seq.
- Testes in codicillis qui admittantur. 153. & seq.
- Ex Constantino masculi tantum, non feminae admittæ in co-
dicillis ab intestato. 154. & seq. n.2.
- Ex Theodosio idem dicendum in omnibus codicillis. 155.
& seq.
- Theodosii Arcadii filii novissima constitutio de codicillis. 133.
& seq.
- Hujus Imperatoris ætate exolevit testandi ratio per as, &
libram. ibid.
- Theodosii constitutio de codicillis quo differat ab illa Constantini
Magni. 137.
- Theodosii Magni constitutio de codicillis. 132. n.3.
- Trebatius primum suavit Augusto codicillorum usum. 14.
- Triboniani locus difficilis de codicillis anterioribus testamento ex-
ponitur. 111. & seq. & 121. & seq.
Tri-

- Tribonianus quam rationem servaverit in collectione constitutionum Imperatorum. 135. & seq.
 Tribonianus in collectione juris hand præstitit, quod Justinianus jussu erat. 185.

V

- V**erborum civilium, ac vulgarium discrimen retentum ad Justinianum usque. 160. & seq. n. 3.
 Veterum Jurisconsultorum sententiæ de codicillis caute transducendæ ad normam novi juris. 174. & 189.
 Ulpiani locus de codicillis per nuncupationem. 47. & seq. n. 6.
 Volumina quemadmodum distinguebantur a codicibus. 9.
 Volumina quomodo conficiebantur. ibid.
 Voluntatis *identitas* quomodo habeatur. 243. & seq.
 Voluntatis indicium quid. 120. & seq.

ERRATA

Pag. 15. lin. 10. pro	decedebant	<i>rescribe</i>	decederent
Pag. 15. lin. 11. pro	cogebantur		cogerentur
Pag. 25. lin. 22. pro	perturbata		perturbate
Pag. 89. lin. 1. pro	quo		quod
Pag. 96. lin. 7. pro	quasi		quasi
Pag. 163. lin. 26. pro	ofuso		offuso
Pag. 245. lin. 2. pro	leumg		legum

Cetera vero typographica menda quisque videtis.



