

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 solemnitatem requirens; 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 objectio. — 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 solemnitatem

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 solemnitatibus invalidum, testibus præsentibus, dum condebatur, prælectum non fuit. Prout pariter fatentur omnes ex eo, quod una ex requisitis ad testamentum nuncupativum solemnitatibus 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 solemne 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.

lit. X. quæst. 8; Pirhing, h. t. numer. 10; Alexander, Decius, Aretinus, et communis legistarum, cum quibus et nos in *Theologia nostra morali*, tract. VIII. dist. 3. n. 6, idem docuimus. Probatur conclusio ex variis juris textibus, in quibus testamentum debita solemnitate destitutum, dicitur irritum et nullum. Sic in primis de numero testium, l. *Si unus*, 12. de *Testament.* ita habet: « Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, jure deficit testamentum. » De subscriptione et subscriptione testium ad testamentum scriptum requisita, l. *Hac consultissima*. 21. c. h. t. ita disponit: « Non subscriptum a testibus, ac non signatum testamentum pro infecto haberi convenit. » De solemnitate, vi cujus testes testatorem videre debent, sic statuitur, l. *Si non speciali*. 9. c. h. t. « Si testes non in conspectu testatoris, testimoniorum officio functi fuerint, nullo jure testamentum valet, » etc. Dein de omnibus et singulis solemnitatibus universaliter ita disponitur c. *Hac consultissima* 21 c. h. t. « ex imperfecto autem testamento (id est solemnitatibus debitis destituto) voluntatem defuncti tenere non volumus. » § 7. Instit. *Quibus modis testament. infirm.* dicitur: « Imperfectum testamentum sine dubio nullum est. » Concordat, l. fin. c. h. t. ac plures aliæ, ob quæ clara jura doctores satis conveniunt, solemnitates « in foro externo » esse de substantia testamenti; præsertim, quia una deficiente solemnitate ipso facto est nullum, et ad instantiam partis pro tali declarari debet, etsi alias certo constet, vel evidenter probetur defuncti voluntas; uti magis dicitur infra.

76. *Doctrina practica.* — Infertur nullum ac irritum quoad hæreditatem in foro externo esse testamentum solemne scriptum, si non interfuere septem testes, vel si septem adfuere, unus tamen fuit de jure inhabilis; vel si non omnes subscripserunt; vel si non omnes sigillum apposuerunt; vel si non fuerunt rogati, aut requisiti; vel si non fuere ita præsentibus, ut potuerint testatorem audire, et videre, vel si totum negotium uno contextu non fuit absolutum, etc. Idem est de testamento nuncupativo, si aliqua ad illud requisita solemnitas supra ex recensitis deest. Dicitur autem, notanter in conclusione « quoad hæreditatem, seu hæredis institutionem. » Nam

77. *Testamentum defectu solemnitatum nullam valet quoad legata, si hæres ab intestato fatetur, se ipsum audivisse defuncti voluntatem.* — Resp. II. Etsi testamentum careat una, vel pluribus solemnitatibus a jure civili requisitis, indeque quoad hæreditatem irritum ac nullum sit in foro externo, valet nihilominus in eodem foro quoad fideicommissa, et legata, casu quo hæres, testamento invalido existente, ab intestato succedens ipsemet præsens audivit, et fatetur defuncti voluntatem, etiamsi testatoris dispositio neque solemnitates ad legatum vel fideicommissum requisitas habuerit. Jul. Clarus, § *Testamentum*. qu. 90. n. 2. citans communem; Alexander, in l. *Nemo potest*. ff. de *Legat.* et ibi Bart., quem doctores communiter, imo teste Capic., decisi. 89. q. 2. omnes sequuntur, textu claro l. *Non dubium*. 16. c. h. t. ibi: « Illud etiam adjiciendum est, ut qui ex testamento, vel ab intestato hæres extiterit, et si voluntas defuncti circa legata, seu fideicommissa, seu libertates legibus non sit subnixæ, tamen si sua sponte agnoverit, implendi eam, necessitatem habet. » Concordat, l. *Etsi*. 2. c. de *Fideicommiss.* ubi disponitur, quod si quis alicui fideicommissum in testamento minus solemniter, consequenter invalido relictum solvat, et tradat, revocari tale fideicommissum postea non amplius possit. Ratio ibidem assignatur; quia præsumitur ita tradentem ipsummet audivisse, ac scivisse testatoris fideicommissantis voluntatem; consequenter urgente conscientia tradidisse: cum in simili casu dispositio testatoris quoad legata valeat, etsi requisitis alias solemnitatibus careat. Verba legis sunt sequentia: « Etsi inutiliter (id est absque debitis juris solemnitatibus) fideicommissum relictum sit, tamen si hæredes comperta voluntate defuncti prædia ex causa fideicommissi ayo suo præstiterunt, frustra ab hæredibus ejus de ea re quæstio movetur, cum non ex sola scriptura (solemnitatibus carente), sed ex conscientia relictæ commissi defuncti voluntati satis factum videtur. »

78. *Etsi hæres excipiat, quod testamentum non habeat debitas solemnitates.* — Infertur proin, quod si judices etiam in foro externo, testamentum aliquod agnoscant, et declarent nullum, hoc ipso non statim etiam legata, vel fideicommissa tanquam nulla ac invalida rejicere, sed prius videre debeant an non confiteatur, vel jam confessus sit hæres

ab intestato succedens, quod ipsemet audiverit defuncti voluntatem; hoc etiam si fatetur, ad legata, et fideicommissa eum compellere debent, non obstante, quod excipiat dicendo testamentum non valere, neque habere requisitas ad legata solemnitates; uti patet ex citatis juribus, et § fin. Inst. de *Fideicommiss. hæredit.* ubi expresse statuitur: « Quod si is confiteatur quidem, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est. »

79. *Si negat, se aliquid a testatore audivisse, potest ei offerri juramentum.* — Quod si neget se aliquam dispositionem circa legata, vel fideicommissa ab ipso testatore audivisse, ille vero, pro quo legatum aut fideicommissum factum est, sciat et affirmet hæredem ab intestato ipsummet interfuisse præsentem, et dispositionem testatoris propriis auribus percepisse, compellendus est dictus hæres ad præstandum juramentum, quod nihil tale a testatore audiverit; casu quo ille, cui legatum vel fideicommissum relictum est, aliis probationis mediis destitutus, juramentum dicto hæredi ab intestato offerat; prout clare statuitur cit. § fin. Instit. de *Fideicommiss. hæreditat.* illis verbis: « Si testator, fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem, vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero (qui in fideicommissis legitimus esse dignoscitur) possit res manifestari, sed pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit: tunc sive pater hæredis, sive quicumque alius sit, qui fidem hæredis elegerit, et ab eo restitui aliquid voluerit: si hæres perfidia tentus, adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius juramentum ei detulerit; cum prius ipse de calumnia juraverit necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi, vel universalis, vel specialis solutionem coartari, ne depereat ultima voluntas testatoris, fidei hæredis commissæ. Eadem observari censuimus, si a legatario, vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur (postquam negaverit) confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est. » Ex quibus, sicut et ex prædictarum legum verbis aperte constat tenor conclusionis nostræ, videlicet, quod corruente ob defectum so-

lemnitatis testamento, valeant saltem legata, ac fideicommissa, casu quo, hæres ab intestato succedens fatetur, quod ipsemet audiverit testatoris circa præfata legata voluntatem: etiamsi testamentum neque requisitas ad legata solemnitates habeat, et hæres defectum solemnitatum excipiendo objiciat.

80. *Probare ex jure.* — Item habetur l. fin. c. de *Fideicommissis*, ubi etiam ratio revera efficax additur, videlicet, quia propria confessio est optima probatio superans omnem aliam extraneam a testibus, vel aliunde desumptam probationem: verba legis, rationem etiam pro conclusione nostra afferentis, sunt sequentia: « Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc et numerus testium, et nimia subtilitas legis requirenda est: Lex etenim, ne quid falsitatis per duos forte testes testamentum compositum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Cum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur (maxime ipse hæres) dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem: qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem recurratur, propria et indubitata fide relicta? »

81. *Si hæres ab intestato non interfuit ultimæ voluntati; tunc corruente testamento corruunt etiam legata.* — Quæ verba et ratio legis conclusionem ulterius confirmant quoad illa verba, « casu quo hæres ab intestato succedens ipsemet audivit, et fatetur defuncti voluntatem. » Si enim hæres ab intestato voluntatem defuncti ipsemet non audivisset, et legatarius non ex propria confessione hæredis, sed aliunde v. g. per quinque testes legatum in testamento invalido sibi factum probaret, et prætenderet, nihil ei in foro externo deberetur, nisi expresse apposita esset clausula codicillaris, ut supra n. 71. jam diximus, arg. l. I. ff. de *Jure codicill.* et *Ex testamento*. 29. c. de *Fideicommiss.* Cujus ratio ulterior est: quod jura citata solummodo excipiant casum, in quo hæres ab intestato ipsemet fatetur voluntatem defuncti. Exceptio autem unius firmat regulam in contrarium in casibus non exceptis, l. *In iis quæ.* ff. de *Legib.* ut proin in reliquis regula sit: corruente testamento, corruere etiam legata profana, nisi apposita sit clausula codicillaris, cit. l. *Ex testamento*. 29. c. de *Fideicommiss.* et l. I. ff. de *Jure codicill.*

82. *Proponitur, et solvitur objectio.* — Tac