

reliquæ ultimæ voluntatis deveniant testes : tum quia, si quid valori obsesset, esset, quod in tali condendi modo ipse testator ore proprio hæredem, et voluntatem reliquam non exprimat; hoc autem non obest, uti constat ex dictis; ergo. Concedat jus Bavaricum, tit. XXXIV. a. 5. ubi tamen requirit, ut testator non tantum ad finem testamenti ab alio lecti, vel oretenus manifestati affirmet, vel annuat dicendo, « Ita, » vel « Ita volo, » aut « Hæc est mea voluntas, » sed hujusmodi affirmationem ad singula puncta in testamento contento, et per alium proposito faciat. Quod tamen de jure non requiritur, sed sufficere videtur, si ad finem affirmet, Clarus, vers. *Testamentum*, q. 37. n. 4. citans communem : dummodo alias constet, et probari possit, quod voluntatem suam alteri communicaverit, vel dictaverit, eumque, ut venientibus testibus prælegeret, vel manifestaret, requisierit : nisi enim de hoc sufficienter constet testamentum ab alio propositum, vel prælectum, atque ad interrogationem simili affirmatione, « Ita, » vel « Sic volo, » confirmatum non valet, uti ex conclusione sequenti patebit.

60. *Dummodo, quod hoc fecerit, probari possit.* — Ad probandum autem, quod testator prius voluntatem suam alteri manifestaverit, vel dictaverit, et eum, ut testes ad testificandum convocaret, aut rogaret, eisque venientibus voluntatem suam manifestaret, sufficiunt duo testes : prout habet communis doctorum. Ratio est, quia universaliter loquendo, et quando jura in aliquo casu expresse plures non requirunt, ad legitimam probationem sufficiunt duo testes arg. l. *Ubi numerus*. ff. de *Testibus*, et can. *Si testes*. §. *Ubi numerus*. cau. 4. q. 3. ibi : « Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt. » Prout amplius diximus, lib. II. tit. XX. §. 8.

61. *Doctrina practica ad propositum.* — Infertur pro praxi omnino consultum esse, ut, si quis ægrotus cum aliquo v. g. confessario tractat de voluntate sua ultima, eidem eam manifestando, vel dictando, vel rogando eum, ut domi conscribat, et rediens postea testibus convocandis nomine suo prælegat, vel manifestet coram testibus præsentibus, quod voluntatem ei communicaverit repetat; vel quod adhuc securius est, voluntate sua confessario jam manifesta iterum vocet duos saltem domesticos testes, eisque præsentibus dicat, quod huic confessario suo, vel alteri

voluntatem suam ultimam jam indicaverit, eumque rogarit, ut illam venientibus testibus ad id convocandis communicaret. Hoc enim, nisi fiat, et testator interea, prout sæpe contingit, ita debilis evadat, ut plus dicere amplius non possit, quam « Ita, » vel « Volo, » aut « Placet, » etc. vel solo capite annuere valeat, testamentum ad interrogationem alterius etiam deputati non valet.

62. *Si quis interrogatus ab alio tantum annuit capite invalide testatur.* — Resp. II. Si testator venientibus testibus ita jam sit infirmus ac debilis, ut nullum verbum articulatum, v. g. nec « Ita, » vel « Placet, » « Volo, » etc. pronuntiare possit, et ad interrogationem solummodo annuat capite, invalidum est testamentum; etiamsi prius testamentum alicui dictaverit, vel communicaverit, et ut testibus proponeret, mandaverit. Schmidt in *Statut. Bavar.*, tit. XXXIV. a. 5. n. 2. hoc tanquam certum supponens, arg. l. XX. c. h. t. ubi etiam ratio assignatur, videlicet, quia « si talis est testator, ut neque scribere, nec articulate loqui possit, mortuo similis est. » Accedit, quod, si æger tam debilis est, ut amplius nihil loqui, sed solo nutu capitis annuere valeat, certo non constat an adhuc sit sibi perfecte præsens, sanumque adhuc habeat intellectum, qui tamen ad validum testamentum requiritur. Dein tale testamentum solo nutu factum subesset periculo fraudis, ut consideranti patet.

63. *Qui interrogatus de testamento tantum respondet Ita, vel Placet, invalide testatur, si prius testamentum non scripsit, vel dictavit.* — Resp. III. Si secundo modo n. 57. ad interrogationem alterius conditur testamentum, invalidum est. Jul. Clarus, §. *Testamentum*. n. 7; Zoesius, consil. 3, lib. I. n. 37; Jason, in l. *Jubemus*. ad finem c. de *Testament*; Covarruvias, in c. *Cum tibi*. n. 4. de *Testament*; citans communem. Fachin., lib. X, cap. VII, ubi revocat doctrinam contrariam prius datam. Probatur duplici fundamento. Primo, quia ad valorem testamenti nuncupativi, de jure requiritur, ut testes a testatore, vel ejus jussu, ab alio sint rogati, aut requisiti, l. *Hæredes*. 21. §. 2. ff. *Qui testament. facere*; in hujusmodi autem testamento testes a testatore, vel ejus jussu ab alio non rogantur; ergo. Secundo, quia ad valorem testamenti requiritur, ut de seria voluntate testatoris sufficienter constet, quod non habetur in præfato testandi modo, cum præsumere non

immerito liceat, ægrotum potius ad submovendam molestiam et importunitatem interrogantis, quam serio testandi animo respondisse « Ita, » vel « Sic volo, placet, » etc. Concedant *Statuta Bavarica*, loc. cit. ubi tamen disponunt, quod saltem legata tali modo facta sustineantur.

64. *Valent tamen ita interrogati, ac respondentis legata, loquendo de jure Bavarico, non item de jure communi.* — Num autem circa legato idem sit de jure communi, non conveniunt doctores quibusdam affirmantibus a. g. l. *Nutu*. ff. de *Legatis*. 3. ibi : « Nutu etiam relinquitur fideicommissum. » aliis negantibus arg. l. *Jubemus*. 29. de *Testam.* ibi : « Si enim talis est testator, ut neque scribere, nec articulate loqui possit, mortuo similis est; consequenter testari nequit : quæ ratio cum etiam de legatis procedat; ad eandem legem extendunt doctores, cum quibus et nos sentimus, præsertim cum lex *Nutu*. 21. ff. de *Legatis*. dum dicit : Nutu etiam relinquitur fideicommissum, » expresse subjungat, « Dummodo is nutu relinquat, et qui loqui potest; nisi superveniens morbus ei impedimento sit; » id est, qui a natura mutus non est, et tantum morbo aliquo accidentali a loquela impeditur, et *nutu*; litteris nempe legatum reliquere potest, uti explicat Glossa, in cit. l. *Nutu*. vers. *Loqui*. volens quod si quis facultate loquendi ob morbum destitutus, et simul litterarum sit ignarus, alio nutu, capitis v. g. legare nihil possit, arg. l. *Discretis*. 10. c. *Qui testam. facere*, ibi : « Si lingua ejus penitus sit præpedita, attamen si hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet eum scribentem hæc omnia facere : consequenter secus dicendum, si litterarum peritus non est. »

65. *Qui interrogatus prudenter respondit, ac discurrit, valide testatur, si prius de testamento nihil cogitasset.* — Resp. IV. Si tertio modo n. 58. specificato, ad interrogationem alterius fit testamentum, validum est; dummodo cætera requisita adsint. Ratio est, quia per talem testandi modum testes immediate veniant in notitiam hæredis, et legatorum : abestque omne periculum fraudis; cum uti patet, nullatenus ad submovendam molestiam et importunitatem interrogantis, sed serio, ac deliberato animo voluntatem suam manifestet, hoc ipso, quod, ut supponitur, plene sibi præsens prudenter, distincte, ac diversimode respondeat.

66. *Nullibi prohibetur testamentum ad interrogationem alterius facere.* — Nec obstat, quod ad interrogationem alterius id faciat : quia testamentum ad interrogationem alterius facere, nullo jure prohibetur; imo positive conceditur l. *Pamphilo*. ff. de *Legatis*. 3. et l. *Hac consullissima*. 8, c. *Qui testam. facere*. Dummodo cætera requisita adsint.

67. *Doctrina practica ad propositum.* — Infertur; si quis ægrotum de testamento prius nil cogitantem vel tractantem interroget, an non velit uxorem suam instituere hæredem suorum honorum, et testator respondeat; v. g. quia proles non habeo, et uxor mea mihi semper fuit fidelis; volo, rogoque præsentem velint esse testes, quod uxorem meam hæredem modo instituam. Vel si interrogatur, an non duos fratres Cajum et Titium velit habere hæredes : et ægrotus respondeat; Caium solum volo; quia Titius alias jam media sufficientia habet; rogo proin, vocet ad hunc finem testes, eosque meo nomine, ut id testificentur, requirat. Nec refert, quod tales interrogationes fiant ad instigationem personæ quoad hoc suspectæ v. g. uxoris : imo non refert, etiamsi fiat ab ipsa uxore, vel alio pro hærede institui cupienti. Ratio est, quia nullibi prohibetur in jure, per se, vel per alium, ut quis pro hærede instituatur, instare, aut sollicitare; dummodo testator adhuc sit ita constitutus, ut non tam ad submovendam molestiam, quam declarandam voluntatem suam respondere credatur, qualis non est testator in conclusione, positus, ad diversa puncta diversimode, et rationabiliter respondens. Hinc non minus validum erit hujusmodi testamentum, quam si quis omnino sanus ab alio rogatus, vel interrogatus, an non placeret, illum institui hæredem concederet testamentum, et rogantem, vel interrogantem insutueret pro hærede.

68. *Testamentum in ratione scripti invalidum, valet in vim nuncupativi.* — Quæritur IV. An testamentum scriptum, ex defectu alicujus solemnitatis invalidum, valeat saltem in vim nuncupativi? Sensus quæsitus sit, an, si quis intendens condere testamentum solemnne scriptum, convocat testes, cæterasque adhibet requisitas ad tale testamentum solemnitates, excepta una vel altera, ob quam ex incuria, vel ignorantiam omissam, testamentum in ratione scripti non valet; uti si v. g. unus testis non subscribit, vel sigillum suum non apponit : an, inquam, in simili casu testamentum in ratione scripti invalidum

valeat saltem tanquam nuncupativum? Resp. I. Si hujusmodi testamentum in ratione scripti attentatum, sed ex defectu alicujus solemnitate invalidum, habet saltem omnes illas solemnitates, quæ ad testamentum nuncupativum requiruntur: valebit in vim nuncupativi; etiamsi non sit apposita salutaris illa clausula, «ut si hoc testamentum non valet ut scriptum, valeat modo, quo potest meliori.» Menochius, lib. IV. de Præsumpt. præsumpt. 2. n. 16; Harprecht, ad § fin. Instit. de Testam. n. 7; Perez, de Testam. a. n. 19; Besoldus, Manz, et alii, inter quos etiam communiter citatur Clarus, § Testamentum. q. 4. n. 2. sed immerito, cum ibidem conclusionem non absolute, sed cum limitatione doceat. Probatur conclusio ex illa universali regula, qua unusquisque præsumitur velle actum suum potius valere quam non valere; consequenter, si non valet modo, quod ipsum hic et nunc valere putat, valeat saltem modo, quo potest meliori, casu quo agenti, ejusque intentioni magis expediens sit, valere actum, quam non valere: arg. l. Quoties. 12. ff. de Rebus dubiis. Quæ regula, quod etiam in materia testamentorum locum habeat, aperte constat ex jure l. Si Miles. 3. ff. de Militari testament. ubi testamentum militis, quid illud in forma communi condere volens, perficere non poterit, approbatur saltem, ut testamentum militare, utpote cujus solemnitates habuit. Ratio ad propositum serviens continetur in textu, qui sic habet: «Si miles, qui destinaverat jure communi testari, ante defecerit, quam testatur, Pomponius dubitat: sed cur non in milite diversum probet? Neque enim (ecce rationem ad propositum) qui voluit jure communi testari statim beneficio militis renuntiavit. Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia: sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.» Ex quo a pari bene inferre licet, quod etiam testamentum in ratione scripti attentatum, valeat saltem in vim nuncupativi? nam sicut miles intendens testari in forma communi, non renuntiat beneficio condendi testamentum militare, minorem solemnitate requirere; ita volens testari in scriptis, non renuntiat facultati testandi nuncupative; consequenter sicut militis testamentum in forma communi attentatum, sed non perfectum, subsistit saltem ut militare, ita etiam testamentum in scriptis attentatum, sed non perfectum, valeat saltem ut nuncupativum, sup-

posito quod solemnitates ad nuncupativum requisitas habeat.

69. Probatur ex novella 42. Leonis imperatoris. — Confirmatur ex novella 42. Leonis imperatoris, quæ, quia corporis juris inserta habetur, non levis ponderis est; ubi expresse statuitur, quod testamentum in ratione scripti attentatum, valeat saltem in vim nuncupativi, si solemnitate testamenti scripti destitutum, eam habeat, quam nuncupativum requirit: «Sancimus, ait Imperator, ut, quod testamentum respectu eorum, quæ scripto testamento adesse debent, imperfectum est, si tamen nuncupativi testamenti testimonio non indigeat, vigore nuncupativi testamenti firmum sit.» Sed

70. Solvitur obiectio. — Objicies I. Qui vult testari in scriptis, non vult testari nuncupative, ergo deficit voluntas testandi nuncupative; consequenter necessarium requisitum; cum sine voluntate testandi testamentum nullum sit. Resp. Distinguendo ant. Qui vult testari in scriptis, non vult testari nuncupative explicite et expresse, conceditur, implicite negatur: quia quicumque testatur, principaliter ita testari intendit, ut testamentum valeat, consequenter etiam implicite vult, ut si testamentum non valet modo, quo illud condere conatur, valeat saltem modo alio, quo potest meliori. Nam ut dicitur l. Quoties. 12. ff. de Rebus dubiis: «Quoties in actionibus, aut exceptionibus ambigua oratorio est, commodissimum est, id accipi quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.» Consequenter cum ambiguum et controversum sit, an in scriptis testamentum attentans, voluerit etiam saltem implicite testari nuncupative, debemus partim affirmativam tenere, utpote per quam res, testamentum nempe, de quo agitur, «potius valeat, quam pereat:» præsertim, quia alias in dubio in favorem testamenti pronuntiandum est, l. Si pars. 10. princ. ff. de Inoff. testam. ibi: «Humanus erit sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum spectavit.»

71. Testamentum invalidum, non valet in vim codicilli nisi clausula codicillaris expresse apposita sit. — Objicies II. Testamentum defectu solemnitate invalidum non valet in vim codicilli, nisi apposita sit clausula codicillaris, qua testator expresse disponit, «quod, si non valet ut testamentum, valeat ut codicillus, aut modo, quo potest meliori, quamvis alias requisitam ad codicillum solemnitate

habeat, l. I. ff. de Jure codicill. ibi: «Sæpissime rescriptum, et conclusum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos valere, videri nec codicillos fecisse Ideoque quo in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur: et ibi doctores; ergo neque testamentum scriptum ex defectu solemnitate invalidum, valebit in vim nuncupativi: nisi adsit clausula, «quod si ut scriptum non valet, illud saltem ut nuncupativum valere velit.» Resp. negando consequentiam et paritatem. Disparitas est, quod ex testamento scripto et nuncupativo idem habeatur effectus: non item ex testamento et codicillo; cum per illud quis testatus, per hunc vero intestatus decedat, consequenter qui testamentum intendit, non hoc ipso etiam codicillum condere intelligatur; nisi per clausulam codicillarum id manifeste declaret. Accedit, quod circa codicillum specialiter disponant jura, illam sine expressa clausula codicillari præsumi non debere: non sic de testamento nuncupativo, de quo proin juxta communia alia juris principia erit discurrendum; inter quæ et illud est; quod quivis præsumatur velle, actum suum potius valere, quam non valere.

72. Testamentum scriptum ex defectu solemnitate invalidum, nec in vim nuncupativi valet, si neque hujus solemnitates habeat. — Dicitur autem notanter in conclusione: «si saltem habeat omnes illas solemnitates, quæ ad testamentum nuncupativum requiruntur;» si enim testamentum scriptum ex defectu alicujus solemnitate etiam ad nuncupativum requisita est nullum, v. g. si non interfuere sufficientes, aut debite qualificati testes, nequam in vim nuncupativi valebit, etiamsi adesset clausula, quod in vim nuncupativi illud valere velit. Omnes. Ratio est, quia ut valeat testamentum in vim nuncupativi, non sufficit sola voluntas testatoris, sed adesse etiam debent solemnitates de jure requisitæ. Pariter non valebit in vim nuncupativi, si scriptum testamentum ex defectu solemnitate invalidum, testibus præsentibus, dum condebatur, prælectum non fuit. Prout pariter fatentur omnes ex eo, quod una ex requisitis ad testamentum nuncupativum solemnitate sit, ut hæres, et reliqua dispositio ultima palam manifestetur testibus juxta dicta n. 49.

73. Prout ordinarie contingit. — Hinc inferretur testamentum scriptum ex defectu so-

lemnitate invalidum, in vim nuncupativi rarissime et vix unquam valere; quia licet alias requisitas ad testamentum nuncupativum solemnitates habeat, tamen plerumque et ordinarie in hoc deficit, quod testibus, quid contineatur, non manifestetur, hoc ipso quod testamentum scriptum ideo sit adinventum, et ordinarie ideo fiat, ut ipsos etiam testes lateat id, quod in testamento continetur.

Et hæc de testamento nuncupativo, quod quomodo practice fieri possit, ac debeat, compendiose jam dictum est supra n. 46

§ IV.

DE NECESSITATE SOLEMNITATUM IN FORO EXTERNO.

74. Status questionis. — Videmus in præcedentibus paragraphis, quænam solemnitates de jure civili requirantur ad testamentum solemniter tam scriptum, quam nuncupativum. Videndum modo de necessitate earumdem. An videlicet sint tantum necessariae seu necessario requirantur ad probationem, ita ut si aliunde sufficienter constet de voluntate ultima testatoris, testamentum etiam absque solemnitatibus a jure civili præscriptis valeat. An vero sint etiam necessariae, seu necessario requirantur ad substantiam et valorem illius, adeo, ut si aliqua earum desit, testamentum ipso jure nullum sit; etsi aliunde de ultima voluntate testatoris sufficienter vel certo constet, aut probari possit. Et quidem procedit quæstio pro foro externo, quia quomodo pro foro externo necessariae sint solemnitates, dicemus § sequenti. Hinc.

75. In foro externo solemnitates sunt de substantia testamenti. — Quæritur I. Qualiter testamentorum solemnitates a jure civili præscriptæ sint necessariae pro foro externo? Resp. I. Sunt necessariae non tantum ad faciendam probationem, sed etiam ad substantiam et valorem testamenti, adeo, ut si vel una deficiat, totum testamentum in foro externo quoad hæreditatem, seu hæredis institutionem sit nullum et irritum, quantumvis aliunde certo constet de voluntate testatoris, nisi ipse hæres ab intestato perceperit, et fateatur defuncti voluntatem. Covarruvias, cap. x. de Testam. numer. 14. et seq.; Bart., in l. Nemo potest. ff. de Legat. 4. et ibi Jason, n. 17. sicut et in l. I. ff. de Condict. indebit. n. 17; Klingensperger, lib. II.