



Quæstionum, Et Resolutionum Legalium Libri Duo

Quorum Prior in duas Partes divisus, continet Resolutiones Beneficiales,
Canonicas Et Regulares: Secundus Controversias Civiles determinat

Quæstionum, Et Resolutionum Legalium Libri Duo - Quorum Prior in duas
Partes divisus, continet Resolutiones Beneficiales, Canonicas Et Regulares:
Secundus Controversias Civiles determinat

Tonduti, Pierre François de

Lugduni, M.DC.LXXXIX.

Cap. CXXXVII. Testamentum ut valeat jure militari, necesse est vt fiat in
bello, vel in acie & in procinctu; non autem in statione, ex veriori
sententia. ...

[urn:nbn:de:hbz:466:1-98388](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-98388)

Qu. & Res. Civil. Pars II. Cap. CXXXVI. 91

latius cap. seq. explicatur, ad quod est recurrendum, maxime n. 2. *versic. secundus casus*. In testamento autem militis, quibuscumque verbis concepta fuerit substitutio, valet potius in vim fideicommissariae, & non extenditur ad alia bona, ut haeres scriptus minus grauetur: teste Peteg. *dicto art. 34. n. 59. in fine*.

10 Et ex his patet responsio ad Statutum Auenionense ex aduerso allegatum *lib. 1. rubrica 60. art. 1.* quia ex praemissis clare constat nos esse extra casum Statuti. *Primo*, quia statutum loquitur de patre pagano; nos autem agimus de patre milite. *Secundo*, quod statutum loquitur simpliciter de compendiosa per verbum commune facta, sed non decidit casum, in quo illa substitutio est restricta ad certa bona: qui casus cum non fuerit decisus à statuto, remanet in dispositione iuris communis, *l. commodissime*, & *ibi DD. ff. de liber. & posth. l. si extraneus. ff. de condit. ob caus. Surd. consil. 339. n. 14. & 15.* Et sic factis factum est obiectiōi petita ex Statuto, ita ut non sit opus recurrere ad aliam quaestionem, vtrum statutum de interpretanda voluntate defuncti, Auenione editum, vires porrigat ad testamentum in Lotharingia factum, in qua quaestione copiosius, si opus esset, scriptum fuisset.

11 Quo sic praesupposito, Dico matrem non amisisse ius substitutionis in sui fauorem factae in dicto testamento, etiam si tutorem filiae suae non petierit: quia mater non petens tutorem, non amittit substitutionem fideicommissariam ad sui fauorem factam, cum per fideicommissum non succedatur pupillo, sed testatori: Gutier. *in tract. de tutel. par. 1. cap. 16. num. 47.* Immo etsi esset substitutio pupillaris (quod tamen verum non esse jam demonstravimus) adhuc liberaretur mater à pœnis introductis contra matres tutorem non petentes, & telum hoc retorqueretur contra aduersarios. † Quia quando datus est pupillo substitutus pupillaris, cum ad ipsum pertineat primus locus successione, ad ipsum etiam spectat primo loco petendi tutorem onus, ut copiose comprobatur Gutier. *loc. cit. par. 1. c. 16. n. 111.*

13 Et sicut mater non amisit ius substitutionis, ita non amisit ius succedendi ab intestato ob non petitum tutorem intra annum, non solum quoad bona quae dicta pupilla habuit aliunde quam à patre, aut quoad bona fideicommissa supposita, sed etiam quoad successionem ab intestato ipsius pupillae: non enim tenebatur ipsi tutorem petere, cum adessent tutores legitimi, nempe patruus, & alii consanguinei ipsius pupillae, & plures illius affines, & effectualiter vnus ex illis tanquam talis administravit: per textum expressum in *l. 2. §. his illud, C. quando multat. off. fungi poss.* † Quinimmo excusatur mater, quando legitimus de facto, & sine decreto Iudicis administravit, prout factum fuit, teste Salicet. *in l. sciant omnes, C. de legit. hered.* quem sequitur Socin. *jun. consil. 16. n. 21. vol. 2.*

14 Quando multat. off. fungi poss. † Quinimmo excusatur mater, quando legitimus de facto, & sine decreto Iudicis administravit, prout factum fuit, teste Salicet. *in l. sciant omnes, C. de legit. hered.* quem sequitur Socin. *jun. consil. 16. n. 21. vol. 2.*

15 Ut interim omittamus, quod dicta mater habebat legitimam causam ignorantiae, propter magnam locorum distantiam, iunctam cum exiguitate facultatum ipsius pupillae.

16 Sed ut omnis tollatur difficultas, advertendum est quod non constabat quod mater non petierit tutorem filiae suae: quod tamen probari debebat per aduersarios; cum esset fundamentum intentionis eorum: ut in puncto tradit Alex. *consil. 185. n. 10. & 11. vol. 6.* Grassl. *in §. successio ab intestato, quest. 27. num. 1. versic. & hoc casu*, ubi testatur hanc esse communem opinionem.

Ex praemissis fundamentis constat de bono iure matris in petitorio.

Agendo verò de possessorio, si mae remanent rationes per nos alias deductae. Nam aut de tempore praetensa possessionis adeptae per actorem, quam Iudicis autoritate sibi datam praesupponit, haereditas erat adita, aut non erat adita: si primum, non valet possessio etiam Iudicis autoritate capta, cum id factum fuerit haerede non citato: si secundum, non valet similiter praetensa possessio, nec manutenibilis est, quia non fuit datus curator haereditati iacenti; nec enim à Iudice, † sed ab haerede praetensi fideicommissi possessionem capere debebat, ut fuit decisum coram Ludouisi *decis. 206. num. 7.* quem citat & sequitur Argel. *in tract. de legit. contradiet. q. 10. art. 14. n. 207. iuncto n. 273. artic. 21.*

Tanto magis citati debuerat dicta mater in praetensa adeptione possessionis, quia possessio mediante persona colonorum absque noua apprehensione continuata fuit in ipsam matrem haeridem pupillae, ut praeter jam allegatos in superiori cap. tradit optime Surd. *consil. 117. num. 8.* Ergo possessio illa non citato possessore capta, non est manutenibilis tanquam vitiosa: Seraphin. *decis. 71. num. 4.* Denique, quia dictus actor habuit se pro spoliato, ut euidenter constabat.

Non obstat quod dicitur, actorem fecisse omnes citationes requisitas in aditione hereditatis cum beneficio inuentarii, de quibus in statuto Auenion. *lib. 3. rub. 63.* quia non impugnamus modò inuentarium, neque aditionem hereditatis; sed possessio est, quam impugnamus, & illius adeptionem, ad quam non sufficit citatio generalis per proclama, sed vel haeres citari debet si hereditatem adiuerit, vel curator hereditati iacenti datus, si non adiuerit, ut supra ostendimus. In adeptione autem praetensa possessionis, nec haeres citatus, nec curator hereditati datus fuit.

Quod autem ultimo loco dicitur, praefatum actorem debuisse citari de tempore, quo haeres fuit missus in possessionem, non creditur in iure verum: quia ipsum citando, ipse haeres sibi praedicasset, & approbasset in contradicteorem: Argel. *dicto tract. q. 3. art. 1. n. 20. 21. & seq.*

Immo dictus dominus Actor qui citatus non fuit, non est legitimus contradicteor, cum solam possessionem alleger: Menoch. *remed. 4. adipisc. possess. n. 582.* maxime cum praetensa possessio ipsius sit vitiosa, ut supra dictum est.

CAPUT CXXXVII.

Testamentum ut valeat iure militari necesse est ut fiat in bello, vel in acie, & in procinctu; non autem in statione, ex veriori sententia. Probari tamen debet voluntas militis; & si de ea constet per scripturam, debet legitimè recognosci, & constare de illius identitate. Nec sufficit attestatio Ducis exercitus, vel Capitanei; sed debet fieri formiter, & vocata parte, huiusmodi attestatio.

S V M M A R I V M.

1 Vtrum necesse sit pro validitate militaris testamenti ut miles sit in castris, & actuali expeditione, questio est controuersa.

H 4

2 I*

92 Petri Francisci de Tonduti Sanlegerij,

- 2 In testamento militari debent saltem duo testes intervenire, illique rogati, cum non sunt in actuali expeditione; & quibus casibus hoc procedat.
- 3 Scriptura testamenti militaris probari debet per legitimas probationes, quod sit eadem scriptura scripta manus propria militis testatoris.
- 4 Attestatio Ducis, vel Cardinalis nihil probat, nisi facta fuerit formiter, & citata parte.
- 5 Scriptura privata testamenti nihil probat, nisi fuerit legitime recognita.
- 6 Testamentum nihil valet, nisi fuerit publicatum.
- 7 Publicatio est de solemnitate essentiali testamenti.
- 8 Scriptura privata testamenti non potest concedi via executiva, nec dari remedium l. fin. C. de edict. diu. Hadr. toll. nisi illius precedat publicatio.

Occurrit notabilis controuersia super eadem materia testamenti militaris, cuiusdam ciuis Auracensis, qui erat in Germania: super quo propositis nonnullis difficultatibus, quædam pro illarum resolutione supponenda esse iudicavi.

- 1 Et primò quidem, magnam fuisse inter DD. controuersiam, utrùm testamentum illud jure militari sustineri possit: quo fundamento cessante, nullum esset & inualidum, propter defectum testamenti & aliarum solemnitatum, quæ de jure in testamentis requiruntur: siquidem hæc adhibetur distinctio, ut si miles in expeditione testetur, valeat testamentum etiam nullis adhibitis testibus, secus si non sit in exercitio, & castris, ac reali veraque expeditione: Peregr. de fideicom. artic. 3. num. 60. versic. nota tamen: Rota decis. 69. num. 97. part. 7. recent. Louet. litt. T. n. 8. Gaill. lib. 2. obseru. cap. 118. n. 6. quamvis hæc distinctio contradictores habeat, teste Castagna in tract. de beneficio, Deducto ne egeat: quest. 8. num. 10. aliisque relatis per Crispolt. in dec. casuum militum, casu 44. num. 9. Sed priorem sententiam sequitur Gaill. in loco mox cit. n. 6. & 13.

- 2 Secundò notandum est, posito quod ex eo capite testamentum impugnari non posset, quod dictus testator non in expeditione esset, sed in præsidio remaneret; saltem ex eo impugnari posse videtur, quod non sit duorum saltem testium subscriptione munitum: quod omnino requiri testatur Mantica de coniect. ult. volunt. lib. 6. tit. 1. num. 18. Iundò testes debere esse rogatos, tradit Cuiac. consult. 36. saltem cum milites non sunt in actuali expeditione: Simon de Præst. de interpret. ult. vol. lib. 3. interpret. 2. dubit. 1. solut. 8. n. 17. Tusch. in verbo, testamentum, conclus. 122. n. 5. §. 6. & 7. & conclus. 119. num. 5. & hanc esse communem sententiam, & ab ea non esse recedendum, testatur Clarus §. Testamentum, q. 58. n. 4. versic. Item quæro: per text. in l. Diuus ff. de testam. milit. dicens quod omnes DD. Italiæ ita consulerunt: quem sequitur Tusch. dicta conclus. 119. n. 2. §. 6.

Et licet Tull. Crispolt. dicto cas. 44. n. 13. versic. sicuti & pariter, contrariam sententiam amplectatur, sicuti & Barry lib. 1. tit. de testam. milit. n. 1. post Vasq. de success. lib. 3. §. 24. n. 15. Tamen ejus opinionem præualere debet communis DD. traditio, quam ex Claro & aliis supra deduximus, quando videlicet miles non est in acie effectualiter: Gaill. lib. 2. obseru. 118. n. 6. & 13. ubi probat milites stationarios non posse testari jure militari.

Quid quid sit, verissimum est, quando miles est in castris & in procinctu, non solum testes fortuitos & non rogatos sufficere, quinimò satis esse ut quomodocumque per legitimas probationes constet de voluntate militis, quia nulla juris solemnitates in huiusmodi testamentis requiruntur: §. plane, Inst. de

test. milit. l. 1. §. 24. cum similibus, ff. de milit. test. l. 1. milites, C. de test. milit. ubi dicitur, milites, & eos qui sunt in acie, testari posse quomodocumque volunt, & quomodocumque possunt, videlicet scribendo suam voluntatem in vagina, in clypeo, vel puluere. Et dicitur hanc questionem explicat Bellamera conf. 42. ubi dicit quod quodcumque miles testatur in loco & in conflictu, tunc sufficit quod quocumque de rebus suis disponat, cum scriptura, vel sine periculo mortis supponitur: ideo constet, quod solemnitas sibi remittitur: dicta l. milites, C. de test. milit. dum tamen aliquoties constet de ejus voluntate. Et hic est primus casus.

Secundus casus est, quando miles non testatur in bello, sed in castris, vel tentorio, vel in militia antiquam domum redeat, & tunc sufficit quod testetur cum duobus testibus, etiam non rogatis, sine ulla solemnitate, l. 1. ff. de milit. testam. l. Lucius, q. 1. eod. tit. ibi, Ita tamen ut ita subsequatur esse legitimas probationibus ostendatur: & ibi Glossa verba, & variationibus.

Tertius casus est, quando miles testatur in domo reuersus, & tunc jure communi debet adhiberi Bellamera dicto conf. 42. versic. ubi sciendum.

Ideo cum testamentum prædictum factum fuerit extra expeditionem, nullaque testium subscriptione roboratum, jure militari valere non potest.

Tertio loco aduertendum est, quod cum patet sine præiudicio veritatis, quod testamentum illud jure militari posset valere, illud intelligendum est procedere, dummodo per legitimas probationes constaret de veritate, & identitate scripturæ, & in §. Testamentum, q. 16. n. 10. & §. hinc, q. 14. n. 5. Mant. de coniect. ult. volunt. lib. 1. tit. 1. aliquid. De qua tamen veritate & identitate scripturæ non constabat, nisi per attestationem iudicis Serenissimi Ducis Bavarie, dicens scripturam testamenti fuisse repertam inter arcas & scripta ejus militis, per Officiales ejusdem Serenissimi Ducis: Quæ attestatio nullam prorsus fidem facit, et facta fuerit extra formam iudicii, & non citata parte, Authem. si quis in aliquo, & ibi DD. C. de an. Seraph. dec. 106. n. 3. adeo ut ne quidem amicus Cardinalis, juramento firmata, & coram Nuncio facta, fidem faciat, Menoch. consil. 32. §. 1. versic. nec dici potest: & n. 46.

Quartò, quia etiam in casibus, in quibus testator privata testamenti, quantumvis primò standum est, hoc intelligitur, dummodo testatorum fuerit legitime recognita, alias non potest: Rota apud Buratt. decis. 475. n. 5. & ibi Adde. post Gratian. discept. forens. c. 89. §. 3. o. & 99. Cavalier. decis. 553. n. 2. Tusch. litt. T. conclus. 119. Nullus autem ex quatuor testibus coram Deo tunc Iudice ordinario Civitatis Auracensis deponit de recognitione manus, & scripturæ dicti testatoris, & per consequens male fuit data executio huiusmodi scripturæ.

Quintò, quia testamenti cuiuslibet publicatio necessaria est, non solum ut executio dari possit, etiam ut in iudicio fidem facere possit: l. publicatio, cum ibi notatis, C. de testam. Tusch. litt. T. conclus. 119. n. 2. & conclus. 109. n. 1. cuius publicationis testium depositiones in formam publicam redeunt, & pulicentur, & Iudex declarat testamentum validum & publicatum.

Quod cum in casu nostro factum non fuerit, sequitur nullam huiusmodi testamenti haberi de rationem: Rota dec. 533. n. 6. p. 4. recent. tom. 3. con-

Qu. & Res. Civil. Pars II. Cap. CXXXVIII. 93

7 Rota decis. 4. num. 2. p. 1. divers. † quia publicatio testamenti est de solemnitate illius substantiali & necessaria: dist. p. 1. divers. decis. 5. n. 5.

Sexto & ultimo sequitur ex supradictis, quod male & nulliter fuit laxata via executiva (ut dicitur) prædicto testamento: quia remedium executivum l. final. C. de edit. diu. Adrian. aut alia remedia executiva non dantur testamentis nondum publicatis, & quotum probatio fieri debet per testes, qui non fuerint formaliter examinati, & ante decretum Iudicis super publicatione subsequutum; & per consequens cum cesset via executiva, datur appellatio tam quoad effectum suspensivum, quam quoad devolutivum, ex traditis per Angel. post Gloss. in l. final. C. de edit. diu. Adrian. tollend. Tufch. lit. T. concl. 109. num. 32.



CAPUT CXXXVIII.

Agitur de substitutione Baronie Serignani præfata ex testamento Domini Joannis de Picavia. Et concluditur prohibitio alienationis in casu isto, uti consequitivam fideicommissi, restringendam esse ad casus & personas in substitutione principali expressas. De duplici acceptatione nominis Familiae, videlicet effectivæ, vel contentivæ. Et ex quibus colligatur in testamento solam familiam effectivam fuisse vocatam. Quando vocata est familia effectiva, censetur vocati illi qui sunt de eodem colonello, & non alii, maxime quando testator loquendo de familia, progenie, & similibus habuit respectum ad certas lineas, aut certam descendentiam. Et obiter tractatur quando descendentes ex fœminis vocati censentur ad fideicommissum.

S V M M A R I U M.

- 1 Agenti ad fideicommissum opponi potest exceptio, Tu non es vocatus.
- 2 Substitutio ad certas personas restricta, ad ulteriores extendi non debet.
- 3 Prohibitio alienationis etiam amplioribus verbis concepta, restringenda est ad terminos substitutionis præcedentis, quando alioquin sequeretur evidens correctio ejusdem testatoris, & contrarietas.
- 4 Extingto fideicommissio, extinguitur jus prohibitionis alienationis consequutive.
- 5 Prohibitio alienationis facta per modum declarationis dicitur consecutiva, & nihil de novo addit ad præcedentem substitutionem.
- 6 Prohibitio alienationis dicitur consecutiva, quando juncta fuit principali dispositioni per dictionem copulativam.
- 7 Ampliatur, etiam si dispositio esset in rem concepta, vel adjecta esset clausula, in infinitum.
- 8 Familia, seu domus appellatione utrum contingantur qui sunt de familia effectiva dumtaxat, an etiam qui de contentiva. Et quod sit discrimen inter familiam effectivam, & contentivam.

9 Distinctio familia effectiva & contentiva locum etiam habet in familia hæredum, si testator illam consideraverit.

10 In dubio testator censetur potius vocasse familiam effectivam, quam contentivam, tam respectu sui, quam suorum hæredum.

11 Prohibitio alienationis potius in dubio referri debet ad familiam effectivam.

12 Vocata familia effectiva, non admittuntur illi qui sunt de contentiva.

13 Familia contentiva comprehensa censetur, quando prohibitio alienationis facta fuit favore agnationis.

14 Limitatur, ut non procedat quando prohibitio est consecutiva, & declaratoria præcedentis substitutionis.

15 Quando testator in prohibitione se restrinxit ad familiam sui hæredis, censetur considerasse solum illius familiam effectivam.

16 Vocata familia, non censetur vocati illi qui sunt de alio colonello, seu de alia derivatione.

17 Quando in una familia sunt plures qui habent diversas denominationes, testator censetur intellexisse de illis, qui sunt ejusdem denominationis cum testatore, & respectivè cum illius hærede.

18 Clausula, Qui erit, importat conditionem.

19 Diuturna observantia declarat dubiam substitutionem.

20 Descendentes ex fœminis possunt aliquando excludere masculos alterius lineæ.

21 Sub nomine Cognationis, comprehenduntur descendentes ex fœminis.

22 Idem dicendum est de nomine Parentelæ, vel de nomine Affinitum.

Potens & strenuus miles Dominus Joannes de Picavia, quem sic nominat Bertrandus consil. 117. vol. 7. suum ultimam condidit testamentum anno 1474. & die prima mensis Februarii, sumptum per D. Bonifacium de Bleugeris Notarium publicum Civitatis Avenionis, in quo hæredem suum universalem instituit generosum & potentem Militem, Dominum Aymarum de Picavia suum ex fratre nepotem, cum substitutionibus & prohibitionibus alienationis amplissimis, de quibus in dicto testamento, cujus verba sunt ea quæ sequuntur.

Et quia hæredis institutio est caput, radix, & fundamentum cujuslibet ultimæ voluntatis, idcirco ipse testator in omnibus aliis bonis suis mobilibus, & immobilibus, & per se moventibus, castis, fortaliis, dominiis, feignoriis, jurisdictionibus, feudis, retrofeudis, homagiis, censibus, servitiis, redditibus, nominibusque, & creditis, juribus, & actionibus quibuscunque præsentibus & futuris, quæcunque, qualiacunque, quantumcunque, ubicunque sint, & in quibuscunque consistant, seu quocunque nomine & vocabulo nuncupentur, seu nominentur; hæredem suum universalem, solum & in solidum instituit, ac ore suo proprio nominavit, & esse voluit, videlicet Magnificum potentemque & generosum Militem, Dominum Aymarum de Picavia, nepotem suum dilectissimum, Dominum Sancti Valerii, & suos masculos legitimos & naturales, & de legitimo matrimonio procreatos seu procreandos, quos omnes ordine successivo dicto Domino Aymaro hæredi suo universali, & suis, usque in infinitum substituit. Et quia ea quæ apertius dicuntur & declarantur, melius & facilius intelliguntur, sitque