

Heinrich Aemilius August Danz

## **De Externa Codicillorum Forma : Commentatio**

Lipsiae: Allgemeine niederländische Buchhandlung, [1836]

**<https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816399701>**

Druck Freier  Zugang





*N. N. - 3 (205.)*





DE  
EXTERNA CODICILLORUM  
FORMA <sup>12/</sup>  
COMMENTATIO.

---

AD ORATIONEM AUDIENDAM

QUA

MUNUS PROFESSORIS IURISPRUDENTIAE  
EXTRAORDINARII

CLEMENTISSIME

AB

ALMIS ACADEMIÆ IENENSIS NUTRITORIBUS

SIBI DEMANDATUM

DIE I. IUN. MDCCCXXXVI

AUSPICABITUR

OBSERVANTISSIME INVITAT

AUG. HENR. AEM. DANZ

U. I. D.

---

LIPSIAE

PROSTAT IN BIBLIOPOLO DICTO:

Allgemeine niederländische Buchhandlung.

DE  
EXTERNA CODICILLORUM  
FORMA  
COMMENTATIO.

AD ORATIONEM ADIUDICAM

INUS PROFESSORIS IURISPRUDENTIAE  
EXIMIORUM  
GLEMENSIUM

AB

ACADEMIA IENNENSIS IURISPRUDENTIAE

ANNO DOMINI MDCCCLXXII

AUG. HERR. VON DANZ

LIPSIÆ

PROBAT IN PUBLICO THEATRO:  
Allgemeine nischländische Buchhandlung.

DE  
**EXTERNA CODICILLORUM  
FORMA**  
COMMENTATIO.

#2

---

AD ORATIONEM AUDIENDAM  
QUA  
MUNUS PROFESSORIS IURISPRUDENTIAE  
EXTRAORDINARII

CLEMENTISSIME

AB

ALMIS ACADEMIÆ IENENSIS NUTRITORIBUS

SIBI DEMANDATUM

D. XXXI AUG. MDCCCXXXV

AUSPICABITUR

OBSERVANTISSIME INVITAT

AUG. HENR. AEM. DANZ

U. I. D.

---

L I P S I A E

PROSTAT IN BIBLIOPOLIO DICTO:  
Allgemeine niederländische Buchhandlung.

DE  
ESTERNA CODICILLORUM  
FORMA  
COMMENTATIO

AD ORATIONEM AUDIENDAM  
QUAE  
INUS PROPTERORIS HENRICI DAVI  
EXTRAHENDUM  
CLEMENTISSIME

AD  
ADMIS ACADEMIE HENRIS NOTITIBUS  
SICUTI HENRICI DAVI  
IN XXYI ANNO MCCCLXXVI  
AUG. HENR. AEM. DANI

LEIPZIG  
PUBLIUM IN HANNOVERA  
Allgemeine niederländische Buchhandlung

Quae sit codicillorum *forma externa* quaeque  
requirantur ad eos conficiendos duplici modo  
ac ratione expediri possunt. Aut enim unice  
ex iis verbis, quae in Justinianeis reperiuntur  
libris omnem hac de re quaestionem explicare  
atque construere oportet, aut e codicillorum  
historia alia quoque interpretationis adminicula  
depromenda et haurienda esse videntur, quibus  
argui possit, ut ea, quae Justinianus hac de re  
statuit, non debeamus intelligere et interpre-  
tari tanquam prorsus nova ac singularia, sed  
potius explicare ita, ut rationem quoque eorum  
habeamus, quae historice inter se conjuncta  
propriam legum indolem ac mentem atque legis-  
latoris veram sententiam illustrant.

Intermediam vero quandam ingressi sunt  
jurisconsulti nostri viam, qui, quum in codi-  
cillorum forma exponenda in aliis hanc in aliis  
illam interpretandi rationem secuti sint, certe

non satis sibi consentanei esse videntur. Quo facilius vero appareat, quid congruenter ac vere statuendum esse videatur, hanc nobis proposuimus argumentandi rationem, ut primum periculum faceremus omnia ex solis Justiniani libris, nulla historiae codicillorum habita ratione, pure explicare atque indicare, quae illo interpretandi modo efficiantur. Tunc demum nostram hac de re sententiam judicandam trademus, quae hoc spectat, ut illam de codicillorum forma quaestionem ex ipsa eorum historia explanemus.

§. 1.

*Codicillorum forma ex solis Justiniani juris praeceptis deprompta.*

Satis nota est illa Institutionum paragra-  
phus <sup>1)</sup>, in qua haec leguntur verba:

„Codicillos autem etiam plures quis facere  
potest, et nullam solennitatem ordinatio-  
nis desiderant“.

Quae quidem verba regulam suppeditare videntur plane generalem, ita quidem, ut quaecunque alias legantur tanquam illius regulae exceptiones intelligere oporteat. Consequens igitur est, ea quoque, quae de forma aliqua codicillorum statuuntur, quam strictissime interpre-

---

1) §. 3. I. de codicillis (II. 25.)

tari neque admittere aliquam inter eos et testamenta comparationem, quum utriusque generis instrumentum non conveniat, nisi quod utrumque ultimae voluntatis est significatio ac testimonium. Itaque eam quoque, quae in Justiniani codicis constitutione <sup>2)</sup> ordinata est forma, non eo usque augere atque amplificare licet, ut interpretantes illam constitutionem aliquid testamentorum solennitati proprium desumamus, desumptum vero intrudamus codicillorum formae.

Quae autem, si stricte interpretamur Justiniani leges, ibi praescribuntur haec sunt: *numerus testium certus* <sup>3)</sup>, deinde *eorundem conjunctorum quidem adhibitio* <sup>4)</sup>, denique necessaria est *testium et codicillantis subscriptio*, quando quidem in scriptis voluntas componitur <sup>5)</sup>. Recte igitur si argumentati sumus hoc efficitur, reliqua omnia, quae a jurisconsultis nostris praeterea tanquam necessaria in codicillis conficiendis requiruntur, ex Justiniani legibus defendi non posse.

Primum si testium *sexum* spectamus eorum sententia non satis firma ac stabilita esse vide-

2) C. 8. §. 3. C. de codicillis (VI. 36.)

3) C. 8. §. 3. C. cit. „quinque testes vel rogati vel qui fortuito venerint.“

4) L. c. „in uno eodemque tempore debent adhiberi.“

5) L. c. „testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.“

tur, qui in codicillis feminas quoque adhiberi posse negant <sup>6</sup>). Feminas enim nulla alia ex causa excludendas esse contendunt, nisi quod defenduntur ac prohibentur a testimonio dicendo in testamentis i. e. quod *solemnitatis* testes esse non possent <sup>7</sup>). Sed quum paullo supra probare conati simus secundum Justiniani sententiam ex Institutionum libris patentem a testamentis, quae solemnitatem desiderant, argumenta ad codicillos, qui respuunt eam <sup>8</sup>), deduci non posse, hoc certe nobis concedatur necesse est, illius argumenti ope feminas excludi non debere <sup>9</sup>).

6) Cf. §. 2. libelli nostri. De jure canonico hic sermo esse non potest, quam ob rem argumenta de illo sumere non licet. cap. 17. 19. C. XXIII. qu. 5. c. 3. 33. X. de testib. (II. 22.)

7) Desumuntur enim praecipue argumenta, quibus illa defendi solet sententia e libro TREKELLII de origine ac progressu testamenti factionis. Cap. III. §§. 18. 43. 71. Praeclare sane Trekellius probavit feminas in actibus solemnibus testes esse non posse, sed si quis codicillorum confectionem actum solennem esse negaverit, tum quoque illa exinde desumpta argumentatio quadrare non potest.

8) §. 3. I. de codic. (II. 25.)

9) Feminas eam ob causam ad codicillorum confectionem adhiberi posse jam censuit DONELLUS comment. jur. civ. Lib. VII. c. 19. §. 8., imprimis propter verba fr. 20. §. 6. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) — Sed fortasse alicui ex ipso testium numero quandam solemnitatem argumentari libet secundum GLÜCKII (Comment. Bd. XXXI. p. 154.) sententiam, dicentis: „Wo also mehr, als zwei Zeugen erfordert werden, da zeigt die grössere Zahl derselben eine Solennität der Handlung an.“ Id ut probet, usus est const. ultima C. de fidei-

Neque hoc, quod scriptum est in scholiastae *Constantini Harmenopuli libro* 10), sententiae ejus repugnare potest, qui omnia ex Justiniani verbis tantummodo interpretari conatur. Qui enim illam defendit sententiam ex Institutionum verbis recte hoc sibi sumere poterit, quod tempore Justiniani illud in codicillis testimonium non *ordinatorium*, sed potius *probatorium* fuit. Eamque ob causam REINOLDI 11) argu-

commissis (VI. 42.): „*Quum res per testium solennitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est.*“ In qua viri doctissimi argumentatione hoc minus recte conclusum esse videtur, quod demonstraturus, ubicunque plures, quam duo testes adhiberi opus esset, legem exhibuit, ex qua apparet numerum testium in actibus solennibus deesse non posse, minime autem hoc patet, quod v. d. probare voluit. Etiam alia ex lege (c. 11. C. qui potior. VIII. 18.) nihil emergere posse videtur, quo nostra sententia refutetur. Ubi enim expresse et nominatim viri postulantur testes, recte feminae abesse jubentur, nam simili modo si expresse feminae testes requiruntur (fr. 1. §. 10. D. de ventre inspiciendo. (XXV. 4.), viros adhibere non licet. Simili modo quo factum est a Glückio argumentatus est DUNJUS, *de veteri ac novo jure codicillorum commentar.* Romae 1752. p. 156. Ubicunque autem solummodo certus testium numerus desideratur, ibi quivis testis sive vir sive mulier sufficiat necesse est.

10) Schol. ad Const. Harmenop. πρόχειρον lib. I. tit. 6: Οἱ δὲ γὰρ παλαιοὶ νόμοι τὰς γυναῖκας ἐν μὲν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις (ordinatoria s. constitutiva testimonia) μὴ μαρτυρεῖν αὐτὰς ἀποφαίνονται· ἐν δὲ ταῖς ἀποδεικτικαῖς (probatoria s. demonstrativa testimonia), ἀσφαλῶς μαρτυρεῖν. Συστατικὰς μὲν λέγοντες διαθήκην, κωδικοῦλλον, δωρεὰν αὐτῶν θανάτου· ἀποδεικτικὰς δὲ τὰς λοιπὰς.

— 11) REINOLDI opusc. jurid. ed. Jugler. Lugd. Batav. 1755. p. 72 sqq.

menta quadrare non possunt, quoad jus Justinianicum, qui ex similitudine testamentorum et codicillorum et ex illis Harmenopuli scholiastae verbis, feminas a testimoniis in codicillorum confectione excludi debere contendit. Eundem fere in modum removerunt illa scholiastae verba, feminarum testimonio adversaria, MEIER<sup>12)</sup> et RIEDEL<sup>13)</sup>.

Deinde *unitas actus* in conficiendis codicillis a nonnullis postulatur propter verba illa modo laudata: „*testes in uno eodemque tempore debent adhiberi*“<sup>14)</sup>. Ex iis autem verbis solis, comparatis illis quidem cum illa Institutionum generali regula, *unitas actus* erui non potest. *Unitas actus* enim, uti praeclare MAREZOLL<sup>15)</sup> demonstravit, non eo tantum consistit, ut simul collectis testibus testatoris voluntas declaretur, sed etiam multa alia requiruntur, quae deesse possunt, quamvis *uno eodemque tempore* adhibiti sint testes<sup>16)</sup>. Verba nostrae c. 8. §. 3. C. cit. si stricte interpretamur nihil aliud constituunt ac praescribunt nisi ut illa

---

12) MEIER Colleg. Argentorat. ed. Bechtoldi. Tom. II. Lib. XXIX. tit. 7. §. 15.

13) RIEDEL, Num foeminae in codicillis esse possint testes? Rostochii 1791. §. 14.

14) C. 8. §. 3. C. cit.

15) Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. IV. p. 54 sqq.

16) MAREZOLL l. c. p. 55 sq. p. 60. 68 sq. p. 73 sq. — c. 21. C. de testament. (VI. 23.)

codicillaris dispositio quinque personis non deinceps singulis et diversis temporibus mandetur et concedatur, sed potius ut simul et conjunctis iis illa ultimae voluntatis significatio profiteatur. Id vero etiam fieri potest, quamvis non sint testes in conspectu disponentis et quamvis alieno actu interveniente, si modo hoc observatur, quod quinque etiam tunc, quum codicillaris illa interrupta dispositio perficitur, cuncti testes et collecti adsunt<sup>17)</sup>. Etiam eo usque progredi possumus, ut statuamus necesse non esse, ut *iidem* adhibeantur testes in illa dispositionis continuatione, si interrumpatur disponenti actus, attamen post aliquod tempus pergatur, sed sufficere alios quinque, cunctos illos quidem, adhibere. Nam si secundum generalem Institutionum regulam codicilli nullam sibi vindicant solennitatem, non solennitatis, sed probationis causa testes adhibiti esse videntur. Unde sequitur, si modo singulae quaeque codicillaris dispositionis partes quinque uno eodemque tempore adhibitorum testium testimonio possint probari, totam dispositionem validam atque firmam esse.

Quae ultimo loco a nobis commemorata est *subscriptio testium*, quando non nuncupativi, sed scripti codicilli relinquuntur, sa-

17) Consentit nobiscum RIEDEL l. c. §. 6. not. 5.

tis superque distincte praescripta est <sup>18)</sup>. Codicillos conficientis subscriptio non item. Dissentiunt enim hac in re nostri jurisconsulti. Sunt qui negent necessariam esse <sup>19)</sup>, sunt etiam qui tanquam necessariam vindicent illam codicillantis subscriptionem <sup>20)</sup>. Quamvis illa hac de re controversia jam ab hoc loco aliena esse non deberet, quum in hoc priore libelli nostri parte afferre omnia instituerimus, quaecunque erui possunt ex Justiniani libris, tamen, ne nimis dissipetur nostra hac de re argumentatio, paullo post demum diligentius in hanc virorum doctorum disceptationem inquirere praecoptavimus. Ea enim omnia quae huc spectant ad utramque argumentandi rationem similiter quadrant.

§. 2.

*Recentiorum Ictorum de forma codicillorum  
sententiae.*

Ne vero ea sententia, quam nos sequentibus paragraphis firmare conabimur, ab illa modo explicata nullo interveniente eoque quasi mitigante medio nimis discrepare et abhorrere videatur, breviter libet praestantissimorum re-

---

18) C. 8. §. 3. C. cit.

19) THIBAUT, *System des Pandectenrechts*. ed. 8. Bd. II. §. 934. not. 5.

20) MAREZOLL, v. *Löhr's Magaz.* Bd. IV. p. 162—165.

centioris aevi jurisconsultorum interponere sententias intermedias. Qua in re ita progressuri sumus, ut primum eorum sententias referamus, qui maxime ei adstipulantur argumentandi rationi, quae in prima libelli nostri paragrapho proposita omnia congruenter et unice ex Justiniani libris derivanda esse statuere videntur, tum pedetentim ii adjiciantur jurisconsulti, qui praegnantius interpretati Justiniani verba prorsus paene nostram de codicillorum forma sententiam comprobaverunt. Ubi vero plures eandem defendunt sententiam, unius sufficiet nominatio, ne fines libelli ultra modum egrediamur.

Iis, qui ex omni fere parte eodem modo, quo a nobis in prima libelli paragrapho factum est, argumentati sunt, adnumerandus esse videtur HOFACKER 1), qui omnia in eo posita esse censet, ut certa sit et explorata codicillantis voluntas. Forma codicillorum ex ejus sententia ideo solummodo introducta est, ut tutiorem haberent *probationem* codicilli. Hoc si quis statuatur, is concludendo idem sequatur necesse est, quod nos quoque paullo supra collegimus. Totus vero adstipulatur illi sententiae RIEDEL 2),

1) HOFACKER, principia juris civilis Romano-Germanici. Tom. II. §. 1569. Eodem modo argumentatur GALVANUS de usufructu c. 10. nr. 13.

2) RIEDEL I. c. §. 6.

qui etiam copiosius, secundum dissertationis suae rationem, suam sententiam defendit. Proxime ad eandem sententiam maximeque sibi constans accedit MÜHLENBRUCH<sup>3)</sup>, qui hoc unum tantum addit, quod feminarum testimonium rejiciendum esse censet<sup>4)</sup>. De unitate actus enim, quam alii tanquam necessariam derivant e verbis „uno eodemque tempore“, ne verbum quidem fecit haec ipsa legis verba simpliciter referens. Etenim non potest tale quicquam concludi ex ipsius verbis requirentis praesentiam testium uno eodemque tempore adhibitorum, quum idem vir doctissimus alio loco<sup>5)</sup> utrumque illud satis distincte et aperte secer- nat. WARNKOENIGII<sup>6)</sup> quae sit hac de re sen- tentia non satis constat, quippe qui verba tan- tum const. 8. §. 3. C. cit. attulerit dicens, ex illa constitutione facile colligi posse, quae no- vissimo jure sit codicillorum forma. Quum vero verba illius c. 8. §. 3. C. cit. unice afferat ex iisque solis omnia jubeat derivari, is quoque

3) MÜHLENBRUCH doctr. pand. ed. 3. Tom. III. §. 685.

4) MÜHLENBRUCH l. c. not. 10. Attamen is quoque vir doctissimus ejus opinionis argumenta non tanquam plane firma et omni ex parte sine ulla dubitatione annuenda appro- bavit, sed tanquam *probabilia* tantum ex ipsius rei ratione defendit.

5) L. c. §. 659. not. 13.

6) WARNKOENIG, comment. jur. civ. Tom. III. p. 528. Simili modo rem tractat brevissime J. F. HUNGER, *das römi- sche Erbrecht*. Erlang. 1834. §. 101. p. 336.

iis addi posse videtur, qui non aliunde aliquo interpretandi adjumento petito stricte ac severe Justiniani verba sequuntur. Eo autem a viris supra laudatis discrepat, quod feminarum testimonium plane rejecit <sup>7)</sup>, Reinoldi et Dunii argumenta complectens.

Rogationem testium superfluum esse ait LAUTERBACH <sup>8)</sup> censetque omnino formam codicillis indutam esse non tam solennitatis, quam probationis causa, eamque ob causam sicut mulieres regulariter testes esse possent et in codicillis eas admitti debere contendit <sup>9)</sup>. Is igitur quamvis hac ratione secundum eum, quem sequimur ordinem, jam primo loco nominandus esset, tamen hic demum recte collocandus esse videtur, quippe qui unitatem actus, id quod a ceteris factum non est, desideret. Paulo magis coërect codicillorum formam MEIER <sup>10)</sup>, qui non solum unitatem actus necessariam esse dicit in codicillis conficiendis, sed etiam roga-

7) L. c. not. 6.

8) LAUTERBACH Colleg. theoretico-pract. Lib. XXIX. tit. 7. §. 6. Idem vult *Glossa* ad c. 8. §. 3. C. cit. et Rubr. c. 28. C. de testam. (VI. 23.) — LUDOVICI, *Doctrina pandectarum*. ed. 10. Lib. XXIX. tit. 7. §. 3. p. 526. — BRUNNEMANN, *Commentar. in Cod. ad c. 8. §. 3. C. de codic. (VI. 36.)* — BARTHOL. A SALICETO super lib. sexto Cod. ad leg. 8. §. 3. — JASONIS MAYNI comm. in sec. part. Codic. Lugd. 1581. fol. 152.

9) L. c. §. 7.

10) MEIER, *Collegium Argentoratense* ed. Joh. Bechtoldi. Tom. II. Lib. XXIX. tit. 7. §. 14. 15.

tionem quandam etiamsi minus solennem, ac fieri solet in testamentis, adhibendam esse arbitratus est, ut sit rogatio testium quaedam appellatio ad auscultationem. Feminas autem testes esse posse non negat, quum mulier regulariter posset esse testis et, ne esset in testamento, peculiariter excipiendum fuisset. Eandem plane sententiam approbavit HOEFFNER <sup>11)</sup> exceptis iis, quae Meier de feminarum testimonio exhibuit, quum illud propter actus solennitatem admitti non posset. Ipse quoque solennem testium rogationem non requirit, etiamsi ei videatur necesse fuisse, ut antecederet aliquid rogationis simile, quo testes de actu certioresentur.

Illis viris proxime accedit THIBAUT <sup>12)</sup>, qui pari modo quamquam solennem quandam rogationem testium necessariam esse negat, tamen testes non nisi viros interesse posse censet, simulque actus unitatem in codicillis conficiendis desiderat. Eos autem solummodo viros testimonium in codicillis perhibere, qui in

<sup>11)</sup> HOEFFNER, theoret.-pract. Commentar. Frankf. 1833. §. 626.

<sup>12)</sup> THIBAUT l. c. §. 934. Eandem sententiam exhibet VINNIUS, Comment. in IV libr. Institutt. ad §. ult. I. de codic. (II. 25.) Idem Partitiones juris civilis. Lib. I. c. 45. Amstelod. 1664. p. 114. PEREZ, Praelectiones in duodec. libr. Codicis. Lib. VI. tit. 36. §. 3. DUNIUS l. c. c. II. §. 2. no. 4. p. 148. et c. II. §. 3. no. 2. p. 154.

testamentis habiles intelliguntur, non innuit. SCHWEPPE<sup>13)</sup> paullo arctius ea circumscribit et coërcet, qui eos tantum in codicillis quoque condendis testes esse contendit, qui in testamentis habiles habentur, deinde non nisi rogatos eos admittit actusque unitatem postulat. WENING-INGENHEIM<sup>14)</sup> eadem omnia desiderat arbitratus codicillantibus quoque subscriptionem addendam tunc esse, quam non propria manu totos conscripserit codicillos. Jurisconsultorum nemo, quod sciam, majorem solennitatem in codicillis conficiendis adhibendam esse censuit.

§. 3.

*Forma, quae fuerit ante codicem repetitae praelectionis confectum.*

Necesse esse videtur, antequam verba de novissima codicillorum forma secundum nostram sententiam faciamus, ut in eam codicillorum formam inquiramus, quae fuerit ante Justiniani tempora. Siquidem antiquissimis temporibus, uti satis notum est, in codicillis conficiendis forma aliqua omnino non opus fuit. Fuerunt enim nihil nisi epistolae ad heredes scriptae, quibus statueretur quid vellent fieri

13) SCHWEPPE, *das röm. Privatrecht u. s. w.* ed. 3. §. 890.

14) WENING-INGENHEIM I. c. B. V. §. 448. (§. 53.) — MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts.* ed. 10. §. 702.

scribentes post mortem suam <sup>1)</sup>. In illis vero epistolis quaedam *disponendi* voluntas apparere debuit, id quod satis erudite jam BOEHMERUS <sup>2)</sup> demonstravit; solennem autem *formam* ante Constantini tempora codicilli non desideraverunt, neque qui testamentis confirmati, neque qui ab intestato relictii fuerint.

Fuerunt quidem, qui ad priora tempora recurrentes testium certe adhibitionem jam antea necessariam fuisse contenderent argumento e *Paulli* libro singulari de jure codicillorum <sup>3)</sup> desumpto. Ea tamen *Paulli* verba, quam parum eorum opinionem muniant et confirment idem BOEHMERUS <sup>4)</sup> satis apte comprobavit, qui exinde aliud quid derivari posse negat, nisi hoc: tales militares quidem codicillos non tam

---

1) J. H. BOEHMER diss. de codicillis absque testibus validis. c. I. §. 7. 8. (Exercitt. ad pand. Tom. V. Exerc. 78. ad D. XXIX. 7.) — WÜRFEL, Jurispr. civ. defin. ed. de Selchow. Francf. 1768. §. 557. p. 338. — Fr. 56. D. de fideicom. libert. (XL. 5.) Fr. 61. D. ad SCum Trebellian. (XXXVI. 1.)

2) BOEHMER l. c. c. I. §. 12. — Fr. 17. D. de jure codicill. (XXIX. 7.)

3) Fr. 8. §. 4. D. de jure codic. (XXIX. 7.) „Si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an jure militari valeant codicilli? quaeritur, quoniam testamentum jure communi valet, nisi si militiae tempore resignaverit, vel quaedam adjecerit. Certe codicilli militiae tempore facti non debent referri ad testamentum, sed jure militari valent.“

4) L. c. c. I. §. 22.

anxie sequi testamenta, quam in illis paganorum codicillis id fieri adsoleat.

Majorem veri speciem prae se fert alia *Diocletiani* et *Maximiani* constitutio <sup>5)</sup> quae testium praesentiam in codicillis conficiendis desiderare videtur. Hanc quoque legem *BOEHMERUS* <sup>6)</sup> ita interpretatus est, ut certe hoc appareat, testes probationis non solennitatis causa necessarios fuisse in iis quidem fideicommissis, quae litteris demandata non essent. Sed aliud quid, quod illam sententiam adversariam magis firmare videtur, vir doctus refutare ne conatus quidem est. Est scilicet verbum „*adhibitis*“ (sc. testibus), quod quidem saepissime rogationem quandam indicare solet, uti paullo infra (§. 4) demonstrare periclitabimur. Ubi autem testes rogantur, ibi non immerito quis dixerit, testes solennitatis causa adhiberi. Attamen, quum ea loquendi ratio non ubique eadem sit, congruentius esse videtur, *Diocletiani* quidem temporibus latiore potius, quam praegnantiore illam „*adhibendi*“ verbi significationem sequi, quum ne minimum quidem solennitatis cujuscumque vestigium in fideicommissis ordinandis eo tempore reperiri pos-

---

5) c. 22. C. de fideicomm. (VI. 42.) „Et in epistola, vel libello sine scriptura, immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse *adhibitibus testibus*, nulla dubitatio est.“

6) L. c. c. I. §. 25.

sit. Sublevare enim potest illud verbum solennitatis probationem, si aliunde jam patet vel certe verisimile est, solennitatem quandam existisse, sed non debet solennitas ex una illa voce derivari. Itaque hoc quoque loco ex una illa voce tantam fideicommissorum mutationem derivare non licet, inprimis quum satis concinna et congruens cum reliquis hac de re legibus interpretatio evadat, si BOEHMERI enodationem sequimur 7).

Consideranda est igitur illa CONSTANTINI constitutio vel, sicut quidam maluerunt, CONSTANTII<sup>8)</sup> etiamnum ut prima qua codicilli, ab intestato quidem relictis, forma quadam induuntur. De forma illa autem quae fuerit, si singula spectantur, non idem omnes sentiunt, alii enim aliter interpretari debere illa prima constitutionis verba sibi persuaserunt. Est enim fere a plurimis recentioris aevi jurisconsultis ita explicata illa Constantini constitutio, ut dicerent nihil aliud novi esse ea introductum, nisi ut testes vel septem vel quinque deberent adhiberi<sup>9)</sup>. Alii

---

7) c. 17. C. de fideicommissis (VI. 42.)

8) c. 1. C. Th. de testam. et codic. (IV. 4.) „In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum deesse oportet, sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captionem serventur. Si igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum.

9) JAC. GOTHOFREDUS, comment. ad Cod. Theod. ed.

contra exstiterunt, qui non numerum modo testium a testamentis in codicillorum confectio-  
nem translatum esse dicerent, sed omnem te-  
stamentorum solennitatem secundum constitu-  
tionem citatam vellent codicillis quoque accom-  
modare, ita quidem, ut, si quis intestatus mo-  
riturus codicillis vellet fideicommissa vel le-  
gata in aliquem transferre, hunc aut civilis te-  
stamenti aut praetorii forma uti oporteret <sup>10)</sup>.

Omnis nostra argumentatio quum in eo po-  
sita sit, ut probemus illa Constantini constitu-  
tione non solum testium adhibitionem specta-  
tam esse, sed potius hoc imperatorem velle,  
ut testamentorum *externa*, interna non item,  
*forma* adhibeatur in codicillis ab intestato re-

---

Ritter. ad c. 1. C. Th. cit. Is enim de testamentorum forma  
in codicillorum ordinatione non nisi illum testium numerum  
depromptum esse censet; reliquae autem testamentorum solen-  
nitates num fuerint adhibitae nec ne, ne verbum quidem fecit.  
Eandem sequitur sententiam HEINBCCIUS, antiquitt. roman.  
jurisp. illustr. syntagma ed. HAUBOLD. Lib. II. tit. 23—25.  
§. 16. HUGO, *Gesch. des röm. Rechts.* ed. 11. p. 982.

10) SCHWEPPE, *röm. Rechtsgesch. u. Rechtsalterth.* ed. 3.  
§. 494. MAREZOLL, *v. Löhr's Magaz.* Bd. IV. p. 164. 165. —  
REINOLDUS in libro singulari variorum ad jus civ. pertin. c. 5.  
(Ejusd. Opusc. jurid. ed. JUGLERI p. 73) non satis distincte  
sententiam suam exhibuit codicillos „*parva testamenta*“ nun-  
cupans. Etiam ea verba, quae paullo post sequuntur: „*codi-  
cillos ab intestato relictos testamenti esse imitationem ejusque  
vicem exhibere*“, dubium illud loquendi genus non magis illu-  
strant, quippe ex quibus, utrum formam an materiam ita lo-  
quens intellexerit, non appareat.

lietis. Videtur ante omnia haec sententia, quum ab aliis brevissime tantum et obiter taeta sit, argumentis fulcienda ac munienda. Argumentandi vero ratio ac via haec est: Primum ut ex ipsius constitutionis verbis sententiam modo laudatam defendamus, tum eandem confirmemus illam considerantes rationem, quam sequi voluisse imperatorem probabilis esse videtur, denique ut aliae afferantur leges, quibus sustentetur et quasi fulciatur nostra constitutionis Constantineae interpretatio.

Tota illa constitutio tres potissimum continet partes, quum in prima parte *formam* ejusmodi codicillorum <sup>11)</sup>, in secunda *finem* exhibeat, cur lata sit <sup>12)</sup>, denique in tertia praefiniat, *quid secuturum esset*, si quis illam modo praescriptam formam *neglexerit* <sup>13)</sup>. Ea legis tripartitio non nullius momenti esse videtur eam ob causam, ne ultima ejus pars cum prima miscetur et ex utraque parte conjuncta aliam sibi quis fingat formam, atque illam, quam voluit imperator.

Namque si statuimus, omnia unice in te-

---

11) c. 1. C. Th. cit. „In codicillis, quos testamentum non praecedat, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet.“

12) c. 1. cit. „Sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur.“

13) c. 1. cit. „Si igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum.“

stium numero posita esse, ea de testium numero definitio („septem testium *vel* quinque“) vix explicari potest, multoque minus id fieri potest, si adjungamus ultima legis verba „si igitur testium numerus *defecerit*, instrumentum codicilli habeatur infirmum.“ Quem enim effectum codicilli habituri essent, in quibus conficiendis *sex* essent testes adhibiti? Septenarius enim testium numerus defecturus esset, quinarius autem impletus foret. Cur igitur, si tales codicilli validi fuerint de *septem* testibus sermo est? Quidni simplicius ita praescriptum est: „quinque testium interventum non deesse oportet?“

Sed posset aliquis contra hanc nostram argumentandi rationem hoc objicere, inesse in utroque numero solennitatis aliquid, ita quidem, ut *aut septem aut quinque* testes tantum adhiberi possent, testium autem numerus si septenarium vel quinarium excederet *plane* inutilis esset *omnemque* solennitatis effectum aboleret. Quod ut non admittamus duplex nos movet ratio. Primum ipsa legis verba nihil praescribentis, nisi ut septem testium vel quinque interventus *non desit*. Certo autem non deest ipse certorum testium interventus, ubi eorum numerus, numerum lege definitum *egreditur*. Deinde suppeditant non minimi momenti adjumentum verba in su-

perstite testamento Rogerii <sup>14)</sup> ubi haec leguntur:

„Quod (sc. testamentum) si jure praetoris  
„stare nequiverit, jam ipsum *ad vicem codi-*  
„*cis* (ex Marini conj. *codicillorum*) illaesum  
„manere praecipimus: quod septem testi-  
„bus ad subscribendum ex more firmatum  
„vel a pluribus signatum, plenam suscipiat  
„firmitatem“ <sup>15)</sup>.

Ex iis igitur argumentis, quae modo attulimus, hoc certe apparebit, imperatorem, si nihil

---

14) J. MABILLON, Annales ordinis S. Benedicti. Paris. 1704. Tom. II. append. XXIX. p. 711. — DE SAVIGNY, *Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter*. ed. II. Bd. II. p. 110 (ed. I. Bd. II. p. 106). Ex illo testamento secundum Romanorum leges confecto, quamvis multo serioris aetatis (a. p. Chr. 785) nostra constitutione sit, tamen hoc apparet, majorem testium adhibitorum numerum neque in testamentis neque in codicillis insolitum fuisse. Itaque quum testamentorum forma nulla in parte minus solennis sit, quam illa codicillorum, recte argumentari licet, ubicunque plures, quam qui secundum leges postulantur, testes in testamentis valide adhibiti fuerint, ibi in codicillis quoque conficiendis majorem, quam lex definiat numerum juste adhiberi potuisse. Quod si statuamus, aliud quoque testamentum ab eodem V. D. DE SAVIGNY (l. c. ed. II. Bd. II. p. 237, ed. I. Bd. II. p. 223) nominatum, in quo novem testes adhibebantur, nostram de codicillis argumentationem confirmat.

15) Exstat etiam aliud Paulli fragmentum (fr. 21. pr. D. qui testam. facere poss. XXVIII. 1.) ubi haec leguntur: „— et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit solennem numerum exaudire.“ Haec si quis comparaverit cum illis citati testamenti verbis vix aliqua dubitandi ratio admitti posse videtur.

aliud praescribere voluisset, nisi ut *non minus*, quam quinque testes adhiberentur, loquendi et distinguendi genus usurpasse, cujus vix intelligi posset ratio. Accuratius igitur inquirendum est in id, quod imperator illis verbis usus sibi voluerit. Si quidem recte diximus in prima tantum constitutionis parte formam expressam esse, in promptu est solutio omnis haesitationis. Non enim hoc unum jussit Constantinus, septem testium vel quinque interventum non deesse oportere, sed etiam quomodo testes intervenire deberent, quamquam brevissime, indicavit his verbis: „*sicut in voluntatibus testamenti.*“ Quae verba, si quid vidimus, omnia, de quibus dubium esse possit, quam simplicissime exponunt; ita quidem, ut quaecumque fieri praescribant in testium interventu, quae in testamentis praetoriis (*septem testibus intervenientibus*) vel civilibus (*quinque testibus intervenientibus*) fieri adsoleant. Itaque et rogatio testium et reliqua quaeque, quae ope testium perficiuntur, subscriptio, signatio et in civilibus testamentis (i. e. si quinque tantum adhibentur testes) mancipatio deesse non debent<sup>16)</sup>. De eo igitur, quod testium ope in codicillis condendis fieri debebat, satis distincte omnia haec nostra constitutio expressit. Num vero alia quoque,

16) DE SAVIGNY, *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.* Bd. II. p. 78 sq.

quae ad testamentorum perfectam spectant formam, veluti unitas actus (in praetoriis certe testamentis<sup>17)</sup>), etiam in codicillis efficiendis necessaria habenda essent, adhuc fortasse dubium esse potuit. Sed, ne hoc quoque in dubium vocetur, in alia nuper ab HAENELIO re-  
perta constitutione<sup>18)</sup>, in qua iterum codicilli testamentis *plane* equiparantur, ea quae deficere viderentur Constantini legem, clarius significantur. Verba illa ex codice quodam Breviarii bibliothecae Wallersteinianae de-  
prompta haec sunt:

„In omni autem genere testamenti sive id  
„praetorio jure sive civili existat, seu *co-*  
„*dicelli* conscribantur, sive non scripta vo-  
„luntas ultima praetendatur, id volumus ob-  
„servari, ut eodem die, quo ceptum quid  
„eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine  
„(*conj.* et perfectam sui plenitudinem) sor-  
„tatur, nihilque ejus in diem alterum dif-  
„feratur; quod quidem nullam habeat firmi-  
„tatem, nisi aut septem aut quinque vel  
„rogati aut qui fortuito venerint, possint

---

17) Quando civilium testamentorum forma aliquis uteretur, in quibus mancipatione opus erat, unitas actus deesse non potuit. Itaque si quis quinque testium ope *codicillos* conficeret, dubium esse non potuit, quin illa in ipsa mancipatione posita unitas actus in codicillis quoque adesset.

18) HAUBOLD, Opuscula academica ed. Wenck. Vol. II. praef. p. 151. 152.

„jure testimonium perhibere, videlicet ut  
„post hanc sanctionem divinis et liquescentibus  
„apicibus qui trium testium numero  
„sint contenti. *Data — Victore viro clarissimo*  
„*rissimo* *co*ss.“

Patet, si quid vidimus, ex hac quoque Theodosii lege, testamentorum formam cum illa codicillorum ex omni parte congruere <sup>19)</sup>.

Accedit deinde aliud argumentum ex ipsa codicillorum ab intestato relictorum origine desumptum, quamvis levioris momenti, tamen fortasse non plane spernendum. Veri scilicet quandam prae se ferre videtur speciem et cum Romanorum ratione legum ferendarum congruere, non plane novam introducere formam, sed potius eam, quae jam in usu fuit, ad alia ejusdem generis negotia transferre et quasi generalem reddere. Omnes vero codicilli ante Constantini tempora ab omni solennitate alieni fuerunt, exceptis iis, qui ope clausulae codicillaris, testamento permutato in codicillos ab intestato relictos, testamentorum formam certe externam exhibebant <sup>20)</sup>. Exstiterunt igitur

---

19) DUNO I. c. p. 138 sq., cui nondum illa lex Theodosii ita ut nobis cognito fuerat, visum est jam a Theodosio esse praescriptum in codicillis quinque tantum adhibere testes. Si quis autem genuinam perlustrat legem Theodosii hoc certo apparet, Theodosii etiam aetate in codicillorum confectione modo septem modo quinque adhibitos esse testes.

20) fr. 13. D. de inoff. testam. (V. 2.)

jam antea codicilli forma aliqua, testamentorum videlicet, praediti iidemque ab intestato relictis. Si igitur *omnium* codicillorum ab intestato unam eandemque esse formam imperator vellet, nihil aliud opus fuit, nisi ut jam existentem formam et adhibitam in aliquo codicillorum ab intestato relictorum genere ceteris quoque indueret.

Operae denique pretium est inquirere, num quae vestigia reperiri queant, quibus probetur, eandem sententiam, quam Constantinus et Theodosius amplexi sunt, etiam serioris aevi imperatores tuitos esse. *Justinum* quoque idem sensisse, probare posse nobis videmur, si ea spectamus, quae de testamentis et codicillis coecorum statuerit, statuta autem quomodo praescripta sint. Ante Justini tempora potuit coecus testamentum facere nuncupativum<sup>21)</sup>, civile illud quidem. Constantini lege de codicillorum forma lata eandem formam in codicillis coecorum ab intestato relictis adhibere opus erat, quum testamentorum forma in ejusmodi codicillos translata esset. Justinus vero novam introduxit testamentorum a coecis conditorum formam. Si igitur ex Justini sententia diversa esset testamentorum et codicillorum forma, non recte ex illa *testamentorum* commuta-

21) Paull. sent. rec. Lib. III. tit. 4. A. §. 4. SCHULTING  
jurisprud. vet. Antejustin. ad h. l.

tione aliquid ratiocinari licuit de *codicillorum* forma item immutanda. Debebat igitur dicere se eandem formam, quam in testamentis praescripserat, etiam in coecorum codicillis observari velle; non quasi id per se posset intelligi et concludi ex illa testamentariae formae commutatione, sed potius tanquam introductum nova aliqua de codicillis regula ac norma. Si quis autem dixerit ex testamentorum forma commutata simul *consequi*, codicillorum quoque formam eodem modo immutatam esse, ejus profecto haec sententia esse debuit: in codicillis conficiendis testamentorum formam adhibendam esse. Justinum vero sic argumentatum esse ex ipsius dicendi ratione satis apparet, dicentis<sup>22)</sup>:

„Quae in eundem modum *erunt* observanda,  
„quamvis non heredes instituere, sed legata  
„solum vel fideicommissa, et *in summa quae*  
„*codicillis habeantur congrua*, duxerint or-  
„dinanda.“

Simile quoddam, si cum antecedentibus comparatur, etiam *Zenonis* constitutionem<sup>23)</sup> indicare probabile est, etiamsi ea, quae ibi le-

---

22) c. 8. C. qui testam. fac. poss. (VI. 22.)

23) c. 22. C. de testam. (VI. 23.) „Dictantibus testamenta vel *aliam quamlibet ultimam voluntatem* — quodcunque aliud — posse relinquere, minime dubitandum est. Testibus etiam *ad efficiendam voluntatem* adhibitis etc.

guntur ad probandam sententiam nostram fortasse non sufficient.

Superest igitur, ut demonstramus, *Justinianum* quoque eandem sententiam de codicillorum forma secutum esse et approbasse, antequam illam codicillorum formam in illa c. 8. §. 3. C. cit. paullo mutaret. Primo loco tale quicquam jam exinde cogere licet, quod Justiniani conclusionem et argumentationem tanquam suam in codice repetitae praelectionis assumebat; deinde exstat etiam alia Justiniani constitutio <sup>24)</sup>, in qua ex pristina observatione, quae in codicillis conficiendis celebretur, nihil penitus se immutandum esse censere, aperte confessus est.

#### §. 4.

*Juris novissimi de forma codicillorum praecepta.*

Quae huc usque probata videntur, haec sunt: In codicillis ab intestato relictis, ut valida sint, *ea omnia* esse observanda, quoad externam eorum formam, quae observare oporteat in testamentis condendis, sive praetoriis sive civilibus, ita quidem, ut, si non plures quam quinque testes adhibeantur, mancipatione quoque opus sit, ceterum etiam rogatio testium, signatio et unitas actus deesse non debeant.

---

24) c. 28. pr. C. de testamentis. (VI. 23.)

Inquirendum igitur est, quae tandem a Justiniano in illa prioris temporis solennitate mutata sint. Antequam vero illam paullo difficiliorem probationem aggrediamur hoc nobis monendum videtur, apparere in omni Justiniani legislatione, eum id ante omnia spectasse, ut antiqua secundum sui aevi consuetudines leviter immutare mallet, quam introducere prorsus nova et inconsueta. Accedit ut ea, quae essent in singulis singularia lubenter ad similia transferret, quo magis omnia in jure simplicia redderet. Exemplis, quibus modo dicta confirmantur, quum neminem fugiant, non opus esse videtur.

Eam legum ferendarum et emendandarum rationem si imitari periclitamur, atque si ex illa imitatione concludendique via patet, tempore Justiniani legem ejusdem argumenti necessariam fuisse, qualis est illa c. 8. §. 3. C. cit., certe ex his quasi internis argumentis nostrae interpretationi constitutionis 8. §. 3. C. cit. fortasse aliquid adjumenti suppeditabimus. Ante omnia igitur, si ex Justiniani ingenio commutandi periculum facimus, illud formae discrimen tollendum erat, quod inter codicillos ab intestato relictos et testamento confirmatos intercederet, ne in eodem negotii genere modo forma aliqua opus esset, modo non esset. Si qua autem opus esset in utroque codicillorum

genere, commodius videri debuit, exstantem formam omnibus pariter impertiri, quam plane novam excogitare et introducere. Exstans vero forma ea fuit, quae in testamentis adhibebatur; testamentorum autem forma, quum Justiniani tempore ex jure civili et praetorio in unam consonantiam juncta esset <sup>1)</sup>, septem testium adhibitionem ceteraque, quae modo nominata sunt, requirebat. Haec vero utriusque formae paritas et exaequatio ea, qua vixit Justinianus aetate periculosa esse ex aliqua parte potuit, quum plurimae *internae* testamentorum solennitates essent sublatae eamque ob causam facile accideret, ut testamenta cum codicillis confunderentur <sup>2)</sup>. Sed fuit alia quoque testamentorum forma in aliqua certe imperii parte, quamvis paullo insolentior, in usu, civilium quidem testamentorum. Illius vero civilis testamenti quae tanquam propria a Justiniano quidem haberentur ex Institutionum verbis intelligere licet <sup>3)</sup>: testium scilicet adhibi-

1) §. 3. I. de testam. ordin. (II. 10.) DE SAVIGNY, *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.* I. c. p. 92 sq.

2) Id re vera ibi factum esse, ubi utrumque testamentorum genus in usu erat, acute suspicatus est DE SAVIGNY *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.* I. c. p. 91. Idem *Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter.* ed. 2. Bd. II. p. 235. (ed. 1. Bd. II. p. 221.) — Magnopere illa viri celeberrimi sententia firmatur, si quis comparare velit locum Papiniani fr. 13. §. 1. *D. de jure codic.* (XXIX. 7.)

3) §. 3. I. cit. — „hoc jus (sc. testamentorum) triperiti-

tio et subscriptiones <sup>4)</sup>. — Justinianus igitur si hoc sibi proposuisset, ut statueret in *testamentis* adhibendam esse illam formam e jure civili et praetorio in unam consonantiam junctam, in *codicillis* autem puram civilem, duplici modo id exprimere potuisset, *aut* nude praescribens civili forma in *codicillis* omnes uti debere, *aut* singula enumerans, quae essent observanda. Non levem prae se fert veri speciem, Justinianum hac ultimo loco posita ratione loquendi usurum fuisse, quippe quae magis se ideo commendaret, quod in permagna imperii parte plane incognita erat civilis testamenti forma. Attamen alia quoque formae immutatio civilis testamenti necessaria visa est, quae videlicet ad mancipationem in civilibus testamentis obviam spectaret. Mancipatio enim in orientali imperii parte in usu non fuit. Ea igitur, ne qua prorsus incognita solennitas ci-

---

tum esse videtur, ut *testes* quidem et eorum *praesentia uno contextu* testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, *subscriptiones* autem *testatoris* et *testium* ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et testium numerus ex edicto Praetoris.“

4) Signacula quoque in civilibus testamentis adhibita esse jam TREKELL l. c. cap. III. §. 43. multis iisque optimis exemplis comprobavit, cujus sententiae ex aliqua parte correctae DE SAVIGNY (*Zeitsch.* l. c. p. 84 sq.) assensit. Secundum illa autem modo laudata Institutionum verba *ex Justiniani sententia* signandorum testamentorum usus a vera civilis testamenti indole alienus esse videbatur.

vibus intruderetur, plane tollenda erat; qua quidem sublata e civilium testamentorum forma haec tantum supersunt: Quinque testium ad solennem actum habilium rogatio, unitas actus et in scriptis testatoris testiumque subscriptio *i. e. omnia in codicillis conficiendis requiruntur quaecunque in testamentorum forma necessaria habentur, minuto tantum testium numero et re-  
jectis eorum signaculis* <sup>5)</sup>.

Ea vero, quae modo enumeravimus, quum eam constituent formam, quae ex nostra sententia secundum expressas Justiniani leges adhibenda esse videtur, hoc fortasse non injuria nobis vindicabimus: nostram sententiam a juris Justiniani ratione atque ingenio non tantum non abhorrerere, sed etiam convenientem esse et congruam cum ceteris Justiniani in jure commutationibus. Verba enim constitutionis codicis Justiniani <sup>6)</sup> fere eadem sunt, quae esse deberent, si Justinianus sibi vere idem proposuisset, quod nos interim eum spectasse finximus in commutanda codicillorum forma.

Restat igitur hoc unum, ut novissimam de forma codicillorum legem <sup>7)</sup> ex ipsius Justi-

5) DUNJUS l. c. p. 134. 151 certe quinque testium *nume-  
rum* a civilis testamenti forma derivat, id quod tribuit Theodosio, ignorans genuinam ab Haenelio demum repertam Theodosii legem.

6) C. 8. §. 3. C. de codic. (VI. 36.)

7) C. 8. §. 3. C. de codicill. (VI. 36.)

niani sententia interpretemur, qua in re mirum in modum hoc nostram sententiam sustentet et fulciat, quod reperit Haenelius illam genuinae Theodosianae legis partem, e qua desumpta est, paucis immutatis, illa c. 8. §. 3. cit. codicis Justiniani. Nam nemo non videt, quum illam legem paullo commutatam in codicem reciperet, Justiniano non in mente fuisse prorsus novi aliquid introducere, sed potius quaedam omittentem pristinam illam codicillorum observantiam ex aliqua parte eum sublevare voluisse.

Si qua igitur dubitatio exoriri possit sive de singulis verbis interpretandis sive de aliqua enunciatione in c. 8. §. 3. C. cit. obvia, hoc certe ex iis, quae supra dicta a nobis sunt, sequitur, ea omnia eodem modo esse intelligenda, quo dicta sunt a Theodosio. Justinianus enim, quum reciperet illam legem in repetitae praelectionis codicem sibi proponere non potuit, legem aliquam huc usque certo modo intellectam fere totam recipere, singula autem legis verba et partes aliter, ac factum est usquedum, se velle nunc explicare; in primis quum se commutasse cognitum verborum sensum cum alio prorsus novo ne verbo quidem indicaret. Liceat igitur in interpretanda c. 8. §. 3. C. cit. *primum* ea proferre, quae plane et aperte etiam quoad verba cum nostra

convenient sententia, *tum* vero ea, quae ibi praescripta non sunt, quamvis non minus huc pertinere videantur, aliunde supplere, *denique* refutare, quae adversari nostrae sententiae videntur.

Secundum ea, quae initio hujus paragraphi dicta sunt a nobis, hoc ante omnia debuit Justiniano in mentem venire, ut communem omni codicillorum generi formam redderet, tam testamento confirmatorum, quam ab intestato relictorum. Fecit non id solum, sed simul sustulit illud discrimen inter nuncupativos et scriptos codicillos, verbis: „in *omni* ultima voluntate.“ Testium quoque subnotatio, quae quidem Justiniani aetate tanquam e constitutionibus principum <sup>8)</sup> adjecta civilis testamenti propria censebatur, sine dubio ex aliqua parte nostram defendit sententiam.

De rogatione testium et unitate, quae dicitur, actus valde dubitari posset, quum utrumque negari oporteat, si verba tantum constitutionis citatae in judicium deducimus. Videntur autem ea verba aliunde aliter interpretanda esse. In ipsa vero interpretandi ratione ea ab HAENELIO <sup>9)</sup> reperta, constitutionis Theodosianae pars, maximi momenti

---

8) §. 3. I. de testam. ordin. (II. 10.)

9) HAUBOLDI opusc. acad. I. c. Ante illam genuinam C. Th. legem repertam non pauci fuere jurisconsulti, qui arbi-

est, quippe ex qua satis appareat, quo sensu in codice Justiniano sumi ea verba debeant. In hoc enim solummodo posita est illius legis Theodosianae immutatio in jure Justiniano, ut *primum* omnia, quae pari modo ad testamentorum formam spectant, rejecta sint, *deinde* ea, quae ibi dicuntur a civili testamento relata sint ad codicillos, *denique* quae in ea lege de una tantum unitatis actus ratione praescribuntur in codice repetitae praelectionis generalius exprimentur. Utramque legem ut id magis appareat describamus:

c. 8. §. 3. C. I. de codicill. (VI. 36.): *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 accomodantibus.*

c. 7. C. Th. de test. et codicill. (IV. 4.) In omni autem genere testamenti, sive id praetorio jure sive civili existat, seu codicelli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur, id volumus observari, ut eodem die, quo ceptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine sortiatur, nihilque ejus in diem alterum differatur; quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque vel rogati, aut qui fortuito venerint, possit jure testimonium perhibere videlicet etc.

trabantur totam ultimam paragraphum c. 8. C. citatae a Triboniano esse interpolatam, ita quidem ut a Justiniano demum numerum illum introductum esse censerent. — WISSENBACH, Emblemata Triboniani revisa a J. F. LUDOVICI p. 198.

Ex illa utriusque constitutionis comparatione hoc certe evidentissime patet, verba: „vel qui fortuito venerint,“ non dicta esse, quasi idem esset utrum testes rogati fuerint nec ne, sed potius idem significare, quod Ulpianus in libro secundo ad Sabinum <sup>10)</sup> ita interpretatus est:

„In testamentis, in quibus testes rogati ad-  
„esse debent, ut testamentum fiat, alterius  
„rei causa forte rogatos ad testandum non  
„esse idoneos placet. Quod sic accipien-  
„dum est, ut, licet ad aliam rem sint ro-  
„gati vel collecti, si tamen ante testimo-  
„nium certioventur, ad testamentum se ad-  
„hibitos, posse eos testimonium suum recte  
„perhibere.“

Quum enim in illa Theodosiana lege verba „vel qui fortuito venerint“ eodem modo de testamentis ac codicillis dicta sint, in testamentis vero rogatio testium solennis deesse numquam debeat, necesse est, ne quid inepti statuamus, illa verba de solenni testium rogatione dicta intelligamus eodem sensu, quo ex Ulpiani sententia testes alterius rei causa forte rogati adhiberi possunt. Eadem verborum interpretatione jam DONELLUS <sup>11)</sup> usus est, arbitratus ea verba Theodosianae legis, nisi ita

---

10) fr. 81. §. 2. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.)

11) DONELLUS, commentar. jur. civil. Lib. VII. c. 19.  
Ed. Koenig. Norimb. 1808. p. 203 sq.

interpretarentur, plane sibi esse contraria. Attamen haec sola viri doctissimi ratio sufficere non videtur, quum aliam quoque admittant interpretationem, qua efficitur, ut duplicem accipiamus modum, quo testes certiores se adhiberi ad codicillos conficiendos, unum solennem sicut in testamentis, alterum non solennem, in quo sufficiat testibus non incognitum fuisse codicillos nunc confici<sup>12)</sup>. Illam modo dictam interpretandi rationem ii sequantur necesse est, qui in Institutionum verbis, „codicillos solennitatem ordinationis non desiderare,“ regulam generalem positam esse censent, cujus regulae exceptionem tantum nostra constitutio exhiberet. Secundum nostram autem sententiam, quum eadem, quae in testamentis praescripta est solennitas, in codicillis quoque, quoad testium rogationem, adhiberi debeat. Ex illa enim genuinae Theodosianae legis parte cuique cernere licet, quoad *rogationem* testium inter testamenta et codicillos discrimen non esse. Idem vero Justinianum quoque sensisse inde apparet, quod iisdem, quibus Theodosius, verbis usus est.

Sequitur deinde, non alios in codicillis ad-

---

12) Hanc interpretationem viri doctissimi MÜHLENBRUCH (Doctr. pand. ed. 3. Tom. III. §. 685.) et THIBAUT (*System des Pandectenrechts.* ed. 8. §. 934.) amplexi esse videntur, Donelli sententiam non secuti.

hiberi posse testes, nisi qui in testamentis *habiles* esse censentur i. e., qui solennibus actibus interesse possunt. Solennem enim actum esse codicillorum confectionem, non modo ex historica nostra argumentatione apparebit, sed etiam ex „*adhibendi*“ verbo de testium praesentia usurpato<sup>13)</sup>. Indicat enim illud verbum „*adhibere*“ testium quandam actionem et operam, quum ceteri testes non rogati deponere id tantum debeant, quod sensibus perceperint, neque ipsi ad negotium aliquod conficiendum *agent*, sed aliquid fieri solummodo, quasi passive, cernant vel exaudiant. Quod discrimen satis apte indicatum esse videtur verbis: *Testimonium constitutivum et demonstrativum*<sup>14)</sup>.

Testibus eodem modo, quo in testamentis fieri solet, rogatis actus codicillorum conficiendorum incipit, in quo, si hucusque recte ratiocinati summus, *unitas* quoque deesse non debet. Quam sententiam, quamvis jam pluri mi recentioris aetatis jurisconsulti pari modo secuti sint, tamen denuo disquirere oportet, quum argumenta non inde depromenda esse videantur, unde sumserint illi viri doctissimi.

13) C. 8. §. 3. C. cit. HUSCHKE, *Rhein. Mus.* Bd. VI. p. 291. not. 55. DUNIUS l. c. p. 40, ex una „*adhibendi*“ voce, aliunde non depromptis argumentis, idem erui posse censuit. Cf. supra p. 15.

14) *Schol. Constant. Harmenop. Lib. I. tit. 6. Glossa ad §. ult. de I. testam. ordin.* (II. 10.)

Videntur enim illi viri e verbis c. 8. §. 3. C. cit.: „testes — uno eodemque tempore debent adhiberi“ suam sententiam derivasse ac confirmavisse <sup>15)</sup>. Ex illis autem solis verbis id admitti non posse arbitramur, nisi aliunde conquirere liceat argumenta, cur non stricte ea verba interpretemur <sup>16)</sup>. Sin vero hoc concedimus, Justinianum in c. 8. §. 3. C. cit. antiquiora juris praecepta respexisse, statim apparet, ea modo citata verba nihil aliud indicare posse, nisi brevem aliquam descriptionem eorum, quae Theodosius <sup>17)</sup> tam de testamentis, quam de codicillis latius exposuit, necessariam scilicet unitatem actus <sup>18)</sup>. Accedit quoque ad hanc firmandam sententiam alia lex <sup>19)</sup>, in qua ab antiqua juris subtilitate quoad actus unitatem aliquid mitigatur sanciturque idem laxamentum etiam in codicillis locum habiturum esse. Ea, si comparantur cum c. 8.

---

15) Exempli gratia: THIBAUT l. c. not. t. WENING-INGENHEIM l. c. not. y.

16) Sicut a nobis in prima libelli paragrapho factum est, ut ad *temporis* unitatem solummodo ea verba referantur.

17) Cf. HAUBOLDI opusc. academ. l. c. „*ut eodem die, quo captum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine sortiatur, nihilque ejus in diem alterum differatur.*“

18) GLÜCK, l. c. Bd. XXXIV. p. 272, 273.

19) C. 28. pr. C. de testam. (VI. 23.) „*sancimus, in tempore, quo testamentum conditur, vel codicillus nascitur*“ etc. — MAREZOLL in Grolm. Maz. Bd. IV. p. 162. Not. 1.

§. 3. C. cit., satis superque probari videntur non *temporis* tantum unitatem, sed etiam *actus* in codicillis quoque secundum juris novissimi praecepta necessariam esse.

De testium *subnotatione* numquam non adhibenda dubium esse non potest. Suspiciari fortasse licet in ipso „subnotandi“ verbo aliquid positum esse indeque redundare, unde, non suffecisse solius nominis subscriptionem, colligi queat. Jam pridem enim JAC. GUTHERIUS<sup>20)</sup> aliquid interesse inter *subscriptionis* et *subnotationis* verbum dixit, quum subnotare sit: brevibus verbis aliquid scribere. Quae sit vero et in quo consistat illa subnotatio in testamentis intelligere licet e Paulli verbis<sup>21)</sup> dicentis:

„Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo *adnotare* convenit, *quis, et cujus testamentum signaverit.*“

Ex illa igitur, quam nos statuimus, testamentorum et codicillorum congruentia haud temere aliquis conjecerit, in codicillorum subnotatione non unam nominis *subscriptionem* intelligendam esse, sed potius in codicillis quoque a testibus

---

20) JAC. GUTHERIUS, de officiis domus Augustae. Paris. 1628. Lib. I. c. 35. p. 170.

21) Fr. 30. D. qui test. fac. poss. (XXVIII. 1.) GLÜCK l. c. Bd. XXXIV. p. 420 sq.

eadem annotari debere, quae in testamentis secundum Pauli sententiam annotanda sunt. Quomodo vero facta sit illa annotatio e testamentis superstitibus cernere licet <sup>22)</sup>. Solebant enim testes subnotare: et cujus testamentum subscripserint et se esse rogatos, ut vere facta rogatio ex ipsa annotatione statim appareret <sup>23)</sup>. Quod si subnotatum non est, ab eo, qui ex testamento jura sibi vindicare velit, rogatio testium probari debet secundum generalia de onere probandi praecepta. Praesumptio enim testes rogatos esse, quam GLÜCKIUS <sup>24)</sup> statuit, vix cogitari potest. Eadem quaestio, de rogationis probatione, si rogati in codicillis quoque testes esse debent, moveri potest. Prorsus aliter autem solvenda est illa quaestio si sequimur HOFACKERI <sup>25)</sup> et eorum, qui cum illo consentiunt, sententiam, aliter secundum nostram hac de re opinionem. Ex nostra enim

---

22) Exempli gratia cf. E. SPANGENBERG, juris Romani tabulae negotiorum solemnium superstites. Lips. 1822. p. 79, 120, 121.

23) Glück *l. c.* Bd. XXXIV. p. 289, 290.

24) GLÜCKIUS quum *l. c.* p. 290. PUFENDORFII (Observat. jur. univ. Tom. II. obs. 144.) sententiam sequeretur ex c. 3. C. de Edicto D. Hadriani tollendo (VI. 33.) id probare posse contendit. Attamen quam parum argumenta ex illa *missione in possessionem* desumpta ad ipsius *juris* hereditarii probationem quadrent, statim apparet.

25) HOFACKER *l. c.* §. 1569. coll. cum iis, quae a nobis in §. 1. p. 2—3 et §. 2. p. 9, 10 dicta inveniuntur.

sententia rogationis factae probatio tunc semper in codicillis necessaria erit, quum ea opus est in testamentis, deesse autem potest ubi in testamentis quoque non desideratur. Secundum illorum autem virorum opinionem numquam illa probatione opus esse potest.

Denique in hoc investigandum est, num in scriptis codicillis ejus necessaria sit subscriptio, qui codicillos confecerit, an minus. Sunt qui negent, sunt qui necessariam esse contendant. MÜHLENBRUCH<sup>26)</sup>, v. WENING - JINGENHEIM<sup>27)</sup> propter ea argumenta assentiri videntur, quae prolata legimus a MAREZOLLO<sup>28)</sup>. Ea vero argumenta, quae exhibuit vir doctissimus, ita cum nostra hac de re sentiendi ratione conveniunt, ut addere aliquid non libeat. THIBAUT<sup>29)</sup> autem etiam in novissima libri sui editione Marezollio non adstipulatur, propter ipsa, ut videtur, c. 8. §. 3. C. cit. verba. Latius expositam invenimus viri doctissimi sententiam in libro isto, quem propter originis turpitudinem citare fere pudet<sup>30)</sup>. Argumentatio haec est: Codicillorum forma plene praescripta est in c. 8 §. 3. C. cit., in ea vero de subscriptione

---

26) Doctrina pand. Tom. III. §. 685.

27) Lehrbuch des gem. Civilrechts. B. V. §. 448. (§. 53.)

28) In *Grolmann's u. v. Löhr's Magaz.* Bd. IV. p. 162 sq.

29) *System des Pandectenrechts* ed. 8. Bd. II. §. 934. not. 5.

30) *Braun, Erörterungen über die bestrittensten Materien des Röm. Rechts.* Stuttg. 1821. p. 717.

ejus, qui codicillos condidit, ne verbum quidem invenitur. Discrimen igitur est quam maximum inter testamenta et codicillos, quorum priora desiderant conficientis subscriptionem, codicilli non item. Illud modo dictum discrimen sublatum est in uno tantummodo casu, si scilicet holographum testamentum est, quippe in quo testatoris subscriptio non requiratur; in iis contra testamentis, quae ipse testator non scripsit, illud discrimen adhuc exstat. — Haec argumentandi ratio quamvis magnam prae se ferat veri speciem, attamen aliqua ex parte impugnari potest. Eo nititur, si quid vidimus, tota argumentatio, quod in c. 8. §. 3. C. cit. nihil omnino dictum sit, quo indicaretur, eum, qui codicillos conficiat, sive ipse sive alius eos scripserit, subscribere codicillorum instrumentum debere. Eam igitur ob causam alius legis <sup>31)</sup> verba, ubi in holographis testamentis „vel“ codicillis similiter subscriptio in uno tantum casu remittitur, non tanquam commune in utroque ultimae voluntatis genere relaxamentum indicantia accipit Thibaut, sed potius tanquam testamentorum *holographorum* cum omni genere codicillorum exaequationem. Primum argumentum quod illi argumentandi rationi oppugnare videtur, in eo positum est, quod illa Justiniani constitutio (c. 88. §. 1. C. cit.) eo

31) C. 28. §. 1. C. de testam. (VI. 23.)

tempore lata est, quo adhuc codicillorum forma cum ea testamentorum plane congrua esset: Inde sequitur, quamvis postea in holographis testamentis et codicillis aliquid relaxatum sit, in omni alio scriptorum codicillorum genere eadem adhuc desiderari, quae antea desiderabantur et in testamentis et in codicillis i. e. subscriptio ejus, qui ultimam voluntatem condiderit. Deinde ex ipsis legis<sup>32)</sup> verbis idem concludere licet. Subscriptionem enim codicillorum necessariam non esse vult Justinianus nisi „*si quis sua manu totum — codicillum conscripserit et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit — et sic tantum codicillum, si quinque testium litterae testationis scripturae coadunentur, validum remanere*“. Inde sequi videtur, antea subscriptione codicillantis opus fuisse, quae quidem nunc in holographis tantum codicillis remissa est. Quum vero utramque legem et *c. 28. C. cit.* et *c. 8. C. cit.* codici repetitae praelectionis intexuerit Justinianus indicavit, non ex sola illa *c. 8. §. 3. C. cit.* se velle formam codicillorum dijudicari, sed ex omnibus idem spectantibus.

Superest adhuc hoc unum, ut demonstramus, ea, quae leguntur in Institutionum libris<sup>33)</sup> non adversari iis, quae supra posuimus. Ea

32) C. 28. §. 1. C. cit. (VI. 23.)

33) §. 3. I. de codic. (II. 25.)

enim verba: „nullam solennitatem *ordinationis* desiderant sc. codicilli,“ non externam spectant codicillorum formam, sed potius internam, quam dicunt. Primum enim ex „ordinationis“ voce satis apparet Justinianum non de *externa* codicillorum forma verba facere, sed de modo et ordine voluntatis<sup>34</sup>). Deinde ipsa quoque cum antecedentibus conjunctio tale aliquid indicat; omnia enim, quae in secunda paragrapho et initio tertiae proferuntur nihil spectant, nisi eam quaestionem, quid codicillis dari aut adimi possit, id quod nullo certo ordine adhibito fieri potest<sup>35</sup>). Ea omnia breviter complexus Justinianus, nullam solennitatem *ordinationis* desiderare codicillos, edicit. Alio modo si quis velit interpretari ea verba, eum statuere oportet aut Institutionum conditoribus, quum ea edicerent, illa in c. 8. §. 3. C. cit. praescripta *externa* codicillorum forma omnino in mentem non venisse<sup>36</sup>), aut fuisse aliquod temporis spatium, scilicet post annum 530<sup>37</sup>) p. Chr.

34) Cf. Theoph. ad §. 3. I. cit. et c. 8. C. qui testam. (VI. 22.): „Quae in eundem modum — duxerint *ordinanda*.“ c. 6. C. in quib. caus. pign. (VIII. 15.) „si mater — antequam — eis tutorem alium fecerit *ordinari*.“

35) §. 3. I. c. „Codic. autem *plures* quis facere potest.“

36) *Dunius* l. c. p. 152. idcirco censet Tribonianum „*oscitantur*“ ea verba in Institutionibus inseruisse.

37) Nam eo anno adhuc testamentorum formam in codicillis conficiendis necessariam fuisse apparet ex c. 28. pr. C. de testam (VI. 23.)

et ante confectionem codicis repetitae praelectionis, in quo recte dici potuisset *nullam* solennitatem desiderare codicillos. Utrumque quam parum verisimile sit, non opus est quod dicamus.

Quae probare conati sumus haec sunt: *Internae* formae solennitatem codicillos non desiderare; quoad *externam* autem, quum novissima codicillorum forma nihil sit, nisi illa *An-tejustiniani testamenti civilis* omissa tantum mancipatione, in iis *eadem* plane requiri, quae sint praescripta in testamentis solennia excepto septenario testium numero eorundemque in scriptis codicillis subsignatione.

---

Jam exsecutus esse mihi videor quae proposueram, restatque, ut exponam, quid mihi scribendi praebuerit opportunitatem. Auctoritate Serenissimorum hujus academiae Nutritorum provincia mihi Professoris Juris extraordinarii decreta est, quam solenni oratione d. XXXI. Aug. a. c. hora XI in aula academica publice auspicatorum sum. Huic solennitati ut splendorem sua praesentia praestare velint **MAGNIFICUS ACADEMIAE PRORECTOR, CURATOR EJUSDEM SPLENDIDISSIMUS, PROFESSORES ET DOCTORES CLARISSIMI, COMMILITONES HUMANISSIMI** rogo ea qua decet observantia.









