



Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. V. Testamenti Militaris. Disseritur plenè de Jure & modo condendi
Testamentum Militare.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-72304](https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:hbz:466:1-72304)

Actis non constat. Quidquid autem sit, conniventia ipsius successoribus præjudicare non potuit: consequenter per hoc libera ipsis Cooperatorum suscepitio non fuit adempta, vel locus contrarie præscriptio- ni apertus. Datus hodierno Decano A. 1727. Cooperator ab illo non fuit accep- tatus, sed ad præservandum jus liberæ sus- ceptionis ab ipso remisus. Nec dici po- telt, quod libera Cooperatorum suorum suscepitio Ecclesiæ aliis concessa sit merè gratuïtò; nam ex legitimis documentis con- stat, quod exdem Ecclesiæ, cum ipsis hæc libera suscepitio traheretur in controver- siam, non in gratuïta aliqua concessione, vel privilegio, ab Ordinariatu dato, sed in jure,

per Conc. Trid. sess. 21. c. 4. de re- form.

& per statutum Synodi Salisburgensis con- firmato, ipsaque continua observantia se fundaverint. Cum ergo etiam Decanus ad S. P. ad idem jus, & observantiam pro- vocet, par etiam ipsius causa esse debet, præsertim cum eodem jure, etiam Parochi in diœcésibus vicinis, utantur.

31. Ad 8. Quod allegationes Decani per argumenta ista nondum fuerint sublatæ, patet ex his responsionibus. Coadjutor, seu Cooperator Anno 1727. ipsi ab admini- stratoribus non est datus per sententiam; consequenter rei judicata locus non est: quod ipsum fassus videtur unus ex illis in literis eodem An. 17. Decembr. ad Serenissimum Principem datis, ubi exponit, paratos se esse ad cuivis administrandam justitiam, adeoque decuisse, ut Decanus causam apud ipsorum tribunal deduceret, & sententiam expectaret, quâ si lœsum se

crederet, integrum ipsi fuisse ad altius tribunal Ecclesiasticum appellare, quam viam etiamnum apertam ipsi esse fatentur. Accedit, quia idem Decanus contra datum sibi eò anno Cooperatorem illico pro- testatus est, & alium, missa simul deduc- tione juris sui, administratoribus præsen- tavit, cùmque post 14. dies ab his nullum fuisse datum responsum, resolutionem, misso novo monitorio, solicitavit, post quod tandem id responsi ab iisdem admini- stratoribus nactus est, se ad Serenissi- um Principem, quod oportet, quam- primum scripturos.

32. Ad 9. Decanus nunquam intendit causam hanc à Judicio Ecclesiastico ad for- rum seculare trahere, sed imploravit duntaxat Serenissimum Principem, tan- quam Patronum, & Protectorem Ecclesiæ suæ, pro assistentia, & manutentia anti- qui sui juris, & quidem coactus, quippe cùm administratura, non obstante deduc- tione juris ab ipso factâ, urgere perrexerit acceptationem Cooperatoris eidem dati: quæ imploratio neutiquam repugnat SS. Canonibus, quippe cùm notorium sit, quod in causis, etiam in Curia Romana pendentibus, quæcumque Ecclesiæ supre- mos Advocatos, & defensores suos contra gravamina sibi illata pro assistentia soleant implorare.

33. Dicendum proinde, eidem Decano competere jus liberæ susceptionis Cooperatorum suorum; hoc enim evincitur ex Trid. declarationibus, & decretis S. Congr. statuto Synodali, Confessione propriâ istius Ordinarii, continuâ observantiâ, & aliis argumentis, à num. 9. allatis.

CONSILIIUM V.

In Causa Testamenti militariter conditi.

S U M M A R I U M.

1. 2. *Facti species.*
3. *In testamento militari non observantur so- lennitates juris.*
4. *Milites in expeditione esse intelliguntur, dum sunt in castris:*
5. *Imò etiam dum sunt in præsidio &c.*
6. *Jus tamen antiquum modo restrictum est.*
7. *Miles renuntiare potest Privilegio suo. In dubio tamen tenenda est opinio, qua faver testamento.*
8. *Testamentum militis consetur militare, etiam si adhibita sint solennitates juris.*
9. *Salutaris est clausula de retinendo Privilegio testamenti militaris.*
10. *Forma testamenti militaris scripti &*
11. *nuncupativi.*
12. *In testamento militari requiritur hereditas institutio:*
13. *Voluntas seria testantis:*
14. *De qua voluntate debet sufficienter consta- re.*
15. *In testamento nuncupativo militis requiri- tur saltem duo testes:*
16. *Qui tamen non debent esse rogati.*
17. *Et possunt esse quæcunque, etiam fœmina. seqq. Circa testamentum militare scriptum obser- vatur jus antiquum quoad milites in con- flictu:*
21. *Si tamen de scriptura non constet, requi- runtur duo testes.*

22. 23. E^o

22. 23. Extra conflictum miles hodie mentem suam declarare debet saltem coram duobus testibus.
24. seqq. Milites limitanei, praesidiarii, stationarii, & in hybernis degentes plerumque non gaudent privilegio testamenti militaris.
30. Legata militum eodem jure censentur cum testamentis.
31. Testamenta & legata militum post militiam finitam per annum durant.
32. seqq. Quinam milites hodie gaudeant privilegio condendi testamentum militare?
47. 48. Milites immediate Imperatori subiecti de jure Austraciaco etiam extra conflictum faciunt testamenta juxta jus Gentium.
49. Aliorum Principum milites, si in cæsareo exercitu militant, in causis civilibus subiungunt statutis suorum Principum.
50. 51. Causa testamenti à milite cæsareo conditi dijudicari debet à Consilio Aulico-Bellico Viennensi.
52. seqq. Rationes contra valorem testamenti impugnati.
58. seq. Defenditur valor testamenti:
60. Quia factum est juxta jus cæsareum modicum.
61. Testamentum militis holographum non indiget testibus.
62. Dolus probari debet. Testamentum militare non debet unico contextu fieri.
63. Praesumitur militem à loco sibi commendato non absque ius Principis.
64. Sententia potest prodesse vel obesse alii, quorum ius dependet à jure partis litigantis.
65. Miles cæsareus etiam in aliis Provinciis potest condere testamentum juxta articulos bellacos cæsareanos.
66. Qui duplum personam gerit, potest uti jure, quod ipse magis est favorable.
67. Qui per patrem suum solummodo transit, abesse venetur.

FACTI SPECIES.



I.

Xcellentissimus
Dominus Hannibal L. B. de W.
Copiarum S. C.
M. Generalis
campi Marechal-
lus locumtenens,
p. m. postquam ab
ex celso Consilio cæsareo bel-
lico Viennensi Anno 1716. 26. Febr.
unum, & 6. Maii alterum mandatum accep-
pit, quo iussus fuit conferre in se Hunga-
riam ad pugnandum contra hostes Chris-
tiani nominis Tureas, in ipso itinere jam
constitutus, in loco Palatinatus Neoburgi-
ci quoad medietatem dominio ipsius sub-
jecto, eodem anno die 4. Junii testamen-
tum condidit, in quo fratrem suum, Do-
minum Josephum Baronem de W. & ipsius
descendentes pro universalis hærede insti-
tuit; in casum verò, quo iste absque libe-
tis decessurus esset, huic substituit cognatum suum, Dominum Josephum de K. ex
Avi sui relicta filia descendenter, hujusque
liberos, si quos habiturus esset. Substi-
tutionem hanc in dicti testamento §. 3. ex-
pressis his formalibus: Falls Gott mich,
und meinen Bruder mit ehelichen Erben nie
segnete, so schreite ich an unseres Anherrn
hinterlassene Frau Tochter weibl. Dessen-
denk, und substituere auf sothanen Fall in
öffters bemeldtem meinem Antheil zu G. auch
anderen meinen Capitalien (jedoch ohne eins
eigen Nachtheil des Wittiba Sitzes, und
reservando, was meiner Frauen sonst
expresse bedungen worden) meinen lieben
Vötern Joseph von K. und dessen eheliche
Erben.

2.

Scriptum hoc testamentum, & quidem
totum fuit propriâ ipsius testatoris manu,
R. P. Schmalzgrueber Consilia.

ut patet ex ejus recognitione, & compara-
tione literarum cum aliis ejusdem scripturis
in Cancellaria bellica Viennensi, ubi illud
asseratur, facta: atque adeò extra con-
troversiam etiolographum, de quo etiam
ex eadem Cancellaria habetur attestatio,
Præter subscriptionem, & sublignationem,
tum ab ipso testatore, tum à duobus testi-
bus, & quidem, ut verba testamenti in fi-
ne, & subscriptio istorum sonant, ad hoc
rogatis, nulla alia intervetit solennitas ju-
ris. Quod verò testamentum solenne non
condiderit, initio statim illius rationem de-
dit, quod scilicet nec tempus, nec occasio
hoc permiserit; nam, ut ex mandato po-
steriore sibi dato constat, totus exercitus
in Hungaria intra 15. & 20. Maii ad fines
territori Turcici in castris sibi destinatis
convenire debebat, atque adeò oportea-
bat, ut ibi etiam Generales, eidem gubernan-
do designati, opportuno tempore se-
sse sisterent. Et hinc ipse testator, ut in
memorato mandato dicitur, intra 24. &
28. diem allegati mensis in exercitu compa-
ttere debebat. Verba formalia testatoris
sunt: Alldieweilen ich noch Zeit, noch Gele-
genheit habe ein formliches Testament aufzu-
richten, so erkläre jedoch meinen kräftigsten
Willen hemit, und verbinde meine hier-
unter benannte Erben ohnaußößlich, und
sub optima juris forma, wie solche zu Hand-
habung, und Exequitur dises meines be-
ständigen Willens dienlich seyn mag, damit
alles, was in nachfolgenden Puncten
enthaltens ist, in allen Stücken durchaus un-
geändert, und unwidersprechlich gehalten
werden solle.

Antequam respondeatur ad præsentem
casum, resolvenda videntur quædam du-
bia præliminaria, quorum solutio respon-
sionem ad quæstionem principalem de va-
lore hujus testamenti facilitabit. Sit igitur

(L)

DU.

DUBIUM I.

*Quid sit testamentum militare,
& quomodo illud fieri possit, vel debeat,
ut illud subsistat?*

3. Non omne testamentum à milite factum, propterea militare est, cùm & jure communis quandoque testari debeat

l. si miles 3. ff. de testam. milit. Lauterbach, ad dict. tit. §. 2.

Dicit ergo testamentum militare à testamento secundum jus commune condito in hoc, quod in illo non debeat observari solennitatis, per jus civile in ultimis voluntatibus requisitæ. Proinde militare testamentum dicitur, quod sit ultima voluntas militis, in expeditione, vel castris detentæ, super bonis à se relictis facta legitime absque ulla solennitate juris civilis, ut cum cum aliis notat

Philoparch. Inform. Offic. p. 3. tit. 16. n. 1.

4. Intelligentur autem in expeditione esse militares, non solum, qui sunt in conflictu, sed etiam, qui in castris degunt per textum

5. sed hactenus 3. Inf. de milit. Testam. nam authoribus latinis Expediutum idem est, quod promptum, & paratum: nec expeditio tantum est conflictus cum hostibus, sed totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut stant adversus hostem, sive eum persequantur, sive imminentem expectant, intenti ad opportunitates omnes rei gerendæ.

Donell. lib. 6. c. 28. Hilliger ad eund. lit. R. Wiesenbach ad l. pen. C. de Testam. milit. Müller. ad Struv. Exerc. 34. thes. 2. lit. B.

5. Imò ex aliquorum sententia in expeditione milites occupati, & degere dicuntur non solum, cùm sunt in procinctu, in acie, in hostico, id est, in ipso armorum strepitu, & summo vita discrimine; verum etiam, cùm sunt in castris, sive (quod idem est) in fossatis, in stativis, in hybernis, incustodiis, in praesidiis, quæ sunt formalia verba

Addit. ad Clar. §. Testamentum. q. 15. n. 12.

6. Verum hoc procedere fortasse posset de jure antiquo; nam recentiori introduceto per

Constit. Maximiliani I. in recess. Colon. 1512. tit. von Testamenten. §. Und solen. circa finem hoc restitutum est ad eos, qui sunt in actuali conflictu, vel hujus procinctu, nam iis, qui sunt in castris, solennitatis juris civilis in testamento condendo remissa sunt usque ad duos testes: illi vero, qui extra conflictum, & castra degunt, condere illud jubentur secundum jus commune. Verba formalia dicta Constit. l. cit. sunt: Oder von Rittern, die zu Felde, und doch

nit im Streit wären, da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zweien; aber die Ritter, die in Übung des Streits seynd, mögen ihr Testament machen ohn alle Solennität, oder Form, und wie sie wollen: jedoch die Ritter, so nicht in solcher Übung, und Streit, noch auch zu Felde liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen. Et hinc cum pluribus aliis

Carpzov. p. 3. Conf. 4. def. 2 8. Schoepfer. Synops. tit. de Testam. Milit. n. 5. concludunt, quod miles, qui in hybernis degit, testamentum suum facere debeat coram septem testibus, nisi solennitas ista peculiari statuto, vel consuetudine alicujus Provinciae sit remissa.

DUBIUM II.

*Quid presumendum sit in Casu,
quo dubium est, an jure communi, vel
militari miles testari voluerit?*

7. *D*ubium hoc oritur ex eo, quia miles renuntiare privilegio suo potest, atque ita testari cum solennitatibus juris communis. ut dictum est num. 3. Non convenient D.D. nam aliqui volunt, præsumendum esse, quod voluerit testari secundum jus commune magis, quam jure militari.

arg. l. quanquam 3. c. de testam. milit. Sichard. ad l. 1. c. eod. n. 4. Menoch. lib. 4. præsumpt. 4. Barry de success. lib. 1. tit. 5. n. 10.

Alii contraria dicunt, præsumendum, quod voluerit testari secundum jus militare, hujusque testamento inesse tacite clausulam codicillarem, ut valeat testamentum illius omnimeliori modo, quo potest: quæ sententia potiori D.D. approbatur calculo.

Gaill. lib. 2. obs. 118. n. 19. Brunne man. ad l. 3. c. de testam. milit. n. 1. Lauterb. ad ff. tit. eod. §. 21. cum aliis. Neque enim præsumitur quisquam renuntiare velle privilegio sibi competenti, aut velle, ut actus, a se libere celebratus, fiat invalidus potius, quam validus

l. quanquam cit.

Et regula generalis est, quod in dubio tenenda sit temper illa opinio, quæ favet testamento, quippe cum hujus conservatio publicam utilitatem concernat.

l. si pars 10. ff. de inoffic. testam. l. vel negare 5. ff. testam. quemadmodum apertant. Gloss. in l. Gallus §. quid si is. V. utilitate. ff. de Liber. & posthum. Jason in l. ab antiquis. n. 7. & in l. sicut certi n. 2. c. de testam. milit.

8. *proceditque hoc non tantum, quando testamentum alias, si jure communi conditum esset, corrueret, ut fieret in casu, quo miles solenniter testari volens, præventus est morte ante exhibitas omnes solennitatis,*

tes, quod testamentum valere in vim militaris pronuntiatur

l. si miles 3. princ. ff. de testam. milit. sed etiam tum, quando adhibitæ ab eo sunt solennitatem, jure civili requisitæ. Et hinc, licet testamentum suum considerit cum septem testibus, non tamen credi debet, quod, seposito privilegio suo, voluerit testari secundum jus commune.

Bachov. *ad Treutl. vol. 2. D. 10. thes. 6. lit. D. Philoparch. Informat. official. p. 3. tit. 16. §. ult. obs. 1.*

9. *Tutius autem testator faciet, si in casu, quo cogitat de faciendo testamento militari, exprimat, se per hoc, quod solennitates adhibuerit, privilegiis testamenti militaris renuntiare non velle*

Philoparch. *l. cit. §. 9. in fin.*

Effectus istius expressionis est, quod in taliter testamento locum non habeat jus accrescendi, vel detractio falcidiae: item, quod testamentum ob præteritionem filii, aut filiae irritari non possit.

Stryck. *de cautel. testam. c. 9. §. 10. Philoparch. l. cit.*

10. *Porro testamentum militare fieri potest vel scripto, vel nuncupative. Illo miles, in expeditione occupatus, declarare voluntatem suam ultimam in certis casibus potest absque ullis testibus quovis modo, ita, ut, deficiente charta, & atramento, illam describere queat sanguine suo in clypeo, aut galea, vel gladio in arena, atque sic clypeus, galea, vel arena sit loco chartæ, fangiis loco atramenti, ensis loco penæ.*

l. milites 15. C. de testam. milit.

Hoc autem modo, scilicet nuncupative voluntatem suam absque scriptura exprimere debet coram duobus ad minimum testibus.

§. planè 1. Inst. de milit. testam. l. Divus 24. ff. eod. Froñan. Disp. ad Inst. 14. §. 4. Lauterb. ad ff. de testam. mil. §. 16. Müller ad Struv. exerc. 34. thes. 2. lit. A. Philoparch. Informat. official. p. 3. tit. 16. §. 1.

nam, Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est, ut loquitur Ulpianus

l. ubi numerus 12. ff. de testib.

Nec quidquam aliud in hoc testamento requiritur, nisi sola voluntas testatoris sufficienter exposita, ita, ut nec per statutum quid ultra induci possit.

Christin. *vol. 4. tit. 21. decis. 3. & vol. 6. decis. 109. n. 8.*

Et hinc neque clausula codicillaris de necessitate adjicenda est, quippe quæ hoc ipso subintelligitur.

Sichard. *ad rubr. Cod. de testam. milit. n. ult. Maſcard. de probat. concl. 1059. Philoparch. §. 1. cit.*

R. P. Schmalzgrueber *Conſilia.*

DUBIUM III.

Quid requiratur, ut valeat testamentum conditum jure militari?

Primo requiritur, ut testamentum tale contineat hæreditis institutionem; nam hæc est essentia, & formalis ratio, atque adeo caput, & fundamentum testamenti.

§. ante hæreditis institutionem, 34. Inst. de legat. §. planè 1. Inst. de milit. testam. ibi, Ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi hæredem esse. Angel. de Gambellion. tract. de testam. gloss. 2. n. 3. Wess. ad §. 2. Inst. de milit. testam. n. 3. Ludv. de ult. vol. p. 2. c. 3. Georg. Obrecht. D. 19. thes. 92. Müller. ad Struv. exercit. 34. thes. 2. lit. V. Philoparch. p. 3. tit. 16. §. 6.

2. Debet voluntas testatoris esse seria; jocosi enim sermones militis non attenduntur, nec lubricum linguae in periculum est trahendum.

Wilenbach. ad Inst. D. 18. §. 5. Müller. l. cit. lit. E.

Hinc non statim habebitur pro testamento, si quis in sermone familiariter alteri dicat, Te hæredem facio; nihil enim fermè frequentius est hominibus, quam jaetabundo animo hoc, vel illud proferre, & civiliter magis, quam ex animo loqui.

Wisenb. ad Inst. de milit. testam. Thes. 5. Lauterbach ad ff. tit. eod. §. 17. Struv. Exerc. 34. Thes. 2. Müller ad eund. ibid. lit. E.

Nec valebit, si miles in quotidiano colloquio, vel inter pocula promiserit, in casum mortis suæ res depositas fore Titii; promissio enim ista magis ex ostentatione, quam seria quadam voluntate videtur esse profecta.

Joachim. Burgers Observ. Milit. cent. 1. obs. 45. Joachim. Hopp. de Joco c. 4. thes. 5. Müller lit. E. cit.

Unde iudex ex circumstantiis estimare debet, an promissio talis sit seriò facta: cuiusmodi circumstantia est, si miles interrogatus, quem post mortem suam velit esse bonorum suorum hæredem, se declaraverit circa certam personam, & hanc suam declarationem reiteraverit.

Mantica de Conject. ult. Volunt. lib. 6. tit. 1. n. 6. Menoch. lib. 4. præsumpt. 19. n. 10. à Sande Decis. Fris. lib. 4. decis. 15. Lauterbach §. 17. cit. Philop. §. 6. cit.

3. De hac Voluntate Testatoris debet sufficienter constare, prout Imp. Trajanus Statilio Severo rescripsit

l. Divus 24. ff. de Testam. Milit. & notat Carpzov. l. 6. Resp. 14. n. 3. Lauterb. §. 17. cit. Struv. thes. 2. cit. & communiter cæteri DD.

II.

12.

13.

quod

(L 2)

quod constitutum est in bonum ipsorum militum; nec enim, ut

§. planè 1. in fin. Inst. de Milit. Test. ait Imperator, nullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id. privilegium. datum est, ejusmodi exemplum (cicilicet, ubi non est probata seria testatoris voluntas) non admittit; alioqui non difficulter post mortem alicuius militis testes existent, qui affirmarent, se audivisse dicentes aliquem, relinquere se bona, cui visum sit: & per hoc judicia subverterentur. Locum quidem in hoc casu etiam conjectura habent; sed has tales esse oportet, ut his consideratis, dubium nullum restet de voluntate, eaque seria testatoris. Talis conjectura est, si habeatur scheda, vel conceptus, quâ miles ultimam suam voluntatem propria manu expressit, & ille, antequam hæc in mundum redigeretur, decessit

l. Lucius 40. in princ. ff. de Testam. Milit.

14.

4. Quando miles declarat ultimam suam voluntatem per nuncupationem, necesse est, ut illa probetur per duos minimum testes, cum alio modo probari non possit.

Lauterb. ad ff. tit. de Testam. milit. §. 16. Müller ad Struv. Exerc. 34. thes. 3. lit. A. & patet ex l. Divus 24. ff. de Testam. Milit. ibi, Convocatis ad hoc hominibus.

Licet enim in testamentis militum, quando sunt in discriminè belli, omnes solennitatis Juris Civilis remissæ sint, tamen solennitatis Juris Gentium locum in illis habent, & necessariò adhiberi debent: & ideo, cum de Jure Gentium in ore duorum consistat omne verbum.

c. cum esses 10. de Testam. & ult. Volut.

duo saltem testes requiruntur, ut fraus captantum testamenta evitetur per ea, quæ notat

Accurs. in l. 1. V. nuda. ff. de Testam. Milit. Jason in l. milites. n. 1. C. eod. Barbos. in l. filius. n. 4. ff. de Donat. Gail. lib. 2. obs. 118. n. 17. Carpz. p. 3. Conf. 4. defin. 26. n. 2. & lib. 6. resp. 14. n. 4. & sumitur ex l. Lucius 40. ff. de Testam. mil.

ubi requiruntur legitimæ probationes, qualis non est depositio unius duntaxat testis.

c. veniens 10. c. licet 23. & c. cum à nobis. 28. de testib. l. jurisjurandi 9. C. eod.

Et habet vulgata apud ICtos regula, juxta quam dictum unius dictum nullius. Sufficiunt autem testes duo in testamento militari nuncupativo; quia per

l. ubi numerus 12. ff. de testib.

pluralis locutio, quâ utitur l. Divus cit. duorum numero contenta est.

Testes autem isti non debent necessariò esse rogati, sed sufficit, si etiam fortitudo intervenerint; quia rogatio testium

est solennitas Juris Civilis

l. Hæredes 21. ff. qui testam. fac. poss. quæ solennitatis in testamento militari remissæ sunt.

princ. Inst. de milit. testam. Berlich. p. 3. concl. §. n. 29. Finckelth. Observ. 14. q. 3.

Et quod jure Gentium in testamentis necessarium non est, id etiam in testamento militis non requiritur. Imò contradictoria sunt nudam sufficere voluntatem, & requiri insuper testes qualificatos. Neque obstant verba convocatis ab hoc hominibus

l. planè 1. Inst. de milit. testam. & l. divisus cit.

adhibita; nam verba ista non dispositivè, sed relativè, & enuntiativè ibi prolatæ sunt, ut bene notat

Lauterb. ad ff. tit. de test. milit. §. 16.

Possunt autem testes, qui adhibentur in testamento militis privilegiato, esse qualescumque, qui jure Gentium idonei habentur; quia non ad essentiam, sed tantum ad veritatis probationem requiruntur in tali testamento: quod patet ex eo, quia, ut num. seq. dicetur, si ultima voluntas militis aliter, v. g. per scripturam probari possit, ad valorem illius nulli omnino requiruntur testes. Et sic in isto Testamento testes esse possunt etiam foeminae.

Barry de success. lib. 1. tit. 5. n. 1. Stryck ad §. 1. Inst. de milit. testam. Lauterbach §. 16. cit. Müller ad Struv. exerc. 34. thes. 3. lit. B. Philoparch. p. 3. Inform. Offic. §. ult. obs. 3.

quoties enim testimonii dictio est veritatis, toties admittuntur etiam foeminae.

Stryck. ad §. 6. Inst. de testam. ord. Et in admissionem foeminarum ad probandam voluntatem ultimam militis, nuncupativè declaratam, teste Barry l. cit. consentiunt omnes.

5. Quodsi autem Miles per scripturam testari voluerit, antiquo jure sufficiebat quæcumque scriptura.

l. Divus 24. & l. Lucius 40. princ. ff. de testam. milit.

ubi etià notis facta pro rata habetur; neque requirebantur ulli testes; quia satis erat, si de voluntate testantis per scripturam ipsius indubitatem constabat. Hodie autem attendenda est constitutio Maximiliani I. num. 6. allegata ubi distinctio fit inter milites, qui versantur in actuali conflictu, & pugna, & inter milites, qui extra pugnam, & conflictum actuali degunt in castris, ac denique inter milites, qui nec in castris, nec in pugna, sed alibi, v. g. in præsidio, vel hybernis inveniuntur.

Et quidem quoad illos milites, qui in actuali conflictu, & pugna versantur per dictam constitutionem confirmatum est jus commune antiquum, juxta quod militibus, qui in expeditione constituti sunt, con-

15.

16.

17.

18.

concessum est testari, quoquo modo volunt, & quo modo possint.

§. planè 1. Inst. de milit. testam. l. quanquam 3. C. eod. Fromman. Decad. Cas. de testam. milit. thes. 7.

Consequenter istorum Testamentum, modo de voluntate illorum ex scriptura eorum indubitata constet, sine ulla testibus, vel aliis solennitatibus adhibitis valet etiamnum per verba dictæ constitutionis, ibi, aber die Ritter, die in Ubung des Streitsynd, mögen ihr Testament machen ohn alle Solennität, oder Form, und wie sie wollen.

Gaill. lib. 2. obs. 118. n. 6. Brunnem. ad l. 15. C. de testam. milit. Hahn. ad Wesenb. tit. eod. circa fin. Lauterbach. dict. tir. §. 18. Carpz. p. 3. conf. 4. def. fin. 26. Struv. exerc. 34. thes. 3. Müller. ibid. lit. B. Richter. decis. 37. n. 10. Stryck. de Jur. sens. D. 4. c. 3. §. 13. Fromman Decad. Cas. de milit. testam. thes. 6.

10. Adeoque hujusmodi testamentum etiamnum, & apud nostri quoque temporis milites ex nuda testantium voluntate, per scripturam explicatâ, ex singulari privilegio sustinetur, ut recte docent

Sichard. in rubr. C. de testam. milit. n. 9. Bocer. de Bell. & Duell. lib. 1. c. 28. n. 8. Wesenb. p. 1. conf. 17. n. 32. Harpprecht in princ. Inst. de milit. testam. n. 5. Carpz. def. 26. cit. n. 4. & l. 6. resp. 14. n. 1. & 2.

neque refert, quomodo, aut cui materiæ inscripta sit voluntas hæc; nam, ut num. 10. dictum est, etiam in vagina, vel clypeo proprio sanguine exarata, aut gladio in arena notata, sufficientem facit probationem, nullis licet aliis adhibitis testibus.

§. 1. princ. Inst. de milit. testam. l. milit. 15. C. eod. Carpz. resp. 14. cit. n. 3.

Consequenter in tali testamento scripto nec numerus testium, alias de Jure Civili requisitorum, nec eorum, si adhibiuntur, rogatio, subscriptio, subsignatio, vel actus continuatio est necessaria.

Struv. exerc. 34. thes. 2. Müller. ibid. lit. 8.

20. Quin, et si testes septem vel in scripto, vel in nuncupativo testamento adhibuerit miles, non tamen per hoc renuntiæ censebitur privilegio suo. Et hinc, si aliqui ex istis testibus inidoneisint, non propterea per exceptionem, contra istos propositam, irritari Testamentum illius potest; quia semper presumendum est, quod actum celebrans voluerit istum potius valere, quam interire.

Barbos. lib. 1. c. 25. axiom. 17.

Nec Privilegium hoc Militare in eo tantum consistit; quod solennitatis adhibere miles necesse non habeat, sed etiam in aliis: qua omnia cessarent, si Militem, forte coram septem testibus voluntatem suam ultimam declarantem, jure communi

testatum esse dicamus, quod tamen à mente, & voluntate militis erit alienum.

l. quanquam 3. & l. in Instrumento 6. C. de testam. milit. Bachov. ad Trenti vol. 2. D. 10. thes. 6. lit. A. Ludwell. ad Wesenb. de testam. milit. n. 3. Müller. ad Struv. thes. 2. cit. lit. A.

Aliud est, si de scripta militis voluntate non constet; nam hujus, etiamsi ille in prælio, vel conflictu actuali constitutus decesserit, testamentum militare aliter hoc casu non subsistet, quam si coram duabus ad minimum testibus factum fuerit.

Bocer. lib. 1. de Bell. & Duell. c. 24. n. 14. Gaill. lib. 2. obs. 118. n. 17. Joan. Harpprecht ad §. 1. Inst. de milit. testam. n. 5. Carpzov. p. 3. Conf. 4. def. 27. n. 4.

Dicitur ergo nuda voluntas militis sufficere respectu solennitatum, non vero respectu probationis legitimæ per testes, si alia deficiat.

arg. princ. Inst. de milit. testam. Colleg. Argent. ad dict. tit. thes. 10. Müller. ad Struv. exercit. 34. cit. thes. 3. lit. B.

Porro inter hos milites, de quibus hactenus dictum est, scilicet, qui in actuali conflictu, & pugna versantur, & inter eos, qui degunt in castris, saltem non adeò clare distinxit jus antiquius ff. & Cod. nam privilegia testamentaria per illud concessa sunt omnibus, qui in expeditione sunt constituti, quales etiam sunt, qui in castris versantur. Hinc distinctionem inter istos rationibus non contemnendis impugnat

Bocer. lib. 1. de Bell. & Duell. c. 22. n. 12. & seqq. quem sequitur Joan. Harpprecht. ad §. 1. Inst. n. 8. de milit. testam.

Controversia, tamen ista hodie videtur esse finita per

Constit. Maximiliani I. cit. tit. von Testamenten, s. und sollen, ibi, oder von Rittern, die zu Felde, und doch nicht im Streit wären, da wird solche Anzahl (scilicet septem testium) nachgelassen bis auf zween.

Atque ideo hodie saltem extra actualem conflictum, seu pugnam constitutus miles, declarare ultimam suam voluntatem volens, hoc facere debet coram duabus ad minimum testibus: quod verum est, etiamsi scripto testari velit,

ut præter Gaill. Brunnem. Hahn. Lauterb. Carpzov. Struv. Müller. Richter. Stryck. Fromman, advertunt. Zaf. p. 1. conf. 6. n. 22. Sichard. in rubr. C. de testam. milit. n. 6. Gilcken in l. hac consultissima. num. 27. C. de testam. Gutier in repet. l. nemo potest. n. 265. ff. de legat. l. Klock. tom. 3. conf. 102. n. 76.

Ratio est, quia in castris cessat periculum præsens, atque in his facillimè duo testes reperiiri queunt.

(L 3)

21.

22.

23.

Gloss.

CONSLIUM V. TESTAMENTI MILITARIS.

Cloſſ, in l. 15. V. sub ipſo tempore. C. de testam. Guid. Pap. decis. 543. n. 9. & 11.

Cum ergo ob diſta causam periculi praesentis, & defectus testium conſeſſa ſint privilegia testamentaria; forte non male diceret, qui negaret etiam antiquiore jure competiſſe militi, in caſtris extra periculum pugnae exiſtenti, potestatem declarandi ſcripto voluntatem ſuam, non adhibitiſſaltem duobus testibus.

24.

Idem privilegium teſtandi coram duobus testibus, quod habent milites in caſtris degentes, ſpectando jūs Romanum, competiſſe volunt etiam militibus limitaneis, qui in limitibus Imperii ad repentinaſ hostium incuſioneſ ſunt intenti; & ſtationariis, qui ad tuendam Provinciæ quietem aluntur: item iis, qui in praefidiis, & hybernis verſantur, cum & hi quāli in caſtris, & expeditionis neceſſitate ſint conſtituti, nec in ædibus ſuis degant.

princ. Inſt. de milit. testam. Pichard. ad ſ. 1. Inſt. ibid. n. 4. Matth. D. 2. theſ. 3. Struv. exerc. 34. theſ. 4. Zoes. adſ. de testam. milit. poſt Cujac. conf. 49. Connan. 9. Comment. c. 5. n. 6. & 9.

Trentacing. de ſubſtit. p. 4. c. 8. n. 6. Quia etiam hi milites propter occurrentia ſæpe diſcrimina in expeditione videntur conſtituti: & aliās miles nihil diſtaret à pagano, cui, ſi in hostico deprehendatur, & ibi decedat, conceditur, quo modo, velit & quo modo poſſit, teſtari

l. fin. ff. de testam. militar.

25.

Verūm haec ſententia hodie ab uſu fori reſeffit, nec locum habet, niſi ſub dupli ci limitatione, ut notat

Bachov. ad Treutl. vol. 2. D. 10. theſ. 6. lit. G.

1. ſi excubant in limitibus, nullā ſaſtā paſce, nullis induciis. 2. ſi excubent tanquam in caſtris, & in locis hostium invaſioneſ obnoxiis: quorum alterum ſi deſit, iidem teſtari ſine ſolennitatibus juris communis non eſt permifſum, quā proinde ſi deſciant, teſtarentur illorum carebit viribus, & ſic hæreditas ab in teſtato ve nientibus adjudicari deſebit.

Bocer. de Bell. & Duell. lib. I. c. 18. n. 5. & ſeqq. Coler. p. 2. decis. 243. n. 2. Befold. p. 1. conf. 6. n. 129. Schneidew. ad princ. Inſt. de milit. testam. n. 10. Weſenbec. ibid. 4. degunt. n. 5. Gaill. I. 2. obſ. 118. n. 5. & 13. Richter. p. 1. decis. 38. n. 13. Hahn. de testam. min. ſolenn. theſ. 99. Carpz. p. 3. Conſt. 4. deſin. 28. n. 4. & lib. 6. Reſp. 14. n. 7. & ſeqq. Bern. Græv. ad Gaill. I. cit. confid. I. n. 5. Suthold. Diſſert. 7. aphor. 6. Schulz. Synopſ. Inſt. lib. 2. tit. 11. lit. A. Colleg. Argent. ad tit. de test. milit. theſ. 3. Finckelth. obſ. 46. Struv. exerc. 34. theſ. 4. Philoparch. p. 3. tit. 16. ſ. 2. in fin. & communiter ceteri.

Ratio eſt quia privilegiis testamentariis ſolummodo gaudent illi Milites, qui rem publicam in bellica expeditione armis tueruntur, in horum occupationibus exiſtunt, & in periculo aciei, & pugnae ſunt conſtituti, ac propterea facultatem non habent peritores conſulendi; nam haec eſt cauſa impulſiva hujus privilegiis.

ſed haec tenuiſ 3. Inſt. de milit. testam. ibi, quatenus militant, & in caſtris degunt; l. ne quidam. 17. C. eod. ibi, his ſolis, qui in expeditionibus occupati ſunt: quā verba repetuntur l. fin. C. reſtit. milit. & additur, illis temporibus, per quā citra expeditionis neceſſitatē in aliis locis, vel in ſuis adibus degunt, minimè eos ad vindicanda memorata privilegia adjuvantibus. atqui in expeditione bellica non dicuntur verſari, qui extra caſtra ſolum in praefidiis, vel hybernis degunt; nam expediti tantum dicuntur, qui ad conſigendum cum hoste parati ſunt, quandoconque cauſus ingruat, atque adeò quotidie exſpectare debent aggreſſionem ab hostiis.

princ. Inſt. & ibi Vinn. de milit. testam. n. 2. in fin. Donell. ad l. 17. n. 2. C. eod. Hilliger ad Donell. lib. 6. c. 28. lit. A. Finckelth. obſ. 46. n. 8. Martin. decis. Rot. 806. n. 11. Lauterbach. ad ff. tit. de test. milit. ſ. 6. Philoparch. Inform. Ofiſcial. p. 3. tit. 6. ſ. 2.

Proinde, cum in his, qui domi, vel aliis in locis, etiam praefidiis, vel hybernorum cauſā degunt, cauſa haec cefſet, utpote qui hujusmodi pericula non patiuntur, cum hiberna conſtitui ſoleant in locis ab hostium incuſione tutis, tales milites, eti verè milites ſint, & in matriculam militium recepi, non tamen gaudebunt jure teſtandi militari, ſed teſtamentum ſuum condere jure communi tenebuntur, cum privilegia ſtrictè interpretanda ſint. Quod iſum clare definitum eſt in conſtitutione Maximiliani I. num. 6. allegatā, in verbis, jedoch die Ritter, ſo nicht in ſolcher Ubung und Streit, noch auch zu Gelde liegen, ſol len ihr Teſtament nach gemeinen Rechten machen, adhibitis ſcilicet ſolennitatibus.

Neque obſt, quod pro ratione, ob quam militibus, qui in conſliu, vel caſtris inveniuntur, ſolennitatem remiſſe ſunt,

princ. Inſt. de milit. testam. allegatur imperitia nimia, quā iſi laborantur & hinc orta diſcultas, adhibendi ſolennitatem juris, quā etiam pagani ſubtiles, & diſciles ſunt.

l. fin. C. de Fideicom. l. Lucius 88. ſ. fin. ff. de legat. 2. quā ratio videtur etiam procedere in militibus praefidiariis, limitaneis, & ſtationariis; nam contrā eſt, quia ratio, ob quam militibus privilegium hoc ſpeciale confeſſum eſt, non tantum fuit imperitia, aut defectus peritorum in caſtris, ſed praecipue, quia milites in expeditione de tenti

26.

27.

28.

29.

centi quotidiano mortis periculo expositi sunt.

L. un. princ. ff. de honor. possess. ex testam. milit. Hilliger. ad Donell. l. 6. c. 28. lit. A. Philoparch. Inform. Official. p. 3. tit. 16. §. 1.

Proinde causa nimia imperitiae juris in militibus, & subtilitatis in solennitatibus testamentorum in princ. cit. restricta est ad justam armorum occupationem, ita, ut causa hujus privilegii per se non sit haec imperitia, & simplicitas, sed etenim solum, quatenus ex iusta armorum occupatione procedit, ut praeter alios textus clare inuit.

L. ne quidam. 17. C. detectam. milit.

30. Majori privilegio munita non sunt legata militum, quam testamenta, sed eodemjure censentur. Proinde, si Miles, in castris existens relinquere legatum aliquod velit, id facere debet coram duobus ad minimum testibus.

Carpzov. p. 3. Conf. 4. def. 29. n. 3.

Quia sub testamento vocabulo generali etiam legata comprehenduntur.

L. tabularum 2. §. ad causam 2. & ibi Gloss. & DD. ff. testam. quemad. ap- riant. Gloss. & Bald. in l. 1. ff. quiretestam. fac. poss.

Cæteri vero milites; qui non in castris, sed alio in loco, pago, vel oppido commorandi potius, quam pugnandi animo versantur, ut testamentum, per se loquendo, & abstrahendo a particularibus locorum statutis, vel consuetudine condere cum solennitatibus juris communis secundum hactenus dicta debent, ita cum iis etiam legata relinquere.

Carpz. defini. 29. cit. n. 6.

31. Similiter, sicut testamenta, ita etiam legata, Jure militari relictam, post missionem, & Militiam finitam non diutius anno durant, ac subsistunt.

S. sed hactenus 3. Inst. de milit. testam. l. ff. certarum 17. §. fin. l. quod constituit 21.

l. testamenta 26. l. quod dicitur 38. ff. eod.

Andr. Rauchbar p. 2. q. 20. n. 37.

Carpz. l. cit. n. 4.

DUBIUM IV.

*Quinam milites hodie gaudeant
privilegio condendi testamentum mili-
tare?*

32. Privilegio hoc testandi Jure militari ex veriori sententia etiam nostri temporis milites gaudent; licet enim ordo, & solennitates assumendi milites in desuetudinem abierit, tamen quoad privilegia militaria, & solennitates testandi nihil est immutatum.

arg. l. ordo 8. ff. de Publ. Judic. Alex.

*in l. Centurio. n. 2. & 3. de vulg. & pu-
pill. subst. Specul. tit. de Procurat. §. 1.
n. 22. Socin. Sen. conf. 33. n. 4. vol. 3.
Zal. conf. 6. n. 20. & seqq. vol. 1. Gaill.
l. 2. obs. 118. n. 1. Carpzov. p. 3. conf.
4. def. 26. n. 5.*

Et 1. quidem occupati in actuali conflictu, & pugna vel hujus procinctu quoquomodo, & absque omni solennitate Jurii Civili introducta, juxta constitutionem Maximiliani I. testari, vellegata relinquere possunt: adeoque suffici nuda testatoris voluntas, eaque feria, si de hac legitime constet; constabit autem, in testamento nuncupativo, si de illa deponant duo testes, etiam non rogati, etiam fœminæ: si verò in scriptis declaraverit voluntatem suam, sufficiet, si scripturam talam ipsius manu confectam, vel saltē subscriptam esse probetur, etiam sine ullis testibus, & cuicunque materiae inscripta sit, juxta dicta ad Dubium 3.

2. Milites, extra actualē pugnam, vel hujus procinctū degentes in castris, juxta allegatam constitutionem declarare voluntatem suam ultimam debent coram duobus ad minimum testibus: in quo privilegium militibus, jure antiquo concessum, partim mansit; quia in tali testamento etiam hodie non est necesse, ut testes hi habeant qualitates, alias requisitas in testibus testamentariis: partim verò temperatum est in hoc, quod non amplius sufficiat nuda testatoris scriptura, nisi hæc duorum testium contestatione sit confirmata, ut dictum est ad Dubium 3. num. 22. & 23.

3. Cæteri milites, qui nec in confli-
ctu, nec in castris, sed extra illa consistunt,
testari debent secundum jus commune jux-
ta eandem constitutionem Imperatoris
Maximiliani I. ubi dispositio juris commu-
nis, quā

*princ. Inst. de milit. testam. & aliis texti-
tibus suprà allegatis
decisum fuit, ut milites illis temporibus, per
qua citra expeditionum necessitatem in aliis lo-
cis, vel suis adibus degunt, minime ad vindic-
andum tale (scilicet militariter testandi)
privilegium adjuventur, ex parte confirmata,
ex parte autem per elocutionem genera-
lem extensa est ad omnes milites, qui ex-
tra castra versantur, adeoque etiam ad eos,
qui limitanei, stationarii, præsidiarii sunt,
vel in hybernis degunt juxta ea, quæ dicta
sunt num. 24. & seqq.*

Hæc tamen ampliatio etiamnum suas limitationes patitur. Nam 1. excipiuntur milites, qui ab hoste cincti sunt, vel in locis, hostium incursioni obnoxiiis, degunt, & quidem belli tempore; nam hi eodem modo, ac si in castris actu consti-
tuti essent, testamentum condere ju-
re militari possunt ob rationis identita-
tem.

33.

34.

35.

36.

Bachov.

37.

Bachov, *ad Treuel.* vol. 2. D. 10. thes. 6.
lit. C. Ludwell, *de ult. volunt.* p. 2. c. 3.

2. Excipitur miles, qui, postquam in pug-
na lethaler vulneratus est, in vicinum ali-
quem locum curandus deportatus fuit; nam & iste testamentum militare facere
ibidem potest, prout conclusit facultas
juridic Hallensis apud

Stryck, *Uſ. Modern.* *Pandect.* *de testam.*
milit. §. 4.

ratio est, quia leges non tam locum, hu-
jusque qualitatem, quam periculum, quod
Reip. causâ ibidem subitur à milite, &
cui etiam lethaler vulneratus subjacet,
considerant: & fortasse tantum temporis
ei non erat, ut solennitatis juris commu-
nis applicaret.

38.

3. Eodem privilegio gaudent etiam mi-
litares praesidiarii, constituti in civitate ob-
sessa ab hostibus, ex qua eruptions face-
re necesse est,

ut cum Bachov. & Ludwell. l. citt.
notant Colleg. Argentor. tit. *de te-*
stam. milit. thes. 3. Carpz. p. 3. const. 4.
def. 29. Richter, *decis.* 38. n. 13. Philo-
parch. p. 3. tit. 16. §. 2.

debet tamen in tali loco constitutus testa-
tor miles inserere testamento suo, quod
constitutum sit bellum, quod obessa sit ci-
vitas, in cuius praesidio est, & quod eru-
ptions ex urbe facere obligatus sit,

ut cum Philoparch. l. cit. monet
Stryck. *de Cauteſ.* *testam.* c. 9. §. 4.

39.

4. Idem est de militibus, qui alia ex
causa, commeatu, h. e. licentia abeundi à
duce aliquantis per acceptâ, extra castram
propinquis vivunt; nam hi etiam in locis,
in quibus per licentiam ita acceptam de-
gunt, militariter testari non prohibentur,
modò non diu absunt à castris, & rever-
tendi animum habeant, remque publicam,
à qua alimenta habent, ab omni bellorum
necessitate defendere sint in procinctu

Viglius in princ. *Inst. de milit.* *testam.* Bo-
cer. *de Bell.* & *Duell.* lib. 1. c. 18. n. 6.
& 7. Welenb. p. 1. cons. 17. n. 40.
Carpz. lib. 6. resp. 14. n. 22. Struv.
Disp. de testam. milit. thes. 16. Müller.
ad Struv. exerc. 34. thes. 4. lit. A. & col-
ligitur ex l. miles 34. ff. ex quib. caus. ma-
jor.

ubi Javolenus, miles, inquit, commeatu ac-
cepto, si domi sua est, Reip. causâ abesse non vi-
detur: unde per argumentum à sensu con-
trario, qui mittuntur, ut milites ducerent, aut
reducerent, aut legendi curarent, Reip. causâ ab-
sunt, ut ait Paulus *ICtus.*

l. qui mittuntur 35. ff. eod.

nam praesens esse dicitur, qui justâ ex cau-
sâ abest, dummodo propositum habeat re-
vertendi, aut per eum non stet, quare non
maneat

arg. l. *siquis* 8. ff. *de condit.* & *demonstr.*
l. *Sej.* 20. §. Pamphilæ 6. & ibi Bartol.
ff. *de Inſtruct.* vel *Inſtrum.* *legat.*

nec modicum absentiae tempus curatur in
jure.

l. ab hostibus 15. §. fin. ff. ex quib. caus.
major.

Proinde, si miles cum licentia Ducis mo-
dico tempore, & valetudinis, vel aliâ ju-
stâ ex causâ à castris absit, ab iis abesse non
censebitur.

l. *desertorem* 3. & l. *seq.* l. *fin. ff. de re*
milit. Carpz. *Resp.* 14. cit. n. 23. & 24.

Gaudebit proinde privilegio testandi mili-
tariter, acsi esset in ipsis castris.

5. Extenditur hoc etiam ad militem,
qui iussu Ducis, vel Principis, sub cuius
stipendiis militat, est in actuali itinere ad
exercitum constitutus, & in patria sua mi-
litare testamentum condidit; nam tale te-
stamentum judicialiter pro testamento mi-
litari privilegiato agnatum fuisse testatur

Præn. D. Christoph. de Chlingen-
sperg. *ad Inst. tit. de testam. milit.* q. 1.
& concordant Manz. *decis.* *Palatin.* q.
33. Stryck. *de Cauteſ.* *testam.*

nam talis in expeditione constitutus fuisse
censetur, ex communi principio, juxta
quod proximè accendens pro accinēto
habendus est. Imò

6. Non solum in militia, sed & ante
militiam non jure communi, seu non ad-
hibitis solennitatibus factum testamentum
subsistit, si postea testator fiat miles, & con-
stet, quod jam velit illud valere.

l. *sed & siquis* 4. *Inst. de milit.* *testam.* l.
idemque 9. §. *ut est rescriptum* 1. l. *tribunus*
militum 20. §. *cum aliquis* 1. l. *quod dici-*
tur 38. ff. *eoſ.* Struv. *Exerc.* 34. thes. 5.

Hæc tamen illius voluntas de novo decla-
randa est à testatore, postquam miles effe-
ctus fuerit, & in expeditione stare coepe-
rit: quod fieri debet omnino verbis, aut
factis aliquid testamento prius à se facto
dendo, vel addendo.

l. *Titius* 25. ff. *de testam. milit.* Wesen-
becc. vol. 1. cons. 17. n. 38. Stryck. *de*
Cauteſ. *testam.* c. 9. §. 3. Struv. thes. 5.
cit. Müller. *ibid.* lit. A. Philoparch.
p. 3. tit. 16. §. 2.

Non ergo sufficit hoc casu solum silentium
testatoris, postquam miles est factus; quia

l. *quarebatur* 19. princ. ff. *de testam. mil.*
requiritur, ut voluntatem suam specialiter
exprimat. Quandocunque autem volun-
tas expressa requiritur, internus actus non
sufficit.

Donell. l. 6. c. 28. & ibi Hilliger lit. P.
Bachov. *ad* §. 5. *Inst. de milit.* *testam.*
Lauterbach. *ad ff. diſt. tit.* §. 5. Müller.
thes. 5. cit. lit. B.

Porro sicut testamentum, confectum
sine solennitate juris communis ab eo,
qui tum nondum erat miles, ratificatum
tamen postea ab ipso, postquam miles jam
est, valet in vim testamenti militaris, ita,
& majori ex ratione militaris testamenti pri-
vilegio gaudebit illud, quod miles confe-
cit

40.

41.

42.

43.

cit extra castra, si istud secum sumpsit, & in expeditione constitutus eidem aliquid addidit, vel detraxit

Wesemb. vol. I. cons. 17. n. 38. Lauterbach. §. 5. cit.

Utroque ergo hoc casu requiritur ratificatio prioris voluntatis positiva. Neque obstat.

I. in fraudem 15. §. testamentum 2. ff. de testam. milit.

ubi Ulpianus, *Testamentum*, inquit *ante militiam factum à milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, divus Pius rescriptit.* Quidquid enim dicat Hotomannus, potius ad mentem, quam verba legis respiciendum est, ut notat

Lauterbach l. cit.

44. 7. Excipitur, nisi etiam ad stationarios, praesidiarios, & in hybernis existentes milites favor testamenti militaris, competens militibus, qui in expeditione constituti sunt, per specialia loci statuta, privilegia, vel consuetudinem ampliatus sit; nam legibus, per quas solennitates certae testamentarie introductae sunt, per hujusmodi statuta, privilegia, & consuetudines derogari potest. Et sic, licet alias jure Romano in testamento solenni tum scripto, tum nuncupativo adhibendi sint septem testes, in terris tamen, summo Pontifici etiam quoad dominium temporale subiectis, sufficit, si Parochianus coram Presbytero proprio, i. e. Parochio suo (hic enim in isto loco significatur nomine Presbyteri proprii) & coram duobus, vel tribus aliis testibus idoneis testamentum condidit: quod aperite colligitur ex c. cum esses 10. de testam. & ult. volunt. & notari Imol. ibid. n. 13. Clar. §. testamentum. q. 57. n. 2. cum communi DD.

45. Proinde, si adsit in aliquo loco privilegium, statutum, vel consuetudo, quam militibus, extra castra, & expeditionem existentibus, contra jus constitutionis Maximiliani cit. communicatur potestas testandi militariter, tale privilegium, statutum, & consuetudo omnino est observanda. Patet de consuetudine, nam per hanc abrogari potest lex quæcunque humana, sive canonica illa sit, sive civilis, si habeat conditiones, ad consuetudinem legitimè præscriptam requisitas.

c. fin. de conseru. l. de quibus 32. & l. sed & ea 35. ff. de legib.

Ratio est, quia eadem vis est consuetudinis, quæ legis. Igitur, sicut lex posterior abrogat priorem legem contrariam, ita & consuetudo, modò rationabilis, & legitimè præscripta sit.

46. De statutis particularium locorum constat ex

l. omnes 9. ff. de J. & J.

ibi, *Quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est: quam legem licet R. P. Schmalzgrueber Confilia.*

Suar. lib. 6. c. 26. n. 11. intelligendam velit de juribus imperialibus, ultra jus commune latiss., ceterit tamen DD. & ipsa etiam consuetudo de statutis, etiam juri communi contrariis accipientam esse convincunt.

Felin in c. quod super 9. de major. & obed. cum aliis,

qui proinde distinguunt inter leges communes Canonicas, & civiles, & his quidem contrarias leges, vel statuta condendi potestatem concedunt Magistratibus, vel Principibus Imperatore inferioribus, de illis autem negant, quod si per statuta, facta à Prælatis inferioribus, derogari possit ex speciali ratione, quod si in partem tantum solicitudinis pastoralis à Pontifice vocati sint. Licet ergo per sepius allegatam Constitutionem Maximiliani I. milites, extra castra, & expeditionem constituti, teneantur testari jure communi, tamen, ubi adest tale statutum, vel consuetudo, etiam isti testamenta condere poterunt jure militari. Et hinc proprius accedendo ad casum præsentem, est

DUBIUM V.

Quomodo testamenta condere possint milites cæsareani, seu illi, qui sub signis Imperatoris immediate merentur stipendia?

R Esp. De jure consuetudinario Austriae co jus testandi apud milites imperatori immediate subiectos redactum est ad simplicitatem juris Gentium, in quo nullæ omnino solennitates requiruntur, sed sufficit, si de ultima voluntate testatoris sive per testamentum holographum sine ulla testibus, vel solennitatibus, sive per testamentum manu aliena scriptum, & testatoris sola subscriptione, & sigillatione munitum constet, ut expresse

N. De Land- Tafel lib. 3. tit. 11. in verbis, da aber ein Testament ic. ubi signanter unius, vel duorum duntaxat testium, præter testatorem, subscriptio in casu, quo testamentum militis subscriptum tantum est à testatore, non vero holographum, desideratur.

Et hoc verum est, sive deinde in confliktu, aut castris, sive extra ista in commeatu, vel in itinere ad illa, aut in præsidiis, hybernis &c. constitutis miles testator fuerit tum, quando condidit hoc suum testamentum. Et ita teste

Kostka in suo Commentario zu dem Rayserl. Articulus Brief Leopoldi I. § 6. n. 5. pro causa testati in consilio bellico cæsareano aulico sepius pronuntiatum est. Formalia dicti authoris sunt, Nun seye es mit dem Reichs- Volck, oder mit deme von Haus

(M)

47.

48.

Haus verfaßt. anderer des Heil. Reichs Fürsten, wie es ist bey uns Kaiserl. hat es ohne Controvers &c. ubi laudatus author privilegium hoc extendit etiam ad milites cæsareanos, existentes extra conflictum, & castra, & distinguunt inter hos, & alios milites aliorum S. R. I. statuum, vel Principum;

49.

Nam hi posteriores, seu mediati aliorum Principum, & statuum milites juxta eundem authorem, si in exercitu cæsareano militent, tantum respectu causa militaris, & in militaribus delictis imperialis campi Mareschalli, & legionum cognitioni, & punitioni subsunt; in cæteris autem delictis, & civilibus causis cognitio de his, secundum communia imperii jura facienda, statui, vel Principi, cui ejusmodi miles reus obligatus est, plenariè competit. Contrà vero cæsareani milites immediati, Generales eorum, & Officiales, sive in territoriis hereditariis cæsarii, seu domus Austriae, sive in territoriis imperii degant, nunquam domino territorii, vel Magistratu Politico judicandi extraduntur, sed tam in criminalibus, quam in civilibus causis sententia à judice ipsorum ordinario, qui respectu ipsorum est consilium bellicum cæsareum Viennense, & huic subordinati judices, puta in legione, vel præsidio gubernatori, adscito consilio bellico, secundum jura cæsarea bellica puniuntur, & judicantur.

50.

Proinde, cum secundum jus Gentium quoad testamenta, & ultimas voluntates sufficiat, si de ultima voluntate, eaque seria testatoris legitimè, & indubitate constet, ut testamentum, à milite cæsareano conditum, sustineatur, satis erit, si aut holographum sit, aut casu, quo nuncupative conditum fuit, de ejus voluntate duo testes, coram quibus hanc nuncupavit, deponant: quod confirmatur insigni. Attestato 20. Aprilis currentis anni 1728. ex Cancellaria laudati consilii Aulico-Bellici emanato, ubiad quæstionem, an testamentum, conditum à Generali cæsareano, qui post mandatum, à dicto consilio, vel ipso Imperatore acceptum, constitutus jam erat in itinere ad exercitum, ubi illud conditum fuerit, si holographum sit, atque à testatore subscriptum, & subsignatum sigillo proprio, pro valido haberi debeat, responsum fuit, in eodem consilio omnino haberi pro valido.

51.

Consequenter contra impugnantes tale testamentum, si causam velint trahere ad aliud forum, & istam dijudicari petant secundum jura communia, opponi poterit exceptio fori declinatoria, ex ratione, quod cognitio de illius validitate, utpote confecti à Generali cæsareo, immediate Imperatori secundum personam suam subiecto, pertineat ad forum consilii illius cæsareani bellici: ex quo solvitur

Quæstio Principalis.

An testamentum, de quo facti species, sustineri pro valido possit?

Contra hujus valorem proponuntur sequentes rationes. Nam 1. contrarium decisum est in constitutione Maximiliani I. cit. ubi de militibus, qui nec in conflieti, nec in castris versantur, dicitur, quod testamentum suum condere debant secundum jus commune, seu cum septem testibus: quæ constitutio hodie observanda est.

Gaill. lib. 2. obs. 118. n. 6. Carpzov. p. 3. const. 4. def. 26. Richter 1. decis. 38. n. 10. Brunnem. ad l. 15. C. de testam. milit. Widmont ad Pandecta lib. 29. tit. cit. n. 4. & 5. & assistit jus commune. S. sed hactenus 3. Inst. de milit. testam. l. ne quidam 17. C. eod. ipsa quæratio, quippe cum in his militibus cesseret ratio privilegii, scilicet præsens periculum vita, & defectus occasionis ad plures solemnitates in testamentis condendis adhibendas.

Stryck. de Cautel. testam. c. 9. §. 1. post Gaill. l. cit.

2. Esto, sufficerent duo testes subscripti, si tamen debuissent esse præsentes, eisque testator ostendere suum testamentum, & declarare, hanc esse suam ultimam voluntatem. In nostro autem casu testes illi duo, qui subscripterunt, præsentes non fuere, proinde non possunt depone de tensu proprio, & immediato, quod hoc testamentum Excellentissimus testator condiderit, sed ad summum de creditate, cuiusmodi testes legitimam probationem non faciunt per textus.

can. testes 15. cau. 3. q. 9. c. tertio loco
5. de Probat.

præsertim, cum in eodem testamento in fine dicatur, eos fuisse rogatos à testatore ad subscriptendum, cum tamen constet, eos nec præsentes fuisse: ut adeò scriptura hæc contineat evidenter falsum quoad substantiam testium, ex quorum tamen depositiibus ultima voluntas probanda est. Falsitas autem scripturam ex toto vitiat, eique omnem adimit fidem.

6. quanto 5. de his, quæ à Fralat. c. Sedes Apostolica 15. & c. super literis 20. de Re script. Farin. de testib. q. 67. n. 128.

3. Testis secundus primum post tempus subscriptis, & quidem à primo teste dolosè inductus, quippe qui eidem certum, quod donationis esse dicebat, instrumentum ostendit cum requisitione, ut illud, aposito sigillo suo, subscriptat: quod etiam fecit, absque eo, quod illud legerit, aut prælegi sibi curaverit, proin nescius, quid in illo contineatur, prout ipsem eti judicat, sub juramento testatus est, & propterea,

52.

Ratione dubitandi

53.

54.

rea, cùm intellectus esset, quod subscriptio eius servire deberet pro confirmatione hujus ultimae voluntatis, contra hoc coram iudice solenniter protestatus est, declarando, hanc suam subscriptionem nullam, & invalidam esse, & reservando sibi omnia competentia. Proinde hoc testamentum ex dupli rursum capite pro nullo, & irritu haberi debet: primò, quod subscriptio testium non sit facta in unico actu, & contextu, quod tamen requiritur per tex-
tum.

§. sed cùm paulatim 3. Inst. de testam. ordinand. l. Hæredes 21. §. fin. qui testam. fac. poss.

& rationem, ne scilicet per actum interpolatum à competente deliberatione memoria avocetur, aut turbetur. Secundò ob falsitatem, & ignorantiam contentorum. Proin dici non potest, quod per hujusmodi testem habeatur legitima, & in jure subsistens probatio, quippe quod negant communiter DD. cum

Bald. & Innoc. in c. 2. de fid. instrum. per textum l. fin. C. plus valere, quod agitur &c.

Imò instrumentum, licet à pluribus, quām duobus testibus, subscriptum, si unus illorum judicialiter, & subjuramento deponat, se contenta ignorasse, aut eretioni illius non interfuisse, valorem omnem a-
mittit.

§. item verborum 12. Inst. de inutil. stipul. l. omnibus 1. §. fin. ff. testam. quemad. aperiant. l. optimam 14. C. de contrah. & committ. stipul. Jason in l. eleganter. ff. de condit. indeb. Cravett. conf. 75. n. 281. Mascard. de Prob. concl. 921. n. 1. & 3. item vol. I. q. 6. n. 43. & 45. cum Abb. in c. cum Joannes n. 14. de fid. instrum. & aliis.

Proinde testamentum hoc, in quo cognatum suum testator substituit, omnino invalidum est, etiam ut militare: & pro tali etiam illud agnovit in responso suo inclita Facultas juridica Ingolstadiensis. Et esto, factum illud fuisse æquivalenter in castris, atque adeò duo testes sufficerent, & in his testibus nullus foret locus exceptioni contra illos, tamen

55. 4. Testamentum hoc adhuc destitueretur viribus, & robore suo; quia testator in actuali expeditione non fuit, quo nomine teſteſt.

Harpprecht ad §. 3. Inst. de milit. testam. n. 1.

intelligitur, quando testatores militant, & in castris degunt, vel

ut Stryck. de Cautel. testam. c. 9. §. 4. explicat

significantur illi, qui vel sunt in conflitu, vel expediti ad configendum cum hoste, quandoconque occasio ad hocse obtulerit. In casu autem substrato nondum erat declaratum bellum adversum Turcas, & testa-

R. P. Schmalzgrueber Consilia,

tor ultimam suam voluntatem in omni securitate ab hoste, longè ab hujus periculo remotus, in arce sua gentilitia, ubi per tres integros dies commoratus est, condidit, occasionemque & tempus habuit, ut posset facere testamentum, instructum solennitatibus: atque adeò privilegium militare hic locum non habet, præsertim cum de mandato sine mora ad exercitum se conferendi non constet. Ex quo patet, quod præjudicia illa, quæ ex AA. in contrarium afferuntur, huic casui applicari nequeant, quippe in quibus casibus bellum actu declaratum erat, & milites actualiter constituti fuerunt in itinere, & absque mora ad pugnam cum hoste conserendum. In casu Chlingenpergiano, allegato num. 40. intervenerunt duo testes, secundum sapientiam Constitutionem Maximiliani I. requisiti. Neque obstat, quod dicatur, testamentum hoc à cæsareo armorum consilio, tanquam validum, fuisse agnatum; nam, præterquam, quod hoc omnino negetur, ta-
men,

56. §. Esto, quod ad instantiam viduæ testatoris id, quod in testamento isto ei fuit relictum, petendi facultas concessa fuerit, non tamen propterea pro valore ejusdem testamenti per sententiam pronuntiatum fuit, quippe cùm nulla sententia jus faciat in casu, ubi partes nec citatae, neque auditæ fuerunt per

c. Ecclesia sancta Maria 10. de Constit. c. forus 10. de V. S. Clem. Pastoralis 2. de Sent. & re judic. Bald. conf. 434. Ancharan. conf. 297. n. 12. Pignat. tom. 2. consult. 65. n. 8.

ut taceam, quod res, inter alios acta, & judicata, alii non noceat.

l. si neque 1. & seqq. C. quib. res judic. non noc. l. inter alios 1. & duab. seqq. C. in-
ter alios acta &c.

Æquè parum obstat huic affirmativæ contra negativam sententiam assertioni, quod

6. Milites cæsareani gaudeant speciali privilegio, juxta quod etiam extra conflitum, & ipsa castra existentes possint jure militari condere testamentum; nam privilegium hoc se non videtur extendere ad testamentum, quod conditum est extra Provincias hæreditarias Imperatori subje-
ctas, quale est testamentum quæstionis; quod conditum est in loco, qui situs est in Palatinatu Neoburgico. Et, licet ex communiori Jutorum sententia testamentum, secundum leges, statuta, vel consuetudines alicujus loci quoad solennitates extrinsecas conditum, etiam respectu bonorum, ali-
bi sitorum, valeat, tamen non vice versa valet testamentum, quod, neglectis, & præteritis legibus, statutis, ac consuetudinibus patriis, secundum legem, statutum, vel consuetudinem alienam confe-
ctum est, quale est illud præsentis quæstio-
nis, quippe quod conditum est secundum (M 2) ar-

articulos bellico - cæsareanos, qui in dicto ducatu, quantum constat, recepti non sunt. Verum, his non obstantibus, videtur dicendum, adhuc sustineri debere præsens testamentum in vim testamenti militaris: idque propter sequentes rationes.

58. Nam 1. ut dictum est *ad dubium etum*, de jure consuetudinario Austriaco exploratum est, quod valeat testamentum militis, Imperatori immediate subjecti, absque omni solennitate juris civilis, modo de voluntate ultima testatoris sufficienter constet: quod privilegium 2. juxta ibidem dicta num. 48. extenditur non tantum ad milites, qui in actuali conflictu, vel castris, aut commeatu ad illa constituti sunt, sed etiam ad eos, qui degunt in præsidii, & hybernis. 3. nec respiendi locus, ubi illud confecerint; nam juxta num. 49. in quoconque loco milites isti vercentur, subjacent illi judicaturæ consilii imperialis bellico-aulici Viennensis tam in causis criminalibus, quam civilibus: adeoque 4. horum testamentum, etiam extra Provincias Austriae conditum secundum jus hoc consuetudinarium, sustinetur, quippe quo jure juxta num. 47. jus testandi apud milites, Imperatori immediate subjectos, redactum est ad simplicitatem juris Gentium. Cum ergo secundum jus Gentium quoad testamenta, & ultimas voluntates sufficientat, constare de voluntate seria testatoris, 5. sustinebitur testamentum, ab hujusmodi militi conditum, si illud vel holographum fuerit, aut nuncupatum coram duobus testibus, juxta dicta num. 50. ut adeo 6. juxta dicta num. 51. contra impugnantes illud derur exceptio fori declinatoria, quippe cum judicatura de illo pertineat ad forum consilii aulico - imperialis bellici, quod istud sic consecutum pro valido sustinet. Imo 7. tale testamentum, si conditum fuerit a milite, jussu Principis, aut ducis constituto in commeatu, seuitinere ad castra, juxta dicta num. 39. valebit etiam de jure communi, modo consecutum sit eo modo, quo milites, in castris existentes, conficeri illud possunt, præfertim, si ille non habuerit tempus, vel occasionem adhibendi solennitates, jure communi requisitas.

59. Atqui in casu præsenti constat 1. ex num. 1. quod mandatum duplex testator à consilio bellico Viennensi acceperit eundi ad exercitum in Hungariam, quodque cum, quando testamentum hoc condidit, fuerit actu constitutus in itinere versus Hungariam, adeoque in commeatu. 2. fatetur etiam initio statim testamenti sui juxta num. 2. quod ad solenne testamentum condendum nec tempus, nec occasionem habuerit: adeoque constat, quod voluerit testari jure militari, prout patet ex clausula addita, & num. 2. cit. relata, quam ha-

redes suos insolubiliter, & sub optima juris forma, prout aptum, & necessarium est ad ejus manutentionem, & executionem, obligavit: adeoque hac adjectâ clausulâ testamentum hoc suum omni modo, quo valere possit, valere voluit. 3. potuit autem testari militariter juxta num. 48. & num. præc. de jure communi, quia erat in commeatu, & quidem ita prout testatus est saltem de jure consuetudinario Austriaco, juxta quod sufficit, si testamentum sit holographum, quale inventum est præsens testamentum ex comparatione literarum: idque verum est etiam de milite, constituto in itinere ad exercitum, modo de seria voluntate testatoris constet. 4. de hac ipsius voluntate constat aperte per expressissima verba, quibus testamentum suum valere voluit omni meliore modo, quo illud valere potuit: & esto, quod clausula ista testamento non fuisset expressè adjecta, tamen illud juxta dicta *ad dubium etum* adhuc pro testamento militari privilegiato agnoscendi deberet, ut actus valere possit, cum non sit capienda interpretatio, per quam actus subvertatur, nec elegisse intelligatur miles viam illam, per quam impugnetur, & pereat judicium suum ultimum. Proinde 5. cum ad testamentum militare secundum jus consuetudinarium Austriae quoad milites, Imperatori immediate subjectos, nulla requiratur solennitas juris civilis, sed tantum probatio, quæ fieri potest per duos testes, vel alia sufficientia signa, veluti per scripturam, & manum propriam testatoris, hoc testamentum, eodem jure consuetudinario, & forte etiam communi spectato, pro valido sustineri debet: quod ipsum patet 6. ex num. 48. & duob. seqq. ubi sic constitutum habetur pro valido, & judicatura de ejus valore consilio bellico Viennensi adscribitur. Accedit 7. judicium consilii aulici Neoburgensis, ubi, cum vidua testatoris peteret sibi adjudicari relicta sibi in hoc testamento à testatore, istud pro valido agnatum est. Si autem validum illud est quoad intentionem vidua, propter individualitatem etiam pro valido haberi debet quoad substitutionem: ut adeo causa hæc pro jam judicata haberi debeat. Neque obstat, quod dictum consilium per se in causa ista fuerit incompetens, cum juxta num. præc. in fin. judicatura de ejus validitate pertinuerit ad consilium bellicum Viennense; nam per remissionem causæ, ab hoc ad illud factam, effectum est competens: atque adeo forum Viennense, cum res inter alios acta, alii non præjudicet, adhuc apertum sit substituto, si quis suum in isto prosequi velit. Confirmantur hæc respondendo ad argumenta opposita.

Ad 1. Non erat opus, ut in hoc casu 60. testator observaret solennitates juris civi- Responsilis; nam 1. erat Generalis cæsareus, actu decur ad con- argumc-

ta opposi- constitutus in servitiis bellicis Augustissi-
ta. mi, & gubernator civitatis, & præsidii
Cælarei: consequenter gavisus est privi-
legio militum Imperatori immediate subje-
ctorum, juxta quod isti juxta dicta ad du-
bium s. etiam nec in conflictu, nec in ca-
stris aetu existant, absque solennitate, so-
lo Jure Gentium observato, testari possunt.
2. Idem testator, ut Augustissimo obsequia
sua militaria præstaret, fuit in itinere ad
exercitum in Hungaria, & quidem post ac-
ceptum iteratum Cæsareum mandatum:
ad eoque hic intrat doctrina num. 39. & 40.
allata, juxta quam testamentum, conse-
ctum à milite, in commatu, vel itinere ad
exercitum constituto, considerandum est,
ac si fuisset in castris conditum, cùm privi-
legia militum locum habeant non tan-
tum respectu eorum, qui actu in ca-
stris, aut conflictu existunt, sed etiam
respectu illorum, qui ad castra tendunt,
& pro viribus parati sunt ad defendendam
Remp. contra hostes illius; sicut enim accin-
gendum pro accineto habetur, ira proficis-
cens ad castra, ut ibi militet, haberi debet
pro actu militante. 3. Juxta dicta ad du-
bium 2. in casu, quo dubitatur, quo jure,
communi scilicet, an militari testator con-
dere ultimam suam voluntatem voluerit,
præsumendum est, quod militari. Igitur
multò magis pro militari testamento habe-
ri, & sustineri debet, quando constat de
voluntate istius ita testandi, si ita testari
potuit. Potuit autem ita testari in no-
stro casu testator, & quidem, ut Genera-
lis Cælareus, de jure consuetudinario Austriae;
ut vero existens in commatu, &
itinere ad castra, & exercitum, etiam de
jure communi. Haberi proinde testamen-
tum hoc, licet destitutum solennitatibus,
pro militari valido debet, & sic inconcus-
sa manebit substitutio, in eo facta.

61. Ad 2. Imprimis testamentum præsens
holographum est, quo casu juxta num. 50.
de memorato jure consuetudinario Austriae
nullis opus est testibus, nulla solennitate
in testamento militum, Imperatori imme-
diata subjectorum. 2. Corroboratio tes-
tamenti per subscriptionem testium in tes-
tamento secundum dictum jus consuetu-
dinario non est de forma substantiali, sed
probatoria tantum, quippe cùm in testa-
mento sic facto jus testandi juxta dicta num.
47. redactum sit ad simplicitatem juris Gen-
tium, vi cuius sufficit, si de ultima vo-
luntate testatoris sufficienter constet.
Constat autem de ista abunde in casu præ-
senti, quippe cùm totum testamentum sit
manu testatoris exaratum, adeoque ho-
lographum. Proinde non obest, quod
alter testis non fuerit præsens; nam 3.
cùm aliunde jam habeatur sufficiens certi-
tudo de testatoris voluntate, etiam reje-
ctis testibus subscriptis, testamentum istud
sustineri deberet pro valido. Deinde idem
testis, dum illud subscriptis, videre potuit,

& legere, vel curare sibi prælegi contenta
in hoc testamento: quod si fecit, non tan-
tum de credulitate, sed etiam de sensu pro-
prio testari potuit, in scriptura sibi osten-
sa contineri voluntatem ultimam testato-
ris, præsertim, si manum istius agnoscit,
aut ab ipso testatore audivit, hanc esse
suam ultimam voluntatem. 4. Non est
credibile, quod duo testes subscripti non
fuerint à testatore rogati, quippe cùm de
hac rogatione non testator solummodo,
sed ipsi testes luculenter testentur per
verba, als gebertner Gezeug. Proinde
testi, neganti, se rogatum non fuisse, tan-
quam alleganti turpitudinem suam, credi
non debet, dum modò negat, quod ante
te manu sua scripsit. 5. Esto falso al-
iquid intervenisset circa rogationem te-
stium tamen hi, cùm eorum subscriptio in
testamento holographo, condito à mili-
te secundum jus consuetudinario Austriae, ad probationem duntaxat pertineat,
quæ cùm aliunde habeatur ex ipso testa-
mento holographo, agnito ut tali, con-
secutaneum est, falsitatem, si qua intervenit,
non attingere ipsam substantiam testamen-
ti, & consequenter istud non vitiare; nam
utile per inutile vitiare non debet, quando ab
invicem sunt separabilia, & unum sine al-
tero valere potest, juxta

reg. 37. in 6. junct. Gloss. ibid.

Ad 3. Dolus, in aliquo actu commis-
sus, necessariò probari debet; cùm enim
dolus consistat in fallacia, & machinatio-
ne, ad alterum decipiendum tendente,
in delictum, & crimen vergit. Delictum
autem, & crimen non præsumuntur, sed ab
allegante probari debet, quippe cùm jux-
ta communem regulam quilibet præsumatur
bonus, nisi probetur malus.

c. fin. de Praesumptione.

Hinc omnis alia præsumptio potius est ca-
pienda, & verba etiam aliquando impro-
prianda, ut dolus, & fraus excludatur, si
hæc aliunde probari non possit.

Sabellus §. dolus. n. 3.

In hoc autem casu nulla adest probatio
doli, sed hic tantum asseritur ab uno teste,
qui modò negat, se scivisse contenta te-
stamenti, cùm tamen ipsi testis subscripterit,
& in subscriptione sua rogatum se ad hoc
dixerit. 2. Quod in unico actu, & con-
textu intervenire debeant omnia solennia
testamenti, intelligendum est de testamen-
to solenni, & quidem eatenus tantum, ut
non possit misceri contractus, vel alii actus
similes, qui non habeant connexitatem
cum ultima voluntate, ut communiter no-
tant DD. in

§. sed cùm 3. Inst. de testam. ordin. I. Ha-
redes 21. §. in testam. 2. ff. qui testam.
fac. poss. I. bac consultissima 21. C. de
testam.

Idque cùm limitatione, ut non sit neces-
sarium, ut testamentum statim eodem die,
(M 3) quo

quo confectum illud est, & subscriptum à testatore, etiam subscribatur à testibus; nam etiam alio tempore subsequētē testator illud testibus potest ostendere, hisque declarare, quod in eo ultima ipsius voluntas continetur, & sic ab ipsis petere, ut illud subscriptant. Aliud est in testamento militari; cū enim in hoc, præsertim de jure Austraci, remissa sit omnis solennitas Juris Civilis, hujus valori non obest, quod testamentum præsens non sitab utroque teste subscriptum in uno tractu, sed diversis temporibus: Ratio est, quia hæc subscriptio, & continuatio actuum est solennitas, Jure Civili adinventa, quam proinde miles impunè omittit, ut cum aliis advertit.

Zoëf. ad ff. tit. de testams milit. n. 4.
¶què parū 3. obstat responsum inclitæ Facultatis juridicæ Ingolstadiensis; quia hoc duntaxat fundatur super constitutio- ne Maximiliani I. citatā, quæ quoad milites, Imperatori immediate subjectos limitata est, quippe cū, ut sūpius dictum est, isti testamentum condere possint, obser- vato duntaxat jure Gentium, juxta quod ultima voluntas, si de ea vel per scripturam propriā testatoris manu exaratum constat, illud pro valido haberri debet.

63. Ad 4. Constat, quod testator à Consilio Bellico Viennensi iteratum habuerit mandatum, ut ad imminens bellum Turcicum, sub Principe Eugenio militaturus, in Hungariam fese conferat; alias impunè à præsidio, sibi ab Imperatore commenda- to, abesse non potuisset, idque non solum de jure particulari, sed etiam communi- ni per

l. Tribuni 11. princ. & l. nemo miles 13. ff.
si verò 1. C. dñe milit.
ubi dicitur, quod tribuni, vel milites nullam eragandi per possessiones habeant facultatem, sed causas profectionis sua exponere debeant: ut adeo pro testatore in casu præsenti mil- litet fortissima juris præsumptio, in ipso veritas, quod ille ad iter hoc faciendum sufficienti mandato instructus, adeoque in procinctu ad castra, & exercitum iussu Augustissimi constitutus fuerit.

64. Ad 5. Etiam sententia, & res judica- ta aliis prodest, vel obest in multis casibus, & signanter in casu, quo jus tertii à jure partis litigant, quæ victoriam retulit, vel causâ suâ cecidit, pendet. Exemplum communiter DD. dant in testamento, quod ubi per sententiam pronuntiatum fuit esse invalidum contra hæredem in eo institutum, ex eo hoc ipso nec legatarius legatum suum amplius potest petere, quippe cū utriusque intentio fundetur super valore testamenti. Igitur è converso, si tale testamentum pronuntiatum fuit vali- dum pro legatario, etiam validum censeri debebit respectu hæredis instituti, vel sub- stituti.

65. Ad 6. Sicut, quando Cæsareani mi- lites, & legiones per Romani Imperii ter- ras transeunt, aut ibi degunt, omnes apud ipsis incidentes causæ, sive civiles, sive criminales illæ sint, secundum articulos juris Cæsareani bellici, et si hi in Imperio recepti non sint, apud legiones ipsorum expediuntur rectè, & valide, ita judican- dum est, quod quævis persona militaris cæsarea, non obstante, quod inveniatur extra provincias hæreditarias Domus Au- striacæ in loco alteri principi subjecto, in hoc casu, quo ex mandato Cæsar, & hu- jus consilii Aulico-bellici per hujusmodi- cum transit, atque ad castra Cæsareana commeat, testamentum suum secundum articulos Cæsaraneos bellicos condere possit, ipsūque testamentum ita conse- cutum, etiam quoad bona, in tali territo- rio sita, valorem suum retineat; nam res personam sequitur, & cum persona ex in- tegrō jure militari, quo ipsa persona, gau- det.

66. Neque obstat 1. quod persona testa- toris in casu præsenti quoad bona, quæ in palatinatu Neoburgico habuit, hujus Prin- cipi Serenissimo electori palatino subjecta jure Landfassiatuſ fuerit; nam duplē personam gerit, scilicet Landfassii, ratio- ne cuius subjectus erat memorato Serenissimo Electori; & Generalis Cæsarei. Ubi autem quis duplē personam gerit, ut ille jure poterit, quod ipsi magis est favo- rabile. Exemplum est in clericis, qui, li- cēt & ipsi sint cives communis Reipublicæ, tamen quoad onera communia civium exemptione gaudent. Quare etiam Ex- cellentissimus testator, non obstante, quod fuerit Landfassius, adhuc potuit, ut Generalis Cæsareus immediatus, conde- re testamentum privilegiatum secundum jus speciale confuetudinariū Austricæ quoad milites Imperatori immediate sub- jectos. Non obstat 2. quod ille testamen- tum hoc suum conficerit in loco dominio ipsius subjecto, adeoque domi suæ, qui casus alias de jure communi excipitur

67. l. princ. inf. de milit. testam.
ibi, vel in suis adibus; nam ibi se detinuit so- lū ad brevissimum tempus, & transeun- ter: consequenter intrat hic dispositio
l. qui mittuntur 35. l. qui Reipublica 7. ff.
ex quib. caus. major.
juxta quam, qui extra patriam suam Reipu- blica causâ profectus est, etiam si per urbem ei iter competit, Reip. causâ abesse dicitur.

68. Non obstat 3. quod vidua testatoris legatum suum, & ea, quæ iste ipsi in testa- mento suo reliquit, petierit in consilio Aulico Neoburgico, & apud Dominum territori, quod bonum paganum est; nam hoc factum est ideo, quia illa ad hoc forum in hoc casu specifico ab ipso Con- silio bellico Viennensi remissa fuit, ut cau- sa ejusdem facilior fieret. Hinc factum istud

65. istud testatoris cognato, quem testator sibi hæredem substitutum in casu, quo institutus decedat sine liberis, esse voluit, præjudicare non potest. Proinde, illo non obstante, ille coram consilio bellico Cæsareo causam suam prosequi poterit, tanquam coram foro competente, quod etiam, ut sperari potest, ob rationes hactenus alle-

gatas manutenere conabitur testamentum, & jus, dicto cognato per substitutionem acquisitum, quippe cum testator ex integro jure Cæsareo militari gavisus fuerit, suumque testamentum ad normam illorum condiderit, adeoque istud nullo ex capite infringi possit.

CONSILIO VI.

66. In punto prætensi debiti zwischen dem Hochgeböhrnen H. G. C. und dessen auch Hochgeböhrnen Frauen Stieff. Mutter ab intestato hinterlassenen Erbinnen.

S U M M A R I U M.

1. 2. 3. *Facti species.*
4. *Liberi non tenentur solvere debita patris, nisi sint ejus hæredes.*
5. *Filius non tenetur debita patris solvere ex bonis feudalibus.*
6. *Potest filius repudiare hæreditatem paternam, retentis feudis.*
7. *Donatio propter nuptias, aut vidualitium non absque certis conditionibus in feudo constitui potest.*
8. *Testamentum patris inter liberos sine solennitate factum, non valet quoad legatum uxori reliquum.*
9. *Militum testamenta in hibernis facta non gaudent privilegio militari.*
10. *Principes inferiores tenentur legibus testamentariis.*
11. *Unde testamentum, de quo in præsenti, est nullum.*
12. 13. *Transactiones tutorum non nocent pupillis.*
14. *Pupillus sui juris factus absque restitutione in integrum abstinere potest hæreditate per tutorem adita.*
15. *Tutor in rem suam, vel suorum author esse non potest.*
16. *Si plures sunt tutores, non potest unus sine altero agere.*
17. 18. *Vassallo debitori datur in feudo beneficium competencia.*
19. *Mens authoris & quastiones disquienda.*
20. *Distinctio inter debita hæreditaria, & feudalia.*
21. *Successor in feudo hæreditario solvere debet omnia debita.*
22. *Successor in feudo ex pacto & providentia solvit solum debita & onera feudalia.*
23. *seqq. talia debita vel ex conventione hominum sunt imposita feudo:*
27. *Vel ex dispositione legis aut consuetudinis.*
28. *Talia sunt debita, quæ in utilitatem feudi conversa sunt:*
29. 30. *Vel ad feudum comparandum contra dicta:*
31. *Vel ad feudum onere pignoris liberandum:*
32. *Item salarium pendendum advocato pro labore in commodum feudi impenso:*
33. *Item dos vidua vasalli restituenda:*
34. *Item dotallitium,*
35. *Item donatio propter nuptias, dona parœ phernalia uxoris, & tributafeudis imposta.*
36. *Hac debita ita solvuntur ex feudis, ut his non sufficientibus, solutio petatur ex aliis bonis.*
37. *Alia onera præstantur ex bonis allodialibus, ita tamen ut in horum defectu in subsidium graventur feuda, ad dotandas filias vasalli;*
38. *Aut ad expungenda debita pro dotandis illis contracta,*
39. *Aut ad sustentandos filios feudi incapaces.*
40. *Aut ad complendam legitimam liberorum.*
41. *Aut ad expensas in funere vasallifacias.*
42. *Ad omnia denique debita solvenda, quæ contracta sunt cum consensu successorum feudali.*
43. *seqq. una cum censibus & interesse:*
48. *Accessorium semper inest principali obligationi.*
49. *Privilegium contra jus commune datum est stricta interpretationis: secus est de gratia, qua tollitur obstaculum, ut actus secundum jus fieri possit.*
51. *Debita hæreditaria solvenda sunt ab hæredi de universali, non à successore in feudo.*
52. *Nisi sit feudum novum:*
53. *Aut in feudo succedant liberi:*
54. 55. *Aut sit feudum immediatum Imperii.*
56. *seq. filius facile præsumitur hæreditati paterna se immiscuisse, & inde teneri ad onera illius.*

58. seqq.