

per scripturam, sive per subscriptionem testatoris. Est plerorumque Theologorum ac Jurisconsultorum ex jure canonico, quod quoad causas pias etiam in foro civili tenet, *c. 7. 10. de constit.* Nec obstat, quod *c. relatum. de Testam.* ALEXANDER III. requirat duos, vel tres testes idoneos; hoc enim exigit tantum probationis causa, quando de voluntate testatoris aliunde non constat; quia Pontifex plus non requirit, quam quantum jure divino exigitur ad comprobandum quid, juxta illud: *In ore duorum, vel trium testium stat omne verbum*; jure divino autem duo testes requiruntur ad probationem, dum non constat de veritate. Confirm. inde quod *c. indicante eod.* S. Pontifex, cum intellexisset, quod cujusdam uxor monasterio scutellam argenteam nudis verbis reliquisset, jusserit mulieris voluntatem impleri, ac scutellam tradi monasterio.

437. Dico V. Testamenti factio sive testandi facultas non est juris naturalis, nec juris gentium proprie dicti.

Prob. 1^a. p. Non potest assignari modus acquirendi hæreditatem naturalis hæredi competens; ergo. *Prob. Ant.* Nam 1^o. non est hic locus modo acquirendi *originario*; quia hic supponit, rem, quæ occupatur, nullius fuisse; patrimonium autem relictum testatoris fuit; deinde hoc titulo non tam hæredi cederent bona defuncti, quam cuilibet primo occupanti. Nec 2^o. hic locus est modo acquirendi *derivativo*; quia hic acceptationem ex parte alterius supponit; sed acceptatio ex parte hæredis in testamenti factione intervenire non solet; secus testamenta cum pactis successorii confundentur; alius vero titulus naturalis non superest. Aliis rationibus nituntur alii, maxime ista quod nemo possit disponere ad tempus, quo non est amplius rerum suarum dominus; at sublestæ fidei hæc ratio videtur aliis, propterea quod donationes inter vivos valeant, non obstante priori ratione, etsi executio unice referatur ad tempus mortis.

Prob. 2^a. p. Quia juris gentium proprie dicti sunt ea, quæ gentes comparatæ ad se invicem servare tenentur, quia ad commune earum bonum, ad se invicem consideratarum, pertinent ac felicitatem; at testamenti factio non respicit immediate conservationem boni communis et promotionem felicitatis ac societatis gentium ad se invicem; quin in variis regnis viget *jus albinatus*, vi cujus exterorum bona, sive testati, sive intestati decesserint, fisco cedunt. Vid. num. 365.

Si dicas: L. fin. C. quorum bonor. dicitur, quod lex ipsa naturæ consanguineos successores faciat: item, L. 1. C. de SS. Eccles. dispositio testamentaria ex ratione naturali deducitur; ergo.

R. Ad 1^{um}. Lex naturæ ibi pro æquitate naturali sumitur. Et vero nec adversarii, qui a nobis in Art. sequenti dissentiunt, vix aliter intelligent; ne alioquin sequatur, omnes eos contra jus naturale agere, qui alium hæredem, quam consanguineum scriberent.

R. Ad 2^{um}. Eadem est responsio; ratio naturalis pro æquitate sumitur, quæ longe differt a jure naturali stricte dicto, ut omnes norunt. Quin hæc ipsa lex non obscure supponit, voluntatem defuncti, nisi ei lex assisteret, infirmam fore ad transferendum dominium; ait enim: *Nihil est, quod magis hominibus debeat, quam ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit arbi-*

trium; quibus supponit, quod ut efficax foret defuncti voluntas, deberet idem rursus velle post mortem, ac idem redire arbitrium; ergo cum hoc fieri nequeat, non nisi assistentia legis talis voluntas efficaciam sortitur: Cætera, quæ hic obmoveri possent, vide Art. sequent.

ARTICULUS II.

AN TESTAMENTUM MINUS SOLEMNE, NON PRIVILEGIATUM, SIT NULLUM PRO UTROQUE FORO?

438. Dico. Testamentum minus solemne, non privilegium, pro utroque foro nullum est. Ita plurimi, præsertim hodie, contra alios.

Prob. I. Quod est de forma substantiali alicujus actus, si illud deficiat, hic simpliciter nullum est, nullam pro quovis foro pariens obligationem: atqui solemnitates sunt de forma substantiali testamentorum; ergo. *Prob. Maj.* Deficiente enim forma substantiali, non habetur rei essentia; ergo non ens, cujus nullæ sunt qualitates, et proin nullus pro quovis foro effectus, sive obligatio. *Prob. min. 1^o.* Illud enim communiter est de forma substantiali, quod leges ita requirunt, ut in illius defectu actum pronunciant simpliciter nullum; ideo enim de forma substantiali est qualitas *patrisfamilias*, quia hæc deficiente leges testamentum nullum pronunciant, velut *pr. Inst. quib. non est permillum facere testamentum*, ubi tale testamentum dicitur *inutile esse*; tum *L. XII. Tabb.* ubi: *Paterfamilias uti super familia, pecuniaque sua legasset, ita jus esto.* Item *L. 3. et 4. C. qui Testam. fac.* sic et jure ecclesiastico novissimo Tridentini Concilii, *Sess. 25. de Regular. c. 15.* professio religiosa ante decimum sextum ætatis annum completum nulla est pro quovis foro, quia Tridentinum ait: *Professio antea facta sit nulla; nullamque inducat obligationem.* Atqui etiam, imo significantius leges testamentum solemnitatibus destitutum pronunciant nullum, *L. hac consultissima. 21. C. de Testam.* ubi recensitis solemnitatibus non subscriptum a testibus ac non signatum testamentum *pro infecto* habetur; tum §. 1. *Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus: si vero in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea persona mixta; certum est, eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat admixtam personam, pro nullo haberi; sed liberis accrescere.* Adde *L. 9. C. de Testam.* qua nihil clarius, aut expressius: *Si non speciali privilegio patriæ tuæ juris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, (NB.) nullo jure testamentum valet, qua expressione ne quidem leges in testamentis impuberum, aut non patrumfamilias utuntur.*

Prob. II. Testamentum non solemne ita est nullum, ut ne quidem inde oriatur obligatio naturalis; ergo solemnitates necessario sunt de forma substantiali testamentorum, et hæc sine illis nullo pro foro valent. *Prob. Ant. 1^o.* Per *L. 7. C. de Condict. indeb.* si quis errore facti solverit legatum aliquod in testamento imperfecto relictum, illud repeti potest; ergo ex tali testamento ne quidem oritur obligatio naturalis; si enim talis orta fuisset, tunc nec id, quod errore facti solutum est, repeti posset; quia ea, quæ naturaliter de-

hentur, si soluta fuerint, repeti non possunt, *L. 16. §. 13. de fidejuss. ac L. 10. ff. de O. et A. 2^o. Ex L. 9. C. de Testam.* juxta quam testamentum imperfectum nullo jure valet; ergo nec naturali; ergo nec naturalis inde obligatio oritur.

Conf. Potest Legislator subditorum consensum, utpote dispositioni suae subjectum, ita inhabilitare, ut neque pro foro interno producat obligationem; et hoc eum intendere, dum actum simpliciter irritans legem suam, nunquam ad forum duntaxat externum restringit, recte praesumitur, ne alioquin leges simul pro foro etiam externo evadant inutiles, cum subdito christiano parum prodesset, si haereditatem e. g. in foro externo sibi quidem servare posset, in foro autem interno et conscientiae, cujus potiore habere rationem debet, ad eam alteri restituendam teneretur.

439. *Obj. I.* Leges irritantes testamenta non solemnia sufficienter et commode explicari possunt 1^o. quod irritent pro foro tantum externo; vel 2^o. quod quidem velint esse nulla pro foro aequae interno, sed non nisi post sententiam judicis. *Conf. 1.* Imo pro foro tantum externo explicari debent; cum enim sint correctoriae juris naturalis, sunt strictae interpretationis, nec extendendae ad internum forum. *Conf. 2. L. 84. ff. de R. L.* ubi is natura debet, quem jure gentium dare oportet; sed jure gentium ex testamento imperfecto est obligatio solvendi legata, modo de voluntate testatoris constat; ergo.

R. N. Ant. quoad utrumque. *Primum* ob rationes *Conclus.* *Alterum* 1^o. quia hoc gratis dicitur, cum nusquam leges vim suam restringant ad sententiam judicis. 2^o. Quia sententia judicis jam jus constitutum supponit, cum officium judicis saltem non supremi sit, pronunciare secundum jus, ac ferre sententiam legibus conformem, *c. 1. de Constit. Inst. h. t. Nov. 82. c. 13.* si ergo antecederet ipso jure testamenta imperfecta non sint pro foro interno irrita, talia multo minus evadent per sententiam judicis, utpote cujus tantum est declarare jus, non condere.

Ad Conf. 1^{am}. *R. 1^o.* *N.* suppositum, quod leges illae sint correctoriae juris naturalis, cum jus naturale valere testamenta non praecipiat, siquidem nullus habetur naturalis titulus, quo haeres scriptus dominium rerum in testamento relictarum sibi vindicet juxta *num. 437.*

R. 2^o. Gratis etiam permissio, valere testamenta imperfecta vi juris naturalis, leges illa testamenta irritantes non extenduntur ad internum forum; sed cum leges voluerint solemnitates illas esse de forma substantiali testamentorum, sequitur hoc ipso per se, quod illis deficientibus pro utroque foro nulla sint, sicut universim quilibet actus, deficiente forma substantiali, etiam pro foro interno nullus est; hoc enim casu, quo jus humanum aliquid ad substantiam actus requirit, cessat legis naturae dispositio, vel rectius juxta nostra principia tradita alibi, lex naturae hunc casum nunquam comprehendit, sicut dum lex naturae prohibet ditescere ex re aliena, non hoc prohibet pro omni casu, si fiat cum assistentia legis, ita justa ex causa disponentis.

Ad Conf. 2^{am}. *R. 1^o.* *N.* supp. testamenti factionem esse juris gentium proprie dicti, *num. 437.*

R. 2^o. Etiam hoc permissio gratis, potuit Legislator justis ex causis solemnitates certas addere, quae de forma substantiali vel substantia sint.

440. *Obj. II.* Leges praescribentes solemnitates testamentis, haecque aliter facta irritantes fundantur in praesumptione fraudis; ergo ubi fraus abesset, adhuc valebit testamentum solemnitatibus destitutum, 1^o. quia praesumptio cedit veritati; 2^o. quia leges generaliter volunt sancte custodiri morientium voluntates; 3^o. quia numerus testium et caeterae solemnitates solum exiguntur probationis causa et ad faciendam fidem; ergo, si de voluntate testatoris aliter constat, adhuc subsistet testamentum.

R. D. Ant. Fundatur in praesumptione generali fraudis et periculi fraudis alias saepe committendae, nisi actus penitus irritetur *C.* in praesumptione fraudis pro casu determinato et particulari *N. Ant.* et *Cons.* In priori praesumptione semper fundantur leges, quando actibus formas substantiales praescribunt, ut, secus, sit absolute nullus; ac proinde, cessante licet ratione legis in casu particulari, non ideo cessat lex generalis formam statuens actui sic, ut sine hac nullus deinceps valeat.

Ad prob. 1^{am}. *D.* Praesumptio particularis fundata in facto particulari cedit veritati *C.* universalis *N.*

Ad prob. 2^{am}. *D.* Morientium voluntates legitimas, legibus conformes *C.* non legitimas *N.* Sic nec tenet in conscientia voluntas ultima filii familias ad causas profanas, excepto peculio castrensi et quasi tali.

Ad prob. 3^{am}. *N. Ant.* quia, etsi plures quam septem, imo 20. adessent testes, si tamen nullus subscriberet, vel signaret tabulas, non valeret juxta adversarios testamentum in foro civili: atqui hoc casu major haberetur probatio; ergo signum est, numerum testium non probationis praecise causa determinatum esse.

441. *Obj. III.* Ex testamento imperfecto oritur obligatio naturalis; ac consequenter etiam pro foro conscientiae; ergo.

Prob. Ant. 1^o. Solutum ex testamento imperfecto repeti non potest; ergo signum est, ex eo obligationem naturalem oriri; quia id, quod neque naturaliter, neque civiliter debetur, si solutum fuerit, juxta vulgarem alias regulam repeti potest. *Antec. prob. ex L. C. de Fideicommiss.* ubi: *Licet fideicommissum inutiliter relictum fuerit, illud tamen ab haerede praestitum repeti non potest, cum non ex sola scriptura, sed ex conscientia relictis fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur.* Item ex *L. fin. C. ad L. Falcid.*: *Qui ultra, quam tenebatur, ex testamento legata persolvit, ea repetere non potest.*

Prob. 2^o. Per *L. 1. C. de Fideicommiss.* si haeres alimenta praestitit in testamento non solemniter relictis, tenetur ea et in posterum praestare; et *L. 16. C. de Testam.* etsi voluntas testatoris legibus non sit subnixta; adeoque imperfecta, tamen ad legata praestanda haeres tenetur. Item per *L. 23. C. eod.* testamentum imperfectum justam transactionis materiam praebuit: atqui haec singula sat clare arguunt, obligationem naturalem ex testamento imperfecto oriri; secus enim non apparet, quo modo obligatus fuisset haeres in *L. 1.* ad praestanda porro alimenta, aut in *L. 16.* ad praestanda legata; aut *L. 23.* qua ratione testamentum imperfectum dare potuerit transactionis materiam? ergo.

Prob. 3^o. Per *L. fin. C. de Fideicommiss.* si fideicommissum sine omni teste et

solemnitate fuerit relictum; fideicommissarius id resciscens potest hæredi juramentum deferre, hicque vel jurare debet, nullum fideicommissum fuisse relictum, vel, si id jurare nolit, præstare tenetur; ergo.

R. N. Ant. Ad prob. 1^{am}. D. Ant. Solutum errore facti ex testamento imperfecto repeti non potest N. tunc enim repeti posse constat ex L. 7. C. de Conduct. indeb. cit. in Concl. Solutum errore juris, vel, si sciens se non debere, tamen solvit C. Quia sciens se non debere, ac tamen solvens, donare censetur; errans vero in jure habetur interpretative pro sciente; sicut ergo, si sciens solvit; donasse censetur; ita etiam si ex errore juris, juxta illud: *Cujus per errorem, scilicet facti repetitio est, ejus consulto dati* (pro quali habetur id, quod errore juris datum) *donatio est*. At vero *citt. leges* de eo loquuntur, qui sciens, adeoque approbans voluntatem defuncti, legata et fideicommissa præstitit; nam ut dicitur L. 2. C. de Fideicommiss. cit. solvit non tam ob scripturam, quam ob voluntatem defuncti, quam agnovit. Eodem modo responde ad §. 23. Inst. de Legat. ubi: *licet incertis personis non possit relinqui legatum, si tamen id hæres præstitit, repeti non potest*.

Nec obstat, quod in L. 2. cit. fiat conscientia mentio; nam hoc idem ea lege sonat, ac scientia; alias ipsi fideicommisso conscientiam tribuere necessum foret.

Ad prob. 2^{am}. R. 1^o. Probas, usque adeo valere testamentum imperfectum pro externo, ac civili foro.

R. 2^o. N. Cons. Nam quoad L. 1. cit. ratio, ob quam alimenta in posterum præstari debeant, non est ex obligatione ex testamento imperfecto orta, sed a spontanea ultimæ voluntatis agnitione et approbatione, qui casus spontaneæ agnitionis exceptus est, per quam hæres necessitatem subit adimplendi voluntatem defuncti, ut dicitur ad L. 16.

Nec replices: Ad hoc, ut hæres dici possit agnovisse voluntatem defuncti, sufficeret unica præstatio; at vero lex requirit, ut per triennium præstiterit alimenta. Nam

R. Sufficere quidem unicam præstationem ad hoc, ut quoad illum annum præstita alimenta nequeat hæres repetere; non vero ad hoc, ut ea et in futurum præstare teneatur, lege sic disponente: et merito cum enim ea obligatio præstandi alimenta ad totius vitæ tempus admodum gravis sit, ad eam imponendam longius temporis spatium juste requisivit.

Ad legem 16. Responsio est eadem, quia et in hac hæres voluntatem defuncti, et testamentum imperfectum sponte agnovit: patet inde, quod ibi hæres etiam civiliter teneatur; ait enim lex, quod hæres implendæ voluntatis necessitatem habeat, quæ verba actionem eo nomine proditam denotant. In lege 23. autem ideo justa transactionis causa subfuit, quia non constabat tempore transactionis, an testamentum fuerit legitime conditum, nec ne, licet id postea apparuerit.

Ad prob. 3^{am}. R. 1^o. Iterum probas nimium; valere testamentum imperfectum pro foro externo.

R. 2^o. In cit. L. haberi hypotheticum et specialem hunc casum, quo testator *fidem hæredis elegerit*, isque testatori roganti promiserit, vel saltem præsens non contradixerit, se restitutum hæreditatem alteri juxta voluntatem sibi sine testibus declaratam; constat ex §. ult. de Fideicommissar.

hæredit. ex ead. L. fin. desumpto. ubi responsio data declaratur his verbis: Tum sive pater hæredis, sive alius quicumque sit, qui fidem hæredis elegerit, et ab eo restitui aliquid voluerit, si hæres perfidia tentus adimplere recusat, etc. quid enim aliud volunt hæc verba, fidem, item perfidia, quam quod fides, sive promissio ex parte hæredis intervenerit? Hic igitur casus singularis est, novo jure introductus, ut in eo hæres non solum naturaliter, sed etiam civiliter (ut patet ex verbo cogendus) teneatur vel jurare, fideicommissum non fuisse relictum, vel illud præstare fideicommissario.

442. Obj. IV. Etiam tenetur hæres ex testamento imperfecto, etiamsi testator ejus fidem, ut dicebatur, non elegerit; ergo. Ant. prob. 1^o. Nam, L. 77. ff. de Legat. 2. ubi filius matrem hæredem scripserat, et fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione præstari rogaverat, cum testamentum nullo jure factum esset, nihilominus matrem legitimam hæredem cogendam esse ad præstanda fideicommissa, responsum est, et tamen jure Digestorum casus in obj. præc. posterior est. Prob. 2^o. L. 88. §. 17. ff. de Legat. 2. ubi quis testamentum sine solemnitatibus condidit, ac consequenter invalidum; et tamen deciditur, quod fideicommissa ab hæredibus legitimis præstari, et hæreditas scriptis in illo testamento hæredibus restitui debeat. Prob. 3^o. L. 38. de Fideicommissar. libertat. dicitur, quod hæredes alumnæ testatoris libertatem et fideicommissum in testamento imperfecto relictum præstare debeant; ergo valet testamentum modo constet de voluntate.

R. D. Ant. Etiam tenetur hæres, etc. quando subest *clausula codicillaris C. secus N.* Unde patet responsio ad Probationes; singulæ enim leges agunt de casu, quo subest testamento imperfecto codicillaris clausula; sic 1^o. ipsa L. 77. cit. ait, *enixæ voluntatis* (cujus argumentum erat jusjurandum) *preces ad omnem successionem porrectas videri*. 2^o. In L. 88. hanc clausulam testator his verbis apposuit: *Si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*. 3^o. Demum in L. 38. ff. de fideicommissar. libert. clausula illa supponi debet, vel promissio a liberis facta patri, ne alias repugnet L. 24. §. 11 ff. eod. Vel dic, hoc testamentum habere clausulam codicillarem præsumptam a lege, quam præsumptionem causat favor alumnæ et libertatis.

443. Obj. V. L. militis 36. §. 3. ff. de milit. Testam. testamentum sine omni solemnitate infirmatur; ergo et ita conficitur per R. I. 35.

R. 1^o. Probas nimium, etiam ita confici pro foro externo.

R. 2^o. N. Ant. Lex non ait, testamentum tale infirmari; sed solum loquitur de testamento minus solemniter *revocato* quoad legata, atque nuda revocatione institutiones ac substitutiones non infirmari, legata vero ex tali testamento nude revocato petentes submoveri exceptione doli generalis. Igitur ea lex præsentem controversiam non tangit.

444. Obj. VI. c. 10. de Testam. Pontifex 1^o. reprobatur consuetudinem adhibendi septem testes, ac decernit sufficere, si parœciani coram presbytero suo, ac duobus vel tribus testibus testamentum fecerint. 2^o. Ait alienum esse a jure divino, ut plures quam duo, vel tres testes requirantur

ad testamentum. 3^o. Anathemate eos ferit, qui testamenta coram tribus testibus confecta conantur infringere; ergo.

Ad 1^{um}. R. Constitutio ea Pontificis non nisi pro terris eidem quoad temporalia subjectis obtinet, utpote ad Episcopum Ostiensem data, territorii Romanæ Ecclesiæ.

Ad 2^{um}. R. Ait, hoc esse alienum *positive*, h. e. contra jus divinum *N.* alienum *negative*, id est, præter jus divinum *C.* Nam et ab ipso jure Ecclesiastico *c. 2. Caus. 2. Q. 4.* ad convincendum Cardinalem Episcopum requiruntur testes 72. Item: si esset contra jus divinum adhibere testes plures, quam duos aut tres, nec S. Pontifex ibidem præter duos, tresve testes requirere potuisset præsentiam Parochi. Neque dicas: at juxta Scripturam sacram *in ore duorum, vel trium testium stet omne verbum*; nam sensus est, tot saltem requiri, dum agitur de condemnando aliquo, ita ut unus tantum testimonium sit insufficientis; non autem prohibetur aliquando adhibere plures.

Ad 3^{um}. R. Itidem non nisi pro terris Pontificiis procedit. Et licet relatum hoc sit in Corpus juris canonici, non idcirco juris universalis vim habet; cum nec unquam ita receptum sit; nec Pontifex provinciis exteris quoad temporalia dare jus novum possit, nec civiles earum abrogare leges extra materiam peccati.

443. *Obj. VII.* Leges assistunt testamentis imperfectis; ergo. *Prob. Ant. 1^o.* In *L. 5. C. de relig. et sumpt. fun.* voluntas militis de monumento construendo in testamento expressa non negligenda dicitur, ex ratione, quod, etsi delatio et impletio voluntatis prohibita sit; hæres tamen invidiam et conscientiam circa omissum supremum ejusmodi officium evitare non possit. 2^o. *L. Paulus fin. ff. de reb. eor. qui sub tut.* Paulus respondit, curatores posse sine decreto alienare prædium minoris, si pater in testamento, postea irrito facto, consenserit in alienationem; sed si testamentum imperfectum simpliciter esset nullum, non posset hunc effectum producere contra *R. I. 52. in 6. 3^o.* Juxta *Auth. ex causa c. de bon. quæ liber*, ex testamento, in quo filius est injuste exheredatus, aut præteritus, debentur legata, licet testamentum impugnari possit ut nullum. 4^o. Passim jura præcipiunt, custodiri morientium voluntates, *Auth. de nupt. Coll. 4. c. 46. §. per traditionem. Inst. de R. D. ubi: Nihil tam conveniens equitati naturali, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi.* Adde *C. Caus. 13. Q. 2.* ibi: *Ultima voluntas defuncti modis omnibus servari debet.*

R. 1^o. Ergo et valebunt pro foro externo.

R. 2^o. *N. Ant. Ad prob. 1^{am}.* R. Non est ibi sermo de testamento imperfecto. Sed miles testamentum solemne reliquerat; cumque hujus voluntas de monumento construendo non posset impleri specificè, quærebatur, an saltem per æquivalens satisfieri debeat, ab hæredibus? Ac responsum fuit, saltem voluntatem nec omnino servandam, nec omnino spernendam esse; sed interventu judicis hæc omnia perducere debere ad effectum, si non ad turpem causam feruntur.

Ad prob. 2^{am}. R. *N. min.* Quia hunc effectum non producit qua voluntas ultima solemnis, cum in ordine ad hoc, ut valeat alienatio rerum pupilla-

rium, non sit necessaria voluntas ultima solemnis, sed sufficiat voluntas qualiscumque patris, *L. 3. C. quando Decr. opus non est*, hæc vero ex testamento etiam imperfecto constare potest. Igitur non producit hunc effectum directe atque in eo genere; in quo testamentum est nullum.

Ad prob. 3^{am}. R. Casus ille alius est a nostra controversia; ibi enim de testamento perfecto agitur et habente omnem solemnitatem, quod tamen impugnari possit ex causa exhæredationis, aut præteritionis. Ideo testamentum *cit. Auth.* non habetur pro absolute nullo, sed tantum quoad institutionem hæredum, et quoad hanc impugnari posse dicitur; licet spectato *jure veteri* hujusmodi testamentum etiam fuerit nullum absolute, *L. 30. ff. de liber. posth.* sicque coincidebat cum præsentī controversia, ac consequenter neque legata in illo facta debebantur.

Ad prob. 4^{am}. R. *D.* Voluntates legitimæ, sive legibus conformes *C.* voluntates quascumque, etiam contra formam a legibus præscriptam tales *N.*

446. *Obj. VIII.* Licet in forma acceptilationis peccatum sit; tamen inutilis acceptilatio habet vim pacti, *L. 8. pr. ff. de acceptil.* producitque obligationem conscientiæ, ut amplius petere non possim, quod tali acceptilatione remisi: *item*, licet inter servum et dominum, filiumfamilias et patrem non detur obligatio civilis, datur tamen naturalis et in conscientia. Ac demum etsi *L. 1. ff. de lib. et posth.* ad formam exhæredationis requiri videatur, ut dicatur nomen, et prænomen, et cognomen; subsistit tamen exhæredatio, si duntaxat unum exprimat; ergo a pari.

Ad 1^{am} et 2^{am}. R. *N. Cons.* *Disparitas* est, quod acceptilationi inutili, pariter obligationi servorum et filiorumfamilias jus positivum non resistat *positive*, sed solum non assistat quoad effectus obligationis civilis; e contra resistat *positive* obligationi ex testamento imperfecto, eamque annullat.

Si ais e contra: Testamentum, item stipulatio est nulla, si in forma peccatum sit, nec habet vim pacti, *L. 1. §. 2. ff. de V. O.*; ergo nec acceptilatio, quæ est species stipulationis; *N. Cons.* Ratio diversitatis est, quod jura sint priora ad liberandum, quam obligandum.

Si inferas: Ergo testamentum imperfectum operabitur saltem pactum liberatorium, si legata in eo fuerit liberatio, sicut in acceptilatione; *N. illat.* quia ad omne pactum requiritur, ut consensus et acceptatio duorum conveniat, quod fieri in testamento nequit.

Ad 3^{am}. R. *N.* Hæc singula a lege exigi copulative ad formam exhæredationis, cum lex ipsa dicat, sufficere ex his tribus unum. En verba: *An sufficit unum ex his? constat sufficere*; ergo hæc disjunctivè requirit: at nihil tale subditur solemnitatibus testamenti in *L. hac. consultissima 21. C. de Testam.* Et vero alias, si paritas esset, dici posset, sufficere ad testamentum ex solemnitatibus adhibere non nisi unam, neque tunc tantum pro foro interno, sed etiam externo subsistere.

447. *Obj. IX.* Testamentum inchoatum in ratione *scripti*, sed in hac non perfectum, saltem valet in vim nuncupativi; ergo. *Item*, saltem subsistet, quoad legata: aut denique saltem in vim *codicilli*; ergo non est omnino irritum.

Ad 1^{am}. R. *D.* Saltem valet in vim nuncupativi: si habeat requisitas hujus

solemnitates *C.* si non *N.* Valere tum in vim nuncupativi, si requisitæ ad hoc solemnitates adsint, evincitur ex *L. 3. ff. de milit. Testam.* ubi: *Si miles, qui destinaverat jure communi testari, si ante defecerit, quam testaretur (posuit tamen ea, quæ sufficiunt ad testamentum militare); Pomponius dubitat, sed cur non in milite diversum probet? neque enim, qui voluit jure communi testari, statim beneficio militis renunciavit; nec credendus est quisquam genus testandi eligere, ad impugnanda sua judicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.* Unde sic: uti miles habet duos, imo tres testandi modos, duos jure communi, unum jure militari, sic paganus habet duos jure communi; ergo sicut testamentum militis valet, habens requisita ad testamentum militare, licet voluerit testari jure communi; ita valet testamentum pagani, habens requisita nuncupativi, etsi voluerit testari in forma scripti.

Neque dicas: Qui vult testari in scriptis, non vult testari nuncupative; ergo hoc casu deest voluntas testandi. Nam

R. D. A. Non vult testari nuncupative, in quantum putat suam scripturam posse valere ut testamentum scriptum *C.* supposito, quod forte non possit valere ut testamentum scriptum *N.*

Ad 2^{um}. *R. D.* Subsistet quoad legata pia *C.* quoad profana *N.* Sed hæc ruente testamento ex defectu solemnitatum, vel testamento destituto, hærede hæreditatem non adeunte, corruunt, uti et fideicommissa particularia, *L. 29. C. de Fideicommissis.* et quia accessorium sequitur principale; nec refert, quod adfuerint solemnitates alias ad legatum requisitæ, ut quinque testes.

Neque inferas: Ergo ex eadem ratione etiã legata pia corruent. Nam *R.* Axioma illud: *accessorium sequitur principale,* procedit solum regulariter, nisi ob specialem causam aliunde accessorium sustineatur.

Ad 3^{um}. *R. D.* Si codicillarem clausulam in testamento expressam apposuerit *C.* si non *N.* Hæc enim, nisi a testatore expressa fuerit, a jure non præsumitur subesse, *L. fin. §. 1. C. de Codicillis.* ubi: *Illud quoque pari ratione servandum, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, velut ex codicillis ultimam voluntatem; nisi id ille complexus sit: ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere.* Item, *L. 23. C. de Fideicommissis:* *Ex testamento, quod jure non valet, nec fideicommissum quidem, si non ab intestato quoque succedentes rogati probentur, peti potest.* Pluribus legibus idem evincunt alii, quæ tamen fortassis non æque efficaciter intentum evincunt. Igitur jura nolunt præsumere codicillarem clausulam in testamentis, quando ea expressa non fuerit. Ac ratio est: quod testator sæpius factionem testamenti cum exclusione clausulæ codicillaris prudenter eligat; tum, quia est alius succedendi ordo ex testamento, alius in vim clausulæ codicillaris; tum, ne hæredem inter fiduciarium, et fideicommissarium ratione computationis, et detractionis quartæ Trebellianicæ lites oriantur et controversiæ. Posset item timere, ne hæres legitimus, sprete Trebellianica, eo quod et ipse in testamento sprete esset, nollet adire hæreditatem; ac sic forte ad fiscum deveniret hæreditas; qui, cum non succedat jure proprietario, sed superioritatis, careret omni hærede testator, quod esset contra ejus voluntatem.

448. *Dices 1^o.* contra *L. 14. C. de Testam.* Non præsumitur clausula codicillaris, quando ex testamento constat, quod testator positive noluerit condere codicillum: *non codicillum sed testamentum aviam vestram voluisse, institutio, et exhereditatio facta probant evidenter;* ergo si id non constet ex testamento, codicillaris clausula præsumitur.

R. D. Ant. Tunc tantum non præsumitur, vel ideo præcise non præsumitur *N.* etiam alias non præsumitur juxta citt. supra leges *C.* In casu hujus legis 1^o. non constabat de clausula codicillari; 2^o. insimul institutio et exhereditatio, quæ fieri nequit in codicillis, ultima aviæ voluntate continebatur; sicque ex gemina hac causa testamentum istud in vim codicilli sustineri non potuit; alias, si clausula codicillaris cuilibet testamento inesset tacite, quid obstaret, quo minus aviæ voluntas in vim codicilli valeret? certe non obstat numerus septenarius testium; codicillos enim coram septem condi posse testibus, videtur indubium; quia abundans cautela non nocet.

Dices 2^o. Qui condit testamentum, enixam habet voluntatem omni meliori modo illud condendi: nam interrogatus ideo procul dubio responderet, se velle illud saltem in vim clausulæ codicillaris sustineri; ergo.

R. 1^o. D. Habet enixam voluntatem illud meliori modo condendi in ratione testamenti; ita ut saltem valeat in vim nuncupativi, si non valeat in ratione scripti *T.* ob rationem datam. Alio sensu *N.*

R. 2^o. Hoc etiã permissio *N. Cons.* Hæc enim argumentatio non procedit. En similem: Caius promittit se mille soluturum Seio absenti, nullo hujus interveniente mandato: ante factam a Seio acceptationem Caius ducitur pœnitentia; hoc casu Seius interrogatus, annon, si seivisset statim, acceptasset; affirmaret utique: quare ergo hic acceptatio non præsumitur? Pariter Caius Seio mutuam dat pecuniam, chirographo solum desuper confecto; si Caius vel similis creditor interrogaretur, annon hypothecam mallet in omnibus creditoris bonis; affirmaret utique: nemo tamen propterea hypothecam præsumet, nisi de hac creditor sibi expresse prospexerit; jura scilicet vigilantibus scripta sunt; inde sicut creditor extra casus, in quibus lex hypothecam adjicit, ex præsumpta solum voluntate non admittitur ad actionem hypothecariam, nisi hypothecam in conventionem deduxerit; sic in nostro casu testator volens testamentum in vim codicilli valere, extra casus exceptos, clare voluntatem suam a legibus jubetur exprimere.

Neque dicas, id esse discriminis, quod ejusmodi hypothecæ sint conjunctæ cum creditorum præjudicio; vel quod contractus pignoratitius bilaterale, testamenti factio unilateralis sit negotium, proinde magis ob defectum voluntatis in debitore hypotheca præsumi non debeat; nam

R. Quoad 1^{um}. clausula codicillaris tacita, in casu testamenti invalidi, est conjuncta cum hæredum ab intestato succedentium præjudicio: *Quoad 2^{um}.* si debitor indigus pecuniæ interrogaretur, an, si pecuniam acciperet mutuam, vellet in bonis suis hypothecam pati, affirmaret utique; cur igitur hic et creditoris et debitoris non præsumitur voluntas et hypotheca?