









*Pri. 67. num. 19.*

*2. 4. 7.*

TRACTATUS IVRIDICVS

DE

TESTAMENTI  
IMPERFECTI  
APPROBATIONE,

IN QVO

CONTROVERSIAE AC CASVS QVIDAM  
SELECTIORES DECIDVNTVR

AC

LEGES OBSTANTES REMOVENTVR.

AVTORE

IOH. FRIDER. PENNINGBÜTTEL

LVBECENS.



JENÆ, PROSTAT APVD WERTHERVM.

M DCC XVI.

*108*

*Kf*  
*1736*



TRACTATUS IURIDICVS  
DE  
TESTAMENTI  
IMPERFECTI  
APPROBATIONE  
IN QVO  
CONTROVERSIAE AC CASVS QVODAM  
RECTIONIS DECIDVNTVR  
AC  
LEGES OBSTANTES REMOVENTVR  
AVTORE  
IOH. FRIDER. PFLÜNGELT  
LIPSIENSIS



LIBRARY  
UNIVERSITY OF  
SAXONY-ANHALT  
MAGDEBURG

J. B. N. E. PROBAT A. AD WERTHERIAM  
M DCC XLV



V I R O  
ILLVSTRI atque MAGNIFICO  
DOMINO  
DN. ADOLPHO MATTHÆO  
Rodde/

JCTO CONSVMMATISSIMO,  
REIPVBLICÆ PATRIÆ CONSVLI GRAVISSIMO,  
NEC NON

V I R I S  
EXCELLENTISSIMIS, PRÆNOBILISSIMIS,  
CONSVLTISSIMIS, PRVDENTISSIMIS,  
DN. ACHILLI DANIELI  
Seopold/

COMITI PALATINO CÆSAREO, ET JCTO  
FAMIGERATISSIMO,

DN. JOHANNI Wolter/

DN. DANIELI Müller/

JCTIS CELEBRATISSIMIS,

DN. HERMANNO Rodde/

LIBERÆ CIVITATIS IMPERIALIS LVBECENSIS  
SENATORIBVS GRAVISSIMIS,

*DOMINIS ET PATRONIS SVIS SVMMIS,*  
PRIMITIAS HAS ACADEMICAS SVBMISSO  
ANIMI CVLTV

Dat, Dicat, Consecrat

JOH. FRIDER. PENNINGBÜTTEL.



Ximia illa & singularis plane Vestra  
benevolentia, Illustris Domine, juxta &  
Viri Excellentissimi, Consultissimi,  
Prudentissimi, Mœcenates perlanc̄te  
suspiciendi, *cujus multa exstant docu-  
menta, & qui mihi non semel, sed iterum atque sæ-  
pius est perspecta atque cognita, efficit, ut primos hos  
laborum meorum academicorum fructus summis Ve-  
stris Nominibus sacros esse decreverim. Dudum  
namque occasionem istam, qua jam se mihi objicit, ex-  
optaveram, qua clientis perfungerer officio & pro-  
pensum ac clementem Patronorum erga me animum  
grata mente recolerem, debitaque observantia ac sub-  
missio animi cultu publice prædicarem. Equidem Ma-  
gnos magna decent, ac proinde nullam a Vobis me ini-  
turum esse gratiam credo, qui Vobis in altissimo Rei-  
publicæ gradu collocatis deque Patria mea charissima  
immortaliter demerentibus, laborem hunc meum, in  
quo nihil exasciati reperitur, offerre ausus fuerim.  
Merita namque ista egregia, quibus Tu, Illustris Domi-  
ne, publicam nostram rem Lubecensem quotidie ornas  
atque auges, omnes, qui modernum patriæ nostræ sta-  
tum norunt, summis elogiis extollunt. Illam vero in-  
signem, qua Musas earumque amasios complecteris, be-  
nevolentiam, quamvis ex innumeris Clientum Tuorum  
deprædicationibus jam abunde norim, vix tamen am-  
pliciore enumeratione favoris Tui speciminum a quo-  
quam mihi uberius patefactam esse, quam a Viro maxi-  
me*



me reverendo, Adolpho Gvil. de Gohren, Con-  
fistorii Saxo-Isenac. Adfessore spectatissimo, Fautore  
meo omni honoris cultu venerando, hospite in Acade-  
mialenensi per triennium de me optime merito, illustris-  
que (quod sibi honori ducit) Tui nominis Cultore obser-  
vantissimo, hic publice profiteor. Neminem quoque fu-  
git, quanta alacritate animi, quantaque dexteritate, et-  
iam in etate Tua jam provecta, Vir Excellentissime, in  
foro nostro verseris, adeo ut exemplar sis pii pariter ac  
recondita doctrina exornati JCti, qui summa cum reli-  
gione clientum causis patrocinetur: cui accedit passim  
celebrata ista Tua benignitas, qua fo-ves omnes, quot-  
quot literis se tradidere. Hinc fama eruditionis Tue in-  
signisque in omni literarum genere peritia, non tantum  
patrie muris inclusa latet, sed totum orbem pervaga-  
tur literarium. Pari ratione Vos, Viri Excellentissimi,  
Consultissimi, Prudentissimi, salutaribus Vestris consi-  
liis atque curis longe gravissimis salutem civium pro-  
moveretis, obque negotiosissimas, quas in Regiis aliisque  
aulis obivistis, legationes cum magno nominum Vestro-  
rum splendore exantlatas, aliaque in publicam Lube-  
censium rem merita sempiternum Vobis conciliatis no-  
minis decus ac ornamentum. Nihil, Patroni maximi, do-  
auribus Vestris, quippe qui assentationem fugio, et meri-  
tis Vestris digna elogia reperiri posse despero, quippe su-  
pra omnem laudem positis, sed cultu quodam religiosissi-  
mo erga Vos ductus hac scribo, simul gratam beneficiorum  
professurus memoriam. Cum igitur merita haec Vestra  
) 3 utique

uique summa mihi ante oculos versarentur, insimul-  
que spem istam, quam de me concepistis aliqualem,  
quodammodo confirmare animus esset, inde orta est hæc  
audacia, ut hunc ingenii mei foetum illustribus Vestris  
consecrarem nominibus, quibus ut tutissimo adversus  
malignos obrectatorum incursum præsidio me inniti  
posse confido. Quod restat, supremum obtestor Numen:  
ut Vos Patriæ Patres diu longeque saluos seruet, atque  
incolumes, & divina sua clementia adsit omnibus con-  
siliis Vestris ac conatibus egregiis, quo sub Vestro auspi-  
cio Lubeca nostra felix florensque diu stare possit; con-  
cedat Gentibus Vestris splendidissimis gloriæ immorta-  
litate, nec quidquam, quod exoptatis, Vobis deesse si-  
nat. Hoc optat & precatur

**SVMMORVM VESTRORVM NOMINVM**

Dabam Lipsiæ, d. 16. Cal. Decembris  
Anno C1710CCXV.

*Cultor humillimus obsequentis-  
simusque*

**JOH. FRIDER. PENNINGBÜTTEL.**

**PRÆ-**

Decorative border consisting of two rows of repeating floral or geometric motifs.

PRÆFATIO  
AD  
LECTOREM BENEVOLVM.

**S**imul ac apud animum meum constitueram, specimen quoddam academicum in lucem proferre, diu anceps dubiusque hæsitavi, quodnam potissimum thema elaborandum mihi sumerem. Varia enim meditando sese mihi offerrebant argumenta haud injucunda, ex quibus tamen omnibus nullum mihi magis arrisit, quam illud de testamenti imperfecti approbatione. Absterrebant quidem haud leviter materiæ gravitas ac controversiæ istæ intricatæ satis, quæ in materia testamentaria identidem decidendæ occurrere solent, animum subinitium a proposito hocce meo; attamen cum neminem hactenus ante me de hoc themate fuisse sollicitum animadverterem, viam nondum calcata[m] si mihi primo ingredi liceret, gloriæ mihi duxi, hac tamen simul spe fretus, ut, si forte alicubi in devia iverim, tua benevolentia conatus meos primos, & quod



quod magis adhuc excusat, juveniles in æquam sic interpretatura partem. Accedebat materiæ elegantia & quotidianus ejusdē in foro usus, quæ laborem huncce meum Lectori harum rerum studioso eo acceptiorem redditura esse sperabam. Quod ad ipsam elaborationem attinet, a quibusdam dissentire veritate, (ut equidem mihi videbatur) coactus debui. Deprecor igitur invidiam arrogantæ inconsideratæque juvenilis incogitantæ, quam procul a me abesse sanctissime testor. Non autoritatibus, sed rationibus pugnandum esse putavi. Ubi vero aliorum placitis folia mea locupletavi, ibi nomina semper fideliter apposita invenies. Illud adhuc repetendum esse monitum arbitror: si forte errore ductus quædam scripserim, vel materiæ gravitati omni ex parte haud satisfecerim, id ætati pariter ac nimix festinationi, (quam ut adhiberem status mei, locorumque circumstantiæ jussere) B. L. tribuat. Lubens quoque monentem sequar, si modo illud fiat, ut eruditos decet, hoc est, modeste. Vale mihi que fave,

CAP.



CAP. I.  
DE  
TESTAMENTO IMPERFECTO IN  
GENERE.

S U M M A R I A.

§. I. Varii Testamenti in jure significatus recensentur, & quid hoc loco vox testamenti significet, nec non, an Testamentum ad actus inter vivos possit referri? expenditur. §. II. Quomodo quid imperfectum in jure dicatur? disquiritur. §. III. Exhibet descriptionem testamenti imperfecti. §. IV. Quot modis testamentum dicatur imperfectum, traditur. §. V. Queritur, quid per approbationem intelligatur, & quotuplici modo adprobatio fiat? §. VI. An testamentum Parentum inter liberos, Militis, ad pias causas, Pestis tempore factum, Rusticum, Judiciale secundum statuta conditum, huc quoque pertineat? §. VII. An testamentum per clausulam codicillarem conservatum hujus sit loci? §. VIII. Disquiritur, An in casu, ubi Testator ob memoriam vel virium debilitatem, voluntatem suam per intermediam Personam exponere curat, probata autem pro sua voluntate agnoscere non potest, testamentum sit imperfectum? §. IX. Si Testator per clamorem illorum, qui ei ab intestato succederent, testamentum coeptum perficere non possit, an sit imperfectum? item de testamento metu, dolo &c. extorto simul agitur. §. X. Afferitur, quod legata adhuc addenda Testamentum alias perfectum reddant imper-

*imperfectum. §. XI. Persona recensetur, quarum prateritio testamentum faciat imperfectum, simulque quaritur, an Frater infamia vel levi macula laborans testamentum reddat imperfectum. §. XII. Dicitur, quod, quando testator quidem plene testamentum suum conscripsit, interea vero dum testes vocantur, moritur, testamentum tale sit imperfectum. Etiam si unus saltem desit, vel si saltem non subscripserint, item de annulo quadam afferuntur. §. XIII. Afferuntur exempla, quod superflua cautela, quoque non noceat, interdum autem Testamentum reddat imperfectum, simulque Reusnerus refutatur.*

## §. I.

**C**um in omni materia pertractanda, nos prius de recto verborum intellectu sollicitos esse oporteat, si rem ipsam felici quodam successu aggredi velimus, idque exemplo Imperatoris nostri in §. 3. *Inst. de Donat. & §. 2. Inst. de Tutel. alibique passim*; ideo & meum esse duxi, antequam ad scopum propius accedam, genuinum verborum sensum indagare. Quod igitur attinet ad vocem TESTAMENTI, varias ejusdem significationes leviter saltem tetigisse sufficiet, propterea quod neminem fugiat, significatus hosce ubivis *apud Commentatores ad Tit. Inst. & ff. de Testam.* esse obvios. Significat autem vox Testamenti, quandoque idem ac Testimonium, *vid. Carol. du Fresne in glossario suo sub voce Testamentum*: interdum denotat donationem, vel etiam chartam, quæ ad donationem, probandam conficitur. *du Fresne cit. loco.* Idque eodem fere modo, ac in *l. 1. & toto tit. ff. testam.*, quemadmodum aper. testamentum accipitur pro Codice, sive tabulis, in quibus testamentum scriptum est. Deinde quoque testamentum late acceptum omnem includit ultimam voluntatem, adeoque & Codicillos & mortis causa donationes; quod defensores hujus sententiæ probare conantur,

*ex l. 1. ff. qui testam. fac. poss. ubi JCrus Modestinus*, testamentum, inquit, est voluntatis nostræ iuxta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Verum cum in cæteris textibus omnibus testamenta ubique a Codicillis & cæteris ultimis voluntatibus accurate discernantur *l. 1. C. de Codicill. l. 7. cod. l. 13. C. de SS. Eccles. l. 2. pr. de jure Codicill. l. 14. pr. eod. l. 22. pr. de legat. 3. Ferdinand. Vasquius de successonibus in pref. n. 26. Colleg. Jur. Argenti. lib. 28. tit. 1. n. 3.* parum momenti huic significatui, hac ex lege accedere poterit. Quin potius iuxta sententia explicanda est, *ex l. 4. ff. qui testam. fac. poss. ubi Ulpianus* iuxta, inquit, sententia est, quæ secundum regulas juris facta, adeoque iuxta sententia ex mente Ulpiani ita interpretanda, ut denotet sententiam juri conformem, solemnem & perfectam, quod tamen κατ' ἐξοχήν ita intelligendum est, ut secundum normam in testamentis præscriptam, perfecta sit. *Cardinal. Mantica. de conject. ult. vol. lib. 1. tit. 4. n. 10. Casp. Mangzius de testam. valid. & invalid. tit. 1. qu. 2. Lauterb. in colleg. theor. pract. tit. qui testam. fac. poss. §. 11. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. tb. 1. lit. C. Ulr. Hub. in præl. ad inst. tit. de testam. ordin. n. 3.* Quando itaque de testamenti imperfecti approbatione quædam in medium proferre apud animum constitui, per testamentum intelligo ipsam ultimam voluntatem, sive mentis declarationem solemnem de eo quod post mortem nostram fieri volumus, simulque excludo omnes reliquas ultimas voluntates ab hoc testamenti significatu; quippe quæ non eas desiderant solennitates, quæ quidem in testamentis adhiberi debent. *L. f. §. f. C. de codicill. l. ult. C. de donat.* sed cum de testamentis in genere mihi adhuc sermo est, quærere liceat, an testamentum quoque pertineat ad actus inter vivos? affirmandum hoc esse videtur *ex l. 9. in pr. ff. de duob. reis const.* ubi *Papinianus* asserit, in omnibus contractibus duos reos debendi

constitui posse, cumque illud exemplis probare conatur, testamenti quoque mentionem facit. Hinc *Decius conf. 660. n. 10. post gloss. in c. 1. §. item sacramenta puberum, de pace juramento firmanda* arguit, contractus nomen late acceptum etiam testamenta sub se comprehendere: Equidem si regressum faciam ad naturæ legem, cui testamenti factio fundamentum suum debet, testante *Grotio de jure belli & pacis. lib. 2. c. 6. §. 14. n. 2. conf. quoque hac de sententia Puffend. de J. N. G. & C. lib. 4. c. 10. §. 4. ibique Job. Barbeyrac. in notis ad cit. loc. n. 2.* utique fatendum, ultimas voluntates a contractibus haud differre, postquam autem leges civiles formam quandam singularem testatoribus præscribere, qua neglecta testamenta subsistere haud possunt, ingens admodum inter testamenta & contractus intercedit differentia, *arg. l. 20. ff. de V. S. Vasquius de success. creat. lib. 2. §. 11. n. 59.* neque a contractibus ad ultimas voluntates tuto argumentum ducere licet. *Goibofred. ad d. l. 20.* imo diversissima utriusque est natura; contractus enim non nisi duorum voluntate perficitur, *l. 1. §. 2. ff. de pact. l. 55. ff. de obligat. & action.* cum testamentum solius testatoris voluntate constet, *l. 32. pr. ff. de hered. instit.* in contractibus voluntas semel declarata non potest mutari, *l. 5. C. de O. & A.* in testamentis autem ambulatoria est hominum voluntas ad supremum usque vitæ exitum, *l. 4. ff. de adim. vel transf. leg. l. 32. §. 3. ff. in fin. d. donat. inter vir. & uxor. Bardili disp. de revocand. ultimis voluntatibus th. 35. & seqq. adde Huber. pral. ad inst. tit. de testam. ordin. n. 8.* Jure patrio, Lübecensi scilicet, alia adhuc intercedit differentia inter actus inter vivos & ultimas voluntates: nam actus inter vivos secundum hoc jus a nullo celebrantur, nisi ab eo, qui sano corpore gaudet, ultimas vero voluntates condere etiam ægrotis permissum est. *Vid. Mev. ad J. L. part. 2. tit. 1. art. 1. n. 25.* Patet igitur exinde, horum DD. sententiam infirmo sane  
niti



*de Testamento imperfecto in genere.*

niti fundamento. Quod autem ad d. l. 9. ff. de duob. reis con-  
stit. attinet, quæ scrupulum alicui injicere poterat, tenendum,  
in ea poni causam remotam pro proxima, scil. testamentum  
pro aditione hæreditatis, prout ita hanc legem explicat Lau-  
terb. in colleg. theor. pract. tit. de duob. reis const. §. 8. de aditio-  
ne vero hæreditatis inter omnès constat, eandem ab ipso impe-  
ratore inter quasi contractus referri, in §. 3. inst. de oblig. qua  
quasi ex contract. nasc. hæres enim simul ac hæreditatem adit,  
omnia onera hæreditaria subire censetur, & ita legatariis &  
fideicommissariis sese obligare, arg. l. 5. §. 2. ff. de O. & A. add.  
Arnold. Vinn. ad d. §. 5. inst. de oblig. qua quasi ex contr. nasc.

§. II.

Porro vox IMPERFECTI in rubro hujus tractatus occurrit.  
Verum in hac notione evolvenda prolixus non ero, cum varia  
hac de re dicta jam sint, in diss. nuper sub Præsidio Viri Excellen-  
tiss. Dn. Job. Christ. Schröteri, Præceptoris mei ad cineres usque  
solendi, ventilata, cui titulus, de conventionibus imperfectis.  
Interim tamen quadam scopo meo inservientia addere opus  
erit, cum forsitan non omnibus modo allegatam dissertatio-  
nem oculis usurpare contigerit, qui laborem meum adspectu  
quodam dignum judicabunt. Dicitur autem in jure perfe-  
ctum, quod omnibus suis partibus constat, l. 1. ff. de O. J. &  
quod usum istum præstat, quem quis intendit, arg. l. 139. de V. S.  
E contrario ergo illud imperfectum est, cui aliqua pars deest,  
vel quod ad finem suum consequendum minus idoneum exi-  
stit; tale exemplum habemus in l. 115. de V. O. ubi stipulatio in  
qua dies per errorem omissus est, cum tamen certo die aliquid  
faciendum erat, dicitur imperfecta. Brunnem. ad d. l. 115. U-  
dalr. Zas. d. l. n. 4. Interdum quoque actus imperfectus pro nul-  
lo habetur, prout apparet ex l. 9. pr. ff. de contrab. empt. & l. 7.  
de mort. causa donat. Verum cum actus ideo cum primis nullus  
sit,

fit, quia requisito quodam destituatur, & effectu suo itidem careat, atque actus imperfectus, hunc significatum hic prorsus rejicere nolo, *vid. Brisson. de verb. signific. lib. 9. plures leges de hac notione cumulantem.* Prior tamen significatio hujus est loci.

## §. III.

Cum igitur ex modo traditis appareat, quid in jure imperfectum sit, facile quoque inter omnes constat, mihi testamentum imperfectum nihil aliud esse, quam supremæ voluntatis declarationem, qua testator, vel non omnia, quæ ordinare voluit, ordinavit, vel etiam, ubi voluntatem suam plene quidem exposuit, in ipsa tamen dispositione, vel circa modum in legibus præscriptum defectus quidam apparet.

## §. IV.

Quando quæstio oritur, quotuplici ratione testamentum dicatur imperfectum? secundum effatum *Gajii in l. 4. ff. q. testam. fac. poss.* primo omnium videndum est, an is qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem. Quod si enim in ipsa testatoris persona, vel circa qualitatem ad testandum requisitam, vel circa ipsam voluntatem defectus quidam appareat, testamentum nullo modo perfectum dici potest. Deinde animadvertendum: an secundum regulas juris civilis factum sit testamentum, hoc est: an omnes solennitates in eo sint adhibitæ. Et hæc solennitates iterum sunt vel internæ, vel externæ: quam distinctionem *illustr. Stryckius in tract. suo de cautel. testam. per duo integra capita inculcat.* Sed de his infra in cap. 2. sect. 2. plura dicendi occasio dabitur. Originem igitur suam debet *d. l. 4.* communior illa magisque recepta DD. distinctio, quod testamenta sint imperfecta vel ratione voluntatis, vel ratione solennitatis. Ita enim distinguit *Joh. Dautb. de testamentis tit. definit testam. n. 15. Barry de successibus lib. 10. tit.*

tit. 15. Menoch. lib. 4. *presumpt. 5. per totum, alibique passim.*  
Recentiores inter hanc distinctionem agnoscit *Ferdinand.*  
*Christoph. Harprechtus per integrum tract. de testamento imper-*  
*fecto ratione voluntatis, item D. Schneider. in diss. de obliga-*  
*tione ex testamento imperfecto, & innumeri alii.* Quæ distin-  
ctio mihi quoque arridet, propterea quod omnem difficulta-  
tem circa hanc materiam occurrentem hac ipsa distinctione  
divelli posse arbitrer,

§. V.

Sed restant adhuc quædam addenda de verbo APPRO-  
BATIONIS, cujus mentionem facit Rubrica, ne quid intractum  
relinquatur. Hujus autem notionis Homonymiam & Syno-  
nymiam, cum ne minimum quidem usum mihi præbere pos-  
sit, lubens hic prætereo. Neminem quoque fugit, qui lingvæ  
latinae principia primis saltem labiis degustavit, quid per ap-  
probationem intelligatur; quæ quatenus ad testamenta imper-  
fecta refertur inque iis effectum suum exerit, exponere hujus  
cum primis tractationis est. Hoc solummodo hic præmoneo,  
approbationem fieri vel per ipsam legem, vel permissu legis.  
Virtus enim legis est, imperare, vetare, permittere, punire,  
ait *Modestinus in l. 7. ff. de legibus.* Per ipsam legera testamenti  
imperfecti approbatio fit, quando lex de requisitis in omnibus  
testamentis accurate observandis quædam remittit, hæcque  
testamenta imperfecta pro perfectis habet: permissu legis ap-  
probatio fit, ubi lex ex necessariis requisitis nulla quidem remit-  
tit, interim tamen non prohibet, quo minus testamenta talia  
valorem habeant, & testator finem suum consequi possit. Quæ  
posterior acceptio cum hujus sit loci, priorem tanquam alie-  
nam negligo.

§. VI.

Hinc facile perspicui poterit, quoniam mihi tantum sermo est  
de

de testamentis imperfectis, quæ permissu legis approbantur, a tractatione mea removenda esse testamenta privilegiata, veluti parentum inter liberos, quod in specie imperfectum appellatur, in *l. hac consultissima 21. §. 1. C. de testam.* item testamentum militare, de quo in *§. 1. Et toto tit. inst. Et ff. de testam. ad pias causas. c. 11. X. de testam.* rusticum *l. f. C. de testam.* Pestis tempore factum, *l. 8. C. de eodem*, (in qua lege non quidem de numero testium quidquam relictum est, sed saltem junctio testium remissa.) Nam quia in hisce testamentorum speciebus ipsa lex solennitates remissas supplet, ut adeo non nisi improprie imperfecta appellari possint, longe diversissima horum a testamentis imperfectis, quorum approbatio permissu saltem legum fit, est natura. Quando de testamento pestis tempore condito hic mentio quadam fit, non possum non quin hoc loco commendem, *dissertationem istam rarissimam pariter atque elegantissimam, quæ ad manus meas pervenit, Jacobi Gothofredi, de testamento tempore pestis, vel a testatore peste contracto, condito, ubi simul vel casus majoris §. C. de testam.* illustratur, ostenditurque eam de peste non agere. Juncta est hæc *dissertatio alteri dissertationi de nuptiis consobrinorum, ab eodem Gothofredo conscripta*: cumque hæc duæ dissertationes reperiantur in loco, ubi nemo forsitan easdem quæsierit, lubet hic monere, autorem ideo easdem *appendicem Philostorgianam* vocare, quia *Philostorgii historia ecclesiastica*, quam *Jacobus Gothofredus* notis atque animadversionibus eruditissimis exornavit, in fine binas has dissertationes appendicis loco adjecit. Referunt etiam quidam testamenta apud acta condita vel principi oblata, ad testamenta imperfecta, prout testatur *Ludv. de ult. vol. p. 2. c. 1. p. 187.* qui potius ad perfecta & solennia hæc referenda esse putat, quia in *l. 19. pr. C. de testam.* talia testam. omnium solennitatem superare dicuntur, *Mev. ad*  
J. L.

7. *L. lib. 2. tit. 1. art. 2. n. 70.* interim tamen ad testamenta imperfecta quoque pertinere possunt, si scilicet vulgarium solennitatum ratio habeatur, *vid. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. th. 6. lit. I.* Cum quoque civitates imperiales, cum primis liberae omnium fere publici juris Doctorum consensu inter status imperii referantur, omnibusque imperii juribus prout ceteri status gaudeant, e.g. superioritate territoriali, *vid. Knipschild de jure civitatum imperialium lib. 2. c. 4. per tot. item Christophorus Besoldi in diff. de jure & imperio imperialium civitatum, n. 8. Dn. Frid. Heilbrunnerus de super. civic. imp. sub Pras. Illustr. Wildvogel. conf. quoque Excell. Struvii, Præceptoris atque Patroni mei nunquam satis colendi, Syntagma jur. publici diff. 21. §. 1.* Jus leges municipales atque statuta proprio jure condendi nemo quoque ipsis denegabit, quoniam illud ad jus superioritatis cum primis pertinet, *vid. laudatus Knipschild. lib. 1. c. 12. n. 58.* quas leges, quamvis juri communi contrarias camera, quoque imperialis servare tenetur. *Mev. ad jus Lübec. quæst. prælim. 1. n. 39.* Testamenta igitur secundum has leges condita quamvis imperfecta quoque sint, a tractatione tamen mea merito remonentur, propterea quod leges hæc atque statuta horum defectum suppleant.

## §. VII.

Neque mihi sermo est de testamentis, quæ per clausulam codicillarem sustinentur. Nam testamenta, quæ per clausulam hanc effectum suum sortiuntur, ipsa lege jubente valere videntur, hæc enim clausula est remedium juris, *arg. l. 29. §. 1. ff. qui testam. fac. poss. l. 12. §. f. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.* Deinde quoque testamenta imperfecta, quæ per clausulam codicillarem salvantur, valere quidem possunt, non tamen ut testamentum, sed ut codicillus, vel legatum, vel fideicommissum, vel ut alia quævis ultima voluntas. *Vid. Lauterb.*

B

colleg.

*colleg. theor. pract. tit. de jure codicillorum §. 17. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. eb. 7. lit. A. Stryck. in usu moderno tit. de jure codicill. §. 9. tanta enim efficacia clausula codicillaris minime pollet, ut efficere possit, quo testamentum cui aliquid deest, tamen valeat ut testamentum: huic accedit, quod clausula codicillaris voluntatis aut personæ defectum non suppleat, vid. Schneidevvin. in §. codicillis 2. n. 15. inst. de codicillis, Cardin. Tusch. tom. 2. pract. conclus. lit. C. conclus. 292. n. 2. De effectu hujus clausulæ codicillaris plura habet Fabius Turretii in singulari tract. de effectu clausula codicillaris. Ex dictis igitur apparet, hæc quoque testamenta a scopo meo abhorrere.*

## §. IIX.

Verum cum quæstio ardua admodum sit multisque difficultatibus implicata, quæ usum præbet indies haud exiguum, an scil. testamentum sit perfectum an vero imperfectum? quoniam ab hujus quæstionis decisione omnis vis atque valor dependet, non abs re fore arbitror, si, antequam ad ipsam testamenti imperfecti adprobationem propius accedo, de testamentis imperfectis in genere quosdam adhuc casus hic apponam. Cum primis autem ipsius testatoris habenda est ratio, hincque primo omnium quæstio oriri poterat: An moribundi testamentum, qui dum ob memoriæ vel virium imbecillitatem, ultimum suum animi judicium amplius proferre non valet, per aliam personam quandam intermediam coram testibus, voluntatem suam exponere curat, prolata autem pro animi sui sententia agnoscere morte vel alio quocunque casu impeditur, sit perfectum, an vero imperfectum? quod enim moribundus testari possit, in aprico est, per l. 15. l. 29. C. de testam. l. 42. §. 1. in fin. de mort. caus. donat. vid. quoque Reusner. de testam. p. 2. cap. 16. n. 5. Lauterb. in colleg. theor. pract. tit. qui testam. fac. poss. §. 36. etiam si jam sit semimortuus, Manz. de testam.

*stam. valid. & invalid. tit. 2. n. 14. Sim. de Præcis de interpr. ult. vol. vol. 1. solut. 4. n. 23.* modo de ipsius sana mente constat, *Reusner. cit. loc. & articulate loqui possit, & hæc est communis Doctorum opinio, prout testatur Vasquius de success. progress. §. 1. n. 95.,* quæ sententia fundamentum suum habet, *in d. l. 15. & 29. C. de testam. vid. Brunnem. ad d. l. 15. n. 5. conf. quoque Berlichius p. 3. conclus. 6. n. 4. seqq.,* qui inter tria ista, quæ requirit, ut moribundi testamentum sit perfectum vel valeat, etiam vult, ut testator articulate & intelligibiliter loqui possit, & ita gesta paucis etiam verbis saltem approbare. Et *Dn. Stryck. in usû moderno tit. 9. testam. fac. poss. §. 4.* illud hodie adhuc ita in praxi observari tradit. De eo igitur solummodo dubitatur, si testator agonizans ultimam suam voluntatem ipse proferre non amplius valeat, & per intermediam personam ordinata insuper approbare morte prohibeatur, an hujus testamentum sit perfectum? asserendum hic esse videtur cum *Ferdin. Christoph. Harprechto in tract. de testamento ratione voluntat. imperfecto. tb. 12.* tale testamentum esse imperfectum: quamvis enim in hoc casu testamentum plene sit confectum, omnesque adhibita sint solennitates, quia tamen ipse testator hoc non fecerit, & nulla ultima voluntas debeat pendere ab alieno arbitrio, *l. 32. pr. ff. de hered. instit. necessario* requiritur, ut ea quæ facta sunt confirmet, & pro animi sui sententia agnoscat. Et hoc quoque ita sancitum reperimus, *in ipsis recess. imper. Colon. de anno 1512. tit. von Testamenten / §. und es gehöret zu einen jederi Testament.* Itemque *in §. sequenti* requiritur, ut testamentum testatori prælegatur, quod sane nihil quam novam ipsius testatoris approbationem hic desiderari arguit. Et in simili fere casu testamentum, propter defectum approbationis ab ipso testatore factæ, nullum quoque fuisse declaratum, legimus *apud Richter. vol. 2. conf. 174. n. 7.*

Pari quoque ratione testamentum imperfectum erit, si testator per clamorem illorum, qui ipsi ab intestato succedere cupiunt, voluntatem suam plene exponere impediatur, prout ita decidit hunc casum, *Marc. Ant. de Amat. dec. 15. n. 13. laudatus Harprecht in d. tract. th. 2. n. 4.* idque ratione sua haud destituitur. Cum enim per inopportunas sollicitationes presentium testatori voluntatis libertas adimatur, ut adeo plene illud absolvere non possit, quod quidem in animo habet, testamentum hoc neutiquam voluntas plena & absoluta dici potest: & in hanc rem consentiunt, *Mantica de conjeet. ult. vol. lib. 3. tit. 20. n. 2. Manz. de testam. valid. & invalid. tit. 3. qu. 7. n. 2. Harprecht. cit. loc. th. 1. n. 3.* pluribusque aliis locis. Simile quoque iudicium est, de testamento metu, dolo, vel blanditiis extorto; res enim jam expedita est, talia testamenta esse imperfecta, *vid. Peck. de testam. conjug. lib. 1. c. 9. n. 1. Cothm consil. 27. n. 141. vol. 1. Colleg. jur. Argent. tit. 1. si quis aliq. testari prohibuerit. n. 8. Lauterb. in colleg. theor. pract. eod. tit. §. 7. & seqq.* Voluntas enim in testamento debet esse libera, *l. 1. C. de SS. eccles.* nihil autem libertati voluntatis magis est contrarium, quam vis & metus, *l. 116. ff. de R. J.* quo etiam dolus & blanditiæ referendæ sunt. De blanditiis quidem dubitari poterat, has liberam voluntatem non impedire, per *l. 3. C. si q. aliq. testari prohib.* cum in testatoris arbitrio positum sit, an blanditiis locum dare velit nec ne: Verum resp. quandoque tales circumstantiæ concurrunt, quæ omnino liberum arbitrium adimunt, qualis casus reperitur in notabili *l. 4. ff. de inoffic. testam.* quibus non concurrentibus secus sese res habet. *Vid. Berlichius part. 3. conclus. 7. n. 37. conf. quoque Sam. Stryckii diss. de jure blanditiarum.* De metu adhuc illud addendum, quod quamvis metus non regulariter præsumatur, *l. f. ff. quod metus causa,* magna tamen con-



conjectura colligatur de illato metu exinde, si tyrannus in testamento hæres sit institutus. *Manz. de testam. valid. & invalid. tit. 3. qn. 1. n. 62. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 7. n. 3.*

§. X.

Controversia inter Doctores famosa admodum est; an legata & fideicommissa, quæ testator adhuc testamento suo cæteroque perfecto addere voluit, sed casu quodam impeditus haud potuit, testamentum reddant imperfectum? negant hoc quidam, plurimi vero affirmant. Negantium sententia cum primis confirmatur, per l. 1. §. 3. ff. de hered. instit. ex qua lege utique colligi potest, legata & fideicommissa non esse partem substantialem testamenti, cum absque legatis testamenta quoque perfecta condi possint, illa enim dicitur pars sine qua totum consistere nequit, l. 242. ff. de V. S. Sunt etiam, qui in l. 25. ff. qui testam. fac. poss. quidquam præsidii sibi collocatum esse putant, quando ex hac lege probare conantur: Testamentum tum demum esse imperfectum, quando certum est, testatorem plures hæredes adhuc instituere voluisse; non vero si hæredibus jam institutis legata solummodo ordinare apud animum constituit. Verum huic objectioni jam satisfecit *Dn. Harprechtus in tract. suo de testamento ratione voluntatis imperfecto th. 18.* ostenditque potius contrarium ex hac lege probari posse; & hæc est communior magisque recepta opinio, prout apparet si inspiciatur *Nicolaus Rensnerus de jure testamentorum part. 6. c. 7. n. 8.* qui autores hujus sententiæ ibi cumulat. Neque etiam obstat, quod testamenta nihilominus possint esse perfecta, etiam si nulla in iis legata relicta sint, hoc enim ambabus largior manibus; interim tamen, si res expedita est, testatorem legata in testamento suo ordinare voluisse, & morte vel alio quocunque casu præventus non potuit, testamentum propter defectum

legatorum erit imperfectum, quoniam hac ratione legata evadunt pars testamenti, quippe quæ addere vel non addere in merito testatoris arbitrio positum erat. *vid. ea, quæ Vasquius de success. creat. lib. 2. §. 17. requirit. 28. n. 108. tradit.* Et hæc sententia vera est, etiamsi unicum legatum saltem desit, quod testator adhuc addere voluit, ita ut totum testamentum ea propter imperfectionis vitio laboret. *Vid. Merenda controvers. jur. lib. 4. c. 48. per totum;* ubi omnes contrariam opinionem defendentes solide refutat. *Conf. quoque Dn. Otto in notis ad Manz. tit. 3. qu. 7. n. 12.*

## §. XI.

Testamentum quoque redditur imperfectum, si personæ istæ hæredes non sunt institutæ, vel exhæredatæ, quæ quidem in legibus nominatim institui vel justa ex causa exhæredari jubentur; quales sunt liberi & parentes, prout apparet *ex novell. 115. c. 3. & 4.* Huc quoque referuntur fratres, si scilicet personæ infames in fratris testamento hæredes institutæ sint, quod si enim hoc non factum sit, ex quacunque causa fratres sororesque exhæredari vel præteriri possunt. *Per §. 1. inst. & l. 27. C. de inofficios. testam. vid. ibidem Salicet. conf. quoque Lauterb. colleg. theor. pract. tit. de inofficios. testam. §. 22. it. Struv. S. I. C. eod. tit. pag. 620.* neque dubitandum est, harum personarum præteritione testamentum fieri imperfectum, cum in ipsa hæredis institutione, quæ caput & fundamentum totius testamenti est, §. 34. *inst. de legat. l. 9. ff. de testam. l. ult. ff. de jur. codicill.* hic defectus quidam reperiat, quippe quæ non facta est in hoc casu secundum normam a legibus præscriptam. Quæstio igitur oriri poterat, an frater infamis, vel levi macula laborans, cui alia persona ejusdem conditionis in testamento prælata est, testamentum reddat imperfectum? asserit hoc *Struvius paulo ante citato loco, idque arg. d. l. 27. juncta novell. 22. c. 47.*

Verum

Verum aliis videtur ex dictis textibus nihil quidquam colligi posse, quod ad istam sententiam defendendam conducat, indeque contrariam veriore & communiorem amplectuntur, per l. 11. C. de inoffic. testam. & novell. 113. c. 3. §. 10. Nihil enim habet, quod alteri objiciat, cum quæ improbat in aliis, per proprios mores approbare censetur, vid. Donell. 5. c. 15. Vinn. ad §. 1. inst. de inoffic. testam. Manz. de testam. valid. & invalid. tit. 10. qu. 20. n. 7. Stryck. de cautel. testam. c. 16. §. 12. L. B. de Lyncker. in comm. ad t. de inoff. test. §. 8. Lauterb. in diss. de singulari fratrum jure memb. 2. §. 24.

## §. XII.

Non exigui momenti dubium esse videtur, in casu, quando testator quidem testamentum suum plene conscripsit, interim vero dum testes vocantur, morte defungitur; an tale testamentum sit imperfectum ratione voluntatis, an vero ratione solennitatis? quod enim tale testamentum sit imperfectum, de hoc nemo ambigere potest per ea, quæ habet Müller. in addit. ad Struvii S. I. C. tit. de injust. rupt. & irrit. fact. testam. p. 708. Videri alicui poterat testamentum in hoc casu esse imperfectum ratione solennitatis, quoniam hic testes adhibiti non sunt, quorum tamen adhibitio maximam testamentorum solennitatem constituit, quod si enim omissio subscriptionis & subsignationis testium, in l. hac consultissima 21. C. de testam. peculiari imperfecti nomine appellatur; multo magis id de ipsa testium adhibitione dicendum erit, ideoque dubitandum non est, testamentum hoc ratione solennitatum esse imperfectum. In qua re consensum omnium DD. ad instituta & digest. ostendere possem, nisi res esset sole clarior. Verum dicendum quoque est, hoc testamentum ratione voluntatis esse imperfectum. Nam inter reliqua testamenti ratione voluntatis imperfecti criteria, hoc quoque occurrit, quando testator ipse suam voluntatem

tatem pro perfecta nondum habet. *Vid. Harprecht. in tract. suo de testam. ratione volunt. imperfecto, ib. 1. n. 3.* Lex enim a testatore dependere vult, an & quando testamentum absolutum & perfectum sit, *Ant. Merenda. controvers. jur. lib. 4. c. 48. n. 1.* At vero in casu jam a me decidendo certum est, testatorem suam voluntatem nondum pro perfecta habuisse, quia testes vocari iussit, neque etiam pro perfecta habere potuit, propterea quod lex talem voluntatem pro imperfecta agnoscit, a cujus iudicio solennitates testamentorum magis quam a testatoris voluntate dependent: *l. 4. ff. qui testam. fac. poss.* & quamvis vel maxime solennitatis defectus hic sit conspicuus, hic tamen solennitatis defectus talis est, qui profectus est ex defectu voluntatis, prout ita in simili fere casu loquitur *Dautb. ad l. 25. n. 3. in addit. marginal.* imo vero quadrat huc quoque ratio quam tradit *Barry de success. lib. 10. tit. 15. n. 1.* quod scilicet ea, quæ in casu præsentis hactenus a testatore gesta sunt, potius præparatio quædam ad testandum, quam ipsum testamentum dici possint. Dubium igitur nullum erit, quod testamentum hoc supra memoratum ratione voluntatis quoque sit imperfectum. Idque præiudicio quodam, quod habet *Ferdin. Christoph. Harprecht. sapiens cit. loco th. 45. amplissima Facultatis Juridica Tubingensis, de anno 1661.* confirmatur, ubi JCI Tubingenses deciderunt, tale testamentum testatoris voluntate carere, adeoque pro imperfecto sive invalido esse habendum.

## §. XIII.

Verum enim vero non defectus tantum solennitatum testamentum reddit imperfectum; sed etiam nimix solennitates adhibita illud efficere possunt. Equidem regula alias vulgaris est: quod cautela superflua vel abundans non noceat, *l. 17. C. de testam. l. 94. ff. de R. I. l. 65. ff. de V. O. Stryck. de cautel. testam. c. 15. §. 31.* sic parens præterquam, quod totum suum testamentum

mentum propria scripsit manu, si illud insuper etiam subscribat, testamento suo nihil vitii affert, *Reusnerus de testam. part. 2. c. 4. n. 15.* talem quoque casum habet *Menochius lib. 4. praesumpt. 2. n. 16.* ubi testator quidem ob adhibitam testamenti in scriptis formam videri poterat, in scriptis voluisse testari, verum cum tamen deinceps nuncupativum saltem faceret, hæc superflua adhibita solennitas non impedimento fuit, quominus testamentum omni vitio careret. *conf. quoque Ferdin. Vasquius de success. creat. lib. 2. §. 11. per totum fere,* cum primis autem *n. 12.* Favor enim ultimarum voluntatum tantus est, ut in dubio potius pro conservandis, quam destruendis testamentis pronuntiandum sit. *Vid. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. tb. 1. lit. I.* Putat quidem *Treutlerus vol. 2. disp. 10. tb. 1. in notis. lit. K.* omne testamentum scriptum deficientibus scripti testamenti solennitatibus, fieri nuncupativum, quod tamen merito negat *Bachovius*, simulque refutat *Treutlerum cit. loc.* nam si de testatoris intentione certo constat, eundem in scriptis testari voluisse, minime testamentum illud factum tanquam nuncupativum valere potest. *Vid. Reusnerus p. 3. c. 29. n. 10.* Quod ad casum istum attinet, si quis testamentum fecerit nuncupativum & septem adhibuerit testes, unus autem ex testibus istis forte subscripserit instrumentum a Notario super testamentum illud confectum, hæc superflua ab uno testium adhibita solennitas testamentum non reddit imperfectum, contrarium licet asserat *Reusnerus p. 3. c. 29. n. 16.* Præsumptio enim in qua argumentum suum est collocatum, hic tanta non est, ut favorem ultimarum voluntatum destruere possit, neque *ex l. ista 12. C. de testam.* quam pro sententia sua firmanda allegat, per legitimam consequentiam illud probari poterit, quod quidem *Reusnerus* ex illa colligere vult: Nam *d. l. 12.* loquitur de testamento, in quo aliquid cancellatum vel deletum est, prout apparet,

paret, si ipsa lex inspiciatur, adeoque huc minime applicari potest. *Vid. quoque Brunnemannus ad d. l. 12.* verius itaque est, hanc cautelam superfluam minime testamento obesse. Imo vero *Dn. Stryck. de cautel. testam. c. 15. §. 45.* monet, utile esse si testes instrumentum illud subscribant, quamvis non sit necessarium. Etsi vero in jamjam enarratis casibus, & plerisque aliis supra memorata regula firma atque vera est, in quibusdam tamen fallit, id quod duobus saltem exemplis declarabo: primum exemplum est, si testator Notarium testamento suo adhibuit, neque tamen illud publicavit, testamentum per superfluam hanc cautelam fieri imperfectum, dicit *Mantica de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 4. n. 6.* quoniam hic testator præsumitur publicari testamentum suum voluisse; secundum exemplum esto, quod habet *illustr. Stryckius in sapius laudato tract. c. 2. §. 10.* si scilicet testator præmisit intentionem suam, se velle testamentum condere, si postea forte circa solennitates quidquam commiserit, neque clausula codicillaris adjecta reperitur, testamentum propter superfluam hanc cautelam imperfectum existit, & effectu atque valore suo caret. Quod si enim hæc cautio non fuisset ommissa, si non valuisset ut testamentum, tamen ut alia quædam ultima voluntas valere potuisset. Innumera quidem adhuc exempla testamenti imperfecti hic afferre possem, verum cum temporis ratio simul atque scopus, quem in hoc tractatu conscribendo mihi proposui, ab hoc labore me avocent, pauca hæc scripsisse sufficiant. Interim tamen de modis, quibus testamentum dicitur imperfectum ratione ipsius voluntatis conferri meretur *Barry de succession. lib. 10. tit. 15.* itemque *Menochius lib. 4. præsumpt. 5.* qui sex enumerat casus, quibus testamentum ratione voluntatis dici potest imperfectum: *Conferri quoque meretur sapius jam laudatus tract. F. C. Harprechtii de testamento ratione voluntatis imperfecto*, qui exempla cumulavit.

Exem-

Exempla testamentorum ratione solennitatum imperfectorum refert quatuordecim, *Vasquius de success. creat. lib. 2. §. 11. n. 57. usque 66.* quamvis aliis iterum locis plura enumeret. prout observat *Dauib. de testam. tit. quotuplex testamentum. n. 125.* Jam igitur accedo ad caput secundum.

CAP. II.  
DE  
TESTAMENTI IMPERFECTI AP-  
PROBATIONE.

Quando supra in capite antecedenti hanc partitionem feci, quod scilicet testamenta sint imperfecta vel ratione voluntatis, vel ratione solennitatis, ut eo distinctius procedam, hoc ipsum caput in duas sectiones dividere placet.

SECTIO I.  
*De approbatione testamenti imperfecti ratione voluntatis.*

S U M M A R I A.  
§. I. Afferitur, quod testamentum ratione voluntatis imperfectum sit ipso jure nullum, simulque hujus assertionis ampliationes & restrictiones adduntur. §. II. Qu. quando testamentum ratione voluntatis dicatur imperfectum & unde illud cognosci possit? cum semper presumatur perfectum. §. III. Differitur de testamento prodigi. §. IV. Agitur de testamento filii familias. §. V. Disquiritur de eo casu, quando pater, qui testamentum inter liberos fecit, & personam adhuc extraneam addere vult, morte impediatur. §. VI. Agit de testamento implicito seu relato. §. VII. Continet casum, ubi legatum, quod testator adhuc addere intenderat, incapaci relictum fuisset. §. IIX. Dicitur  
C 2 quid

quid circa testamentum cancellatum obineat. § IX. Qu, quando in dubio consulto, facta videatur cancellatio? item asseritur, favore libertatis testamentum delerum pro non delero haberi, legata quoque & fideicommissa ex testamento cancellato semper deberi.

## §. I.

QVamvis in nullo juris articulo condendo, quam quidem in materia testamentaria veteres legumatores majori cura atque diligentia usi sint, ut omnibus fraudibus atque falsis machinationibus ansa prariperetur, idque ex hac solummodo ratione, ut homines eo certiores essent, fore ut extrema eorum judicia exoptatum consequerentur exitum; nam naturali æquitati nihil magis convenire viderur, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi, prout loquitur *Imperator in §. 40. inst. de rerum divisione & Jctus Gajus in l. 9. §. 3. ff. de acquir. rer. dom.* idque non tantum de translatione quæ inter vivos, sed etiam de ista, quæ propter mortis cogitationem fit, dicendum est, *l. 1. C. de SS. eccles.* propterea quod singulare mortalitatis solatium in eo quoque positum est, ut quis vivus bona sua in eventum mortis transferre possit in eum, quem plurimum amaret. *Vid. L. B. de Puffendorf. in libello suo aureo de officio hom. & civis lib. 1. c. 12. §. 13.* non tamen illud efficere potuerunt, ut, si in ista suprema hominum ordinatione, circa ipsam voluntatem testatoris defectus quidam appareret, quacunque etiam ratione ista valere possit: Testamentum enim ratione voluntatis imperfectum sine dubio nullum est, quia voluntas imperfecta non est voluntas, *arg. l. 11 in fin. C. de his quib. ut indign. vid. Cardin. Mantica de conject. ult. vol. lib. 3. tit. 20. n. 1. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disput. 10. ib. 8. lit. A.* Voluntas vero est, a qua omnis valor testamenti dependet, *l. 35. §. 3. in pr. ff. de hered. inst. l. 19. in pr. ff. de condit.*



dit. & demonstr. qua igitur deficiente totum testamentum corruat, necesse est. *Vid. Reusnerus de testam. p. 4. c. 6. n. 3. Richt. ad auth. quod sine C. de testam. n. 9. Gail. 2. observ. 114. n. 2.* Et hæc quoque est ratio, quare ex testamento ratione voluntatis imperfecto, ne legata quidem & fideicommissa jure civili valeant, *l. 29. ff. qui testam. fac. poss. l. 139. S. 1. de R. I.* Jure patrio Lübecensi secus sese res habet: Hoc enim jure legata in scripturam redacta non quidem omnia valent, ubi testamentum ratione voluntatis est imperfectum, valent tamen eo in casu, cum ex hæredum contradictione orta disponendi mora, & superveniens testatoris obitus testamentum reddidit imperfectum, id quod apparet *ex art. 4. tit. 1. part. 2. rationem addit, Mev. ad d. l. n. 26.* quia contradictio ista tantum hæredis institutionem concernit, non vero legata, ideoque statutum præsumit, quoad hæc voluntatem durare, licet quoad institutionem mutata reperiatur. Ex pari etiam ratione testamentum ratione voluntatis imperfectum, ne quidem inter liberos valet: quamvis enim hæc dispositio valde privilegiata sit, ita ut quocumque modo valeat, modo de veritate constet, quid testator voluerit; in hoc enim testamento non juris civilis solennitas, sed jus gentium solummodo attenditur. *Gail. 2. observ. 112. n. 2. & 6. 3.* voluntas tamen certa & plena adesse debet. *arg. l. 21. §. 1. C. de testam.* ibique *Gothofredus. vid. quoque Ludvvell. de ult. vol. p. 2. c. 3. p. 336. Barry de success. lib. 1. tit. 3. n. 12. Mev. ad J. L. part. 2. tit. 1. art. 2. n. 28. Vasquius de success. creat. lib. 3. §. 21. limit. 7. n. 62.* neque ad pias causas valet, prout arbitratur *Ludvvell. de ult. volum. p. 1. c. 4. p. 79.* cum nullus favor causæ datur, ubi defectus adest in ipsa voluntate, *Cardin. de Luca. theatr. verit. & just. 17. de testam. disc. 14. n. 10.* contrariam enim sententiam hic defendendam sumo *cum Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. th. 6. lit. I* quod scilicet legata ad pias causas quo-

sharb

C 3

que

que valeant ex testamento ratione voluntatis imperfecto, modo constet quid testator ad pias causas legaverit, prout ita distingui refert *Reusn. de testam. p. 6. c. 6. n. 8.* in quam rem quoque consentit jus Lübecense, ita enim sancitum reperitur *in art. 13. tit. 1. part. 2.* ubi verba expressa: *Unangesehen/ dasi etliche Testamente aus rechtmäßigen Ursachen/ und aus Mangel der gebührenden Requisite/ nicht confirmiret werden können/ so sollen doch nicht destoweniger die Legata zu Gottes Ehren und milden Sachen gegeben/ die Testamentarien zu bezahlen schuldig seyn.* *Conf. quoque Mevius ad cit. loc.* prolixius hanc materiam de legatis ad pias causas hic deducere superfedeo, quoniam id ante me jam egit *Vir Consultissimus Dn. Johannes Rodde, Civis ac Patronus meus cum primis estimandus, in dissertatione sua eruditissima inaugurali, que sub Præsidio Excellentissimi Dn. Schröteri ventilata est, cui tit. de legatis ad pias causas c. 6. §. 2.* Illud adhuc addo, clausulam codicillarem cujus supra jama mentionem feci in capite antecedenti, nihil huic voluntatis defectui medelæ adferre, quippe quæ tantum illud operatur, ut solennitatum defectus testamenti valorem ne imminuat, *l. 1. ff. de codicillis.*

## §. II.

Verum cum inter omnes constet hunc voluntatis defectum minime præsumi, quoniam in dubio testamentum semper perfectum esse intelligitur ratione voluntatis. *Mantica de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 4. n. ult.* nemo enim præsumitur plura habere in corde quam ore expresserit. *Dauth. de testam. in explicatione l. si quis 25. de testam. n. 5. Rota rom. p. 2. d. 173. n. 3.* hocque etiam procedit, etiamsi post hæredis institutionem impedimentum quoddam supervenerit, *Mantica paulo ante cit. loc.* hinc quæstio ista tanquam præliminaris, antequam ad ipsam testamenti imperfecti adprobationem accedam, adhuc decidenda

denda erit, quando testamentum ratione voluntatis imperfectum dicatur? dicendum autem est, quod testamentum ratione voluntatis perfectum sit, quando testator illud ipse pro perfecto & absoluto habuit; hinc a contrario conclusio valet, quod testamentum tum ratione voluntatis sit imperfectum, quando circumstantiæ demonstrant, testatorem voluntatem suam nondum pro absoluta habuisse, sed eundem adhuc aliquid voluisse addere: Et hæc est doctrina *Labeonis in l. 25. ff. qui testam. fac. poss. ubi si is*, inquit, *qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutisset, magis coepisse is testamentum facere, quam fecisse videtur.* Et hunc omnes omnino DD. hac in re unanimiter sequuntur, quos hic apponere superfluum duco. Quia autem hæc regula generalis nondum omnem rem conficit, sed variæ circumstantiæ rem novis difficultatibus includere possunt, hæc quoque secundum monitum *Dn. Ferdin. Christ. Harprechtii in tract. suo de testamento ratione voluntatis imperfecto ib. ult. n. 23.* probe erunt notandæ.

§. III.

His itaque cognitis, jam demonstrandum mihi erit, testamenta etiam ratione voluntatis imperfecta, sæpius adprobari. Cumque ex primis juris regulis constet, non omnes omnino personas testamenta facere posse, sed eos saltem, qui specialiter non prohibeantur, *pr. inst. quib. non est permiss. fac. testam. l. 5. ff. qui testam. fac. poss. l. 43. ff. de vulgar. & pupillar. substit.* *Schneidewin. add. pr. inst. quib. non est, permiss. fac. testam.* prodigorum filiorumque familias testamenta ad tractationem meam referenda esse puto, quoniam circa hæc singularia quædam occurrunt. Quod igitur ad prodigos attinet, quibus bonis est interdictum, apertissimi juris est, quod tales testamenta facere non possint, prout apparet ex *§. 2. inst. quib. non est permiss.*

miss. fac. testam. l. 18. ff. qui testam. fac. poss. l. 40. ff. de R. I. hi enim cum rebus suis præesse minus idonei sint, quod ad bona ipsorum attinet, ut loquitur *JCtus Ulpianus*, furiosum faciunt exitum. l. 12. §. fin. ff. de tut. & curat. dat. & furiosis cumprimis, quod ad materiam testamentariam attinet æquiparantur. d. §. 2. inst. quib. non est permiss. fac. testam. vid. *Lauterb. collegium theor. pract. tit. qui testam. fac. poss. §. 34. Arnold. Vinnius ad d. §. 2. inst. quib. non est permiss. fac. testam. Mev. ad jus Lübes. part. 1. tit. 7. art. 6. n. 29. Stryck. de cautel. testam. c. 3. §. 27.* Testamenta igitur horum, ratione voluntatis imperfecta esse, exinde facile probari posse arbitror. Nam quamvis probari quidem haut possit, prodigos mente omnino carere, quia tamen illud certum, mores atque iudicium illorum ita corruptum esse, ut exinde impediatur negotia sua ita disponere, quo ipsis expediat, *Hüb. in prat. vol. 1. tit. quib. non est permiss. fac. testam. n. 3.* necessario inde fluit, prodigos libertate voluntatis minime uti. In quibus autem testamentis condendis voluntas libera non adhibetur, illa imperfecta sunt ratione voluntatis. *Reusnerus de testam. part. 6. c. 6. n. 1. Mantio. de conject. ultim. volunt. lib. 1. tit. 3. n. 10.* Verum non obstante hoc voluntatis defectu, prodigorum testamenta sapius tamen adprobantur, Sic primo omnium testamentum prodigi adprobatur, si testamentum suum fecerit, antequam ipsi bonis interdiceretur a magistratu. *Jul. Clarus. recept. sent. §. testam. qu. 33. n. 1. Colleg. Jur. Argent. lib. 28. tit. 1. th. 9. n. 4. Thomas Maulius in tract. suo de ultim. volunt. lib. 1. tit. 2. n. 40.* quamvis enim jam tum perversos istos mores obtinuerit, non tamen de ipsius prodigalitate certo constat, adeoque usque dum pro prodigo declaratur, illud ipsi concedendum est, quod omnibus licet. Deinde quoque ipsius testamentum approbatur, si posteritati suæ bene prospexerit, si scilicet instituat hæredes ab intestato venientes, vel alio

alio quocunque modo utiliter disposuerit, etiamsi bonorum interdictio sit facta: hocque probatur *per novell. Leonis 39. Hilliger in Donell. l. 6. c. 5. lit. O.* nam quia in utilitatem reipublicæ atque ipsius prodigi bonorum interdictio facta est, ne scilicet bona sua prodiga alienatione consumat, hac ratione cessante ipsa interdictio cesset necesse est. Sed cum in praxi dubium videatur, *Dn. Stryckius* consultius esse monet, si apud principem de dispensatione imploratio fiat. *Vid. Stryck. de caut. testam. c. 3. §. 29.* Denique casus hic omittendus non est, quem refert *Huberus ex Sandio*, ubi propinqui testatoris cujusdam, quibus testamentum prout optaverant factum erat, ne autem testator facultatem mutandi testamentum haberet, interdictionem bonorum ipsi procurabant. Cum autem testator nihilominus testamentum mutaret, ita ut cognatis quidem hæredibus institutis, plura legata pauperibus faceret, hæc ultima dispositio a curia approbata est. *Vid. Hub. prel. ad tit. ff. q. testam. fac. poss. n. 3.*

## §. IV.

De filiis familias quoque indubitati juris est, eosdem testari non posse, ne quidem patre consentiente, ita enim expresse loquitur *Gajus in l. 6. pr. ff. q. testam. fac. poss. Qui in potestate parentis est, inquit, testamenti faciendi jus non habet, quamvis pater ei permittat.* Cui consentire videtur *l. 16. ff. q. testam. fac. poss. §. l. 3. §. 1. C. eodem.* rationem reddit *Ulpianus in fragm. tit. 20. §. 9. de testam.* quia nihil suum habet. Quæ ratio juri antiquo omnino adæquata est; quicquid enim olim acquirebant, patri acquirebant, *§. 1. inst. per quas person. cuique acquir. conf. Vinn. ad inst. tit. quib. non est permiss. fac. testam. in pr. n. 1. Bachov. ad Trentl. vol. 2. disp. 10. th. 2. lit. C.* sed ne patre quidem consentiente ipsis testamenta facere permittitur, prout apparet *ex d. l. 6.* cujus ratio hæc est, quia testandi facultas non

D

a pa.

a patris arbitrio dependet, ideoque cum hac prohibitio testandi publicis legibus introducta, frustra patris consensus hic imploratur, *l. 38. ff. de pactis l. 55. ff. de legat. 1. vid. Lanterb. colleg. theor. pract. tit. 9. testam. fac. poss. §. 31. vid. Vinn. paulo ante cit. loc. n. 2.* De peculio tamen castrensi vel quasi castrensi omnino testamentum condere ipsis concessum est, *pr. inst. quib. non est permiss. fac. testam. l. f. C. qui testam. fac. possunt.* ibique *Brunnemannus n. 1.* quia autem cum de peculio castrensi vel quasi castrensi testantur, habentur pro patribus familias, *l. 2. ff. de SCto. Macedon.* illud huc non pertinet: interim tamen hæc omnia per univetsam fere Germaniam adhuc hodie ita observari testatur *Dn. Stryck. in usu modern. tit. 9. testam. fac. poss. §. 5.* Verum adhuc alia quædam ratio est, quare filiusfamilias testamentum facere nequeat, quia scilicet in hujus testamento defectus quidam voluntatis reperitur, *Jason. in l. 1. §. 2. n. 22. ff. de V. O.* cum enim propter patriam potestatem filiusfamilias libertate voluntatis uti impediatur, testamentum hoc voluntate testatoris destitui omnino dicendum est; nam voluntas testatoris non debet pendere ab alieno arbitrio, *l. 32. ff. de hered. instit. & ipse Ulpianus in l. 4. ff. de R. I. asserit, quod velle non credatur, qui obsequitur imperio patris.* Duæ igitur rationes sunt inquit *Vasquius de success. progressu lib. 1. §. 1.* propter quas filius testari veratur: prima ne patri fiat præjudicium, qui filii bona jure peculii si is decederet, capere posset, altera, ne testamentum filii a patris arbitrio & sic ab aliena voluntate dependeret, unde licet pater consentiat & ita una ratio cesset, altera tamen adhuc obstat. Verum non obstante hoc voluntatis defectu, testamentum tamen filiifamilias approbatur, si pietas svadeat; hoc enim in casu de qualicunque peculio ipsi testari permissum est; *Vid. Manzius de testam. valid. & invalid. tit. 2. n. 96. Dn. Stryck. de cautel. testam. c. 3. §. 38. & quidem de pecu-*

peculio adventitio extraordinario ne patre quidem consentiente, *vid. Stryck. cit. loc. vid. quoque Covarruv. tract. de testam. rubric. in fin.* Quod si filiusfamilias sit Clericus de peculio suo quasi castrensi testari minime quoque prohibetur, *vid. Brunne- manni jus eccles. lib. 2. c. 12. §. 16.* nec obstat, quod in cæteris peculiis patris consensum filiusfamilias ad pias causas testaturus requirere debeat; nam in favorem piæ causæ tale testamentum nihilominus valet, prout communis est Doctorum sententia, *Cardinal. de Luca tom. 4. disc. 34. n. 6.* neque pia causa debet sentire detrimentum ex dispositione juris civilis, prout monet *Anton. Perez. ad tit. C. q. testam. fac. poss. n. 7.*

§. V.

Sed hæc de personis; quod ad ipsam hæredis institutionem attinet, nemo asserere dubitabit, testamentum ratione voluntatis esse imperfectum in casu ubi parens, qui testamentum privilegiatum inter liberos fecit, & postquam omnes hæredes instituit, & extraneam adhuc personam addere destinavit, morte impeditur: illud enim jam evictum habeo ex principio isto supra in §. II. hujus capituli inculcato; cum enim in casu modo enarrato testator aliquid aliud adhuc disposuisse certum est, nisi mors ipsi vitam eripuisset, priusquam illud quod in animo habebat posset efficere, ulteriori demonstratione, quod scilicet hoc testamentum ratione voluntatis sit imperfectum, hic opus non erit. *Conf. de hac materia F. C. Harprechtii tract. acad. de admixtione personæ extraneæ in dispositione parentis inter liberos per tot.* Quando igitur indubitatum est testamentum in casu præsentis esse ratione voluntatis imperfectum, jam adhuc inquiram, an valeat, an vero sit invalidum? Apparet autem ex l. 21. §. 1. C. de testam. junctâ l. fin. C. Famil. Ercisc. ex ipsissimis imperatoris Theodos. & Valent. itemque Constantini verbis, quod tale testamentum, quoad liberos omnino valeat,

quoad personam vero extraneam nullum sit. Etenim pietati & reverentiæ parentibus a liberis debitæ repugnat, testamentum parentum ideo impugnare, quod solenne non sit, & favor liberorum quoque exigit, tale testamentum quocunque modo valere, *arg. Novell. 107. in pr.* quod tamen cave, ne ita accipias, ut singularia ista, quæ *in cap. 1. ejusdem novelle, & in auth. quod sine C. de testam.* reperiuntur præscripta, hinc excludantur, nam annus & dies, itemque liberorum nomina, ut & uncia in quibus instituuntur exprimendæ sunt; id quod in praxi ita observari præjudiciis quibusdam confirmat *illustr. Strzyk. in usu moderno tit. de testam. milit. §. 8. vid. quoque Hartmann. Pistor. lib. 1. quest. 2. n. 1. & 14.* qui refert Scabinos Lipsienses, testamentum patris propter omissionem diei pro invalido pronunciasse. In aliis testamentis secus sese res habet, quod si enim non plura, quam unum testamentum producantur, appositio diei & temporis non requiritur *in l. 21. C. de testam. per tradita Conrad. Rittersbusii ad novell. p. 6. c. 2.* Merito igitur illud privilegium, quod in favorem liberorum patri testanti concessum est, ad extraneos extendi non debet, adeoque si extranea persona admisceatur omnino legitimæ solennitates debent adhiberi *per d. novell. 107. c. 1. Carpz. 3. c. 4. d. 19. & 20.* Supra itaque memorata *lex 21. §. 1. C. de testam.* quamvis casum præsentem omnino non decidat, illud tamen ex illa colligendum est, si extranea persona dispositioni parentum inter liberos jam addita, efficere nequeat, quod illud testamentum corruat, multo minus talis persona nondum addita illud efficiet. Neque obstat in casu præsentis adesse defectum voluntatis, nam dispositio quoad liberos omnino perfecta erat, deque ea certe & omnino constabat, adeoque merito illud testamentum, licet respectu habito ad personam extraneam, imperfectum approbatur & valore suo haud destituitur, nam voluntas testatoris ita cumprimis



mis debet explicari, ut magis valeat, quam pereat. *Mantica de conject. ultimar. volunt. lib. 3. tit. 2. n. 10.* Quod vero personæ sint extraneæ, quæ non habentur in numero liberorum, nullum amplius dubium habet. *Vid. Mev. ad jus Lübec. part. 2. tit. 1. art. 2. n. 29. & seqq. Stryck. de cautel. testam. c. 10. §. 22.*

§. VI.

Inter omnes quoque constat, testamentum quandoque fieri posse implicitum sive relatum, ut vocant Doctores quando e.g. testator sese refert ad schedulam quandam dicendo: ille hæres esto, quem in schedula in repositorio meo condita & sigillo meo signata, vel codicillis nominavi. Tale enim testamentum valere certum est *per l. 77. ff. de hered. inst. l. 10. pr. ff. de condit. inst. l. 38. ff. de condit. & demonstrat.* & hoc quod d. ll. de hæredis institutione asserunt minus adhuc dubii habet in cæteris, quæ in testamentis ordinari solent. *Conf. Stryck. de cautel. testam. c. 16. §. 24.* De hæredis institutione enim constat, eandem non fieri posse nisi in testamento, quoniam per hanc testamenta a cæteris ultimis voluntatibus discernuntur, *arg. §. 2. inst. de codicill.*, cum reliqua etiam in codicillis & aliis ultimis voluntatibus ordinari possint. Quando itaque testator e. g. dixit, se legare 6000 thaleros, ut sex studiosis quotannis exinde subveniatur ad studia excolenda, addit autem se in schedula quadam mentionem facturum, an studiosi isti theologiæ, an vero juri dediti esse debeant, item cujus ætatis vel conditionis, testatore autem defuncto talis schedula non reperiatur, quaeritur an tale testamentum sit perfectum, an vero ratione voluntatis imperfectum? Posterius hic affirmandum esse videtur *per l. 18. ff. de usufr. legat.* certum enim est, testatorem mentem suam nondum plene declarasse, quamdiu adhuc quædam scribenda in aliud tempus reservavit. Verum cum hæc schedula

non ideo omiffa esse videatur, ut dispositio hæc efferet invalida, cum *Dn. Harprebto in sepius jam laudato tract. th. 24. n. 3.* omnino afferendum esse puto, hanc voluntatis imperfectio- nem testamentum minime reddere invalidum, cum primis cum hæc imperfectio ad circumstantias saltem quasdam pertineat, quæ licet desint, nihilominus de voluntate testatoris, quod ad ipsam summam legati attinet, & ad quosnam illud ordina- tum velit, certo constat: neque obstat *l. 18. ff. d. usufr. legat.* ad hanc enim respondet *Francisc. Barry de success. lib. 2. tit. 6. n. 9. in fin.* institutionem *in d. lege* esse inutilem non tam, quod testator voluntatem suam plene non exposuit, quam quod le- gatariorum personæ incertæ sunt.

## §. VII.

Duplex dubium afferri poterat in casu, ubi testator totum quidem testamentum suum conscripsit, dum autem in eo occu- patur, ut legatum adhuc quoddam addat, idque legatum perso- næ incapaci relinquere destinavit, morte defungitur. Et pri- mo quidem dubitari poterat, an tale testamentum sit imperfe- ctum ratione voluntatis, deinde vero an valeat? Quod ad pri- mum scrupulum attinet, certum est, tale testamentum ratione voluntatis esse imperfectum per ea quæ in antecedentibus sæ- pius jam inculcata sunt, quæ hic repetere inutile est. Neque obstat, quod legata non sint de substantia testamenti, cum abes- se & adesse possint salva testamenti substantia, illud enim dubi- um supra in c. 1. §. VII. hujus tractatus jam fuit remotum. Ne- que etiam obstat legatum in hoc casu personæ incapaci fuisse relictum; notissimi quidem juris est, neminem posse hæredem institui, neque eidem legata relinqui, nisi qui habeat testamenti factionem passivam, §. 24. *inst. de legat. l. 49. §. 1. ff. de hered. inst. vid. Lauterb. colleg. theor. pract. tit. de hered. instit. §. 8. §. 9. §. tit. de legat. §. 6. Bachov. ad Treuth, vol. 2. disp. 13. th. 2. lit. Habn.*

*Habn. ad Wesenb. tit. 2. de legat. n. 2.* adeoque testamenti capax sit, quæ capacitas tribus temporibus requiritur §. 4. *inst. de hered. qualit. & different. l. 59. §. 4. ff. de hered. inst.* Casus exceptos ab hac regula communi refert *Caspar Manzius de testam. valid. & invalid. tit. 6. qu. 8.* At hæc personæ incapacitas, si ita loqui licet, nihil impedit, quominus testamentum pro tali habeatur, quod nondum ex omnibus partibus perfectum est, & cui testator adhuc aliquid addere voluit. Equidem hujus legati, de quo mihi jam sermo est, ommissio, testamentum omni valore minime privare potest. Contrarium quidem defendit *Bartol. ad l. 25. ff. qui testam. fac. poss. n. 6.* itemque *Dautb. ad d. l. 25. n. 3.* Verum non obstante autoritate *Bartoli* affirmativa sententia, quod scilicet hoc testamentum valeat, verior esse videtur: quamvis enim ipse testator suum testamentum pro absoluto nondum habuerit, cum tamen testamentum quoad omnes reliquas testamenti partes perfectum fuerit, hoc legatum, quod etiam si fuisset additum, tamen non substitutum esset, efficere non potest, ut testamentum hoc valorem suum amittat. Et ita quoque hunc casum decedit *Harprecht. sæpius laudato tract. th. 49.*

## §. IIX.

Sed jam de testamento cancellato quædam adhuc addenda erunt, quando autem Doctores in inquirendo, quid circa testamentum cancellatum obtineat, solliciti sunt, communiter distinguere solet, utrum cancellatio consulto facta sit vel inconsulto? quam distinctionem quoque *Ulpianus* inculcat *in l. 1. ff. de his q. in testam. del. l. 2. §. 7. & l. 8. §. 3. de bon. poss. sec. tabul.* consulto autem facta deletio est, sive ab ipso testatore, sive ab alio ejus jussu facta sit. *Struvius S. I. C. tit. de his q. in testam. del. p. 721.* Si igitur consulto facta est deletio, illud quod cancellatum est, effectum non habet, sive legi possit, sive non *d. l. 1. ff. de his q. in testam. del. l. 30. C. de testam. l. 12. C. eod.* inconsulto autem

autem deleta etiam si legi non possint, tamen valent, modo aliunde de veritate illorum constet. *Vid. Ludv. de ultim. volunt. part. 1. c. 6. pag. 172. Colleg. jur. Argent. lib. 28. tit. 4. n. 1. Habn. ad Wesenb. d. tit. & hæc omnia non tantum in scripto sed etiam in testamento nuncupativo, de quo instrumentum confectum est, procedunt. Nam quoniam in instrumento omnis probationis vis testamenti nuncupativi sita est, illud si cancellatum reperitur penes testatorem, totam voluntatem reddit irritam. *Vid. Vasquius de success. creat. §. 13. n. 62. Cum igitur consulto facta cancellatio voluntatis mutationem arguat, certum est, eandem voluntatis quoque imperfectionem in testamento efficere, vid. Ferdin. Vasquius de success. creat. lib. 2. §. 15. n. 113. ubi ipsius verba: Ergo cum ex ipsa cancellatione colligatur defectus voluntatis &c. quoties enim cancellatio vel inductio facta reperitur, testator a voluntate sua priori recessisse præsumitur. *Conf. Cardin. Mantica de conject. ultim. volunt. lib. 12. tit. 1. n. 29. Interim tamen hoc quoque omittendum non est, quod scilicet cancellatio sive deletio non semper testamentum faciat imperfectum, talis enim casus requiritur in l. 2. ff. de his q. in testam. del. ubi testator omnia quidem nomina induxerat, sed adscripsit, se id fecisse, quia unum hæredum offensum habuit, hoc enim in casu ita interpretatio facienda est, ut legata & cohæredum institutio valida existat. *Vid. colleg. jur. Argent. paulo antecit. loc. n. 3. B. Struv. I. I. C. tit. de his q. in testam. del. pag. mihi 720. neque obstat, quod ex illis quæ consulto cancellata sunt, nihil debeatur, prout apparet ex l. 1. pr. ff. d. tit. ibique Cujacius & Duarenus c. 5. quamvis enim cohæredum & legatariorum deletio consulto hic facta sit, non tamen ea intentione facta est, ut eorum institutio invalida esse debeat, quod hic præsumendum est, in dubio enim illa sententia amplectenda est, quæ ad conservationem testamenti conducatur. l. 10. ff. de inofficios. testam.****



*stam. l. 2. de his q. in testam. del. Mantic. de coniect. ultim. volunt. lib. 3. tit. 2. n. 10.*

## §. IX.

Sed ut ad supra memoratam distinctionem revertar, videndum adhuc est, quando testamentum consulto cancellatum præsumatur? Distinguunt Doctores communiter, utrum testamentum apud ipsum testatorem deletum reperiat, vel apud alium? priori in casu utique est in dubio præsumtio, consulto testamentum esse cancellatum, posteriori vero casu non æque, *vid. Ludvvell. de ultim. volunt. part. 1. c. 6. pag. 172. Gilkenius ad l. 12. C. de testam. n. 12. Lauterbach, in colleg. theor. pract. tit. de his q. in testam. del. §. 16.* Verum cum hic varia circumstantia occurrere possint, quæ rem novis difficultatibus includant, merito ad arbitrium judicis hujus quæstionis decisionem esse referendam monet *Dn. Stryck. de cautel. testam. c. 24. §. 45.* Quamvis autem amplectar sententiam Doctorum distinguendum, fatendum tamen est, favore libertatis testamentum semper valere, cum hujus respectu deletum pro non deleto habeatur, prout ita sancitum reperitur *ab Imperatore Antonino in l. 3. ff. de his q. in testam. del.* quod Doctores ad omnes pias causas communiter extendunt. *Vid. Ludvvell. de ultim. volunt. part. 1. c. 6. p. 172.* Deinde quoque legata & fideicommissa utique etiam ex testamento consulto quoque cancellato debentur *l. 3. ff. de his q. in testam. del. vid. Colleg. jur. Argent. d. tit. n. 3.* ex quibus omnibus illud infertur, quod testamentum cancellatum, etsi defectu quodam voluntatis laborat, nihilominus tamen per approbationem quandoque valeat. Varia quidem adhuc de cancellatione huc afferre possem, verum cum chartæ habenda sit ratio, lubens hæc prætereo.

## SECTIO II.

*De approbatione testamenti imperfecti ratione  
solemnitatum.*

## S U M M A R I A.

- §. I. Afferitur quod solemnitas quoque sit de substantia testamenti, & unde illud probari possit, inquiritur, adeoque harum omisso testamentum reddit imperfectum. §. II. Solemnitates distinguuntur in internas & externas. §. III. Disquiritur an testamentum patris etiam valeat, si liberi inaequaliter sine instituti? §. IV. Distinguitur, quod ad liberos naturales & spurios attinet, inter patrem & matrem. §. V. De casu questio est, si voluntas patris inter liberos certa sit, sed solemnitas quaedam juris communis sit omissa v. g. publicatio, an tunc testamentum valeat? §. VI. Agitur de testamento in itinere confecto. §. VII. Adduntur quaedam de testamento conjugum reciproco. §. VIII. Inquiritur an testamentum imperfectum, quod sit per pactum reciprocum a commilitonibus ad bellum pergentibus valeat?

## §. I.

Quando omnia testamenti substantialia enumerat *Job. Dautb. de testam. tit. quotuplex testam.* quorum sex constituit, inter illa quoque de solemnitatibus mentionem injicit, idque non sine ratione. Res enim extra omnem dubitationem posita est, testamenta privatorum esse nulla & invalida, si unica saltem ex istis solemnitatibus desit, quæ quidem leges publicæ singulis testatoribus servanda præscribere, prout illud cognitum atque exploratum habemus *ex l. 12. C. de testam. vid. B. Strubii S. I. C. tit. qui testam. fac. possunt p. 664.* nisi ipsa lex de solemnitatibus quidquam remittat, cujus exemplum habemus in testamento patris inter liberos *in l. 21. §. 1. C. de testam.*

stam. &c. Hinc apparet solennitates non tam ad probationem, quam ad ipsum testamentum constituendum pertinere. *Vid. Reusner. de testam. part. 3. c. 1. n. 3. & 4. itemq; Dn. Otto in notis ad Manz. de testam. valid. & invalid. tit. 4. n. 2.* ubi sane non sine magna admiratione legere haud potui, (quod intransitu dictum sit,) viros quandoq; summos aliorum inventa pro suis vendere, quippe evolvendo Reusnerum inveni Dominum Ottonem singula verba integræ fere paginæ ex Reusnero descripsisse. Ex modo itaque traditis necessario sequitur, ipsam testamenti substantiam solennitates constituere, illud enim substantiale Doctores appellant quod nullo modo abesse potest, & si absit, actus sit nullus. *Vid. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. th. 5. lit. A.* Quæ Doctorem assertio ad testamentorum solennia haut immerito applicatur. Cum autem varia testamentorum genera jure civili hodierno reperiantur (ut solennitates taceam, quas veteres Romani in testamentis suis condendis adhibere debebant,) dum testamenta privatorum sunt scripta vel nuncupativa, solennia quoq; pro variis hisce generibus variant, quod prolixius hic deducere non opus esse censeo, cum hæc nemini sint incognita, qui juris studium saltem a limine salutavit. Quoniam locorum quoque statuta solennitates testamentorum quandoque augent, quandoque vero imminuunt, prout jam supra dictum fuit, illa cum primis attendenda erunt: sic patrio jure, præterquam quod secundum juris civilis præscriptum quis testamentum suum condere potest, compendiosior adhuc testandi via conceditur, quando scilicet coram duobus senatoribus, vel in ipso loco judicii vel etiam ubi testator per adversam valetudinem ibi comparere prohibeatur, domi præsentibus duobus senatoribus testamenti factio permittitur. *Vid. art. 2. tit. 1. part. 2. ibique Mevius n. 113.* Quod si igitur mihi concessum fuerit, prout omnino concedi debet, solennitates esse de substantia testamenti, il-

lud quoque concedendum erit, harum omissionem testamentum reddere imperfectum & invalidum, sed de his mox plura dicendi occasio erit.

§. II.

Solennitates autem istæ, quas testator adhibere debet, duplicis sunt generis, vel internæ, vel externæ: ad internas communiter Doctores referunt hæredis institutionem; externæ sunt, ut testamentum scilicet fiat uno contextu, ut septem adhibeantur testes si scriptum sit, ut testes quoque subscribant &c. Equidem putat *Anonymus quidam*, commodius dici hæredis institutionem potius ad substantiam testamenti, quam ad ejusdem solennia pertinere, qua in re secutus esse videtur *Ludvvelum*, quamvis eundem non nominaverit, qui *in tractatu suo de ultim. volunt. part. 2. cap. 1. pag. mihi 204.* solennitates præter hæredis institutionem non ad ipsam substantiam testamenti pertinere dicit. Verum cum hæc sententia monstrat aliquid alere mihi videatur, neminem mihi vitio versurum putò, si ab auctore isto hac in re dissentiam, non enim pruritus quidam contradicendi mihi calcar addidit, ut hac dissentendi libertate utar, sed veritatis studio solummodo ductus, sententiam contrariam, quæ mihi verior esse videtur, amplector. Cum enim ex asserto auctoris illius sequi videatur, solennitates non pertinere ad ipsam substantiam testamenti, illud concedendum esse minime puto, quia contrarium jam asserui in §. antecedenti, & ipse auctor contrariæ opinionis in antecedentibus jam asseruit, solennitates ipsam ingredi formam testamenti, quod etiam fatetur *Ludvvelus cit. loc.* forma autem dat esse rei, l. 9 §. 3. ff. ad exhibend. qua neglecta testamentum corruat & nullum sit necesse est, nam formæ interitu ipsa res interit. Et hanc meam sententiam quoque habet *Jason. in l. 12. C. de testam. col. 2. vid. quoque Müller. in additam. ad Struvii S. I. C. p. 665. Dn. Otto in notis*



notis ad Manzum de testam. valid. & invalid. tit. 4. qu. 1. n. 48. conf. quoque Harprecht. ad inst. §. 3. & 4. de testam. ordin. n. 3. Neque quidquam in contrarium facit ratio ista, quam pro sententia sua stabilienda affert *Anonymus* iste, quod scilicet deficiente hæredis institutione regulariter corruant omnia, quæ in testamento scripta, nam illud etiam solennitates externæ efficiunt, si enim unus saltem testis defuerit, statim deficit testamentum, prout clare verba sonant in *l. 12. C. de testament.* & quid prodesset cautela ista, quam adhibendam esse monet *illustris Stryckius in tract. de cautel. testamentorum c. 15. §. 31.* quod plures quam septem testes quandoque adhiberi possint, si scilicet verendum, ne in aliquo testium adhibitorum defectus quidam appareat, quo numerus septenarius in hoc casu ex superfluo testium numero suppleri possit, nisi solennitates partem substantialem testamentorum constituerent? imo vero sequeretur omnia testamenta valere, siue sint solennia siue non, quod insignem afferret confusionem reipublicæ, & contra quotidianam praxin est, id quod multis præjudiciis confirmare possem, si opus esse arbitrarer. Neque ita quoque me movent ea, quæ habet *Tuldenus in comment. ad C. lib. 6. tit. 23. n. 9.* quod scilicet solennitates olim quidem ad substantiam siue formam pertinuerint, hodie vero saltem ad probationem desiderentur, cum enim legibus Romanis inhæreamus, nisi per statutum vel consuetudinem contrarium introductum reperiatur, neque in hoc legibus Romanis derogatum sciam; quamvis non diffitear, solennitates etiam ad probationem esse adinventas, hanc assertionem non adeo procedere puto, sed adhuc probandam esse.

§. III.

Sed jam ad ipsam testamenti ratione solennitatum imperfecti ad probationem propero. Quoniam vero primo omnium solennitatis internæ habenda est ratio, de hæredis in-



stitutione & quidem in materia testamenti patris inter liberos quædam jam addam. Quamvis autem me non fugiat testamentum hoc ratione solennitatum imperfectum ab ipsa lege nihilominus approbari, si scilicet æqualitas in liberis instituentis observata sit, probabilis tamen dubitatio est, prout loquitur *Mantica de conject. ultim. volunt. lib. 6. tit. 2. n. 16.* an liberi quoque inæqualiter in tali testamento imperfecto institui possint, & utrum hæc inæqualitas talem imperfectionem testamento hoc alias privilegiato non afferat, ut exinde existat invalidum? quod enim in testamento patris solenni inæqualiter liberi institui possint certum esse putat *Mantica cit. loc. n. præcedenti 15.* Sunt qui dicunt, testamentum parentum inter liberos minus solenne, in quo liberi inæqualiter hæredes sunt instituti, esse imperfectum, ita ut exinde invalidum evadat, quos habet *Mantic. cit. loc. & Job. Dauth. de testam. tit. explicat. l. hac consultissima. C. n. 41.* qui quatuor cumprimis rationibus nituntur, quibus istam addit *Dauth.* quas hic apponere nihil esset, nisi de charta in papyrum scribere. Verum non obstantibus his rationibus, contraria sententia tanquam communis magisque recepta verior esse videtur, quod scilicet testamentum minus solenne & privilegiatum, in quo liberi inæqualiter instituti sunt, nihilominus valeat: ita enim sentit *Ludv. de ultim. volunt. part. 2. c. 3. pag. 243. Reusnerus. de testam. part. 4. c. 5. n. 3. & seqq. vid. quoque Brunnemannus ad l. ult. C. famil. exciscunde. n. 8. item Dauth. cit. loc. & Mantica. cit. loc. n. 19. & seqq.* qui plures autores cumulant. Cumque modo laudati auctores contrariantium rationes solide satis refutaverint, hoc labore superfedere possum. Nihil quoque interest ista inæqualitas sive sit magna vel modica, *Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 6. c. 9. Barry de success. lib. 1. tit. 3.* (quæ distinctio quanquam nullo juris nititur fundamento, *Carpz. p. 3. c. 4. d. 21. n. 6.* in praxi

praxi tamen sæpius eandem locum habere docet *Mev. ad J. L. part. 2. tit. 1. art. 2. n. 38.*) modo legitima liberis salva maneat. Etenim legitima est debitum naturale. prout vocatur in *l. 36. §. 2. C. de inofficios. testam.* & ipsa æquitate naturali dictitante liberis debet relinqui *l. 7. ff. de bonis damn. Lauterb. Colleg. theor. pract. tit. de inofficios. testam. §. 35.* & quidem ea forma, quam a jure civili accepit, ideoque hac testator filios privare nullo modo potest, nisi ex gravissimis id fiat causis, quæ in *novell. 115. c. 3.* enumerantur. Quoniam vero pater in dubio præsumitur, se liberos æqualiter voluisse succedere, *Mantic. sæpius cit. loc. n. 5.* quia omnes æqualiter dilexisse censetur, probe cautela ista observanda erit, quam tradit *Dn. Stryck. in sæpius dict. tract. c. 10. §. 12.* quod scilicet ad omnem falsitatis suspensionem præcavendam, quæ ex æqualitatis præsumptione oriri potest, testator parens optime sibi consulat, si inæqualitatis rationem in testamento suo addat, quare scilicet liberos inæqualiter hæredes instituerit.

§. IV.

Quando itaque res expedita est, parentis testamentum etiam minus solenne & imperfectum valere, etiam si liberi inæqualiter in eo hæredes instituti sint, nova exoritur controversia, an hæc omnia, quæ dicta sunt, ad liberos quoque naturales extendi possint? Sunt qui dicunt *l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto C. de testam.* quoque ad filios naturales non legitimatos pertinere, quos inter *Mev. ad J. L. part. 2. tit. 1. art. 2. n. 29.* contrariam quidem sententiam tanquam veriorem simpliciter defendit *Fackinaus in controvers. jur. lib. 4. c. 3.* Verum cum communi Doctorum cohorte distinguendum hic esse puto, utrum pater hoc testamentum conficiat, an vero mater? ita enim distinguit *Brunnem. ad auth. quod sine n. 5.* & reliqui quos mox allegabo. Quod si pater fecerit testamentum minus solenne

ne

ne & imperfectum, illud non valet, a matre autem factum omnino validum est. *Gail. obs. lib. 2. c. 112. n. 18.* ratio hujus asserti est, quia in jure liberorum nomine non veniunt liberi naturales & spurii, quippe qui ex incerto patre nati sunt, *Lauterb. colleg. theor. pract. tit. de testam. milit. §. 28.* adeoque ad *dispositionem d. l. 21.* minime pertinere possunt. Si igitur pater ipsis testamento quidquam relinquere velit, illud testamento solenni & perfecto faciat necesse est, *arg. l. ult. C. famil. erisc. l. 6. de his. qui sui vel alieni jur. vid. Stryck. de cautel. testam. c. 10. §. 5. Reusn. de testam. p. 4. c. 6. n. 6.* De matre autem secus sese res habet, cum enim respectu matris liberi naturales & spurii inter extraneos minime computantur, *§. 3. inst. ad Sctum Orfitian.* (mater enim semper certa est,) hinc quoque matris testamentum imperfectum valet, *colleg. jur. Argent. lib. 28. tit. 1. n. 25. conf. quoque Harprechti diff. de admixtione persone extranea, qui totam hanc materiam pro more erudite & latissime pertractavit tb. 7. & multis seqq.* Illud adhuc hic observandum est, quod si mater illustris testamentum fecerit imperfectum, in eoque spurios instituerit, testamentum non valere, quod etiam de istis, qui ex damnato coitu nati sunt, dicendum est, sive mater sit illustris sive non. *Vid. Barry de success. lib. 1. tit. 3. n. 10.*

## §. V.

Hactenus de his, quæ circa ipsam hæredis institutionem tanquam solennitatem internam disputari solent; jam ad solennitates externas progredior. Cumque hactenus de testamento parentum inter liberos quædam attulerim, eandem materiam adhuc continuare placet. Jam igitur inquiram an testamentum patris inter liberos valeat, si voluntas patris quidem certa sit, sed solennitas quædam juris communis sit omissa, veluti si antequam testamentum publicaretur, testator decedat? sed

sed antequam ad hunc ipsum casum decidendum me accin-  
gam, quæstiones duæ præliminares mihi decidendæ erunt:  
quarum prima, an omisio publicationis testamentum reddat  
imperfectum, deinde vero an hæc imperfectio ipsam volunta-  
tem, an vero solennitatem tantum concernat? quibus cognitis,  
de ipsa approbatione sive valore hujus testamenti quædam ad-  
dam. Quod igitur ad primam quæstionem præliminarem at-  
tinet, inter omnes constat, publicationem testamenti esse a-  
ctum, quo testamentum ad publica monumenta sive archivum  
refertur. Hujus mentionem facit *l. 18. C. de testam.* solennitates  
autem publicationis & quæ circa eandem observanda sint hic  
referre: a scopo meo alienum duco, *conf. de ea meretur Mev. ad*  
*J. L. part. 2. tit. 1. art. 11. n. 1. & seqq. mult.* item *Daub. de te-*  
*stam. in explic. l. 2. C. de testam. n. 3. & seqq.* interim tamen hoc  
notandum: longe differre, quod ad effectum cum primis attinet,  
(quamvis etiam in aliis differant,) a testamenti apertura, li-  
cet eandem cum publicatione insigniter confundant multi Do-  
ctorum. *Vid. Lauterbach. Colleg. Theor. Pract. Tit. Test. quem-*  
*admod. aperiantur §. 8. Mev. cit. loc. n. 4.* Hujus igitur publi-  
cationis omissionem testamentum hodie non reddere imper-  
fectum arbitror, propterea quod hodie hujus publicationis  
usus rarus est, cum hodie ut plurimum testamenta Principi  
offerantur vel a notario in publicum redigantur instrumen-  
tum; *vid. Pruckman. conf. 48. n. 10. & 11. Vol. 1. vid. quoque*  
*Stryckii usus modern. Tit. Testam. quemadmod. aperiantur §. 4.*  
qui præjudicium affert in praxi hodie testamentum non ob-  
stante defectu publicationis pro valido pronuciari; hocque  
in casu proposito eo magis verum, cum hic sit dispositio patris  
inter liberos, quæ omni solennitate caret. Interim tamen si  
quem etiam patrem addere eandem voluisse certum sit, te-  
stamentum exinde quoque fieri imperfectum asserere non du-

bito, cum nemo prohibeatur plures solennitates adhibere quam quidem opus habet. Jam igitur de altera quæstione dispiciendum est, an si certum sit patrem testamentum suum publicare voluisse, hujus omisso testamentum faciat imperfectum ratione voluntatis, an vero ratione solennitatis? multum hac de re inter Doctores controversitur. Duos casus hic distinguendos esse monet *Barry de Success. lib. I. tit. 3. n. 13.* aut enim testator distulit publicationem in aliud tempus, & tum ratione voluntatis testamentum imperfectum esse dicit, & relicta liberis non valeat: aut vero testator publicationem in aliud tempus non distulit, sed statim postquam testamentum suum ordinavit, jussit notarium vocari ut testamentum publicaretur, sed ante ejus adventum moritur, & tum testamentum ratione solennitatum saltem imperfectum esse decidit *Barry cit. loco. Vasquius de success. creat. §. 21. n. 46.* cum enim hoc in casu testator hic notarium advenire jubeat, non ut formam vel aliquid perfectionis dispositioni suæ addat, sed ut probatio ejus solum modo tanto sit facilior & expeditior non voluntatis defectus hic esse potest, prout multi Doctorum putant, & in dubio hæc saltem testator voluisse præsumitur. *Mantica de Conject. ult. Volunt. lib. 2. tit. 4. n. 8. & sq.* Et hæc est communior Doctorum sententia prout testatur *Harprecht. in diss. sua de Test. ratione Volunt. imperfecto tb. 11. n. 19. & sq.* qui autores cumulat hanc sententiam defendentes. Quando igitur satis prout arbitrator demonstratum fuit testamentum in casu jam decidendo esse imperfectum eamque imperfectionem non esse voluntatis sed solennitatis, de eo adhuc dispiciendum est, an hæc imperfectio testamentum reddat invalidum, an vero per approbationem valorem suum retineat? Communis Doctorum schola casum hunc affirmative decidit teste *Vasquio c. l.* hæcque sententia confirmatur per *l. ult. C. famil. ercisc.*  
ubi

ubi verba Imperatoris Constantini expressa: *defuncti dispositio inter hæredes duntaxat*, suos scil. prout initialia sonant, *custodiatur, etiamsi solennitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta*. Quæ lex cum commode ad casum præsentem applicari possit, merito ad hunc casum decidendum conducit, & nihil amplius dubitationis aleret hæc decisio, nisi obstaret *l. 11. §. 1. ff. de legat. 3.* cum secundum hanc legem testator potius præparasse, quam ipsam ultimam voluntatem fecisse videri poterat: Verum hanc objectionem jam removit *Ludvvel. de ultim. Volunt. part. 2. c. 3. pag. 338.* quod scilicet *d. l.* loquatur de testamento solenni, quo casu potius præparatio quædam quam ipsa voluntatis ordinatio videri poterat, mihi vero de testamento privilegiato parentis inter liberos sermo est, quod singulari privilegio gaudet, & quemadmodum omnes ultimæ voluntates ita interpretandæ sunt, ut potius valeant quam pereant *l. 12. & l. 21. ff. de rebus dubiis*; ita in testamento privilegiato cum primis illud observandum est, neque creditur, quis illud genus testandi eligere voluisse, quo iudicium suum impugnetur *l. 3. ff. de Milit. Testam.*

§. VI.

De testamento in itinere confecto multum controversatur, quotnam testes in hoc testamento sufficiant, an minore numero quam septenario adhibito testamentum nihilominus valeat? Verum cum hanc controversiam multi Doctorum præstantissimorum, quorum eruditio atque fama per universam fere Europam longe lateque celebratur, illustratione sua dignum iudicaverunt, quos inter cum primis *illustris Stryckius*, qui dignitati hujus materiæ ex æsse satisfecit, ostenditque in testamento hoc de septenario numero testium nihil quidquam esse remissum, adeo ut si unicus saltem testis desit, testamentum ipso jure corruat, insimul quoque contrariantium

argumenta pro more erudite ac solide refutavit; ego hac de re lubentissime taceo. Illud adhuc hic moneo testamentum in itinere in tali loco conditum, ubi duo vel tres testes ad testamentum solenne conficiendum sufficiebant, nihilominus valere, etiamsi testator decessit in loco ubi hæc solennitas non sufficiebat & occasio ipsi quoque non fuit denegata, testamentum secundum ipsius loci consuetudinem perficiendi, ubi mortis tempore testator degebat. Neque necessitatis casus, qui forte circa hoc exemplum occurrere poterat, quidquam momenti afferet pro stabilienda negativa sententia, ita ut extra hunc aliud sit dicendum. Hunc enim nihil obstare asserit *Petrus Gregorius Tholosanus Syntagm. Jur. univers. lib. 42. c. 5. n. 18.* modo in eadem voluntate testator perseveret, & statutum ejus loci ubi testamentum conditum est, ita non sit restrictum ut ad cives loci tantum pertineat. *Lauterb. in Colleg. Theor. Pract. Tit. qui Testam. fac. poss. §. 27.* De jure Lubecensi testamentum illius, qui Lubeca domicilium habet, non valet in peregrinis locis conditum, nisi summa necessitas immineat per *art. 16. Tit. 1. lib. 2.* ubi verba: *Stürbe unserer Bürger einer an einen fremden Orthe und machte ein Testament nach desselben Orths Rechte/ solch Testament soll bey Kräfften auch in unsern Rechte erkannt werden; allein daß solch Testament aus Noth angehenden Todes an fremden Orthen und vorseßlicher betrüglicher Weise den Erben zu Nachtheil nicht angestellet sey. vid. Mevii Comment. ad hunc locum. n. 11. §. 13.*

## §. VII.

Quamvis vero in nullo prorsus testamento de solennitatibus legibus civilibus præscriptis, & de legitimo testium numero nihil quidquam remittendum, nisi ipsæ leges unam alteram speciem testamenti hoc rigore solvant, adeo ut ne summus



mus quidem necessitatis casus hic exceptionem constituat; negandum tamen non est, quandoque de legitimo testium numero nihilominus aliquid remitti, idque fit in casu ubi duo conjuges in una tabula sive charta testantur, id quod vocatur testamentum mutuuum sive reciprocum. Valde quidem multumque controvertitur inter Doctores, an ipsa hæredis institutio in tali testamento reciproco valeat, quoniam multi eam captatoriam esse volunt per *l. 70. ff. de hered. inst. & l. 64. ff. de legat. 1.* cum hac ratione conjuges impellantur ad se invicem hæredes nominandos; ubi tamen communis Doctorum schola statuit hanc institutionem minime esse captatoriam, neque juri civili contrariam prout testatur *Vinnius ad §. 13. Inst. de Test. ord. n. 1. Peck. de Test. Conjug. p. 1. c. 19. Gail. 2. Obs. 117. n. 1. Vasquius de success. resolut. §. 1. n. 10. & sq.* quæ sententia fundatur in *d. l. 70.* ubi disertis verbis asserit *Papinianus, captatoriam voluntatem non esse, ubi mutuis affectionibus judicia provocantur: sed quarum conditio confertur ad secretum aliena voluntatis.* Nam quanquam donationes inter virum & uxorem prorsus jure civili reprobatae reperiuntur, ne scilicet mutuo amore se invicem bonis spoliarent prout loquitur *Ulpianus in l. 1. ff. de donat. inter Vir. & Uxor.* & studium liberos educandi cessaret, ut utar verbis *J. C. Pauli in l. 2. ff. de Tit. conf. quoque l. 3. ff. d. Tit.* quæ ratio cum cesset in donationibus mortis causa, illæ jure civili permissæ sunt, illud enim apparet *ex l. 9. §. ult. & l. 10. & 11. ff. de donat. inter Vir. & Uxor. vid. Carpz. 2. c. 13. def. 15.* multo magis igitur in testamentis bona invicem in alium transferre permissum esse debet; quippe quorum favor summus est. De jure Lubecensi res expedita est, testamenta conjugum reciproca non valere, de quo videatur *art. 10. Tit. 1. part. 2.* idque ex hac ratione quoniam hoc jure pro captatoria institutione habetur *Mevius ad J. Lubec. ad cit. loc. n. 58.,* quæ *Me-*

*vii* ratio forsitan ideo procedit, quoniam ex jure Lubecensi constat, mulieres prohiberi testamenta facere, nisi consensum habeant maritorum, prout apparet *ex d. art. 10. & art. 14. Tit. I. part. 2.* adeoque idem esset secundum hoc jus ac si maritus se ipsum hæredem instituisset, quod tamen concedere absolum est *per l. 2. C. Theodosiani de Testam.* Præterquam vero quod multi reperiantur, defectum hujus testamenti reciproci jure civili in ipsa hæredis institutione, quorum opinio merito rejicitur, uti jam demonstratum est, defectus tamen adhuc quidam esse potest in solennitatibus externis testium scilicet adhibitione. Etsi enim duo sunt, qui faciant testamentum, duplexque heredis institutio hic reperitur, adeo ut etiam duo hic sint testamenta, nam tot censentur esse testamenta, quot personæ sunt testantes *Mynsing. C. I. l. 8. num. 6. Peck. de testam. Conjugum lib. I. c. 43.* imo vero unus conjugum altero invito voluntatem suam revocare potest *Peck. cit. loc. n. 1.* & alterius testamentum nihilominus manet firmum atque validum *Peck. cit. loc.* quod fieri non posset, si unum saltem esset testamentum. Praxi tamen hodierna & communi Doctorum sententia receptum est, ut septem tantum testes sufficiant in his duobus testamentis, unaque subscriptio & subsignatio vim sufficientem hic habet ad hæc testamenta conservanda. *Vid. Lauterb. in Colleg. Theor. Pract. Tit. qui Testam. fac. poss. §. 55. Vinnius ad §. 13. inst. de Testam. ordin. Peck. de Testam. Conjug. l. I. c. 19.* Cautelam hic tamen tradit *Gail. l. 2. Obs. 117. n. 3.* ut notarius & testes se utriusque conjugis nomine hæc subscripsisse & subsignasse profiteantur. Habemus igitur iterum speciem quandam testamenti ratione solennitatum imperfecti, quæ tamen permisso legis approbatur.

## §. IIX.

Pari quoque ratione testamentum per pactum recipro-  
cum

cum a commilitonibus ad bellum pergentibus factum valet, etiamsi solennitates juris civilis hic non sint observatae, qualis casus reperitur in *l. 19. C. de Pact.* quam legem ita interpretatur *Vasquius de successio[n]um creat. lib. 2. §. 11. n. 54.* ut solennitates hic sufficiant, quæ in actibus inter vivos observari solent, ita ut etiam foemina in hoc testamento testis esse possit, idque omnino procedit jure militari, quoniam militis testamentum quocumque modo valet, modo de ipsius voluntate constet, §. 1. *Inst. de Testam. milit.* & hoc privilegium jure militari testandi, quamvis nemini nisi solis militibus qui in castris sive expeditione constituti sunt, competat per *l. 17. C. de Testament. Milit. add. Vinnius ad pr. Inst. de Testam. Milit. n. 3. & 5.* quod etiam confirmatur per *Recessum Imperii de Anno 1512. Tit. von Notarien §. Fernet sollen auch* cum enim ob laborum & periculorum imminentiam, justamque armorum occupationem hoc privilegium ipsis concedatur *vid. Hub. Pral. Vol. 1. Tit. de Testam. milit. n. 3.* minime illud ad alios casus extendendum erit: ampliatur tamen hoc privilegium adeo ut etiam ad paganos pertinere videatur, modo in hostico deprehendantur; quæ ampliatio continetur in *l. un. de bonor. Possess. ex Testam. Milit.* cujus legis occasione *Tractatum* scripsit *eruditissimum Dominus Ferdinandus Christoph. Harprecht. cui Tit. de Testamento pagani in hostico confecti*, in quo ex interioribus magisque reconditis Juris principiis eruit & ex optimis ac præcipuis autoribus collegit ea, quæ ad materiam hanc illustrandam atque exornandam conducere potuere, solide insuper pro more contrariantium argumentis refutatis. Quod autem ad casum in *d. l. 19. C. de Pactis* propositum attinet, observat *Dionysius Gotbofredus in not. ad d. l. lit. i.* extendi eandem quoque communi omnium gentium usu ad paganos, ut adeo hæc lex insignem mihi argumentum præbere possit ad demonstrandum testamen-

menta paganorum quoque ratione solennitatum imperfecta nihilominus valere.

## CAP. III.

DE

Effectu Testamenti imperfecti approbati.

### S U M M A R I A.

§. I. *Queritur an Testamentum imperfectum approbatum quoque possit lex dici?* §. II. *Inquiritur an testamenta imperfecta quoque paratam habeant executionem?* §. III. *Afferitur quod. si haeres semel defuncti voluntatem adprobaverit, eandem implere cogatur, etiamsi ipsi veritas quoque deest.* §. IV. *Effectus singularis assertur, quod testamentum posterius imperfectum sapius tollat prius perfectum.* §. Ult. *Continetur conclusio hujus tractatus.*

#### §. I.

**Q**uemadmodum omnis doctrina, ex quocunque etiam disciplinarum genere desumpta sit, inutilis plane saltemque cerebrina est, imo vero nihil efficit, nisi ut Doctorum exerceat ingenia, si scilicet ita comparata, ut omni effectu destituatur; ita cum primis Jurisprudentiæ doctrina, quæ effectu non gauderet insigni quodam, manca profus esset neque digna ut a quodam sub incudem vocaretur: Ast cum hæc materia, de qua modo in capitibus antecedentibus pluribus disserui, effectibus quibusdam polleat insignibus, de his jam in capite præsentis quædam addere utile pariter ac necessum esse arbitror. Quando vero omne testamentum, quod ad perfectionem suam semel pervenit ac per mortem testatoris confirmatum est, (ante mortem enim testatoris nullum testamentum perfectum dici potest, cum a die mortis testatoris

toris perfecta demum euadant, arg. l. 1, ff. qui Testam. fac. poss. itemque l. 1. C. de SS. Eccles. vbi DD. In quam rem sacer quoque Codex consentit, quando Sanctus Apostolus Paulus in Epistola ad Hebræos scripta c. 9. v. 17. his vtiur verbis: Διαθήκη γὰρ ἐστὶν νεκροῖς βεβαία. Ἐπεὶ μὴ τότε ἰσχύει ὅτι ἐστὶ διαθήκη.) tam accurate, quoad singula verba observandum est, vt ab illis recedere minime liceat, vid. Ludvvell. de ult. vol. P. I. c. 4. p. 94. merito testamentum perfectum quod legibus non repugnat in Nouell. 22. c. 2. pr. lex vocatur *conf.* quoque l. 18. C. de Fideicommiss. qui effectus primus & principalis vocatur a Ludvvello in dict. Tract. p. I. c. 4. p. 82. propterea quod finis ultimarum voluntatum est, ut id fiat quod testator post mortem suam fieri voluit. Hinc iam illud inquiram, an quoque testamentum imperfectum approbatum hoc effectu egregio admodum gaudeat? Neque dubitandum puto testamentum quamvis imperfectum, postquam semel approbatum est, itidem pro lege seruandum esse, quoniam approbatione facta testamentum, quod ad effectus cum primis attinet, pro perfecto habendum est, ita ut non pares modo effectus cum testamento perfecto producat, verum etiam quandoque maiores; quamuis quoque non diffitear, saepe etiam minores esse effectus, qui ex testamento imperfecto approbato oriuntur, prout mox apparebit.

## §. II.

Quod ad alterum effectum attinet, cuius mentionem facit Ludvvellus d. Tract. cit. loc. p. 90. quod scilicet testamenta perfecta paratam habeant executionem *conf.* quoque Coler. de Process. Execut. p. 3. c. 2. n. 29. it. Menach remed. adipiscend. possess. 4. n. 694. illud quidem de testamentis imperfectis appro-

G

pro-

probatis dici nequit, eadem paratam habere executionem, propterea quod certissimum est ac inter omnes constat ex nulla re majores oriri lites, quæ ultimarum voluntatum exitum protrahant, quam quidem ex materia testamentaria, si defectus quidam vel imperfectio in ultima testatoris voluntate deprehendatur. Quin imo si inspiciatur *l. fin. C. de Edict. D. Hadriani tollend.* ex illa quoque apparet, ibi solummodo de testamentis perfectis loqui Imperatorem Iustinianum, quod scilicet circa hæc nullis processuum ambagibus opus sit, quando dicit testamentum non debere esse *cancellatum neque abolitum, neque ex quacunque sua formæ parte vitiatum &c.* Quod si enim legitimus adsit contradictor, secus sese rem habere inquit. Hinc Reusnerus concludit, si testamentum habeat vitium aliquod invisibile saltem, ut si forte falsum vel inofficiosum sit, nihilo minus paratam habere executionem, *vid. Reusn. de testam. Part. VI. c. 10. n. 28.* idque quotidiana quoque confirmatur experientia, prout testatur *Stryck, de cautel. testam. c. 1. §. 1. & 2.* qui per integrum caput remedium quoddam invenire conatur, quæ ratione litibus quandoque summis ac maxime sumptuosis, quæ ex ultimis voluntatibus sapissime proficiuntur, commode in Republica occurri possit. Innumera quoque exempla testamentorum maxime controversorum hic opponere possem, nisi rem, quæ sole clarior jam est, hic longius deducere inutile esse arbitrarer.

## §. III.

Peculiare vero est, quod approbatio illud efficere possit, ut, si hæres semel defuncti voluntatem adprobaverit, eandem implere cogatur, etiamsi voluntas ista legibus non sit subnixta, ita ut ipsi vel veritas vel solemnitas juris desit. Nam hoc proba-

ba-

batur ex l. 2. § arg. l. 23. C. de Fideicommiss. itemque ex l. 16. §. 1. C. de Testament. vid. quoque Reusnerus de testamentis. P. I. c. I. n. 7. item Richter. Vol. 2. Conf. 10. n. 7. neque poenitentia hic locus est, quoniam semel approbatum reprobari minime potest. l. 9. A. de negot. gest. § l. 2. C. si major fact. ratibab. vid. Mey. Decis. Part. 6. Dec. 65. n. 4. § Part. 3. Dec. 17. n. 6. Regulariter quidem ex testamento minus solenni vel cui veritas deest, nihil quidquam debetur, adeo ut totum quoque testamentum corruat, prout supra jam demonstratum fuit; quod vitium, quamvis summum sit, per adprobationem ab hærede factam, sanatur ita, ut minimus quoque testamenti articulus effectum sortiatur a testatore in condenda ista voluntate exoptatum. Et hæc approbatio ab ipso hærede fieri potest, vel legata, quæ in testamento isto imperfecto ordinata sunt, exsoluendo, vbi tamen distinguendum esse monet Barry de success. lib. 10. tit. 12. n. 3. an hæres legata in testamento imperfecto relicta solverit sciens esse imperfectum, an vero illud ignoraverit? priori in casu præsumitur per ipsam legati solutionem approbasse testamentum, & pro legitimo agnovisse; posteriori vero in casu aliter sese res habet, & hæres repetit legatum quod per ignorantiam solvit, quoniam hic præsumtio militat, quod si hæres scivisset testamentum esse invalidum, eundem non soluturum fuisse legata, quæ ignorantia, cum non juris sed facti est, nemini potest obesse l. 8. ff. de juris & facti ignorantia. Deinde quoque per transactionem testamenti imperfecti fit approbatio ab ipso hærede, prout tale decisum reperitur apud Richterum Vol. I. consilior. Part. 4. conf. 21. vid. quoque Mey. Decis. VII. 9. n. 1. vbi notandum, quod transactio ita debeat esse facta, ut valeat testamentum, & tum agnoscens unum testamenti capitulum, totum testamentum approbasse censetur, quoniam ap-



probatio unius capituli totius testamenti approbationem infert, *vid. Mey. cit. loc.* id quod favori ultimarum voluntatum, pro quarum conservatione semper annitendum est, merito tribuo. Reipublicæ enim interest, ut voluntates testatorum exitum habeant *vid. Casp. Klockii Consilior. Tom. I. consil. 6. n. 4.*

## §. IV.

Singularis quoque est effectus, qui ex testamento imperfecto adprobato redundat, quod posterius imperfectum sæpius tollat prius perfectum. Regulariter quidem testamentum perfectum prius per posterius imperfectum minime tollitur, quod apertissimi Iuris est *per §. pen. in fin. Inst. quib. mod. Testam. infirm. l. 21. §. 3. C. de Testam. l. 18. de legat. 3.* etiam si in posteriori Imperator quoque hæres institutus sit *vid. Colleg. Jur. Argent. Tit. de injust. rupt. & irrit. fact. Testam. n. 8.* nihil tamen hic obstat, quo minus testamentum posterius perfectum rumpat prius, si hæres in posteriore testamento ex rebus certis institutus sit, nam illud dubium removetur ab Imperatore Iustiniano in *§. 3. Inst. quib. mod. testam. infirm.* qui enim ex certa re instituitur detracta rei mentione, pro hærede ex asse jure accrescendi habetur, *vid. Hüber. Præl Vol. 1. Tit. quib. mod. Test. infirm. n. 5.* imo vero licet testator juraverit, se a priori voluntate recedere nolle, quoniam testamentum posterius effectu suo gaudere debet, nemo tamen sibi legem dicere potest ne a priori voluntate discedat. *Vid. Bachov. ad Treutl. Vol. 2. disp. 10. tb. 7. lit. B.* Verum à regula paulo ante tradita duo ab ipso Ulpiano in *l. 2. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.* excipiuntur casus, quorum primus, si testamentum posterius sit privilegiatum veluti ad pias causas, vel inter liberos factum; secundus est,



si in testamento posteriori hæredes instituti sunt, qui alias ab intestato erant successuri, vbi tamen probe notandum quod in casu posteriori voluntas testatoris non valeat ut testamentum, sed jure quodam divisionis hæreditariæ ab intestato factæ, modo quinque testes adhibiti sint, prout expresse ita sancitum reperitur in l. 21. §. 3. C. de testam. vid. Francisc. Barry de success. lib. 10. Tit. 1. n. 30. & 31. Manz de Testam. valid. & invalid. Tit. 4. Qv. 1. n. 37. Struv. S. I. C. ad Tit. de injust. rupt. & irrit. fact. Testam. p. 711. ibique Muller. in additam. Lauferb. Colleg. Theor. Pract. d. Tit. §. 23. Quando igitur de effectu testamenti imperfecti approbati hic mihi sermo est, videndum est, an hæ duæ exceptiones ab Ulpiano traditæ mihi quidquam inservire possint, ad singularem quendam effectum testamenti imperfecti approbati demonstrandum? Quod autem ad primam exceptionem attinet, de testamentis privilegiatis, hæc mihi nihil quidquam probant, cum jam non sim sollicitus de effectu testamentorum privilegiatorum, quæ in capite primo hujus tractatus plane a meditatione mea removi. Neque secunda exceptio mihi aliquem usum adfert, quia testamenta posteriora imperfecta, in quibus hæredes ab intestato succedentes instituti sunt, hoc effectu rumpendi prius testamentum perfectum non gaudent, qua testamenta, sed qua successiones ab intestato & propter solam affectionem, quam quilibet erga cognatos præ extraneis habere præsumitur. Vid. Struv. paulo ante cit. loc. itemque Hüb. cit. loc. n. 4. Verum enim vero reperitur adhuc casus, vbi testamentum imperfectum posterius tollit prius perfectum, ita in l. Sancimus 27. C. de Testam. legimus, testamentum perfectum ipso jure tollere prius, imperfecto autem rumpi prius testamentum, si decennium accesserit, & hunc casum ut alteram

G 3

quan-

quandam exceptionem a regula communi tradunt *Vasquius de success. creat. lib. 2. §. 17. requisit. 23. n. 74. Et 25. Et de success. resolut. lib. 1. §. 1. n. 31.* itemque *Barry de success. lib. 10. Tit. 1. n. 30.* Forsitan alicui dubium oriri posset, an hoc exemplo commode satis ad effectum singularem testamenti imperfecti adprobati demonstrandum hic usus sim, cum hic effectus lapsui decennii potius sit adscribendus quam ipsi testamento, quam sententiam *Vasquium cit. loc.* habuisse exinde arguo, quia multum probationis ad testamenti huius valorem declarandum in temporis cursum contulisse videtur. Verum si ipse textus singularis *in d. l. 27.* recte inspiciatur, apparet ipsam voluntatem testatoris hic tantum conferre ad prius testamentum rumpendum rotum qua testatoris lapsus conferre nequit. Secundum constitutionem Codicis Theodosiani quidem ex solo temporis intervallo testamentum infirmabatur, (*in l. 6. de Testament.*) verum hanc constitutionem abrogare videtur Justinianus *per l. nostram presentem*, ut incommoda, quæ ex temporis diurnitate nasci solent, cessarent, ut egregie annotat *Gilkenius in Comment. suo ad d. l. 27. C. de testament. n. 1. 2. Et 3.* Extendit quoque saepius laudatus *Vasquius* hanc vim & efficaciam testamenti hujus imperfecti adprobati eo, ut clausula derogatoria ad posterius testamentum priori inserta, huic effectui nihil impedimenti afferre possit. A quonam autem tempore decennium hoc computandum sit, in diversas abeunt Doctores sententias. Sunt qui ex verbis *d. l. 27. C. de testam. Post ejus confectionem.* colligere volunt, computationem hujus decennii fieri debere a tempore conditi testamenti, quos inter cum primis *Barry cit. loc. n. 33.* alii vero sunt, qui a tempore revocationis hoc decennium computare incipiunt, quos inter *Cotbmannus vol. 1. conf. 39. n. 241.*

241. & seqq. cujus sententia ob rationem quibus fulcitur ve-  
rior & rationabilior esse videtur, quam quoque amplectitur  
*Brunnem. ad d. l. 27. C. de testam. n. 10.*

§. VLT.

Et hæc sunt quæ hac vice de testamenti imperfecti ap-  
probatione scribere destinaveram. Equidem multa sunt, quæ  
huc referri poterant, nisi temporis angustia me ab hoc labore  
avocaret. Quæ igitur vice hac prætermittere cogor, superad-  
dam, si forte altera hujus Tractatus Editio subsequatur sit. Facili  
itaque negotio mea Lectore Benevolo imperraturum spero,  
ut has primitias meas Academicas leves admodum, non tamen  
ut arbitror inutiles plane, benignis oculis adspiciat. Cujus  
voti cum particeps factus fuero, illud efficiet, ut tandem ali-  
quando, cum plus temporis mihi fuerit concessum, plura, quæ  
que magis exasciata cum orbe erudito sim  
communicaturus.

T A N T V M.





Kf





Kf 1736<sup>m</sup>  
=

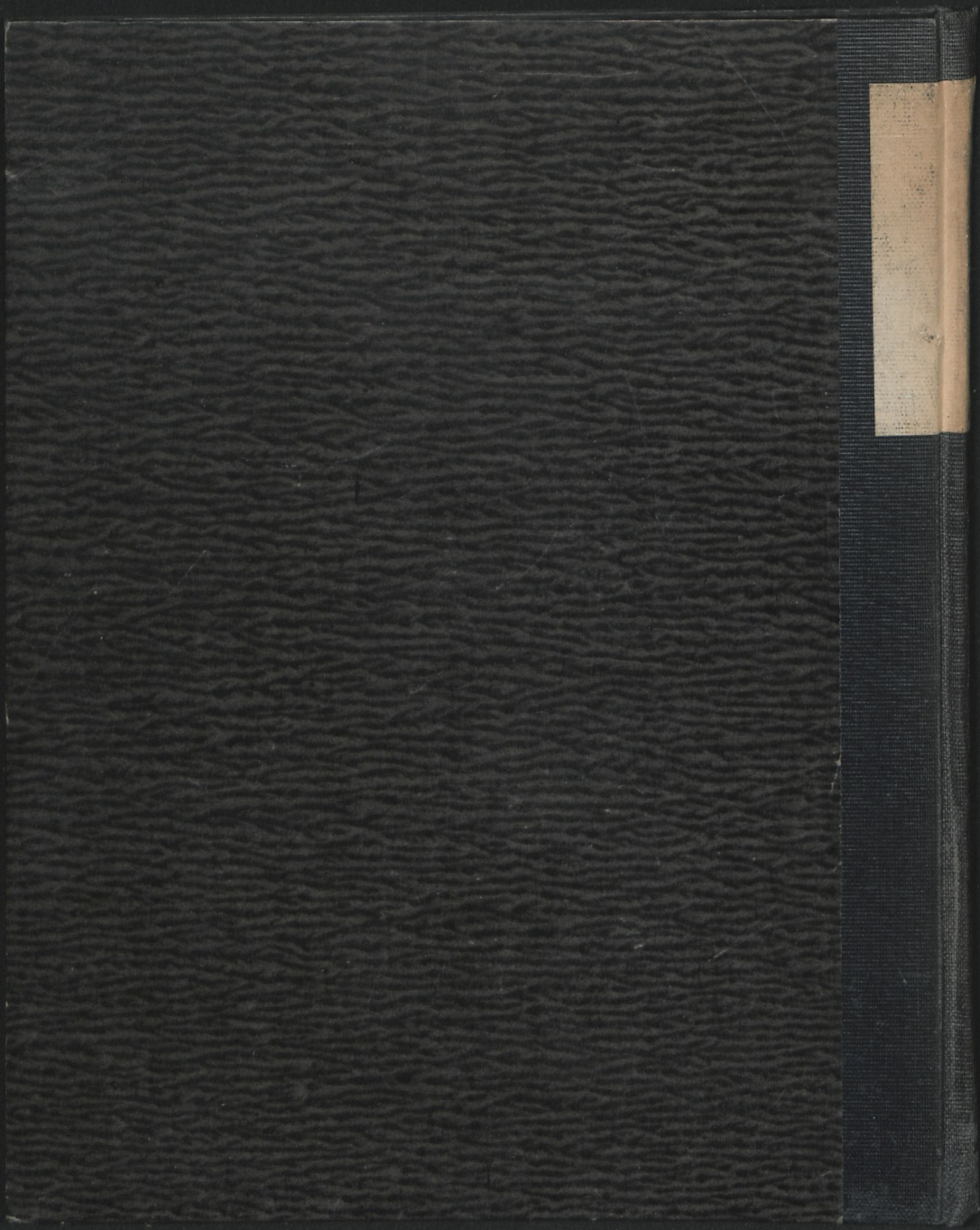
ULB Halle  
007 670 915

3



VD 178









*Pri. Or. num. 19. 2. 4. 7.*

TRACTATUS IVRIDICVS

DE

TESTAMENTI  
IMPERFECTI  
APPROBATIONE,

IN QVO

CONTROVERSIAE AC CASVS QVIDAM  
SELECTIONES DECIDVNTVR

AC

LEGES OBSTANTES REMOVENTVR.

AVTORE

IOH. FRIDER. PENNINGBÜTTEL  
LVBECENS.

*108*

*1736*



7 E N Æ, PROSTAT APVD WERTHERVM.  
M DCC XVI.

