

DISSERTATIO IVRIS PRIVATI  
DE  
**S C R I P T V R A**  
EIVSQVE  
NECESSITATE IN TESTAMENTO  
NVNCVPATIVO  
QVAM  
CONSENSV  
*MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS*  
P R A E S I D E  
DN. D. FERDINAND. AVGVST. HOMMEL  
IN ACADEMIA LIPSIENSIVM  
CELEBERRIMA  
*AD D. XXV. FEBRVAR. M DCC XXIX.*  
PVBLICO EXAMINI SVBMITTIT  
A. ET R.  
CHRISTIANVS ADOLPHVS GVNTHER  
STOLBERGENS.

---

LIPSIAE  
LITTERIS IO. HEINRICI RICHTERI.

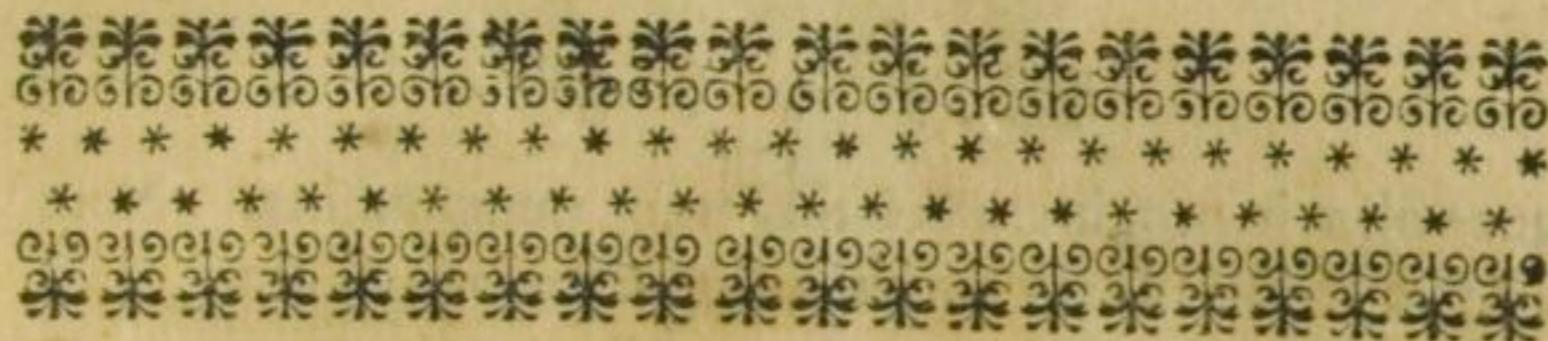
iss. jer. civ.

166,14

ALBANIUS  
SCHOLAR  
JESAIAS  
HORN  
1710  
JANUARY 24  
1710

VIRIS SVMME REVERENDIS  
EXCELLENTISSIMIS DOCTISSIMISQVE DOMINIS  
DOMINO  
CHRISTOPH.CONRADO  
B E S S E R  
AVGVSTISSIMI POLONIARVM REGIS ET  
ELECTORIS SAXONIÆ PER DIOECESIN LEVCO-  
PETRENSEM FRIBVRGENSEM ET ECKARTISBERGEN-  
SEM SCHRIFTASSICARVM ECCLESIARVM INSPE-  
CTORI MERITISSIMO PORTENSIVMQVE PASTORI  
PER MVLTOS IAM ANNOS FIDELISSIMO  
RELIQVA  
SENI ET FAMILIAE PRÆSIDI  
AVOQVE RELIGIOSO OBSEQVII CVLTV ADCINERES  
VSQVE DEVENERANDO

NEC NON  
DOMINO  
**CHRISTIANO GVNTHER**  
SERENISSIMO LEVCOPETRENSIVM DVCI  
CELSISSIMOQVE STOLBERGENSIVM COMITI A  
CONSLIIS ECCLESIASTICIS CONSISTORII QVOD  
STOLBERGÆ EST PRÆSIDI CONCIONATORI AV-  
LICO PASTORI IN VRBE PRIMARIO ECCLESiarVMQVE  
SVPERINTENDENTI LONGE MERITISSIMO  
CETERA  
*PATRI INDVLGENTISSIMO*  
*OMNIQVE VENERATIONE PIE COLENDO*  
TENVE HOC  
EXERCITATIONIS ACADEMICÆ SPECIMEN  
CEV  
PIETATIS GRATISSIMÆ MENTIS ET DEBITI OBSEQVII PIGNVS  
SACRVM ESSE CVPIT  
**OPTVMORVM PARENTVM**  
FILIVS OBSERVANTISSIMVS  
**CHRISTIANVS ADOLPHVS GVNTHER.**



L.



E Scriptura eiusque necessitate in testamento nuncupatiuo praesenti tractatione acturis nobis, rubrum ante omnia ipsius dissertationis breuiter explicandum, et quis sit disquisitio-  
nis nostrae scopus, paucis praemo-  
nendum. Scilicet animus nobis est, in adaequatam dif-  
ferentiam, quae intercedit inter testamentum scriptum  
et nuncupatiuum curatius paullo inquirere, atque quam  
inutiliter vulgo in scriptura eiusque necessitate ista qua-  
ratur, perpaucis ostendere, in testamento nuncupatiuo  
non minus, quam scripto, scripturam posse adhiberi, imo  
ex necessitate iuris adhibendam quandoque esse de-  
monstraturi.

II.

Vt igitur ab ouo, quod aiunt, rem exordiamur,  
vtrumque testamentorum genus tam scriptum quam  
nuncupatiuum antiquissimum est, et primis quidem  
temporibus ante Leges XII. Tabb. latas, cum testamenta  
in comitiis conderentur, nuncupatiue erat testandum.  
Heres enim palam nuncupandus erat, hac formula:  
**VELITIS IVBEATIS QVIRITES, VT LVCIVS VA-**  
**LERIVS POST MORTEM MEAM IVRE FAMILIAM**  
**CAPIAT,** vid. *infra* §. VII. Pariter et testamenta,

A 2

quac

quae olim in procinctu fiebant, erant nuncupatiua. Nam de his scribit PLVTARCHVS in Coriolano p. 217.. Fuit autem illis temporibus mos apud Romanos, ut in aciem prodeentes, antequam scuta caperent, et scutis se praecingerent, tribus aut quatuor audientibus simul sine scriptis testamenta facerent, atque heredes nominarent. Scripta e contra testamenta erant per aes et libram, in quibus testator heredem non nominabat, sed scribebat in tabulas. Tabulas enim testamenti testator tenens ita dicebat: HÆC VTI IN HIS TABULIS CERISVE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO etc. teste Vlpiano, vid. infra §. seq. III. Sub primis quoque Imperatoribus tam scripta testamenta, quam nuncupatiua in usu fuisse docet SUETONIUS, qui de Horatio in vita eius circa finem memorat, quod heredem Augustum palam nuncupauerit, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas. Denique Iure Iustinianeo distinctionem hanc testamentorum expressis legibus confirmatam esse legimus, quo pertinet inter alia L. 21. pr. qui test. fac. poss. ibi: Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes, vel scribere. vid. etiam §. fin. Inst. de testam. ordin. L. 8 §. 4. de bon poss. sec. tabb. L. 21. pr. et §. 2. L. 29. C. de Testam. Vtrumque hoc testamentum in eo quidem conuenit, quod pluribus sollemnitatibus, formam atque imaginem veterum testamentorum, in comitiis potissimum, nec non per aes et libram repraesentantibus, perficienda sint. In eo tamen scriptum a nuncupatiuo in effectu differt, quod praeter solennitates istas, vtrique testamento communes, quasdam adhuc alias, scripturam in specie respicientes desideret. De his ergo tam scripti, quam nuncupativi solennibus, eorumque origine, in quantum instituti ratio id permittit, pauca adhuc praefabimur.

III. Ad

## III.

Ad hasce autem solennitates formam testamento-  
rum veterem repraesentantes, primum ref ero, quod  
omne testamentum fieri debeat coram septem testibus.  
Atque huius septenarii numeri origo non tam imme-  
diate ex veteri in comitiis testandi ritu, quam potius ex  
testamentis per aes et libram, repetenda videtur, nam et  
haec formam quandam atque imaginem habebant an-  
tiquissimorum istorum testamentorum in comitiis. In  
testamentis enim per aes et libram duae res agebantur,  
familiae mancipatio, et testamenti nuncupatio, **VLPIANO**  
teste *Frag. XX. 9.* Mancipanda primum erat familia,  
quia per imaginariam venditionem, et actum inter viuos  
hereditatem transferre volebant Romani, in cuius rei  
caussas inquirit **B. THOMASIUS** *dissert. de sensu legis*  
*Decemvinalis testamentariae §. 10.* Quia vero in familia  
et rerum vniuersitate essent quoque res mancipi, harum  
autem plenum et Quiritarium dominium siue solemnni  
mancipatione transferri non posset, inde erat, quod he-  
reditas quoque in testamentis non per nudam venditio-  
nem aut simplicem traditionem, sed per imaginariam  
mancipationem esset transferenda. Fieri autem haec fa-  
miliae mancipatio aliter non poterat, quam adhibito li-  
bripente et familiae emtore. Familiae emtor adhibendus  
erat, vt re praesentaret heredem, in quem familia esset  
transferenda, vtvt occultum et in tabulis cerisue scri-  
ptum. Libripens, qui stateram aeneam tenebat, neces-  
sarius erat, quia hic in omnibus imaginariis venditioni-  
bus et mancipationibus Interuenire solebat apud Ro-  
manos, vid. **CAIUS Inst. L. I. Tit. VI. § 3.** it. **PLI-**  
**NIVS Lib. XXXIII. Cap. 3.** vt et in hoc antiquissi-  
mum vendendi ritum imitarentur. Veteres enim tem-  
poribus

poribus antiquissimis pecuniam et aes signatum non habentes (Seruius namque Rex primum aes signauit nota pecudum, vnde et pecunia appellata, conf. *BVDÆVS de aſſe Lib. I. et II.* nec non *GRONOVIVS de pecunia veterum*) aere vtebantur rudi, et per consequens venditionum pretia non adnumerabant, sed adpendebant, *PLINIVS loc. cit. FESTVS L. IV. et XIV. VARRO de lingua Latina L. IV.* Familiae mancipationem sequebatur testamenti nuncupatio, qua testator tabulas testamenti tenens, ita dicebat: *HÆC VTI IN HIS TABVLIS CERISVE SCRIPTA SVNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQVE VOS QVIRITES TESTIMONIVM PRÆBITOTE.* vid. *VLPIANVS Frngm. XX. 9. ISIDORVS Orig. IV. 24. CLEMENS ALEXANDR. Siromat. V. 574.* Vtrumque tam familiae mancipatio quam nuncupatio testamenti desuper fieri debebat coram quinque testibus, *VLPIANVS loc. cit. §. I. Inst. de Test. ord.* populum Romanum in comitiis, in quibus olim testamenta fiebant, repraesentantibus. Atque hi quinque testes, qui simul cum libripente et familiae emtore in testamentis per aes et libram olim adhibendi erant, originem dedisse videntur numero septenario testium, in testamentis hodienum visitato.

## IV.

Cur autem quinque praecise personis comitia et populus Romanus repraesentata fuerint, hanc vulgo subesse dicunt rationem, quod populus Romanus a Servio Tullio in V. classes fuerit diuisus, et secundum hasce classes in comitiis calatis suffragia dedisset. vid. *B. THOMASIVS l. c. §. II. HVBER Digress. P. I. L. IV. cap. 32.* Est quidem non penitus improbabilis ista sententia, suis tamen

tamen premitur adhuc difficultatibus. Obstare enim videtur 1) quod Seruius Tullius non in quinque, sed sex classes populum Romanum diuiserit, vid. **DIONYSIUS HALICAR.** *L. IV.* *in vita Tullii p. 221.* 2) quod non in omnibus comitiis, sed tantum in centuriatis, populus Romanus comparuerit, suffragiaque dederit per classes, vid. **VINNIVS** *ad Instit. Tit. de testam. ord. §. I.* **MERVLA** *de comitiis Rom. Cap. I. et IV.* **SIGONIVS** *de antiquit. iur. civil. Rom. L. XVII.* Iam vero adhuc sub iudice lis est, vtrum in his, an potius in curiatis comitiis, in quibus non per classes, sed per curias comparebant Romani, et suffragia dabant, vid. **VINNIVS**, **MERVLA**, **SIGONIVS**, *loc. cit.* facta olim fuerint testamenta? 3) quod testes hi solennes in aliis etiam actibus adhibentur, qui olim non vt testamenta, fiebant in comitiis, v. c. mancipationibus omnibus, vid. **CATI Instit. L. I. Tit. VI. §. 3** 4) quod iam olim sub Romulo, et antequam populus in classes diuidetur, numerus quinquerarius testium, cum ageretur de partu monstroso expoundingo, aliisque negotiis, esset visitatus, vt docet **DIONYSIUS HALICAR.** *L. II. C. XV.* Sed nec desunt, quae hisce dubiis reponi possunt. Sic e. g. ad primam responderi posset obiectionem, quod sexta classis, in qua erant Proletarii, qui nullo habebantur numero, suffragioque carebant, non connumeraretur, adeoque classici dicerentur non omnes, qui indistincte in aliqua classe erant, sed ii καὶ ἐξοχὴν, qui erant in quinque primis, id quod probabile est (α) ex loco **ARNOBII advers. gentes L. II.** verbis: *Definite hominem, proletarius cum sit, classibus et capite cum censeatur, adscribere ordinibus primis, conf. ad hunc locum STEWECHEI electa, ELMENHORSTII observationes, HERALDI animadversiones.* (β) quod **LIVIVS** quoque *Lib. III. cap. 13.* quinque tantum

tantum classium mentionem faciat, Romae enim *creatōs* esse inquit *X. tribunos plebis, binos ex singulis classibus.* conferri meretur ad hunc locum HENR. GLAREANVS LORITVS in annot. ad Livii L. III. p. 47. ( $\gamma$ ) quod ARNOBIVS quoque cit. loc. L. II. quinque tantum classes memoret: *Numquid enim, ait, quinque in classes habetis populum distributum, vestri olim ut habuerunt maiores.* ( $\delta$ ) quod testes hi testamentarii olim classici fuerint vocati, teste FESTO, voce, *Classici testes.* Sed singula haec latius persequi, et utrum obiectiones an responsiones praeponderent, prolixius examinare, ab instituto nostro alienum videtur, potius a numero testium transeamus ad eorum habilitatem.

## V.

Nimirum ad sollemnitates testamentarias ulterius pertinet, quod non suppetant ad testamenta testes, qui alias ad testimonium dicendum habiles sunt, sed tales in specie personae requirantur, qui ad populum Romanum in comitiis repraesentandum sunt apti, ut et hoc modo testamenta nostra sustineant faciem veterum testatorum, et coram iis tantum testibus conderentur, coram quibus et olim fieri poterant, et qui ius habebant comparandi in comitiis. Sicque ex his nunc facile responderi potest ad quaestionem: Quinam sint testes habiles in testamentis? non enim satisfacit hic responsio vulgaris, quod testes esse possint, qui non prohibentur, vid. HOPPII examen Instit. ad Tit. de test. ordinand. Qu. 23. aut cum quibus est testamenti factio, D.N. de COCCETII iur. controu. ciuil. Tit. qui test. fac. poss. Qu. 13. Idem enim explicat per idem, et obscurum per aequem obscurum. Nos potius secundum praemissa ad

ad quaestionem respondemus, quod testes habiles in testamentis sint, qui olim habebant ius comparandi in comitiis: e contra testes in testamentis esse non possint, qui olim comparere non potuerunt in comitiis, conf. b. THOMASII cit. disput. de sensu legis Decemularis testamentariae §. II. seqq.

## VI.

Iuxta haec igitur testes testamentarii esse non possunt impuberes, et furiosi, VLPIANVS *Fragm. XX.* 7. mulieres, serui, peregrini, surdi, muti, prodigi, seu quibus interdictum est bonis, PAVLVS *recept. sentent. L. III.* Tit. IV. §. 12. L. 18. pr. qui test. fac. poss. Denique quos leges iubent improbos et intestabiles, de singulis vid. §. 6. *Instit. de testam. ord. l. 21 Cod de testam.* Hi enim omnes ius non habebant olim suffragia in comitiis ferendi. Haud dubie etenim in comitiis comparere non poterant impuberes, quia in his deliberabatur de negotiis grauioribus, quae cum infantibus et impu- beribus propter iudicii infirmitatem procul dubio non communicabantur. Comparere itidem non poterant furiosi, quia et hi ob iudicii defectum ad deliberandum erant inhabiles; non mulieres, peregrini et servi, quia non habebant ius ciuitatis Romanae, solis autem ciui- bus Romanis datum erat suffragia in comitiis ferre; non surdi aut muti; surdi, quia, quae gererentur, audire non poterant; muti, quia votum non dicere; non pro- digi, quia lex XII. Tabb. prodigum et furiosum aequi- parauit, conf. b. THOMASIVM cit. *Dissert.* §. 43. Non denique in comitiis adesse poterant, quos leges iubent improbos et intestabiles, quia improbi, et qui grauius quid delinquissent, a comitiis excludebantur,

B

vid.

vid. CANTELIVS de Republ. Rom. P. II. Dissert. I.  
Cap. VIII. §. 10.

## VII.

Ab habilitate testium pergimus ad eorum rogationem. Nam et haec ad testamentorum sollemnitates referenda videtur, quod testes a testatore ad hunc actum in specie debeant esse rogati, L. 21. C. de Testam. id quod iterum est ex veteri testandi ritu in comitiis. Cum enim testamenta non sint iuris naturae, secundum quod post mortem rerum possessarum definit dominium, et alienandi ius, conf. B. THOMASIVS de origine successionis testamentariae §. 9. seqq. resque omnes mortuo possessore sunt res nullius, adeoque cedunt occupanti, add. PVFENDORFFIVS de iur. nat. et gent. L. IV. c. X. §. 4. seqq. Ridicula namque, imo absurdum est iurisprudentia anonymi cuiusdam, in tract. de noua methodo docendi discendique iurisprudentiam p. 56. quod testamenta, eorumque valor, etiam ex immortalitate animae probari possit, mortuosque, quia reuera adhuc vivunt, ideo manere dominos rerum; quos vero heredes reliquerunt, concipiendos esse ut procuratores in rem suam. conf. B. TITIVS in Disput. de obligatione ex testamento imperfecto §. 43. Cum ergo ius naturae, ut diximus, testamentis non adsit, lex autem positiva, quae testamentis valorem conciliaret, ante L. XII. Tabb. deficeret, hinc isto tempore testari Romanis aliter haud licebat, quam ut peterent atque rogarent populum, ut extra ordinem tueri velint sua testamenta, et post mortem eorum rata habere, id quod fiebat hac formula solemnis: VELITIS, IVBEATIS, QVIRITES, VT LV-  
CIVS VALERIUS POST MORTEM MEAM IVRE FA-

MILF

MILIAM CAPIAT, HÆC ITA, VT DIXI, ITA  
 VOS QVIRITES ROGO. REVSNER. *de Testam. P. I.*  
*C. X. n. 4.*

## VIII.

Pergimus denique ad actus continuitatem, quae sollemnitas in omnibus itidem testamentis necessaria est. Consistit autem in eo, quod nullus actus alienus et extraneus, aut mora vlla et temporis interuallum testamenti factionem interuenire debeat, vid. §. 3. *I. de Test. ord.* Hanc quoque esse ex veteri testandi ritu, admodum probabile est; quia enim testamenta olim in comitiis siebant, et in praesentia totius populi, uno actu, unoque contextu omnia perficienda erant, nec vt actus extranei aut alieni immiscerentur, pati videbatur grauitas negotii, et praesentis populi auctoritas.

## IX.

Dedimus ergo testamentorum modernorum sollemnitas, quae vnicē ex veterum testamentis in comitiis publicis suam habent originem. Evidem haec antiqua et sollemnitas testamenta apud ipsos Romanos iam dum in usu esse desierant, procul dubio latis XII. Tabb. legibus. His enim latissimam quomodo cunque testandi potestatem datam fuisse, Pomponius ait in l. 120. de V. S. in iisque scriptum fuisse legimus: **PATER FAMILIAS VTI LEGASSIT SVPER PECVNIA TVTELAVE REI SVÆ, ITA IVS ESTO.** vid. GOTHOFREDVS in *Fragm. XII. Tabb. ad Tab. V. BALDVINVS ad Leg. XII. Tabb. Cap. 29.* Verum haec plenissima quomodo cunque testandi libertas durasse diu non videtur,

B 2

potius

potius non multum post nouae iterum, imo plures, quam ante excogitatae testamentorum sollemnitates, quibus implicarentur ultimae voluntates. Cum enim Patricii, ut potestatem iura tam ferendi, quam interpretandi, inuita plebe, sibi solis quomodocunque vindicarent, inter fraudes varias hoc quoque vterentur stratagemate, ut iura certa atque plana variis inuoluarent subtilitatibus, inde legum actiones, hisque a Cn. Flauio diuulgatis, nouae iterum agendi formulae et notae: hinc testamentis quoque certam dabant formam, variasque denuo excogitabant sollemnitates, maximam partem veterem in comitiis testandi modum repraesentantes, vnde coram testibus quinque habilibus, rogatis, uno actu testandum erat, quibus omnibus accedebat imaginaria familiae mancipatio, adhibito libripende et familiae emtore, vid. *supra* §. 4. seqq. ibique cit. VLPIANVS *Fragm. XX.* 9. Quamuis autem et haec testamenta, quae per aes et libram dicebantur, post haec iterum in desuetudinem abierint (quo tempore tamen praecise desierint esse in usu, certo determinari vix potest, conf. B. THOMASII saepius cit. *disput. de sensu legis Decemviralis testamentariae*, §. 36.) Praetor enim, plerisque sollemnitatibus praescissis, omne testamentum, quod coram septem testibus esset factum, ratum habebat, vid. §. 2. *Inst. de Test. ord.* tamen cum postea paulatim tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus coepisset in unam consonantiam ius ciuile et praetorium iungi, vid. §. 3. *I. de Test. ordin.* sollemnia quaedam, quibus hodiernum utimur in testamentis, ex veteri iure remanserunt. Licet vero Iustianus, cum novum meditaretur legum Codicem, pro plenissima, qua pollebat, leges condendi potestate, omnes inutiles sollemnitates penitus rescindere et potuisset et debuisse.

debuisset: istas tamen retinuit cunctas. Promittit id quidem Imperator in prooemio I. §. 3. ubi omnes se antiquasse fabulas antiquas profitetur, sed promissum hoc non uno loco exitu caruit.

## X.

Fuerunt sollemnitates testamentorum potiores, quibus fere absolvitur testamentum nuncupatum; sunt desuper aliae quedam, quae praeter has omnes in testamento scripto ad eius subsistentiam speciatim desiderantur, et de quibus breuiter hoc loco adhuc erit dispicendum. Est autem testamentum scriptum a testatore aut scribendum propria manu, aut saltem subscribendum, si alii illud scribendum commiserit. Inde scriptum testamentum vel ὄλογεαΦον est, vel ἀλλόγεαΦον. ὄλογεαΦον valet quidem sine subscriptione, modo testator quod propria manu id scriperit, ipse in testamento fecerit mentionem l. 28. §. 1. C. de Testam. In ἀλλογείΦῳ vero praeter subscriptionem requiritur adhuc iure veteri, ut nomen heredis aut propria testatoris manu scriptum, aut testibus palam nuncupatum sit l. 25. 29. C. de Testam. §. 4. Inst. de Test. ord. quod tamen postea a Iustiniano fuit remissum in Nov. 119. §. 9. ita, ut hodie sola sufficiat subscriptio, modo facta fuerit a testatore in ipso actu testandi et in praesentia testium §. 3. I. de Test. l. 21. C. de Testam. R. I. d. a. 1512. Tit. II. von Testamenten §. 7. conf. B. DN. MENCKE in usu Theoret. Praet. Inst. Tit. de Test. ord. §. 5. STRYCK Caut. Test. c. XV. §. 5. Quod si vero testator sit litterarum imperitus, aut alia de causa nec scribere testamentum, nec subscribere possit, octauus testis est adhibendus,

bendus, qui nomine testatoris subscribat, *L. 21. C. pr. de Testam. R. I. d. a. 1512. Tit. II. §. 7.*

## XI.

Circa octauum hunc testem magna iterum adhibenda est circumspectio; nam primo eadem in hoc, quae in reliquis testibus, desideratur habilitas. Deinde hic non suum tantum, sed testatoris quoque nomen subscribere, atque insimul in subscriptione monere debet, quod ipse testatoris nomine, cum hic propter litterarum imperitiam, vel vim valetudinis, vel aliam quamcunque caussam scribere non possit, testamentum subscriptferit. Alii tamen subscriptionem sui tantum nominis sufficere putant. vid. BEYER *Delineat. iur. ciu. ad Inst. Tit. de Testam. ordin. §. 64.*

## XII.

Praeter scripturam et subscriptionem testatoris, requiritur quoque testium subscriptio, qui omnes et manu quidem propria, testamentum subscribere debent, *§. 3. I. de Testam. ordin. L. 21. C. de Testam.* Hinc unus testis pro alio subscribere non potest, et testis litterarum expertis ad testamentum scriptum prorsus est inidoneus.

## XIII.

Testium denique subsignatio in testamento scripto necessaria est *§. 3. I. de Testam. ordin. L. 21. C. de Testam. R. I. d. a. 1512. Tit. II. §. 7.* Vbi inter alia disputatur, an annulo praecise subsignatio fieri debeat, ut dici videtur in *§. 5. I. de Testam. ordin.* Enim vero,  
quod

quod c. l. annuli tantum mentio fiat, ratio est, quia veteres annulo tantum signare solebant, alia signa ignorantes. Inde etiam non ornatus, sed signandi, causa annulum suum circumferebant veteres, ut videre est apud MACROBIVM *Satyr.* VII 3. Neque ornatus appellatione annulus apud Romanos continebatur L. 74. D. de V. S. Interim tamen hoc mouisse videtur ICtum in L. 22. §. 5. *Qui testam. fac. poss. vt annulo praecise, non alio signo, subsignanda esse testamenta praeciperet.* Sunt quidem, qui mutatis eius verbis contrarium legi sensum affingunt, vid. DN. DE COCCEII *ius controu.* Tit. *qui test. fac. poss. qu.* XIV. HOTTO MAN. *in comment. ad Inst. Tit. de Test. ord.* Sed forte citra sufficientem rationem, ut monet ROBERTVS L. I. Rec. Lect. C. 21. Mutata tamen postea videtur citatae legis 21. dispositio iure nostro imperii per constitutionem Maximiliani d. a. 1512. Tit. II. §. 2. verbis: *Und gewöhnlichen Siegeln bezeichnet werde.* Sicuti vero subsignatio ista alieno quidem annulo fieri potest, imo testes omnes uno annulo signare possunt, §. 5. I. de Test. ordin. ita hoc casu monendum esse in subscriptione aliqui volunt, quod annulo vni fuissent alieno, vid. BEYER. *Delin. iur. Civil. ad Tit. I. de Testam. ordin.* §. 62. Ceterum modum antiquum obsignandi testamenta vid. apud PAVLVM L. V. sentent. Tit. 25. §. 6. conf. et SCHVLTING. ad d. loc. nec non SALMASIUS *Tr. de subscribendis et signandis testamentis.*

## XIV.

Sunt et alia quaedam, quae in testamento scripto vulgo desiderantur, quae si deficiant, testamentum dicunt esse nullum; quo pertinet, quod testamentum scriptum

ptum imperito litterarum praelegi iterum debeat, STRYCKIVS in usu modern. Tit. qui test. fac. poss. §. 19. ILL. BÖHMER. Disp. de testam. non pmaelecto §. 10. seqq. Quod testamentum scribi debeat litteris integris, claris, distinctis et legibilibus, non notis, abbreviaturis aut zyphris, STRYCK. Caut. Testam. C. XV. §. 6. ILL. BÖHMER. Disp. de scripturis non legibilibus C. III. CARPZOV. P. III. Consist. 3. Def. 4. et id genus alia, quae singula latius persequi, ab instituto alienum videtur.

## XV.

Hactenus in enumerandis exponendisque testamenti scripti et nuncupatiui sollemnibus requisitis ideo prolixiores paullo fuimus, vt appareat, multo plura desiderari in testamento scripto, quam in nuncupatiuo, adeoque non esse laborem cassum aut mere frustraneum, in horum testamentorum naturam, et vtrivsque ab altero differentiam curatius paullo inquisiuisse, vt inde quodnam testamentum iure nuncupatiui subsistat, et quod e contra non aliter, nisi adhibitis scripturae sollemnitibus valere queat, fieri possit iudicium.

## XVI.

Collocant autem vulgo differentiam vtriusque testamenti in scriptura, ita, vt, prout haec vel adhibita sit, vel non sit, testamentum dicant esse vel scriptum vel nuncupatiuum. Hinc nuncupatiuum definiunt per id quod fit sine scriptura; Scriptum vero, quod scriptura comprehenditur, aut quod in scriptis fit, vid: HOPPIVS in exam. Inst. Tit. de Test. ordin. Qu. 15. SCHOEPFER. synops. iur. priuat. ad Tit. qui Testam. fac. poss.

n. 59.

n. 59. TITIVS in iure priu. L. VII. C. III. §. 15.  
 WESENBEC. comment. ad Dig. Tit. qui test. fac. poss.  
 COCCEII Hypomn. iuris ad seriem Inst. Tit. de Testam.  
 ordin. §. 4. RICHTER Tr. qui testam fac. poss. p. 364.  
 n. 3. Enimvero, quam parum sint adaequatae istae de-  
 finitiones, vel me tacente loquitur res ipsa. Quid enim  
 frequentius est hodie testamentis instrumento compre-  
 hensis, quae ordinavit Imp. Maximilianus in saepius ci-  
 tato R. I. de a. 1512. Tit. II vbi disponit, quod testa-  
 mentum nuncupatiuum melioris probationis gratia pos-  
 sit in scripturam redigi, et a notario instrumento com-  
 prehendi. Tale igitur testamentum in scriptis fit, et  
 scriptura comprehenditur; quis autem nescit, illud testa-  
 mentum esse nuncupatiuum? vid. PERILL. DN. de  
 BERGER Oecon. Iur. L. II. Tit. IV. §. 4. not. 5. Ipse  
 etiam tale testamentum Imperator in cit. R. I. §. 5.  
 vocat nuncupatiuum, et scriptura hic tantum melioris  
 probationis gratia adhibetur, quamvis et sine ista testa-  
 mentum possit valere. Hinc sollemnia quoque scri-  
 pturae, quae alias in testamento scripto requiruntur, in  
 hoc necessaria haud sunt. Nec enim necesse est, vt  
 testamentum v. c. in instrumentum redactum, ab omni-  
 bus septem testibus subscribatur, quod alias in scriptis  
 testamentis iuris est §. pen. D. qui testam fac. poss. R. I.  
 d. a. 1512. Tit. II. §. 7. CARPZOV. P. III. Const. 3.  
 D. I. n. 6. HARPRECHT in Comment. ad §. 3. I. de  
 Test. ordinand. n. 285. Sed vti in omnibus instru-  
 mentis, ita in hoc quoque satis est, si modo a notario  
 atque duobus testibus subscribatur, vid. STRYCK Caut.  
 Test. Cap. XV. §. 44. Hinc porro licet instrumentum  
 vitio quodam laboret, ita, vt valere non possit, testa-  
 mentum tamen ipsum non vitiatur, sed hoc subsistit,

C

modo

modo aliunde probari possit, id quod praeiudicio confirmat STRYCK *Caut. Test. loc. cit. §. 47.*

## XVII.

Nec etiam pro scripto testamento erit habendum, quod testator in scripturam antea rededit, et ex hac postmodum testibus in actu testandi palam preelegit. Heres enim et legatarii palam fuerunt designati, et voluntas testatoris coram testibus nuncupata, id quod sufficit ad testamentum nuncupatiuum per §. fin. I. de *Testam. ordin. L. 21. §. 2. L. 26. C. de Test. R. I. d. a. 1512.* Tit. II. von *Testamenten* §. 8. Si enim testamentum oretenus et sine scriptura nuncupare, et testibus communicare potest testator, ad hunc effectum, ut valeat tale testamentum tamquam nuncupativum absqueulla scripturae sollemnitate, quare non eodem iure valeret, si testator antea, melioris ordinis gratia, in chartam coniecerit, atque ex hac testibus palam eandem preelegit? Ut enim testator testamentum nuncupatiuum memoriter testibus debeat recitare, id nulla lege desideratur. Dubium ergo haud est, tale etiam testamentum, vtvt scriptura comprehensum, revera esse nuncupatiuum, et sic vel ex hoc capite claudicare vulgares testamenti scripti definitiones, quod scriptum testamentum sit id, quod in scriptis fiat, quodque scriptura comprehendatur.

## XVIII.

Nescio autem, an magis sit probanda definitio aliorum, quando testamentum scriptum definiunt per id, quod in scriptis sollemniter conditur. LAVTERBACH.

*Comp.*

*Comp. iur. Tit. qui test. fac. poss.* Nam dantur itidem testamenta, quae sollemniter in scriptis fiunt, et tamen sunt nuncupatiua. Sit iterum exempli loco testamentum, quod testator, melioris ordinis caussa, in chartam antea coniectum, ex hac testibus septem habilibus, ad hunc actum rogatis, praelegit, et coram his vno contextu perficit. Testamentum tale haud dubie est nuncupatum, et tamen in scriptis, et quidem sollemniter conditum, adhibitis scilicet sollemnitatibus, quas leges desiderant in testamentis nuncupatiuis. Inquis, non quauiis sollemnitates in ista definitione intelligi, sed sollemnia scripturae. Respondeo, nec haec testamentum scriptum distinguunt a nuncupatiuo. Nam et testamentum in instrumentum redactum, desiderat scripturae sollemnitates, scilicet eas, quae aliis in instrumentis notariorum requiruntur, quo pertinet, quod scribi in his debeat indictio Romana, inuocatio Nominis Diuini, nomen Imperatoris, annusque imperii, annus Christi, mensis, dies, hora, locus generalis et specialis; quo pertinet quoque, quod scriptum instrumentum iterum debeat praelegi, a notario et testibus subscribi et signari. Sicut enim haec singula in omni instrumento requiruntur per *Nou. 47. Cap. I. et R. I. de a. 1512.* ita in specie quoque in instrumento super testamentum confecto necessaria sunt, et tamen hoc non obstante, tale testamentum non scriptum est, sed nuncupatum, vt probatum dedimus §. XVI. Instas, in dicta definitione non intelligi quaeuis sollemnia, sed verba ista accipienda esse pro substrata materia, de sollemnibus scilicet testamenti scripti, vt adeo ista definitio ita sit accipienda, vt testamentum scriptum dicatur, quod fit iuxta sollemnitates testamenti scripti. Verum hoc modo accepta definitione parum ista profeceris, quia idem explicat

C 2

per

per idem. Definitum enim et id, quod per definitio-  
nem erat indagandum, ipsi definitioni immiscet, adeo-  
que rem clariorem haud reddit, nec explicat, sed im-  
plicat magis. Si enim, quid sit testamentum scriptum,  
ignores, quod tamen ignorari presupponitur, et per  
definitionem demum inuestigatur, ignoras quoque, quae  
sint testamenti scripti sollemnia, adeoque definitionem  
ipsam non intelligis, et per consequens vitiosa et ob-  
scura est: deinde si clara etiam, nondum tamen esset  
vera. Finge enim, testatorem ultimam suam volunta-  
tem ante in scripturam redactam praelegere ac manife-  
stare, ac desuper testibus subscribendum subsignandum.  
que eam proponere, ideo tamen tale testamentum non  
erit scriptum. Scriptura enim eiusque sollemnia non  
ex necessitate quadam, sed ultro hoc casu adhibentur,  
adeoque non de essentia sunt huius testamenti, sed ex  
abundanti huic accedunt. Verum cum de hoc pluri-  
bus mox infra simus dicturi §. XXI. illinc L. B. hoc  
loco ablegamus.

## XIX.

Hinc ergo definitionis defectum ut emendent alii,  
non quoduis testamentum scriptis comprehensum, aut  
sollemniter in scriptis conditum, dicunt esse scriptum,  
sed id tantum, ad cuius essentiam scriptura requiritur,  
aut de cuius substantia illa est. vid. H V B E R. Praele&t. ad  
D. Tit. de fide instrum. §. 28. et Digress. P. II. L. II.  
C. XX. V V L T E I V S in comment. ad Inst. Tit. de testam.  
ord. n. 40. Sed neque hoc modo concepta definitio  
omni exceptione maior est. Etiamsi enim hac ratione  
non obstare videantur exempla praecedentia, sunt tamen  
et alias adhuc difficultates, quibus ista circumsepta  
habe-

habetur. Ut cetera taceam, definitio haec ex parte obscura est, ex parte etiam falsa. Obscura est, quia non determinat quod quaestionem mouet. Quaenam enim sint ista testamenta, ad quorum essentiam scriptura requiritur, definitio ista non indicat, id quod tamen indicare debebat. Nam cum, quaeſo, quid sit testamentum scriptum? non ſcire cupio, quod ad eius essentiam scriptura necessario ſit adhibenda, cum hoc viſ vocis ipsumque nomen quodammodo indicare videatur: Sed id hac quaestione volo, ut ſciam, quaenam ſint ista testamenta, ad quorum essentiam scriptura requiritur, et quae praeter follēnnia omni testamento communia ad ſui ſubſtentiā alias adhuc deſiderant follēnnitatis ſcripturae. Id quod ex definitione iſta non intelligitur, bene tamen ex noſtra, quam infra ſumus ſuppeditaturi. Ex hoc denique patebit, quod omne testamentum, cuius tenor testibus non eſt manifestatus, testamentum ſit ſcriptum, adeoque non aliter valere poſſit quam acceden- tibus ſcripturae follēnnitatibus, vid. infra §. XXIV.

## XX.

Falsam dein quoque eſſe definitionem memoratam, ex hoc patebit. Dantur enim testamenta, ad quorum essentiam ſcriptura requiritur, et tamen ſunt nuncupativa. Recurrit hic iterum testamentum instrumento comprehenſum. Hoc enim concipi non potheſt ſine ſcriptura, adeoque ſcripturam ad ſui eſſentiam et ſubſtentiā requirit, et tamen eſt nuncupatiuum, ut probauimus §. XVI. Peritus porro huic definitioni contradicit exemplum de testamento coeci, cuius forma traditur in L. hac consultissima 8. C qui Test. fac. poſſ. et repetitur in constitutio Maximiliani d. a. 1512. T. II. Hoc enim C 3 et

et testamentum nuncupativum est, et tamen ad sui essentiam scripturam requirit. Nuncupatiuum est per clara verba *cit. L. 8.* vbi expresse praecipit imperator Iustinianus, vt testatores coeci per nuncupationem sua condant moderamina voluntatis, vt nomina heredum, legatariorum et omnia, quae ultimarum voluntatum capit series, palam profiteantur, et ordine omnia perorent, imo, vt se sine scriptis testari velle ab initio statim testes edoceant. Eadem iniungit quoque imperator Maximilianus *in cit. R. I. d. a. 1512. T. II. §. 9.* verbis: Zum andern, daß der Testirer nicht allein die Mahmen des oder der Erben, die er setzt, sondern auch was Würden, Standes oder Wesens, der oder die wären, dermassen, daß deßhalb, daß sie allein mit Mahmen benennet seynd, ihrer Persohn halben kein Zweiffel entstehen mög, und darzu andern seinen Willen, es sey mit Besetzung, Nachsetzung, Geschäffte und Vermachtung vor den Notarien und Zeugen, NB. flährlich erzähle und ausspreche. Scripturam vero ad sui essentiam hoc testamentum per expressa iterum verba dictorum textuum exigit. In lege enim hac consultissimaclare iterum praecipit Iustinianus, quod testamentum coeci, nisi testator tertio cuidam litteris consignandum iam ante id communicauerit, a tabulario sub obtentu septem testium, manu sua debeat conscribi, et a testibus ipsis subscribi et subsignari. Idem requirit Maximilianus *in cit. R. I. a. 1512. loc. cit.* verbis: Zum dritten, daß der Notarius, oder ob kein Notarius bekommen werden möchte, ein achter Zeug an seine Statt berufen, und desgleichen alle und iede Zeugen vom Testirer darzu gebeten, zu einer Zeit und an einer Statt, also, daß keine andere Zeit, denn die klein wäre, und aus Nothdurst der Natur sich begebe, darzwischen falle, sich im End oder dem untersten Spatio  
des

des Instruments unterschreiben, und darzu bezeichnen sollen. Idem quoque extenditur in dictis tt. ad reliquas coecorum vltimas voluntates, vt codicillos etc. Imo a DD. ad testamenta coecorum privilegiata, vt parentum inter liberos, militum, rusticorum, ad pias causas et tempore pestis condita. vid. STRYCK. *Caut. Test. c. IV. §. 17. 19. 20. 21. 22.* BLASIVS MICHALORIVS *Tr. de coeco, surdo et muto, Cap. VII. IX. XI. XII.* BRVNNEMANN ad L. 8. C. qui test. fac. poss. Quamuis vero fallunt, qui dispositionem hanc cit. Leg. et R. I. d. a. 1512. ne quidem per statutum tolli posse tradunt, quos vid. apud STRYCK. *de Cautel. Test. c. IV. §. 23.* Attamen hoc certum est, quod si scriptura in testamento coeci non adhibeatur, sed tale testamentum, neglecta forma in d. LL. praescripta, perficiatur, illud subsistere non possit, sed ipso iure nullum sit. Adeoque ad sui essentiam et subsistentiam scripturam requirit. conf. BLASIVS MICHALOR. d. tr. Cap. VI. n. 6.

## XXI.

Si ergo datur testamentum nuncupatiuum, ad cuius essentiam est scriptura, vt praecedenti §. ostendimus, scriptum testamentum definiri non potest per id, quod in scriptis fit, aut quod ad sui essentiam scripturam desiderat. Ab hoc dubio vt expediant sese DD. variis vtuntur responsonibus. Alii plane negant, testamentum coeci esse nuncupatiuum: Sed horum sententia tam manifeste pugnat cum L. hac consultissima 8. C. qui test. fac. poss. et R. I. d. a. 1512. vt responsonem ulteriorem vix mereatur. Expressè enim coeco iniungitur in dd. textibus, vt per nuncupationem suam condat vltimam voluntatem, vt nomina heredum fideicommissariorum

rierum, legatariorum etc palam edicat, vt ordine omnia peroret, et vt testes suos praemoneat, se sine scriptis esse testaturum. conf. §. *prae*c**.

## XXII.

Alii vero concedunt quidem, testamentum coeci esse quodammodo nuncupatiuum, non vero hoc tan-tum, sed ex scripto et nuncupatiuo mixtum, atque ita tertiam quandam testamentorum speciem effingunt, quae proprie nec scripta nec nuncupatiua sunt, de utroque saltem participantes, vid. *B. TITIVS in iur. priuat. L. VII. C. III. §. 25.* Verum enim vero, eiusmodi testamentum mixtum, et ex utroque, tam scripto quam nuncupatiuo conflatum, vix datur, cum non nisi duo testamentorum genera in iure nostro prodi*a* habeantur, scriptum scilicet et nuncupatiuum, vid. §. 3. et fin. *I. de Testam. ordin. L. 21. pr. D. qu. testam fac. poss. L. 8. § 4. D. de bon. poss. sic. tabb. L. 21. pr. et §. 2. L. 29. C. de testam. conf. ROLAND PASSAG. de Test. AZO in summa Cod. de Testam.* Atque haec duo inter se sunt opposita. Scriptum enim dicitur, quod ad sui essentiam scripturam desiderat; nuncupatiuum, quod ad sui essentiam scripturam non desiderat. Iam vero oppositorum ea est natura, vt uno eodemque subiecto simul inesse non possint. Potius uno oppositorum posito, alterum remouetur vi contrariorum. Dari ergo testamentum quod simul sit scriptum, et simul nuncupatiuum, aperta est contradictio, conf. hic *VVLTE-IVS in Consil. DD. Marpurgensium Vol. III. Consil. XXVIII. n. 14.* Velificari quidem huic opinioni videtur imperator Maximilianus in *cit. R. I. d. a. 1512. Tit. II. §. 1. verbis:* Item: man mag auch noch von einem

einem dritten Geschlecht ein Testament darzuthun, als das gemacht wird von einen der blind ist ic. Enim vero non omnia effata legislatorum statim quoque habent vim legis, ita, vt recedi ab iis non possit. Actiones quidem hominum Principes dirigere possunt suis legibus, quippe quae vnicē ab eorum pendent arbitrio: quae vero ab eorum voluntate non pendent, sed aliunde suam habent essentiam, existentiamque, de his quoque disponere non possunt. Non ergo potuit Maximilianus, Imperator, lege ista efficere, vt duo opposita simul in uno possint esse subiecto, aut, vt detur testamentum, quod ad sui essentiam scripturam desideret, et simul etiam non desideret. Haec duo enim cum sint contradictoria, ita, vt simul possint esse in uno subiecto, non dicam legislator humanus, sed ne DEVS quidem efficere potest per suam omnipotentiam.

## XXIII.

Alii denique concedunt quidem, testamentum coeci esse nuncupatiuum, etiam vere et tantum tale, scripturam autem ad essentiam eius pertinere negant, distinguendo inter essentiam rei et accidens eius inseparabile. Essentiam rei dicunt: ὅπερ εἰς τὸ οἶνον συμβάλλει καὶ εἰς τὸ γῆ οἶνον, καὶ ὁ τὸ πράγματος ἐστι μέρος, vt definit PORPHYRIVS Isag. Cap. III. Accidens vero inseparabile, ὃ μὴ δηλῶ μεν τὸ γῆ οἶνον εἰς άνάγκης δὲ αἱ τὸ πάχει, vt ARISTOTELES loquitur i. T. p. 4. Adeoque scripturam in testamento coeci esse quidem accidens inseparabile concedunt, ad essentiam vero eius pertinere negant. vid. HUBER. Praelect. ad D. Tit. de fid. Instrum. §. 28. et Digress. P. II. L. II. C. XX. Verumtamen vtut distinctio, inter essentiam

D

rei

rei et accidens inseparabile, in se quidem et in thesi satis sit bona, praeprimis si secundum principia philosophiae Peripateticae rem aestimemus. In hypothesi tamen et applicatione ad scripturam in testamento coeci aperte falsa videtur. Fallitur namque Huberus, putans, scripturam in testamento coeci, non pertinere ad essentiam rei, sed esse tantum accidens inseparabile. Accidens enim omne est, ὁ γίνεται οὐδὲ απογίνεται χωρὶς τῆς τῆς ὑποκειμένης Φθορᾶς, h. e. quod adest et abest sine subiecti interitu, ut idem docet PORPHYRIVS in Isag. C. V. de Accidente. Igitur et accidens inseparabile licet actu quidem de subiecto suo separari non possit, potest nihilominus subiectum sine eo intelligi. Imo si inde separaretur, propterea tamen non destrueretur tota subiecti substantia, vid. PORPHYRIVS loc. cit. Tale accidens inseparabile est, v. g. nigredo respectu corui, et albedo intuitu niuis. Vnde, et si haec duo a subiectis actu separari non possint, si tamen perfectionem mentis aut DEI omnipotentiam inde abstractantur, nix tamen nix esse non desineret, nec assumto licet colore nigro essentia eius destrueretur; coruus quoque coruus foret, nec mutaretur in columbam, licet color eius niger mutaretur in album. E contra in testamento coeci res contrario se habet modo. In hoc enim scriptura abesse non potest sine totius testamenti interitu atque destructione. Quia sine scriptura testamentum hoc esset inualidum, et ipso iure nullum. Imo, si dicendum quod res est, scriptura magis est de essentia testamenti coeci, quam de essentia testamenti scripti. Nam sine scriptura testamentum quidem non potest esse scriptum, potest tamen valere adhuc ut nuncupatum; e contra vero testamentum coeci sine scriptura ne testamentum quidem est, nisi inualidum, et ipso iure.

iure nullum. Quod si ergo scriptura a testamento coeci abesse non potest, sine eiusdem destructione, pertinet quoque ad testamenti huius essentiam, et non tantum est accidens eius inseparabile, ut sibi persuadet Huberus.

## XXIV.

Scriptura et reliquae sollemnitates, quae requirit Iustinianus *in d. l. consultissima 8. C. qui testam. fac. poss.* et Maximilianus *in c. R. I. d. a. 1512.* an non aequae pertineant ad testamenta Strabonum, quorum mentio fit *in L. 12. §. 4. D. de Ædil. Edict. Myopum, Lusciosorum, seu Ἰων νυκταλώπων, quorum meminit Vl-* pianus *in L. 10. §. 4. D. eod. itidemque ad testamen- ta idiotarum seu Ἰων ἀναλφαβήτων etc. in praesen- tiarum non inuestigabimus.* Si tamen his omnibus *eodem iure testandum est ac coecis, vt aliqui volunt,* noua iterum habemus exempla testamentorum, quae ut reapse nuncupatiua sint, ad sui essentiam tamen scri- pturam desiderant. Sed quicquid horum sit, nobis inter- rim sufficiat, vel vno saltim alteroue exemplo demon- strasse, non omnia testamenta, quae in scriptis fiunt, imo ad quorum essentiam scriptura requiritur, statim esse testamenta scripta, sicque scripturam non esse de essentia testamentorum scriptorum, neque genuinam constituere inter testamenta scripta et nuncupatiua dif- ferentiam; adeoque nec adaequatas esse definitiones testamenti scripti vulgares, quando illud esse aiunt, quod in scriptis fit, aut quod sollemniter in scriptis conditur, aut denique de cuius essentia scriptura est.

## XXV.

Ostendimus huc usque, veram differentiam inter testamentum scriptum et nuncupatiuum non esse quaerendam in scriptura eiusque necessitate. Ex hoc fundamento quoque reiecimus definitiones Doctorum vulgarium. Restat adhuc, ut, unde demum petenda sit genuina diuersitatis ratio, paucis expendamus. Est autem haec non alibi quaerenda, quam in LL. ipsis, earumque argumentis, quas peruvoluere iuuabit, ut videamus, quid de utroque hoc testamento iura disponant. Igitur quod leges de testamento nuncupativo praecipient, ut illud sine scriptis fieri debeat, atque simul ac scriptura ad testamentum accedat, illud statim sit scriptum, i. e. tale, quod non valet nisi adhibitis scripturae sollemnitatibus, id, inquam, in legibus nullibi deprehendo. Incidit quidem in textibus, in quibus de scripto testamento agitur, saepius scripturae mentio, hoc tamen non ita accipendum est, quasi in scriptura quae siverint legislatores differentiam testamenti scripti a nuncupatiuo. Nec enim statim, quod ad rem quandam ex iuris necessitate requiritur, eius quoque constituit differentiam. Nam v. c. et numerus septenarius testium in testamento scripto necessarius quidem, vid. §. 3. *I. de Testam. ord.* nec tamen huic proprius est, sed in nuncupatiuo quoque desideratur per §. fin. *I. eod.* Quando et viceversa testamentum nuncupatiuum in iure saepius vocatur sine scriptis, hoc iterum non ea intentione, legislatores dixisse credendum est, quasi scriptura scripto testamento propria sit, ab omni vero nuncupatiuo penitus abesse debeat, sed quia abest ut plurimum, et quia sic a potiori fit denominatio. Potius igitur in L. 26. *C. de Testam. reperio* de testamento nuncupatiuo, quod omni reliqua obser-

obseruatione, h. e. scripturae sollemnitate amputata, hoc vnice ad nuncupatiuum sufficiat, si testator ultimam suam voluntatem testibus manifestarit. Pariter in L. 21. §. 2. C. eod. praecipit Imperator, quod testamentum nuncupatiuum, h. e. sine sollemnibus testamenti scripti factum, non aliter valeat, quam si septem testes testamentum audierint. Idem quoque deprehendo in §. fin. I. de Test. ordin. in L. 21. Heredes palam D. qui testam. fac. poss. nec non in R. I. d. a. 1512. Tit. II. von Testamenten §. 8. verbis: Aber die Form eines Testaments, das nuncupatiuum genennet wird, ist also, daß der, oder die, so das Testament machen will, daß oder deren so er oder sie zu Erben haben, und daß oder deren, denen er etwas verschaffen oder verlassen will, Namen, und was er im Testament begriffen haben wolt, vor Sieben Zeugen, die darzu berufen und gebeten seyn sollen, öffentlich und flährlich benennet und ausgedruckt wird. In scriptis e contra testamentis talis manifestatio ultimae voluntatis non exigitur, sed sufficit, si testamentum clausum, ligatum, inuolutumque testibus offeratur, nec enim infirmatur testamentum ex hoc solo, quod testes nesciant, quid in eo scriptum sit, modo scripturae sollemnitates accedant, vt expresse legitur in L. 21. pr. C. de Testam. Consentit iterum Imperator Maximilianus in R. I. d. a. 1512. Tit. II. §. 7. Quid ergo naturalius est, aut legibus tam Romanis, quam patriis conuenientius, quam quod differentia vtriusque testamenti vnice consistat in manifestatione aut occultatione tenoris testamenti, et quod per consequens scriptum testamentum sit, non quod in scriptis sit, vt vulgo, sed cuius tenor testibus occultatur: nuncupatiuum e contra, cuius tenor manifestatur, et cum testibus communicatur. Atque in hunc sensum

D 3

acci-

accienda quoque est *Nouel. Leon.* 69. vbi arcano modo testamentum condere idem est, ac in scriptis testari; et testamentum scriptum Graecis, vid. **GOTHOFRED.** in *not. ad cit. Nou.* et veteribus *ICtis*, vid. **HARMENOP.** *Promtuar. L. V. T. I. p. 357. seqq.* dicitur  $\mu\mu\sigma\pi\chi\eta\delta\alpha\vartheta\kappa\eta$ , *arcane testamentum*. Hinc etiam in iure testamenta scripta saepius dicuntur *secreta*, vt in *L. 41. pr. D. ad L. Aquil L. 1. §. 38. D. depositi L. 70. D. de hered. instit.* et alibi,

## XXVI.

Atque sic ostendimus quoque veram inter scriptum testamentum et nuncupatiuum differentiam, et adaequatam utriusque definitionem. Sed quis demum est huius considerationis effectus, aut quae in foro utilitas? Si nulla alia forte, quam quod loco definitionis vulgaris substituamus nostram, et quod exinde discamus, scriptum v. c. testamentum non esse definiendum per id, quod in scriptis fit, sed potius per id, cuius tenor cum testibus non communicatur: Sane non fuit operae pretium, prolixiore vti demonstratione, quocunque enim modo testamentum hoc definiatur, in effectu perinde est. Ita videbitur forte iis, qui, cum omnis definitio in iure periculosa, et parum sit, quod non subverti possit, vt **IAVOLENVS** ait in *L. 202. D. de R. L.* omnem in definiendo sollicitudinem inutilem prorsus reputant, et quocunque demum modo in iure definias, perinde esse arbitrantur, secuti forsan **Iasonem**, qui cum *ad L. 15. de usucap. n. 168.* varias adduxisset de fictionibus iuris definitiones, demum subiungit: *Teneas quamcunque, nam quaevis definitio in iure periculosa est.* Sed absit ista in definiendo desidies. Quod enim

enim omnis in iure definitio periculosa dicatur, docere potius debuisset Ictos, ut in efformandis iuris definitiōnibus eo sint cautores, ne quamvis definitionem pro vera, aut nubem pro Iunone amplectantur. Omnem enim, quae a ratione suscipitur, demonstrationem, a definitione profici sci debere, saniora philosophiae principia edocent. Prout igitur definitio haec vel vera est, vel falsa, vera quoque vel falsa inde sequantur consecutaria necesse est. Nec ergo alia Ictis quam reliquis eruditis ad veritatem perueniendi via est. Potius legum quoque Doctores iura ad certa reuocare debent fundamenta, h. e. ad definitiones, quibus dein vel obiter vel sobrie iactis, non possunt non vel verae etiam vel falsae inde dimanare conclusiones, non solum in lycaeо vel cathedra, sed foro quoque et curia utiles vel nocivae. E re nostra iam non est, rationibus philosophicis dicta corroborare, ne in castra aliena transfilire videamur. Iuuat in praesentiarum vno alteroue exemplo rem illustrasse, et quidem ex hac ipsa, quae ob oculos versatur, testamentorum materia petito. Igitur ut pateat, non inanem hunc nostrum fuisse laborem, dum de genuina testamenti scripti et nuncupatiui definitione fuimus solliciti, proferamus nonnullas decisiones forenses, quas aliter longe secundum definitiones nostras, quam quidem secundum vulgares, et modo repudiatas, fieri debere demonstrabimus.

## XXVII.

Primo igitur loco prodeat testamentum, in scripturam quidem redactum, aliisque scripturae sollemni bus adhibitis confectum, insimul tamen testibus manifestatum, ipsisque palam, aut ab ipso testatore, aut huius nomine

nomine alio, praesente tamen et approbante testatore paelectum. Finge igitur, tale testamentum ob defecatum cuiusdam sollemnitatis valere non posse ut testamentum scriptum, forte quod testator neque scripserit illud propria manu, neque subscripserit; aut propria quidem manu scripserit, sed huius in testamento ipso nullam fecerit mentionem; vel subscripserit tantum, non vero in praesentia testium; aut quod non omnes septem testes simul subscripserint; aut subscripserint quidem, sed non propria manu, et vnu pro alio; aut quod testes testamentum non subsignarint; aut saltim non omnes; aut quod non proprio, sed alieno annulo signarint, huiusque nullam in subscriptione fecerint mentionem; aut quod desit alia quaedam scripturae sollemnitas, ex iis, quas supra §. XI. XII. XIII. XIV. enumerauimus. Quo casu quaeritur, an illud, hoc non obstante, subsistere adhuc possit iure nuncupativi? Ad quam quaestionem non eadem omnium est responsio. Alii simpliciter hoc affirmant ILL. BÖHMER ad §. fin. I. de Testam. ord. not. (c) in quam sententiam inclinare quoque videtur CARPZOVIVS P. III. C. III. D. 35. Alii e contra quaestionem negant DN. de COCCEII in iur. controuers. L. XXXVIII. Tit. X. Qu. 17. COTHMAN. Resp. Rostoch. Vol. V. Resp. XXIII. n. 2. 3. p. 743. quia ex forma testamenti appareat, quod testator in scriptis testari se arctarit, secus igitur se rem aiunt habere, si ex aliis appareat circumstantiis, testatorem non necessario in scriptis testari voluisse, quod inter alia colligi posse dicunt ex clausula codicillari aut alia simili v. c. Es soll dieses mein Testament gelten, wie es in Rechten am besten gelten kan, vel: Solte dieser mein letzter Wille nicht gelten als ein schriftlich Testament, so will ich doch, daß es als ein mündlich und ausgesprochen Testament bestehé, etc. vid. DD. cit.

XXVIII.

## XXVIII.

Igitur si dicendum quod res est, positis vulgaribus testamenti scripti et nuncupatiui definitionibus, negantium sententia vtique videtur praeferenda. Si enim testamentum nuncupatiuum est, quod fit sine scriptis; omne vero, quod in scriptis conditur, est scriptum, testamentum illud, de quo quaeritur, non est nuncupatiuum, quia in scripturam redactum; quod si igitur nuncupatiuum non est, vt scriptum autem valere non potest, totum testamentum corruit, aut ipso iure nullum est. Atque hoc generaliter quoque verum videtur, etiamsi testator, vt in scriptis testari velit, se non arctarit, potius contrarium per clausulam codicillarem vel similem aliam expresse declarauit. Ut enim testamentum aliquod vel scriptum sit, vel nuncupatiuum, non pendet a sola testatoris voluntate, sed a legalibus testamenti nuncupatiui requisitis. Quodsi igitur haec desint, (defunt autem vtique in testamento quaestionis, secundum definitionem vulgarem, quia non est sine scriptis conditum) adeoque testamentum tale sit, vt sine sollemnibus scripturae subsistere non possit, testator quoque contrarium non potest velle, aut voluntate sua efficere, vt testamentum, quod re vera requisita nuncupatiui non habet, valeat tamen vt nuncupatiuum, sine scripturae sollemnitatibus.

## XXIX.

Sed longe aliter decisio haec facienda secundum doctrinam nostram et definitiones supra suppeditatas. Si enim testamentum nuncupatiuum est, cuius tenor te-

E stibus

stibus palam manifestatus et communicatus est; illud vero tantum scriptum, et scripturae sollemnia desiderat, cuius tenor testibus occultatus est: sane nostrum, de quo quaerimus, testamentum sine dubio est nuncupatum, in hoc enim supponimus, vt illud testator testibus palam paelegerit et manifestarit, vid. *supra* §. XXVII. Hoc autem sufficit ad testamentum nuncupatum, in hoc etenim satis est, voluntatem testatoris vel testatrixis simul omnibus testibus manifestari, quo facto valet testamentum, amputata omni reliqua obseruatione, vt Imperator ait in L. 26. C. de Testam. et R. I. d. a. 1512. Quod autem desuper testator illud sollemniter in scripturam redegerit, id non ex necessitate quadam, sed vltro atque maioris certitudinis caussa fecit, vt si forte post temporis interuersum tenor testamenti memoria exciderit testium, aut testes inter se de tenore dissentiant. ex scriptura ista quam sollemniter perfecerat, de testamenti tenore et testatoris voluntate certo constare possit. Quodsi igitur hoc valuerit testamentum, si in sola ista nuncupatione et paelectione testator acquieuisset, non potest accedens scripturae sollemnitas, tamquam superfluum quoddam efficere, vt iam non amplius testamentum valeat iure nuncupatiui. Superflua enim facta prodere iuri tantum, nocere non possunt, vt *ICHS PAVLVS* ait *sent. recept. L. III. Tit. IV. §. 10.*

## XXX.

Non ergo vt distinguamus cum dissentientibus ~~ne-~~  
cessere videtur, vtrum clausula codicillaris similis ad-  
dita sit, nec ne? vtroque enim casu et citra ullam di-  
stinctionem validum putamus testamentum. Vt vt enim  
si ex-

si expresse testator id voluerit, vt testamentum suum plane non valeat, cum valere non possit vt scriptum, in eo standum utique sit testatoris voluntati, sicuti enim sub quacunque conditione alia, ita in specie quoque sub hac heredem instituere, et legata relinquere eum potuisse nullum est dubium. Verum talis testatoris voluntas in dubio non praesumitur. Potius huic perinde esse videtur, siue ultima sua voluntas valeat iure nuncupativi, siue iure testamenti scripti, modo valeat et exitum habeat. Atque hinc testator semper voluisse praesumitur nuncupatiue testari, si sciuisset, testamentum in scriptis valere non posse. Iam vero testator etiam post mortem dicere videtur, quod viuus dixisset, si interrogatus fuisset, imo dicere et affirmare debemus id, quod praesumimus testatorem in mente gessisse, vt loquuntur ICti Rostochienses apud COTHMANN. Vol. V. Resp. XIX. n. 159. p. 621. et GLOSS. ad L. 102. D. de Condit. et demonstrat. Nec etiam contraria testatoris voluntas colligitur exin, quod scripturae sollemnia in suo testamento adhibuerit. Hoc enim non eo animo fecisse existimandus est, vt detraheret aliquid suo testamento, sed potius vt eo maiorem ipsi conciliaret valorem, vtque de sua voluntate eo rectius constet, vid. § praec. XIX. Accedit, quod in dubio pro valore testamenti sit pronunciandum per L. 10. D. de inoff. Testam. L. 2. in fin. D. de his, quae in test. del. L. 28. C. de Testam. L. fin. §. fin. C. Commun. de Legat. cum caussa testamentorum sit favorabilis, L. 12. D. de R. I. et publice expediat, suprema hominum iudicia exitum sortiri, L. 5. de Test. quem. aper. L. I. C. de SS. eccles.

## XXXI.

Quod autem attinet ad L. 21. pr. Cod. de Testam. ad quam dissentientes prouocant, vid. D.N. de COCC EII in iur. controv ers. L. XXVIII. Tit. 1. qu. 17. dicitur quidem in ista, quod testamentum non subscriptum a testibus, aut non signatum, pro infecto habendum sit. At hoc non generaliter accipiendum est; alias enim nulla plane essent testamenta nuncupatiua, sed pro substrata tantum materia, i. e. de testamentis occultis, et iis, quorum tenor testibus manifestatus haud est, quae ligata, clausa et inuoluta subscribenda subsignandaque a testatore prolata sunt. De iis enim expresse loquitur cit. lex. 21. Atque ex his demum singulis conficitur, quod testamentum, cuius fecimus mentionem supra §. XXVII. ut ut propter vnum alterumue defectum valere non possit ut scriptum, nihilominus tamen subsistat iure nuncupatiui, etiam si vel maxime clausula codicillaris, similisue alia adiecta non sit. In quam sententiam quoque pronunciarunt ICti Francofurtenses, referente STRYCK. de cautel. Testam. C. XV. §. 46.

Weil aber dennoch 1) aus dem Beschlusß des Testaments erhellet, daß der Testator seinen letzten Willen denen anwesenden Zeugen mündlich vorgebragen, und sie dessen Willen, wer sein Erbe seyn solle, aus seinem Munde angehören, 2) und dergestalt die requisita eines testamenti nuncupatiui vorhanden, zu welchen ein mehreres nicht erforderet wird, als daß der Testator vor Sieben Zeugen, welchen er zum Erben haben wollen, deutlich erklähret, vid. ordin. notar. Maximil. d. a. 1512. Tit. de testam. §. Aber

§. Über die Form ic. L. 26. C. d. Testam. So halten Wir aus diesen und andern im Bericht weitläufiger angeführten Ursachen davor, daß dieses Testament als ein nuncupatiuum zu Recht beständig sey.

Nec non iam olim ICti Rostochienses apud COTHMANN.  
Vol. V. Resp. XX. n. 209. verbis :

*Ex quo consequitur, voluntatem illam, si vel maxime in vim testamenti scripti sollemnis non subsistat, ut nuncupatiuum valere. Quod etiam testator inde satius testatum fecit, quod voluntatem suam ultimam, et in primis heredem palam nuncuparit, et proximum agnatum sibi successorem delegerit, quemadmodum copiose probavimus Responso VII. Denique id ita esse, testamenti nonissimi inspectio ocularis aperte comprobat, cum in testium septem ad id rogatorum praesentia factum et conditum sit : quod in istiusmodi testamento sufficit L. heredes palam D. qui test. fac. poss. L. hac consultissima L. per nunciationem L. Iubemus C. de Testam. et ibid. interpp.*

### XXXII.

Ex his ergo commendanda videtur cautela practica, quod testator, etiamsi in scriptis testari velit, tamen testibus insimul praelegat ultimam suam voluntatem, aut praelegendam curet, atque sic palam heredes et nomina legatariorum coram testibus edicat ac nuncupet (nisi forte alias habeat caussas, propter quas secretum esse velit suam ultimam voluntatem.) Hoc ipso

E 3

enim

enim efficiet, vt, si testamentum eius quacunque de causa et propter defectum forte non praeuisum valere non possit vt scriptum, illud tamen seruetur adhuc, atque subsistat iure nuncupatiui.

## XXXIII.

Huc usque a §. XXVII. primam considerauimus conclusionem practicam ex nostra testamenti scripti et nuncupatiui definitione efformandam, scilicet quod testamentum testibus praelectum, si vt scriptum valere non possit, subsistat tamen vt nuncupatum. Sequitur nunc secunda: Quod testamentum e contra non praelectum et testibus non manifestatum, si vt scriptum non valeat, iure nuncupatiui quoque valere non possit. Atque haec opinio non tantum secundum nostram definitionem, sed etiam secundum vulgarem valida est. Sententia vero contraria omnibus iuris principiis e diametro repugnat, adeoque in totum falsa, imo, vt loquitur HUBER. *Praelect. ad Inst. Tit. de Testam. ord. §. fin.* penitus monstrosa est et intolerabilis. Ut adeo mirer, hanc tamen opinionem suos adhuc nactam fuisse autores; SANDIVS enim *L. IV. Tit. I. def. 9. in fin.* nec non VULTEIVS *Resp. Marpurgens. Vol. I. Consil. XXXIV. n. 13. 14. p. 507.* defendunt, quod tale testamentum si valere non possit vt scriptum, subsistat tamen vt nuncupatum, etiamsi testibus non sit praelectum, idque ex praesumta testatoris voluntate. Enimuero non potest testator velle, aut voluntate sua efficere, vt leges in suo testamento non valeant. Leges autem disponunt, vt testamentum scriptum, h. e. vt supra definiuimus, cuius tenor testibus non manifestatur, haud aliter valeat, quam obser-

obseruatis omnibus scripturae sollemnibus, vid. L. 21.  
*pr. C. de Testam. R. I. d. a. 1512. Tit. II. von Testa-*  
*menten, §. 7. 8.* Quodsi igitur ex hisce sollemnitatibus  
 quaedam desint, testamentum valere non poterit ut nun-  
 cupatiuum, quia nuncupatiuum testibus manifestari et  
 communicari debet, id quod praesenti casu factum non  
 fuisse supponitur. Accedit denique, quod si testamen-  
 tum occultum etiam sine scripturae sollemnitate iure nun-  
 cupatiui valere possit, omne testamentum foret nuncu-  
 patiuum, adeoque differentia inter scriptum et nuncupa-  
 tiuum penitus esset inanis, quae tamen tot legibus ma-  
 nifestis suffulcitur, vid. *supra* §. 11. Atque in hanc  
 nostram sententiam respondit quoque Facultas Iuridica  
 Francofurtensis **STRYCKIO** teste *de Cautel. Testam.*  
*Cap. XV. §. 38.*

Es befindet sich auch hierbei dieser unverantwortli-  
 che Mangel, daß, da die Testirer in scriptis testiret,  
 und also durch der Zeugen Unterschrift und Siegel  
 dieses Testament solennisiret werden müssen: dens  
 noch zween Zeugen solches Testament nicht unter-  
 schrieben; sondern es von einem andern an ihrer  
 Stelle unterschreiben lassen. Nur ist aber in Rech-  
 ten deutlich versehen, quod propria manu testis sub-  
 scribere debeat testamentum per *L. pen. D. de Testam.*  
*MANZ. de Test. Val. Tit. 4. qu. 1. n. 122. HARPA-*  
*PRECT in comment. ad §. 3. Inst. de Testam. n. 285.* Welches Requisitum auch per ius imperii nouissi-  
 mum keinesweges gehoben, sondern vielmehr ex-  
 presse confirmiret, per ordinat. Notar. d. a. 1512.  
 §. Die Form eines Testaments in fin. ibi: Durch  
 die Sieben Zeugen alle mit ihren eigenen Händen  
 unter-

underschrieben, CARPOV. P. III. C. 3. Def. 1. n. 3.  
 Wider welche Opinion nicht angezogen werden mag  
*L. vlt. Cod. de Testam.* Massen derselbe Textus  
 expresse de casu redet, vbi testium, qui scribere pos-  
 sunt, copia fieri nequit, et vbi testibus  
 omnibus de voluntate testatoris, quem  
 heredem scripscerit, constet; an welchen  
 beiden Requisitis es in diesem Fall, da in einer  
 Volkreichen Stadt das Testament ist aufgerichtet  
 worden, erlangt. Deficiente autem sollemni-  
 tate testamenti, a lege requisita, corruit ipsum te-  
 stamentum, arg. L. 17. C. de Testam. SPECKHANN  
*Cent. I. qu. 44. n. 4.* So halten Wir dafür,  
 daß auch allein ex hoc capite das Testament vor  
 ungültig zu erkennen sey. W. R. W.

conf. et HUBERVS Praelect. ad Inst. Tit. de testam. ord.  
 §. fin. COTHMAN. Resp. iuris Rostoch. Vol. I. Resp. XXVI.  
 n. 107. p. 229.

## XXXIV.

Tertia conclusio est: Quod testamentum, secun-  
 dum sollemnitates scripturae conditum, antea tamen te-  
 stibus praelectum et communicatum, si legi deinde scri-  
 ptura non possit, vel quod corrosae sint tabulae, vel ma-  
 culatae, vel quacunque de causa alia, quarum plures re-  
 censet ILL. BÖHMER. *Disput. de scripturis non legibilibus*  
*C. I. §. II.* tamen hoc testamentum, in quantum de prae-  
 lectione adhuc testibus constat, valere possit tamquam  
 nuncupatiuum. Quia enim testibus praelectum et ma-  
 nifestatum, adeoque secundum nostram definitionem re  
 vera

vera nuncupatiuum est, hinc scriptura non fuit de essentia eius, sed tantum ex superabundanti quasi accedit. Per consequens si haec inutilis sit et non legibilis, testamento tamen ipso ea obesse non potest, quippe quod per se, etiam sine villa scriptura valueret.

## XXXV.

Pergimus ad quartam conclusionem, ex definitione nostra testamenti scripti et nuncupatiui deriuandam, de testamento mystico an scilicet valere id possit per modum nuncupativi? Dicitur autem mysticum testamentum, in quo testator se refert ad schedulam quandam, vel aliam scripturam, nomen heredis comprehendentem, ut puta si dixerit: Es solle sein Erbe seyn, dessen Mahmen man nach seinen Tode in seiner Bibel finden würde, oder auf einen in seinen Pulte liegenden und mit \* bezeichneten Zedel ec. Eiusmodi heredis institutionem relatiuam valere in testamento scriptis condito, nemo ambigit, propter textus expressos in L. 77. *D. de hered. Inst. L. 38. D. de Condit. et demonstrat.* An vero si quis nuncupatiue in hunc modum fuerit testatus, testamentum valere possit inter DD. dubium est. Alii enim negant, vid. PERILLVST. DN. de BERGER oecon. iur. L II. Tit. IV. §. 4 not. 6 p. 350. ita quoque aliquoties pronunciatum esse refert s. DN. MENCKE *Iur. Controu. Decad. 4. controuers. 5.* Alii e contra affirmant, vid DN. SAMVEL de COCCEII in *iur. contr. L. XXVIII. T. I. qu. 16.* s. HEINR. COCCEIVS *Disp. de clausulis testarck. C. II. n. 41. seqq. STRVV. exerc. 33. th. 8.* et DD. complures alii citati a Lauterbach. *comp. iur. ad Tit. qui testam. fac. poss. p. 481.* Alii denique de iure ciuili id negant, de praxi vero hodierna affirmant, vid. LAVTERB.

F :

loc.

*loc. cit.* Huius igitur controversiae decisionem in vulgaribus definitionibus testamenti scripti aut nuncupatiui frustra quæsieris. Haec potius quia decidendi fundamentum non suppeditant, ansam dedisse videntur tam vario Doctorum dissensi. Si e contra nostras sequaris testamentorum definitiones, clarissima deprehendes decidendi principia. Si enim, ut supra dedimus probatum, testamentum nuncupatiuum est, cuius tenor testibus manifestatur, occultum vero testamentum non aliter valet, quam sub forma testamenti scripti, eiusmodi heredis institutio relativa in testamento scripto quidem subsistet, in nuncupatiuo vero sine legitima scripturae obseruatione non aequae. In hoc enim heredes palam nuncupandi sunt, ita, ut exaudiri ab omnibus possint, *L. heredes palam 21. D. qui Test. fac. poss. L. bac consultissima 21. §. 2. C. de Testam.* Quod cum in mystico testamento non fiat, sed heres occultus maneat, tale testamentum quoque iure nuncupatiui valere non poterit.

## XXXVI.

Succedit quinta conclusio ex definitionibus nostris: Quod si quis sibimet ipsi, vel suis hereditatem, vel legatum in testamento adscriperit, illud nihilominus valeat, modo testamentum in praesentia testium a testatore palam fuerit präelectum et manifestatum. Non equidem ignoramus, quod regulariter, qui scripsit testamentum, neque ipse ex isto aliquid capere possit *L. I. D. de his, quae pro non script. hab. t. T. C. de his, qui sibi adscrips. in Test.* nec etiam sui *L. 14. et 15. pr. D. ad Leg. Cornel. de Fals.* sed tale legatum pro non scripto habeatur, et scribens desuper poenam falsi incurrat. *L. 15. pr. D. ad Leg. Cornel. de fals.* Id quod ne  
mili-

militibus quidem remissum, nam si miles quoque in testamento militis sibi aliquid adscriperit, poena tam nullitatis, quam legis Corneliae regulariter locum habet L. 5. C. de his, qui sibi adscrib. in Test. L. 6. D. de his, quae pro non script. hab. Enim vero haec singula tantum in testamento scripto atque occulto obtinere videntur propter metum falsi et periculum, ne tale quid inscio forte et inuito testatore scriptum sit. E contra in testamento nuncupatio, et ubi testator nomina heredum et legatariorum, imo totum testamentum palam nuncupauit, res aliter se habet. Nam in hoc, quia omnis suspicio cessat, vel quicquam in eo contineri, quod testatoris voluntati haud respondeat, ad illud quoque prohibitio ista et poena Legis Corneliae haud dubie non erit extendenda. Quae cum ita sint, ad nostrum quoque testamentum, quod a testatore testibus palam paelectum et manifestatum esse supponimus, dispositio dd. LL. non pertinet. Nam et hoc nuncupatiuum est, licet ex abundanti etiam scripturae sollemnitates accesserint, ut probat nostra definitio, et pluribus confirmatum est supra §. XXIX. Quae igitur de testamentis scriptis iura disponunt, ea de hoc nostro haud dubie intelligenda non erunt. Potius si vel maxime quis sibi aut suis in tali testamento aliquid adscriperit, iure illud capere potest. Quia enim scriptura vltro et sine iuris necessitate adhibita fuit, hinc ea accedens efficere non poterit, ut quod per se iam valuerisset testamentum, hac accidente infirmetur. Cessat desuper hoc casu omnis suspicio fraudis et falsitatis, quae tamen vnice huic prohibitioni originem dedisse videtur. Quodsi enim, quod quis vel sibi vel suis adscripsit, in testamento valet, si testator voluntate sua id scriptum esse, per subscriptionem testetur, vid. L. 2.

F 2

C. de

**C.** de his, qui sibi adscrips. in testam. STRYCK. CANT.  
Testam. Cap. XV. §. 8. RICHTER de testam. n. 9.  
p. 389. quare non idem quoque iuris sit, si testator  
totum testamentum palam paelegerit, atque hic orete-  
nus quasi testatus fuerit sua voluntate legatum et fi-  
deicommissum, vel heredis institutionem esse scriptam,  
siquidem et hoc modo falsitatis omnis procul abest suspi-  
cio. Atque in hoc consentire videtur SICHARDVS  
ad L. 22. **C.** de testam. et RICHTER loc. cit. n. 10.  
verbis: *Si legatum alio modo, quam per scripturam eius,  
cui relictum est, probari possit.*

## XXXVII.

Non minus et illud sequi videtur ex definitione  
testamenti nuncupatiui, quod mutus quoque nuncupa-  
tiue testari possit. Hoc sc modo, vt vltimam suam volun-  
tatem in scrip uram redigat, eamque aut testibus ipsis  
perlegendam offerat, aut cuiuis alii palam paelegen-  
dam committat. Nam etiam hoc modo tenor testamenti  
testibus innotescit, id quod tamen sufficit ad testamen-  
tum nuncupatiuum, vt valere hoc possit absque omni for-  
mali obseruatione, et scripturae sollemnitatibus, vid.  
**L.** 26. **C.** de Testam. Quod autem dicitur in **L.** 21. pr.  
**D.** qui test. fac. poss. et **L.** 29. **C.** de Testam. heredem  
palam a testatore esse nuncupandum, id potius ita acci-  
piendum videtur, ut testes, quis heres sit, intelligere de-  
beant. Hoc autem intelligent quoque, si testamentum  
legant et audiant, sicut enim palam homo voce, sic  
scriptura et litteris tacite loquitur et nuncupat, COTH-  
MAN. Vol. V. Responf. XXIII. n. 11. Certe quod ipse  
testator loquatur, aut testamentum paelegat, necesse  
non videtur, potius quod quis per alium facit, ipse fe-  
cisse putandus est, imo in **L.** 21. §. 2. **C.** de Testam.  
suffi-

sufficere dicitur, modo testes testatoris voluntatem audiuerint. Verum enim vero cum, ut diffiteri non possumus, variis haec hypothesis circumsepta sit difficultatibus, potissimum, quod tale testamentum pluribus patere videatur maleuolorum hominum fraudibus, melius utique facturum putamus mutum, si adhibita legitima obseruatione sollemniter in scriptis suam profiteatur ultimam voluntatem.

## XXXVIII.

Sed utrum agonizantis quoque testamentum, quando hic propter declinantem corporis firmitatem nec scribere valet, nec loqui, iure nuncupatiui subsistere poterit, si ad interrogationem notarii v. c. an Titius heres esse, Caius centum habere ex testamento debeat? nutu testator respondeat, et ita factam interrogationem approbet et affirmet. Videri possit quod sic, quia testatoris voluntas testibus ita innotescit et manifestatur, hoc autem satis esse diximus ad testamentum nuncupatiuum. Enim vero non quaevis indicia sufficiunt ad indicandam testatoris voluntatem, sed indubia, clara, manifesta, et ex quibus de mentis certitudine satis constare potest. Hinc non nisi duplicitis generis admittuntur in iure: litterae et verba, qui vero nec scribere potest, nec articulate loqui *in L. 29. C. de Testam.* mortuo similis esse dicitur, qui testamentum facere non potest; id quod approbat quoque *R. I. d. 1512. Tit. II. von Testamenten §. 4.* verbis: Item es gehöret zu einen ieden Testament, daß der oder die, so Testament machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können, denn welcher deren keins könt, der wird darinn einem Todten gleich geacht, und mag kein Testament machen.

## T A N T V M.

## Lecturis S. D. Auctor.

Cum ob temporis angustiam debita diligentia pagellae  
hae perlustrari, atque a mendis repurgari non potuerint, in  
specie autem contigerit, ut plagula C. non tantum, ante-  
quam a nobis relegeretur, in manus incidisset typographi,  
sed etiam ab hoc censurae nostre denuo non submissa ex-  
cuderetur, sicque curas nostras secundas penitus effugeret;  
Euenit inde, ut varii potissimum circa diet. plagulam C. irre-  
pserint errores, tum typographici, tum alii, qui sensum vel  
turbant penitus, vel saltim obscuriorem reddunt. Horum  
ergo potiores hoc loco indicabimus, reliquos, qui aut com-  
mode hic notari non potuerunt, aut nostram prorsus subter-  
fugere sollicitudinem, supplebit B. L. humanitas.

## Errata.

Pag. 5. lin. 17. pro siue lege sine. p. 5. lin. 23. et p. 6.  
lin. 20. pro libripente lege libripende. p. 8. lin. 17. pro  
qui lege quae. lin. 18. pro apti lege aptae. p. 18. lin. 23.  
pro si.it lege fit. lin. 24. pro comprehendatur lege compre-  
henditur. p. 19. lin. 28. pro quaevis sollemnia lege cuiusvis  
scripturie sollemnia. p. 20. lin. 12. pro subscribendum sub-  
signandumque lege subscribendam subsignandamque. lin. 18.  
pro §. XXI. lege §. XXIX. seqq. lin. 20. pro Hinc lege  
Hunc. p. 21. lin. 6. pro quaeſo lege quaero. lin. 16. pro  
Ex hoc denique lege Ex hac etenim. lin. 19. pro §. XXIV.  
lege §. XXV. p. 23. lin. 10. pro fallunt lege fallant. lin.  
19. 20. pro ad cuius essentiam lege de cuius essentia.

CL ARIS-

CLARISSIMO ET NOBILISSIMO  
DOMINO  
CHRISTIANO ADOLPHO  
GVNTHERO  
FAVTORI SVO ATQVE AMICO  
ÆSTVMATISSIMO  
*s. d.*  
D. FERDIN. AVGVST HOMMEL.

**S**criptura non indigent Tuae laudes, Nobilissime Doctissimeque Respondens, quippe quae occultae esse non possunt, tum multis modis aliis, tum potissimum hac ipsa erudita Dissertatione Tua palam manifestatae. Possem equidem de Tua in quoquis studiorum genere industria singulari, possem de flagrantissima discendi cupiditate, possem denique de Tua in Iurisprudentia, omnibusque bonarum litterarum studiis eruditione haud vulgari copiose hic dicere, horum enim omnium, ipse ego, cum lectionibus meis et priuatis disputationibus adhuc interesses, testis fui atque spectator. Enim uero scribere ista nec opus, ut dixi, videtur, nec singularis Tua patitur modestia.

*Nolo*

Nolo igitur, ut vulgo fieri amat, hac mea epistola  
Tuas depraedicare laudes, aut Tuam ad quamvis vir-  
tutem animi propensionem multis commemorare.  
Potius testimonium animi mei proditurus, de hoc  
eruditionis Tuae edito specimine gratulor, insi-  
mulque prospera quaeuis atque secunda animitus  
Tibi apprccor. Faxit Summum Numen, ut quam  
Tibi proposuisti metam, propediem consequaris, Tuae-  
que eruditionis fructus capias quantocius dulcissimos.  
Seruet Te Diuina Clementia seruos per annos, seruet  
et Summe Reuerendum Parentem Tuum, nec non  
Senem Venerabilem, Dominum Besserum, Auum  
Tibi Colendissimum, Viros de grauissimis, quibus  
funguntur, muneribus longe meritissimos. Seruet eos  
Ecclesiae, seruet Reipublicae Litterariae, seruet denique  
Tibi in perpetuum Tui emolumentum, et totius splen-  
didissimae familiae decus. Tu vero, Respondens do-  
ctissime, vale, meque ut hactenus, quo quis amoris at-  
que benevolentiae genere prosequi non intermitte.  
Dab. Lipsiae VI. Kal. Mart. cIo Io ccxxix.

# DISSERTATIONIS ARGV- MENTVM

*Scopus Dissertationis indicatur. §. I.*

*Testamenta tam scripta quam nuncupatiua antiquissima sunt, et iam olim apud Romanos in usu fuerunt. §. II.*

*Numerus septenarius testium in testamentis, eiusque origo. §. III. IV.*

*Quinam sint in testamentis testes habiles? §. V. VI.*

*Rogatio testium unde? §. VII.*

*Actus continuitas eiusque origo. §. VIII.*

*Qui factum, ut, licet antiqua testamenta in comitiis dudum apud ipsos etiam Romanos in desuetudinem abierint, tamen hodienum tot supersint eorundem vestigia? §. IX.*

*Sollemnia testamenti scripti. §. X. XI. XII. XIII. XIV.*

*Transitus ad ipsum dissertationis thema. §. XV.*

*Definitio testamenti scripti et nuncupatiui vulgaris falsa esse ostenditur. §. XVI. XVII.*

*Alia testamenti scripti definitio notatur. §. XVIII.*

*Culpatur alia adhuc. §. XIX. XX.*

*An testamentum coeci sit ex scripto et nuncupatiuo mixtum. §. XXI. XXII.*

33 ) o ( 34

*An*

*An scriptura pertineat ad essentiam testamenti coeci,  
aut saltim sit accidens eius inseparabile.*  
§. XXIII.

*An eadem forma, qua coeci, testari etiam debeant stra-  
bones, etc. XXIV.*

*Genuina inter testamentum scriptum, et nuncupati-  
uum ostenditur differentia. §. XXV.*

*Vsus huius tractationis monstratur in quibusdam con-  
clusionibus practicis. §. XXVI.*

*Prima conclusio. §. XXVII.*

*Haec aliter facienda secundum principia vulgaria.  
§. XXVIII.*

*Aliter vero secundum nostra. §. XXIX. XXX.*

*Respondeatur obiectioni. §. XXXI.*

*Inde deducitur cautela. §. XXXII.*

*Secunda conclusio. §. XXXIII.*

*Tertia conclusio. §. XXXIV.*

*Quarta conclusio. §. XXXV.*

*Quinta conclusio. §. XXXVI.*

*An mutus nuncupatiue testari possit? §. XXXVII.*

*De testamento agonizantis ad interrogationem alteri-  
us facto. §. XXXVIII.*

