



**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

§. II. De Testamento solenni scripto, & nuncupativo.

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

§. II.

De Testamento solenni scripto, & nuncupativo.

SUMMARI A.

14. Solennia Testamenti sunt vel interna vel externa. 15. Inter requisita ad testamentum solenne requiritur septenarius numerus testium. 16. Quo deficiente ex quocunque casu testamentum est nullum. 17. De legalitate testium? 18. 19. Rursus alii recensentur, qui testes legales non sunt. 20. Eorum legalitas adesse debet tempore conditi testamenti. 21. Sustinetur tamen testamentum, si communi errore testis pro habili agnitus fuit. 22. Quomodo actui testandi testes presentes esse debeant, & quod eorum officium? 23. Testamentum debet uno contextu condi, nullo actu extraneo, non necessario, intermediente. 24. An contractus actui testandi jam cæpto intermisceri possit? 25. Scribere testamentum eodem tempore, quo reliqua solennia adhibentur, necesse haud est. 26. Qualiter Testamentum scriptum confici debeat? 27. De subscriptione testium. 28. In quo differat testamentum scriptum à nuncupativo. 29. 30. Resolvitur illa questio, an solennitates de Jure Civili præscriptæ etiam de Jure Canonico requirantur? 31. 32. Oppositio ex Fagnano destruitur. 33. Rursus alius ejus assultus reprimitur. 34. Clerici in Romano Imperio se legibus Testamentariis à Jure Civili statutis conformare non tenentur. 35. Solvitur Objeçtio. 36. Refertur Argumentum illorum, qui Jure Canonico certas solennitates præscriptas esse contendunt. 37. Oppositum verius esse propositis rationibus ostendimus. 38. Qui Testamentum solennitatibus destitutum pro foro interno valere dicunt, referuntur. 39. Negantium Argumenta audiuntur. 40. Media aliorum Sententia proponitur. 41. Nobis negantium fundamenta præplacent. 42. Respondemus affirmativam tenentium argumentis. 43. Alia oppositio enervatur. 44. Testamentum scriptum ex defectu solennitatum nullum an valeat in vim nuncupativi? 45. Nos affirmare non veremur. 46. Argumenta negantium referuntur. 47. Et resolvuntur. 48. Testamentum facta denominatione hæredis cum relatione ad schedam valere multi defendunt. 49. Contrarium ostendimus. 50. 51. 52. Et nostram Sententiam ab oppositionibus vindicamus. 53. Hæres in Testamento nuncupativo testes latere non debet. 54. Alia questio priori connexa, & similis resolvitur.
14. Solennia Testamentorum solent, quæ circa eam observari debent, de quibus nos infra, & Stryck. de Caulel. Testam. cap. 16. Externa solennia sunt illa requisita, quæ ad testamentum ritè & valide condendum à jure sunt

præscripta, & forma testamentorum dicuntur.

15 Horum requisitorum I. est septenarius ad minimum numerus testium §. 3. *§ fin. Inst. de Testam. Ordin. l. 8. princ. C. qui Testam. fac. poss. R. J. tit. von Testamenten §. und sollen die Notarien ic.* Rationem hujus numeri septenarii reddunt Bachov. ad d. §. 3. *Inst. de Testam. Ord. n. 1. & Wilsenbach. ad Instit. disp. 17. thes. 9.*

16 Verum hic mox oritur quaestio, an, si septenarius testium numerus haberi non possit, testamentum coram paucioribus conditum jure valeat? Negativa mihi in puncto juris videtur verior, affirmativa vero æquior, & benignior. Quam in specie quoad testamentum tempore pestis confectum defendunt Gail. lib. 2. observ. 118. num. 12. Clarus in §. Testament. q. 56. num. 3. cum aliis apud Sande Decif. Frisic. lib. 4. tit. 1. definit. 4. multisque præjudiciis tum Camerae Imperialis, tum aliorum tribunalium confirmant. Illius fundamentum defumo ex l. 12. C. de Testam. ubi indefinitè & generaliter dicitur, testamentum suo robore destitui, si vel unus de septem testibus deficiat, nec distinguit, an septem testes adhiberi potuerint, nec ne; unde nec nos distinguere debemus. Deinde Testamentum rusticorum, quod in eo privilegiatum est, ut, si septem testes haberi nequeant, sufficiat adhibere quinque l. fin. C. de Testam. non subsistit coram duobus aut tribus testibus confectum, etiam eo casu, quo quinque testes inveniri non potuere per textum perspicuum in l. fin. C. de Testam. ibi: *Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque*

ad quinque modis omnibus testes adhiberi jubemus, minus autem in nullo modo concedimus; ergo nec in testamento solenni impossibilitas adhibendi septem testes solennitatem hujus numeri supplebit: nam testandi necessitas nemini est imposita; unde talis testator non potest causari impossibilitatem, quin potius suæ imputet oscitantia, quod ejusmodi circumstantias, in quas se delabi posse facile prævidere potuit, non præoccupaverit, & maturius, ac in loco, ubi hic numerus testium commode haberi potuisset, suum ultimum elogium non condiderit. Vid. Stryck. de caut. Testament. cap. 14. §. 15. & seqq. Clariss. DD. Joann. Sigismund. Stapff in Dissert. jurid. de Testam. solenn. part. 1. cap. 2. §. 2. qui pluribus hanc Sententiam muniunt argumentis, simulque adversæ Sententiæ robora evertunt.

Ut porro testes solennitatem ad-
17 dant testamento, debent illi imprimis esse rogati, id est, moniti, quod testamenti causa adhibeantur, unde non officit, quod in hunc finem non fuerint specialiter vocati, modo aliunde præsentibus de negotio coram se gerendo admoniti fuerint l. 21. §. 2. ff. qui Testam. facer. R. J. de Anno 1512. tit. von Testamenten. §. es ist auch in Testaments-Noten ic. & ita Recessum fuit à Regula in l. 11. ff. de Testib. ubi legitur: *ad fidem rei gestæ faciendam etiam non rogatus testis intelligitur.* Præterea testes debent esse personæ legales, seu tales, cum quibus est testamentifactio passiva, nec expressè reperiantur prohibiti §. 6. Inst. de Testam. Ordin. de genere prohibitorum sunt, & quidem jure naturæ fu-
riosi,

riof, mente capti, infantes, qui quod usum rationis non habeant, prohibentur testes agere. Jure verò positivo inhabiles reputantur servi l. 20. §. 7. ff. qui Testament. facer. quo loco etiam veniunt infideles, putà Turcæ, Tartari R. I. de Anno 1542. §. und wies wohl ic. imo etiam juxta R. I. de Anno 1512. tit. von Testamenten. §. die Form. homines proprii, quod tamen secus hodie obtinere testatur Otto ad Manzium de Testament. valid. vel invalid. tit. 5. quest. 1. num. 24. Religiosi hic nomine servorum non veniunt, quare cum venia sui superioris testes esse possunt, imo etiam sine ejusdem licentia saltem valide, si non licite testes agunt. Molin. disput. 127. n. 10. Gonzalez in cap. 11. h. t. num. 11. item arcentur fœminæ §. 6. Inst. de testam. Ordin. non ob judicii infirmitatem, sed quia testamenta olim in calatis comitiis, à quibus fœminæ ob sexus ignobilitatem perpetuò exclusæ erant, condicti solita erant. Vid. Stryck. de Cautel. Testam. cap. 15. §. 23. & D. D. Gletle de Testam. part. 1. cap. 2. §. 1. num. 6. Donellum l. 6. cap. 7. & ibi Oswaldum lit. H. Interim illo casu testimonium fœminæ admitti posse tradunt DD. quando tantum de veritate testamenti, & adhibitarum solennitatum quæstio incidit, v. g. quod viderit testes rogatos, vel nullum actum extraneum intervenisse &c. Haunold. tr. 6. cap. 2. contrav. 7. num. 127. Rursus prohibentur in testamento esse testes peregrini, qui Juris Civilis communionem non habent arg. §. 1. Inst. de Testam. Ordin. Moribus hodiernis contrarium obtinet testante Hoppio in usu modern. ad §. 6. Inst. de testam. ordin.

quid de illis censendum, qui ex suo delicto jus civitatis amittere, vide Stryck. ad tit. ff. de capit. minut. §. 7. §. 2. seqq. & de Cautel. Testam. cap. 15. §. 21. Inhabiles quoque habentur muti & surdi, etiam disjunctivè tales §. 6. Inst. de Testam. Ordin. cæci l. 9. C. de testam. Prodigii l. 18. princ. ff. qui testam. facer. damnati ob crimen famosum. d. l. 18. §. 1. Apostata l. 3. C. de Apostat. Hæretici, eorumque receptatores, & defensores Auth. credentes C. de hæretic. quo nomine tamen non veniunt Lutherani, & Calvinistæ in Romano Imperio, qui nobiscum hodie in politicis iisdem fruuntur juribus, & prærogativis. Adulterii & repetundarum damnati l. 14. §. 15. princ. ff. de test. Denique omnes illi, qui ob turpitudinem vitæ à testimonio in judicio dicendo arcentur. arg. l. 20. §. 5. ff. qui testam. facer. Et hi quidem partim à natura, partim à lege simpliciter prohibentur esse testes.

Sunt rursus alii, qui ob commodum, quod ex testamento consequuntur, vel ob patriæ potestatis nexum, quo vel testatori, vel hæredi conjuncti sunt, testes in ejusmodi testamentis adhiberi nequeunt. Ob commodum testis esse non potest hæres sive directus, sive fideicommissarius, sive institutus, sive substitutus, ratio est, quod totum hoc negotium, quod in testamento geritur, commodum, & favorem hæredis, primario, & principaliter respicit, directi quidem immediate, fideicommissarii vel substituti verò mediatè §. 10. Inst. de testam. ord. l. 20. princ. ff. qui testam. facer. nemo autem, ubi de ejus commodo principaliter agitur, testis legalis est. l. 10. ff. de Test. quæ

dispositio etiam afficit patrem, filium, aut fratrem hæredis, non modo durante patria potestate, sed etiam hoc vinculo dissoluto, quia, cum agatur de jure defuncti universo hæredi acquirendo, etiam de proprio ipsorum commodo agi videtur: unde tanquam suspecti à testimonio rejiciendi sunt *l. 9. §. seq. ff. de Testib. Legatarii vero, & fideicommissarii particulares*, ut ut & illi emolumentum ex testamento consequantur, testes illegales non sunt. *d. l. 20. princ. ff. qui testam. facer. §. 10. Inst. de testam. ordin.* quin scilicet testatoris intentio, ejusque ultima dispositio non legatarios, sed hæredem respicit, utpote quem solum universi juris sui successorem nominat, in qua designatione substantia testamenti consistit.

19 Ob *patriæ potestatis* nexum nequit esse testis Pater in testamento filii familias de peculio *castrensi*, vel *quasi tali* extra militiam testantis *§. 9. Inst. de Testam. Ord.* benè verò, si jure militari testetur. *l. 20. §. 2. ff. qui testam. facer.* Vid. Haunold. cit. *Controv. num. 137.* Nec vicissim filius familias in testamento Patris, nec frater in testamento fratris, quamdiu uterque est in sacris paternis. *d. l. 20. princ. §. 1. ff. qui testam. facer.* Ratio est, quod hi omnes ita conjuncti fictione juris pro una eademque persona habeantur, unde si alter alteri testimonium diceret, sibi quodammodo dicere videretur. Quod si subinde patria potestas per emancipationem solvatur, nihil impedit, quominus filius emancipatus in testamento patris, aut vice versa pater in testamento filii, item frater in testamento fratris emancipati testes esse possint,

ratio est, quod hoc casu desinat fictio unitatis personæ, & quod simile testimonium non respiciat commodum testatoris (ob quam causam aliàs ejusmodi conjunctæ personæ in causis judicariis testes esse nequeunt) sed hæredis, caterorumque, quos testator ad suam vocat successionem. In testamento extranei quin personæ per patriam potestatem conjunctæ testes esse queant, dubitare non finit textus in *§. 8. Inst. de testam. ordin.*

Rogas: quod tempus inspiciendum est, dum de habilitate testis quaeritur? item: an testis de se inhabilis communiter tamen pro idoneo habitus officiat testamento, necne? Resp. ad I. non tempus mortis spectari, sed illud, quo testes testamentum signant; unde testamenti valorem non destruit: si testis, qui tempore testamenti conditi habilis erat, ex pòst inhabilis redatur, puta, quod prodigus efficiatur, furere incipiat, aut intestabilis factus sit *l. 22. §. 1. ff. qui testam. facer.* argumento desumpto ex *tit. 19. feud. 2.* ubi de investitura, ad quam pares curiæ adhiberi debent, ita loquitur feudista: *Quid enim peccavit, qui investituram accepit, si illi, quos eo tempore, utpote idoneos, adhibuit, postea PARES esse desierunt.* Aliud dicendum foret de casu, quo testes ad probandum testamenti valorem adhibentur, ibi enimabilitas testium tempore perhibendi testimonii adesse debet *l. 99. in fin. ff. de V. S. Wissenbach ad ff. part. 1. disput. 54. thes. 25.* Ad II. quaesitum 21 dico, testi, qui communiter pro legali habitus est, inhabilitatem occultam non officere, sed testamentum tale ex liberalitate principium sustineri *§. 7. l. de*

de testam. ordin. l. 1. C. eod. arg. l. Barbarius 3. ff. de Offic. Prator. Econtrario vitium infert testamento vitiosa testis conditio, quando vitium non latet testatorem, utut aliis incognitum sit, quia hoc casu testator indignum se faceret, cuius voluntati ex liberalitate principum subveniretur. Suprà laudatus D. D. Stapf d. dissert. part. 1. cap. 2. §. 2. num. 21.

22 Circa testes id porro notandum est, ut sint non modo *physicè*, sed etiam *moraliter* præsentes, hoc est, attento animo, ut sciant, cui rei adhibeantur, in testamento tamen *scripto*, ut sermonis, & idiomatis ipsius testatoris gnari sint, non requirimus, modo alio sensu exploratum habeant, quid coram se agatur. l. 20. §. penult. ff. qui testam. facer. debent insuper toti actui testandi usque ad finem præsentes esse d. l. 20. §. 8. §. 3. I. de testam. ordin. ac insimul à facie testatorem videre l. 9. C. de testam. unde testamentum non valeret, si testes quidem audirent testatorem, videre tamen, obducta forte cortina, non possent, cum facile foret, ut alius quisquam imitatione vocis testatorem simularet. Gonzalez ad cap. 11. b. t. referens exemplum ex Cicerone pro Cluentio. Necessè quoque est, ut testes spontè præsentes sint; inviti enim si adhiberentur, testamentum non subsisteret. l. 20. §. fin. ff. qui testam. facer. debent denique testes singuli sua manu testamento subscribere (loquimur autem hic de testamento *scripto*) l. penult. ff. qui testam. facer. excepto casu, quo testamentum *ruri* conditur, ubi, si septem testes litterati haberi nequeunt, illis, qui litteras callent, pro litterarum im-

peritis subscribere permissum est, hac tamen observata cautela, ut illi, qui scribere nesciunt, *voluntatem testatoris cognoscant* (ut ait Justinianus in l. ult. C. de Testam.) & maxime, quem, vel quos heredes sibi relinquere voluerit, & hoc post mortem testatoris jurati deponant. Extra hunc casum scribendi imperitia non excusaret, sed tunc testatori, ut *nuncupativè* ultimum suum condant elogium, suadet Stryck. de cautel. testam. cap. 15. §. 38. Interim, ut singuli testes nomen testatoris in sua subscriptione exprimant, haud necesse fore judicat D. D. Stapf cit. cap. §. 3. num. 2. quia ipse Jurisconsultus in l. 30. ff. qui testam. facer. non utitur verbo debet, vel oportet, sed verbo *convenit*, quod congruentiam, non necessitatem denotat. Quamquam & hoc casu contrarium observare tutius censeat laudatus Stryckius cit. loc. ubi etiam formulam subscriptionis ex Brunnemano suppeditat. Veluti autem *subscriptio*, ita *subsignatio* testium necessaria est, quidem annulo vel proprio, vel alio, ipsius quoque testatoris, aut alio instrumento characterem habente l. 22. §. 2. ff. qui testam. facer. §. 5. Inst. de testam. ordin. de quo ultimo tamen disputatur. Vid. Vinnius ad d. §. 5. n. 3. Richter ad l. 21. C. b. t. n. 54. & seqq. mox laudatus Stryckius cit. cap. §. 36. rursus hic cautelam subjicit, ut, si testis alieno annulo utatur, carentiam proprii exprimat, scribendo: in *Er-manglung meines Petschaffes, habe ich mit des Mevii Signet gesiglet*. Signatio verò, utrum de die, an de nocte fiat, nihil refert. d. l. 22. §. penult. ff. qui testam. facer.

Alterum requisitum ad testamen-
tum

tum *solenne*, quod ipsum actum testandi respicit, in eo consistit, ut uno contextu fiat, nec ullus actus extraneus, ad ipsum negotium principale impertinens, interponatur; secus testamentum taliter interpolatum viribus carebit. §. 3. *Inst. de testam. ordin. l. 21. in fin. ff. qui testament. facer.* R. I. de Anno 1512. *tit. von Testamenten, §. die Form* :c. Illi tamen actus, quos vel conditio testatoris moribundi efflagitat, ut est sumere medicinam, cibum, potum &c. aut aliud Symptoma, v. g. morbus comitialis, qui vel testatorem, vel unum ex testibus subito occupare potest, testamentum non interrupt, sed cessante morbi vi cœpta à testatore tela pertexti potest; ipsi tamen testi, si impedimentum, quod eum à loco testandi abesse jubeat, diutius duraret, alius testis surrogandus foret, citra tamen, quod, quæ antea acta sunt, coram surrogato teste repetantur. Vid. *l. 28. C. de Testam.* R. I. de Anno 1512. *tit. von Testamenten, §. die Form eines Testaments in fin.*

24. An *Contractus* actui testandi jam cœpto, sed nondum absoluto, intermisceri possit, inter DD. controvertitur. Stryckius *de cautel. testam. c. 15. §. 40.* distinguit inter testamentum *nuncupativum*, & *scriptum*, in illo negat sine vitio testamenti posse contractum ipsi actui testandi intermisceri, in isto admittit; nam ratio, inquit, ob quam contractus durante testamentifactione celebrari vetatur, est ista, ne scilicet testator ab officio testandi, & convenienti deliberatione, quam actus testandi exigit, avocetur: jam vero hoc periculum duntaxat imminet te-

statori *nuncupativè* testari volenti, quippe, qui omnia tam ad legata, & fideicommissa, quam ad ipsam hæredis institutionem pertinentia viva voce ordinare debet; unde facile contingere posset, ut intermixto contractu, tanquam negotio extraneo, eorum, quæ in testamento ordinare constituit, obliviscatur, qui memoria lapsus non æque in testamento *scripto* timendus est, cum supremum elogium jam supponatur scriptum esse, nec quidquam amplius sit, cujus non meminisse testatorem pœnitere possit. Ponit exemplum: si testamento insertum sit, ædes Mevio venditas esse debere pro mille thaleris, vel prædium Sempronio oppignoraturnum esse debere, quo pertinet *l. 26. ff. de Pignorat. act.* hoc subsisteret, imo, pergit, etiam si hoc testamento insertum non esset, posset tamen testator in præsentia testium, ad testamentum convocatorum, prædium aliquod vel uni testium, vel etiam extraneo vendere, & postea se ad complexionem testamenti antea scripti convertere. Verum, nî mea me fallit opinio, utrumque exemplum est extra rhombum. Nam primum de ædibus Mevio vendendis vel intelligi debet de contractu jam antea inter testatorem, & Mevium inito, & tabulis testamentariis tantum memoriæ causa inserto? vel loquitur de contractu, calente ipsius testamenti negotio, primum celebrando? Si primum, versamur extra statum quæstionis, quia talis contractus ipsi actui testandi immixtus rectè dici nequit, cum actum testandi illum dicamus, quando testator adhibitis omnibus à jure præscriptis solennitatibus voluntatem

tatem suam coram testibus declarat. Si posterius, falsum est, quod non æque per similem actum testatoris animus & cogitatio à præconcepta dispositione ultima averti possit. Nec alterum exemplum de pignore constituendo intentum Stryckii probat, nam, ut bene explicat Harprecht ad §. 3. & 4. *Inst. h. t. num. 10.* hoc sic accipiendum est, quod testator voluntatem suam de pignore alicui constituendo declarare, & hæredi suo necessitatem pignoris constituendi imponere possit; hoc verò non est contrahere, cum ad hoc requiratur utriusque contrahentium consensus, sed est nuda testatoris animi sui declaratio, quid ab hærede fieri velit, tales autem actus, qui à sola testatoris declaratione dependent, testamento sine vitio interferi possunt, prout pluribus exemplis testatum facit Clar. D. D. Peregrini ad *Inst. h. t. num. 6.* Ultima explicatio, quam Stryckius subiungit, non sibi, sed nobis patrocinator, nam, si prius testator alicui testium, vel extraneo prædium vendat, & tunc demum ad complexionem testamenti jam antea scripti se convertat, talis venditio non ipso actu testandi facta est, sed eam præcessit. Unde dicimus cum Harprecht, & aliis magno numero in *cit. §. 3. Inst. h. t. num. 5.* ab eodem recensitis AA. contractum actui testandi neutiquam immisceri posse. Sunt clari textus in *l. 21. §. fin. ff. qui testam. facer.* & *l. 28. C. de testam.* ubi in priori dicitur, quod nullus actus alienus à testamento eidem immisceri possit, esse autem contractum alienum quid, & disparatum à testamento relucet ex *l. 20. ff. de V. S.* ubi dicitur: *Verba CON-*

TRAXERUNT, GESSERUNT non pertinent ad testandi jus. In posteriore textu dicitur, ea, quæ minime necessaria sunt, nullo modo testandi actui inspergenda esse: quis verò dixerit, contractum esse ad testandi actum necessarium? Aliter hanc quæstionem resolvunt Richter in *Comment. ad l. 21. C. de testam. num. 66.* & seqq. D. D. Gletle de *testam. part. 1. cap. 2. §. 1. num. 21.* P. Haunold de *J. & J. tract. 6. cap. 2. contrav. §. num. 115.* quos consule

Forte adhuc quæris; cum dictum sit, actum testandi uno contextu perfici debere, an ergo opus erit, eodem tempore testamentum conscribere, quo reliqua solennia adhibentur? Respondeo nequaquam, sed id pendere ex arbitrio testatoris, qui testamentum alio quocunque tempore conscribere, scriptionem sæpius abrumpere potest: unitas ergo contextus tantum appellat super illos actus, qui pro solennitate testamenti præscripti sunt, ut est voluntatis testatoris declaratio, subscriptio, subsignatio &c. *l. 21. princ. Cod. h. t.* Richter in *Comment. ad cit. l. n. 60.* & seq.

Ulterius ad testamentum solenne scriptum requiritur *Scriptura*; implicat enim in terminis testamentum scriptum sine scriptura: caveri tamen debet, ne testamentum notis, ziphris, aut aliis signis obscuris scribatur. *l. 6. §. ult. ff. de bonor. possess.* quia propter varium sensum, & interpretationem, quam quisque pro suo lubitu simili scripturæ affingere potest, materia litis præparatur. Aliud est circa milites in expeditione constitutos, quibus ense quoque pro calamo uti, suamque voluntatem modo, quo volunt, aut

E

pos-

possunt, propter pericula, quibus eo tempore expositi sunt, exprimere concessum est. *l. 1. princ. l. 40. ff. de testam. milit. l. 15. Cod. eod.* Anni vero, diei, aut mensis expressionem testamentum solenne non requirit, quia *l. 21. princ. C. b. t.* ubi omnia requisita testamenti solennis recensentur, de hac expressione tacet. Similiter nihil refert, in qua materia, & quo idiomate testamentum scribatur *§. 12. Inst. b. t. l. 1. princ. l. 4. ff. de Bonor. possess. secund. Tabul. l. 21. §. fin. C. de testam.* Neque illud necesse est, ut testator sua manu testamentum scribat, sed potest eo mandante ab alio quoque scribi. *d. l. 21. princ. C. b. t. R. I. de Anno 1512. tit. von Testamenten. §. die Form.* Videtur quidem ob stare *l. 29. C. b. t.* ubi Imperator sancivit, ut testator saltem nomen hæredis in suo testamento adscribat, aut si pervim morbi, vel litterarum imperitiam scribere nesciat, hæredem coram testibus nuncupet. Verum hæc constitutio propter nimiam suam subtilitatem postea per *Nov. 119. cap. 9.* recantata, & ejusmodi solennitas remissa fuit. Caveat autem is, qui testamentum jussu testatoris scribit, sibi, vel ei, cujus in potestate existit, vel quem in potestate habet, hæreditatem, legatum, aut aliud emolumentum adscribat, amitteret enim non solum adscriptum, sed insuper in pœnam Legis Corneliæ de falsis incideret. *l. 1. §. ult. ff. de his, quæ pro non script. l. 17. ff. de Lege Cornel. de fals. l. 3. §. 5. C. de his, qui sibi adscrib.* Ne subinde simile relictum inutile evadat, testator sua manu ejusmodi testamentum specialiter subscribat necesse est, hac vel simili formu-

la: *Legatum hoc, quod Semproniam sibi adscribere jussi, recognovi l. 15. §. 1. ff. de Lege Cornel. de fals. l. 2. princ. C. de his, qui sibi adscrib.* Sufficiet tamen generalis quoque subscriptio v.g. *hoc testamentum dictavi, & recognovi,* non expresse nomine scriptoris, si is in potestate fuerit testatoris *cit. l. 15. §. 2. §. 3. ff. de Lege Cornel. de fals.* Siminus, scriptor testamentarius evitabit quidem pœnam falsi, adscriptum tamen capere non poterit *d. l. 15. §. 1. ff. d. t. l. 2. C. de his, qui sibi adscrib.*

Porrò, ut actus testandi legitime procedat, & absolvatur, debet testator scripturam testibus omnibus simul signandam, & subscribendam offerre, addita hac declaratione, quod in hac charta sua ultima voluntas contineatur. Si testamentum fuerit holographum, hoc est, propria testatoris manu scriptum, idque in Tabulis specialiter expressum, necesse non est, ut vel ipse testator, vel alius ejus nomine subscribat per textum in *l. 28. §. 1. C. b. t. de jure tamen novissimo cit. R. I. tit. von Testamenten. §. die Form 10.* testatoris subscriptionem desiderari judicat Haunold. *cit. tract. 6. cap. 2. controuv. 1. num. 79.* Quodsi vero alius testamentum scripserit, testator coram testibus subscribere debet *l. 21. princ. C. b. t. saepe cit. R. I. d. §. die Form 10.* sin scribere nesciat, aut morbo impediatur, octavus testis, ut subscriptor adhibendus est. *d. l. 21. §. cit. R. I.* qui tamen testis non testatoris, sed suum nomen subscribere debet, quanquam consultius fore existimet Stryckius de *caut. testam. cap. 4. §. 26.* utrumque nomen conjungere hujus vel similis tenoris. *Weil Sempronius, der dices Te-*

sta

stament aufgerichtet, selbst nicht schreiben kan, habe ich Titius, als zu diesem Ende insonderheit erbettener achter Zeug, solches hiemit in seinen Namen verrichten wollen. Hæc de solennitatibus testamenti scripti.

- 28 Testamentum nuncupativum in hoc discrepat à scripto, quod testator nomen hæredis palam, & viva voce coram testibus præsentibus enunciet *§. fin. Inst. de testam. ordin. l. 21. princ. ff. qui testam. facer.* quoad cætera solennia utrumque convenit, nisi quod in nuncupatio nulla subscriptio, aut signatio testium requiratur. Hodie plerumque Notarius adhiberi solet, qui voluntatem testatoris coram testibus nuncupatam scripto excipiat, & hoc eo fine fit, ut testibus vel mortuis, vel alio digressis testatoris hanc ultimam voluntatem fuisse probari possit. Quo verò Notarii instrumento fides plena constat, debet illud testatori, & testibus, antequam ab invicem discedant, prælegi. Alleg. R. I. tit. von Testamenten. §. weiter x. Hæc quidem, quæ de solennitatibus utriusque testamenti hætenus attulimus, juris plani sunt. Plures jam se offerunt controversæ quæstiones enodandæ, tum de solennitatibus testamenti in genere, tum de testamento scripto, & nuncupativo in specie, & quidem

- 29 Queritur I. an eadem solennitates, quæ à Jure Civili pro forma, & valore testamenti præscriptæ sunt, Jure quoque Canonico requirantur?

Respond. & Dico I. in terris S. Pontifici pleno jure subjectis ejusmodi solennitates non requiri. Colligitur ex *cap. 10. h. t.* ubi Alexander III. repro-

bat consuetudinem, quæ in Episcopatu Ostiensi (quod territorium teste Molina *disput. 137. num. ult. & Vallens. h. t. §. 2. num. 5.* S. Pontifici quoad temporalia & spiritualia subiectum erat) invaluit, ut testamenta ibidem condita non aliter valerent, quàm si solennitates Jure Civili præscriptæ adhibitæ fuissent.

Respond. & Dico II. Jus Civile in 30 terris Imperii per *cit. Canonem* non esse correctum, ut perperam sensit Fagnanus ad *cit. cap. num. 114. & seqq.* adeoque testamenta laicorum hodie dum secundum LL. Civiles regulanda esse. Ratio est, quod hic non versetur in materia peccati, nec in materia spirituali; unde subintrat Regula, quodlibet jus in suo foro servandum esse. Deinde in *d. cap. 10.* tantum reprobat consuetudo Ostiensium Juri Civili quoad solennitates testamentarias se conformantium, qui populus, ut dictum est, quoad utramque jurisdictionem S. Pontifici subiectus est, ergo non bene infertur, easdem solennitates in terris quoque Imperii à S. Pontifice fuisse reprobatas, & proscriptas, tantum enim correctum, quantum expressum. Nec causa corrigendi rationabilis apparet, siquidem Leges Civiles certas solennitates testamenti præscribentes versantur in materia propria, utpote profana, & politica, nec ullam peccatis occasionem præbent, & dum fraudibus viam præcludere nituntur, *l. fin. C. de fideicom.* finem omnino habent honestissimum. Quem ergo nævum in his LL. invenias, ut spongia opus sit?

Opponit Fagnanus *cit. cap. 10. h. t. 31* ubi disertè dicit Pontifex, Leges Civi-

les testamentarias impingere in Jus Divinum, quippe quod numero duorum aut trium testium contentum est, repugnare SS. Patrum Institutis, & generali consuetudini Ecclesiæ: deleri ergo voluit has Leges pro universo orbe, quæ sine peccato observari nequeunt.

32 Meherclè vehementer hic hallucinatus est Fagnanus, non ait Pontifex in *d. cap. 10.* præsentiam septem testium repugnare Juri Divino, institutis SS. PP. generali consuetudini Ecclesiæ, sed tantum *alienam*, hoc est diversam esse, quatenus nempe numerus septenarius testium secundum Jus Divinum, doctrinam SS. Patrum, & observantiam Ecclesiæ necessarius non est; secus, si ex sensu Fagnani hic textus interpretandus foret, sequeretur hoc absurdum, quod Pontifex in *b. cap.* sibi contradixerit, dum præter duos vel tres testes etiam præsentiam *Parochi* requisivit. Quod igitur Lex Divina duorum testimonium sufficiens esse asserat, ita intelligendum est, ut scilicet duobus testibus prudenter credi possit, unius vero testis dictum plenam fidem non mereatur, ut aliquis exinde condemnari possit, non verò, quod pro exigentia causæ plures subinde testes adhibere non expediat, ut constat ex *cap. 23. de Test.*

33 Instat Fagnanus: ut quid ergo Pontifex in *cit. cap. 10.* illos, qui testamentum minori, quam septenario testium numero subnixum impugnare ausint, excommunicationis fulmine percellit, cum notum sit, quod excommunicatio nisi ob culpam lethalem, infligi non possit. Per *cap. 41. & seq. C. 11. Q. 3.* Sed inanis hic est

strepitus. Non omnibus, qui testamenta solennitatibus destituta impugnare sustinent, hoc fulmen interminatur Pontifex, sed iis duntaxat, qui in terris sibi pleno Jure subjectis consuetudinem à se reprobata posthac tueri, & contra testamenta in præsentia Parochi, & duorum, aut trium testium condita ogganire præsumpserint. Hoc fulmen ergo Germanos, & qui extra territorium S. Pontificis constituti sunt, non ferit.

Respond. & Dico III. dictam Alexandri III. Constitutionem in terris Imperii eatenus obtinere, ut personæ Ecclesiasticæ in condendis testamentis LL. Civilibus non stringantur. Ex quo enim *d. Pontificis Decretalis*, prius ad territorium particulare emissa in Corpore Juris recepta est, facit jus universale, non pro Laicis, ut dictum est: ergo pro personis Ecclesiasticis, quæ, ubi Jus Canonicum contrarium statuit, etiam in materia adiaphora LL. Civilibus stare non taxentur *arg. cap. 9. de foro compet.* ubi causas eorum forenses non secundum LL. sed secundum Canones decidendas esse jubet Pontifex, cur ergo aliud dicamus de eorum testamentis?

Nec dicas: Clerici sunt cives, & membra Reipublicæ politicæ, ejusque commodis non minus, ac Laici fruuntur: ergo æquum est, ut conforment se legibus civilibus in negotiis suapte natura mere politicis, cujusmodi negotium est ipsa testamentifactio. Resp. hoc dogma eo tantum casu obtinere, ubi pro personis Ecclesiasticis Jus Canonicum in specie nihil disponit, veluti in Contractibus accidit, quos Clericos æque ac Laicos secundum

dum formam à LL. Civilibus præscriptam celebrare convenit; censetur enim Jus Canonicum eam tacite recepisse, ubi contrarium non statuit *arg. cap. 1. § 2. de N. O. N.* Interim, si alicubi consuetudo vigeat, ut Clerici secundum formam à Jure Civili præscriptam testentur, eam reprobendam non censemus, quia nil aliud infertur, quàm quod quoad hoc punctum LL. Civiles Clerus receperit, quas recipi tantum pro suis terris vetuit Pontifex in *d. cap. 10. V. Molin. disp. 133. num. 7.*

Quæritur II. An repudiatis solennitatibus Juris Civilis Jus Canonicum pro forma substantiali testamenti alia solennia præscripserit? Sunt non pauci interpretum, qui duorum, aut trium testium, unà & Parochi ipsius testatoris proprii, aut ejus loco aliorum duorum testium præsentiam pro forma testamenti de Jure Canonico præscriptam esse contendunt. Movetur *d. cap. 10. h. t.* ubi Pontifex litem de solennitatibus testamenti subortam his verbis decidit: *Testamenta, quæ Parochiani coram PRESBYTERO SMO & tribus, vel duobus aliis personis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma decernimus permanere.* His verbis putant, Pontificem formam duntaxat Juris Civilis immutare, & loco septenarii numeri testium Parochi, & duorum aut trium testium præsentiam substituere voluisse.

37 Verum ex hoc textu id neutiquam probari, sequentibus Argumentis evinco. I. In *cit. cap. 10.* Pontifex reprobat solennitatem Juris Civilis ex hoc capite, quod majorem numerum testium exposcat, quam qui ad ple-

nam probationem necessarius est: ergo suæ intentionis non fuit, exigere certam aliquam solennitatem, sed tantum probationem. Quodsi enim præter duos vel tres testes pro forma requisivisset præsentiam Parochi, vel loco illius alios duos testes, ut volunt Panormit. & Covarruv. adeoque in effectu 4. vel 5. testes, quid causæ habuisset, tam rigide, & cum objectione Legum Divinarum improbandi Jus Civile, quæ subinde quinque tantum testes requirit, adeoque vix uno plures, quam Jus Canonicum. Deinde Pontifex sibi ipsi contradiceret. (ut supra jam notavimus) si præter duos, vel tres testes adhuc Parochum, vel duos alios testes desideraret. II. *d. cap. 10.* præcise dicit, quod testamentum coram duobus vel tribus testibus, & præsentem Parochum conditum valeat, non autem sic fieri jubet, prout etiam in *cap. 11. h. t.* ad testamentum *piæ causæ* duorum testium mentio fit, non quod illi ad substantiam, & solennitatem requirantur, sed ad probationem ut in *§. seq.* cum comuni probabimus: ergo signum est, quod tantum ad probationem, non verò pro forma substantiali requiratur; nam si hæc fuisset intentio Pontificis, clarius expressisset, prout ex aliis legibus formas substantiales præscribentibus patet, ut ex *cap. 42. de Elect. Extrav. ambitiosa* & *t. t. de Rebus Eccles. alienand.* Concil. Trid. *Sess. 24. de Reform. Matrim. cap. 1.* & alibi. III. Etiam ex eo falsitas interpretationis, quam AA. *d. cap.* affingunt, patescit, quod prudens ratio aliqua assignari nequeat, cur in testamentis, ceu in negotio pure profano, intervenire debeat Parochus

chus & quidem proprius, quid enim illarum dispositiones ad Parochum? Et sane grave nimium onus imposuisset Pontifex Parocho, & ejus Parochianis, dum ille Parochianis testari volentibus perpetuo adesse, illorum vero suprema elogia, dum Parochum aliis forte negotiis distentum habere non possent, frequentius cassa redderentur, quia, quod gravius est, ipse quoque Parochus de bonis suis Patrimonialibus, vel quasi talibus testari nunquam posset, utpote qui proprium Parochum non habet. Cur vero in cit. cap. 10. presentiarum Parochi mentionem fecerit Pontifex, ratio hæc specialis reddi potest, quod ibidem de illis testamentis locutus fuerit, quæ homines in ultima voluntate, hoc est, jam morti vicini condere solent, in quibus circumstantiis cum communiter assistere moribundis soleat Parochus, ejus mentionem occasionaliter & narrative, non vero dispositivè, Pontifex fecit. Est ergo finalis nostra Conclusio, quod de Jure Canonico nulla prorsus exigatur solennitas, sed, quomodocunque constet de testatoris voluntate, testamentum subsistat. Videatur ex nostratibus P. Engel h. t. num. 14. Magnif. P. Schmier lib. 3. tract. 4. part. 1. cap. 2. num. 30. & seqq.

38 Quaritur III. An testamentum ad causas profanas sine solennitatibus jure positivo requisitis conditum non tantum pro foro externo nullum sit, sed etiam pro foro interno? adeoque an hæres vel Legatarius ex tali testamento sibi relictum salva conscientia apprehendere, aut retinere nequeat?

Prima Sententia, quam defendit Panormit. in cap. 8. de Immunit. Eccles.

num. 42. cum Fachineo lib. 4. Controv. cap. 5. & aliis affirmat, ejusmodi testamentum pro foro interno esse validum, adeoque hæreditatem, vel legatum ex tali testamento acquisitum licite ab hærede, vel legatario apprehendi, & retineri posse, imo hæredem ab intestato, si ei alias constet de testatoris ultima voluntate, in conscientia teneri hæreditatem restituere. Ratio eorum prima est, quod ex tali testamento oriatur obligatio saltem naturalis, quod inde desumunt, quia hæres ex minus solenni testamento solum repetere non potest l. 2. C. de fideicom. l. 16. C. h. t. quod signum est latentis saltem naturalis obligationis: ubi enim nulla prorsus subest obligatio naturalis, ibi quocunque errore solum repeti potest per textus perspicuos in l. 7. § 41. ff. de condit. indeb. obligatio autem naturalis in foro interno adimplenda est, quantumvis Jus Civile nullam actionem concedat, ut patet in promissione simplici. Dicunt proinde hi AA. quod Lex Civilis, videlicet l. 21. Cod. h. t. tale testamentum quidem nullum pronuntiet pro foro externo, non vero pro interno, & quod non quidem assistat, sed nec etiam resistat, sed se quasi indifferenter, & præcisivè habeat. II. Probant suam Sententiam, quod solennitates illæ tantum introductæ sint ad evitandas fraudes l. fin. C. de fideicom. consequenter fundentur in præsumptione fraudis, quæ cessat, ubi de voluntate defuncti constat: ergo etiam Lex irritans cessat.

Secunda Sententia, quam propugnant Covarruv. in cap. 10. h. t. n. 6. Menoch. de præsumpt. lib. 1. quest. 80.

&

& ex nostris Magnif. P. Schmier lib. 3. tract. 4. part. 1. cap. 2. §. 3. Clariss. D. P. Engel ad tit. de Constat. num. 54. valorem talibus testamentis adimit, etiam pro foro interno, adeoque obligant heredem institutum in conscientia ad restituendas res ex tali testamento acceptas, & liberat e contra heredem ab intestato, ut nequidem in conscientia teneatur voluntatem defuncti minus solennem, & sibi cognitam adimplere. Ratio I. est, quod Lex Civilis certas solennitates testamentis præscribens sit iusta in foro externo: ergo etiam est iusta in foro interno juxta vulgatum Juristarum axioma: *Leges justæ in foro externo regulariter sunt etiam justæ in foro interno*; aliàs enim, si in præsentī hypothesi hoc principium non obtineret, sequeretur hoc inconueniens non sine multa perturbatione Reipublicæ, quod scilicet ille, cui iudex in foro externo adjudicasset hereditatem contra defuncti voluntatem in testamento non solenni expressam, in conscientia securus non esset, ratio II. ad omnem actum ut valeat, requiritur voluntas, & potestas per cap. 23. de Offic. deleg. ita, ut sola voluntas nequidem pro foro conscientie, & ad obligationem tantum naturalem producendam sufficiat, ubi potestas à Jure adempta est, prout ab inductione probari potest. Sic pupillus pubertati proximus, item filiusfamilias, etsi promptam & enixam voluntatem habeant condendi testamentum, idque reipsa etiam faciant, illud tamen nullam omnino vim, & efficaciam etiam pro foro conscientie habet, ut ipsi AA. concedunt: ergo etiam, quidquid testator in testamento solen-

nitatibus destituto disponere voluerit, inefficax erit ob potestatis defectum juxta l. 21. §. 1. C. h. t. Ratio III. Lex est domina rerum, idcirco potest ex causa dominium auferre uni, & alteri adjicere, ita, ut accipiens etiam in foro interno tutus, & securus sit, ut patet in *præscriptionibus*. Cur ergo idem non possit lex circa testamenta propter defectum solennitatum, quæ tamen propter utilitatem publicam tam sollicitè introductæ fuerunt.

Mediam viam ingrediuntur Layman Theol. Moral. lib. 1. tract. 4. c. 17. num. 2. & 4. Navarr. lib. 3. consil. 1. h. t. Suarez lib. 5. de LL. cap. 37. n. 7. P. Reiffenstuel h. t. num. 106. & seqq. qui docent, ejusmodi testamenta non quidem ipso Jure irrita & invalida esse pro foro conscientie, posse tamen rescindi per sententiam judicis, idque heredem ab intestato licitè petere, tametsi sibi constet de voluntate defuncti: unde in horum sententia hæres institutus, vel legatarius rem absque vi, vel fraude ex tali testamento acceptam restituere prius non tenetur, quam per Sententiam Judicis ad instantiam hæredis ab intestato fuerit evicta. Ratio eorum est, quod omnis Sententia iusta obliget in conscientia; est verò hæc Sententia iusta, utpote lata secundum leges, quibus tale testamentum nullum, & irritum declaratur: ergo in conscientia observanda est, adeo quidem, ut hæres institutus, & restituere iussus ne quidem occulta compensatione sibi consulere possit.

Quamquam verò recensitæ tres Sententiæ probabiles, & teste Haunoldo cit. tract. contr. 3. num. 27. practicè tutæ sit, quamdiu pro nulla parte ligan-

gantium iudex pronuntiat, mihi tamen secunda Sententia probabilior videtur tum ob jam superius allatas rationes, tum ob regulam generalem, quod actus contra juris prohibitionem, sive forma à jure præscripta non observata celebratus sit invalidus per *l. 5. C. de LL. l. 6. C. de Pañ. cap. 64. de R. J. in 6.* nisi speciali aliquo jure sustineatur, quod hic ostendi nequit.

42 Ad primam subinde primæ Sententiæ rationem respondetur, negando suppositum, quod præcise propter obligationem sive naturalem, sive moralem ex imperfecto testamento resultantem conditio soluti non competat, sed potius propter spontaneam hæredis agnitionem, vel acceptationem, & consensum, quo scilicet hæres sciens voluntatem defuncti non solennem, & nihilominus solvens interpretatione juris censetur eam approbare, & juri suo, quod contra illud haberet, renunciare, ita, ut hic verificetur illa Regula Juris 53. ff. de *R. J. cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est.* Et cap. 21. de *R. J. in 6.* quod semel placuit, amplius displicere non potest. Quod ipsum clarè colligitur ex verbis objectæ *l. 16. C. h. t.* ibi: *Etsi voluntas defuncti circa legata, & fideicommissa legibus subnixa non sit, tamen si hæres SUA SPONTE agnoverit, eam implendi necessitatem habeat.* Idem habetur in objecta altera *l. 2. C. de fideicom.* ubi dicitur: *Etsi inutiliter fideicommissum relictum sit, tamen, si hæres comperta voluntate defuncti prædia ex causa fideicommissi præstiterunt* (id est, scienter juri suo renuntiarunt) *frustra ab heredibus ea de re questio*

tibi movetur. Et hoc ideo, quia, ut habetur in *l. fin. C. eod. & §. fin. l. de fideicommissi hered.* testator fidem hæredis elegit, adeoque supponitur, quod hæres fidem suam de præstando fideicommissio interposuerit; & in hoc casu intelligendæ sunt allegatæ LL. quod scilicet posita hac hæredis scientia & agnitione soluti repetitio non competat, quid vero in casu, quo hæres voluntatis defuncti certam scientiam non habuit, vel errore *juris* aut *facti* deceptus solvit, an neque tunc repetitionem habeat, id in *cc. LL.* decisum non est. Ad posteriorem rationem respondetur, leges testamentarias fundari in præsumptione communis periculi committendæ fraudis; jam vero ejusmodi leges obligant pro omni casu, etsi in casu particulari fraus cesset, quia ratio legis adæquata scilicet periculum fraudis adhuc perdurat, uti communiter docetur, & nos hanc doctrinam amplexi sumus *lib. 1. tit. de Constit. num. 53.* Memini quidem me scripsisse in *cit. lib. 1. ad tit. de Pañ. num. 26. & seq.* quod nonnulli contractus à pupillo sine tutoris auctoritate initi, de jure naturæ subsistant, doctrina Panormitani persuasus, qui docuit ad *cap. 8. de Immunit. Eccles. num. 31.* quod solennitates juris positivi tantum adinventæ sint, ut fraudibus, & deceptionibus occurratur, quæ fraudes si subinde cessent in casu aliquo particulari, defectus solennitatum obligationem naturalem non sufflaminat; unde consequentia doctrinæ videretur exposcere, ut eandem regulam præsentī casui applicarem, sicque defenderem, ex defectu solennitatum testamentum quoad forum internum

non

non fatiscere. Verum hæc oppositio non terret, nec mihi ab hac Sententia recessum imperat. Nam, quod teneam, contractus quosdam pupillares, utut solennitas præscripta adhibita non fuerit, saltem jure naturæ subsistere, ratio ista est, quod leges contractui pupillari auctoritatem tutoris pro forma præscribentes respiciant ad aliquam circumstantiam particularem, scilicet judicii infirmitatem, adeoque sint fundatæ in præsumptione *facti*, quæ toties obligare desinunt, quoties in casu particulari ratio legis deficit; contra leges testamentariæ considerant commune periculum fraudum committendarum, unde sunt fundatæ in præsumptione *juris*, sicque obligant pro omni casu. Vide traditas à me regulas ad *tit. de Constit. n. 53.*

43 Illud forte adhuc objici posset, quod multa negentur in foro *externo*, quæ tamen in foro *interno* stringunt, & obligant. Sic infra dimidium læsis denegatur actio, & tamen per hoc obligatio resarciendi damnum in conscientia non est sublata: unde inferas, quod leges testamentariæ, licet testamentum non solenne pro foro *externo* dicant nullum, pro foro tamen *interno* ipsis valorem non adimant. Resp. hoc argumentum hic nil probare, ubi loquimur de actionibus, & obligationibus à jure annullatis, non vero de negotiis validis, ubi propter amputandas lites tantum actio negatur, quod utique fieri posse, non negamus.

44 Quæritur IV. An testamentum scriptum propter defectum alicujus solennitatis invalidum valeat in vim *nuncupativi*, quando omnia requisita ad

istud intervenire. V.g. Titius volens scripto testari convocat testes, scribit hæredem, eumque testibus publicat, antequam omnes subscribunt, moritur testator, quæritur jam, an testamentum Titii, quod ob defectum subscriptionis tanquam solennitatis in testamento *scripto* necessariæ non potest subsistere, valeat saltem in vim *nuncupativi*? Si clausulam illam, testator adjecerit, ut suum testamentum valeat omni meliori modo, quo potest, vix quisquam erit, qui tale testamentum ut *nuncupativum* valere neget, quia adjecta clausula satis declarat, testatorem habuisse intentionem *alternativam*, ut, si sua voluntas ultima non possit sustineri ut testamentum *scripto* factum, sustineatur ut *nuncupativum*. At verò, si ejusmodi clausula testamentum in scripto cœptum, sed non absolutum munita non fuerit, an eo casu vim *nuncupativi* sortiatur, quæstio hodie dum indecisa est.

Affirmativa & rationum pondere, 45 & numero AA. prævalet, quam & nos amplectimur, & sic probamus. Communis est regula, quod quisque præsumatur velle, ut actus suus potius valeat, quàm non valeat, eo saltem modo, quo valere potest, si scilicet magis expedit eum valere, quàm non valere, per *l. 12. ff. de Reb. dub.* ubi ita Julianus: *Quoties in actionibus, aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quàm pereat.* Quod axioma vel maximè in testamentis locum invenit, cum pro favore, & valore testamentorum in dubio semper pronuntiandum sit. per *l. 10. ff. de inoffic. testam.* Quò verò hæc assertio

tio magis declaretur, ac insimul AA. oppositioni occurratur, notandum est, quod in simili casu testator duplicem intentionem habere præsumatur, unam primariam, quæ est, quod velit, ut testamentum suum *scriptum* potius valeat in vim *nuncupativi*, quam ut prorsus non valeat *arg. l. 3. ff. de milit. testam.* ubi testamentum militis volentis testari jure communi valet in vim testamenti *militaris*, quia saltem hujus requisita habuit, non verò illius: ergo idem dicendum in nostro casu. Confirmatur ex *Nov. 42. Leonis*, quæ, licet non omnino authentica habeatur, non tamen omni autoritate apud Jurisperitos destituitur, in qua Imperator pedibus in nostram Sententiam se ire dicit.

46 Argumenta, quibus AA. nostram Sententiam labefactare conantur, sunt sequentia I. ubi absolute, & simpliciter deficit voluntas testandi, ibi nulum potest esse testamentum: ergo etiam, ubi respectivè deficit voluntas testandi, scilicet *nuncupativè*, non potest valere ut *nuncupativum* atqui in casu præsentis deficit voluntas testandi *nuncupativè*, hoc ipso, quod testator in scripto testari cœperit: ergo in vim *nuncupativi* valere non potest. II. Testamentum *scriptum* habens quidem solennitates ad *Codicillum* non verò ad testamentum requisitas, nequidem in vim *Codicilli* valet. *l. 1. ff. de jur. Codicill.* ergo nec potest testamentum, quod non valet ut *scriptum*, valere ut *nuncupativum*.

47 Ad bina hæc argumenta evertenda arietem admovere haud opus est: ex præoccupata siquidem distinctione inter intentionem testatoris *primariam*,

& *secundariam* primum argumentum jam eversum jacet. Falsum quippe est, quod testator, qui *scripto* testari cœpit, nec respectivè quidem voluntatem *nuncupativè* testandi habuerit, ut quid enim nuncupasset hæredem scriptum, palam coram testibus, si nec implicitè ejus voluntas fuisset testandi *nuncupativè*; licet ergo ex intentione *secundaria* testator voluerit scripto testari, tamen ex intentione *primaria* voluit valere testamentum suum modo meliori, quo potest. Ad II. missis aliorum Responsionibus, quas examinat, & exanimat Haunold. *Controv. 5. n. 68.* respondemus cum Magnif. P. Schmier *lib. 3. tract. 4. part. 1. cap. 2. num. 119.* latam esse disparitatem inter *testamentum*, & *Codicillum*, & inter testamentum *nuncupativum* & *scriptum*. *Codicillus* quippe specie differt à testamento, dum in illo res devenit ad causam *intestati*, in isto verò hæres designari debet. Hæc specifica differentia non reperitur in testamento *scripto*, & *nuncupativo*, dum utrobique hæres nominatur, isque pari modo in utroque succedit, unde mirum non est, quod ultima voluntas, quæ non potest valere ut testamentum, etiam virtute *Codicilli* sustineri nequeat.

Quæritur V. An illud testamentum vim *nuncupativi* habeat, in quo testator nuncupat hæredem cum relatione ad schedam, dicendo v. g. *eum hæredem instituo, quem in scheda apud confessarium meum deposita scripsi?* Affirmant non pauci, quos inter est Covarruv. *de testam. cap. 13. num. 6. & seq.* Mascard. *de Probat. Volum. 3. Conclus. 1352. num. 73.* eamque in praxi obtinere, modo de schedæ illius identita-

titate certò & indubitanter constat, testantur Hoppius in usu mod. ad §. ult. Inst. de testam. ord. Harprecht Vol. 1. Consil. 5. num. 65. & seqq. quam tamen praxin suspectam habent, eam saltem universaliter non obtinere contendunt Brunnem. ad l. 21. princ. ff. qui testam. facer. num. 3. Obrecht differt. de testam. nuncup. implic. cap. 5. Unde nobis Sententia negans & in theoria verior, & in praxi securior videtur, quam sic probamus.

49 In l. 21. §. 2. C. h. t. postquam causa, cur inventum fuerit testamentum scriptum, allata esset, nimirum, ut testibus hæres occultaretur, subiungitur, per nuncupationem testamenta non alias valere, quam si septem testes simul uno eodémque tempore collecti, testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis audierint: ergo non de implicita auditione sive per relationem ad schedam, quod in scripto etiam fieri solet, sed de tali auditione intelligendus est Imperator, qua hæres in propria persona innotescat testibus in nuncupativo.

Confirmatur ex l. 29. C. h. t. ubi in testamento nuncupativo nominatio hæredis expresse requiritur his verbis: In elogio, quod sine scriptura conficitur, necesse est, testatorem voce exprimere nomen, vel nomina hæredum: ergo non sufficit eo modo hæredem testibus manifestare, quo in testamento scripto fieri amat, scilicet per relationem ad scripturam: nec enim testes dici possunt scire omni modo hæredem (id quod tamen in cit. l. 29. §. 2. requiritur) si tantum in confuso sciunt, eum esse hæredem, qui in charta scri-

ptus est, non autem sciunt, quis in charta scriptus est. Accedit constitutio clarissima Maximiliani I. in R. I. de Anno 1512. tit. von Testamenten §. 8. his verbis concepta: Die Form eines Testaments, das Nuncupativum genannt wird, ist also: daß der, oder die, so das Testament machen will deß, oder deren, so er, oder sie zu erben haben, und deß, oder deren, denen er etwas verschaffen, oder verlassen will, Namen, und was er in Testament begriffen haben wolt, vor sieben Zeugen die darzu beruffen, und gebetten seyn sollen, öffentlich, und klärlich benennt, und außgedruckt wird.

Objiciunt I. Id, quod per relationem ad aliud certificatur, perinde certum esse potest, ac quod digito vel voce demonstratur per textum apertum in l. 6. ff. de R. C. atqui ejusmodi certitudo habetur in testamento nuncupativo per relationem ad schedam facto; ergo. Resp. Maj. sive regulam illam ex l. 6. ff. de R. C. desumptam in materia testamentorum non procedere, ubi solennitates non tam probationis causa, sed pro substantiali forma requiruntur, consequenter probatio alterius formæ non sufficit, etsi æqualis, imo plenior sit; unde licet locò 7. testis non subscribentis & signantis mille fœminæ uniforme testamentum afferant, nil tamen efficiunt, & hoc ad evitandas fraudes, confusiones, difformitates, quæ plura testamenta dubia redderent, si solennitates à jure requisitæ per alias eandem certitudinem apparenter habentes suppleri possint,

sint, ut patet in matrimonio, ubi Pa-
rochi præsentiā nec mille quidem
testes supplere possunt.

§1 Objiciunt II. In testamento *scripto*
potest fieri relatio ad *Codicillum*, non
obstante, quod alias requiratur, ut no-
men hæredis scribatur in testamento.
l. 77. ff. de hered. instit. ergo etiam in
testamento *nuncupativo* poterit fieri
relatio ad schedam, non obstante, quod
alias requiratur, ut nomen hæredis
nuncupetur coram testibus. Resp. ne-
gando consequentiam, & paritatem.
Ratio disparitatis est multiplex. Im-
primis etiam *Codicillus* est scriptura
authentica & solennis, consequenter
forma testamenti *scripti* non immuta-
tur. Deinde non est idem fraudis
periculum in casu testamenti *scripti*,
quàm *nuncupativi*, quia ibi nescitur,
quid in testamento clauso scriptum
sit, an hæres nominatus, an relatio ad
Codicillum facta sit: at verò in casu
nuncupativi constaret testibus de rela-
tione ad schedam, & ideo nasceretur
periculum substituendi aliam sche-
dam.

§2 Objiciunt III. *l. 9. §. 8. ff. de hered. instit.* ubi dicitur: *Si quis nomen hæ-
redis quidem non dixerit, sed indubita-
bili signo eum demonstraverit, quod
penè nihil nomine distat*, ergo inferre
licet, quodcunque indubitabile sig-
num, adeoque etiam relationem ad
schedam sufficere. Resp. distinguen-
do illatum: sufficiet quodcunque in-
dubitabile signum *vocale* concedo,
aliud cum relatione ad illud nego.

§3 Itaque in testamento *nuncupativo*
post factam nuncupationem non de-

bet amplius latere hæres, sed inde-
pendenter ab omni instrumento per
testes posse probari: unde nec valeret
in vim testamenti *nuncupativi*, si tes-
tator chartam clausam testibus spe-
ctandam exhiberet, dicendo: *Nuncu-
po hæres eos, quorum nomina his ta-
bulis continentur*. Valeret autem, si
testator Notario v. g. interroganti, *an
Titium velit suum esse heredem*, respon-
deret: *volo*, cæteris tamen ad testa-
mentum *nuncupativum* requisitis con-
currentibus, nec etiam impediret lin-
guæ balbuties, modo à testibus intel-
ligeretur testator. *l. 15. Cod. h. t.* satis
enim foret, si à tertio curaret legi sche-
dam coram testibus, in qua scriptus
est hæres, eamque approbaret. Hau-
nold. *Contr. §. num. 56. §. seq.*

Quæritur VI. An si æger decum- §4
bens, articulate amplius loqui non
posset, nisi *ita*, vel *non*, veniat autem
ad ipsum Notarius quidam cum testi-
bus, nomine quidem, non autem ad
petitionem ægri rogantis, qui testa-
mentum ei prælegat, & quærat, an
illud approbet, isque respondeat, *ita*.
An tale testamentum in vim *nuncupa-
tivi* valaat? Resp. cum Covarruv. in
cap. cum tibi 13. h. t. num. 4. Jul. Cla-
ro *quæst. 37. num. 7.* non valere, nisi
ad eum finem tam Notarius, quàm tes-
tes à testatore adhibiti fuerint; secus
enim fraudibus via patula foret, si qui-
vis nec vocatus, nec rogatus ad lethali-
ter decumbentem ita veniret, ejus-
que affirmativam responsionem unico
verbulo, quod magis morbi molestia,
aut importunitas interrogantis extor-
sisse censenda est, captare posset.