

nec pater pro filiofamilias, & e contra, testimonium perhibere potest, l. testis 9. l. nullus, 10. ff. de testibus, & d. l. omnibus. 10. C. eod. Hanc vero rationem cessare in filio emancipato, nemo est, qui non animaduertat: cum is non amplius sit in potestate patris, utpote ea per emancipationem liberatus, §. praterea. 6. Institut. quib. mod. patria potest. soluit. Plura, quae hanc sententiam enervare videtur, annotauimus ad d. §. pater. 8. Instit. de test. ordinand. num. 5 & seqq. Eademque sufficenter dicitur D. H. lib. 2. variar. resolut. iur. ciuil. tract. 5. quæst. 6. Harprec.

1 Aliquis alias inhabilis. ] Itē quod testis rogatus à testatore, ex quo eius fides fuit approbata, haud amplius queat reprobari

QVÆSTIO LVI.

SVMARIA.

Ex Claro.

- 1 Regulariter in testamento interuenire debent septem testes.
2 Et an huiusmodi numerus testium sit de substantia ipsius testamenti.
3 Et quid tempore pestis.
4 Et quid in testamento condito inter liberos.
5 Et quid in testamento condito ad pias causas.
6 Et quid in testamento condito à rusticis.
7 Et quid si aliquis testetur coram Imperatore.
8 Et quid si adsint sex testes, & prater ea tabellio, qui de ipso testamento debet esse rogatus.
9 Et quid si adsit statutum, disponens, quod testamentum coram duobus, vel tribus testibus valeat.

Ex Additionibus.

- 1 Nunquid numerus septem testium sit de forma probatoria, an substantiali ipsius testamenti.
2 Mens, & intellectus l. final. C. de fideicommissis.
3 Quot testes in testamento, pestis tempore condito, requirantur.
4 Interpretatio l. casus. 8. C. de testament.

ADDITIONES.

Septem testes interueniant. ] Et hoc casu, quia testes sunt de substantia actus, aduerte, quod ommissio vitiat adeo, ut haud possit deferri iuramentum in defectum probationis: per Nat. in cõl. 423. sub nu. 1. Giach.

Et scias, quod iste numerus testium non solum est de forma probatoria ipsius testamenti, sed etiam de eius forma substantiali. ] Huius sententiae fundamentum desumi poterit ex l. si vnus. 12. l. hac consultissima. 2. l. §. ex imperfecto. 1. & §. per nuncupationem. 1. C. de testamēt. Quibus ex locis apparet: si vnus de septem testibus defuerit, iure deficere testamentum. Quod si isthac septenarij numeri solemnitas ad probationem tantum requireretur: non dixissent Impm. in dict. l. si vnus. 12. de iure deficere testamentum, sed probationem argum. l. duo sunt Titij. 30. ff. de testamentar. tutel. Deinde si testes probationis

QVÆST. LVI.



Non sufficit testes, qui in testamento adhibiti sunt esse idoneos nisi etiam sint secundum numerum à lege constitutum. Licet enim regulariter in quolibet actu duo testes sufficiant, in xtra illud: In ore duorum, vel trium, &c. tamen in testamento, in quibus, ut dixi, sepiissime sunt fraudes, & falsitates, requiritur, quod ad minus septem testes interueniant.

vide per Alex. cõl. 54. in fin. vol. 3. vbi Clar. hic adnotauit. Giac. i Si aliquis alias inhabilis adhibeatur, &c. ] Adde, quod si plures testes, quam de iure requiruntur, testamento adhibeantur, tamen si isti super additi sint feminæ, surdi, cæci, furiosi, sicque inhabiles, nihilominus testamentum subsistat. Quia nulla dispositio regulariter vitatur per interuētum illius rei, quæ etiam si omnino abesset, illa non vitaretur, ut post alios, scripturæ reliquit Michael Grassus dict. §. testamentū, quæst. 57. num. 18. Harprec.

testam. quam sequuntur cõmuniter Scribentes, ut attestatur Alexand. in d. l. nu. 1. 11. C. de test. Semper enim inclinare debemus in sententiam, secundum quam vltima testatoris voluntas conseruatur, & sustinetur

bus visum est Plautio in leg. Barbatius, num. 303. de off. Præt. Burf. consil. 55. num. 8. Gouean.

- 5 Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.
6 Sententia l. conficiuntur. 8. §. 2. ff. de iure codicillor.
7 In casu necessitatis plerumq; receditur à regulis iuris cõmuni.
8 Quatenus tempus belli, & tempus pestis equiparentur.
9 In dubio ea tenenda opinio, quæ fauet testamento.
10 Quot testes in testamento iusticiis desiderantur.
11 Testamentum coram Principe, vel apud acta iudicis factum, sine solemnitatibus subsistit.
12 An statutum, minorem numerum testium inducens, valeat.
13 Quæ iure ciuili sunt disposita, contrariæ lege, vel statuto mutari possunt.
14 Vtrum testamentum, quod vigore statuti, seu consuetudinis coram duobus tribusve factum valet, etiam alibi, vbi maior numerus testium exigitur, pro valido sit habendum.
15 Testamentum ruri coram quinque testibus factam vbiq; valet.
16 Insinuatio donationis, in vno loco facta, quorsusque effectum suum porrigit.
17 Decretum iudicis, super alienatione rerum immobilium minoris interpositum, ad quæ bona extendatur.
18 Quoad solemnitates attenditur consuetudo loci, in quo actus celebratur.
19 Testamentum, à forensi conditum, ad quæ bona effectum suum extendat.

dumtaxat causa accederent: nihil impediret, quo minus voluntate testatoris minor testium numerus sufficeret: quod plerique omnes negant, ut recte, post Bartolum & alios à se allegatos hic, asserit Clarus noster, Fernandus Vasq. lib. 2. de successione. creat. §. 12. nu. 10. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 2. titul. 11. num. 3. Dominicus de Magdal. de num. testi. in testamento. requisit. par. 1. cap. 4. Dauth. in tract. de testament. tit. de testibus testamentar. numer. 421. Rober. disp. 1. ad Instit. th. 4. Reufner. in tract. de testament. part. 3. c. 12. nu. 6. Meyer. in tract. de testamentor. success. lib. 3. tit. 1. num. 30. & Paulus Berens disput. 6. ad Instit. them. 1. quæstio. 3. Tamen si aliter sentire videantur Stephanus Foreatulus. Necyomantia dialog. 14. num. 7. Pruckmann. in tract. de regalibus cap. 4. membr. 3. effect. 1. nu. 14. pagin. 653. Vaconius à Vacuna lib. 4. declaration. cap. 63. nu. 7. cum seq. & Gilkenius in d. l. hac consultissima. 21. C. de testament. num. 13. 18. & seq. Neque

2 Neque sententia nostræ repugnat textus in l. vltim. C. de fideicommissis, vbi voluntas testatoris seruanda est, quando per confessionem, vel iuramentum agnoscitur, & euident est, licet testamentum solemne testium numerum non habuerit. Illic etenim testator non simpliciter legatum, vel fideicommissum in fide hæredis posuit: sed curauit, ut hæres sibi promitteret de præstando legatum, aut fideicommissum, argum. l. spandonem. 13. §. 1. ff. de excusat. tutor. Sicque dispositio ista in contractum transit, & hæres ex contractu per legatarium conuenitur. Iason in l. nemo potest, §. 5. ff. de legat. 1. num. 18. in fine. Reliqua, huic decisioni aduersantia, reuertauimus ad §. sed cum paulatim. 3. Instit. de testament. ordinand. num. 28. & seqq. Harprec.

Tempore pestis. ] Vide de quadam testatrice sequestrata in domo ob pestem, schedula relicta conscripta per Menoch. in consil. 224. Giach. Sed quid, si testamentum fiat tempore pestis. ] Quotnam testes in testamento, pestis tempore condito, requirantur, mirifice Interpretes variant, nonnullis septem testes requiruntur, quibusdam duos, vel tres, vel quinque sufficere opinantibus, alijs inter testem magnam & paruum distinguuntibus, ut videre est hic ex Claro nostro, Gabriel. Romano lib. 4. recepr. conclus. tit. de testament. conclusio. 8. Andrea Gail. lib. 2. obseruat. 1. 18. num. 18. Mynsinger cent. 1. obser. 96. Reufner in tract. de testament. part. 4. cap. 17. num. 8. cum seqq. Dauthio in tract. de testament. tit. de testibus testamentar. nu. 424. Matthia Berlichio conclusionum practicabil. part. 3. conclusio. 5. & Iosepho Mascardo in tract. de probationib. vol. 3. conclusio. 13 §. 3. num. 18. & aliquot subsequ. Sed (ceteris opinionibus, & distinctionibus omnibus repudiatis) eorum ego amplectendam puto sententiam, tanquam veritati iuris maxime congruam, qui simpliciter, & absolute tradunt: tempore pestis, ut alio, septem testes adhibendos esse. Hæcque traditio probatur primo per clarum & perspicuum textum in l. casus, 8. C. de testament. vbi Impm. Diocletianus, & Maximianus aperte rescribunt, tempore pestis aliquid de solemnitatibus relaxatum esse in testamentis: sed relaxationem illam non circa numerum, sed circa testium eodem tempore conuentionem versari. Auiunt enim diserte: Testes huiusmodi morbo oppressos eo tempore iungi, atque sociari remissum est, non etiam conueniendi numeri eorum obseruatio sublata est. Septem ergo testes præcise & necessario ad testamentum tempore pestis requiruntur: sed non opus est, ut omnes simul socientur, & iungantur, siue vnico contextu adhibeantur: verum sufficit, si ex intervallo interueniant, puta hac hora duo, sequenti hora iterum duo, vel plures, & sic deinceps, donec numerus septenarius plene fuerit completus. Quod si vnus tantum testis deficiat, vel testator, antequam testes omnes singulatim adhibiti fuerint, decedat: testamentum non valebit. Nec mouet quidquam, quod dissentientes respondent, hanc legem de partia, & leui peste esse accipiendam, non item de magna, & vehementi. Nam huic interpretationi contradicit ipse contextus, qui non solum insidistinde, & generaliter contagionis mentionem facit: sed etiam de casu maiori, timoreque contagionis, quæ testes deterret, loquitur: qualis maximè pestis magna, & vehemens esse solet. Deinde ad stipulatur huic sententia regula vulgaris, sumpta ab exceptione, quæ cum in eiusmodi testamento vniam solemnitatis partem remittat. d. l. casus. 8. C. eod. reliquam constabilitate intelligitur. Exceptio quippe confirmat regulam in casibus non exceptis. l. quæsitum. 12. §. denique Neratius 43. ff. de instructio, & instrument. legat. l. cum prætor. 12. ff. de iudic. his verbis. 102. ibique Doctor. ff. de legat. 3. Præterea huc facit textus in l. conficiuntur. 8. §. codicilli. 2. ff. de iure codicill. ex quo constat, nihil referre ad minuendum testium numerum, vtrum quis potuisset eo tempore, quo scripsit, vel

fecit testamentum, plures testes cogere, an non potuisset. Hancque decisionem pluribus rationibus confirmauimus in prædicto §. sed cum paulatim. 3. Instit. de test. ordinand. num. 36. & seqq.

Huic non obstat, quod in casu necessitatis plerumq; recedatur à regulis iuris communis: siquidem illa legi non subiacet, argu. l. vbi absunt. 19. ff. de tutoribus & curatorib. datis abbis, & c. l. Cæsar. 15. ff. de publican. & vctigalib. l. sed sciendum. 7. cum l. feq. ff. ad SC. Trebellian. l. repensu. 8 §. 1. C. de repudijs. l. 1. & ibidem Bart. sub fine. C. de operis libert. hic autem subit casus necessitatis: cum tempore contagionis, quæ testes deterret, tot testes cogi nequeant. Nam respondetur: plerumque in casu necessitatis recedi à regulis iuris communis, at non perpetuo: non sane tunc, cum leges cauent expresse, ne à iure communi recedatur, ut hoc loco factum esse ostendit d. l. casus. 8. C. de testam. Sic quoque non obstat, quod tempus belli, & tempus grauissimæ pestis æquiparatur: cum, inualecente pestilentia, Deus bellum gerere, & iram suam in homines distringere videatur, per doctrinam Bartoli in l. naturaliter, §. nu. 23. ff. de vlturpat. & vlturcap. item in l. vnic. ff. de honor. possess. ex testam. milit. Sed in bello valet testamentum minus solemne, coram duobus, aut tribus testibus factum. l. 1. & tot. tit. ff. & C. de testam. milit. Ergo & pestis tempore valebit. Non obstat, inquam, ista comparatio belli, & pestis: quia non simpliciter, sed tantum secundum quid illa comparatio procedit. In testamento etenim militis simpliciter omnes solemnitates sunt remissa, initio, & tot. tit. Instit. de militari testamento. Secus est in testamento tempore pestis confecto. d. l. casus. 8. C. de testamento.

Similiter non obstat, quod in dubijs opinionibus tenenda est illa, quæ fauet testamento, l. si pars. 10. in princip. ff. de inoffic. testam. quoniam causa conseruationis testamenti concernit publicam vtilitatem. l. vel negare §. ff. quemadmodum testam. aperiant. Atqui opinio ista, quod valeat testamentum tempore pestis duobus saltem, aut quinque adhibitis testibus, ordinatum, pertinet ad vltimam voluntatem conseruandam. Etenim responso parata est: quod quidem ita sit testamentis fauendum, ne tamen per hoc omnia iura, & solemnitates testamentorum profus euertantur. l. nemo potest, §. 5. ff. de legat. 1. Deinde negatur, nos hic versari in casu dubio: siquidem quid circa testium numerum, pestis tempore, obseruari debeat, luculenter expressum est in præallg. l. 8. C. de test. Atque ita in terminis tradunt Paulus de Castro, Fulgosius, Francisc. Aret. & Alex. de Imola in l. fin. C. de testam. Ludouic. Roman. in auth. similiter, C. ad l. Falcid. in 34. priuileg. ver. ceterum pono, quod testator, & c. Angel. in d. l. conficiuntur, §. 1. ff. de iur. codicill. Raphael Cuman. in l. fin. ff. de test. milit. Lucas de Penna in l. 1. C. de his, qui in exilium dati, & c. Marth. de Afflic. decif. 25. And. Fachinicus lib. 5. controuerf. iur. c. 92. Dominicus de Magdal. in tract. de numero testium in test. requisit. part. 1. cap. 11. num. 39. Ioan. Crotus in tract. de testib. part. 1. num. 22. & seq. Stephan. Bertrand. conf. 212. num. 5. lib. 2. Domin. Card. Tusch. tom. 8. pract. conclus. lit. T, conclusio. 122. num. 20. & seq. Gilkenius in d. l. casus, 8. num. 10. & seqq. C. de test. Arumæus Exercitat. Iustin. 7. th. 11. Hænonius disput. 7. controuerf. 4. Vveger. disput. 7. th. 3. ad lit. E. Vngepau. exercit. Iust. 11. quæst. 3. St. part. 1. exercit. Institut. deced. 6. assert. 3. lit. K, pag. 268. Paul. Berens disput. 6. Institut. th. 1. quæst. 6. B. cent. 2. miscell. controuerf. assert. 12. Andr. Gerhard. deced. 7. exercit. Iust. quæst. 5. H. lib. 2. variar. resolut. iur. ciuil. tract. 5. quæst. 5. & nouissime Matthias Berlichius d. part. 3. conclusio. 5. vbi latissime hanc quæstionem persequitur. Sane non solum in Camera Imperiali & iure Saxonico receptum est, Andr. Gail. d. lib. 2. obser. 18. num. 18. constir. Electoral. Saxo. part. 3. cap. 4. B. in l. admonendi. 31. num. 488. ff. de iure iur. Virgil. Pingiz. quæst. 20. num. 40. & seqq. Harprec.