

602.

1699

XXVIII.

Q. D. B. V.

DISSERTATIO JURIDICA

DE

TESTAMENTO
NON PRÆLECTO,

B

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. FRIDERICO VVILHELMO,
ELECTORATUS ATQVE PROVINCIARUM BRAN-
DENBURGICARUM HÆREDE, &c. &c.

IN ACADEMIA FRIDERICIANA

consensu Illustris Facultatis Juridicæ

PRÆSIDE

JUSTO HENNINGO *Böhmer*
J.U. Licentiato,

IN AUDITORIO MAJORI

Ad d. Novembr. Ann. MDCXCIX.

Publicæ subijcit disquisitioni

LAURENTIUS VINNE,

Haga-Schaumb.

HALÆ MADEBURGICÆ,

Typis CHRISTOPH. ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typ.



11176

INSTITUTUM
 UNIVERSITATIS
 LIBRARIUM
 RECTORI MAGNIFICENTISSIMO
 HONORABILISSIMO
 DOMINO
 BERTHOLDO RECTORI
 UNIVERSITATIS
 IN ACADEMIA
 PRÆSIDIO
 IUSTO HONORIFICO
 LIBRARIUM
 H. G. Schindler
 CHRISTOPH. ANTON. ...






I. N. 7.
DISPUTATIO
DE TESTAMENTO NON PRÆ-
LECTO.
CONSPECTUS.

Leges Romanae noluerunt divulgari secreta testamenti. § 1. De Captatoris Institutionibus, & poena recitantium alienas voluntates. § 2. Transitus ad materiam de praelectioe testamenti. § 3. Explicatur Rubrica, & imprimis, quid sit praelectio? § 4. Quatenus in testamento Cæci sit necessaria § 5. Ratio plenius excutitur. § 6. An testamentum cæci sit nuncupativum nec ne? § 7. Correctio Novell. Leon. 69. improbatur § 8. Praelectio etiam in testamentis Cæcorum privilegiata est necessaria § 9. Praelectio in testamento Imperii literarum quoque necessaria est. § 10. Dissidentis Cœbmanni ratio adducitur § 11. Secunda ratio dissentientium § 12. Tertia § 13. Quarta § 14. Quinta § 15. Sexta § 16. Septima § 17. Octava § 18. Nona § 19. Sententia vero & status controversiæ proponitur. § 20. Probatur 1) ex juris Naturæ principis § 21. Separanda juris Naturæ requisita a solennibus juris Civ. § 22. Applicatio ad questionem propositam § 23. (2) ex principis juris Civilis & regulis bonæ interpretationis § 24. Juri deficientibus Legum verbis ad legitimam procedunt interpretationem § 25. Ratio legis pro lege accipitur § 26. Applicatio deducitur 1) a rationis generalitate in l. 8. C. qui test. fac. poss. § 27. 2) a Rationis Identitate. § 28. Resolvitur prima objectio a diversitate rationis desumpta. § 29. Altera, a casibus expressis. § 30. Sæpe in jure quid exprimitur, in simili casu autem omittitur § 31. Leges etiam in aliis materiis prospiciunt imperiis ne decipiantur § 32. 3) a necessitate

DISPUT. DE TESTAMENTO

ta'e cause finalis § 33. Conclusio ex argumentis formatur §. 34. Auctoritas Dd. adducitur § 35. Respondetur ad rationes dubitandi & quidem ad primam §. 36. Ad secundam §. 37 ad Tertiam § 38. ad quartam § 39. ad quintam § 40. ad sextam § 41. ad septimam § 42. ad octavam §. 43. ad ultimam § 44. Formatur nova questio: an etiam hac prælectio in testamento judicialiter ab imperio literarum conditio sit necessaria? § 45. Respondetur objectionibus §. 46. 47. adducuntur quedam Responsa hanc rem illustrantia §. 48. Quatenus prælectio sit necessaria in testamentis eorum, qui linguam, in qua testamentum est conceptum, non intelligunt. § 49. Conclusio §. 50.

§. I.

 Queruntur hodie haud pauci, rationem condendi ultimas Voluntates nimis esse subtilem & intricatam, rectene an secus? vel illi iudicabunt, qui oculos amore Juris Justiniani non plane occæcatos ad ipsam praxin dirigunt, & uno intuitu in infinitos controversiarum scopulos se incidisse testantur. Ego quidem rationes hic coacervare desisto, ne præjudiciis districtos offendam. Id tamen prætermittere haud valeo, quemlibet observare posse, quod LL. Romanæ, quo magis laborarunt de testamenti solennitatibus extrinsecis, (quo ipso non poterat non omnibus innotescere, hunc vel illum testamentum condidisse) eo majorem simul adhibuerunt curam ad præcavendum, ne divulgarentur secreta Testamenti, sed ut voluntas ultima semper in secreto reposita maneret. Notum est, quod ideo forma in scriptis testandi ab Imperatoribus adinventæ & introductæ sit, ut nulli constaret, quid in Testamento scriptum esset, ceu Imperatores Theod. & Val. in L. hac consultissima. 21. C. de Testam. fatentur. Sufficit enim scriptam voluntatem offerre testibus præsentibus signandam & subscribendam, non inspiciendam. Hinc arcano modo testamentum condere idem est, ac in scriptis

NON PRÆLECTO.

scriptis testari secundum *Nov. Leon. 69.* Et Testamentum in scriptis Græcis dicitur *μυσικὴ διαθήκη.* vid. *Goth. in not. ad cit. Nov. lit. d.* Eadem ratione testamenta sæpissime dicuntur in LL. *judicia secreta. L. 1. §. 38. ff. Depos. L. si quis testamentum. 41. pr. ff. ad Leg. Aquil. Secretum voluntatis. L. captatorias 70. ff. de hered. inst.* Et hæctenus Reipubl. Romanæ facies alias vix admittebat regulas, cum heredipetarum frequentia & astutia ad captandas alienas Voluntates semper proclivis aliter coerceri non poterat, quod ipsum fufius tum ex antiquitate Romana tum ipsis Legibus probatum dedit Excell. Dn. Thomafius duplici Disp. una *de jur. injust. hered.* altera *de captat. instit.*, ad quas duas egregias disputationes B. L. brevitatibus studio ablego.

§. II.

Illud saltim ad præsentis materiæ elucidationem inde annoto, quanta cura præcavere voluerint Legislatores prælectionem, sæpissime fraudibus heredipetarum per captatorias institutiones elicitam, qua scilicet ita heredem scribebant eum, cujus hereditatem captarent, ut qua ex parte ille eum heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte quoque heres esset. *L. 1. ff. De his qu. pro non scr. L. ille autem. 71. §. 1. ff. de hered. inst.* Ut adeoque secundum *L. 70. ff. eod. tit.* captatoria institutio illa demum esset, *cujus conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis*, seu ad cognoscendam alterius in testamento secreto expressam voluntatem. Ad evitandas ergo has & similes fraudes testatorem LL. noluerunt adstringere ad prælectionem testamenti coram testibus, imo tales captatorias institutiones improbarunt. *LL. cit.* Quin quod peculiare actiones constitutæ sint in eum, qui *judicia secreta* ejus, qui testatus est, divulgare tentaverit; veluti qui tabulas testamenti apud se depositas pluribus præsentibus legit, nam & actione in factum

etiam & injuriarum tenetur, siquidem injuriæ faciendæ causa secreta judiciorum publicavit *L. si quis 41. ff. ad Leg. Aquil. L. 1. §. si quis tabulas 38. ff. de pos.* Ut & actione de dolo, *l. si quis tabulas 35. ff. de dol. mal.* Imo qui vivi hominis testamentum aperuisse convictus est, Legis Cornelie poena tenetur. *l. 1. §. 5. ff. de Leg. Corn. de fals.*

§. III.

Quamquam vero hujusmodi dispositiones sua consentens ratione, non tamen ratio secreto modo testamentum ordinandi ita perpetua, est, ut testator certis in casibus non possit adstringi ad indicandam testibus suam ultimam voluntatem, ut videlicet illis innotescat, quid in testamento illo scriptum sit, & ita omnis ratio circumveniendi testatorem eo magis removeatur. Sane in testamento nuncupativo illud non inter postrema habendum, quod heredis manifestatio palam verbis ore prolatis fieri debeat, ut audiant omnes qui adsunt *l. hac consultissima 21. §. 3. l. in testamentis. 26. C. de Test. ibi: simul omnibus manifestam significantis ad quod substantiam suam pervenire velit.* Ex quo manifestum est, ad naturam testamenti in genere non præcise necessariam esse occultationem coram testibus, sed illam saltem a Legibus indultam esse majoris securitatis gratia per modum testandi in scriptis. Sed tamen & hic aliquando necesse est ut testibus per prælectionem innotescat, quid in testamento scriptum sit, quos casus notasse ac excussisse utile & fructuosum erit. Et cum in hac materia tota nostra disputatio versetur, quæ quo frequentius in Praxi ipsa occurrit, eo magis impedita & obstructa esse videtur, operam dabimus ut eam a dubiis suis hinc inde moveri solitis liberemus. Deus autem summi boni fons & autor suo nobis adsit gratia, ut omnia in sui nominis gloriam ad felicem perducantur.

§. IV.

Docet autem rubrica, nos acturos *de testamento non prælecto*, ubi id quidem evidens est, 1) nos præsupponere testamentum inscriptis, quippe de quo prælectio prædicari debet. Quid autem sit testamentum inscriptis, hic late explicare contra rationem instituti foret, cum id satis abunde ex ipsis Legibus haberi possit *l. hac consultissima 21. pr. C. de Testam. 2)* Quod ipsam prælectionem attinet notum est, quod hæc vox varias in jure iplo admittat significationes. Primo idem denotat ac editio Legum vel libri. Inde dicitur *Codex repetita prælectionis*, h. e. secundæ editionis; nam veteres secundas editiones repetitas prælectiones vocabantur, teste ipso *Imp. de Emend. Cod. §. 3.* Deinde aliam induit acceptionem quæ quidem hodie in Academiis & notior & frequentior est. Videlicet prælectiones, ceu *Goth. ad e. tex. lit. a.* loquitur, sunt lectiones, quibus præceptores aut Professores viva voce vel scripto discipulis aut auditoribus vias discendi præmonstrant. Inde & prælectionum publicarum sæpe in Academiis fit mentio, & idem nomen non ratio etiam ipsis libris præfigi solet. vid. *Casp. Zigler. publ. prælectiones in Jus Can. Ulrici Huberi Prælectiones Juris Civ. ad Instit. & Pandect. &c.* sed hujuscemodi acceptiones plane hic alienæ sunt: propria aut est illa genuina, quæ vim vocis accurate exprimit, qua scilicet idem denotat, ac scripturæ alicujus verba palam legere, ut alteri innotescat, quid in illa scriptura contineatur. Finis ergo prælectionis est, ut alteri ignorantibus (vel quod legere non possit, vel quod non velit) constet de contentis scripturæ. Et eatenus etiam prælectionem hic accipimus, quatenus ad hunc finem obtinendum tendit, ut sensus rubricæ sit, *de testamento non prælecto h. e.* quod quidem jussu testatoris ab alio conscriptum est, sed quod ipse testator legere non potest, nec scire, quid in illo scri-

8 DISPUT. DE TESTAMENTO

scriptum sit. Potest vero hoc contingere maxime tribus ca-
sibus: vel quod Testator sit *cæcus*, vel quod sit ἀναλφαβητός
seu peritia legendi destitutus, vel denique quod saltem illam lin-
guam, in qua testamentum conceptum, *haud intelligat*. Hisce
ergo in casibus prælectio, cæteris paribus, omnino necessaria
erit, id quod jam sigillatim exponemus.

§. V.

De COECO testatore clara est constitutio in famosa L.
hac consultissima 8. C. Qui test. fac. poss. (quæ repetita est in
Ordin. Not. de Ann. 1512. Rubr. von Testamenten §. aber zu eis-
nes Blinden Testament) ubi Justinus eis præscribit, ut per
nuncupationem suæ condant moderamina voluntatis, & o-
mnia palam edicant, quæ ultimarum capit dispositionum se-
ries lege concessa. Addit tamen, & simul eis licentiam con-
cedit voluntatem suam, cui velint, scribendam, credere, ita
tamen ut chartulam susceptam recitet tabularius testatori, si-
mul & testibus, ut ubi tenor eorum cunctis innotuerit, elo-
gium ipse suum profiteatur agnoscere, & ex animi sui quæ
lecta sunt disposuisse sententia, ex quibus verbis prælectionis
necessitas in aprico est. Cæterum illam etiam per octavum
testem fieri posse & non præcise per notarium fieri debere,
in fine subjungit: sufficit enim sic satis finem, qui per præ-
lectionem seu recitationem intenditur, obrineri posse, que
ipsum addit Imperator in L. cit. verb. fin. *sic namque, inqui-*
ens, fieri confidimus, ut non recipiat se tantum in cæcis testandi
licentia: sed ne locum quidem ullum relinquat insidiis tot oculis
spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata mani-
bus. Ex quibus verbis illud apparet, prælectionem non tan-
tum fieri debere, ut testes audiant quæ Notarius vel octavus
testis prælegit, sed simul debeant inspicere testamentum, & a-
nimadvertere, quid & an recte prælegat Notarius, unde ne-
cesse est, daß etliche von den Zeugen zu gleich mit auff die
Schrift

NON PRÆLECTO.

9

Schrift sehen. cōt. B Dn. Brunnemannus *ad L. cit. n. 8.* ubi hanc prælectionem substantiale requisitum vocat, eamque non tam scriptori quam testi esse demandandam putat, ut omnis fraus evitetur. Quod cum ita sit, sequitur testamentum tale omnino vitari, in quo prælectio talis omiſſa est.

§. VI. Neque expeditiori remedio fraudibus ingruentibus occurri in hoc casu potuit, cum omnem suspicionem sufficientissime tollat. Siquidem id ipsum & recta ratio exigebat intestamenti cœcorum, qui alioquin a testandi facultate aut prorsus excludendi erant, aut vero eis ejusmodi remediis prospiciendum, ne defectus visus effectus voluntatis redderet inanes, planesque interverteret. Alioquin enim inscriptoris arbitrio foret positum multa imo omnia contra intentionem testatoris testamento inferere, & si ipse id saltim ei privatus prælegeret, posset aliud juxta voluntatem ejus conceptum in medium producere, aliud autem testibus obſignandum offerre, quales fraudes utique facile metuendæ sunt, quo facilius quis ita decipi potest, & quo majus lucrum ex tali fraude ad eum pervenit.

§. VII. Solet autem controversi inter Dd. an tale testamentum sit pro nuncupativo habendum nec ne? Illud quidem ex *cit. l. hac consultiſſima. 8. C. qui test. fac. poss.* videtur asserendum, præsertim cum ipse Imp. verbis initialibus lanciat ut carentes oculis per nuncupationem suæ voluntatis condant moderamina. Inde communiter cocludunt, testamenta cœcorum esse nuncupativa, licet participant de multis requisitis, quæ testamentis in scriptis similia reddere videantur. Blasius Michalorius *tr. de Cæco Surd. & Mut. c. s. n. 3.* sed ipse Michalor. *c. l. c. 6. n. 6.* sibi ipsi contradicit, dum fatetur, scripturam in testamentis cœcorum esse de substantia, ita ut absque ista scriptura non valeant. Et quid multa?

B

Cœcis



Cœcis talis in *d. l.* præscribitur forma testandi, ex qua conspicuum est, formam illam esse *mixtam*. Omnia enim adsunt requisita testamenti scripti, Notarius vel testis octavus nomine testatoris illud subscribit & subsignat. Idem faciunt reliqui septem testes. Recitatio vero seu prælectio coram testibus facienda indicat hoc testamentum simul participare de natura testamenti nuncupativi. Perinde enim esse arbitror, sive testator antea voluntatem suam ipse ore tenus coram testibus declaret: sive Notarius conceptam in scriptis ejus voluntatem ex scriptura, testibus scripturam simul inspicientibus prælegat, & testator faciam prælectionem approbet Conf. Dauth. *de Testam. p. 310. n. 403.*

§. VIII. Unde satis mirari non possum *Novellam Leonis 69.* quæ hanc prudentissimam constitutionem corrigere intendit, constituendo, cœcorum testamenta valere debere, etiamsi secreto h. e. absque prælectione confecta fuerint. Rationem correctionis adducit, quod scilicet leges hac de re diversa inter se statuere videantur. Aliam enim, ait, legem, (nempe *l. 8. cit.*) arcanum testandi modum cœcis prohibere: aliam vero (ego quidem intelligo *l. 21. C. de Testam.* quam Gothofr. *ad cit. Nov. Leon. lit. e.* putet, hic intelligi *Nov. 119. c. 9.* quod tamen liquido repugnat verbis textus) latam quandam viam ad arcanum testandi modum illiteratis hominibus aperire, dum eis nullam aliam præscribit observationem, quam adhibere testem octavum, qui pro testatore subscribat. Repugnantiam sine dubio inde deduxit, quod in utroque casu adsit eadem ratio, & tamen diversa dispositio. Sed vero repugnantia hæc cerebrina & inanis est. Videbimus enim infra, etiam in testamentis ἀναλφαβήτων necessario requiri prælectionem, legibus ipsis suffragantibus, sicuti in testamentis cœcorum, licet quoad verba nihil de hac dispositum inveniatur in Legibus. Est ergo ratio hujus

NON PRÆLECTO.

II

jus Novellæ plane contra regulas bonæ interpretationis, multo magis ipsa dispositio contra naturam testamentorum. Quod enim addit, testimonium ejus, qui testamentum conseripsit, producendum, aliquando etiam juratum, securam non reddit ultimam voluntatem. Quid enim si ille ante testatorum moriatur? ubi tunc testimonium? Imo fides in solo Notario valde fluctuat, fatente ipso Leone in *Nov. cit.*

§. IX. Cæterum quas hic Dd. passim movent controversias, an scilicet etiam solennitates cæcis præscriptæ sint necessariæ in Codicillis, it. Testamentis privilegiatis, ut inter parentes & liberos, tempore pestis conditis, ad pias causas &c. quas plenius excutit Blas. Michalor. *tr. cit. c. 7. 9. 11. & 12. it. B. Dn. Brunn. ad c. l. 8. libenter intactas relinquo, id tamen, quantum ad prælectionem, adjungens, hanc etiam in illis omnibus dispositionibus esse necessariam, cum non ad solennia illa spectet, sed ad voluntatis certitudinem, quæ in omnibus aliis dispositionibus adesse omnino debet. Adducit hanc in rem Ulricus Huberus in *Præl. ad ff. tit. qui test. fac. poss. §. 5. casum de cæco inter liberos testante, ubi tamen prælectio legitima totius testamenti coram testibus deerat, solo testatore affirmante tabulas sibi fuisse prælectas. Quod testamentum tamen non valere merito respondit, & ita quoque a Senatu judicatum esse attestatur. Nuncupationem enim l. 8. requisivit, quia cæcus scire non potest, an id quod sibi prælegitur, sit illud ipsum, quod in tabulis, quæ testibus exhibitæ sunt continetur. Privilegium paternum, eleganter addit consistit in minore testium numero, non in cautione cæcitatæ causa adhibenda.**

§. X. Maximum periculum & plane idem imminet testamentis τῶν ἀναλφαβήτων seu eorum qui nec scribere, vel quod sufficit, nec legere ab aliis scripta possunt. *conf. dissert. Illustris Dn. Stryk. de jure ἀναλφαβήτων c. 1. n. 4. Unde legisla*

B 2

gisla

gislatores huic rei providere non minus voluerunt per specialia requisita, per octavum testem *l. hac consultissima 21. C. de Testam.* & per alia, imo fere per eadem ipsa, quæ cæcis sunt præscripta. Siquidem cordatiores Jcti & Dd. in praxi celeberrimi imprimis hic quoque prælectionem deserte requirunt, eaque omiſſa, testamentum subsistere non posse ratione voluntatis testantur, quos infra allegabimus. Non desunt tamen, qui hanc sententiam non modo dubiam reddere, verum etiam requisitum hoc prælectionis coram Testibus in testamento imperitorum literarum faciendum prorsus excludere satagunt, putantes, testamenta ἀναλφαβήτων omnino infirmari etiam omiſſa hac prælectione non posse. Cum vero in hoc requisito haud exiguum pondus situm esse videatur, neque facile illud susque deque habendum, quod ratione stringenti nititur, nihil ἀτοπον committere videor, si hanc quæſtionem: | num ὁ ἀναλφάβητος in Testamentis condendis sequi cæcum teneatur quoad prælectionem, plenius quodammodo excutiam, & rationes hinc inde afferri consvetas ex principiis juris examinem.

§. XI. Ex his qui negativam tuentur sententiam, familiam ducit Jct. summus *Ernest. Cothman. Resp. 23 Vol. 4 n. 14.* id maxime agens, ut rationem condendorum testamentorum quoad cæcos in testamentis ἀναλφαβήτων penitus excludat, adeoque ut testibus prælegatur ab impartiali, seu, qui omnis fraudis suspicione caret, nec esse necessarium, nec omiſſo eo testamentum vitari. Potissima ejus ratio hæc est: 1) quod lege non disponente, nec nostrum, sit de hoc dispo-
nere *l. ad probationem C. de probat. Novell. 18. c. 5. in pr.* seu ut alii dicunt: quod lex non cantat, nec nos cantare debemus. Jam autem literarum imperitis, seu qui scripta ab aliis legere nequeunt in jure non est imposita necessitas testamenta sua condendi ea ratione, qua cæci, quin potius, ajunt dissen-
tientes

NON PRÆLECTO.

13

tientes cæteri, præter adhibitionem testis octavi *in l. 21. C. de Testam.* ubi sedes hujus materiæ est, nihil novis requiritur. Idem quoque repeti dicunt *in R. I. de An. 1512. de Inform. Notar. §. die Form eines Testaments in Schrifften*/ubi simili ratione præter octavum testem nihil aliud desideratur.

§. XII. 2) Porro agunt Dissidentes alii, non verosimile videri, illud requisitum a Legislatoribus prudentissimis fuisse omissum, si id necessarium existimassent, quin potius, sicuti cætera expresse sunt præscripta, & hoc quoque expressis verbis ab eis debuisse adjici. Jam autem hoc cum non factum sit, nos hic, acquiescere debere, cum lex sit sequenda, etiamsi fuerit dura *l. prospexit 12 §. 1. ff. qui & a quib. manumiss.*

§. XIII. Adducunt 3) verba *d. l. 21. C. seqq.* quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito *eadem* sanciri decernimus, ubi putant vocem *eadem* se referre ad præcedentia, nempe ad rationem testandi literarum peritis præscriptam adeoque per hoc verbum omnino excludi alia requisita, quæ in literarum peritorum testamentis non sunt necessaria

§. XIV. Existimant 4) Imperatores τῶν ἀναλαβήτων testandi rationem non sine causa sed optimo consilio inseruisse *d. l. 21* ubi peritis literarum regula testamenta condendi principaliter præscripta est: Id vero sufficiens argumentum præbere, expresse noluisse Legislatores ut οἱ ἀναλαβητοὶ cæcorum testandi rationem sequerentur; si id enim voluissent, tunc literarum imperitos cæcis *in l. hac consultissima §. cit.* conjunxissent, id quod cum non factum hos non testari ut cæcos, nisi Imperatoribus confusum tractandi ordinem imputare velimus, quod neutiquam asserendum.

§. XV. Pergunt 5) cessare hic plane rationem *l. §. cit.*

B 3

quæ

quæ est, ne fallum pro vero supponatur Testamentum, si-
quidem literarum imperitus, qui tamen visu gaudet neces-
sario, ejusmodi fraudibus non tam facile decipi possit, cum
supponere falsum pro vero testamento in oculos currat, a-
deoque & ab imperito literarum evitari queat, secus ac in
cæco.

§. XVI. Admittunt quidem 6) quodammodo hic pe-
riculum fraudis subesse, propterea tamen non necesse fu-
isse ducunt, ut ab Imperatoribus hoc novum requisitum
prælectionis adjiceretur ne testamenta quæ secreta esse
debent secundum ea, quæ in limine hujus disput. diximus,
omnibus innotescerent: Imo ne secreta patrimonii pande-
rentur, id quod majus periculum propter insidias heredipe-
tarum continet, imprimis cum quilibet præsumatur bonus,
adeoque fraudis suspicio cesset.

§. XVII. Argumentantur 7) aut *d. l. 21. §. R. J. de An.*
1512. quæ sufficientem Notariorum informationem exhi-
bere debet juxta Rubricam, est sufficiens informatio, aut non
est. Si asserimus posterius, id quod nostræ sententiæ im-
putant, sequitur hoc absurdum, dispositionem illam poti-
us esse seductionem, quam informationem id quod de Le-
gislatoribus prudentissimis sine crimine asseri nequit. Ergo
prius asserendum. Si autem est sufficiens & perfecta informa-
tio, non desiderat alia, requisita præter ea, quæ ibi habentur.

§. XVIII. In medium proferunt 8) *auth. & non obser-*
vato C. de Testam. & Novell. 119. c. 9. quibus textibus corre-
cta est *l. 29. C. de Testam.* ubi Imperitis literarum necessitas
imposita erat non aliter testamenta condendi nisi præmis-
sa nuncupatione nominis heredis. Cum autem hoc sit
sublatum per expressos textus evidentem esse, inferunt,
contrariam legislatorum voluntatem expressam. Confe-
runt hic consentientem *Stephani ad Novell. 66. c. 6. qui*
rati:

NON PRÆLECTO.

15

rationes correctionis has reddit (α) periculum hic nullum subesse, cum testator hujusmodi imperitus nullum alium scriptorem sit adhibiturus, nisi cujus integritatem probe habeat perspectam & cognitam. Nam nemo ignoto aut tali, cujus fidem suspectam esse putat, ea quæ secreto habere cupit, est crediturus, ut adeo quodammodo impossibile videatur, ut a scriptore fraus admittatur, quin si qualicumque scriptore contentus aliquando esse debet tamen non dubium, quin ex amicis pluribus unum inventuris sit, quem testamenti scripturam secreto recitantem audiat. (β) quod alioquin testamenta scripta non forent secreta si testibus contenta testamenti aperirentur, ex quo testatori vel invidia vel insidiæ metuendæ essent (γ) quia alioquin nihil relinqueretur discriminis inter scripta testamenta & nuncupativa. Cujac. *ad Novell. cit. in f.*

§. XIX. Provocant denique (δ) ad rerum retro judicatarum exempla, & praxin tam veterem quam modernam, contra quam Neotericorum quorundam opinio frustra veniat, destituta quippe lege. Si quidem in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudo aut rerum perpetuo similiter judicatarum autoritas vim legis obtinere debet. l. 38. ff. de LL.

§. XX. Hæc sunt fundamenta sententiæ negativæ, quæ tamen tanti roboris esse non videntur, ut tuto illis inhærere possimus. Si quidem omnino verior sententia videtur, quæ dilerte requirit prælectionem testamenti, ita quidem ut vel in præsentia omnium testium in ipso testandi actu fiat prælectio ita ut duo vel tres tabulas simul inspiciant, & ita lecta & audiant & videant: vel ut ante actum testandi coram Notario sincero & duobus testibus ab eo in hunc finem requisitis prælectio fiat eodem modo, ut ipsi testis & audi-

audeant & videant quæ leguntur, ut deinde de contentis testamenti testimonium ferre possint.

§. XXI Pro confirmanda hac sententia provocamus ad duplex, jus tam Naturæ quam Civile, ex utraque necessitatem requisiti nostri hætenus in dubium vocati petentes. Et quidem jus Naturæ de ipsis ordinandis testamentis nihil disponit, sed ordinatio & testamentorum usus potius negative se habet ad jus Nat. quippe quod non impedit, quo minus quis possit de rebus suis disponere. Ex hypothesisi autem quod semel ordinationes testamentorum in certam Rempubl. introductæ sunt, non obstat, quo minus jura naturæ & universalis ejus præcepta hic quoque applicare possimus. Hoc siquidem in dubium est, quod dispositio hæc præsupponat dominium, & de eo disponendi facultatem, adeoque finaliter tendat ad alienationem quandam post mortem testatoris in effectum ducendam quanquam enim ex sententia Puffendorffii *J. N. & G. Lib. IV. c. 10. §. 2.* alienatio striçte sic dicta de Testamentis prædicari nequeat, si tamen intentionem testatoris & acquirentis acceptionem inspiciamus, imo ipsum effectum, alienationis terminus non adeo alienus ab hac materia erit. Quicquid sit, agitur sane in testamento de transferendâ hereditate in alium post mortem testatoris, & testamentum ipsum de hoc testimonium perhibet, & suppeditat declarationem voluntatis nostræ circa successores in bona nostra, ut de sententia nostra certo constet. Cum enim voluntas intramente lateat & quasi intus habitet, per signa idonea externa est declaranda, ut effectum suum habere possit. Quo magis vero hic quo ad declarationem errari & fraudibus locus esse potest, eo majori cautione opus esse natura & ratio dicitur. Neque enim ad nudas præsumptiones recurri debet, ubi certa & determinata requiritur voluntas; sunt enim hæc incertæ & ad perpetu.

petuam controversiam inter partes dissentientes fovendam aptæ, ut proinde recte concludi possit: testamentum, cum voluntatis nostræ certitudinem continere debeat, non constare posse, si certitudo sufficiens & necessaria non adsit, maxime hic, ubi is, de cujus. Voluntate, quæstio est, non amplius illam declarare & explicare possit. Quo circa etiam in jure Civ., ubi plenissime materia de ordinandis testamentis est excussa, omnino segreganda sunt solennia juris Civilis requisita, ab essentialibus & intrinsicis, quæ ex ipsa dispositionis juris Naturæ dependent, & quæ salva essentia testamentorum nunquam abesse possunt, quæque in omni testamento etiam maxime privilegiato adesse debent. Quæcunque ergo in omni testamento etiam maxime privilegiato concurrere debent, illa pertinent ad communem naturam & essentiam testamentorum. Jam inspicientia naturam eorum facile occurrent ea, quæ de jure universali ad illa requiruntur. Videl. dictum est testamentum omne comprehendere ultimam voluntatem defuncti, & ipsum testamentum solum vice declarationis esse. Jam quæcunque necessaria ad declarationem voluntatis ejusque indubiam certitudinem sunt, illa quoque sunt necessaria ad omne testamentum. Declaratur autem illa variis modis, quorum quidam necessarii dici possunt, quidam arbitrarii seu voluntarii majoris cautionis & securitatis gratia ad inventi & superadditi a legislatoribus civilibus; ex his constituuntur solennitates testamentorum civiles, ex illis naturales seu requisita communia.

§. XXII. Nam cum nulla res magis fraudibus exposita sit, nulla in re facilius dolus prædominari possit, quam in ordinandis testamentis, cum tamen reipublicæ intersit, de sententia defunctorum certissimam & indubiam habere scientiam, legislatores Romani existimarunt, se non alia rati-

C

one

one potuisse obviam ire fraudibus, non alia ratione obstruere viam, suspicionibus facile ingruentibus, nisi per cumulum Requisiteorum solennium, per numerum testium conveto ampliore, quo tot oculis & auribus insinuata voluntas omni careret suspitione fraudis, per subscriptiones per subsignationes aliaque permulta solennia. Vel ut brevibus declarem meam mentem: Facilitas decipiendi testatorem & simul experientia frequens, quæ hujus facilitatis plurima argumenta suppeditabat, legislatoribus ansam dedit, plurimis solennibus testamenta involvendi, insimulque ea declarandi nulla quæ hisce destituuntur. Nam id solet esse officium legislatorum in condendis legibus, ut ad id, quod in plurimum accidit, perspiciant *l. nam. ad ea §. de LL.* & ubi majus periculum imminet, majorem adhibeant cautionem. Naturales seu necessarii modi sunt illi simplicissimi, qui de jure naturæ sufficiunt ad declarandam voluntatem, quales sunt, duo testes, voluntatem ultimam confirmantes vel scriptura de ultima voluntate testatoris indubium testimonium præbens &c. Adeoque quanquam milites testamenta facere possunt quomodo velint & possint *l. 1. pr. ff. de Testam. milit.* & hujus testamentum sola dicitur perfici voluntate *l. 15. §. 1. l. 34. inf. §. 45. §. 40. pr. eod.* tamen id ita declaratur in *l. Divus Trajanus. 24 ff. eod.* ut hæc voluntas per testes utique confirmari debeat, si suspicio fraudis subsistit, ne vera judicia subvertantur. Inde cognoscis, simplicitatem juris Nat. in ordinandis testamentis consistere in certitudine ultimæ voluntatis.

§. XXIII. Si applicamus hoc ad propositam quæstionem, requisitum prælectionis ipsam certitudinem voluntatis respiciens facillimo negotio inde eruemus. Præsupponimus enim (1) ἀναλφάβητον scire non posse, quid alter, cujus fidem in testamento scribendo elegit, scripserit, adeoque

NON PRÆLECTO.

19

oque (2) semper dubitare posse num quoque ille, qui concepit voluntatem testatoris, secundum eius voluntatem omnia fecerit, & non hereditarum instar cum tertio colluserit, eique aliquid adscripserit. Neque enim (3) de fide eius, quæ in acquisitione bonorum & ubi de meo & tuo quaestio est, inter homines sat lubrica esse solet, certus ita esse potest licet vel maxime familiariter eo usus sit. Nam amicitia fere (quod dolendum) in mundo utilis est, rara illa, quæ honestum pro scopo habet; lege autem id magis respiciunt, quod frequentius occurere potest. Nihil ergo amplius superest, quam ut dicamus, etiam jus Nat. velle, ut id quod ab alio scriptum est, coram testibus tertio testatori prælegatur, quo testes illi de hoc postea testari queant, si in dubium vocetur & ipse testator indubiam de scriptura, quam legere nequit, habeat scientiam. Sed dicis: quid hæc ad propositam quaestionem? testamenta enim ex dispositione juris Civilis in vita civili sunt determinanda & judicanda. Probandum ergo, quod jus Civile hoc quoque requisitum exigat, alioquin omnis tua argumentatio erit frustranea, cum jus Nat. nihil determinet. Verum recurras quælo, amice, ad priora, ubi dixi, alia requisita esse petenda ex jure civili, alia ex jure Naturæ. Ad hæc prælectionem in hoc casu refero; cum præceptum commune sit: voluntatem tuam in vita civili ita declara, ut certa de ea haberi possit scientia, nullique controversiæ locus supersit. Hinc si vel maxime in jure civili nihil de hoc requisito disponderetur (cujus contrarium tamen paulo post ostendemus) supplenda tamen foret dispositio civilis ex naturali jure, vel ex ipsa rei natura, vel saltem inde interpretanda & declaranda, cum & ipsi Dd. juris civilis convicti argumento *l. scire oportet. 13. §. si enim quis 7. ff. de excusat.* fateantur, naturalem rationem allegare pro lege sufficere. cont. Gothofr.

C 2

thofr.

thofr. in not. ad c. l. lit. R. Surd. de Aliment. t. 1. q. 45. n. 58. Illustrabuntur hæc omnia in postea dicendis, hinc ulterius hic non progredimur, sed ad argumenta ex jure civili petenda convolamus, veritatem quæstionis inde liquido demonstraturi.

§. XXIV. Quo vero hanc sententiam ex limpidiſſimis jurium civilium fontibus deducamus, & principiis certissimis & necessariis circumvallemus, hic fundamenti loco axioma hoc ponimus: Duplici ratione aliquid in legibus continetur vel *κατὰ τὸ πρῶτον* per *verba expressa* sensum legislatoris in dubie declarantia, vel per *interpretationem legitimam*. Hoc qui principium in dubium vocare audeat, arbitrator fore neminem, ni convellere Jurisprudentiæ fundamenta totamque demonstrandi & concludandi rationem intervertere velit. Siquidem ubi semper per verba expressa legum foret argumentandum, nec interpretationes legitimæ admitterentur, angustissimis in applicatione includeremur cancellis, & simul jurisprudentiæ partem nobilissimam, quæ interpretando consistit, susque deque haberemus. Inde *Angel. in consil. 317. in quæst. vertente inter illos Principes in 3. Col.* ex *Arist.* apposite loquitur: quando rationem habemus, non debemus quærere legem vel textum, quia quærere legem vel textum, ubi habemus rationem, non est nisi infirmitas intellectus & mentis. Inde frequentia sunt argumenta legum, quæ a Doctores in deducendis juribus eodem modo adhibentur, quo expressa legum verba, dummodo argumentum in ipsum sit necessarium stringens & inducium. *conf. Everb. a Middelbach. tr. de locis argum. legalibus.* Hoc etenim certissimi juris est, leges ita feribi non posse, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur. *l. 10. ff. LL.* nec omnes articulos figillatim legibus comprehendi posse, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui Jurisdictioni præ est ad simil.

similis procedere, atque ita jus dicere debet *l. 12. ff. eod.* Nam quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cætera, quæ tendunt ad eandem, utilitatem, vel Interpretatione vel certe jurisdictione suppleri *l. 13. ff. eod.*

§. XXV. Nec abhorruerunt ab hac ratione argumentandi ipsi veteres JCTi, siquidem in horum monumentis sæpissime vel verba legum expressa vel justam Interpretationem adduxerunt. Liquido hoc patet ex §. 10. *J. de L. Aquil.* ubi *imp.* ita: illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit. Et in §. un. *J. de legit. Patron. Tut.* dicitur notanter quæ tutela & ipsa legitima vocatur, non quia nominatim in ea lege (XII. Tabb.) de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Imo & JCTi aliquando non tam verba legum quam mentem ejus sequuntur, ut est textus in *l. 13. §. 2. ff. de excus.* ubi JCTus ait: Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum tamen, mens legislatoris aliud vult. Non enim quid dixerit, sed quid intellexerit legislator advertendum est. *l. 19. ff. de condit. & demonstr. Carpz. 3. 3. 16. n. 12.* Add. *Finckelb. Controv. Feudal. in præfat. ad Lectorem.* ubi ait: quæ est totius juris prudentiæ autoritas, nisi ea confirmetur vel certo juris textu, vel solida juris ratione: & paulo post: Verissimum est quod D. sine legibus, adde & sine ratione juris, sit tanquam comes sine comitatu, fides absque operibus &c. Huc denique refer, quæ *Struv. Synt. Jur. Feud. c. 1. aph. 14. disserit.* Non statim, ait, expressis verbis deficientibus dicendum est, casum ex jure feudali non posse decidi, sed tunc demum, quando nullo legitimo interpretandi modo jus feudale ad casum obvientem applicari potest. conf. *l. 1. §. 2. quod fals. tut. gest. esse dic.*

§. XXVI. Posito hoc & confirmato axiomate, perinde

esse arbitramur, an per verba legis expressa sententia quædam probetur, an vero per interpretationem sensus legislatoris legitime declaretur, & ita sententia firmetur; imo cum omnis anima legis consistat in ratione legis, de expressis verbis anxie esse sollicitum, ubi de ratione constat, hominis minus accurati esse videtur, Judicat de hac re egregie *Everb. in loc. lege cess. n. 3.* dicens: Lex non consistit in verbis, sed in sensu, non in superficie, sed in medulla, non in sermone foliis, sed in radice rationis. Idem quoque in *loco Rat. lege larg.* ait, quod ratio legis sit anima legis, & ex ea mens legislatoris colligatur. Imo lex est ipsa, & ideo dicitur jus supplere. *l. 13. §. 2. de Excus. Wesemb. consil. 2. n. 2. cont. Gothotr. in not. ad l. cum pater filios 77. §. dulcissimis. 20. ff. de Legat. 2. lit. d.* ubi eleg. ait: Ratio legem ampliat & declarat, tanquam mens & anima dispositionis, verbis preferatur ut anima corpori: casus expressos continet; ut ne omisi intelligantur, continet inquam, ut genus species continet.

§. XXVII. His ita suppositis neminem amplius fore arbitramur, qui, licet verba legis expressa hic deficere videantur, non tamen recurrere nobiscum velit ad sensum & rationem legis, & ita quæstionem propositam per legitimam interpretationem decidere. Ut ex antecedentibus liquet legislatorum cura circa ordinationem testamentorum; in eo maxime fuit occupata, ut variis mediis præscriptis omnem amputaret occasionem hæredipetis, fraudibus testatorem circumveniendi. Hunc in finem in cæcorum testamentis aliquid singulare in antecedentibus animadvertimus, scil. prælectionis necessitatem, adducta ratione ex ipso textu, quæ satis necessitatem illam firmat. Et hæc quidem, quæ hætenus de prælectione facienda dicta, κατὰ τὸ ῥήτον spectant ad testamenta cæcorum, sed quod etiam eadem ratione eadem de testamantis τῶν ἀναλφάβητων dici jure non con-

contradicente, sed approbante & confirmante debeant, CONVINCUNT RATIONIS GENERALITAS, IDENTITAS, & CAUSÆ FINALIS NECESSITAS, quæ utroque dominantur. *Generalis rationis* in eo cernitur, dum ea, quam §. 5. attulimus, tam generalis est, ut ad casum testamenti a cæco conditi restringi nullo jure possit. Sicuti jam latior ratio legis octavæ est ipsa dispositione, & attingit etiam testamentum τὸ ἀναλφαβήτης, ita etiam dispositio, quæ de cæcis tantum loquitur, extendi debet ad ἀναλφαβήτης. Si enim recte inspiciatur, utrumque casum continet sinu suo, in utroque casu insidiis non relinquit locum, dum tot oculis testium spectata, totque insinuata auribus sit. Quando autem lex loquitur in casu speciali, & ratio illius legis est generalis, tunc debet extendi ad alios casu *l. 9. §. 5. ff. de J. & Ignor. ibique Bartol. & Gothofr. lit. l.* Et hujusmodi argumentum a ratione legis generali & larga sumtum est fortissimum frequentissimum & utilissimum, *Everh. in loc. arat. leg. larg. n. 1.* & procedit etiamsi causa impulsiva sit stricta, dummodo finalis fuerit larga. *Id. n. 3.*

§. XXVIII. *Identitas rationis* indeque ductum argumentum hic potissimum prædominatur. Si quidem inter casum hunc & legis §. C. qui test. fac. poss. plenissima est similitudo & paritas rationis, dum eadem facilitate absque prælectione ἀναλφαβήτης decipi queat, qua cæcus. Nam respectu scripturæ est in effectu cæcus, & scriptor eum simili modo circumvenire potest ut cæcum; ut parum absit, quin juxta *l. 29. C. de testam.* asseramus tamen fere mortuo esse similem, id quod quidem alii explicant de morbi gravitate, sed si recte omnia inspiciantur, & regula: antecedentia declarant consequentia, applicetur, in proclivi erit contrarium asserere. Sicuti enim in antecedentibus distinxerat morbi acerbiteriam & imperiam literarum, ita frustra verba sequen-

quentia : qui neque scribere, neque articulare loqui potest, quæ tamen se referre debent ad antecedentia, junguntur quin potius, non posse articulate loqui ad acerbitatem morbi, & non posse scribere ad literarum imperitiam spectat. Imo in tantum in his duobus casibus identias rationis dominatur, extorquere diversitatem rationis non modo difficile, sed plane impossibile sit. Ut adeoque dissentientes in vitis plane dentibus tandem concedere cogantur non tantum a generalitate rationis legis & extensionem fieri debere ad l. 21. c. de Testam. sed cum omnino accedat rationis identitas, hoc requisitum prælectionis quoad ἀναλογιστικόν habendum fere esse pro expresso. Nam de similibus ad similia regulariter in jure fit extensio Andr. Alicat. l. 2. de V. S. n. 32. conf l. 34. §. 7. ff. de contrab. Emt. verb. idemque porrigendum ad similia. Imo quando & eadem ratio & penitus omnimoda similitudo sub est, tunc non proprie dicitur extensio, sed potius inclusio propter identitatem rationis Everb. in loc. rat. leg. larg. n. 55. & Alicat. ad l. 6. ff. de V. S. n. 1. verb. ex legibus. Nam ait Tertull. in l. 27. ff. de LL. quasi hoc de legibus credi oportet, ut ad eas quoque personas & ad eas res pertineant, quæ quandoque similes erunt. Quos proinde casus necit paritas æquitatis & identitas rationis, non sunt quoad juris dispositionem separandi Everb. in loco simul n. 1. & cum in casu l. 8. C. qui testam. fac. poss. sententia manifesta sit, is qui jurisdictione præ est ac similia & sic etiam ad casum l. 21. C. de Testam. procedere debet sec. L. 12. ff. de LL.

§ XXIX. Sed dicis : frustranea, hæc omnia videntur tum planissima diversitatis ratio in promptu sit. Quis nescit, distare cœcum ab imperito literarum, qui tamen visu gaudet, ut solem a tenebris? Et hæc diversitas quidem tanta est ut eam nec negari possit, qui vel communi tantum gau-

gaudet sensu. Ergo vero ad hoc ipsum nihil aliud regero, quam quod concedam totum argumentum. Siquidem hæc quæ afferuntur, sunt ἀπροσδύουσα & ἀλλότρια, eamque diversitatem non arguunt, quam his requirimus. Sicuti enim in hoc nostro argumento similitudo a paritate rationis delimitur, ita etiam diversitas a disparitate rationis desumi debuisset. Non enim sunt confundenda similia cum his, quæ dicuntur eadem quorum tamen diversa datur definitio. Nullum simile est idem *Everb. in loc. a simil. 4. & 5.* sed potius rerum differentium eadem comparatio. *Jd. n. 5.* Imo non sufficit allegare aliquam dissimilitudinem in genere, sed debet esse dissimilitudo in eo, ad quod fit comparatio *Jd. n. 6.* Notum quoque est quod non adeo infrequenter aliis quoque in negotiis cæcus & imperitus conjungantur, sicut factum in *l. alioqui II. pr. ff. de contr. E. V.* ubi editio Florentina sine dubio corrupta est. Videlicet lege si cæcus emtor fuerit, vel si in materia erretur a minus perito discernendarum materiarum, ubi ita conjunctim Ulp. de iis decisionem format. Hinc & Gothofr. in *not. ad c. lit. b.* ex hoc tex. ita infert. *vero non potest videre cæcus præsumtive vero non videt minus peritus discernendi*, ut paria hic sint cæcus & minus peritus discernendi, quia uterque æque facile errare & æque facile falli potest.

§. XXX. Imo vero, pergis, hæc extensio fundamento caret, nam quæ hæctenus in medium allata sunt, tum demum locum habent, ubi casus in jure non sunt, expressi & hoc modo intelligendæ sunt leges citatæ *12. 13. de LL.* Jam autem habemus clare verba, clarum textum in *l. 21. C. de testam.* ubi hic casus, quomodo ἀναλφάβητος testari debeat, satis describitur & exprimitur. Ego vero illa clara verba, illum clarum textum non; video in illa lege disponi de

D

testa-

testamenti imperitorum literarum, hoc requisitum autem excludi, non video, nec deprehendo quæstionem quam hic tractamus, ibi expressis verbis esse decitam. Cur ergo non fieret extensio? cur non diceretur, hoc requisitum comprehendendi sub dispositione *l. 8. cit.* Constat testamenti factio pluribus articulis, & quorundam eorum expressio in jure non statim excludit reliqua, sed potius legitima interpretatio facit, ut non expressi suppleantur. Unde & *l. 12. ff. de LL.* notanter ait: non omnes articuli singillatim legibus comprehendendi possunt, quod nullo jure obstante etiam ita intelligi potest, quod non omnia requisita singillatim legibus comprehendendi & verbis exprimi possint, præsertim ubi illa ex ipsa rei natura, ut in nostro casu dependent, ubi nequidem necessaria erit expressio. Et subinde casus in jure expressi ita debent esse comparati, ut præcise diversimode de illis fuerit dispositum, & ratio istius tum est, quod casus provisus & expressus faciat silere & cessare tacitum *Everb. in loc. a simil. n. 11.* ubi hanc limitationem dissentientum declarat. Jam autem in nostra quæstione nihil diversimode in jure invenitur dispositum, sed potius casus hic in *l. 12.* est omissus quoad verba. Imo cum Gothofredo ad *cit. l. lit. 2.* dubitare quis posset, an etiam lex *cit. 12.* loqueretur & de illis, qui legere nequeunt. Loqui enim lex tantum videtur de his, qui literas ignorant, vel subscribere nequeunt, ut scil. loco eorum octavus testis subscribat. Quid ergo obstat, quominus dicamus, legem hanc pertinere ad imperitos scribendi, vel qui alio modo subscribere nequeunt, qui tamen periti legendi sunt. His autem prælectionem non injungunt leges, cum hi ipsi dictis fraudibus non sint obnoxii, sed ipsimet testamentum ab alio scriptum relegere possint. Conf. Ill. Dn. Stryk. *disp. de jure analphab. cap. 4. n. 20.*

§. XXXI. Neque infrequens etiam in jure est, certo casu

casu aliquod requisitum exprimi in simili casu autem plane omitti, ut tamen per *interpretationem legitimam* eo reduci omnino debeat. Docet id ipsum, §. 15. l. de L. Aquil. ad cuius imitationem hic eodem modo dicere possumus: Requisite hoc prælectionis quidem in l. 21. C. de Testam. non adicitur, sed tamen perinde habendum, ac si etiam hac lege illud adjectum fuisset. Nam legislatores contenti fuerunt, quod in l. 8. C. qui test. fac. poss. illius jam fuerit facta mentio. In his ergo casibus plura non possunt addi requisita, ubi legislator ea diserte *determinavit & ad certum numerum restrinxit*, non ubi nihil horum factum est. Siquidem per nudam enumerationem unius alteriusque requisiti in lege, quadam non statim exhauritur tota substantia ipsius actus sed ex pluribus & diversis locis sæpe ea colligi, & per interpretationem nonnunquam ex natura ipsius negotii suppleri debent. Ergo non est verisimile, voluisse Imperatores in d. l. 21. (posito sed non concessio, quod etiam intelligi possit de analphabeto quo ad picturam literarum) per additionem unius requisiti excludere alia, & imprimis ea, quæ in ipsa rei natura fundantur. Jam autem quod alienum est a verosimili, est quædam falsitatis imago, nec facile credendum illud, quod facile fieri non potest Everh. in loc. a veri. n. 11. & 12.

§. XXXII. In aliis quoque, ubi eadem ratione imperitus literarum facile decipi ac falli potest quoad scripturam, videmus legislatores sollicitos fuisse in id, ne ob imperitiam deciperentur Hinc in *Novell. 78. c. 8. & seqq.* & inde desumpta *Auth. sed novo jure. C. si cert. pet.* præscripta sunt certa requisita eis, qui in scriptis contrahere cum imperitis literarum volunt, ubi requiruntur inter alia quinque testes fide digni, ut eo minus scripturæ aliquid inseri contra eius voluntatem, quin potius hi de eo, quod actum, testimonium

D 2

per-

perhibere possint. Neque enim dubium hic est, quin prælectio contrahentibus & testibus fieri debeat, cum clarus hac de re textus sit in *R. I. de Anno 1512.* Von Unterricht der Notari- en. §. Und am meisten. Verba huc pertinentia sunt seqq. Und am meisten und insonderheit ist solches zu halten in den Contracten und Handeln/ darin zu ihrer substanz Schrift gehöret. Ja alsdenn fodert die Nothdurfft/ daß alle und jede Puncten den Partheyen und Zeugen von Wort zu Wort vorgelesen werden. Quod jam hic in genere de quibuscunque contractibus dicitur, id multo magis in imperitorum contractibus observandum. Sed de *Contractibus non prælectis* forsan peculiari dissertatione V. D. commodior agendi ratio erit.

§. XXXIII. Tandem *necessitas causæ finalis* hoc requisitum prælectionis desiderat, ita ut alia ratione testamentum imperitorum sustineri nequeat. Sicuti vero necessitas in moralibus jus facit, ita itidem hic necessitas requirens prælectionem non tantum jus facit, sed etiam prælectione ommissa suspectam ac dubiam reddit voluntatem. Id quod cum legislatores remove summo studio voluerunt, certa quoque media adhiberi voluerunt, absque quibus fraudes removeri non poterant. Argumentor: *Si Imperatores serio voluerunt, ut in ordinantes testamentis & præsertim eorum, qui magis fraudilibus expositi sunt, (quales sunt cæci & imperiti literarum) omnis ratio fraudes fovens e medio tolleretur, contra vero ultima voluntas testatoris sincera & illibata conservaretur, certe iidem etiam maxime voluerunt, ut talia media adhiberentur, sine quibus ille finis obtineri non posset.* Concesso enim &posito fine concessa etiam &posita videntur omnia, per quæ ad illam finem devenitur. Everh. *in l. a concess. conseq. n. 1.* Jam autem sine medio prælectionis legitimo modo factæ in præsentia testium in casu, ubi *αὐαλφάβητ*, seu qui legendi

NON PRÆLECTO.

29

di scripturam peritia destituitur, testatur, non potest finis & intentio legislatorum obtineri, ceu jam in antecedentibus fusius declaratum. Cont. Colleg. Argent. lib. 28. tit. 1. n. 19. ubi ait: *nihil facilius est, quam scriptorem testamento aliquid adjicere, quod sit præter voluntatem testatoris & id ipsum tamen in prælegendo præterire, qua ratione vera judicia facile subvertuntur.* Omnis autem ratio subvertendi vera judicia est vitanda & damnanda.

§. XXXIV. Nihil jam superest, quam ut hanc ponamus sententiam. Ubi deficit requisitum prælectionis legitimo modo coram testibus factæ in testamento literarum Imperiri, ibi non est certa & indubia testatio mentis. Ubi autem non est certa & indubia testatio mentis, ibi nec testamentum. Testamentum enim dicitur quasi *testatio mentis* i. est voluntatis *pr. l. de ordin. testam.* ubi Harpr. ad illum §. notat, *mentis* vocabulum *emphasis causa* ad majorem rei expressionem & declarationem esse adjectam, ac si Imperator dixisset: *Testamentum esse majorem mentis & voluntatis nostræ significationem, quam ullam aliam testationem.* Instas: argumentum hoc videtur inane esse, quippe ab *Etymologia* desumptum. Respondeo, licet ejusmodi argumentum *affirmative* non valeat, valet tamen, ubi *negative* conceptum, & *Etymologia* ab *essentia* naturæ vocabuli, ut hic sumpta est, prout hoc eodem exemplo eleganter declarat Everh. in loc. ab *Etymol. n. 9.*

§. XXXV. Et in hanc sententiam mecum descendunt plurimi cordatorum & praxin observantium Jctorum, & imprimis *Coll. Arg. lib. 28. lit. 1. n. 19.* ubi diserte cæcum & ἀναλφάβητον conjungit. B. Dn. Brunn. ad l. 8. c. qui testam. facere poss. Illustris Dn. Stryk. dissert. de jure ἀναλφάβητου c. 4. n. 24. ubi simul Cothmanno respondet. Carpz. decis. integra 149. ubi videtur corrigere, quod in lib. 6. Resp. 9. n. 16.

D 3

polu-

posuerat. *Excell. Dn. Engelbrecht compend. jur. disp. 17. §. 4. in f. ubi & hanc rationem ponit, quod alioquin soli scriptori ut unico testi crederetur, id quod tamen recta ratio & juris non admittit. Dion. Gothofr. in not. ad l. 21. C. de testam. lit. Z. Manzius de Testam. val. & inval. tit. 5. qu. 8. Besold. consil. 230. n. 3. seqq.* Subjiciamus denique hic responsum inclytorum Jctorum, qui testamentum ejusmodi legitima prælectione destitutum nullum declararunt, verba ejus sunt sequentia: *Daß nöthig sey / wenn der Testator nicht schreiben und lesen kan / daß ein Testament in scriptis dem Testatori vorgelesen werde / kan nicht allein ex exemplo Testatoris Cæci, cujus in puncto præsentis eadem ratio; auch nicht allein aus der Inform. Notar. Maximil. I. de A. 1512. tit. von Testamentem §. 5. sondern wird auch erwiesen ab absurdo, denn es ja ein ungeheimes Ding ist / daß fides scripti Testamenti nur von einer Person nemlich Notario dependiren solle. Nam sic in potestate unius hominis situm esset, modum & formam testandi multis vigiliis ad præcavendam fraudem excogitatam pro lubitu evertere & sic contenta testamenti in unius hominis arbitrio consistere.* *Besold. consil. 230. n. 5. seqq. Carpz. dec. 149. der zwar de testamento judiciali redet / aber es ist eadem ratio testamenti scripti privati. Conf. Cothm. Vol. 4. consil. 23. n. 24. Derhalben auch in Württemberg. Land-Recht woll versehen / daß in testamento ejus qui nec scribere nec scripta legere potest, drey Personen adhiberet werden: nemlich scriptor subscriptor & prælector, testa* *Besold. d. l. cum etiam consuetudine fieri nequeat, ut uni personæ etiam Notario plene credatur. Farin. qu. 63. n. 8. &c. Ultimo hic notamus, quod etiam jus Culm. lib. 1. tit. 8. c. 6. necessitatem hujus requisiti habeat.*

§. XXXVI. Ad contraria supra allatas rationes jam facilis erit responsio, & quidem quod primam in §. II. attinet, ei jam satisfactum est in supra deductis, cui & Illustr. Dn.

NON PRÆLECTO.

32.

Dn. Stryk. supra c. l. respondit, adeo ut hic saltim simpliciter negemus, hoc requisitum in legibus non contineri, Non possumus tamen non obiter hac occasione quædam annectere hic de ab usu Brocardicorum hujusmodi, quæ sæpius sine judicio allegantur, & ad provocari tanquam ad palladium quoddam tortissimum solet. Ubi non vociferationes in foro quotidianæ? *Clara verba sunt, clara verba sunt; Lege distinguente nec nostrum est distinguere, quod non est mutatum, cur stare prohibeatur? quod lex non contat, nec nos cantare debemus &c.* Crederes Poetam audire, nisi durities Rabulam indicaret. Hæc, inquam, & similia Brocardica propter perversam applicationem Rabulistica sunt, non juridica. Destruunt enim & removeant omnem interpretandi rationem, in qua magna pars jurisprudentiæ consistit. Proficuum sane foret, talia & similia Brocardica colligere, & peculiari labore abusum eorum ostendere.

§. XXXVII. Ad secundum in §. 12. a *verosimili* petitum argumentum respondemus, omne verosimile & inde deductum argumentum fundari & niti *præsumptione*. Jam autem ubi duæ præsumptiones concurrunt, minor cedit majori. Ponamus ergo, non concedentes tamen, esse præsumptionem, quod legislatores noluerint hoc requisitum admittere eo ipso quod non expresserint, cum tamen in re tam magni præjudicii id exprimi necessarium fuisset; certe hæc præsumptio, si qua talis est, & infirmior & minor est præsumptione altera, qua præsumuntur legislatores noluisse excludere ea, quæ in *ipsa natura rei* sunt fundata, seu noluisse permittere, ut Imperiti literarum fraudibus in testamentis condendis exponerentur, & eorum testandi ratio difficilis, dubia, impedita & incerta redderetur. Hæc sane major præsumptio est, & favorabilior, quippe ultimis voluntatibus maxime favens. Deinde non præcise necessarium fuit, ceu aliquoties jam dictum

dictum, illud exprimere denuo, cum jam illud sufficienter expressum fuerit in testamentis cœcorum & ipsa rei natura id postulet.

§. XXXVI. Tertia in §. 13. comprehensa dissentientium ratio speciosa quidem videtur, sed tamen inanis est. In voce *eadem*, quæ habetur in *l. 21. sepe cit.* præsidium quærunt, putantes hac voce solum testandi rationem quoad peritos literarum includi, excludi autem alia requisita. Sed male a dissentientibus torquetur indoles vocis *idem*. Est enim hæc vox dictio *relativa* & repetit saltim qualitates in præcedenti dispositione expressas: Strauch. in *lexic part. jur. voc. idem*: non vero est *exclusiva* ut scil. præterea non admittat alia, quorum in præcedentibus non fuit facta mentio. Jam omnino concedimus, in testamento imperitorum literarum eadem requiri, quæ in testamentis peritorum, ceu in *d. l. asseritur*; sed hæc non solum, sed etiam insuper requisitum prælectionis necessarium esse, supra evicimus. Imo ceu monitum, adhuc dubium est, an ille textus etiam illos, qui peritia legendi non gaudent, comprehendat.

§. XXXIX. Quartum argumentum in §. 14. videtur quodammodo *ab ordine* petitur, cui tamen respondemus, quod ubi constat sufficienter de intentione legislatoris, tunc non attendamus ad ordinem, indeque frustra petatur conjectura voluntatis legislatoris. Quin quod nec adeo inepte conjunxerit Imp. peritos & imperitos literarum, respiciendo ad id, quod a contrariis stent partibus. In prima enim parte agitur de peritis, ergo in altera recte agi potuit de imperitis, nec propterea Imperatoribus vitium absurditatis imputandum. Neque vero inde colligi potest, quod Imperatores eo ipso voluerint, ut imperiti literarum non alium sectarentur modum testandi, quam qui peritis literarum est præscriptus. Probabilitas solum inde erui posset, si non dubi-

dubium esset, an etiam pertineret illa lex ad eos, qui etiam legere nequeunt. Hæc tamen nulla est, ubi major probabilitas & præsumptio contra eam pugnat Everh. *in loc. a veresimil.*

§. XL. Quinta ratio *in §. 15.* plane nihil præsidii pro dissentientibus habet. Primo enim falsum est, quod *adæquata ratio l. 8. C. quis testam. fac. poss.* sit hæc: *ne falsum pro vero supponatur testamentum.* Quin potius adæquata & vera ratio in verbis finalibus *l. 8.* continetur, quam supra §. 5. dedimus. Et licet concederemus, quod tamen fieri non potest ob expressa legum verba, hanc, quam dissentientes afferunt, esse veram & adæquatam istius legis octavæ rationem, tamen inde nulla diversitas argui posset. Licet enim factum suppositionis in oculos incurrat, ita tamen est comparatum, ut præsupponat peritiam legendi. Quomodo enim v. c. scire poterit ἀναλφάβητος, illud, quod in ipso actu testandi profertur, quodque ipsi privatim prælectum quidem, sed absque testibus est, esse verum testamentum & non supposititium? non & aliud supponi clam variis artibus potuit.

§. XLI. Sextum argumentum *in §. 16.* ideo prælectionem non asserendam statuit, ne secreta testamenti divulgarentur, imo ne secreta patrimonii panderentur, & deinde, quod rarus regulariter non præsumatur. Continentur hic duo capita, ad quæ distincte respondebimus, & quidem ad prius, quod regulariter hoc verum sit, quod in ultima voluntate nemo cogi posse videatur, ut secreta testamenti & patrimonii pandat. At vero ubi *ratio necessitans & urgens* adest quæ contrarium præcipit, nec huic Regulæ amplius inhaerent Legislatores. Sic in testamento cæcorum, cum bi ratio necessitans adsit, omnino hæc non attendunt, sed præcise sub pœna nullitatis volunt, ut testibus testamentum prælegatur, & sic secreta ejus pandantur. Simili modo hic quoque illa ratio non amplius attendi debet, cum major ratio præ-

E

præ-

præcipiat prælectionem. Neque etiam eo ipso quod prælectio testamenti vel coram testibus omnibus, vel coram Notario nulla suspicione laborante & duobus testibus fieri debeat, statim panduntur secreta testamenti & patrimonii. Dantur enim media, quibus constringi possunt testes, ad non divulganda ea, quæ audiverunt; v. c. *juramento vel literis reversalibus*, quibus pollicentur loco juramenti an *Ëndesstatt* / & ubi conditio testium adest, bey *Cavalliers parole*, quod nolint divulgare ea, quæ ex prælectione nota eis sunt facta, ceu in Testamento cœcialicujus observavi. Quin multo minor metus adest in eo casu, ubi saltem prælectio sit coram Notario & testibus duobus, quod fieri posse concedimus. Et quid diceremus, si plane nuncupative testaretur? ubi sane ad omnium scientiam ultimæ voluntatis dispositio venire debet. Et quanquam sic ad futuram rei memoriam a Notario in scripturam redigatur, cum tamen substantia testamenti eo ipso non mutetur, prælectio quoque non adeo necessaria esse videtur. Verum hic Notariis legem præscribit *R. I. d. A. 1512. von Testamenten §. weiter so ist auch. 47.* verba sunt sequentia: weiter so ist auch einen jeden Testament / ob es gleich Nuncupativum als ohn Schrift gemacht wäre / nötig / daß alle Handlungen / so zu solches Testament auffrichtung ergangen / und aufgeschrieben wären / vor dem Testirer und Zeugen / ehe den sie von ein ander scheiden / vorgelesen werden *conf. Peregr. Decis. 80. n. 7. Besold. p. 5. consil. 203. n. 13. Dauth. de Testam. p. 300. n. 404.* Ad posterius membrum respondemus (1) cum *Besold. consil. 230. n. 9. licet quilibet præsumatur bonus, si tamen de tertii præjudicio agitur, tunc seposita integritatis conjectura ad legitimam acceditur probationem, quæ probatio vel ad solennitatis vel fidei questionem spectat. Solennitatis probatio in testantium voluntate exprimenda consideratur, fidei nuda probatio in aliis hominum*

num

NON PRÆLECTO.

35

num actibus sufficit, in quibus tamen unico testi, etiam in senatoria aut præsidiali dignitate constituto, non creditur. Unde nec soli Notario absque testibus prælectionem a se factam esse attestanti minime creditur, ceu patet ex Responso hanc in rem supra allato. Imo nec ipsi testatori serio asserenti vel in iudicio vel extra iudicium coram Notario & testibus sibi domini testamentum fuisse prælectum, iudex fidem adhibere potest; multa enim dicuntur, quæ vera non sunt, adeoque ad minimum duo testes producendi sunt, qui prælectionem jurato asseverent. Ill. Dn. Stryk. *diff. de jure ἀναλφαβ. c. 4. n. ult.* Nec enim in dubio præsumitur prælectio, sed probanda est, & quidem non nuda Notarii vel alterius prælectoris subscriptione ac assertionem, sed congruo testimonio numero, ceu ait Besold. *consil. 230. n. 9.* Nam ita debet esse comparata, ut omnis absit suspicio, cum testamenta ex solius testantis & non alterius arbitrio dependere debeant. Id. *consil. 302. n. 15.* Deinde hoc argumentum si esset universale, cur in testamentis cæcorum aliud esset dispositum? cur in jure tam variæ cautelæ subministrarentur? inutiles enim essent, nisi traus frequentior timeri deberet, quam leges in causa tam præjudiciali juste suspicantur.

§ XLII. Septimum argumentum hoc in recessu habet, quod, si huic nostræ assertioni esset inhærendum, nec l. 21. C. de Testam. nec ipse R. J. de Ao. 1512. foret sufficient informatio Notariorum, quin potius seductio, id quod absurdum. Verum absurdi naturam non intelligit, qui talia profert. Imo invertamus argumentum, idemque absurdum dissentientibus retorqueamus hoc modo: Aut statuendum prælectionem in testamentis ἀναλφαβήτων omnino esse necessariam, aut vero dicendum LL. alleg. esse insufficientes, antequam fraudibus dare, & viam ad varia sternere delicta. Posterius asserere per absurdum foret cum hoc plane & re-

E 2

ctæ



Etæ rationi & menti intentioneque legislatorum sagacissimorum repugnaret. Ergo prius omnino asserendum. Consequentia necessitas firmamentum suum petit ex hætenus declaratis rationibus. Econtrario consequentia argumenti a dissentientibus allati sane nulla est. Non enim sequitur: (ut supra evicimus) Hoc requisitum expressis verbis in legibus non continetur; ergo omnino in illis non continetur. Proinde est & manet *R. I. de An. 1512.* plena informatio Notariorum, licet nec ibi, nec in *cit. l. 29.* mentio expressa huius requisiti fiat, quod ideo factum putamus, quia illa Constitutio Maximil. est tantum nuda versio germanica *l. famosissimæ 12.* adeoque in illa nihil additum, quod expressis verbis non comprehensum fuit in *cit. l. 21.* Neque etiam adeo necessarium fuit, hoc requisitum ibi exprimere, cum sufficiebat, quod paulo post in illa ipsa constitutione forma cæcis præscripta exhiberetur §. *Uber zu eines Blinden &c.* cui ὁ ἀναλφάβητος quoque se conformare debet.

§. XLIII. In argumento octavo plura continentur, ad quæ responderi debet. Quod a) ad *l. 29. C. de Testam.* attinet, quam putant correctam esse per *Auth. subiectum & Novell. 119. c. 9.*, mens legis inspicienda erit, ut inde de mente dissentientium rectius constet. Scil. hic est legis scopus, ut si quis propter imperitiam literarum nomen heredis scribere nequeat, tum testibus testamenti præsentibus nomen vel nomina heredis vel heredum a testatore nuncupentur, ut omnimodo sciant testes, qui scripti sint heredes, & ita certo heredis nomine successio procedat. Hæc lex quam proxime assertioni nostræ accedit, eam tamen putant esse correctam per subiectum *Auth.* At vero *Novell. 119. c. 9.* quæ fons est *Auth. & non observato. ἀκριπῶς* inspiciatur, correctio quidem ibi deprehenditur, sed tamen sicut in *d. l. 29.* necessario requirebatur, ut loco imperiti literarum testes nomen here-

heredis in testamento scriberent, nisi testator vero tunc manu propria, ubi scribere posset: hinc solennitas illa factim est sublata *Novella cit.* expresse restringit correctionem ad *b. l. 29.* & quidnam corrigere velit, exprimit his verbis: *Aut testator aut manu propria aut per testes nomina heredum scribat in testamento.* Jam autem correctio non est dilatanda sed restringenda, cum sit odiosa per *c. Odia de R. J. in 6.* Adeoque per hanc correctionem non hoc voluit legislator, quasi prælecto coram testibus non amplius esset necessaria, sed subtilem solennitatem iustulit, ratione scripturæ seu expressionis nominis heredis. Quod *b) Stephani* adductas hic rationes spectat illæ sunt ponderis exigui. Nam prima ex superius deductis refelli potest. Licet enim testator aliquem privatum, elegerit, qui contenta testamenti ipsi prælegerit sine testibus privatim tamen suspicio fraudis non cessat. Collusiones enim emergere solent variæ & exempla docent, quam rara hodie avis fides sit, præsertim ubi de lucro captando quæritur. Imo repugnat hæc ratio ipsis principiis Juris Civilis, dum vult ut unico testi credatur, quod tamen absonum est. Ergo falsum est, impossibile esse, ut fraus a scriptore admittatur. Deniq; si hæc ratio valida esset, non necessarium fuisset, aliam cæcis præscribere formam testandi quam visu gaudentibus, cum idem & de cæcis possit dici. *Conf. hic Carpzov. d. dec. s. 149. n. 16.* ubi idem huic rationi respondet & *n. 21.* Dauthii auxilium laborem, quo ex nudis præsumtionibus hoc casu certitudinem aliquam effingere conatur, deridet. Secundæ rationi satisfacit §. 41. Ex tertia denique, quæ est Cujacii non infringitur hæc nostra assertio, uti nec ex forma testandi cæcis præscripta tollitur discrimen inter scriptum testamentum & nuncupativum. Sicuti enim casus hi, nempe ubi cæci vel imperiti literarum testamenta condunt, præ reliquis extraor-

dinario jure utuntur, quod in iis facilius suspicio fraudis time-
ri possit, ita etiam necessarium fuit, in iis adhibere *mixtum quod-*
dam genus testandi.

§. XLIV. Nonum argumentum petit id, quod est in prin-
cipio: Est enim κρινόμενον, an praxis tam vetus quam mo-
derna contrarium habeat? Imo quod modernam concer-
nit, omnino falsa est dissentientium opinio, & testes quam
plurimos hunc in finem adduximus in §. 35. qui non tantum
in praxi sunt conspicui, & ad eam probandam quotidie alle-
gantur, sed etiam subinde tales sunt Juri, qui eodem jure
nomen Coryphæorum legum prudentum merentur, quo
Cervidius Scævola & Julius Paulus & Domitius Ulpianus in
l. scire oportet. 13. §. 2. ff. de excus. tut. & jam dudum nomine
suo immortales facti. Quid quod si de observantia tori
certare vellemus, non deforent plura hanc in rem addu-
cendi præjudicia. Et licet hætenus contra prælectionem fu-
isset judicatum, quod tamen neutiquam asserti potest, er-
rore & contra rationem fuisse judicatum dicendum est, ex
quo observantia nulla est. *l. quod non ratione 39. ff. de LL. §.*
ult. f. de satisd. Adeoque & aliquoties animadverti, in no-
stro casu ubi ἀναλφάβητος testamentum condit, a peritis &
cautis Notariis hoc requisitum non negligi. Solent enim
post testamentum novam attestationem adjicere, qua te-
stes, qui prælectioni adfuerunt, diligenterque tabulas in-
spexerunt, confitentur, se adfuisse prælectioni. v. c. Dieses
Testament ist kurz vor dessen Bollenziehung von uns dreyen
hernachgesetzten Personen dem Testator N. N. von wort zu
wort deutlich vorgelesen/also daß wir alle drey zugleich auff
die Schrift gesehen/und wie er bekant/daß alles auff sein Ge-
heiß geschrieben sey/so haben wir dieses kurze documentum
factæ prælectionis & approbationis hierunter gesetzt / wie es
Denn

NON PRÆLECTO.

39

denn auch so fort darauff von denen darzu erfoderten Zeugen gehörig vollenzogen worden.

Actum N. d. 29. Mart. 1697.

H. S. H. H. V B.

§. XLV. Haecenus ergo satis declaratum esse hoc requisitum existimamus, & quidem in casu, ubi testamentum *extra iudicium* ab imperito literarum conditur. Cæterum de *judiciali* gravior emergit quæstio, videl. *an testamentum ab imperito literarum conditum judicialiter, debeat aperiri, & ubi affertur iudici, in iudicio testatori prælegi?* Carpz. *decis.* 149. hanc quæstionem ita resolvit, ut omnino prælectionem requirat alioquin testamentum subsistere non posse declarat, quam tamen sententiam A. 1679. tractatu quodam exiguo quodammodo impugnavit Dn. Jeremias Erschel Advocatus Weissenfeldensis. Proponit in illo tractatu, ceu titulus docet, drey rare *casus*, quorum primus est ob einen schreiben und Lesens unersahnen sein in Schrifften / verfafter letzter Wille *insinuation* von dem Gerichts - Persohnen wiederumb nothwendig eröffnet und demselben vorgelesen werden müsse. Et hanc sententiam negativam per argumenta plurima defendit, ubi insimul non videtur abhorre ab illis, qui prælectionem etiam in testamento extrajudiciali rejiciunt, ceu ejus rationes docent. In cujusnam autem *castra* hic sit transeundum, judicare difficile non erit. Videlicet cum etiam in judiciali testamento, in quo prælectio omnis vel saltem legitima cessat, non excludatur suspicio fraudis, sed, licet vel maxime a scriptore absque sufficienti testium numero privatim domi testatori id sit prælectum, nihilominus tamen ipsum testatorem ambiguum esse oporteat, an tertius, cujus ope in consignando testamento usus est, bona fide egerit, nec forsan alius, ad prælegendum requi-

requisitus cum scribente colluserit, & sic ambo testatorem sefellerint, hinc diversitas nulla inter iudiciale & extrajudiciale statui hic potest, quin potius in iudicio testamentum prælegendum testatori. Interim si legitime coram Notario & testibus prælectio facta fuerit, antequam iudici insinuatum sit cum tunc cesset suspicio fraudis, prælectionem in iudicio repetendam non arbitror. Fine enim obento cessant media.

§. XLVI. Quod autem ad Dn. Erschel attinet, plures ibi coacervat rationes, quæ partim ipsam prælectionem in se partim prælectionem iudicalem impugnat. Quæ prælectionem in genere impugnant, a nobis supra pleraque jam sunt rejecta, ergo & de iis quæ supersunt videamus. Nimirum id maxime agit, ut ostendat literarum imperito non eandem præscriptam esse formam testandi, quæ est præscripta cæco, hac imprimis ex ratione, quod cæcus semper nuncupative testari debeat per verba initialia *l. 8. C. qui test. fac. poss.* literarum autem imperitus etiam in scriptis ultimam suam ordinare possit voluntatem *L. 21. C. de Testam.* Verum sicuti falsum est, quod cæcus tantum testari nuncupative possit, cum utique etiam scripturam adhibere debeat secund. *d. l. 8. C. qui testam. facere poss.* & sic ejus testamentum ex nuncupativo & scripto mixtum esse videatur, ceu superius jam demonstratum §. 7. ita pari ratione falsum quoque est, quod literarum imperitus nude in scriptis absque omni nuncupatione testari possit. Neque etiam inde, quod id testamentum ipsi sit prælegendum, præsertim ubi ante ipsum testandi actum coram Notario & duobus testibus prælectio fit, redditur testamentum statim nuncupativum, sed saltem participat aliquid de ejus natura, & cum a potiori fiat denominatio, utique dici posset, imperitum literarum tali casu in scriptis testari, cum prælectio non coram

NON PRÆLECTO.

41

coram omnibus fiat. Quod vero æquiparationem cæcorum & ἀναλφάβητων concernit, quam ille non admittit, nec ex jure deduci posse putat, illa sufficienter ex supra deductis desumi potest, ubi simul Cothmanno, quam tantopere pro se adducit, satisfactum adeoque eo ipso multa evertuntur quæ ibi coacervat. Quæ porro de favore ultimarum voluntatum adducit, quod publice expediat suprema hominum judicia exitum sortiri *l. 5. ff. testam quemad. aper. l. 12. de R. J. & necesse & irrata fiant testantium judicia. l. 1. C. de SS. Eccles. l. ult. §. f. C. Commun. de leg. &c.* aliaque multa, quæ favorem testamentis conciliare videntur, ibique plenius allegata sunt, hæc omnia sunt intelligenda de casu, ubi voluntas ipsa non in dubium vocatur, sed requisita omnia, quæ voluntatem respiciunt, adsunt; contra vero de requisitis, quæ nudam spectant solennitatem & subtilitatem juris Civilis quoddam suboritur dubium, & tum sane in favorem testamenti illud potius confirmandum, quam infirmandum. Hinc non recte hæc ad præsentem applicantur casum, ubi non de solennibus, sed de certitudine voluntariis quæstio est. Ubi recte applicatur illud Pauli in *t. duo sunt Titii 30. ff. de testam. tut.* Tibi non jus deficit, sed probatio. Quæ supersunt ex supra declaratis refelli possunt.

§. XLVII. Quæ autem prælectionem judicialem impugnant, partim ita sunt comparata, ut eam plane tollant, partim autem, ut eam per æquipollens adimpleri posse concedant. Prius negavimus supra, eo scilicet casu, ubi de prælectione, scilicet legitime facta non constat. Posterius nempe æquipollens admittimus scilicet, quod immediate ante actum testandi judicialem testamentum coram Notario & testibus duobus prælegi possit, quia tunc cessat fraudis suspicio, & finis, qui per prælectionem judicialem obtineri deberet, jam plene adsit. Unde & bene sese habent, quæ in fine ex Re-

F

lpon-



sponsis Jctorum adducit, quæ majoris declarationis gratia annectamus. Sunt autem seqq. *Diversa est ratio inter testamenta in judicio incepta & perscripta & approbata, quæ ita initium & complementum a judiciis accipiunt & de his largimur, ea prælegi debere, per rationem, quod constare debeat de voluntate, & inter ea quæ extra judicialiter incepta præscripta, prælecta (adde legitime) & post judici oblata fuerunt, quæ posteriora perfecta esse possunt perfectione prima, licet præsentate judice tenor eorum non sit repetitus. Et quanquam utraque judicialia sint & æqualem vim habeant, id tamen differentia inter ea est, quod priora prælectionem desiderent, posteriora non æque, cum in posterioribus cesset ratio, quæ erat in prioribus. Hactenus Responsum. Sed dicis porro, testamentum judiciale apud acta conditum absque testibus valet, Cothman. Vol. 5. R. 8. n. 47. & R. 11. n. 579. Richt. ad l. 19. C. de Test. n. 20. & 21. nec in eo solennitates juris Civilis requiruntur Mynsing Cent. 6. Obs. 29. n. 5. Respondeo, hoc est intelligendum de requisitis nudam solennitatem respicientibus, quin quod ipsi judices suppleant defectum testium quia hi publica pollent fide. Inde ergo inferri nequit prælectionem judicialem non esse necessariam. Neque in judiciali diversa ratio statui potest, ceu: putat D. Erschel / id quod jam evicimus.*

§. XLVIII. Quam varie autem in casu ibi in tractatu proposito pronunciaverint Jcti, ex ipso tract. videri potest, cui annexæ sunt ipsæ sententiæ. Ad majorem illustrationem eorum, quæ hactenus fasius dicta sunt, coronidis loco quandam ex illis adjiciamus, quam Do. Erschel sub lit. G. G. & H. adjecit, ex qua sequentia excerpta placuit: demnach aber und die weil aus dem anfangs ermelten Testament erhellet/ daß die Testirerin weder schreiben noch lesen können/ hingegen nirgens zubefinden/ daß die von Notario zu Papier gebrachte Verordnung eröffnet/ von den Raths-Personen oder

det in deren Gegenwart von dem Notario absonderl. vorgelesen / und sie dar über / so solches ihr letzter Wille, und Meinung / hernach vorgenommen worden / welches doch bewehrter Rechtslehrer Meinung nach bey der gl. Persohnen / wass anders das Testament gültig und beständig sein soll / als ein necessarium Requisitum erfordert wird / indem man sonst als dieses des Testatoris endlicher Wille gewesen / nicht gewiß sein / se leichtlich allerhand Betrug mit unterlauffen kan zc. Sub lit. H. verba sententiæ huc quadrantia sunt sequentia : Vor ein judicial Testament mag es auch nicht geachtet werden / denn ob wohl die Testatrix dasselbe denen Gerichts Persohnen / so sie zu sich erbitten lassen / in einen versiegelten Papier übergeben mit vermelden / daß darin ihr letzter Wille sey / dieweil sie aber schreibens und lesens unerfahren / und nicht zu befinden / daß die Gerichte verührtes Testament eröffnet / der Testirerin voraelesen / und sie darüber vernommen worden / dergleichen Testament vornehmer Rechtslehrer Meinung nach vor ungültig zu achten / daher man das gesprochene Urtheil zu confirmiren nicht vorüber gefunt.

§. XLIX. Denique calus superest, ubi testamentum a tertio conficitur in illo idiomate, cujus testator peritiam non habet, veluti, si Germanus in Gallia Gallico idiomate conscribi faciat ultimam suam voluntatem. Hic potest effective dici cœcus, cum possit legere vel intelligere quæ in eo testamento scripta sunt. Proinde ex iisdem fundamentis requiritur, ut id quidem coram testibus hujus linguæ, peritiam habentibus legatur, testatori vero exinde referantur contenta, ut cognoscere possit, an secundum eius voluntatem conceptum sit nec? Et ita etiam in Cancellaria electorali Hannoverana in casu, quo Germani cujusdam testamentum eo ipso impugnabatur, quod eo idiomate esset concriptum, cujus peritiam testator non habuisset, fuit judi-

DISPUT. DE TESTAMENTO.

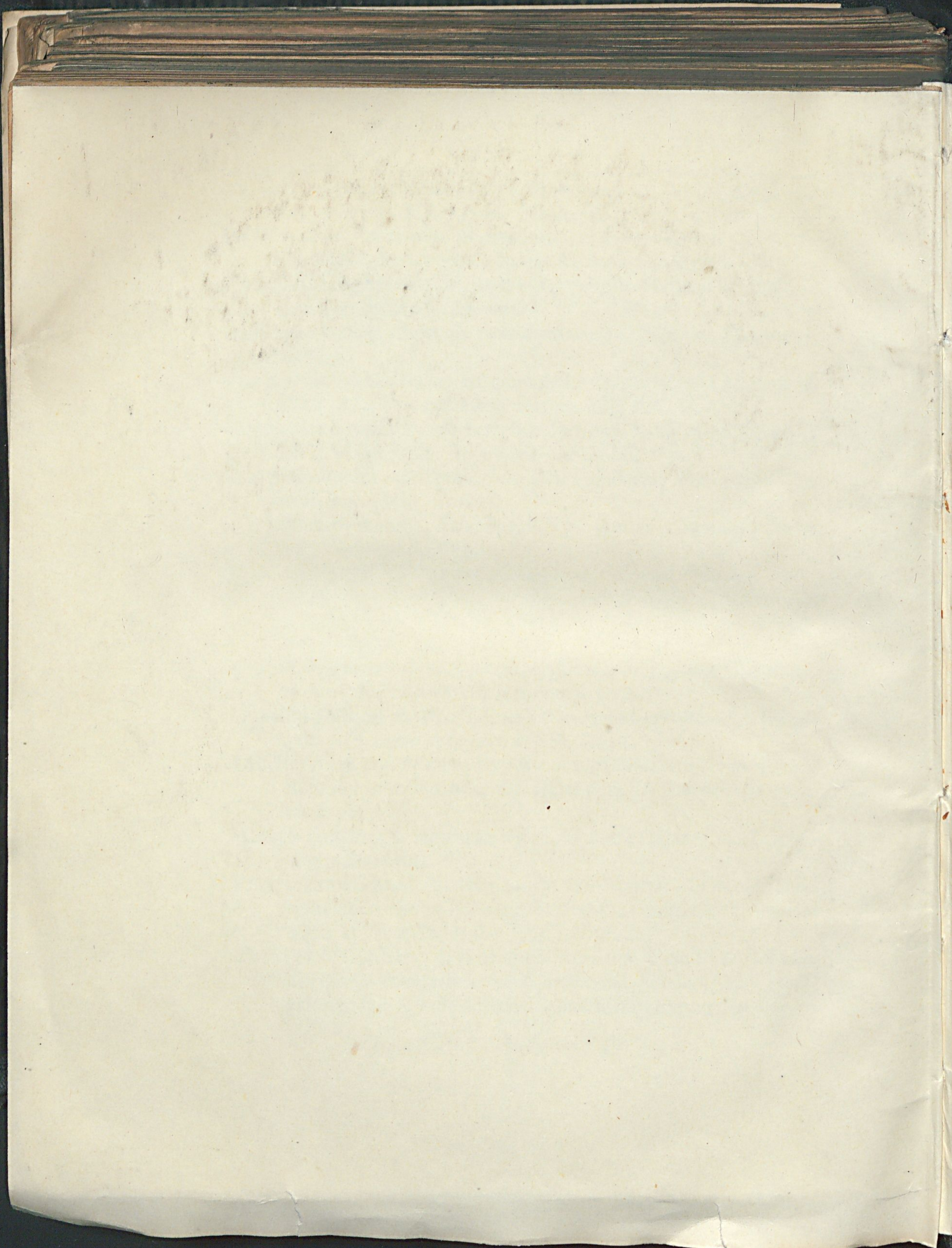
catum Anno 1691. Verba Decreti erant hæc : Demnach sich befunden / daß der Verstorbene M. L. die Französische Sprache nicht verstanden / so hat Kläger gestalten Sachen nach / daß Besagter M. L. 1) den Inhalt der in Französischer Sprach errichteten disposition selber ausgesprochen / oder ihm deren Inhalt / nach dem sie aufgesetzt gewesen / treulich vorgehalten / und 2) er solche Bekräftiget / gehörig zu erweisen und darzu thun ꝛc.

S. L. Hæc quæ de prælectione in Testamento necessaria hic deduxi, jam Tuæ B. L. lectioni & censuræ committo, quum a Te sperans iudicium.

DEO VERO SOLI SIT GLORIA.



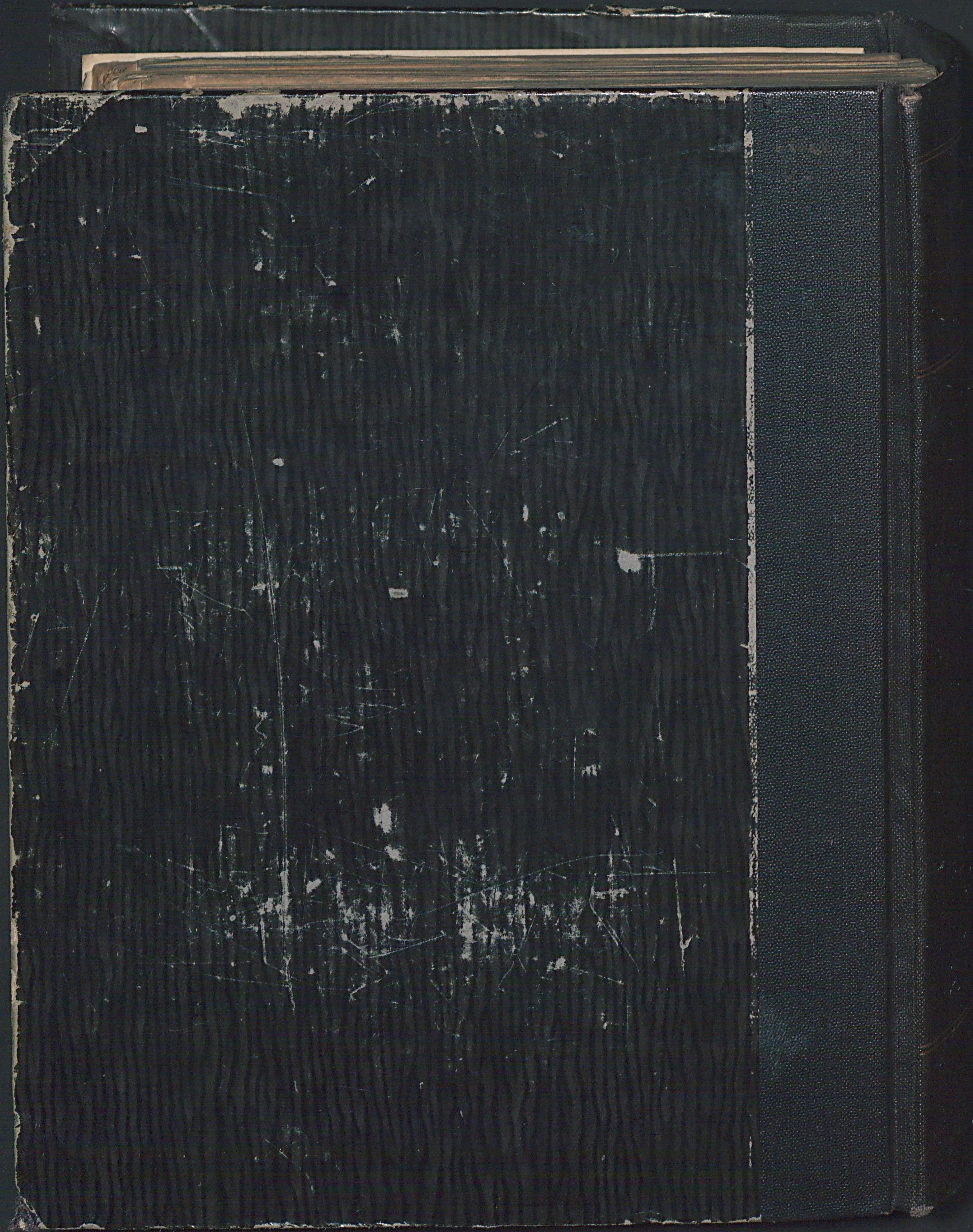




ULB Halle
004 767 101

3







B.I.G.

Farbkarte #13

B. V. 1094 XXVIII.

O JURIDICA

E
MENTO
ELECTO,

am
NIFICENTISSIMO,
NCIPE AC DOMINO,
VVILHELMO,
PROVINCiarUM BRAN-
M HÆREDE, &c. &c.

FRIDERICIANA
Facultatis Juridicæ

ESIDE
NINGO *Göhmer*
entiatto,

ORIO MAJORI
. Ann. MDCXCIX.
icit disquisitioni

US VINNE,
Schaumb.

DEBURGICÆ,
REÆ ZEITLERI, Acad, Typ.