



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Tractatus Exegeticus Ad Librum III. Decretalium Gregorii
IX. Materiam successionis Testamentariæ, & Legitimæ,
nec non Parochorum, Regularium, & Patronorum jura,
aliaque ad rem Liturgicam spectantia ...**

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1740

§. I. Quid, & quotuplex sit Testamentum? Et cujus Juris Testamentifactio?

[urn:nbn:de:hbz:466:1-63798](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-63798)

mort. caus. donat. l. 1. §. 2. ff. de Tabul. exhib. & docet cum aliis Menoch. de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 3. num. 6. & 7. Pressius verò acceptum testamentum ab aliis ultimæ voluntatis speciebus plurimum differre ipsa præsentis Tituli rubrica satis indicat, & notat ibidem Panormit. num. 1. Nos de singulis speciebus ea, quæ juris plani sunt, prolixius exponemus, in jure controverso dirimendo ob foliorum angustias nonnihil contractiores, aut parciores futuri. Sit igitur

§. I.

Quid, & quotuplex sit Testamentum? Et cujus Juris Testamentifactio?

SUMMARI A.

1. Etymologia Testamenti. 2. Ejusque definitio refertur. 3. 4. Cum paraphrasi. 5. De veteri testandi ritu remissivè. 6. Testamentum dividitur in solenne & minus solenne. 7. In scriptum, & nuncupativum. 8. In paganum & militare. 9. Cujus juris sit testamentifactio? Certa ab incertis secernuntur. 10. Qui eam ex jure nature derivant, quatuor potissimum argumentis utuntur. 11. Ego testamentifactionem juri positivo tanquam suo fontali principio adscribo. 12. Prælucente tamen æquitate naturali. 13. Solvuntur Argumenta Naturalistarum.

Testamentum etymologiam suam trahere videtur Justiniano princ. Inst. de Testam. Ordin. à mente, ac idem sit, quod testatio mentis, quia auspam serius, & efficacius mentem suam declarare creduntur homines, quam dum de rebus suis disponunt in tempus mortis. Est verò Testamentum, non vox composita, & ex duabus dictionibus conflata; ut perperam censuit servius sulpitius, quem justè carpit Gellius in Noct. attic. lib. 6. c. 12. sed simplex omnino, ad instar Novationis l. 1. ff. de Novat. Possessionis l. 1. princ. ff. de A. vel A. P. Mutui l. 2. §. 2. ff. de R. C.

Testamentum à Modestino in l. 1. ff. qui Testam. fac. definitur, quod sit voluntatis nostræ justa Sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, majoris claritatis gratia addunt communiter DD. hæc verba: *Directam heredis institutionem continens*. Est enim directa heredis institutio quæ basis, & fundamentum omnis testamenti §. 2. Inst. de fideicom. hered.

Dixi claritatis gratiâ has particulas à DD. adjici, quia, ut bene advertit Bartolus, illæ jam implicite in definitione in verbo *justa* continentur. Est enim *justa Sententia* idem, quod legitima, solennis, plena, ac integra, sive,

sive, quod testamentum solennia juris intrinseca habere, & ex natura sua omnium bonorum dispositionem continere debeat, quia nullus paganus partim testatus, partim intestatus decedere valet. §. 5. *Inst. de hered. instit.* sicut ex adverso testamentum non jure factum, sive injustum vocatur in *l. 1. ff. de Injust. rupt.* in quo solennia juris deficiunt, ita, ut *justum* pro solenni, *injustum* verò pro non solenni accipiantur.

3 Dicitur in definitione voluntatis nostræ. Per quod indicatur, quod testamenta ex alieno arbitrio dependere non possint *l. 32. princ. ff. de hered. instit.* & ut excludantur servi, filii familias, impuberes, furiosi, prodigi, qui de jure liberum propriæ voluntatis arbitrium non habent.

4 Dicitur ulterius de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Quibus verbis indigitur, quod viventis nulla sit hæreditas, quæ est jus succedendi in universa bona defuncti, tempore mortis relicta. *l. 24. ff. de V. S. l. 62. ff. de R. J.* unde etiam D. Paulus ad *Hebr. 9. ubi Testamentum est*, inquit, *ibi mors testatoris intercedat, necesse est.* Est enim voluntas hominis ambulatoria usque ad supremum vitæ exitum *l. 4. ff. de adim. Legat.* unde testamentum semel ritè perfectum potest ab eodem testatore semper, & quotiescunque placuerit, revocari *l. penult. C. h. t.* licet in priori testamento expresse cavisset, se nolle mutare, vel revocare. *l. 22. ff. de Legat. 3.*

5 Triplex veteribus testandi genus erat. Unum, quod *calatis comitiis* fieri dicebatur, alterum *in procinctu*, & tertium *per æs, & libram.* Vid. §. 1.

Inst. de Testam. Ord. Gellium in Noct. attic. lib. 15. cap. 27. Alexand. ab Alexand. *Genial. dier. lib. 4. cap. 3. pag. 900. & seq.* Forcatul. *Necyomant. Dialog. 14.* qui obsoletam hanc testandi formam fusius exponunt.

6 Testamentum hodierno jure dividitur I. in *solemne & minus solemne*, sive privilegiatum. Illud ad sui subsistentiam magnum solennitatum apparatus desiderat, de quo nos §. seq. Huic solennitates aut omnes, aut aliquæ saltem sunt remissæ. Privilegiaria id genus testamenta in §. 3. exponemus.

7 Testamentum dividitur II. in *scriptum, & nuncupativum.* Illud à testatore in scriptis ita conficitur, ut, quis hæres scriptus sit, testibus necessario patere non debeat. In isto testator nomen hæredis & legatorum dationem coram testibus palam nuncupat *l. 21. §. 2. & l. 29. C. h. t.* Posterior hic testandi modus ferme in necessitate tantum locum habet, & ubi instans mortis periculum solennem scripturam non admittit. Et licet hodie ad faciliorem probationem etiam hoc communiter à Notario publico in Scripturam redigi soleat, ut scilicet casu, quo unus, vel alter testis ante executionem testamenti moreretur, fides rei gestæ per scripturam Notarii fieri possit, per hoc tamen *nuncupativum* esse non desinit. Jul. Clar. *Quest. 4. num. 2.* Regulariter autem usus scriptotenus testandi obtinet, & hoc ideo, quod testator, qui voluntatem suam circa hæredem, & legatarios palam declarat, malorum hominum insidiis facile subjacere possit. Vid. Puffendorf. de *J. N. & G. lib. 4. cap. 10. §. 6.*

Te-

Testamentum dividitur III. in *paganum*, & *militare*. Illud extra militiam, istud à milite in expeditione constituto conficitur. De utroque prolixius in §§. seqq.

Cui juri originem suam debeat testamentifactio, sive facultas testandi, jam quaeritur? Illud ex omnium confessione certum esse, scribit Stryckius de *Cautel. Testam. cap. 1. §. 5.* quod nec Divino, nec humano jure, nec per ullius loci statuta necessitas condendi testamenta imposta, sed potius cujuslibet arbitrio relictum sit, *testatusne*, an *intestatus* decedere malit. Non minus nobis certum videtur, testamentifactionem, in quantum illa inter plebsque gentes usitata, & jam olim ante jus Romanum recepta fuit (id quod multis variarum gentium exemplis probat Harprecht ad *Inst. princ. h. t. num. 64.*) *juris gentium* esse, siquidem illud *juris gentium* esse dicitur, quod apud omnes gentes peræque custoditur §. 1. *Inst. de F. N. G. §. C.* Certum itidem habemus, testamenta si ex forma, ac reliquo solennitatum apparatu spectentur, esse creaturas *juris civilis*, hoc quippe jure solennitates pro ritè & legitime condendis testamentis esse introductas constat ex *l. 21. C. h. t.*

Id vero incertum, & inter jurisperitos oppidò controversum existit, an supposita rerum divisione ex natura domini fluat, ut quis de rebus suis in tempus mortis disponere, suarumque rerum successorem designare valeat, sicque testamentifactio *juris naturalis* sit, num verò hanc vim, & efficaciam juri *positivo*, maxime *Romano*, in acceptis ferat? Qui ex *jure naturæ*

tam nobilem domini effectum pro manare contendunt, quorum non pauci etiam ex nostratibus sunt, persuadentur I. ex communi mortalium voto, qui si ante omnem casum particularem fuissent interrogati, num expediat dominio eam tribuere efficaciam, ut dispositio in tempus mortis facta subsistat, procul dubio in id consensissent, cum ea mente quisque præsumatur esse præditus, ut malit facultatuna suarum habere hæredem amicum suum, quàm bona sua, multis impendiis quæsitâ, quasi *pro derelicto* habere: id vero, quod homines ante omnem casum particularem ab authore naturæ quæsitâ respondissent, dicitur esse *juris naturæ*. II. Nisi suprema elogia jure naturæ firma subsisterent, plurima inter homines oriretur confusio; bona quippe morientium à puncto mortis fierent vacantia, & rediret prima communio bonorum, & cum illa (ut olim factum est) susque deque verterentur omnia, ut rem penitus trutinanti patebit. III. Certum est, quod hæc vis, & efficacia dominio in fit de jure naturæ, ut quis rei suæ dominium non tantum *purè* & statim in alterum transferre possit: sed multo magis in *diem* vel *sub conditione*; quid autem aliud est hæredis institutio, legatum, fideicommissum &c. quàm translatio domini in *diem*, & ex eventu mortis suspensa? IV. In confessio est, defunctum ex debito creditoribus manere obligatum, ita, ut illis ex bonis ejusdem relictis satisfieri debeat; quod si ergo ejusmodi obligationes morte debitoris non perimuntur, quid vetat dicere, bona testatoris per ultimam voluntatem ita manere affecta, ut

ea nemo alius capiendi jus habeat, præter hæredem à se scriptum? Ita cum Covarruv. lib. 3. Var. resolut. cap. 6. uum. 7. Molin. tract. 2. de J. § J. disp. 124. in fin. sentiunt ex nostratibus Magnif. P. Schmier. lib. 3. tr. 3. part. 1. cap. 1. num. 24. P. König ad h. t. num. 8. Clariss. P. Böck in Comment. ibid. num. 4. Clariss. D. D. Peregrini Inst. de Testam. Ordin. num. 4.

11 Ego suprema testantium elogia solo jure positivo, prælucente tamen, æquitate naturali, sustineri contendo. Ratio mea est, quod dominia non alium in finem introducta sint, quam ut tranquillitati generis humani prospectum esset, nec alii eidem effectus attributi, quam quos usus commerciorum efflagitavit: veluti ergo mors hominem ex hominum societate auferit, & commerciis eximit, ita ejus dominium extinguit, & effectus inde promanantes sufflammat: neque enim satis perspicio, quomodo jus transferendi rerum suarum dominium in defuncto moraliter adhuc perseveret, in quo jus acquirendi, vel acceptandi perdurare nequit: ut hæres ex ejus voluntate jus capiat, qui tamen ipse nullius amplius juris acquirendi capax existit: ut mors testatoris vitam tribuat testamento, hos inquam effectus quomodo tribuat jus naturæ, non perspicio. Et sane, si testamentifactionem jus naturæ adeo fecundasset, ut post fata quoque testatoris vim suam exereret, quomodo id fugere potuisset veteres Germanos, quibus teste Tacito de mor. Germ. & Alexandro ab Alexandro Genial. dier. lib. 6. cap. 10. de bonis suis testari fas non erat. Nec illud nos fugit, ante tempora solonis

nullam extitisse testamentifactionem. Ita enim Plutarchus in vita solonis: etenim antea (hoc est ante tempora solonis) non erat jus testamentum condere. Cur ita? Sequebantur prisca homines (ait Forcatulus Comment. de J. § J. ad l. 5. ff. de LL. num. 22.) rationem, legemque naturæ vocantis liberos, deinceps propinquos. V. l. 7. ff. de bon. damnat. l. fin. C. Quor. bonor. adeo nihil ex jure naturæ testamentifactionem habere, prisca existimatum est, ut potius eidem contrarium censerent. Melius ergo dicimus cum Papiniano in l. 3. ff. h. t. testamentifactionem juris publici esse, hoc est, ut explicat Besold. in delib. jur. ex lib. 28. § 29. ff. quest. 1. „ quia naturaliter mors omnia solvit (cum lex „ sit domina corporum, & bonorum) „ concessum est, ut quis in vita dispo- „ nere possit, quod fieri debeat post „ suam mortem.

Addidi tamen in Conclusionem: prælucente æquitate naturali. Nihil enim tam conveniens est æquitati naturali (ait Imperator in §. 40. Inst. de R. D.) quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi, maximè, si illa ultima fuerit l. 1. C. de SS. Eccles. unde Cicero lib. 3. de finib. ait, instinctu quasi naturæ omnium gentium animis desiderium quoddam condendi testamenti, ac posteritati consulendi insitum esse. Hac ergo æquitate moti Legislatores Politici, ne cassa forent suprema hominum elogia, vim & efficaciam suis demum legibus iis tribuere, publicè enim expedit (ait Paulus in l. 5. ff. testam. quemad. aper.) suprema hominum judicia exitum habere. Quo nostra

D

Sen-

Sententia magis firmetur, ab oppositionibus AA. supra recensitis jam vindicanda est.

13 Ad I. igitur dicimus, illo haud aliud probari, quam quod spectata rerum natura desiderium quoddam homini inditum sit, designandi sibi successorem, & hæredem bonorum suorum, quod desiderium ut ut justum, & æquum sit, infirmo tamen adeo pede subsistit, ut, nisi lege positiva, suffulciatur, exitum haud inveniat. Nam si, quidquid naturalem sapit æquitatem, aut ad quod homines naturali instinctu feruntur, ex ipso jure naturæ vim, & subsistendi efficaciam habeat, jam ferme nihil erit, quod se contra juris positivi ordinationes tueri non valeat. Sumamus exemplum ex hac ipsa præsentia materia. Sententia non paucorum est, testamentum, ubi numerus septenarius testium haberi non potest, in præsentia paucorum conditum non subsistere, & tamen pro valore talis testamenti stare videtur æquitas naturalis: quippe, quæ ad impossibile neminem vult obligari: non ergo bona est illatio: hoc aut illud conservari naturaliter æquum est: ergo vim subsistendi habet ex jure naturæ. Ad II. reponimus, trepidare timore inani AA. ubi non est timor; siquidem, ne similis confusio oriatur, per leges positivas, quæ tam successionem testamentariam, quam legitimam, sive ab intestato debite or-

dinarunt, suisque regulis instruxerunt, abunde prospectum est. Ad III. negamus testamentifactionem esse actum conditionalem, ipsi enim AA. admittunt, dispositionem testamentariam, ad hoc, ut post mortem sustineatur, debere tam ex parte voluntatis ipsius testatoris, quam ex parte requisitorum esse perfectam, & nudam duntaxat executionem mortis eventui esse alligatam; quod secus se habet in actibus conditionalibus, ubi ipsa dispositio non dicitur esse completa & perfecta, sed perfectionem suam demum ex conditionis existentia indipisci. Deinde hæc conditio: *si mors testatoris sequatur*, non est conditio propriè talis, cum ejus existentia sit necessaria l. 9. §. 1. ff. de Novat. l. 18. ff. de condit. indeb. Ad IV. Respondetur, latam esse disparitatem inter actus illos, qui producant obligationem justitiæ, & inter actus ultimæ voluntatis, qui ab unius disponentis arbitrio dependent: in illis quippe jus creditori vivente adhuc debitore plene quæsitum est, unde eadem per mortem debitoris jus crediti auferri non potest: e contra in istis nulla duntaxat spes hæredem alit; quapropter testator, si hæredem, quem primò scripsit, mutata dein voluntate prætereat, nullam ei infert injuriam, quia ambulatoria est hominis voluntas usque ad extremum vitæ habitum l. 4. ff. de adim. vel transfer. legat.

