DISQUISITIO JURIDICA

DE

JURE ACCRESCENDI HÆREDIBUS COMPETENTE IN ORDINAT. PATR. COLON.

TIT. I. §. VIII.

LIMITATO, NON SUBLATO.

RATIO INSTITUTI.

Ea hodie in Germania Juris Romani invaluit conditio, ut nonnulli, primis Jurisprudentiæ præceptis vix imbuti de Legibus Romanis acerbissimam quandoque censuram ferre non dubitent, atque illa, quæ Juris quandam subtilitatem sapiunt, ob exiguum quem his tribuunt usum, propriæ quadam æquitatis ratione ducti, & fastidio quasi in Leges Romanas oppressi vel planè negligunt, vel saltim iisdem viribus non excolunt, ac tanquam ad altiora nati vilipendunt. Nullam quidem materiam in Jurisprudentia civili tot difficultatibus involutam reperimus quam testamentariam, ineptire tamen illos Patriæ amore existimo, qui in illa subtilitatem potius quam prudentiam latitare, & uno vel altero per statutum limitato, illud plane sublatum esse condendunt. Tanta enim Juri Romano in Foris nostris tribuenda est Authoritas, ut quidem Jus Patriæ non violet, utrumque tamen locum suum, & Jus Patriæ quidem tanquam proprium & Romanum tanquam in subsidium receptum in Judiciis tueatur. Jus accrescendi, quod à JCtis subtilissimum vocatur, vel ratione hæredum, vel inter collegatarios obtinet, illud necessitate Juris, hoc præsumpta Testatoris voluntate nititur, de hoc tacet, de illo autem Ordinatio Patr. Colon. in certo casu illud limitando disponit; qualis itaque hujus Juris accrescendi in hoc Electoratu Coloniensi sit usus, quantum illud in his paucis pagellis fieri potuit, exponitur.

§. I.

Fundamentum Juris accrescendi in illa Juris regula, quæ eundem simul pro parte testatum, & in intestatum non admittit reponitur.

In causa testati simul & intestati ob qualitatem hæredis, quâ hic in personam testatoris transit, eumque repræsentat, Legislatores Romani pugnam quandam naturalem, *a*) reponebant, atque hæc repræsentatio uti est totius personæ, ita & totalis, & uti est unius, ita & uniformis de Jure requiritur, nec defunctus pro parte nec per hæredes diversi generis repræsentari potest, sed quisquis est hæres, & hæreditatem cupit, locum & vicem testatoris in totum subire, & hunc uno ac simplici successionis genere repræsentari, vel in totum ex testamento vel in totum ab intestato de Juris necessitate est. Fluit inde tritum illud & in Jure fundatum axioma: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.* Ob quod hæredes ab intestato in testamento super parte tantum condito ab hæreditate excluduntur, & hæredibus in testamento super parte quota vel quanta scriptis Jus ad totam nascitur, adeoque in illa Juris regula *b*), quæ eundem in paganis pro parte testatum, pro parte intestatum decessisse non permittit, fundamentum Juris accrescendi rectè reponitur.

(*a*) Hanc pugnam non ex natura rei, multo minus ex lege naturali, sed ex eo, quod passim recepti Moris est naturalem dici observat VINNIUS *in Comment. ad* §. 5. *Inst. de hæred. inst. n.* 4.

(*b*) *L.* 7. *ff. de Diverf. Reg. Jur.* ab hac regula Nov. 115. Cap. 3. rescisso per querelam inofficiosi testamento hujus legata & cætera capita testamenti sublatâ hæredis institutione sustinens exceptionem quidem ponit, regulam autem non subvertit.

§. II.

Hæc regula Juris non ex natura testamenti vel successionis, sed ex dispositione Juris Romani descendit.

Spectatâ naturâ testamenti & successionis nil vetat, eundem secundum partes diversas & testatum & intestatum decessisse, hujusque dispositioni juxta voluntatem tàm super parte, quàm universis bonis declaratam plenarium

effectum

effectum tribui, hac præsertim subintrante æquitatis (*a*) ratione: ratas esse debere horum voluntates, quorum arbitrio relictum sit, in rebus per modum beneficii aliis relinquendis modum quoque & finem sibi præscribendi, nec hæredibus pro parte tantum scriptis totam hæreditatem esse relinquendam, ne pars hæreditatis in testamento non relicta à proximis consanguineis arceatur, quorum in gratiam bona à defuncto maximà quandoque curà ac solicitudine, si non adquisita saltim servata sunt. Aliam tamen de Jure Romano formam induebat testamenti-factio, nec omnia quæ in illo de hac constituta sunt, apud alias gentes peræque observantur; adeoque uti in multis aliis ita & in hac tam ratione solemnitatum externarum quàm internæ hæredis institutionis multa Romanis unicè propria reperimus. Quamdiu apud Romanos testamenti-factio adhuc Juris publici erat, tenaces hi erant in servando hoc Juris principio, Jus publicum nimirum privatorum voluntate mutari non posse, omnisque successio erat legitima, nisi per novam legem ad petitionem privati alium, quam de lege designatus erat, hæredem optantis successio testamentaria subintraverit. In arbitrio quidem privatorum erat, successionem in suis bonis, vel dispositioni legis relinquendi, vel ab hac alium optando successorem authoritate publica recedendi, non tamen nisi per unam eandemque viam successionis vel legitimæ vel testamentariæ bona hæreditaria transibant. Cum enim, ne bona per mortem Domino destituta essent vacantia, nec ea occupandi facultas ex Statu naturali resuscitaretur, ab initio Agnati dein & Cognati, quibus potiùs, quàm aliis extraneis defunctum bona relinquere voluisse præsumebatur, tanquam hæredes ab intestato de legibus constituebantur, hæc dispositio legalis unicè in hunc finem, ut homini de bonis suis non disponenti de justa quadam bonorum translatione provisum sit, tanquam in subsidium operabatur, factâque dispositione testamentaria vi cujus privatus sibimetipsi providere intendebat, nulla amplius erat provisio legis, & per hanc unicè viam successionis testamentariam sibi electam, si Testator in sua voluntate constans permanserit, bona transferri necesse erat.

(*a*) Errat HUGO GROTIUS *Lib. II. Cap. 6. §. ult.* Testamentum cum suo effectu quoad substantiam non tantum ex æquitate, sed & ex Jure naturæ tanquam Jure perfecto derivans, quod ut efficeret aliam, quam autem natura testamenti non patitur, commentus est hujus definitionem; *Testamentum* ait: *alienatio est in mortis eventum ante eam revocabilis retento interim Jure possidendi & fruendi.* Quam definitionem non quadrare definito animadvertit. HEINECCIUS *in Element. Jur. Nat. & Gent. Cap. XI. §. 281.* & ibi cit. PUFFENDORFF. *de Jur. Nat. & Gent.* quem errorem etiam ad HUGO GROTIUM *à Tesmaro* reprehensum legimus.

§. III.

Jus accrescendi inter hæredes de jure communi in duobus casibus obtinet.

Præsupposito hoc juris accrescendi fundamento duo se sistunt distincti, huic juri accrescenti subjecti casus: vel enim contingit, testatorem super parte tantum suorum bonorum unum sive plures in eadem aut diversa parte quota hæreditatis, vel etiam in re certa aut quanta sine cohærede tamen instituendo disposuisse, vel testatorem institutis pluribus hæredibus super universis bonis quidem testatum fuisse, unum autem, sive Plures cohæredes ex institutis ante aditam hæreditatem ob præmaturam mortem vel ex alia ratione defecissie. In primo casu uno hærede instituto hic totam hæreditatem capiet, pluribus verò in parte quota institutis his portio hæreditatis in testamento non relicta pro rata, in parte autem quanta vel re certa *a*) nullo cohærede universali vel pro parte quota concurrente institutis, æqualiter, re tamen cuilibet relictâ præcipuo quoque obveniente accedit. In altero casu uno tantùm hæreditatem adeunte huic quasi ex asse institutus esset, tota hæreditas *b*) obvenit, pluribus verò hæreditatem adeuntibus his portio deficientis pro rata partis quotæ in testamento relictæ accrescit *c*). Pro utroque enim casu militat eadem juris ratio, quæ non magis partem hæreditatis in testamento non relictam, quam portionem cohærede deficiente vacantem ad hæredes ab intestato transire permittit.

a) De diversâ hæredis in re certâ instituti qualitate & jure accrescendi inde eveniente lege LEYSERI specimen 361. meditat. ad Pandect.

b) Disquirenti accuratiùs, quare servato eodem juris principio hæredi instituto potius, quàm hæredibus ab intestato tota hæreditas obveniat, respondemus, id efficere qualitatem hæredis, quâ is in minimo etiam institutus, Successor in universum existit.

c) Subtilius & spectatâ hæredis qualitate rectius etiam loquuntur JCti qui hic hæredi vel hæredibus nihil accrescere, sed potius nihil decrescere asserunt; cùm verò in re non dissentimus, non laborabit respublica, imo expedit, voces hactenus usu observatas & ad explicandum aptiores à nobis retineri.

§. IV.

In Germaniâ hæc Regula Juris, ob illam Distinctionem inter bona hæreditaria & adquisita in multorum locorum statutis stabilitam non ubique observatur.

Introducto demum *a*) & ob receptionem Juris Romani crescente etiam in Germaniâ usu testamentorum germani principiis Juris Romani adeò adstricti non vivebant, ut ab hujus rigore non recedant aut relicto subtili, & Romanis proprio modo interpretandi adhibitis tamen juxta statutum loci solemnitatibus externis voluntati quomodocunque declaratæ effectum non tribuant, sed uti plerumque in Germaniâ inattentâ dispositione Juris Romani *b*) quæ ad testamentum hæredis institutionem necessariò requirit, sine illa vel de moribus *c*) vel per statutum *d*) disponere licet, ita & axioma Juris Romanis omninò sanctum, neminem pro parte testatum pro altera parte intestatum decedere posse, præsertim iis in locis *e*) explosum experimur, in quibus statuta distinctionem inter bona hæreditaria & adquisita observant, & super his non verò super illis facultatem liberè testandi concedunt. Condito enim super adquisitis testamento hæc ad hæredes scriptos, bona autem hæreditaria ad hæredes ab intestato transire, & sic defunctum pro parte testatum pro parte intestatum decessisse necesse est. Hac itaque inter bona adquisita & hæreditaria observatâ distinctione qualitas hæredis adeò limitata existit, ut bona hæreditaria Juri illi universo aliàs singulis hæredibus competenti non subjiciantur, & fundamento juris accrescendi quoad bona hæreditaria sublato, hæc hæredibus ab intestato unicè obveniant, hæredibus autem scriptis jura de legibus ipsis constituta in adquisitis tantum in illorum locorum statutis salva relinquantur.

a) Testamenta apud priscos Germanos in usu non fuisse colligunt passim Authores ex illo Pauli *de morib. Germ. Cap. XX. Hæredes Successoresque sui, cuique liberi nullum testamentum, si liberi non sunt, proximus in successione, Fratres, Patrui, Avunculi.* STRYCKIO *de Success. ab intest. Diss. VIII. Cap.* I. §. *III.* Hoc ad casum si Liberi vel cognati adsint restringenti, dissentit HEINECCIUS in Elem. Jur. germ. Lib. II. Tit. VI. §. 141. & seq.

b) *L.* 34. *de Legat. L.* 3. *ff. de his, quæ in test. del.*

c) HEI-

c) HEINECCIUS in Element. Jur. germ. Lib. II. Tit. VI. §. 191. — VINNIUS ad §. 12. g. de Hæred. inst.

d) De Statuto Hamburgensi id testatur STRYCHIUS *in usum Mod. ad Tit. de Hæred. inst. §. VI.* cui convenit ordinat. Patr. Colon. Tit. 1. §. VIII.

e) Hanc distinctionem inter bona hæreditaria & adquisita de Jure Hamburgensi, Lubecensi, Bremensi, Ditmarscio, & Mindensi pro Facultate testandi observari refert cit. STRYCKIUS ad eundem Tit. §. V. eandem hanc distinctionem sustinet Statuum Julio-Montense cap. 69. §. Es mag jedermann ꝛc.

§. V

Ordinatio Patr. Colon. hanc distinctionem bonorum non observat, nec ab illa Juris Regula, quæ eundem pro parte testatum & intestatum decessisse non patitur, recedit.

Ordinatio Patr. Colon. relictà illà distinctione an bona sint hæreditaria an adquisita, & in hoc juri communi magis accedens liberam super omnibus bonis testandi facultatem tribuit Tit. 1. §. 1. In unserm Erzstift aller Orten ist einem jeden, deme es sonsten vermög gemeiner Rechten nicht absonderlich verbothen, über seine Haab und Güter ohne Unterscheid, ob sie in Gereidt, fahrenden, beweglichen, oder in liegenden unbeweglichen Gütern bestehn, ob sie anerwonnen oder angeerbet seyn, seinen letzten Willen oder Testament aufzurichten erlaubt. Nulla itaque testatori ob hanc facultatem sine bonorum distinctione super illis liberè disponendi concessam imposita est obligatio, hæredibus ab intestato (iis tamen, quibus de jure communi legitima competit exceptis) certam quantitatem aut certum genus bonorum relinquendi; nec causa testati simul, & intestati de statuto nostro introducitur, quod autem jus nostrum statutarium adeo conveniat juri communi, ut in illo nequidem secundum partes diversas hæreditatis, eundem testatorem testatum & intestatum simul decessisse permittatur, dubium movent Tit. 1. §. VIII. verba initialia: Es steht einem jeden frey über seine Verlassenschaft ganz oder zum Theil, auch ohne Einsetzung eines oder mehr Universalerben durch letzten Willen zu verordnen; per hanc nimirum dispositionem facultas super bonis suis disponendi latè adeo extenditur, ut non tantum sine hæredis institutione,

in

in quâ aliàs de jure communi basis & fundamentum totius testamenti reponitur, sed & super parte tantum suorum bonorum testamentum cum effectu conficere liceat, quo testamento super parte tantùm bonorum condito pars hæreditatis, de qua testator non disposuit, ad hæredes ab intestato transmittitur; id quod verba decidunt immediatè subsequentia, und soll allzeit die codicill Clausul, wenn sie schon nicht gemeldet worden, darinn verstanden werden, daß nemlich der übrige Theil der Erbschaft, der in der Vermachniß nicht gedacht worden bei den nächsten Anverwandten -- verbleiben solle. Hac itaque parte hæreditatis, cujus testator non meminit, ad hæredes ab intestato transeunte, testatorem pro parte scriptà testatum decessisse videri posset; cùm verò de jure nostro statutario hæc pars hæreditatis, de quà nimirum dispositum non fuit, ad hæredes ab intestato non simpliciter, sed ope & vi Clausulæ codicillaris sub hæredis institutione tacitè comprehensæ transeat, huic autem Clausulæ codicillari tacitæ idem, qui aliàs de jure communi expressæ tribuitur, effectus tribui debeat, hæc directa super parte hæreditatis facta hæredis institutio flectitur in fideicommissum *a)* adeoque hæredes ab intestato vi hujus Clausulæ instituti, sed simul ad partem in testamento hæredi scripto relictam huic tanquam ex fideicommisso restituendam rogati censentur, & testator non minùs, ac si hæredum ab intestato institutio præcessisset, ex toto testatus Clausulà codicillari efficitur *b*;

a) SCHOEPFFER in Synopsi Juris privati. — *de Jure Codicillarum* n. 9. — BOEHMER *in Introduct. in Jus digest.* cod. Tit. §. 7.

b) Rectè itaque in Eleuteratione statuti nostri ad Tit. I. §. VIII. testamentum Parentum, in quo Liberi, aut Liberorum, in quo Parentes sunt præteriti ope hujus Clausulæ codicillaris in vim fideicommissi sustinetur.

§. VII.

Ordinatio Patr. Colon. facultatem illimitatam sine bonorum distinctione testandi concedens, ad bona alibi v.g. in Ducatu Jul. & Mont. sita, in cujus statuto distinctio bonorum est admissa, non extenditur.

Cùm verò in testamenti factione non tantùm habilitatis personæ, quæ testamentum condit, & in- & externarum solemnitatum, sed & qualitatis bonorum, ob quam hæc quandoque vel plane non, vel sub certis tantùm condi-

tionibus teſtamenti factioni ſubjacent, ratio habenda ſit, & in conflictu ſtatutorum, quæ in illis determinandis quàm maximè variant, jam ſtatutum bonorum ſitorum, jam illius loci, in quo teſtamentum conditur, attendi debeat, quantum ad dilucidandum jus accreſcendi attinet, rectè hic inquiritur, an facultas ſuper omnibus bonis ſine bonorum diſtinctione diſponendi in Ordinat. Patr. Colon. Tit. 1. §. 1. Stabilita, etiam ad bona alibi v. g. in Ducatu Jul. & Mont. ſita, in cujus Ordinat. Patr- Cap. 69. hæc diſtinctio inter bona hæreditaria & adquiſita admittitur *a*), ſit extendenda? in hac quæſtione generaliter poſita, cujus nimirum loci ſtatutum in ſtatutorum conflictu attendi debeat, JCti inter ſtatuta realia & perſonalia diſtinguunt, atque in illis ſtatutum rei ſitæ *b*), in his verò domicilii attendendum eſſe communiter ſuſtinent; in determinanda autem quadam regula generali, ex qua cognoſci queat, quænam ad ſtatuta realia quænam ad perſonalia referenda ſint, hactenus fatisfecit nemo, atque inde non leves quandoque inter JCtos in hac ſtatuti qualitate deſignanda diſceptationes oriuntur. Quia verò JCti in eo conveniunt, quod in conflictu ſtatutorum, quorum diſpoſitiones abſque opera hominis aut actu interveniente in ipſas res cadunt, ſtatutum rei ſitæ, ſive in rem ſive in perſonam conceptum fuerit, *c*) attendendum ſit. Illa verò, quæ in ſtatutis de conceſſa vel denegata facultate ſuper certa ſpecie bonorum teſtandi diſpoſita ſunt, ipſa bona afficiunt, & inde non qualitas perſonæ, ſed bonorum, quatenus hæc nimirum teſtamenti factioni ſubjacent determinatur, extra dubium videtur facultatem, ſuper certa ſpecie bonorum teſtandi non juxta ſtatutum domicilii, ſed bonorum ſitorum regulari, & ſicuti teſtator in Ducatu Jul. & Mont. domicilium habens non obſtante bonorum diſtinctione inter hæreditaria & adquiſita in ſtatuto ſui domicilii receptâ ſuper bonis etiam hæreditariis in hoc Electoratu Colonienſi ſitis, in cujus ſtatuto facultas teſtandi ratione bonorum non limitatur, teſtari non prohibetur, ita viciſſim teſtatori in hoc Electoratu Colon. domiciliato diſpoſitio teſtamentaria ſuper bonis hæreditariis in Ducatu Jul. & Mont. ob diſtinctionem bonorum ibidem receptam non permittitur d); rectè itaque monet Gail. Lib. 2. obſ. pract. 124. n. 14 & ſeqq. â teſtatore duplicem perſonam, aliam nimirum in loco ſtatuti ſpecialiter diſponentis, aliam extra illum repræſentari, & inde regulam juris, quæ eundem pro parte teſtatum & inteſtatum non admittit, non rarò limitari; adeoque facultas io Ordinat. Patr. Colon. Tit. 1. §. 1. abſque bonorum diſtinctione teſtandi conceſſa, ad bona hujus territorii Colon. reſtringitur, atque cauſâ teſtati ſimul & inteſtati in hoc caſu ſubintrante teſtatorem in hoc Electoratu Colon. domiciliatum quoad bona hæreditaria in Ducatu Jul. & Mont. ſita, his nimirùm ad hæredes ab inteſtato tranſeuntibus, inteſtatum decedere, & jus accreſcendi, hu-

hujus nimirum quoad bona hæreditaria fundamento sublato, quoad hæc hæredibus in testamento scriptis non competere adparet.

a) Ordinat. Julio-Montensis cap. *b*) ita disponit: Es mag jedermann in unsern Fürstenthumben Gülich und Berg gesessen, oder darinn begüetet, dem es nicht nach Ordnung und Satzung gemeiner Recht verbotten, sein Gescheft des Testaments und letsten Willens machen vor Notario, oder aber Pastoren und vier Zeugen, oder auch in Pestilenz und andern sorglichen Krankheiten, vor den Pastoren und zweyen oder dreyen Zeugen darzu sonderlich erfordert und gebetten, allein in beweglichen faarenden Haab und Güeteren, und nicht in erblichen liegenden und unbeweglichen in obbestimpten unsern Fürstenthumben gelegen (außerhalb der gewonnen und geworben Güteteren) unter welche erbliche Güeter ꝛc.

b) In statutis realibus, seu determinandà rei qualilate statutum loci rei sitæ attendi, Exemplum pro hoc Electoratu Colon. præbet Eleuteratio ad §. 3. T. 8. Ordinationis Patr. nostræ Colon. in pecunia in annuas usuras exposita, cujus qualitatem mo- vel immobilaritatis juxta statutam loci, in quo illa exposita est, determinandam esse disponit.

c) MYNSINGERUS cent. 5. Observat. Imp. 19. — GAIL. Lib. 2. Observ pract. 124.

d) VOEZ in histor. Jul. n. 177. — an verò condito super bonis hæreditariis in Ducatu Jul. & Mont. sitis testamento, hæredibus in his institutis saltim æstimatio præstanda sit, quæstio est altioris indaginis.

§. VII.

Ordinatio Patr. Colon. Clausulam codicillarem sub hæredis institutione comprehendens in hoc à Jure communi recedit.

Sed utut etiam in formâ juris quoad bona in Electoratu Colon. sita ob præsuppositam, & sub hæredis institutione tacite comprehensam Clausulam codicillarem memorata hæc juris regula, neminem pro parte testatam pro altera parte intestatum admittens, per cit. §phum Ord. Patr. Colon. adhuc salvatur, attento tamen jure communi, vi cujus Clausula codicillaris nonnisi expressa operatur *a*), ab illo Ordinatio Patr. factam super parte bonorum dispositionem ob Clausulam codicillarem tacitam in vim fideicommissum sustinens, in cit. §pho non sine notabili juris effectu recedit; quod verò hic effectus unicè dispositio-

ni ſtatuti adſcribendus ſit, negant illi, qui citra reſpectum ad ſtatuta ob præſumptam cujuslibet teſtatoris intentionem, quà quisque voluntatis ſuæ quacunque ratione fieri poterit, effectum cupit, Clauſulam codicillarem in Germaniâ ſub hæredis inſtitutione comprehendi ſuſtinent *b*). Sed quis non videt, hanc opinionem ſolis conjecturis inniti, & quare eadem hæc intentio de teſtatore in teſtamento tempore Romanorum condito non præſumatur? quin tamen à Romanis tacitam in teſtamento Clauſulam codicillarem agnitam fuiſſe ulla lege probari poſſit. Non negamus, per conſuetudinem æque ac per legem Clauſulam codicillarem in teſtamentis omiſſam pro adpoſita haberi poſſe, cùm tamen juri communi tam diu inſiſtendum, donec conſuetudo contraria adparet, hanc non ex præſumpta quadam teſtatoris intentione (huic enim conditionem in mente retentam nil operari opponi poſſet) nec ex quadam obſervantia, qua Clauſula codicillaris teſtamentis adponi conſuevit (malè enim concluditur: teſtamentis hæc Clauſula inſeri ſolet, ergo in hoc vel in illo teſtamento omiſſa operatur) ſed ex actibus uniformibus ad introducendam conſuetudinem qualificatis, quibus diſpoſitiones in teſtamento ſuper parte bonorum factæ in vim fideicommiſſi hactenus ſervatæ fuerunt, probari neceſſe eſt *c*). Cum autem Legislator in procœmio ad *Ordinationem Patr. Colon.* ſe in finem avertendarum litium conſuetudines hujus territorii in ſcripturam redigi curaſſe, diſertis verbis aſſerit, non temerè pro Electoratu noſtro Colon. quiſpiam ſuſpicabitur, qui ante legis diſpoſitionem de ſubintelligenda Clauſula codicillari conſuetudinem extitiſſe animadvertit, quia tamen aliæ quæcunque conſuetudines ibidem non memoratæ in eodem procœmio reprobantur, & non niſi in Scripturam redactis vis legis tribuitur, extra dubium eſt Clauſulam codicillarem vi legis ſancitæ ſub hæredis inſtitutionis comprehendi.

a) L. 1. ff. de Jur. cod. L. 8. §. 1. C. de Codicillis. L. 3. ff. de teſtament. milit.

b) HUBER in prælect. ad inſtit. Tit. de Codicillis in fine. — HEINECCIUS in Element. Jur. civ. Tit. de Codicillis §. fin. hoc à Pragmaticis ſuſtineri aſſerit, allegans SANDE Lib. 4. Tit. 1. Def. 12. quibus BOEHMER in introductione in jus digeſt. Tit. de Codicillis excepto hoc unico caſu, ſi conſtet, teſtatorem tantum teſtari, non Codicillos conſtituere voluiſſe, adeoque in regula conſentit.

c) Indè STRYKIUS in uſum mod. Tit. de Jur. cod. §. 9. cum BRUNNEMANNO ad L. fin. C. de eod. utile fore exiſtimat, ſi per ſtatutum, in omni voluntate ultimâ Clauſulam codicillarem contineri, conſtitueretur.

§. VIII.

§. VIII.

Regula Juris, quæ eundem pro testatum & intestatum non admittit, in Ordinat. Patr. Colon. quidem salvatur, Jus tamen accrescendi quod aliàs in illâ fundamentum habet, in testamento super parte bonorum condito sublatum est.

Quem effectum *Ordinatio Patr. Colon.* Clausulæ codicillari tribui velit, decidunt cit. §phi verba: daß nemlich der übrige Theil der Erbschaft der in der Vermachniß nicht gedacht worden, bei den nächsten Anverwandten — verbleiben solle. Eundem effectum, quem Jus commune Clausulæ in testamento expressæ, statutum hic tacitæ tribuit; cùm nimirum proximi consanguinei ob præsumptam defuncti voluntatem in defectu dispositionis testamentariæ à lege sint vocati, quo referuntur statuti verba: welchen solche sonsten von Rechtswegen gebühre, dispositione autem super parte hæreditatis factâ proximi consanguinei ex verosimili testatoris voluntate non nisi à parte in testamento expressa exclusi censeantur, & testator, relicto rigore juris, quo aliàs hæres ex sui qualitate in universum successor est, hæredem pro parte scriptum tanquam successorem in universum habere nolit, Ordinatio Patr. Colon. pro normâ habens expressam testatoris voluntatem, proximis Consanguineis vi Clausulæ codicillaris tanquam hæredibus fiduciariis partem hæreditatis in testamento non relictam, relictam verò hæredibus scriptis tanquam Fideicommissariis obvenire constituit, si etiam testator hæredem vel hæredes super parte quanta aut re certâ sine cohærede super parte quotâ hæreditatis instituto constituerit, hæc directa hæredis institutio vi Clausulæ codicillaris tacitæ non minùs ac super parte quota hæreditatis facta in obliquam transit, & jus universum hæreditatis super qua dispositum non est, in vim fideicommissi proximis Consanguineis, res autem quanta vel certa in testamento expressa hæredibus scriptis tanquam fideicommissum particulare tribuitur; & hoc modo hæredibus in parte quota vel quanta scriptis ultra partem relictam nil accedit, adeoque Ordinatio Patr. Colon. in forma juris quidem testatorem ex toto testatum esse sustinet, in effectu tamen jus accrescendi quo aliàs hæredes ab intestato exclusi manerent, hæredibus scriptis pro casu dispositionis testamentariæ super parte tantum hæreditatis factæ adimit.

§. IX.

Exceptio est in hoc casu speciali, si à testatore proximum consanguineum super parte bonorum institutum esse contingat.

Ex iis, quæ de fundamento juris accrescendi & hujus per *cit.* §. *VIII. Ord. Patr. Colon.* facta immutatione accrescendi dicta sunt, petenda quoque pro hoc casu speciali erit decisio, an nimirum proximus consanguineus in testamento super parte quota vel quanta hæres scriptus, quem autem testator sibi proximum aut proximè successurum esse ignorabat, partem hæreditatis in testamento non relictam vi clausulæ codicillaris in vim Fideicommissi, an verò utendo jure communi ex jure accrescendi obtineat? distinctione hic opus erit, vel cum hoc proximo & instituto consanguineo alii æque proximi in eodem gradu & jure ab intestato succedendi constituti, sed non in testamento instituti concurrunt, pars hæreditatis in testamento non relicta inter æque proximos tanquam fiduciarios hæredes, computato simul hærede scripto & huic portione relicta præcipuo obveniente in partes æquales dividenda remanet. Vel cum ipso non quidem sunt alii consanguinei aut saltim non æque proximi, adsunt tamen cohæredes cum ipso in eodem testamento scripto, Statutum Elect. Colon. quod hæredi scripto vi institutiones ultra partem expressam nil tribuit, hìc jus accrescendi, quod de jure communi in hoc casu singulis hæredibus competeret, non permittit, sed aliis hæredibus parte relicta obveniente, quod in hæreditate superest, proximus consanguineus qua fiduciarius hæres detinet. Si verò cum hoc proximo consanguineo non sint alii consanguinei aut æque proximi, nec cohæres cum ipso in eodem testamento scripti, pro praxi & in effectu quidem non interest, an ipsi hæreditas tota ex jure accrescendi, an partim ex institutione partim in vim fideicommissi aut etiam ab intestato obveniat, nemo enim cum ipso succedit; cum tamen statuti ratio in eo reponitur, ne hæredi scripto ultra expressam voluntatem aliquid vi institutionis accedat, & ne proximi consanguinei à parte hæreditatis in testamento non relictà, à quà ex ipsâ testatoris voluntate excludi non censentur, excludantur, hæc autem statuti ratio in casu proposito non subintret, qua non subintrante legislator statutarius, nec à Jure communi recedere, nec clausulam codicillarem sub hæredis institutione comprehendi voluisse præsumatur, huic hæredi scripto partem hæreditatis in testamento non expressam potius ex jure accrescendi, quàm in vim fideicommissi accedere sustinemus, adeoque ab hac regulâ quod Statutum Elect. Colon. pro casu super parte tantum hæreditatis vel bonorum factæ institutionis jus accrescendi ademerit, in hoc casu speciali exceptio adparet.

§. X.

§. X.

Clausula Codicillaris non unicè in favorem hæredum ab intestato, sed potius ad salvandam Testatoris voluntatem sub hæredis institutione comprehenditur.

Nec unicè in favorem hæredum ab intestato, quorum hodie potius, quàm hæredum scriptorum favorem esse passim JCti sustinent, clausula codicillaris tacita in Statuto Elect. admittitur. Testamenti enim sine hæredis institutione omissâ clausula codicillari conditi, de jure communi nullus est effectus, & universa hæreditas ad hæredes ab intestato, quasi testamentum factum non fuisset, sine diminutione transit, cùm itaque testamentum, in quo omissâ hæredes institutione non nisi legata relicta sunt, per statutum sustinetur, quod probant cit. §phi verba: Es steht einem jeden frei — auch ohne Einsetzung eines oder mehrern Universal-Erben durch letzten Willen zu verordnen, & vi clausulæ codicillaris tacitæ hæredibus ab intestato obligatio legato ex fideicommisso tacitè instituto solvendi imponitur, non in horum favorem, sed spectato jure communi, quo his tota hæreditas sine quadam obligatione testamentariâ competit, in horum si non præjudicium saltim in diminutionem lucri clausula codicillaris tacitè inesse experimur, hinc rectè sentiunt illi, qui non favorem hæredum ab intestato, sed ratam esse debere hominum voluntatem, sive accuratam ultimæ voluntatis executionem pro ratione finali Statuti Elect. Colon. ponunt. Id quod non inconcinnè dilucidari videtur ex ejusdem §phi verbis: Daß nemlich der übrige Theil der Erbschaft, der in der Vermachniß nicht gedacht worden, bei den nächsten Anverwanten — und zwar ohne Abzug der Falcidiæ oder Trebellianicæ verbleiben solle. Per hanc nimirum prohibitionem de detrahenda quarta falcidia vel trebellianica proximis consanguineis lucrum quoque detrahitur, & ultima voluntas ad omnem effectum salva retinetur. Cum erim de jure communi hæres fideicommisso universali gravatus, si ei, vel tituli institutionis, vel alio modo quarta hæreditatis salva non sit, quartam trebellianicam, gravatus verò legatis aut fideicommissis particularibus, si ex solâ hæredis institutione quartam salvam non habeat, quartam falcidiam sibi detrahere possit, hæc facultas detrahendi hæredibus concessa primario quidem in favorem testatoris, ne nimirum testamentum effectu destituatur, concessa est, hujus tamen dispositioni in testamento declaratæ non convenit; rectè quidem Leges Romanæ arbitrio testatoris, an hanc facultatem detrahendi limitare aut prohibere velit, relinquebant, voluntati tamen illius, qui immemor quartæ falcidiæ vel trebellianicæ testamentum

condebat

condebat, inde non satisfiebat. Statutum Elect. itaque ob generalem præsumptionem, qua quisque testator voluntatem suam prout expressa est, adimpleri, & inde quartam falcidiam vel trebellianicam, si hujus recordatus fuisset expresse, nunc autem hujus immemor tacitè prohibere voluisse censetur, quartam detrahi non permittit; adeoque voluntatem testatoris favori proximorum consanguineorum hic præferri, & in illa potiùs, quàm in horum favore rationem Statuti de clausula codicillari tacita reponendam esse, nec minus jus accrescendi, quod ultra expressam voluntatem partem hæreditatis in testamento non relictam hæredi scripto tribuit, pro casu institutionis super parte tantum quota vel quanta hæreditatis facta ex eodem fundamento cessare rectè concluditur.

Huic forte nonnulli opponent, per illam prohibitionem de non detrahenda quarta voluntatem testatoris potiùs subverti, quàm salvari; si enim quarta detrahenda hæredibus primario in favorem testatoris sit concessa, ut nimirum hæres ad adeundam hæreditatem indè alliceretur, & sic testamentum effectu non destitueretur, hæres sublata hac facultate quartam detrahendi, quia quandoque lucrum ex aditione hæreditatis sperare non potest, ob onus legata vel fideicommissa præstandi ab aditione hæreditatis deterretur, & voluntas testatoris, quam tamen illa ex toto salvare intendit, ob defectum hæredis, & re ad causam intestati redeunte in nullo habebit effectum L. 181. de diver. reg. jur. &c. per subsequentem §. IX. huic sufficienter provisum est: Im Fall nun die Erbschaft durch Particular- oder Stückweise geschehene Vermächnuß ganz erschöpft, also daß sich niemand für Erben angeben wollte, und aber Schulden auf der Erbschaft zu bezahlen haften, so sollen die Legatarii nach Proportion oder Ertrag ihrer Vermächnuß oder Gifte so viel fallen laßen oder beitragen ꝛc. Ex quo apparet testamentum hærede destitutum non ideo tamen omni effectu destitui, sed de jure nostro statutario cætera capita testamenti salva retineri.

§. XI.

Alter casus Juri accrescendi subjectus ex Jure communi exponitur.

Exposito nunc & ad Statutum Elect. Colon. applicato primo casu juri accrescendi subjecto nobis ad alium transeuntibus tàm ex intentione testatoris, quàm verbis & ratione statuti discutiendum erit, an non minus jus accrescendi de jure communi inter cohæredes ob defectum alterius cohæredis obtinens, per Statutum Elect. Colon. immutatum fuerit; sive quod idem est, an duobus

duobus hæredibus institutis uno autem illorum ante aditionem hæreditatis, quia hanc adire vel non potest, vel non vult, deficiente, hujus deficientis portio cohæredi accrescat, an verò vigore statuti Elect. Colon. ad proximos Consanguineos tanquam ex fideicommisso transeat. Jus commune, quod testatorem pro parte intestatum non admittit, nec hic deficientis portionem aliâ parte hæreditatis penes hæredem scriptum relictâ ad hæredes ab intestato transire permittit; hæres enim transit de jure in personam defuncti, & ex sui qualitate in universum Successor est, cui qualitati etiam cohærede dato nihil decedit, & licet in effectu omnia bona hæreditaria cuilibet hæredi obvenire non possunt, hoc tamen non impedit, quo minus in universum existat hæres; quod enim in divisione hæreditatis contingit, non immutat qualitatem hæredis, & quod huic ob concursum cohæredis pari gaudentis non tribuitur, ipsi alias in universum jus habenti tantum decrescit. Duobus nimirum hæredibus institutis aditâ hæreditate cuilibet ad hanc jus nascitur, in quo prosequendo nemo est altero potior; utrique autem pro jure suo universo satisfieri, in rerum natura implicat, unum præferri, alterius jus non patitur, hinc utriusque jus, nisi à testatore partes sint designatæ, divisionem in partes æquales exposcit, adeoque ad hæredem cohærede dato omnia bona hæreditaria non transire, persona cohæredis efficit; ex quo apparet, cohærede deficiente impedimentum, quo minùs hæres totam hæreditatem acquireret, esse sublatum, quo sublato & ad casum non existentis cohæredis testamento reposito hæredi nihil decrescit, sed jus suum, quod ipsi in universum competit exercens, totam hæreditatem acquirit; rectè itaque statuitur, ob defectum cohæredis nihil hæredi accrescere, sed tantum nihil decrescere, & huic plenarium juris sui usum tribui; & sicut in successione ab intestato vocatis à lege proximis Consanguineis nunquam ejus lineæ remotioribus, nisi vel ex speciali jure transmisso vel repræsentationis ipsis succurratur, in successione locus est, ita & vocatio à testatore hæredibus scriptis etiam cohærede deficiente nulla est ab intestato successio. Jus itaque hoc, ne hæredi cohærede deficiente decrescat, quod per decursum jus accrescendi appellamus, etiam in qualitate hæredis ultimatò reponitur, intentioni verò testatoris per leges conformatum est.

§. XII.

Jus accrescendi per leges voluntati testatoris accommodatum est, & pro diversa hæredum conjunctione, & partis relictæ quantitate, & qualitate diversum est.

Jus accrescendi inter cohæredes de Jure communi pro horum conjunctione, & diversa portionis relictæ qualitate & quantitate diversimodè quoque

determinatur, pro quo hæc regula generalis obtinet, easdem in jure accrescendi, quæ in institutione sunt, partes observari, nititur hæc regula verosimili intentione testatoris, sicut enim testator hæredes in partes æquales vel sine partibus instituendo, singulis idem vel æquale, instituendo verò in partes inæquales, inæquale etiam beneficium & uni altero pluris relinquere intendit, ita etiam eandem inter hæredes his ex jure accrescendi lucro obveniente in hoc proportionem eodem vel inæquali gradu beneficientiæ in institutione declaratam retineri voluisse præsumitur; hinc personæ conjunctæ uti in institutione ita & in jure accrescendi pro una persona habentur, & pluribus sine designatione partium institutis portio deficiens æquis partibus, institutis autem in partibus inæqualibus his pro rata portionis in institutione relictæ accrescit, modo deficiens cum alio cohærede in eadem propositione vocatus non fuerit, per hoc enim specialis, quà hic aliis hæredibus extra illam propositionem scriptis in jure accrescendi præfertur, conjunctio subintrat. Si verò alii in parte quota, alii in parte quanta vel re certa hæredes instituti sint, uno ex illis in aliis in parte quanta vel re certa institutis, quia de jure pro legatariis habentur, nihil accrescit; uno verò ex illis in parte quanta vel re certa institutis deficiente, si hic alium sibi conjunctum aut respectivè collegiatarium non habeat, illius portio aliis in parte quota institutis pro rata accrescit. Cùm etiam non rarò testatorem quidem super omnibus bonis, nullum verò hæredem universalem vel hæredem in parte quota, varios tamen in parte quanta vel re certa seperatim instituisse contingit, hi de jure pro hæredibus universalibus, partes autem relictæ pro prælegatis habentur, uno ex his hæredibus deficiente, hujus portio aliis non pro rata rei relictæ, quia ratione hujus legatarii sunt, sed omnibus æqualiter cuilibet re relicta tanquam prælegato specialiter obveniente, accrescit.

§. XIII.

An in hoc secundo casu Jus accrescendi in Ordinat. Patr. Colon. similiter sublatum sit. Ratio dubitandi pro sententia affirmativa pugnans exponitur.

Quod hoc jus accrescendi cohæredi ob defectum alterius competens prout de jure communi illud obtinere in §pho præcedenti expositum est, per statutum Elect. Colon. non minùs ac illud pro casu super parte tantùm factæ institutionis obtinens sublatum sit, ex ejusdem sæpe cit. §. VIII. colligi videtur; cùm enim statuti ratio eò potissimum tendit, ut voluntati testatoris

ſtatoris omnimodè ſatisfiat, hujus autem voluntas ex veroſimili intentione declaranda ſit, & hæc teſtatoris intentio hæredi nimirum beneficium conſtituendi ultra partem hæreditatis in teſtamento expreſſam ſe non extendat, nullum jus accreſcendi, quodcunque etiam illius ſit fundamentum in ſtatuto Elect Colon. admitti cenſetur; nec apparet, quare potius in hoc teſtamento ab intentione teſtatoris recedendum ſit, cum utrimque eadem hæc ſubintret ratio, teſtatorem familiæ potiùs quàm extraneis bono acquirendo & conſervando providere voluiſſe, & hæredes ab inteſtato ſolum in tantum ab hæreditate excluſiſſe, in quantum huic per partes hæredibus ſcriptis relictas decedit; quid enim intereſt, an duobus cuilibet medietate hæreditatis relictà inſtitutis unus horum defecerit, vel an unus tantum in medietate fuerit inſtitutus, ſive an unus illorum condito teſtamento defecerit, vel an hic deficiens in teſtamento non fuerit inſtitutus; cum itaque in hoc ultimo caſu ſtatutum Elect. Colon. partem in teſtamento non relictam, quia hujus partis hæres ſcriptus non exiſtit, ad hæredes ab inteſtato devolvi diſponit, quare ad eosdem in altero caſu partem vacantem, cum quoque teſtatnr in illa hæredem ſcriptum non habet, transire non admittat? nec præſumi poteſt, præter partem relictam teſtatorem hæredibus tacitè aliud beneficium ſub conditione, ſi cohæres deficeret, reliquiſſe, hoc enim aliàs expreſſiſſet, vel ſuppeditato ſibi ad hoc remedio ſubſtitutionis hæredes ad invicem ſubſtituiſſet; adeoque cum Ordnatio Patr. in cit. Spho intentionem teſtatoris imitari, & hujus præſumptam voluntatem pro fundamento ſuæ deciſionis habere cenſetur, jus accreſcendi etiam pro hoc caſu cohæredis deficientis ſublatum eſſe, ratio ſtatuti videtur evincere.

§. XIV.

Sententia negativa probatur.

Is autem eſt jure communi pro norma recepto modus ſtatuta interpretandi, ut quod in his ademptum non eſt, diſpoſitioni juris communis relinquatur, id quod pro Electoratu Colon. eo minus dubii habet, cum in fine Proæmii claris verbis ſit diſpoſitum: und ſollen nun dieſem nach alle andere Gewohnheiten und Gebräuche, die hierin ausdrücklich nicht gesetzt oder benamset, wie ſie auch beſchaffen ſeyn mögen, ohne einige Ausnahm für nichtig und kraftlos erkennt und erklärt ſeyn, ſonder auſſer denſelben alle andere Fälle nach den gemeinen beſchriebenen Rechten erörtert, und abgeurtheilt werden. Ex his apparet, jus commune tanquam nor-

mam, ſtatutum vero tanquam exceptionem ab illo conſiderari, & uti normæ ſtandum tam diu, donec de exceptione ritè conſtet, quoque in foris noſtris juris communis eſſe authoritatem, ut ex eo in Ordinatione Patr. Colon. non diſpoſita ſuppleantur, obſcura declarentur, & caſus dubii ad normam reſtringantur. Imo cum ibidem claris verbis aliæ quæcunque conſuetudines in prædicta ordinatione non expreſſæ reprobentur, & extra has expreſſas conſuetudines alios quoscunque caſus ex jure communi decidendos eſſe, diſpoſitum ſit, extra dubium eſt, nec de caſu ad caſum extenſionem, nec ex idenditate rationis interpretationem ſemper permitti, multo minus præſumptiones aut conjecturas probationis vices ſupplere poſſe; cum itaque in cit. §pho nulla de caſu cohæredis in teſtamento ſuper tota hæreditate facto deficientis contingit mentio, nec in eo hæredibus ab inteſtato ad hæreditatem in teſtamento relictam expreſſe quidquam juris tribuitur, neque hunc caſum cohæredis deficientis ſub caſu ibidem expreſſo ex verborum conceptu, aut quadam juris connexione comprehendi experimur, nullam quoque in hoc caſu ab alio omnino diſtincto in Ordinatione Patr. fieri immutationem, atque hunc caſum cohæredis deficientis ſub deciſione ſtatuti non comprehendi, ſed diſpoſitioni juris communis relinqui, nec hæredibus ab inteſtato jus quoddam ſucceſſionis in hæredis deficientis portionem tribui, ſed jus accrescendi aliis cohæredibus in parte quota inſtitutis in Statuto noſtrum ſalvum relinqui concludimus.

§. XV.

Continuatio.

Quam indubitate etiam ex adducto, & applicato ad ſtatuta interpretandi modo concluditur, jus accrescendi pro caſu cohæredis deficientis, quia ſublatum non eſt, ſalvum manere, id tamen clarius adhuc ex verbis citati §phi elucescit. Eò enim tendit mens Legislatoris, ut tàm in teſtamento ſuper parte tantum hæreditatis condito, quàm etiam in illo, in quo legata tantum ſine hærede univerſali relicta ſunt, ultima hæc teſtatoris voluntas prout declarata eſt, effectum habeat, atque hæc juxta præſumptam, & per partes hæredibus relictas declaratam intentionem adeò adimpleatur, ut quia teſtator in illa parte, de qua non diſpoſuit, nec teſtatus decedere, nec illud, quod in teſtamento expreſſum non eſt, hæredibus legitimis adimere voluiſſe præſumi poteſt, pars hæreditatis ſub diſpoſitione teſtatoris non comprehenſa ad hæredes ab inteſtato tanquam legitimos tranſeat: daß nemblich der übriger Theil der Erbſchafft, deren in der Vermachnus nicht gedacht worden, bey den nächſten Anverwandten, welchen

chen solche sonsten von Rechtswegen gebühre — verbleiben solle. Attendendo ad hæc verba: deren in der Vermachtnus nicht gedacht worden. Apparet, legislatorem statutarium hic non in genere de parte hæreditatis modo quocunque deficiente, sed de parte ob omissam super illa dispositionem vacante loqui, adeoque jus succedendi hæredibus ab intestato testamento etiam condito concessum non nisi in illa specifice determinata parte fundatum esse, cum itaque testamento super omnibus bonis condito nil in hæreditate sit, ad quod hæredis institutio se non extendat, & ubi de dispositione testatoris sermo sit, tempus conditi testamenti inspici debeat, nec defectus cohæredis superveniens dispositionem testamentariam diminuere, aut minùs in testamento relictum ceu dispositum esse, efficere possit, in nulla quoque parte hæreditatis spectatis verbis statuti, ultra quæ extensio facienda non est (§. XIII.), jus succedendi hæredibus ab intestato non competit, atque nullà parte bonorum his jure successionis obveniente, solis hæredibus scriptis tota successio testamentaria relinquitur, & Jure accrescendi specifice pro casu portionis hæreditariæ ob omissam dispositionem vacantis in *Ordinatione Patr. Colon.* §. VIII. sublato, illud extra hunc casum & in parte hæreditatis ob defectum cohæredis deficiente hæredibus salvum retinetur.

§. XVI.

Continuatio.

Neque ex verbis tantùm, sed & ex modo, quo *Ordinatio Patr. Colon.* partem hæreditatis vacantem ad hæredes ab intestato transire constituit, ad retentionem hujus juris accrescendi in parte hæreditatis ob defectum cohæredis concludi potest; partem enim ob omissam super illa dispositionem vacantem non ad hæredes ab intestato ex causa intestati, sed ad ipsos tanquam hæredes fiduciarios in testamento vi Clausulæ codicillaris institutos devolvi, decidunt circ. §phi verba: und soll alzeit die Cocicil-Clausul, wan sie schon nicht gemelt worden, darin verstanden werden. Quia autem hæc Clausula codicillaris ad effectum nimirum partis hæreditariæ ad hæredes ab intestato transferendæ nec unquam expressa operari, nec sub hæredis institutione tacitè comprehendi potest, nisi in dispositione testamentaria defectus, quem suppleat Clausula codicillaris, appareat, testamento autem super omnibus bonis condito nullus ratione dispositionis est defectus, hinc neque sub hæredis institutione tacita Clausula codicillaris, neque jus quoddam successionis hæredibus ab intestato in vim fideicommissi concessum esse, concipi potest; licet enim non omnes, qui instituti sunt, hæreditatem adeant, sed horum nonnulli in additio-

ne

ne hæreditatis deficiant, horum tamen defectus non institutionem seu dispositionem, sed aditionem tantum hæreditatis afficit, nunquam autem tempore adeundæ hæreditatis tum demum Clausula subintrat, sed ad hujus effectum hanc vel in testamento expressam esse, vel sub institutione tacitè comprehendi necesse est. Cum itaque condito super universitate bonorum testamento Clausula codicillaris sub institutione tacitè non comprehendatur, adeoque nec hæredes ab intestato in vim fideicommissi instituti censeantur, *Ordinatio autem Patr. Colon.* in cit. §. VII. partem hæreditatis ad hæredes ab intestato non tanquam legitimos aut à lege vocatos transire, sed ipsis tanquam hæredibus fiduciariis relinqui disponat, indubitatum videtur, hæredibus ab intestato portionem hæredis deficientis non obvenire, & inde jus accrescendi juxta juris communis dispositionem in casu cohæredis deficientis hæredibus scriptis intactum relinqui; rectè docet STRYCKIUS ad usum modern. Lib. 28. Tit. V. §. IX. illis in locis, ubi distinctio bonorum inter hæreditaria & acquisita non attenditur, sed testatori integrum est, de quibusvis rebus etiam hæreditariis disponere, jus accrescendi, si illud nec explicite sublatum sit, locum adhuc quoad bona hæreditaria in testamento non relicta sibi vindicare, observata autem hac bonorum distinctione hæredibus in testamento scriptis, quoad bona quidem hæreditaria, non autem quoad acquisita, quia in his per illam distinctionem nil immutatur, ademptum esse; cum itaque cit. STRICKIUS ideo jus accrescendi, quoad bona hæreditaria sublatum, pro acquisitis sustinet, quia ratione horum per illam distinctionem nil fuerit immutatum, ex eodem fundamento & nos jus accrescendi per cit. §phum quidem pro casu primo, testamento nimirum super parte tantum condito, non autem pro altero, hærede nimirum ex aliis deficiente, quia ratione hujus in §. VIII. nil disponitur, sublatum esse sustinemus.

§. XVII.

Exceptio est in testamento sive hærede universali instituto.

Hactenus de casu, si existant hæredes in testamento in parte quota hæreditatis scripti; quid autem juris, si testator plures in rebus certis hæredes vel legatarios sine hærede universali adeo tamen instituerit, ut inde tota hæreditas sit exhausta? spectato jure communi hæredibus in rebus certis institutis jus universum, & cum hoc in portionis deficientis partes æquales jus accrescendi competeret, solis autem legatariis absque hærede institutis, si clausula codicillaris expressa non sit, testamentum non haberet effectum; cum vero Ordinatio Patr. Colon. sub institutione clausulam codicillarem

tacitè

tacitè comprehendi velit, teſtamentum, in quo nonniſi legatarii ſunt ſcripti per illam clauſulam ſuſtinetur, & jus univerſum hæredibus ab inteſtato cum obligatione legata exſolvendi obvenit, adeoque uno vel altero ex his legatariis deficiente, ſi deficiens alium allegatarium ſecum ſpecialiter ratione ejusdem rei conjunctum non habet, portio deficientis hæredibus ab inteſtato qua fiduciariis relinquitur, quin hic tamen legatariis ratione juris accrescendi præjudicium fiat, cum nec de jure communi inter legatarios, niſi ſpeciales ſubintret conjunctio, jus accrescendi conceditur. Si verò in rebus certis plures ſint inſtituti hæredes, etiamſi tota hæreditas inde exhauſta ſit, ratione inſtitutionis tamen, quoad jus univerſum, quo quis in perſonam teſtatoris tranſeat, defectus apparet, & non immerito clauſula codicillaris tacite ibidem comprehenſa effectum hujus juris univerſi ad hæredes ab inteſtato devolvendi operatur; hæredes autem in re certa inſtituti pro legatariis habentur, adeoque portio unius ex his deficientis, niſi cum ipſo collegatarius ſpecialiter conjunctus adſit, hæredibus ab inteſtato competit; in hoc itaque caſu, jus accrescendi facta etiam ſuper omnibus bonis diſpoſitione, per cit. §phum, vi ipſius clauſulæ codicillaris hæredibus ademptum eſſe apparet.

§. XVIII.

Respondetur ad rationes ſententiæ affirmativæ.

Quæ autem in §. XIII. ex veroſimili intentione teſtatoris, & ſtatuti ratione pro probanda generali quadam immutatione juris accrescendi adducuntur, argumentum ex ipſo ſtatuto petitum, & convincentem ex modo ſtatuto interpretandi deductam excluſionem non enervant; quæcunque etiam intentio teſtatoris fuerit, hæc tamen de jure legibus ſemper accommodata cenſetur, & quæcunque etiam in teſtatore juris ignorantia præſumi poſſit, hæc tamen de jure non admittitur, cum itque varia, quibus teſtator jus accrescendi avertere potuiſſet, remedia de jure ſunt ſuppeditata, teſtator, qui iis uſus non fuit, in jus accrescendi conſenſiſſe de jure præſumitur; neque ex ſtatuti ratione ibidem declarata aliquid evincitur, qualis enim mens fuerit legislatoris ſtatutarii, tum ex claris verbis ſtatuti, tum ex voluntate legislatoris, quantam etiam juri communi authoritatem tribuere, & quousque à jure communi recedere voluerit, ex ipſis ſtatuti verbis, & horum contextu, ſpectato ſimul caſu in cit. §pho denotato determinatur. Cum itque legislator ſtatutarius in fine Prooemii diſertis verbis aſſerit, in aliis quibuscunque caſibus ad jus commune attendendum eſſe, caſus quoque

cohæ-

cohæredis deficientis ſub deciſione ſtatutaria non comprehenſus ex jure communi deciſionem requirit, adeoque jus accrescendi pro illo hæredibus relinqui, inde rectè evincitur.

§. XIX.

CONCLUSIO.

Hæc ſunt, quæ de clauſula codicillari ad effectum ſucceſſionis hæredum ab inteſtato ſub hæredis inſtitutione per cit. §phum comprehenſa, & quæſtionem non levioribus difficultatibus expoſitam, an nimirum huic clauſulæ codicillari tacitæ, ut illam effectum ſupplendæ ſolennitatis internæ pro caſu teſtamenti ſine inſtitutione liberorum conditi operari, ex *Eleuteratione Ordinationis Patr. Colon.* ad cit. §. VIII. apparet, etiam effectus ſolennitatum externarum defectum ſupplendi tribuatur pro ſua gravitate enodare, ratio inſtituti non patitur, atque jus accrescendi hæredibus competens ipſo Electoratu Noſtro Coloniensi limitatum, non ſublatum eſſe, in compendio demonſtràſſe ſufficiat

TANTUM.

POSI-