

LA RECEPCIÓ DEL *TESTAMENTUM* *PER NUNCUPATIONEM* A CATALUNYA I A VALÈNCIA

Juan A. Obarrio
Universitat de València

1. CONSIDERACIONS GENERALS

1.1. LES FORMES TESTAMENTÀRIES A L'EDAT MITJANA. *STATUS QUAESTIONIS*

Amb el renaixement jurídic de la baixa edat mitjana, la successió testada es va convertir novament, segons el parer de Bussi,¹ en l'instrument idoni per a facilitar les disposicions d'última voluntat, cosa que va permetre que, fins i tot quan en aquella no es donessin ja tots els elements constitutius del testament romà,² la locució *testamentum* es consolidés en la majoria dels cossos jurídics,³ tal com es desprèn de l'*Espéculo*, que marca una nítida separació entre el «testamento que ffaga alguno por carta cuando ffinase» i la «manda que ffaga por palabra estando en tal manera que non pudiese ffazer testamento».⁴ No debades, la doctrina foral va rescatar el sentit més precís d'*acte dispositiu d'última voluntat* i el

1. E. BUSSI, *La formazione del dogmi di diritto privato nel diritto commune*, vol. II, Pàdua, 1971, p. 165-196; P. S. LEICHT, *Storia del diritto italiano: Il Diritto privato*, vol. II, *Diritti reali e di successione*, Milà, 1943, p. 168-173 i 236-249. També H. AUFFROY, *Evolution du testament en France, des origines au XIII siècle*, París, 1899, p. 155, constata que en les regions meridionals de França, especialment en el Llanguedoc, el testament romà va reaparèixer a partir del segle XII, i, amb aquest, la institució de l'hereu.

2. En aquest sentit, E. BUSSI, *La formazione*, p. 152-154, i P. S. LEICHT, «Il testamento romano dell'alto medioevo su la scorta di documenti inediti bolognesi», a *Scripti vari di Storia del Diritto*, vol. II, Milà, 1949, p. 321-324, assenyalen que, tot i que és la mateixa institució, la seva naturalesa jurídica ha sofert mutacions importants: per exemple, la revocabilitat, el menor formalisme o la pèrdua del caràcter universal de l'hereu en benefici de la successió de béns singulars. Vegeu, contrari a aquest criteri, F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, vol. IV, Roma, 1909, p. 188, per a qui la continuïtat de la tradició testamentària del dret romà vulgar no es va arribar a interrompre a Itàlia.

3. Les possibles influències eticoreligioses en la gradual transferència dels actes d'última voluntat bilaterals als unilaterals o testamentaris han estat considerades recentment per A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torí, 1994, p. 22-32.

4. *Espéculo*, 4, 7, 3.

va definir, seguint Modestino,⁵ com la justa manifestació de la nostra voluntat, d'allò que cada un vol que es faci després de la seva mort:

Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult cum institutione haeredis, vel sic testamentum est quaedam solemnis ordinatio, sive voluntatis dispositio cum institutione haeredis.⁶

Una vegada alliberat de la multiplicat d'accepcions precedents, tant els textos normatius com la doctrina comencen a distingir el testament del codicil i de les donacions *mortis causa*,⁷ així com a recuperar les formes testamentàries de l'ordenament romà: el testament solemne i el nuncupatiu, que, segons el parer de la doctrina, no s'havien convertit en un mer record erudit:

Olim tria testamentorum genera in usu fuerunt, prima erat calatis Committiis, idest, convocato populo praeconis voce, et declarata voluntate coram eo; secundum erat in procintu, quod fieri poterat ab illis tantum, qui accincti reperiebantur, ut ad Bellum irent, et erat per aes, et libram, et fiebat coram quinque testibus, et antestato, per illam imaginariam venditionem interveniente libripende, docet Justinianus [...].⁸

Admesa, com així ho va fer Durand en el seu *Speculum iudiciale* —«Ad huius autem materiae clariorem doctrina scire debes, quod testamentum, aliud privatum, aliud solenne, scilicet in scriptis»—,⁹ la necessitat d'assolir un posicionament clar sobre les distintes formes testamentals, la doctrina és unànime a ressenyar la coexistència de dues úniques modalitats testamentàries, l'escripta i l'oral:

Porro testamentum distinguitur in duas species, namque aliud est in scriptis, aliud sine scriptis, quod nuncupativum appellatur.¹⁰

5. D. 28, 1, 1.

6. G. TARRAZA, *Compendium, sive epitome theoriae artis notariae, in quo de illa, et de tribus ipsius principalibus partibus, scilicet, de contractibus, ultimis voluntatibus, et iudiciis brevissime agitur*, Valentiae, 1636. Així mateix, D. COVARRUBIAS LEYVA, *Opera omnia*, 1, 9-20, Lugduni, 1574.

7. Tot i que autors com F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum in libris duodecim distinctus auctore*, Ginebra, 1669, 1, 5, van afegir l'epístola «ultima voluntas distinguitur in quatuor species. Prima est testamentum, secunda codicillus, tertia epistola, quarta mortis causa donatio».

8. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae forensis valentinae romanorum juri*, Valentiae, 1742, vol. I, 5, 1. Aquesta mateixa concepció, la trobem a AZÓ, *Summa super codicem: Corpus glossatorum juris civilis*, edició a cura de M. Viora, 1966, *liber sextus*, rúbrica (rúb.) «De testamentis et quem admodum testamenta ordinentur».

9. G. DURANDUS, *Speculum iudiciale*, vol. I, Basilea, 1574, *lib. II*, part. 2, rúb. 12, «De instrumentorum editione», núm. 39 (reed.: Aalen, 1975).

10. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*, Venetiis, 1605, *lib. I*, tít. 6, núm. 4.

En contrast amb aquesta major precisió terminològica, cal apreciar, amb relació al *testamentum per nuncupationem*, una escassetat tant de les fonts normatives com de les doctrinals, cosa que n'impedeix la regulació sistemàtica.¹¹

1.2. *SUMMAE* BAIXMEDIEVALS

En concret, en les distintes *Summae* provençals que hem estudiat, únicament s'han trobat vagues referències al testament oral en la *Summa perusina* i en la *Glossa torinese*, i s'omet tota referència a aquest en obres com les *Exceptiones legum romanorum*, el *Brachylogus iuris civilis* o *Lo codi*.

En aquestes primeres obres baixmedievales s'adverteix l'absència d'una percepció objectiva del concepte d'*herència*, que porta el legislador a una despreocupació per les garanties formals, tal com es desprèn del llibre IV, capítol X, de les *Exceptiones legum romanorum*.

In testamentis faciendis vel aliis negotiis solennitatem desiderantibus, regionis consuetudinem legis vicem obtiner legis auctoribus placuit.

E. P., lib. iv, cap. 35: Mulier, si honesta fuerit, testis esse potest, excepto solo testamento.¹²

Trobem imprecises referències a aquesta qüestió en la *Glossa torinese* i en la *Summa perusina*.

En la primera de les obres, en el capítol XVII, «Quibus modis testamenta infirmantur», es defineix vagament el testament nuncupatiu a partir de la veu *nuncupare*, «nominar públicament»:

Nuncupativo est quam in tabulis cerisque recitat dicens: haec, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita dico, ita lego, itaque vos cives romani testimonium mihi praebet; et hoc dicitur nuncupatio, nuncupare est enim palam nominare confirmare.

11. Amb tot, P. S. LEICHT, «Il testamento romano», p. 322, adverteix que la majoria dels testaments de la primera part de la baixa edat mitjana van haver de ser nuncupatius, però la «maggior parte di tali disposizioni orali non dovette essere tradotta in iscritto e da ciò la loro scarsità».

12. *Petri exceptiones legum romanorum*, a F. C. de SAVIGNY (ed.), *Storia del diritto romano nel medio evo*, vol. III, Roma, 1972. Testimoni que, d'acord amb el que disposa el capítol 36, havia de ser jurat: «Nullum testimonium sine iureiurando credi necesse est».

A la solemnitat de la presència testifical se li havia d'exigir el nombre de cinc testimonis, tal com es diu en el text precedent:

Testamentum iure civili est quinque testium subscriptione firmatum; testamentum et iuris praetoris quinque testium signis signatum [...].¹³

En relació amb la *Summa perusina*, únicament en el llibre VI, rúbrica 23, «De testamentis et quemammodum testamenta ordinatur», es considera la validesa del testament *per nuncupationem* dut a terme amb la presència simultània de set testimonis.

Lex 25: Nuncupatio per septem testes valet, qui simul positionem deliberationem testari cognoscant.¹⁴

1.3. LA LEGISLACIÓ ESTATUTÀRIA

Aquesta imprecisió, la trobem, al seu torn, en els distints estatuts comunals, en els quals, com apunta Niccolai,¹⁵ la característica general és la indefinició, la falta d'uniformitat, així com el progressiu retrocés de les garanties formals, que es revelen fonamentalment en l'exigència d'un menor nombre de testimonis:

Estatut de Siena (1272): Quicumque civis Sen. ab hodie in antea, scilicet 1186 die II nonas octubris, fecerit testamentum quod teneat sive per Const. sive per rationem sive per scripturam factam per manum notarii, sive sine scriptura, coram tribus testibus masculis puberibus liberis et in illo testamento iudicaverit res, et sic decesserit, antequam illud testamentum rumpatur, tenebo firmum totum illum iudicium, et nullam personam inde molestabo val disfortiabo aliquo modo.¹⁶

De la lectura dels escassos exemples que ha aportat la legislació estatutària es poden entreveure diversos dels trets definitoris del testament nuncupatiu, que, en alguns supòsits, no coincideixen estrictament amb els caràcters del model postclàssic.

13. *La glossa torinese*, edició a cura d'A. Alberti, Torí, 1933.

14. *Summa perusina*, edició a cura de F. Patteta, BIRD, vol. XII, 1933.

15. F. NICCOLAI, *La formazione del diritto successorio negli statuti comunali del territorio lombardo-tosco*, Milà, 1940, p. 265-626. En sentit anàleg, vegeu A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'imperio romano alla codificazione*, vol. IV, Roma, Nàpols i Milà, 1893, p. 25-30; C. NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Torí, 1902, p. 579-580.

16. F. NICCOLAI, *La formazione*, p. 269.

En aquest sentit, el testament *per nuncupationem* es concep com la declaració verbal d'última voluntat —«volo et iudico»— duta a terme en presència d'un nombre reduït de testimonis:¹⁷

Estatut de Milà (1216): Si autem quis voluerit testari sine publica scriptura, hoc facere possit presentibus quinque testibus idoneis qui cognoscant testatorem et testator nomet haeredem proprio ore alias non valeat.¹⁸

Atesa la incertesa jurídica que podria provocar la mera declaració verbal, la pràctica jurídica va introduir la necessitat que els testimonis, fossin o no rogats,¹⁹ reproduïssin per escrit la voluntat del *de cuius*: «testibus productis, in quorum praesentia iam dictus Rainerius suam voluntatem ostendera, de hoc testamento legitime reddiderunt testimonium».²⁰ I aquest criteri va ser promptament assumit per la legislació estatutària. En concret, en l'Estatut de Cremona la figura es defineix com la declaració verbal duta a terme davant dels testimonis i un o diversos notaris, els quals recollien, *ad probationem*, el que s'havia declarat per escrit:²¹

[...] testamentum nuncupativum ab hinc in antea et ab hinc retro valeat et teneat ac si in scriptis factum esset dum tamen habeat subscriptiones bonorum et legalium notariorum duorum, sive subscriptione illius notarii qui testamentum scripserit, habendo solemnitatem numerum 7 testium in civitate, 5 extra civitatem et unius notarii qui se subscribat.²²

17 A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, p. 26-27, diu que el nombre de testimonis ha anat variant des dels deu que apareixen en el testament d'Alberto di Collalto (1138) fins als dos o tres que apareixen, per influència de les decretals, en els testaments posteriors; testimonis que, en tot cas, havien de ser «puberes et bone fame et bone opinionis».

18. F. NICCOLAI, *La formazione*, p. 270.

19. Estatut de Bobbio: «sufficiant in testamentis nuncupativis et in quolibet alia ultima voluntate quinque testes masculi et puberes et non rogati». Per contra, en l'Estatut de Milà s'exigeix que «ea die quo rogatum fuerit testamentum». F. NICCOLAI, *La formazione*, p. 272.

20. P. S. LEICHT, *Il testamento orale*, p. 313, recull aquest testament aretí de l'any 1079.

21. Admetent, amb Niccolai, l'ambigüitat conceptual, entenem que en els escassos estatuts comunals no es dona un retrocés en les garanties formals, sinó el contrari, ja que la presència del notari va permetre que la declaració dels testimonis es fes *sine calumpnia*, atès que estava reforçada per l'autoritat d'un escrivà.

22. F. NICCOLAI, *La formazione*, p. 272. Aquest criteri apareix, encara amb major claredat, en l'Estatut de Milà: «Si quis voluerit condere testamentum nuncupativum de quo fiat publica scriptura a publico notario, heredem instituendo quem ore suo proprio nominare debeat, hoc ei liceat facere, nisi alias prohibeatur a iure communi vel municipali, vel aliter testari in quo testamento inter-

1.4. L'OBRA DELS GLOSSADORS: D'IRNERI A LA *MAGNA GLOSSA* D'ACCURSIO

La inexistència d'una certa sistemàtica en la normativa baixmedieval no es va veure suplerta per l'escola d'Irneri ni per la canonística medieval, els quals, lluny de donar uns requisits mínims que haguessin permès donar uniformitat a la institució, aporten dades escasses i disperses, cosa que n'impedeix la reconstrucció.

En concret, la *Summa codicis*, atribuïda a Irneri per Fitting, es limita a reflectir el pensament romà, en esmentar que per al dret civil és perfecte el testament en el qual el disponent proclama, amb tota claredat i de viva veu, la seva última voluntat en presència de set testimonis rogats a aquest efecte, i així la retinguin en la seva memòria:

Quando autem sine scriptura conficitur, idem numerus exigitur, et ea de causa euocandi sunt et quia etsi ob aliam causam collecti fuerint, tamen ante certiorandi sunt huiusmodi ordinationi adhibitos esse, et ut sine voluntatem recte exprimere debet et ita suam nuncupationem memorie testum committere quod testamentum iuri civili perfectum est.²³

Entre els glossadors posteriors, trobem en l'obra d'Azó algunes referències al testament oral.

En concret, en la *Summa super codicem*, el llibre VI, rúbrica XXII, «De testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur»,²⁴ després de descriure les tres formes testamentàries de l'antic dret romà —el *pacificum* o *calatis comitis*, el *bellicum* o *in procinto* i el *per best et libram* o *imaginariam quamdam venditionem*—, s'adverteix que aquestes, en la seva època, es reduïen a dues: el testament nuncupatiu i el testament escrit, i es defineix el primer, seguint el criteri disposat a C. 6, 23, 21, 4, com la *nuncupatione testatoris*, això és, el testament fet sense escriptura davant de set testimonis convocats perquè escoltin la seva voluntat —«consistit in nuncupatione testatoris non in solemnitate scripture. VII. Tamen testes necessarii sunt et heredis nuncupatio». És per això, ens dirà Azó, que perquè adquireixi plena validesa jurídica la declaració esmentada, es fa necessari que aquesta es dugui a terme en el termini més breu possible:

sint quinque testes et tres notarii qui cognoscant testatorem cuius testamenti inbreviatura super qua rogabitur ipsum testamentum, testamenti subscribatur saltem per duos ex testibus testatorem cognoscentibus seu per duos protonotarios aut unus ex testibus ut supra et unus ex protonotariis, ea die quo rogatum fuerit testamentum. Et post ipsas subscriptiones teneatur notarius subscribere ipsam inbreviaturam. Et aliter non valeat testamentum».

23. IRNERI, *Summa codicis*, edició a cura d'H. Fitting, Berlín, 1894.

24. AZÓ, *Summa super codicem*, vol. II, edició a cura de M. Viora, 1966.

Item quod fiat uno contextu nullo alieno actu interposito nisi fiat ex necessitate puta superflui ponderis depositio vel medicaminis datio, vel brevis infirmitatis languor.²⁵

El caràcter verbal de la institució, Azó el tornarà a posar de manifest en la seva *Lectura super codicem*, en entendre que, si bé en el testament escrit «non esset necessarium omnia patefieri testibus», en el testament nuncupatiu, per contra, la declaració davant dels testimonis és el que determina la seva naturalesa jurídica, el que el diferencia del testament escrit: «sed primo omnia ante testes debet declarare. Et in hoc differt a testamento in scriptis, post redigetur in scriptis, ut hic dicit, quandoque fit nuncupativum, quod nunquam in scriptis redigetur».²⁶ És per això que, seguint el que disposa el *Codex*, 6, 23, 29, conclou que si el *de cuius* no pot redactar per escrit la seva última voluntat, ja sigui per imperícia, ja sigui per malaltia, li és lícit dir el nombre d'hereus en el testament, i d'aquesta manera aquest té validesa:

[...] videtur quod valeat tale: quod testator omnimodo debet subscribere nomina heredum. Vel si hoc facere non potest ex morbi acerbitate, vel imperitia literarum, debet nomina heredum praesentibus testibus nuncupare.²⁷

Aquesta construcció culmina amb la *Magna glossa d'Accursio*,²⁸ en la qual, com va succeir en la *Summa codicis* d'Azó, no es va arribar a traçar una construcció dogmàtica de la institució, sinó que l'autor es va limitar a alguns comentaris, a mode de *casus*, d'alguns elements d'aquella, com els que fan referència als testimonis i a la possible validesa jurídica de la publicació del testament.

En concret i després de referir-se laconicament al concepte de *testamentum per nuncupationem* («Si sine scriptis vis testari, adhibe testes septem, et coram eis voluntatem tuam declara»),²⁹ menciona, en la *Glossa ad Codex*, 6, 23, 23, rúbrica «De testamentis, et quemadmodum testamenta ordinentur», que, a més de

25. Vegeu parcialment aquesta cita a E. BUSSI, *La formazione*, p. 156.

26. AZÓ, *Lectura super codicem*, vol. III, *Corpus glossatorum juris civilis*, edició a cura de M. Viora, 1966, lib. VI, tít. XXII, «Qui testamentum facere possunt». En relació amb els testimonis, diu: «si esset nuncupativum, satis posset accipi quod V sufficerent».

27. AZÓ, *Lectura super codicem*, lib. VI, tít. XXIII, l. 29.

28. ACCURSIO, *Codicis Iustiniani sacratissimi principis imperatoris Augusti, libri IX*, ed. *The-saurus Accursianus*, Venetiis, 1498, tomus IV.

29. ACCURSIO, *Codicis Iustiniani, Glossa ad Codex*, 6, 23, 21, l. *per nuncupationem*. El requisit dels set testimonis es recull, al seu torn, en la *Glossa ad Codex*, 6, 4, 11: «CASUS. Si non iure testatoris, qui sex testes adhibuisti, vel septem: si tamen sigillis iuris, vel alienis non signabant: non valet testamentum».

la presència de set testimonis, aquests han de ser lliures de tota excepció, atès que un nombre menor l'invalidaria, ja que el testament nuncupatiu «non posse probari per scripturam publicam»:

Testes. CASUS. Sive testamentum in scriptis fuerit, sive non: septem testes sunt necessarii, vel dic certius, quondam hic loquatur de testamentis in scriptis factis. Si ergo quis fecit testamentum; et habuerit quinque; testes, et credebant omnes essent servi: an hoc conperito postea valeat minus testamentum? Respondo, quod non, cum eo tempore, quo adhibiti fuerunt, eis status quaestio non movebatur.

Aquest requisit es complementa amb la necessitat que els testimonis no fossin incidentals, això és, s'exigia que fossin cridats pel disponent de manera expressa i, un cop presents, havien de romandre allí fins que la declaració hagués finalitzat, atès que «testes coadunati eodem tempore». Així, en la *Glossa ad Codex*, 6, 23, 23, 9:

CASUS. Titius in institutus dicebat testamentum esse validum, et producebat testes, qui tamen non fuerunt praesentes, quando factum fuit testamentum, sed tamen recitari audierunt, et ex animi sui iudicio haec disposita esse dixerunt, recitato tamen prius testamento, an valeat tale testamentum? Dicitur quod non.

I aquest requisit s'accentua en exposar el dubte sobre la validesa d'un *testamentum*. En concret, en un cas en què es va fonamentar el testament, no per escrit, sinó en la presència de set testimonis davant dels quals el testador va manifestar a qui volia que pertanyés el seu patrimoni, es pregunta si aquest podia valer si no s'havien pronunciat les paraules següents: «us he convocat, testimonis, perquè vull declarar la meva última voluntat sense escrit», a la qual cosa Accursio va respondre que no tenia validesa jurídica:

In testamentis. Casus. Non in scriptis condidisti testamentum, et septem testes adhibuisti, coram quibus substantiam tuam, ad quos pertinere volebas, significasti. an ideo minus, valeat testamentum, quod ista verba non expresseris: «vos testes vocavi, quia sine scriptis supremam voluntatem mean declarare volo», quaeritur? Respondo quod non, licet antiquitus hoc observarent, et praedicta verba necessario erant exprimenda.

Per acabar, en la *Glossa al Codex*, 6, 23, 23, 2, es planteja el cas del testament publicat.³⁰ En aquest es menciona com, havent-se atorgat un testament

30. Publicació que, com el mateix Accursio reconeix, havia d'efectuar-se únicament després de la mort del *de cuius*: «Alii dicunt quod hic fit publicatio etiam vivente testore, quod non polacet».

sense escriptura, o per escrit, però confeccionat en privat, l'hereu, tement la mort dels testimonis o la integritat del testament, el va fer publicar davant del jutge, amb el jurament previ dels testimonis que el que s'hi declara es correspon amb la voluntat del *de cuius*. Davant d'aquest supòsit, Accursio respon que és vàlida la confecció d'un document públic i la seva publicació posterior, i tindrà validesa encara que amb posterioritat pugui perdre's aquella, atès que els testimonis van jurar la veracitat d'allò declarat:

Publicati. Casus. Fecit quis testamentum non in scriptis, vel in scriptis, sed a privato confectum: heres de morte testium timens, vel quia fuit corrosum, vel membrana in brevi peritura, fecit illud publicari coram iudice, et testes fecit iurare omnia toda esse vera, que in eo continebantur, et publica charta confecta est: an valeat publicatio, queritur?. Respondo quod sic, licet casu amissum fuerit, [...] haec publicatio sic fieri debet, ut coram iudice ordinario, et testes iurent, ita est verum sicut scriptum est: et postea in publica charta conscribetu [...].

1.5. LES DECRETALS I ELS SEUS COMENTARISTES

El dret canònic no va ser més explícit. En concret, en les decretals, per a enfortir el principi del *favor testamenti*, no només es va arribar a prescindir de tota solemnitat —«debetur legatum, quamvis nudis verbis dixerit a testatore sit relictum»—,³¹ sinó que es va donar validesa al testament dut a terme amb un nombre menor de testimonis.

En aquest sentit, en el llibre III, títol XXVI, capítol X, s'afirma que, si bé era costum que els testaments es fessin en presència de set o cinc testimonis, el papa va revocar aquestes normes (les del dret romà) perquè contradeien la llei de Déu i allò establert pels sants pares, i va ordenar, sota pena d'excomunió, la validesa del testament en presència d'un rector i dos o tres testimonis de bona fama:

Quum esses, frater episcope, in nostra praesentia constitutus, diligenti nobis narratione proposuisti, talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quae fiunt in ultima voluntate ab iis, qui potestatem habent super alios, penitus rescinduntur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege et sanctorum Pa-

31. C. 4, X, 3, 26: «[...] quod moriens uxor Redempti unam concham argenteam nudis verbis iussit venundari, et suis dari libertis, et scutellam argenteam cuidam monasterio reliquisse; in quibus utriusque voluntatem eius per omnia volumus adimpleri».

trum institutis, et a generali ecclesiae consuetudine id noscitur esse alienum; quum scriptum sit: In onore duorum vel trium testium stet omne verbum, praescriptam consuetudinem penitus improbamus, et testamenta, quae parochiani vestri coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema de cetero fecerint voluntate, firma decernimus permanere et robor obtinere perpetuae firmitatis, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis praesumptione qualibet huiusmodi rescindere audeat testamenta.³²

La transcendència d'aquesta constitució ha estat posada de manifest per Busi, tant en el seu aspecte pràctic perquè facilita la declaració testamental en menyscabar les solemnitats formals, com en l'historicodogmàtic perquè posa en relleu la facultat que posseïa el pontífex d'abrogar la llei del príncep.³³

Aquest criteri va ser recollit per la canonística posterior. En concret, en l'obra *In tertium decretalium librum commentaria*, en la *Summa aurea* de l'Hostiense i en els comentaris a les decretals de Giovvani de Imola es reconeix la capacitat de l'Església per a corregir les lleis:

[...] quod leges nimiam subtilitatem sequentes in hac parte corriguntur secundum legem divinam et canonicam. In ore duorum vel trium testium honestorum et fidedignorum stat omne verbum non obstante lege vel consuetudine contraria ut. c. cum esses et c. relatum.³⁴

En l'obra de l'Hostiense es recullen, en relació amb les formes testamentàries, els plantejaments ja apuntats per la civilística, a saber, els anacronismes de les primeres fórmules testamentàries romanes i la reducció d'aquestes a dues, el testament militar i el civil —«Hodie vero dicendum quod aliud est testimonium militare aliud privatum. Pivatorum aliud nuncupativum aliud solemne»—,³⁵ i es

32. C. 10, X, 3, 26; requisit que farà extensible als testaments *ad pias causas*, C. 11, X, 3, 26: «Valet ultima voluntas ad pias causas coram duorum testibus, et est casus singulares», C. 3, X, 3, 27. *Corpus iuris canonici*, edició a cura d'A. Friedberg, Lipsiae, 1881.

33. E. BUSSI, *La formazione*, p. 161-165.

34. HOSTIENSIS, *Summa aurea*, vol. III, Lyon, 1576 (reed.: Aalen, 1962), rúb. «De testamentis et ultimis voluntatibus», f. 163, núm. 9. G. da IMOLA, *Super tertio decretalium*, Lugduni, 1547, ad. c. 10, X, 3, 26, núm. 7-8. Aquesta cita es pot veure també a E. BUSSI, *La formazione*, p. 163, de qui prenem la referència sobre Imola.

35. HOSTIENSIS, *Summa aurea*, rúb. «De testamentis et ultimis voluntatibus», f. 163, núm. 3: «Et quidem antiquo tempore tres fiebant divisiones. Unum enim testamentum erat pacificum quod appellabant calatis comitiis [...] Secundum erat bellicum quod precintorum ex eo forte quod succincte fiebat dicebant et hec duo prorsus iam pridem abierunt. Accessit ergo tertium genus quod dicebant per aes et libram quod per emancipationem. I. quandam imaginaria venditionem agebant V testibus et librepone [...]».

defineix el testament nuncupatiu com la declaració d'última voluntat no solemne, verbal, en la qual únicament es requeria la presència de set testimonis rogats a aquest efecte:

[...] *facere nuncupativum testamentum sine solemnitate: seu sine scriptis, ubi sufficiunt VII testes legitimi secundum legis sine alia solemnitate, [...] per nuncupationem dummodo presentes fuerint et rogati [...]*.³⁶

Aquesta definició, que s'extreu de les lleis civils, difereix de la canònica únicament en el nombre de testimonis exigibles en ambdós ordenaments. Així, en examinar «*quod testes requirunt in testamento*», l'Hostiense diu que, segons el parer d'Azó, la presència de set testimonis era un requisit que formava part de la substància de les solemnitats. És per això que si «*de nuncupativo VII testes ergo si unus de VII testibus moriatur: non poterit probari decetero testamentum*», atès que, en els seus comentaris a les decretals, dirà que «*leges humanae, secundum quas, si unus testis, vel etiam unum signaculum in testamento deficiat, nihil valet*».³⁷

Aquesta circumstància, unida a la tradició de les lleis canòniques (*evangelica. Matth. XVIII*), va poder propiciar, segons el seu parer, que per al tribunal canònic tingués validesa el testament en presència de dos o tres testimonis i un prevere,³⁸ sempre que aquests estiguessin, tots, lliures de tota excepció («*omni exceptio maiores*»), com així ho testimonien, al seu torn, diverses «*consuetudines et legis municipales, vel alia privilegia principis*».³⁹

Aquesta simplificació de les formes testamentàries en detriment de la *lege romana*, la trobem present en la majoria de les *summae* canòniques. Així, en les *summae* de Gottofredo de Trani,⁴⁰ Juan de Andrea,⁴¹ Antonio de Butrio⁴² o Bernardo Papiense.⁴³

36. HOSTIENSIS, *Summa aurea*, rúb. «De testamentis et ultimis voluntatibus», f. 163, núm. 9; la llei a la qual fa referència es troba a *Codex*, 6, 23, 21, l. *consultissima*.

37. HOSTIENSIS, *In tertium decretalium librum commentaria*, Aalen, 1962 (reed.), rúb. «De testamentis», f. 75, núm. 3.

38. HOSTIENSIS, *In tertium decretalium*, rúb. «De testamentis», f. 75, núm. 3: «[...] et evangelica. Matth. XVIII post medium, ibi, ut in ore duorum, vel trium testium stet omne verbum, atque canonica, ut sequitur».

39. HOSTIENSIS, *Summa aurea*, rúb. «De testamentis et ultimis voluntatibus», f. 163, núm. 9.

40. G. de TRANI, *Summa super titulis decretalium*, Lyon, 1519 (reed.: Aalen, 1992), rúb. «De testamentis», f. 143r.

41. I. ANDREAE, *In tertium decretalium librum novella commentaria*, Venetiis, 1631, rúb. «De testamentis».

42. A. de BUTRIO, *Iuris utriusque monarchae, in librum tertium decretalium commentarii*, Venetiis, 1578, rúb. «De testamentis».

43. B. PAPIENSE, *Summa decretalium*, Graz, 1956 (reed.).

En la *Summa* de Gottofredo de Trani, en la rúbrica «De testamentis», un cop definit el testament i classificat com a nuncupatiu i escrit, diferencia els testaments segons quina sigui la seva normativa. Així, a tenor del que es disposa en el *Codex*, 6, 23, 21 («hac consultissima»), per *testament nuncupatiu* s'ha de tenir la declaració verbal duta a terme pel testador en la qual es nomenen hereus en presència de set testimonis: «Nuncupativum in sola nuncupationem consistit testatoris non solemnitate scripture septem tamen testes necessarii sunt et heredis nominatio». Declaració que, seguint el que disposa Azó, havia de realitzar-se sense cap dilació:

Item est necessarium quod fiat uno contextu nullo alieno actu interpositio nisi forte acto nature ut cum necessitate succeditur ad depositionem superflui ponderis vel cum forte interponit datio medicine vel brevis languor intervinit.

Per contra, aquesta solemnitat decau quan el testament està regulat pel dret canònic —més en particular, en les decretals—, on, en imposar-se el *foro ecclesie* al *foro seculari*, «sufficit minus solemnnes voluntas», atès que «illas derogatum legibus loquentibus de solennitatibus testamentorum».

Aquest plantejament, el veiem reflectit amb major claredat en la *Summa* de Bernardo Papiense, el qual, en concret en el seu llibre III, títol XXII, rúbrica «De testamentis et ultimis voluntatibus», exposa, ja des del seu inici, l'existència de dues normatives, l'eclesiàstica i la civil: «Notandum autem quod testamentum pluribus modis dicitur. Dicitur enim testamentum divina lex scripta, ut vetus et novum testamentum; dicitur etiam testamentum, quod quis pro anima sua relinquit, ut infra eod. Relatum (c. 10: Gra. c. 11. III. 26) [...]». Aquesta dualitat normativa es veurà reflectida en la pràctica testamental, atès que, si ens atenem a la legislació imperial, el testament «sine scriptis, quod dicitur nuncupativum» ha de ser definit com la declaració solemne que es fa en presència de set testimonis rogats, tots ells barons i de bona fama —«Fit autem cum multa sollempnitate, adhibitis septem testibus rogatis, masculis, liberis et bonae famae [...] ut Cod. eod. Hac consultissima (L. 28), Iubemus (L. 29)»—; solemnitat que decau si es regula per l'ordenament canònic, ja que s'entén, en virtut de la Decretal c. 9 i 19, X, 3, 26, que la validesa d'aquest testament se cenyeix a la presència de dos testimonis —«Hodie vero in his, quae ecclesiis relinquuntur, duo testes sufficiunt [...]».⁴⁴

Seguint aquesta línia argumental, en les obres de Juan de Andreae i Antonio de Butrio, després de reconèixer la legitimitat del testament —«scriptura

44. B. PAPIENSIS, *Summa decretalium*, vol. III, tít. XXII, rúb. «De testamentis».

non est de substantia testamenti»—,⁴⁵ s'admet, com una correcció al *ius civile*, la validesa del «testamentum, quod parochianus fecit coram presbytero suo, et duobus testibus», ja sigui perquè aquest es fonamenta en els principis de l'equitat cristiana,⁴⁶ ja sigui perquè la figura del prevere permet garantir, davant la por de possibles fraus, l'*animus testandi*, així com la idoneïtat i la presència dels testimonis:

[...] per mentem huius verbi, et per praesentiam presbyteri, de quo praemisit, tollitur secundum Hostiensis timor falsitatis, nec enim praesumitur presbyter consentire alicui falsitati, [...].⁴⁷

1.6. ELS TRACTATS DE PRÀCTICA: LA *SUMMA TOTIUS ARTIS NOTARIAE* DE ROLANDINO I L'*SPECULUM IUDICIALE* DE DURAND

Aquesta absència d'una regulació sistemàtica i precisa entorn del testament *per nuncupationem* és suplerta, en part, per la pràctica jurídica, ja sigui a través dels tractats d'art de notaria o dels distints *ordines iudicariis*, ja sigui, posteriorment, per mitjà de l'obra dels comentaristes, els quals, a partir d'un *argumentum a fortiori*, arriben a suplir les nombroses llacunes que els distints ordenaments aporten.

En relació amb els primers, Rolandino, en la seva *Summa totius artis notariae*, rúbrica «De testamento nuncupativo quod consficiuntur sine scriptis»,⁴⁸ porta a terme una regulació sistemàtica de la institució, tant des del punt de vista conceptual com des del punt de vista de la pràctica testamentària.⁴⁹

45. A. de BUTRIO, *Iuris utriusque monarchae*, rúb. «De testamentum», cap. IV, f. 98v, núm. 2 i 4.

46. A. de BUTRIO, *Iuris utriusque monarchae*, rúb. «De testamentum», cap. X, f. 98v, núm. 2 i 3: «Nota quod de aequitate canonica valere verum testamentum factum presbytero, et duobus testibus. Secundo nota quod suadente naturali aequitate, ut valeat testamentum, et dispositio, illud testamentum habet executionem secundum aequitatem canonicam in foro canonico, [...] suadente naturali aequitate quem obligari: et haec obligatio executionem habet in foro canonico, [...]».

47. I. ANDREAE, *In tertium decretalium librum*, rúb. «De testamentis», cap. X, f. 109, núm. 1 i 4: «Per presbyterum ergo, et per duos idoneos non suspectos probabitur testamentum, ut hic, non obstante lege, quae intelligenda est de suspectis, [...]»; A. de BUTRIO, *Iuris utriusque monarchae*, rúb. «De testamentum», cap. X, f. 98v, núm. 3: «[...] quia per praesentiam presbyteri, et supposita testium idoneitate, tollunt praesumptio, et timor falsitatis, super qua subsistit fundamentum solemnitate iuris civilis. Nam non praesumitur quod praesente presbytero aliquid sit confectum falsitatis, [...]».

48. R. BONANIENSIS, *Summa totius artis notariae*, Venetii, 1546, f. 265-266.

49. En aquest sentit, vegeu P. S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, p. 243.

En primer lloc, ens aporta una declaració precisa de la institució. Per *testamentum per nuncupationem* s'ha d'entendre la declaració d'última voluntat realitzada sense la solemnitat i sense les formalitats que s'exigeixen al testament escrit:

Ideo testamentum nuncupativum dicitur sine scriptis, quia non exigit solemnitatem scripturae, nec alias solemnitates quae specialiter in testamento in scriptis requiruntur.

Admesa la simplicitat de la declaració de l'atorgant, Ronaldino precisa que aquesta pot executar-se simplement davant de testimonis o davant de testimonis i un notari.

Si la declaració es fa en presència de testimonis, únicament s'exigeix que aquests siguin el nombre exigit per la llei i que el disponent determini amb claredat i obertament el seu *animus testandi*. Si es donen ambdues circumstàncies, el testament queda legitimat:

Potest enim quis nullo scriptore adhibitio, et nulla scriptura inde facta nuncupative testari: dummodo coram testibus numero, et conditione legitimis haerem nuncupet, et suam explicet voluntatem. [...] Itaque si testator tabellionem non poterit habere, saltem legitimum numerum legitimorum testium adhibeat. Coram quibus voluntatem suam aperte narrabit exprimendo legat, et haeredum institutiones, et alias eius testatoris testamentarias dispositiones.

Conjuntament, el disponent es podia valdre de la presència simultània de diversos testimonis i un notari, cosa que aportaria un element de certesa probatòria, un caràcter d'acte públic, atès que l'escrivà no era un element consubstancial a la figura:

Scriptura eius autem nihil operatur, ut validior sit testamenti substantia. Sed ut facilius per eam declararet et probetur tenor, et series testamenti. In his igitur et etiam in contractibus et pactis adhibent tabelliones, et fiunt scripturae publicae solum gratia facilioris probationis, non substantiae fortioris.

Un cop traspassat el *de cuius*, el jutge procedia a l'adveració del testament. Per a això citava tant els testimonis que haguessin estat presents en la declaració testifical com els que tinguessin un interès legítim en la massa hereditària. Una vegada personats, les declaracions dels testimonis, sempre que aquestes fossin coincidents amb la voluntat del testador, es prenién per escrit per a evidenciar i perpetuar la seva memòria —«et iuris necessitate in his concurrere debent ipsa

testimonia praesentibus, vel ad hoc legitime citatis praedictis qui ius haberent». Un cop transcrites aquestes declaracions, el jutge o, si no n'hi havia, un notari anotava en un pergami l'any, les declaracions testificals, les citacions dutes a terme, els noms dels testimonis i les firmes, amb la qual cosa el testament quedava «in publicam formam rediget et auctenticam».⁵⁰

Aquest esquema es recull en l'*Speculum iudiciale* de Durand, en la rúbrica «De instrumentorum editione», títol «Testamenta qualiter impugnentur», número 12.⁵¹ La seva argumentació se centra en tres grans qüestions, a saber: la relaxació que va significar el cànon c. 10, X, 3, 26, les accepcions conceptuals que poguéu tenir la figura i el tràmit judicial per a la seva adveració.

1.6.1. *La relaxació del C. 10, X, 3, 26*

La primera de les qüestions, Durand l'aborda en els números 11-16, en els quals, després de reconèixer que «per ius canonicum duos testes cum presbytero

50. R. BONANIENSIS, *Flos testamentorum*, rúb. «De testamento nuncupativo quod sine scriptis», f. 266: «Et demum ipsos praesentes rogabit in testes. Mortuo vero testatore iudex ad instantiam alicuius, cui ex ipso testamento ius competit testes ipsos citabit. Item citabit nuncio vel voce preconia eos qui poterant ab intestato succedere, vel qui ex altero ius dicerentur testamento se habere. Et ad rei evidentiam et perpetuam memoriam testimonia ipsorum testium solenniter recipi faciat: et si inventa fuerint concordare de nomine testatoris et eius aetate, conditione et mentis sobrietate legatariis, et legatis, et haeredum institutionibus, et de aliis quae disponens voluntate fiunt, et fuerunt: iuris necessitate in his concurrere debent ipsa testimonia praesentibus, vel ad hoc legitime citatis praedictis qui ius haberent. Et etiam praesentibus aliis septem testibus recitabit et pronuntiabit finaliter ea ex tunc pro plena ipsius testamenti probatione haberi. Notarius autem iudicis in membrana bona appositis annis domini, et caeteris aliis publicationibus ipsas instestationes. Item iudicis pronunciationem et praesentiam et citationem praedictorum ordinarie scribet. Et demum supponet illorum septem testium nomina qui recitationi, et pronunciationi iudicis fuerunt adhibiti. Et haec omnia in publicam formam rediget et auctenticam».

51. G. DURANDUS, *Speculum iudiciale*, lib. II, partic. II, 12, núm. 39-40. En tres gloses transcrites al marge es llegeix: «Et bene. Secundum Roland. cuius fuit iste versic.»; «Scire debes. Secundum Rolandus. Ubi supra autor autem addit iura»; «Formam. Secundum Rolandus qui hoc continuat versic. infra ultimo». Prèviament, en la primera glossa al marge, p. 676, reconeixia el desconeixement que van tenir d'aquesta matèria els tres primers pràctics del dret, Pilius, Tancredus i Bagarotus: «Hic autor aggredditur materima testamentorum, quam tres primi practici autores, Pilius, Trancredus et Bagarotus, prosecuti non fuerunt, quasi ad iudiciorum ordinem non spectare». Certament, únicament hem trobat en l'obra de Tancredus BONANIENSIS, *Ordo iudiciarius*, edició a cura de F. Ch. Bergmann, Aalen, 1965 (reed.), 3, 7, «Quod testes in causa sufficiant», una referència al nombre de testimonis exigibles tant per als testaments civils com per als eclesiàstics: «Item in testamentis ordinatis septem testes sunt necessarii, nec alias valet, ut Cod. de testam. 6, 23, l. hac consultissima. 21, nisi in tribus casibus. Primus est in relictis ecclesiae, quoniam ibi sufficiunt duo testes [...]».

sufficiunt in testamenti, etiam in aliis, quam ad pias causas» i que la seva validesa se circumscrivia a la necessària presència del prevere —«Et intelligo in praecedenti casu necessariam praesentiam sacerdotis: quia non detrahitur solennitati legali»—, per entendre que l'absència d'aquest no només comportaria la nul·litat del testament per un defecte de forma, sinó l'exclusió dels possibles fraus —«Sed et si essent tres sine ipso, non valeret, multum enim pro ipso praesumit ius, quod fraudes excludat [...]»—, conclou reconeixent el perjudici que la influència d'aquest cànon va tenir en els distints estatuts comunals, atès que en aquests es tendia a la relaxació de les solemnitats:

Venetiis etiam item illa consuetudo est specialis, sed lex est generalis, ut septem testes requirantur, quod sic, cum non prohibeatur consuetudo haec admitti.

En resum, fins i tot reconeixent que la llei general exigeix la presència de set testimonis i que, per tant, els estatuts són sempre lleis singulars —«Item illa consuetudo est specialis, sed lex est generalis, ut septem testes requirantur»—, si les persones s'acullen a la normativa del lloc, el jutge haurà d'observar-la i de complir-la.

Super hoc dicunt quidam, quod si agatur in foro ecclesiastico, valebit: si in seculari, et agatur in loco, ubi testamentum factum est, iudex servabit istam consuetudinem.⁵²

1.6.2. *Concepte*

En relació amb el concepte de *testament nuncupatiu*, Durand pren de Rolandino la seva possible ambivalència jurídica, atès que el presenta com la declaració no formal del testador,⁵³ en la qual es declara la institució dels hereus i

52. Prèviament —en el núm. 16— es pregunta: «Quid si de consuetudine alicuius loci testamentum coram tribus testibus factum valet; et aliquis alienigena ibi coram tribus testamentum condit, et aliquem de ipso loco haeredem instituit, nunc legitimi huic testamento se opponit? Et videtur testamentum valere, [...]».

53. L'absència de solemnitat, així com la seva oralitat, porten G. DURANDUS, *Speculum iudiciale*, lib. II, partic. II, 12, núm. 42-43, a declarar nuncupatiu el testament del cec. Així, en el núm. 43 diu: «Illud autem non est ignorandum, quod caecus testari non potest sine solennitate quadam debet enim vocare septem testes, et notarium, et coram eis exprimere, se velle sine scriptis testare [...]»; núm. 43: «Et nota, quod hoc testamentum dicitur nuncupativum, [...]».

dels possibles llegats, en presència de set testimonis i un notari o bé, en absència d'aquest, amb l'única audiència dels testimonis.⁵⁴

1.6.3. *Tràmit judicial*

Amb tot, aquesta declaració únicament assolia validesa jurídica si els testimonis, una vegada hagués traspassat el testador, manifestaven davant del jutge la veracitat de les disposicions testamentàries:

[...] et quilibet testis iuratus sigillatim interrogabitur de nomine, praenomine, aetate, conditione, et mentis sobrietate testatoris: de verbis, quibus usus est intendendo: de haeredis institutione, et de anno, die et loco, et de praesentibus, et de aliis. Quo facto dicta eorum coram iudice, et de aliis septem testibus praedictis ad hoc vocatis, qui ius habebunt, recitabuntur, et sententialiter pronunciabuntur, eaque ex tunc pro plena ipsius testamenti probatione haberi.⁵⁵

Un cop realitzades les citacions i les declaracions, el notari les transcrivia en un pergami i el jutge n'ordenava la lectura pública, perquè, abans que es perpetués definitivament la memòria del testament, poguessin, els qui hi tinguessin un interès legítim, contradir el tenor del que s'hagués testificat.⁵⁶

54. G. DURANDUS, *Speculum iudiciale*, lib. II, partic. II, 12, núm. 39: «[...] quod testamentum, aliud privatum, aliud solenne, scilicet in scriptis: item privatum aliud sit sine scriptis, aliud sine aliqua sub testium praesentia. Testamentum privatum sine scriptis, dicitur illud, quod sit sine solennitate a iure inventa, ut patet in praemissis, formis: et tale dicitur nuncupativum, quando videlicet coram septem testibus et tabellione testator suam voluntatem et haeredis institutionem et alia quae in testamento ordinantur, [...] nec alia solennitas adhibetur, quamvis illa per tabellionem redigantur in scriptis. Dicitur ergo sine scriptis, id est, sine solennitate [...] Sine scriptura autem sic sit testamentum nuncupativum nam si tabellio haberi non potest, testator vocet testes septem in civitate: in villa vero quinque, si plures nequit habere: et coram eis disponat suam voluntatem et ordinationem: haeredem nominet et instituat legata exprimat, [...]».

55. G. DURANDUS, *Speculum iudiciale*, lib. II, partic. II, 12, núm. 39: «Mortuo itaque testatore is, qui ex testamento ius habet, volens huiusmodi testamentum probare, ad hibeat iudicem, et hoc coram eo proponet: ipse vero vocatis haeredibus, legatariis, et fideicommissariis, vel propinquis, qui habent ab intestato succedere, sive venerint, sive non, recipiet testes ad notitiam testamenti, et ad perpetuam memoriam [...]».

56. G. DURANDUS, *Speculum iudiciale*, lib. II, partic. II, 12, núm. 39: «[...] notarius autem in membrana, appositis annis Domini, et caeteris publicationibus, attestaciones ipsas, item iudicis pronunciationem, et praesentiam, vel citationem praedictorum ordinate scribet: et demum supponet illorum septem testium nomina recitationi et pronunciationi iudicis adhibitorum et haec omnia in publicam et authenticam rediget formam. Veruntamen vocatis praemissis, et etiam eis, qui forte in alio testamento instituti dicuntur, ante huiusmodi pronunciationem iudex faciet testes receptos pu-

Si no es reputava cap testimoni, el notari procedia a formalitzar el testament en un document públic:

Talis ergo testis iuratus, sic dixit: talis sic: in sine vero dicit: Lecti et publicati sunt testes isti ad aeternam rei memoriam, autoritate et mandato talis iudicis, in tali curia, praesentibus talibus productoribus, et talibus eorum adversarii, et in praesentia talium testium, sub anno Domino, etcetera. Ego talis scripti et publicavi.

1.7. L'OBRA DELS COMENTARISTES: L'ESCOLA DE BARTOLO I LA SEVA RECEPCIÓ EN EL *MOS ITALICUS* TARDÀ

Aquesta labor és complementada per l'obra dels comentaristes, el quals, en atribuir al dret comú la concepció de *corporis universitas*, elaboren un *sistema legum* que permet, prenent com a camp normatiu els diferents llibres i títols del *Codex* o dels *Digesta*, regular les diverses institucions jurídiques dels ordenaments particulars.⁵⁷

En aquest sentit, dins de l'escola estatutària, autors com Bartolo,⁵⁸ Baldo⁵⁹ o Jaques de Revigny,⁶⁰ o bé, dins del denominat *mos italicus* tardà, juristes com Mantica,⁶¹ Claro,⁶² Farinacio,⁶³ Merlino,⁶⁴ Marta,⁶⁵ Menochio,⁶⁶ Covarru-

blicare, hoc modo: Dicit enim notarius: Anno, mense, die talibus, tales coram tali iudice proposuerunt se velle probare per testes ad aeternam rei memoriam testamentum talis. Qui iudex vocatis talibus, vel faciens publice praeconizari, si quis contradicere vellet: tandem quia nullus apparuit, vel quia nihil rationabile oppositum fuit, interlocutus est testes debere admitti, et mihi notario iniunxit, ut eorum dicta redigerem in scriptis».

57. En aquest sentit, vegeu M. BELLOMO, *La Europa del derecho común*, Roma, 1996, p. 193 i seg. *Codex*, 6, 23, 2.

58. B. de SAXOFERRATO, *In primam (-secundam) codicis partem comentaria*, Augustae Taurinorum, 1589; B. de SAXOFERRATO, *In primam (-secundam) Digesti novi partem comentaria*, Augustae Taurinorum, 1589; B. de SAXOFERRATO, *In I partem Infortiati: Commentaria*, Basileae, 1588.

59. B. de UBALDIS, *Commentaria in sextum librum Codicis*, Augustae Taurinorum, 1586.

60. En relació amb aquest autor, vegeu G. ASTUTI, *Un caso di conservazione del negozio nella dottrina del diritto comune: Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, vol. II, Roma, 1984, p. 1009-1029.

61. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*, Venetii, 1065.

62. G. CLARUS, *Tractatus de testamentis*, Coloniae, 1569.

63. P. FARINACIUS, *Repertorium de ultimis voluntatibus*, Lyon, 1644.

64. M. MERLINO, *De legitima tractatus absolutissimus [...] una cum decisionibus magistratibus Sacra Rota Romana*, Venetiis, 1671.

65. G. A. MARTA, *Compilatio totius iuris controversi ex omnibus decisionibus universi orbis, quae hucusque extant impressae, tomus quintus, Ultimarum materias continens*, Venetii, 1620; G. A. MARTA, *Summa totius successionis legalis quatuor partibus complexa*, Lugduni, 1623.

66. I. MENOCHIUS, *Consiliorum sive responsorum*, Venetii, 1609; I. MENOCHIUS, *De prae-*

bias⁶⁷ o, entre altres, Antonio Pérez,⁶⁸ ens aporten una visió complexa d'una institució escassament regulada i poc coneguda doctrinalment.

Partint, amb mínimes variants, de la definició recollida en el *Codex*⁶⁹ i de la que, en major o menor manera, recullen els distints ordenaments particulars, els comentaristes aniran establint un conjunt detallat de supòsits, qüestions i dubtes, mitjançant els quals, lluny d'assolir una concepció dogmàtica de la institució, es pot configurar l'abast que la praxi jurídica va donar a la institució.

1.7.1. *Naturalesa jurídica*

Partint de la lògica asseveració que ens trobem davant d'un testament ordinari de caràcter verbal, en el qual, com ens dirà Antonio Pérez, es poden ometre les solemnitats i les formalitats de les paraules —«Attamen necesse non est, ut testator cum nuncupat, utatur verbis formalibus et solemnibus»—,⁷⁰ no cal, segons l'opinió de Mantica, veure una incompatibilitat entre el testament nuncupatiu i el solemne o escrit.⁷¹ I, així, considera que no és absurd que, en una mateixa escriptura, puguem veure ambdues figures conjuntament, cosa que facilita la validesa del testament perquè es pot substituir una forma per l'altra, si una d'aquestes no té validesa.

sumptionibus coniecturis, signis et indiciis comentaria in 6 distincta libros, Coloniae, 1605; I. MENCHIUS, *De arbitrariis iudicium questionibus et causis centuriae sex*, Lugduni, 1605.

67. D. COVARRUBIAS LEYVA, *Opera omnia*.

68. A. PÉREZ, *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani imp. quibus leges omnes et authenticae perpetua serie explicantur*, vol. I, 1720; A. PÉREZ, *Institutiones imperiales erotematibus distinctae, atque ex ipsis principiis regulisque Juris passim insertis, explicatae*, Venetiis, 1762.

69. En aquest sentit, pot ser il·lustrativa la definició aportada per A. PÉREZ, *Praelectiones*, en el seu comentari al *Codicis Justiniani*, 6, 23, núm. 14: «[...] testamentum per nuncupationem fieri tunc, cum sine scriptura, voce, et lingua exprimit testator voluntatem suam. Huius testamenti easdem sunt solemnitates quae scripti, excepta scriptura, subsignatione, et subscriptione. Testator enim praesentibus septem testibus, simul uno que tempore collectis, atque ad id rogatis ultimum voluntatis suae elogium narrat, nuncupatque palam haeredem, quem sibi delegit et instituit».

70. A. PÉREZ, *Praelectiones*, lib. VI, tít. 23, núm. 14.

71. No debades, A. PÉREZ, *Institutiones*, lib. II, tít. 10, p. 113-114, diu: «Unde, patet, easdem fere solemnitates testamento Nuncupativo requiri, quas supra in Scripto desiderari diximus, excepta sola solemnitatem extranea, scriptio scilicet, item subscriptiones, et signaturae testium».

Sed considera, absurdum non esse, quod in eadem scriptura servetur forma testamenti in scriptis, et nuncupativi, adeo ut si una species non valeat, possit altera substineri; quia haec non repugnat.⁷²

En concret, Mantica adverteix que, quan el testador afirma expressament «ut testamentum valeat omni meliori modo», no hi ha dubte que desitja que, si no hi ha testament escrit, pugui valdre com a testament nuncupatiu —«quoniam testamentum expressim voluit illud valere omni melior modo»—, llevat que la clàusula esmentada sigui posada pel notari, i no pel disponent.⁷³ I la raó que esgrimeixen els comentaristes, conclou Mantica, es pot deure al fet que el testador no desitja sotmetre's a una espècie de testament, sinó que, seguint el que es disposa en el Digest, 29, 1, 3, es pot voler testar segons un *genus testandi* i no per això renunciar al benefici d'una altra forma testamentària.⁷⁴

Amb tot i això, la possible ambivalència que poguessin tenir en la praxi els diferents *genus testandi* no pot desvirtuar el caràcter verbal del testament nuncupatiu. I aquesta naturalesa es posa de manifest en l'afirmació de la doctrina que, si bé aquest es pot o no plasmar mitjançant un document o un protocol públic, a l'escriptura únicament s'hi recorre perquè és el mitjà probatori més eficaç, cosa que dóna a entendre que no forma part de la substància de la institució, sinó el vehicle del qual es valen per a perpetuar la seva memòria:

Item testamentum nuncupativum aut est scriptum, aut non scriptum: et si est scriptum, scriptura non intelligitur de substantia; nam ad facilio rem probationem adhibetur.⁷⁵

72. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*, lib. 1, tít. 7, núm. 2, en aquest mateix sentit, afirma que així ho estipulen la majoria dels doctors que han abordat la qüestió, els quals no s'oposen que el testament nuncupatiu pugui recórrer a les solemnitats que convenen al testament per escrit i el qual pot, d'aquesta manera, aconseguir més ferma probatòria: «[...] ita sentire fere omnes Doctoris in hac materia loquentes: et nihil repugnat, in testamento nuncupativo adhibere solemnitates, quae conveniant testamento in scriptis: possunt enim adhiberi ad maiorem probationes, et roboris firmitatem».

73. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*, lib. 1, tít. 7, núm. 5: «Sed dubium est, quando haec clausula, ut testamentum valeat omni meliori modo, fuit scripta a notario, et non constat, quod fuerit expressa a testatore, an faciat testamentum valere tanquam nuncupativum, si non potest valere, ut testamentum in scriptis, [...] concludit, testamentum ut nuncupativum non posse sustineri; quia haec clausula intelligitur scripta ex capite notarii, et ex quadam consuetudine, et loquitur, quando testes deponunt, se non audivisse, quod fuerit a testatore pronunciata».

74. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*, lib. 1, tít. 7, núm. 6: «[...] et in his terminis loquuntur omnes Doctoribus superius citati, qui etiam communem hanc opinionem attestantur; et ratio est in promptu: quia non creditur testator voluisse se restringere, ad unam tantum speciem testandi, et elegisse viam, propter quam suum iudicium impugnetur, [...]».

75. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*, lib. 1, tít. 6, núm. 6, ens informa que era opinió co-

En aquest sentit, Bartolo, després de recollir, en el seu comentari *ad librum XXVIII Digestorum*, una vella polèmica doctrinal entre els glossadors a l'entorn de si la mera publicació d'un testament nuncupatiu era suficient per a provar la voluntat del testador, conclou, seguint Azó, que aquest testament únicament es pot considerar una prova semiplena, equivalent a la prova de dos testimonis.⁷⁶

No obstant això, el mateix Bartolo i, posteriorment, autors com Claro, Covarrubias o Antonio Pérez, ens informen que, en la majoria de les ordenances imperials de l'època, el testament nuncupatiu tendia a atorgar-se davant d'un notari i es recollia *a posteriori* en un protocol notarial:

muna que el testament es redactés, si no des d'un principi, sí amb posterioritat, per escrit, i així, amb l'examen dels testimonis i la seva publicació posterior, s'aconseguia perpetuar la memòria: «[...] qui etiam dicit, communem opinionem esse, et si hoc testamentum nuncupativum non fuit a principio in scriptis redactum, postea etiam redigi potest ad perpetuam memoriam, testibus examinatis, et publicatis, [...]». L'autor amplia aquests supòsits fins i tot quan el testador no hagués publicat explícitament el nom de l'hereu, però sí implícitament (núm. 7), o quan, fins i tot sense exposar el seu desig que aquest tingués validesa en el millor dels modes, no afirmava expressament que desitjava que fos per escrit (núm. 6). En definitiva, segons l'autor, llevat que el testador afirmés explícitament que el testament havia de ser per escrit, el testament oral podia, si no n'hi havia d'escrit, adquirir plena validesa. Així, en el núm. 3 diu: «In primo casu, quando testator expresse restrinxit se ad testandum in scriptis, concluditur, quod si testamentum in scriptis conditum est imperfectum, nullo modo valeat tanquam nuncupativum, [...]».

76. B. de SAXOFERRATO, *In I partem infortiati, lex XXI*, núm. 3-5, f. 267: «[...] an testamentum nuncupativum probetur per instrumentum, in quo sunt scripti septem testes? Domini, ista quaestio fuit inter Ioan. et Azo disputata in l. fin. Codic. de fideicom. tamen ut dicam unum verbum, faciam unam rationem pro, et aliam contra. Et probatur primo: quia instrumentum publicum facit fidem et probat [...] In contrarium: quia instrumentum aequivalet dicto duorum testium [...] Ad rationem Azo respondeo [...] quod instrumentum aequivalet dicto duorum testium [...]». Vegeu, en aquest mateix sentit, G. A. MARTA, *Compilatio totius iuris controversi ex omnibus decisionibus universi orbis, quae hucusque extant impresae, tomus quintus, Ultimarum materias contineas*, Venetii, 1620, *decisio* 8, núm. 21: «Sed de natura testamenti nuncupativi non est necessaria scriptura, neque illius publicatio: ergo ea non (fiat de iuris) forma, sed adhibentur ad faciliorem (probationem) sua voluntatis. Item simplex voluntas faciendi publicationem non sufficit ad probandum voluntatem testatoris fuisse, quod publicatio testamenti esset de forma, quia praesumptio iuris repugnat: et ideo ad probandam talem voluntatem validior probatio requiritur. Bartolus in l. cum est verisimile, in principio, ff. de eo quod met. caus. Abbas in cap. quia verisimile, de praesumptionibus. Oportebat enim dicere, quod volebat publicationem omnino intervenire pro sua prima voluntate justificanda, vel quod aliter nolebat testari. Item quatenus testator voluit fieri publicationem, non apparet quae fuerit voluntas testatoris in casu, quo ob mortem publicatio facta non esset. Ergo in casu dubio intrat praesumptio legis, quae vult voluntatem testatoris fuisse a principio actus, ut sine publicatione ipsa voluntas, quae erat perfecta, sustineretur argumento legis milis qui destinaverat, ff. de milit. Testamentum».

Quod testamenti genus hodie maxime in usu est: idque Notarius si quis praesens fuerit, redigere in scripturam potest et solet; nihilominus manet nuncupativum, cum scriptura ad memoriam, non ad solemnitatem aliquam adhibeatur.⁷⁷

1.7.2. Els testimonis: nombre i caràcter

Diverses i complexes són les qüestions que aborden els comentaristes entorn de la presència dels testimonis, a saber: si són o no una part substancial del testament, la seva idoneïtat, la seva actitud o la seva naturalesa rogada.

Pel que fa a la primera de les qüestions, tot i que algun sector de la doctrina ha afirmat que els testimonis no són part essencial del testament —«numerus testium non esse forman substantialem, sed accidentalem»—, autors com Bartolo o, posteriorment, Mantica, d'acord amb el que es disposa en el *Codex*, 6, 32, 23, 1, entenen que, per contra, s'ha d'inferir com una part consubstancial a aquell, i no justament com un mer element probatori:

[...] nam testium legitimus numerus non solum intelligitur esse forma probationis, sed etiam substantialis.⁷⁸

En aquest sentit, Covarrubias és explícit en assenyalar que la validesa del testament en presència de dos testimonis i un prevere té justificació únicament dins de la jurisdicció eclesiàstica, però no dins de la secular, atès que per a la llei civil «testium solemnitas, et numerus in testamentis erit forma substantialis».⁷⁹

Amb caràcter genèric, s'afirma que per a adquirir la condició d'*idonei eo tempore*, aquests han de ser lliures de tota excepció —«omni exceptione maio-

77. B. de SAXOFERRATO, *In primam (-secundam) codicis partem, De transactionibus, in l. cum proponos*; G. CLARUS, *Tractatus de testamentis*, tít. IV, núm. 1; A. PÉREZ, *Praelectiones*, núm. 1, ad C. 6, 23; *Institutiones, lib. II*, tít. III, p. 114, de qui prenem la cita. Vegeu, en aquest sentit, H. COING, *Derecho privado europeo*, vol. I, Madrid, 1996, p. 715.

78. B. de SAXOFERRATO, *In I partem infortiati*, rúb. «De legatus, in lex nemo potest»: «numerus testium in testamenti de solemnitate probatoria esse»; F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis, lib. II*, tít. 9, núm. 3: «Nec obstat l. si unus. C. de testamentum quia probat oppositum, quod numerus testium pertineat ad solemnitatem iuris. Item potest dici, quod deficiat testamentum, si unus ex septem testibus defuerit: quia legitime probari non potest [...] Potest etiam admitti, quod sit forma substantialis inducta a iure civili, quae ab alio iure civili potest submoveri, non tamen est forma substantialis iuris gentium, quae de perpetua, et immutabilis».

79. D. COVARRUBIAS LEYVA, *Opera omnia*, cap. X, «De solemnitate testamentaria», núm. 14, p. 23-25.

res»—,⁸⁰ i els set testimonis adquireixen aquest requisit quan són, tots ells, lliures, de bona fama o reputació, púbers i barons, cosa que determina que es negui tota capacitat testifical⁸¹ al notari condemnat per falsedat, a la dona, per la fragilitat del seu esperit,⁸² als infames i als serfs.

Així mateix, les seves declaracions han de ser concordants en relació amb el temps i el lloc,⁸³ ja que s'entén, en paraules de Bartolo, que les declaracions singulars o negligents «nihil probatur».⁸⁴

Reconeguda la seva condició formal per a donar testimoni, la doctrina es qüestiona el caràcter que han de tenir els testimonis. En concret, Bartolo determina, seguint la tradició marcada per la tradició romanista, que els testimonis no només han de ser-hi presents,⁸⁵ sinó que, a més, han de ser sol·licitats explícitament pel *de cuius* —«quod testes debent esse vocati, et rogati»—, caràcter que, com que és una solemnitat extrínseca, no possibilita cap presumpció —«ut qui dixerit, testes in testamento fuisse rogatos, debeat hoc probare».⁸⁶ No debades, ens dirà Bartolo, si en un testament es mencionés simplement que tals testimonis hi eren presents, però no s'al·ludís explícitament al seu caràcter rogat, el testament no tindria validesa jurídica:

80. En relació amb aquesta qüestió, cal destacar l'opinió de P. FARINACIUS, *Repertorium, quaestio* 62, límit. 18, núm. 309, per a qui aquesta màxima es pot suplir aportant un major nombre de testimonis: «Regula enim est: quod testium numerus, supplet eorum defectum, ac in habilitatem, [...]».

81. B. de SAXOFERRATO, *In I partem infortiati, ad lib. XXVIII Digestorum, lex* 22, núm. 1-5. A. PÉREZ, *Institutiones, lib.* III, tít. X, p. 110: «Ut celebretur coram septem testibus ad hoc rogatis, ut omnis excludatur subornatio, iisque civibus Romanis, masculis ac puberibus».

82. G. CLARUS, *Tractatus de testamentis, lib.* III, *quaestio* 55, núm. 2: «Quia mulier est fragilis, et corruptibilis, [...]».

83. P. FARINACIUS, *Repertorium, quaestio* 64, núm. 97: «[...] quod si testes dicunt de loco, et tempore non recordari, credunt suspecti [...]».

84. B. de SAXOFERRATO, *In I partem infortiati, ad lib. XXVIII Digestorum, lex* 20, núm. 4: «Testes fuerunt testificati, quod tales fuerunt negligentes in capiendo malefactorem. Ego dixi, quod non probant aliquid: quia negligentia non est quid positivum, quod sensu percipiatur: et ideo testis dicto modo deponens, non testificatur, sed iudicat: quia debet deponere, quod rumor erat in tali loco, quod talis interfecerat talem, et ideo si voluissent homines currere, tunc potuissent capere malefactorem. Ex quo sequitur, quod si non fecerunt, negligentiam commiserunt». Vegeu també P. FARINACIUS, *Repertorium, quaestio* 64, núm. 97, i *quaestio* 67, núm. 3: «Regula sit: quid testis in parte falsus, in totum reputatur falsus, et ideo falsus in uno, nihil probat in omnibus ratione iuramenti, [...]».

85. Vegeu, en aquest sentit, A. PÉREZ, *Institutiones, lib.* III, tít. X, p. 110: «Ut testes sint in praesentia et conspectu testatoris, ipsumque oculis videant, nisi ex privilegio relaxata sit haec observatio».

86. P. FARINACIUS, *Repertorium, quaestio* 62, núm. 143.

Quaero, quis si in testamento dicitur Talibus praesentibus, nec fuit adiectum, Vocatis, vel rogatis: dicit Dyn. quod non valet: quia non praesumitur rogati: quia est solemnitas extrinseca, quae non praesumitur.

En virtut d'aquesta línia argumental, s'afirma que la mera presència dels testimonis, per si sola, no convalida la declaració d'última voluntat: «nunquid si in testamento dicatur, Talibus, praesumantur rogati? Decidit quod non».⁸⁷ Mantica es basarà en aquest criteri per a afirmar que el caràcter rogat determinava la diferència entre la institució del testament de les altres classes d'últimes voluntats, on «quinque testes, etiam fortuiti sufficiunt».⁸⁸

1.7.3. Solemnia interna: animus testandi

Respecte a la forma en què s'ha d'atorgar el testament, els comentaristes exigeixen al *de cuius* que la decisió que adopti, la determini per si mateix, lliure de tota influència il·lícita («vis, metus et dolus») i amb una referència explícita a la *voluntas certa* del testador.⁸⁹

Sobre aquesta última observació, que està íntimament emparentada amb el caràcter rogat dels testimonis, hi ha el desig intrínsec de l'atorgant de dur a terme una declaració d'última voluntat i d'aconseguir que aquesta adquireixi plena eficàcia jurídica, atès que, segons l'opinió dels comentaristes, no era suficient que el testament estigués legítimament realitzat, sinó que es necessitava, seguint els preceptes del *Corpus iuris*,⁹⁰ que el disponent tingués l'ànim de testar —«non sufficit ut testamentum nuncupativum legitime factum dicatur [...] Sed requiri-

87. B. de SAXOFERRATO, *In I partem infortiati. ad lib. XXVIII Digestorum, lex 21*, núm. 3 i 5, f. 269. Vegeu també F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis, lib. II, tit. II, núm. 8*: «Ex hoc autem deducit: quod si testes examinati deponat, se fuisse praesentes, quando talis fecit testamentum in tali forma, non probant legitime factum esse testamentum, nisi etiam dixerint, se fuisse rogatos: quia potuissent esse fortuiti, [...]»; A. PÉREZ, *Praelectiones*, comentaris al *Codex*, 6, 23, núm. 14: «[...] neque praedicere necesse habet, testes ideo accitos, convocatos, quod velit testamentum sine scriptis condere, aut in scriptis ordinare, quia ex eos quod scripturam profert, facile quid hic geratur, a testibus intelligi poterit».

88. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis, lib. 1, tit. 6, 4*: «De solemnitatibus autem, quae in testamento necessario requiruntur, nihil attinet dicere; quia hoc mei propositi non est. [...] Hoc solum dixerim in testamentis septem testes rogatos regulariter adhiberi necessarium esse, [...]. At in aliis speciebus ultimae voluntatis quinque testes, etiam fortuiti sufficiunt». En sentit anàleg, vegeu G. CLARUS, *Tractatus de testamentis, quaestio 58*, núm. 2.

89. A. PÉREZ, *Praelectiones*, comentaris a C. 6, 23, núm. 2 i 14-15.

90. D. 28, 1, 21; D. 29, 1, 24; C. 6, 4, 29.

tur, quod disponens, testandi animum habuerit»—;⁹¹ això és, es requeria, segons el parer de Menochio, no un mer *animo complacendi*, sinó el desig cert de distribuir el cabal hereditari entre un o diversos hereus conjuntament o successiva:

Tertius est casus quando testator est sanae mentis: sed corpore infirmus, non liberae voluntatis, ut quia timet eos; sub quorum est custodia, etiam si constet velle testari, sed ignoratur quem haeredem facere velle, et interrogatus: an vellent instituire aliquem, ex talis, sub quorum custodia est, et respondet velle instituire, hoc casu, non subsistit testamentum.⁹²

En aquest sentit, és explícit el comentari de Baldo al Digest, 29, 1, 21, pr., no només perquè qualifica aquesta llei de fonamental per a entendre el testament nuncupatiu —«in materia testamentum nuncupativi ista lex est fundamentu, et clavis»—, sinó perquè especifica que el testador ha d'expressar amb claredat i de viva veu el nom de l'hereu, ja sigui *coram populo*, ja sigui *coram testibus*.⁹³

1.7.4. *Adveració i publicació testamental*

Un cop ha traspasat el *de cuius* —«testamentum autem vivo testatore publicari non debet»—, els testimonis manifestaven al magistrat la voluntat del testador,⁹⁴ declaració que es duia a terme amb un jurament previ en el qual s'afirmava que en el seu capteniment no hi havia ànim de calumniar —«qui petit testamentum publicari, debet iurare, se non animo calumniandi hoc facere».⁹⁵ És per això que el seu incompliment era sancionat amb la pena d'infàmia.⁹⁶

Finalment, la publicació es feia davant del jutge ordinari un cop les persones interessades havien examinat els testimonis i havien obtingut les còpies de les seves declaracions, criteri que, segons Mantica, hauria de fer-se extensible fins i tot quan la institució d'hereu recaigués en un clergue.⁹⁷

91. P. FARINACIUS, *Repertorium, quaestio* 62, núm. 136. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis, lib.* II, tít. 2, núm. 4.

92. I. MENOCHIUS, *Consiliorum, lib.* IV, *praesumptio* 8, núm. 29-30.

93. B. de UBALDIS, *Lectura Digesto novo, lex* 28, 1, 21.

94. G. MENOCHIUS, *De arbitris, lib.* II, *casus* 69, núm. 4: «de jure manifestari debeat magistratui, et testes ibidem teneantur testatoris voluntarem explicare».

95. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis, lib.* I, tít. VI, núm. 6.

96. P. FARINACIUS, *Repertorium*, rúb. «De testibus», *quaestio* 78, núm. 3.

97. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis, lib.* I, tít. VI, núm. 6: «Publicatio autem testamenti debet fieri coram Iudice ad hoc destinatio, [...], et si laycus fecit testamentum, debet publicatio fieri apud Iudicem secularem, quamvis clericus sit haeres institutus».

1.8. *TESTAMENTUM PER NUNCUPATIONEM* EN LA PRAXI NOTARIAL

D'acord amb la tradició manuscrita, Aubenas reconstrueix el model del testament nuncupatiu baixmedieval i hi arriba a apreciar tres parts ben diferenciades.

La primera estaria composta per un protocol inicial en el qual, conjuntament amb les dades personals i les causes que el van motivar —«gravi infirmitate oppressus; volens peregrinari pro succursu terrae sanctae»—,⁹⁸ s'inclouïa un preàmbul de caràcter religiós:⁹⁹

In nomine Domine Nostri J. X. Anno Incarnacionis ejusdem millesimo ducentesimo tricesimo quinto, septimo decimo Kalendas februarii, cum propter peccatum parentis primi universitas descendentium mortalis effecta fuerit, ideo ad penrennem rei memoriam habendam, ego Guido de Grunerio sive de Capite Porco, gravi infirmitate oppressus, sed, gratia divina interveniente, mente sanus, et in bona mentis valetudine existens, sic gadium sive ultimam voluntatem meam condo, et super bonis et juribus meis ordino et dispono, et omnes res mesas divido.¹⁰⁰

Conclòs el protocol inicial, es procedia a l'acte dispositiu del testament, en el qual s'inclouïen diversos aspectes, que anaven des de l'elecció de la sepultura fins a la institució de l'hereu, les possibles substitucions, els fideïcomisos, el nomenament de tutors, l'anul·lació de testaments anteriors i l'execució testamentària:

In primis eligo michi sepulturam in cimiterio monasterii Vallisbone et lego pro anima mea et pro redemptione meorum paccaminum operi ecclesie dicti monasterii XL sol. Item singulis altaribus civitatis Grasse pro luminari XII den. [...]

Item lego Flandine sorori mee XXX lib. et clamidem meam, et cum hiisdem omnibus bonis meis contentam esse volo. [...]

In omnibus vero aliis bonis meis et juribus facio et instituo michi heredem Guillelmus Bonamfidem maritum meum, et facio et constituto gadiotores sive fideicommissarios G. Riquerium et G. Bonamfidem. [...]

98. G. DURANDUS, *Speculum iudiciale*, lib. II, partic. II, rúb. «De instrumentorum», cap. 12, núm. 19-38, aporta un conjunt de fórmules testamentàries nuncupatives.

99. R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé anciens pays de droit écrit*, vol. I, tom. III, 2a ed., Aix-en-Provence, 1956, p. 31-35, a qui seguim en aquest punt.

100. Vegeu el testament i codicil d'Huga Bonnefoy: «Ego Huga, uxor Guillelmi Bonifidei, licet egra sim corpore, in mea tamen bona et sana memoria et sana mente, condo et facio testamentum meum nuncupativum sive ultimam meam voluntatem in hunc modum».

Recollides les distintes disposicions, el testament s'acabava amb un protocol final en el qual es transcrivien els noms i la qualitat dels testimonis, així com la firma del notari:

Actum Aquis in domo habitationis dicti domini Danniani Sextoris archidiaconi aquensis, praesentibus ibidem domino Hugone Segotterii, Bertrando Charpihi, cappellanis clericis beneficiatis aquensibus, domino Philippo de Bosco, cappellano curato dicte ecclesie Sancti Salvatoris aquensis, magistro Petro Riquerii, fusterio, Johanne Botarici, Pascalo Galhardi et Anthonio Augerii, castris de Canneto, nunc habitatore dicte civitatis aquensis, testibus, ad premissa vocatis specialiter et rogatis, et me Johanne Dieulofes, notario de Aquis publico ubique auctoritate apostolica constituto, qui de premissis notam sumpsi.

D'aquesta concepció, se'n van fer ressò els diferents ordenaments de la Corona d'Aragó, on, pervivís o no el *Liber iudiciorum* com a ordenament vertebrador de la realitat jurídica,¹⁰¹ la forma testamentària, com va afirmar Bastier, no es va arribar a perdre mai.¹⁰²

No obstant això, cal afirmar que el reconeixement que els textos baix-medievals fan d'aquesta institució no ens ha de fer creure que s'està davant la lectura respectuosa de la tradició romanística, ja que, fins i tot sense postergar el seu antic sentit jurídic, sí que s'aprecien alteracions que troben una possible justificació en la pròpia evolució de les fórmules testamentàries, així com en les múltiples llacunes que els ordenaments presenten, cosa que afavorirà l'existència de caràcters singulars que faran que aquesta institució tingui una identitat pròpia en cada ordenament foral.

Aquesta inseguretats jurídica, propiciada per una manca de fonts legals, va poder motivar que l'anàlisi duta a terme per la doctrina i la pràctica notarial transcendís la pura exposició estructural per a arribar, per la via de la inducció, a una sèrie de principis que explicarien de manera sintètica la naturalesa jurídica de la institució:

Capitulum 48 consuetudinum Barchinonae recogn. Proceres, indiget sine dubio interpretatione, et declaratione, sicut reliquae omnes omnino dispositiones,

101. A. OTERO VALERA, «El código López Ferreiro del "Liber Iudiciorum"», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 29 (1959), p. 556-573; A. IGLESIA FERREIRÓS, «Derecho municipal, derecho señorial y derecho regio», *Historia, Instituciones, Documentos*, núm. 4 (1977), p. 119 i 123-124; A. IGLESIA FERREIRÓS, «Breviario, recepción y Fuero Real: tres notas», a *Homenaje al profesor A. Otero*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, p. 124, 135 i 234.

102. J. BASTIER, «Le testament en Catalogne», p. 373-417.

quia non est tam clarum, nec tam clare loquitur, ut ex se ipso satis manifestum fiat: loquitur enim de testamento, et non explicat speciem illius, si in scriptis, et vel nuncupativum dicit illud sacramentale, et non explicat quare.

Dicit coram testibus, et non dicit quot et quales, nec si debent esse rogati, vel non, vel si sunt relaxatae solemnitates.

Dicit, quod postea testes debent examinari, et dicere illud, quod audierint, in altari sancti Felicis Ecclesiae Sanctorum Iusti, et Pastoris, et non dicit, qualiter debeant concordare omnino in verbis, et quomodo. Et sic de reliquis.

Hoc supposito, videndum unde hujusmodi interpretatio sumenda.¹⁰³

2. EL TESTAMENT NUNCUPATIU EN EL REGNE DE VALÈNCIA

2.1. CONCEPTE I NATURALESA JURÍDICA¹⁰⁴

La doctrina valenciana es fa ressò de l'ambigüitat jurídica del testament nuncupatiu baixmedieval en determinar la seva evolució, el seu caràcter, la seva forma i el seu contingut.

En concret, en abordar la seva naturalesa jurídica, els juristes es qüestionen si ens trobem davant d'un testament legítim i ordinari o, per contra, davant d'una disposició d'última voluntat de caràcter excepcional, la força vinculant del qual podria venir del *sacramentum*.

Respecte a aquesta qüestió, la bibliografia jurídica valenciana va ser explícita en assenyalar que el testament nuncupatiu, seguint els criteris marcats pel *ius commune*,¹⁰⁵ havia de ser considerat una disposició ordinària i legítima.

103. J. P. FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Lió, 1968, vol. II, *decisio* 579, núm. 3.

104. En relació amb el dret valencià, cal consultar l'excel·lent monografia de P. MARZAL RODRÍGUEZ, *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, València, 1998, p. 127-133.

105. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 3: «Et alia duo testamentorum genera in usu esse ceperunt, unum erat in scriptis, aliud nuncupativum. [...] Nuncupativum testamentum erat, si testator absque scriptura, coram septem testibus, suam declararet voluntatem, et testamentum viva faceret voce, nam talis dispositio, testamentum erat validum, et subsistens»; G. TARRAZA, *Compendium*, cap. 81, «De testamentis»: «testamentum est duplex, scilicet in scriptis, et sine scriptis, sive nuncupativum»; J. G. TRULLENCH, *Opus morale, sive in decem decalogi, et quinque eccles. praecepti, absolutissima et resolutoria expositio, ex optimorum novissimorumque doctorum probatissima doctrina deprompta*, València, 1640, vol. II, 7, 18, núm. 1; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus sacri supremi regii aragonum consilii*, Lugduni, 1730, vol. II, *observatione* 52, núm. 1: «Qui in nostro regno tres conficiendi ultimam voluntatem modi legitimi agnoscuntur».

No debades, en assenyalar l'existència dels tres tipus de testament existents en la pràctica foral, el notarial, en el seu doble vessant, obert o tancat, i el nuncupatiu, als quals ocasionalment es podien unir una sèrie de testaments redactats amb menys rigor formal, advertien que aquests eren els testaments legítims del Regne de València:

In Regno nostro tribus modis potest legitime confici testamentum, aut quae libet alia ultima voluntas [...] Primus modus; et magis usitatus est adhibitio Notario, et tribus, aut quatuor testibus masculis, [...] Secundus modus faciendi testamentum in Regnum, est media scriptura privata testatoris, nam si testator sua propria manu testamentum faciat, [...] Tertius modus conficiendi testamentum in Regno, [...] est nuncupative, sola viva testatoris voce [...].¹⁰⁶

I aquesta legitimitat es farà extensible, enfront del sentiment majoritari de la doctrina, fins i tot quan «in tempore facti testamenti nuncupativi, inter testes Notarius reperitur». ¹⁰⁷ En concret, gran part de la doctrina catalana,¹⁰⁸ castellana¹⁰⁹ i aragonesa¹¹⁰ era unànime a assenyalar que, davant d'aquest supòsit, el testament nuncupatiu no podia assolir plena validesa jurídica —«non esse validum»—, perquè entenia que aquest tenia lloc quan, davant la gravetat imminent del testador, no es podia obtenir la presència d'un notari —«[...] non esse validum [...] sino casu in quo urgeat morbus, taliter, quod Notarii copia haberi non pos-

106. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 4; vol. I, cap. 5, núm. 12-13. Vegeu també F. J. LEÓN, *Decisiones sacrae regiae audientiae valentinae*, Matriti, 1620, vol. I, cap. 32, núm. 23: «Et in Valentiae Regno habemus tria genera testamentorum. Primum in scriptis, quod fit coram tabellione et testibus. Secundum, nuncupatiuum, quod fit sine scriptura per testatorem, declarando voluntatem suam coram quinque testibus. Tertium, quod fit in scriptura privata manu testatoris scripta, et hoc ultimum non dicitur in scriptis, [...]»; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, 1730, vol. II, *observatione* 52, núm. 4; J. CÀNCER, *Variae resolutiones iuris caesarei, pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniae*, Tours, 1632, vol. I, cap. 4, núm. 72 i seg.

107. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 36.

108. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 578, núm. 6.

109. S. BURGOS DE PAZ, *Ad leges Taurina insignis commentarii, nunc primum in lucem editi, quorum hic codex primus est tomus, in quatuor insunt exactissime relectiones*, 1568, *leg. 3 tauri*, núm 826: «[...] illud non est praetermittendum, quod si literam conscriptam in veteribus codicibus consideremus, videtur dicendum quod si tabellio in loco quo testamentum conficitur, reperiri potuit, et coram eo ipsum testamentum diruitur, si non habeat quinque testes cives: et si in illo loco quinque cives inveniri non possint, quia indictis codicibus haec litera posita est, [...]»; J. MATIENZO, *Commentaria Ioannis Matienzo regii Senatoris in cancelaria Argentinia Regni Peru in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, Mantua Carpentanae, 1580, 5, 5, 1, glossa 3, núm. 6.

110. M. del MOLINO, *Repertorium, veu testamentum*; J. PORTOLÉS, *Tertia, veu testamentum*, núm. 127: «[...] in testamento nuncupativo, quod a notario testificatur necessaria non est».

sit ad testandum, ac proinde modus ordinarius testandi in Regno est coram Notario, et testibus, subsidiarius vero, est per nuncupationem, et quando Notarii copia haberi non potest»—, per la qual cosa, segons Fontanella, no calia apel·lar a un testament de naturalesa extraordinària quan es podia acudir a un remei ordinari com és el testament en què intervé un notari:

Cum ergo remedia subsidiaria non intrent, quando ordinaria remedia habent locum, semper praetermissis extraordinariis, eligenda sint ordinaria remedia. Sequitur, quod interveniente Notario, potest testator, via ordinaria testamentum facere, et in permissum erit confugere ad extraordinarium modum testandi, videlicet nuncupative.¹¹¹

Contràriament a aquest plantejament, autors com Crespí de Valdaura o Bas i Galceran van afirmar que, tant per al dret del Regne de València com per a la resta d'ordenaments que configuren el *ius commune*, aquest testament havia d'admetre's com a vàlid, atès que era legítim i ordinari, per la qual cosa caldria entendre que si el testador, quan hi havia el notari present, havia elegit aquesta fórmula, era únicament perquè la considerava la més propícia:

Contrarium tamen tenendum iudicio, quia sive Notarius praesens reperiatur, et sit unus ex testibus, sive non reperiatur, omni in casu validum erit testamentum nuncupativum, ea ratione, quod tam in Regno, quam juxta jus commune, legitimus, et ordinarius modus testandi dicitur, per nuncupationem, manifesta, et declarata voluntate coram quinque testibus: ergo, et si sit legitimus, et ordinarius modus testandi coram Notario, et testibus, poterit testator eligere testamentum facere nuncupative, et omittere in posse Notarii illud facere, cum juxta juris regulas, qui diversis modis potest actum legitime facere, eligere etiam potest modum illum sibi bene visum, et magis utilem, l. si mulier 21. Ultim. In fin. ff. quod metus causa, l. si creditores haereditarii 5. ff. de separationib. l. cujus bonis 9. ff. de curatore furioso [...].¹¹²

En sentit anàleg, la mateixa doctrina adverteix que si el testador hagués cridat el notari, però, amb posterioritat, no hagués manifestat el seu desig de testar davant d'aquest, sinó únicament davant dels testimonis que hi fossin presents, també, en aquest supòsit, s'havia d'entendre com a vàlid el testament nuncupatiu —«si testator integram voluntatem explicuerit, et notarius non re-

111. Polèmica de la qual es va fer ressò N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 36.

112. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 36-37; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 52.

ceperit, sustinebitur testamentum tanquam nuncupativum»—, atès que «non est remedium extraordinarium testare nuncupative, sed ordinarium», i, en conseqüència, afirma Crespí de Valdaura, el defecte solemne de la publicació no podia impedir la seva validesa:

Et consequenter defectus solemnitate publicationis notarii, quae in testamento nuncupativo necessari non est, nihil aliud contra testamentum nuncupativum perfectum influit.¹¹³

Seguint aquesta mateixa argumentació, Crespí, emparant-se en un comentari d'Ulpià¹¹⁴ i en la doctrina del *ius commune*,¹¹⁵ entén que «si potest pluribus modis testari», la mera elecció de la forma escrita, llevat que es manifesti expressament, no relega la prova de la declaració de l'última voluntat mitjançant el testament *per nuncupationem*:

Et licet inspecto jure communi, quamvis testator elegerit viam probationis faciendam per scripturam, non censeatur renuntiassse probationi per testes, nisi expresse dixerit.¹¹⁶

113. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 52: «Quando testator totam integram voluntatem suam perfecte explicat et nihil agendum superesse apparet quoad ejus voluntatem, si post pluribus modis testari, ut per nuncupationem, vel jure militari, vel per scripturam, aut in scriptis, etiamsi in scriptis testari destinaret, dum non exprimit aliis modis testandi uti nolle, vel renuntiare velle, sustinebitur testamentum etiam quoad causa profanas, quoquumque ex aliis modis, quo sustineri posset, sive jure militari, sive per nuncupationem, dummodo testes necessarii ad validitatem illius modi, quo sustineri potest ad fuerit»; N. BAS Y GALCERÁN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 38: «Et adhuc casu in quo, testator destinaverit testamentum facere manifestaverit testare velle coram Notario, sed solum nuncupet suam voluntatem coram sufficienti numero testium, valebit testamentum, ut nuncupativum». En relació amb el dret castellà, sosté idèntica postura F. de ESCAÑO, *Tractatus de perfectione voluntatis testamento requisita*, Sevilla, 1676, cap. 13, *De testamentum*, núm. 20 i seg.

114. D. 29, 1, 3: «Si miles, qui destinaverat communi iure testari, ante defecerit, quam testaretur, Pomponius dubitat. Sed cur non in milite diversum probet? Neque enim, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia. Sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus, quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenti faciunt per scripturam, adicere, velle hoc etiam vice codicillorum valer; nec quisquam dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse; nam secundum nostram sententiam etiam Divus Marcus rescripsit».

115. G. A. MARTA, *Compilatio totius iuris controversi*, *decisio* 8, núm. 21.

116. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 33-34 i 37: «Unde licet inter eos tabellionem vocaverit, et elegere it viam probationis scripturae, non videtur ex eo juri testandi per nuncupationem renuntiassse»; i núm. 52.

En definitiva, segons els comentaristes, el testament nuncupatiu gaudia de tal reconeixement que fins i tot era capaç de revocar un testament anterior, tant si era escrit com si era davant de notari —«De testamento nuncupativo, non erit dubitandum, quod si legitime fuerit factum, per illud revocabitur antequam testamentum, aut in scriptis, aut coram Notario, et testibus factum»—, cosa que el diferenciava d'altres disposicions testamentàries —«Nunquam censebitur revocatum testamentum, vel in eo dispositum, per codicillos, nisi expresse mutatis, et revocatis».¹¹⁷ Únicament si es dubtava de la seva validesa, conclou la doctrina, «non debet judicari validum in dubio secundum testamentum, ut revocatum primum».¹¹⁸ I, així, León, seguint el plantejament de Menochio,¹¹⁹ entén que si el testament s'hagués redactat per escrit i no hagués estat revocat en un període de tres anys per un altre d'ídèntica naturalesa, «testamentum nuncupativum non praesumitur revocare testamentum solemne».¹²⁰ D'aquesta manera, segons Mantica, encara que s'anul·lés el testament nuncupatiu, caldria entendre que el testador no mor intestat, atès que ha de prevaldre, en cas de dubte, la solemnitat del

117. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. 1, cap. 5, núm. 39. Vegeu, en sentit idèntic, B. de TRISTANY, *Sacri supremi Regii Senatus Cathaloniae decisiones*, Barcinonae, 1668, *decisio* 9, núm. 3.

118. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. 1, cap. 5, núm. 40: «Idem erit dicendum si testator, ex falsa causa motus fuerit ad testandum, prout in secundo testamento continetur, nam primum remanebit validum, et per secundum non revocabitur». Vegeu, en sentit anàleg, F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 83: «Concludo ergo: quod cum in casu nostro sunt tot praesumptiones, contra secundum, ut videretur, illud verosimiliter emanasse a voluntate saltem deliberata testatoris, deberent nepotes illud probare, per probationes apertissimas, longe maiores a lege requisitas, ut supra dixit: sed ipsi hoc probare non possunt: quinimo non habent probationes alias requisitas, cum eius debitis solemnitatibus, ut supra plene dixi: ergo debent succumbere»; i F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*, vol. 1, cap. 6, rúb. 14, núm. 2.

119. I. MENOCHIUS, *Consiliorum, consilio* 45, núm. 17: «Secundo admissio, quod sanae mentis fuisset cum multos annos vixerit, post primum testamentum, a se conditum, credendum non est, quod in extremis laborans, testari, et revocare illud primum voluerit quod facere pluries posset, cum bonae valetudinis esset»; I. MENOCHIUS, *Consiliorum, consilio* 45, núm. 21: «Quinto accedit: quod constat Iacobum testatorem, in illo primo testamento, ea ratione instituisse Io. Thomam, fratrem suum, ut etus domus et familia conservati posset. Et ido testamentum hoc secundum, ita simpliciter conditum, ad interrogationem fratris Aymi. personae suspectae, et tempore urgentis firmitatis, non potest dici revocare illud primum».

120. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 71-72: «Praeterea cum tempus trium annorum et amplius elapsum sit a die primi testamenti, usque ad ultimum, quod dicitur, nuncupativum, et illud nunquam in scriptis revocaverit, credendum est: noluisse illud revocare»; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 112 i 123, on és possible «omnis suspicio fraudis» quan «in primo testamento adsunt ad mixtae personae extraneae, quas etiam praedilexat, ratione conservandae agnationis: quo casu, per secundum testamentum non solemne, non revocatur primum solemne, in praedictum extraneorum».

testament escrit —«Septimo debet restringi, ut procedat quando testator decederet intestatus, si illud testamentum, de quo agitur, non valeat: aliud est, si intestatus non decedat, vel uti si prius fecerit testamentum, et dubitatur: an per posterius ruptum videatur: nam dubio, secundum testamentum non debet subsistere, ut prius tollatur»—, i és per això que conclou que és més fàcil sostenir un testament quan no el precedeix cap altre —«et ido multo facilius sustinetur testamentum, quando aliud non praecedit, quam si aliud praecedit».¹²¹

Admesa la seva legitimitat, el dret valencià, en prendre com a precedent tant les fonts del dret postclàssic romà com el *Liber iudiciorum* (2, 5, 11), entén per *testament nuncupatiu* el dut a terme de viva veu, «de paraula»¹²² —«quod fit sine scriptura»—,¹²³ ja sigui davant de tres testimonis, en la legislació de Jaume I —«Tribus testibus ydoneis masculis et presentibus, si quis condiderit verbo tenus absque scriptore publico testamentum [...]»—,¹²⁴ ja sigui davant de cinc testimonis, en la legislació de Pere III:

Per foragitar los fraus que's fan en los testaments nuncupatius, dels quals parla lo fur del senyor rey En Jacme [...] ordenam que'l testament en los dits furs mencionat no haja valor o eficàcia alcuna, si doncs no serà fet en presència de cinch testimonis [...].¹²⁵

Amb tot, comentaristes com Trullenç i pràctics com Tarraza fan una exegesi esbiaixada de l'escassa normativa foral i arriben a diferenciar dos tipus de testament nuncupatiu, a saber: el que es fa davant de notari i tres testimonis, i el que es du a terme de viva veu davant de cinc testimonis: «Et huiusmodi testamentum nuncupativum potest fieri duobus modis, scilicet, aut coram tabellione, et tribus testibus, ut superius dictum est (et haec testamenta sunt magis in usu,

121. F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*, vol. II, cap. 15, núm. 16; I. MENOCHIUS, *De praesumptionibus coniecturis, signis et iudiciis comentaria*, Coloniae, 1636, vol. IV, *praesumptio* 10, núm. 34, v. *Nona*; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 119: «[...] considerat solemne testamentum in scriptis, et sic quamvis annulletur secundum testamentum nuncupativum, testator non decederet intestatus. Et sic indubio non debet sustineri secundum testamentum».

122. P. H. TARAZONA, *Instituciones dels furs, y privilegis del Regne de Valencia*, València, 1580, f. 262; G. TARRAZA, *Compendium*, cap. 81, «De testamentis»: «Et istud testamentum vulgo appellatur, testamento ubert».

123. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. I, cap. 30, núm. 23: «Nuncupativum, quod fit sine scriptura per testatorem, declarando voluntatem suam coram quinque testibus».

124. Furs, 6, 4, 14.

125. Furs, 6, 4, 16. Aquest precepte va ser recollit per tota la doctrina foral; vegeu N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 14: «quando testator coram quinque testibus profert viva voces suam ultimam voluntatem».

et frequentius fieri solent) aut sine tabellione coram quinque testibus».¹²⁶ I admeten, per al primer supòsit, no només una aplicació en l'àmbit de la pràctica notarial, sinó un reconeixement exprés en el dret valencià:

In testamento aperto, et nuncupativo, si fiat coram notario, ut communiter fit, tam de iure Castellae, quam de iure nostro Valentiae —capitulo 7 et 11, Libro 6— requiritur pro forma, et sufficiunt tres, aut quatuor testes, [...] etiam ut testes cognoscant testatorem, similiter et notarius tenetur testatorem cognoscere, et interrogare testes, aut illum cognoscant —capitulo 12, eadem rubrica— [...] et sine quibus et sine praesenti notarii, testamentum non valet.¹²⁷

Enfront d'aquesta interpretació errònia, Crespí sosté que si la declaració d'última voluntat es va dur a terme en presència d'un notari i tres testimonis, no es pot entendre que s'estava davant del testament nuncupatiu regulat per Jaume I, atès que en aquest s'adverteix que s'ha de fer sense la presència d'un notari —«si quis condiderit verbo tenus absque scriptore publico testamentum»—, sinó, per contra, davant d'un testament tancat:

Sed extra hos casus in regno, vocatis notario et tribus testibus tantum, intelligi nequit, nec praesumi potes, testatorem per nuncupationem testari voluisse, quia quinque testibus opus erat, ut diximus ex Foro 16 et 17 de testamentis: unde necessario intelligendus est illam viam testandi in scriptis, et a tabellione recipiendam eligisse, qua non perfecta etiam a notario, nec perfectum testamentum fuisse.¹²⁸

D'acord amb aquesta línia argumental, l'autor conclou afirmant que, davant d'aquest supòsit, sempre s'ha de presumir l'elecció del testament solemne: «Ergo quoties testator tabellionem, et tres testes dumtaxat appellat, praesumi nequit aliam viam testandi elegisse, quam in scriptis».¹²⁹

Un cop plantejat el problema de la naturalesa jurídica, la bibliografia del *mos italicus* tardà, emparada pel marc jurídic que va proporcionar el dret comú,

126. G. TARRAZA, *Compendium*, cap. 81, «De testamentis».

127. J. G. TRULLENCH, *Opus morale*, cap. 18, rúb. 2, núm. 2.

128. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 41-42: «Nam nullibi apud nos proditum est, coram notario et tribus testibus fieri posse testamentum nuncupativum, nec notarium vicem duorum testium habere: atque ita non testibus, sed instrumento privilegii accomodatur, ut cum tribus testibus et tabellione testamentum in scriptis fiat. Si enim coram notario et tribus testibus, testamento nuncupato per notarium non recepto, per eos posset probari tota testamenti nuncupativi solemnitas in regno quam ad fraudes vitandas inductam profitentur in eis Reges nostri ut videre est Foro 16 et 17 de testamentis».

129. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 43.

va analitzar, encara sense una exposició ordenada, les nombroses qüestions que plantejava la pràctica forense i que no havien estat considerades pels diferents ordenaments baixmedievals, a saber: la possible absència de solemnitat formal, el nombre i la capacitat dels testimonis, la força probatòria de les declaracions testificals, l'*animus testandi* o l'adveració i publicació del testament.

2.2. ASPECTE FORMAL O SOLEMNE

En relació amb l'aspecte formal que havia de tenir el testament, si bé la doctrina era unànime a ressaltar que tot testament havia de complir les formalitats estipulades en els diferents ordenaments legals, únicament Trullench entén que la forma, en el testament nuncupatiu, no era un mer element probatori, sinó l'element essencial de la institució: «solemnitas testamenti non tantum est probatoria, sed de eius substantia et essentia».¹³⁰

Davant d'aquest plantejament, Tarraza, en el seu art de notaria, és explícit en assenyalar que la presència d'un testament oral determina l'absència de solemnitat, atès que l'escriptura no es converteix en la substància del testament, sinó en el vincle per a perpetuar la memòria d'allò declarat:

[...] et non interveniunt reliquae solemnitates quae in testamento in scriptis requiruntur: Et ob id dicitur testamentum nuncupativum, sine scriptis; hoc est; sine solemnitatibus, licet communiter in scriptura redigatur eo; quia scriptura hic non ad substantiam interponitur, sed ad perpetuam rei memoriam. Et istud testamentum vulgo appellatur, testamento ubert.¹³¹

En sentit anàleg, Crespi de Valdaura afirma que «omissione solemnitarum non posse annullari testamenta»,¹³² cosa que el diferenciarà del testament hològraf, ja que aquest, com exposa León, únicament assolirà la seva validesa quan les omissions siguin lleus i supèrflues.¹³³

Aquesta concepció es troba present en un fur atorgat per Pere III l'any 1358 en el qual es reconeix que l'absència de solemnitat no pot provocar la nul·litat d'una disposició testamentària:

130. J. G. TRULLENCH, *Opus morale*, cap. 18, rúb. 3, núm. 2.

131. G. TARRAZA, *Compendium*, cap. 81, «De testamentis».

132. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 63 i 105: «testamenta, codicillo, et alias ultimas voluntates, aliquo modo, causa, aut ratione, omissione solemnitarum non posse annullari».

133. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. I, *decisio* 32, núm. 4, 25 i 30.

E n'axí que los dits testaments, codicils o altres derrereres voluntas per alguna manera, causa o rahó o per omissió de solemnitat no puxen ésser anul·lats furs o privilegis contra açò fahents o dients en alguna cosa non contrastants.¹³⁴

Al nostre entendre, la raó per la qual la falta de solemnitat no pot anul·lar un testament *per nuncupationem* es troba en la *praxi* del mateix testament, atès que, com va afirmar Bas, aquest només té lloc quan el testador tem per la seva pròpia vida —«quia iste testandi modus, non solet reperi admissus in sanitate, neque adhuc in adversa valitudine, nisi casu in quo urgeat morbus, taliter, quod Notarii copia haberi non possit ad testandum». És per això que, en el testament dut a terme per María Guerrero el 26 de març de 1687, aquesta afirma:

[...] dients, y manifestants de paraula a dit Justicia, com en lo dia de 20 dels corrents, trobantse Maria Guerrero, y de Marti, indisposta, y fatigada de certa enfermetat, y vehent que lo mal la apretava, volent fer son testament, non podent trobar notari, estant aquella en son bon seny, clara, y manifesta paraula, disponguè en presencia dels dits present, en la forma següent [...] que lo sobre dit, fos son ultim testament nuncupatiu, ultima, y darrera voluntat sua [...].¹³⁵

Aquesta concepció va dur Bas i Galceran a sostenir que, si bé era freqüent en la praxi forense que els rectors o els prohoms de la ciutat redactessin els testaments orals i els firmessin amb la seva pròpia mà, aquesta pràctica tenia, com que l'escriptura no era un element essencial d'aquells, una utilitat judicial, i l'únic requisit constitutiu era, per contra, la declaració d'última voluntat davant dels testimonis i la seva posterior deposició davant de la cúria judicial:

In nostra praxi testamenta nuncupativa solent disponi hoc modo, quod Parochus, aut alius Sacerdos, aut quilibet alius probus vir, qui scribere sciat, in folio papyri describit voluntatem testare volentis, et eam firmat sua propria manu, quod semper judico utile, et juri consonum [...] Sed hoc non est de essentia, nam etiam si charta non fiat de voluntate ultima, neque interveniat Parochus, aut alius Sacerdos, validissimum testamentum faciet testator, nuncupando voluntatem suam coram quinque testibus, dummodo testes manifestent intra decem dies dispositionem illam, curiae justitiae loci ubi testamentum fuit factum, nam tale testamentum, ad sui essentiam, et validitatem, nullam petit scripturam.¹³⁶

134. Furs, 6, 4, 51.

135. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 36.

136. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 55.

2.3. ELS TESTIMONIS

La necessària remissió a l'estudi de la pràctica dels juristes més tardans es constata en abordar l'estudi de dos elements essencials dins de la institució: els testimonis i l'*animus testandi*, atès que en ambdós s'aprecia, amb matisos, una adequació de la realitat testamentària als postulats romanistes.

En relació amb l'element testifical, la bibliografia jurídica i la pràctica notarial, al marge de grans enunciats teòrics, aborden qüestions com ara el nombre, la capacitat, el caràcter rogat dels testimonis o la seva declaració davant de l'òrgan competent, i en cada ordenament es donen distintes particularitats.

2.3.1. Nombre de testimonis

Amb caràcter genèric, en el Fur 6, 4, 7, s'afirma que perquè el testament adquireixi validesa jurídica es necessita la presència de tres o quatre testimonis: «Si tres vel quatuor testes defuerint, iure deficiet testamentum». Aquest precepte no té precedent en la tradició romana medieval, on el nombre de testimonis s'elevava a dos o tres. Així, el trobem en el *Liber iudiciorum* 2, 4, 3, i 5, 2, 7,¹³⁷ en una decretal d'Alexandre III —c. 10, X, 3, 26—,¹³⁸ en els Usatges de Barcelona —Usatge *Acusatores*—,¹³⁹ en els Costums de Lleida

137. *Liber iudiciorum*, 2, 4, 3: «In duobus autem idoneis testibus, quos prisca legum recipiendos sancit auctoritas, non solum considerandum est, quam sint idonei genere, hoc est indubitanter ingenui, sed etiam, si sint honestate mentis perspicui adque rerum plenitudine opulenti»; *Liber iudiciorum*, 5, 2, 7: «[...] ita ut duo aut tres testes ingenui suscriptores vel signa facientes accedant».

138. C. 10, X, 3, 26: «Quum esses, frater episcopo, in nostra praesentia constitus, diligenti nobis narratione proposuisti, talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quae fiunt in ultima voluntate ab iis, qui potestatem habent super alios, penitus rescinduntur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decerunt. Quia vero a divina lege et sanctorum Patrum institutis, et a generali ecclesiae consuetudine id noscitur esse alienum; quum scriptum sit: In ore duorum vel trium testium stet omne verbum praescriptam consuetudinem penitus improbamus, et testamenta, quae parochiani vestri coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema de cetero defecerint voluntate, firma decernimus permanere et robur obtinere perpetua firmitatis, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis praesumptione qualibet huiusmodi rescindere audiat testamenta»; C. 11, X, 3, 26. Confirma aquest criteri la mateixa doctrina valenciana; vegeu C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 39: «Et idem est inspecto Jure Canonico, si duos testes cum parrocho, vel quatuor testes adfuerint».

139. Us. 89: «Accusatores et testes esse non possunt qui ante externum diem aut nudus tercius inimici fuerint, ne irati nocere cupiant, vel lesi se ulcisci (velint); inoffensus igitur accusatorum et testium effectus querendus est et non suspectus. Ydonei testes non (videntur esse) quibus imperari potes ut testificent». Vegeu F. VALLS TABERNER (ed.), *Los usatges de Barcelona*, Barcelona, 1984.

—III, 144—,¹⁴⁰ en els Costums de Tortosa,¹⁴¹ en el *Recognoverunt proceres* —c. 26—¹⁴² i en les *Observancias de Aragón* —Ob. 11 i 26.¹⁴³

Així mateix, en regular pròpiament el testament nuncupatiu, es diferencia del dret romà¹⁴⁴ i, per extensió, del *ius commune*,¹⁴⁵ en no exigir la presència de set testimonis, els quals es redueixen a tres en la legislació de Jaume I,¹⁴⁶ i, posteriorment, Pere III, seguint l'autoritat textual del *Codex*, 6, 24, 31,¹⁴⁷ augmenta el nombre de testimonis a cinc, per a evitar així els possibles fraus que es puguin ocasionar,¹⁴⁸ criteri que serà recollit per la doctrina foral:

In testamento nuncupativo jure antiquo idem numerus testium, tres scilicet masculi dumtaxat sine notario desiderabantur [...] Sed omni huic Juri derogatum fuit expresse in Curiis Alphonsi III, anni 1418, et ad fugandas testamenti nuncupativi fraudes novum just est constitutum, [...] ut debeant intervenire quinque testes.¹⁴⁹

140. P. LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO (ed.), *Costumbres de Lérida*, vol. III, núm. 144, rúb. «De testamentis»: «Ad sollempnitatem testamenti sufficiunt duo testes»; J. COTS Y GORCHS (ed.), *Consuetudines Dioecesis Gerundensis*, Barcelona, 1929, rúb. XXI, «De testamentis et ultimis voluntatibus», cap. I: «[...] dum tamen in eo sint quinque tests»; J. COTS Y GORCHS (ed.), *Consuetudines Dioecesis Gerundensis*, rúb. XXI, «De testamentis et ultimis voluntatibus», cap. II: «[...] ubi sufficiunt quinque testes in testamento et tres in codicillis».

141. B. OLIVER (ed.), *Costums de Tortosa*, 6, 4, 1: «En tots testaments o codicils o altres dereres voluntats, basten II testimonis, [...]».

142. *Recognoverunt proceres*, c. 26.

143. *Observancia XI*, «De testamentis»; *observancia XXVI*, «De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum»: «Item in Aragonia testes sufficiunt duo in testamento, sive cum scriptura, sive sine scriptura, [...]».

144. Vegeu, entre altres preceptes, N. Th. 16, 6; C., 6, 23, 21: «Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes».

145. AZÓ, *Summa super codicem, liber sextus*, rúb. «De testamentis et quem admodum testamenta ordinetur», núm. 5: «quod consistit in nuncupatione testatoris non in solemnitate scripturae VII tamen testes necessarii sunt». Vegeu també F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 26: «in quo quinque testes tantum sufficiunt, ait: quod ex quo dictum statum est contra ius commune, quo septem testes requiruntur»; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 36: «Jure igitur communi septem testibus vocatis potest testator vel per nuncupationem testari, vel in scriptis: in utroque enim testandi modi idem numerus septem testium desideratur».

146. Furs, 6, 4, 14.

147. C. 6, 24, 31: «[...] ubi autem non inveniuntur literati, septem testes etiam sine scripturam testimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus; minus autem nullo modo concedimus».

148. Furs, 6, 4, 16: «Per foragitar los fraus que:s fan en los testaments nuncupatius dels quals parla lo fur del senyor rey En Jacme [...]».

149. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 6 i 99-100; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 12-13: «[...] de jure enim commu-

L'exigència d'un nombre determinat de testimonis es converteix, segons la doctrina, en un element essencial del testament —«testium numerus est de forma substantiali testamenti»—,¹⁵⁰ de manera que una disminució d'aquests provocava no només la nul·litat *ipso iure* de la institució, sinó, com afirma León, la possibilitat que aquesta no pogués assolir rellevància jurídica ni com a codicil —«testamentum reddetur nullum ut nec iure codicillorum valeat».¹⁵¹

Establert el criteri general, la doctrina es qüestiona si davant de determinats supòsits cal, com succeeix en altres ordenaments coetanis, reduir el nombre de testimonis sense que la validesa del testament nuncupatiu es vegi alterada:

Et hoc testamentum nuncupativum, in pluribus nostrae Corona Aragonum privilegiatum est. In testamentis de foro sufficiunt duos testes, sive sit testamentum cum scriptura, sive sine scriptura.¹⁵²

El sentiment majoritari dels comentaristes valencians és el de donar una interpretació estricta al precepte foral i negar tota validesa al testament que incompleixi el requisit de la presència activa dels testimonis: «non solum non constat testes necessarios intervenisse, sed immo eos non intervenisse».¹⁵³

En aquest sentit, Bas i Galceran planteja el dubte de si podia ser vàlid un testament nuncupatiu realitzat en presència d'un rector i amb un nombre menor de testimonis. Al seu entendre i tot i que reconeix que *dubitari potest*, cal afirmar, a diferència del criteri adoptat per la doctrina canònica i de gran part de la castellana,¹⁵⁴ que, davant d'aquest supòsit, s'havia de declarar la nul·litat del

ni ille, qui coram septem testibus suam ultimam voluntatem nuncupabat, perfectissimum faciebat testamatum, [...] De jure vero municipali nostro, qui suam nuncupat voluntatem coram quinque testibus, solemne, et legibus facit testamentum, [...]»; J. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. I, *decisio* 32, núm. 23; vol. III, *decisio* 40, núm. 1 i seg.; J. G. TRULLENCH, *Opus morale*, cap. 8, rúb. 2, núm. 4.

150. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 40. «Sed contrarium judico tenendum, et invalidum judicandum semper nuncupativum testamentum factum coram minori numero testium, etiam ob illorum carentiam in loco, ubi nuncupatur, quia, ut jam diximus, pro forma, et solemnitate testamenti nuncupativi, quinque testes masculi desiderantur a foro, et non potest reperiri testamentum, ubi quinquenarius testium numerus deficit, cum illius essentia consistat in numero testium completo, qui numerus, nulla necessitate, urgentia, aut causa, potest minui, [...]»; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 20: «Quod procedit, etiam si numerus testium fuerit actus nam esti sex, vel septem, aut plures testes fuerint, inter quos, completus numerus quinque masculorum non reperiat, nuncupativum testamentum, non erit validum»; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 34.

151. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 39.

152. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 8.

153. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 15.

154. Vegeu G. LÓPEZ, *Partidas*, Gl. Part. 1, 6, 2; J. G. TRULLENCH, *Opus morale*, cap. 18, rúb. 2, núm. 4.

testament nuncupatiu —«Sed contrarium judico tenendum, et invalidum judicatum semper nuncupativum testamentum factum coram minori numero testium»—, perquè entenia que únicament podia tenir rellevància jurídica en els territoris subjectes a la jurisdicció eclesiàstica, però no en els circumscrits al fur del príncep, com el Regne de València, on exclusivament assolirien el valor de llegats *ad pias causas*.¹⁵⁵

Neque obstant pro contraria adducta; nam ad primum dicitur, quod testamentum factum coram Parocho, et duobus, aut tribus testibus, valet de jure canonico [...] cum hac distinctione, quod in terris subjectis jurisdictioni Principis Secularis, et perconsequens in nostro Regno, non erit validum testamentum, quoad profana, sed solum in Provinciis, Romano Pontifici subjectis quoad temporalia [...].

Així mateix, Crespí de Valdaura, en resposta a un supòsit plantejat davant la Reial Audiència, va sostenir que si el testador hagués elegit, de manera expressa, declarar per escrit la seva última voluntat davant de tres testimonis —«Si testator modum praecise testandi in scriptis eligerit»—, però sense la presència d'un notari, no seria possible entendre que s'està davant d'un testament escrit, ja que l'ordenament foral exigeix la presència d'un notari i de tres testimonis —«Atque in nostro casu testamentum in scriptis esse non potest, quia a notario receptum non est»—, ni tampoc davant d'un testament nuncupatiu, ja que aquest requereix la participació d'almenys cinc testimonis —«Neque nuncupativum, quia desiderat quinque testes». En virtut d'aquesta línia argumental, el jurista afirma que s'està davant d'una nova modalitat de testament no recollida pel dret foral, això és, s'està davant d'un «quartum modum testandi per Foros nostros incognitum», ja que entén que no només s'està davant d'un defecte en les solemnitats, sinó també davant d'un defecte de la mateixa estructura del testament —«non est defectus solius solemnitatis, sed essentiae hujus speciei testamenti»—, deficiències que li permeten declarar el testament innominat i irregular.¹⁵⁶

Tot i això, el mateix Crespí de Valdaura, fins i tot reconeixent que no s'ha de testar amb un nombre menor de testimonis —«Ita neque in testamentis minor numerus»—, admet que es poden produir determinats supòsits en els quals sí que es podria tenir en compte una reducció del nombre d'aquells. I així ho reconeix per als temps de pesta, en els quals la presència dels testimonis podria ser conflictiva:

155. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 21 i 32-34.

156. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 64-68.

Atque ita et tempore pestis, in quo difficillime testes inveniuntur, etiam requiri eundem testium numerum, saltem si non magna pestis fuerit, defendunt plures.¹⁵⁷

2.3.2. *Idoneïtat*

La impossibilitat d'una regulació sistemàtica i precisa de la institució, deguda a l'exigua regulació de la normativa foral, va dur la doctrina a la indenificació i a la falta d'uniformitat, patent, un cop més, en abordar qüestions com ara la capacitat o idoneïtat que ha de tenir tot testimoni, cosa que determinarà una diversitat d'accepcions.

Atesa l'absència de solemnitat en el testament nuncupatiu, la doctrina sosté, de manera reiterada, que els testimonis, per a aconseguir la seva legitimitat, havien de ser lliures de tota excepció, de tota sospita:¹⁵⁸ «debent esse omni exceptione maiore, id est, sine omni suspicione».¹⁵⁹

Partint de l'estricta reconeixement d'aquesta màxima, la major dificultat amb què es van trobar els comentaristes va ser la compatibilització dels postulats teòrics amb el desenvolupament de la praxi quotidiana, això és, determinar quins testimonis podien estar subjectes a causes d'habilitació o d'indignitat i quins estaven facultats per a atorgar testimoni, atès que en els Furs únicament s'afirma que aquests han de ser barons i idonis,¹⁶⁰ i en els Privilegis, que no poden estar excomunicats.¹⁶¹

Davant la restricció normativa, la bibliografia jurídica, seguint els postulats del dret romanocanònic, va ser unànime a afirmar que els testimonis havien de ser barons, lliures, majors de catorze anys i amb plena capacitat de judici, i van negar, per consegüent, la capacitat testifical als impúbbers, als serfs, als fills espuris, als heretges, als sords, als muts, als que es trobaven sota la nota d'infàmia i, en general, a tots els que es trobaven sotmesos a la potestat d'un tercer.¹⁶² «Et

157. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 17.

158. Criteri que trobem a C. 6, 42, 32: «Cum enim res per testium solemnitate ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium exoptulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur».

159. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 6, 28 i 79; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 8 i 97; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 24.

160. Furs, 6, 4, 14: «Tribus testibus ydoneis et presentibus».

161. *In extravaganti*, cap. 23 i 24.

162. J. G. TRULLENCH, *Opus morale*, cap. 18, rúb. 2, núm. 8: «Non tamen potest esse testis impubes, nec servus, nec haeres, aut is, in cuius iste est potestate, ut pater, avis, nec filius, nec in-

facit conclusionem generalem, quando homo liber, conventa mercede, serviens, non est idoneus testis».¹⁶³

Però, al marge d'aquestes causes de legitimació, els autors, davant la imprecisió legal, partien de l'estudi de la realitat fàctica per a acceptar o no els distints supòsits que aquesta originava, com, per exemple, determinar si la condició de dona podia comportar un menyscapte en la facultat per a atorgar testimoni.

En concret, León recull un supòsit plantejat davant la Reial Audiència en el qual Pedro Solanes, qui havia redactat testament el 1516 i davant la por d'una mort pròxima, el 1519, «coram septem testibus, quatuor masculis, et septem testibus», du a terme un testament nuncupatiu, «nulla facta mentione testamenti, per eum conditi, nec fratris, nec sororis, nec descendentium ab eis», pel qual deixa tota la seva herència a la seva dona, un dot a la seva filla espúria i tres-centes lliures per a despeses funeràries. El nét, hereu legítim en el primer testament, impugna aquest testament nuncupatiu prenent com a referència el fet que la dona no tenia la idoneïtat necessària per a testificar.

Més en particular, l'al·legació de la part apel·lada per a defensar la validesa del testament es basava en el fet que s'havia complert la forma del testament nuncupatiu descrit en el Fur 16, ja que s'entenia que en aquest únicament es deia que hi havia d'haver cinc testimonis, cosa que permetria, com que el fur de Jaume I estava derogat, testificar a la dona —«Et dictus forus non dicit: quod testes debeant esse masculi».

Així mateix, constata que la idoneïtat de la dona per a testificar no només es va acceptar en el dret romà, en concret en el D. 22, 5, 18, sinó que també la va acceptar la doctrina coetània, ja fos castellana, com Menchaca,¹⁶⁴ aragonesa, com Molino,¹⁶⁵ o la mateixa valenciana, com en el cas de Trullench, encara que aquest la limités als temps de pesta i als testaments i llegats *ad pias causas*.¹⁶⁶

Per acabar, León recorre a un criteri d'autoritat: l'aportació d'un nombre major de testimonis supleix qualsevol defecte que poguessin tenir aquests, principí que, pel nombre de cites que aporta, «esse communiter receptam»:

capax testamenti testatoris, ut spuris, nec haereticus, nec intestabilis iuri, nec surdi, muti, aut infames, [...]».

163. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 72-77.

164. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 3: «In summa, dixit, iure Regio, foeminas posse essetestes in testamento».

165. M. del MOLINO, *Repertorium*, veu *in testamentis*: «in testamenti mulier potest esse testis».

166. J. G. TRULLENCH, *Opus morale*, cap. 18, rúb. 2, núm. 8: «nec foemina, nisi tempore pestis, et intestamento, et legato ad pias causas».

[...] ex dictis septem testibus, non sint omni exceptione maiores, eorum defectus suppletur ex numero, cum sint septem et tantum requirantur quinque: regula enim est: numerum supplere defectum testium.¹⁶⁷

Davant d'aquest judici, la majoria de la doctrina, així com l'al·legació de la part actora, nega la idoneïtat de la dona i rebutja les tres argumentacions anteriors.

En primer lloc, perquè, fins i tot reconeixent l'ambigüitat legal existent sobre la matèria, de l'estudi exhaustiu de les fonts es fa veure que en el fur setè de la rúbrica «De testibus» s'afirma: «In testamento vel causa criminali, foemina non sit testis aut furiosus aut captivus».¹⁶⁸ Al seu torn, si el fur atorgat per Alfons III únicament parla de nombre de testimonis, aquests, per analogia, han de tenir la mateixa condició que el precepte derogat —«scilicet: eiusdem qualitatis».

En segon lloc, perquè la majoria de les fonts legals¹⁶⁹ i doctrinals neguen la idoneïtat testifical a la dona per la seva fragilitat i corruptibilitat:

Testes debent masculi, cum alias foemina non dicatur testis idoneus [...] quia mulier est fragilis et corruptibilis [...] et quotidie docet experientia [...] solent committi falsitates et fraudes et de eius integritate non confidit [...] nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit.¹⁷⁰

Per acabar, la doctrina rebutja que un nombre major de testimonis pugui suplir un defecte en la legitimitat d'aquests —«cum foeminae omnino secludantur ab hoc actu, tam ex Fori nostri dispositionibus, quam a jure, eorum numerum non posse defectum testium masculorum supplere, consequitur»—,¹⁷¹ per la qual cosa, segons el parer d'aquesta, si bé és lícit modificar el nombre de testimonis, no ho és variar la qualitat de la seva legitimitat.¹⁷²

D'acord amb aquesta argumentació, la Reial Audiència, ens informa León, va rebutjar el testament nuncupatiu fonamentalment per la presència de tres testimonis femenins, així com per altres defectes d'índole menor:

167. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 4.

168. *Furs*, 4, 9, 7.

169. Ja en el D., 28, 1, 20, 6: «Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit».

170. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 19-22 i 37; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 14; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 6 i 41.

171. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 22 i 23: «testes adhibiti debeant esse omni exceptione majores, et foeminae omnino inhabiles sunt».

172. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 32: «ubi licet mutetur numerus testium, non tam quid quam mutatur de qualitate illorum»; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 20.

[...] tres testes alumnae, dictae Domnane Iolantis: tum quia foeminae: tum quia famulae haeredis institutae, et quia alios patiuntur defectus, singularitatis, et contradictionum, his omnibus simul iunctis, omnino sunt inhabiles: testis enim, qui plures patitur defectus non admittitur, nec admisus probat, etiam in casu, quo veritas aliter haberi non potest [...] Et semper habui pro indubitato dictum testamentum nullum esse. Et ita iudicasse si ad sententiam causa pervenissetur.¹⁷³

En relació directa amb la idoneïtat testifical, es qüestiona el possible caràcter rogat que han de tenir els testimonis, això és, si, perquè el testament nuncupatiu assoleixi plena validesa, el causant havia de sol·licitar expressament als testimonis que rebessin la seva declaració. Aquest principi, que es troba present al llarg de tota la tradició romanista,¹⁷⁴ no té un reconeixement exprés en les fonts forals.¹⁷⁵

En concret, només trobem una mínima referència a aquest principi en relació amb el testament dut a terme davant de l'escriba, al·lusió que, posteriorment, va ser abolida per Pere II el 1322:

Qui testamentum condiderit, advocet tres vel quatuor testes ydoneos et scriptorem publicum, quibus presentibus et audientibus et videntibus [...].

Novissime ne testamenta et ultime voluntates per subtilitates iuris et fori in reipublicae dispendium evidens, annullentur, si contingat testes subscriptos in testamento vel alia ultima voluntate non fore rogatos et quod etiam aliqui ex ipsis testibus sint excommunicati, dum tamen sint ibi duo non excommunicati.¹⁷⁶

173. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 141-142 i 173.

174. D., 28, 1, 21, 2: «In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet; quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorerentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere»; D., 29, 1, 24: «Si ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis ac hoc hominibus, ut voluntatem sua testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem, [...]»; F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*, vol. II, cap. 11, núm. 8: «Ex hoc autem deducit: quod si testes examinati deponant, se fuisse praesentes, quando talis fecit testamentum in tali forma, non probant legitime factum esse testamentum, nisi etiam dixerint, se fuisse rogatos: quia potuissent esse fortuiti»; F. de ESCAÑO, *Tractatus de perfectione*, cap. 25.

175. Aquest és un dels arguments que addueix Violanti Servato en relació amb el testament de Pedro Solanes: «Nec forus dicit: quod debeant esse rogati: et ita non rogati fidem faciunt, I. ad fidem II eodem titul. De testibus. Unde cum in nostro casu, intervenerint septem testes, licet non constet: fuisse rogatos, et tres ex illis, sint foeminae, sufficere debent, iuxta dictum forum. Maxime, quod iuxta forum s. De testamentis, non est necesse, quod sint rogati ad validitatem testamenti» (F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 4). La font a la qual al·ludeix és D., 22, 5, 11: «Ad fidem rei gestae faciendam etiam non rogatus testis intelligitur».

176. Furs, 6, 4, 7-8 i 9.

Aquest buit legal, del qual es fa ressò la doctrina —«Solemnitates autem quae laxatae sunt a nostri Foris»—, no impedeix a aquesta afirmar que, a diferència del testament escrit, el caràcter rogat dels testimonis es va convertir en un requisit essencial per al testament nuncupatiu —«ut non sit necessarium testes rogati, scilicet in testamento in scriptis; in nuncupativo enim rogatus necessarius est»—,¹⁷⁷ que, com afirmava Farinaci, no ha de presumir-se, sinó provar-se —«Ut qui dixerit, teste in testamento fuisse rogatos, debeat hoc probari»,¹⁷⁸ per a evitar així els possibles frau, sospites o falsificacions que puguin ocasionar-se:

[...] ut saepe dictum est, maximus subest timor falsitatis, fraudis, et falsitatis voluit lex: adhiberi testes non fortuitos: sed ad in specie rogatos, ut diligentius ad omnia animadverterent.¹⁷⁹

Aquest temor al testimoni fortuït, això és, al que s'introdueix de manera casual en el llit del causant —«Unde si non vocati, se introduxerint testes in egroti cubiculum, aut domum, vel transeuntes simpliciter audierint dispositionem, non erit dispositio illa modo relato audita»—,¹⁸⁰ va dur el legislador, i la mateixa doctrina, a exigir als testimonis el coneixement del testador —«Tenentur etiam testamenti nuncupativi testes, cognoscere testatorem»:¹⁸¹

Que·ls testimonis que seran demanats a fer lo dit testament coneguen e hagen de conèixer lo testador.¹⁸²

177. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 103. J. G. TRULLENCH, *Opus morale*, cap. 18, rúb. 2, núm. 8; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 53 i seg.; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 21, criteri que, a parer seu, no es presumia, sinó que s'havia de provar: «Et iste testium rogitus, in jure no praesumitur, nisi probetur».

178. P. FARINACIUS, *Consilia sive responsa atque decisiones causarum criminalium*, Lugduni, 1619, *quaestio* 62, núm. 143; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 52: «Nunc videndum est, quando testes praesumatur rogati, et regulariter dicendum est, non praesumi rogatos, nisi probetur».

179. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 46 i 140.

180. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 45; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 13; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 4 i 57.

181. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 22; G. TARRAZA, *Compendium*, cap. 81, «De testamentis».

182. Furs, 6, 4, 17. Criteri que, al seu torn, es troba recollit, en relació amb el testament notarial, en els Furs, 6, 4, 12.

2.3.3. *Animus testandi*

Però, en consonància amb el que es disposa en el Digest 29, 1, 24,¹⁸³ Bas i Galceran sosté que no és suficient, per a legitimar el testament nuncupatiu, que apareguin testimonis que afirmen que van sentir dir al testador que deixava els seus béns a determinada persona,¹⁸⁴ sinó que és necessari, a més, que consti el seu ànim de testar —«Sed requiritur, quod disponens, testandi animum habuerit, et quod testamentum facere voluerit»—, perquè, si no, la mera designació d'hereu davant dels testimonis, per si sola, no l'eleva a una declaració testamental:

Nam si solum verba simpliciter prolata fuerint, coram aliquibus personis, etiam si testator dixisset, talem haeredem instituo, aut hunc haeredem facio, aut de meis bonis ita dispono, si illa verba, solum interloquendo dicantur, et non animo testandi, aut in actu testandi, non erunt testamentum, neque pro testamento nuncupativo haberi debent.¹⁸⁵

La dificultat, no obstant això, s'esdevé quan es tracta de provar un element subjectiu com l'*animus testandi*, ja que la doctrina ha d'analitzar els supòsits d'aplicació que la praxi forense aporta i ha d'extreure d'aquesta anàlisi els criteris teòrics següents:

Ex eisdem principiis poteris resolvere casum satis difficilem, et usufrequenter in praxi nostra multoties enim evenire solet [...].¹⁸⁶

Seguint els principis del dret justinianeu,¹⁸⁷ s'establia com a prova indiscutida que si els testimonis havien estat convocats i rogats, el testament era vàlid:

183. D., 29, 1, 24: «alioquin non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui affirmarent, se audiisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit; et per hoc iudicia vera subventuntur».

184. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 41: «Non sufficit, ut testamentum nuncupativum legitime factum dicatur, quod aliqui testes deponant, se audivisse aliquem dicentem velle relinquere bona sua alicui».

185. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 42. Vegeu-ne el precedent a D., 29, 1, 24: «Si ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis a hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse haeredem, et cui libertatem tribuere, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas eius rata habenda est».

186. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 43; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 47; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 48.

187. C., 6, 23, 4: «Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est, simul uno eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis, audierint»; C., 6, 23, 29; D., 19, 1, 24; D., 32, 39, 1.

«animus testandi, et conficiendi testamentum nuncupativum probabitur in testatore».¹⁸⁸ Per contra, quan havien estat convocats, però no rogats, o quan la declaració s'hagués fet davant d'un testimoni incidental,¹⁸⁹ per mitjà de l'abandonament familiar¹⁹⁰ o en un estat de demència,¹⁹¹ el testament es presumia fals:

Et quando non intervenit solemnitas necessaria, qualitas est haec, quod constet de animo testandi, testamentum non solemne, praesumitur falsum.¹⁹²

Així mateix, s'esgrimeix la invalidesa de la declaració d'última voluntat quan aquesta no s'hagi donat íntegrament. En concret, la doctrina planteja els casos següents:

1) En primer lloc i seguint sengles disposicions de Javolè i Pau,¹⁹³ la declaració d'última voluntat s'entén incompleta quan, un cop iniciada, el *de cuius* mor sense que aquesta es consumi.

Si testator coeperit se in actu testandi genere, et antequam perfecerit, moriatur, vel morbo correptus appareat non totam voluntatem suam declarasse, [...] nullius momenti testamentum erit.¹⁹⁴

188. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 43; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 57: «Secus tamen est in testamento nuncupativo, in quo si testator non rogavit, sive convocavit testes, videtur, quod no habuerit animum testandi».

189. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 45.

190. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 69: «Tertius est casus quando testator est sanae mentis: sed corpore infirmus, et non liberae voluntatis, ut quia timet eos; sub quorum est custodia, etiam si constet velle testari, sed ignoratur quem haeredem facere velle, et interrogatur: an velit instituire aliquem; ex tuis sub quorum custodiae est, et respondet velle instituire, hoc casu, non subsistit testamentum».

191. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 129: «quod maxime in infirmo praesumenda est insanitas mentis. [...] quod non fuerit sanae mentis, qui testamentum, per tres horas, vel circa mortuus est, eo tempore, quo iam farcimulas colligebat».

192. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 66.

193. D., 28, 1, 25: «Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varus Digestorum libro primo Servium respondiisse scripsit: itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare; ego nec Servium puto aliud sensisse»; D., 28, 1, 29: «Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse».

194. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 50-51: «Si testator testamentum facere coeperit, et morbo correptus, vel morte praeventus non consummaverit, ea quae in ipso actu testandi quoad piam causam disposuerit, valida erunt».

Aquesta nul·litat, Bas i Galceran la fa extensible fins i tot a les disposicions que ja s'hagin pronunciat —«etiam respectu institutionis haeredis factae».¹⁹⁵

2) Tampoc no es pot entendre perfecta la declaració d'última voluntat redactada pel notari quan ni aquest ni els testimonis han estat convocats ni rogats.

Cum igitur in testamento nuncupativo, verbo facto coram testibus in quo testator non rogavit Notarium, ut illud reciperet, nec testes vocavit, ut intervenirent in illo, cum non constet de voluntate perfecta testatoris, et quod habuerit animum testandi, nullum est testamentum, et falsum praesumitur.¹⁹⁶

3) Així mateix, si haguessin estat convocats i rogats els testimonis i el notari i davant d'aquests el deposant hagués declarat expressament el desig que la seva declaració fos redactada per escrit i posteriorment publicada, però amb anterioritat al compliment d'aquestes solemnitats aquell traspassava, s'entenia, segons el parer de Bas i Galceran, que «non erit testamentum subsistens, quia censetur voluntas suspensa».¹⁹⁷

4) S'estaria en una situació anàloga quan el deposant hagués declarat la necessitat que el testament es publicués i, iniciada aquesta publicació, aquell dissentís del testament, de manera que, d'acord amb l'autor, «requeritur enim completa testamenti publicatio».¹⁹⁸

En definitiva, la doctrina és unànime en admetre que, si no es pot constatar l'*animus testandi* del deposant, els actes que realitzi, ja sigui davant dels cinc testimonis prescrits per l'ordenament foral, ja sigui mitjançant la redacció per escrit de la seva última voluntat, caldria qualificar-los de mers actes preparatoris d'un testament ulterior.¹⁹⁹

195. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 48.

196. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 65.

197. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 51.

198. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 45.

199. C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 48-49; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 46: «quod si testator non sit in actu testandi, nunquam illius dispositio erit legitimum testamentum, etiam si illam proferat, coram sufficienti numero testium, nam etsi interloquatur omne, quod disponere vult, non erit testare, sed velle, et preparatio ad testandum. Quod procedet etiam si testator, suam voluntatem integram expresserit, et scribi iusserit, eo animo, ut notario traderetur, et de illa instrumentum conficeret, nam talis scriptura non erit testamentum, neque pro testamento valere poterit, adhuc ad pias causas, quia non deficit solemnitatas».

2.3.4. *Declaració testifical*

Sobre la declaració testifical, els escassos furs que regulen la matèria varien substancialment.

En concret, la legislació de Jaume I assenyala que aquesta es pot dur a terme davant del jutge ordinari per tres testimonis adonis en el termini màxim de tres mesos des de la mort del testador:²⁰⁰

Tribus testibus ydoneis masculis et presentibus, si quis condiderit verbo tenus absque scriptore publico testamentum, si post eius obitum infra tres menses (coram) ordinario iudice loci testes iurati voluntatem defuncti publicaverint et eam voluntatem tabellio publicus, (presentibus) predictis testibus et aliis testibus, qui ad confessionem ipsorum predictorum testium presentes fuerint, in publicam formam redegerit, valeat testamentum.²⁰¹

Posteriorment, en un fur sancionat per Alfons el Magnànim en les Corts de València de 1418, el nombre de testimonis augmenta a cinc i s'exigeix que aquests depodin davant del justícia de la ciutat en un termini màxim de deu dies després que hagués estat atorgat el testament:

[...] ordenam que el testament en los dits furs mencionats no haja valor o eficàcia alcuna, si doncs no serà fet en presència de cinch testimonis, los quals cinch testimonis dins X jorns après que tal testament serà fet hagen a venir denant lo justícia de la ciutat, vila o loch on tal estament serà fet, e intimar al dit justícia com ells són testimonis d'aquell testament.²⁰²

Les escasses i contradictòries referències legals seran posades en relleu pels comentaristes i pràctics del dret foral. En concret, la bibliografia jurídica és explícita en reconèixer la vigència del text alfonsí, en declarar que, un cop els testimonis hagin rebut el testament, tenen l'obligació de comunicar-ho al jutge ordinari en el termini de deu dies comptats «a die nuncupati testamenti»;²⁰³ en cas contrari, «testamentum nuncupativum non valet».²⁰⁴ Aquest termini, segons el

200. Redueix el termini establert en el *Liber iudiciorum* en tres mesos. *Liber iudiciorum*, 2, 5, 11.

201. Furs, 6, 4, 14.

202. Furs, 6, 4, 16.

203. Atès que, com va afirmar N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 27-28: «[...] quod de jure, si solus unus testis non subscriberet testamentum, etiam si omnes alii subscriptionem fecissent, nullum, et invalidum testamentum erat».

204. Furs, 6, 4, 16. G. TARRAZA, *Compendium*, cap. 81, «De testamentis»; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 17: «Quod limitandum erit, si aliqua magna

parer de Bas i Galceran, únicament es podia ampliar, sota dispensa del magistrat, quan algun dels testimonis no pogués personar-se per malaltia o per una causa greu,²⁰⁵ ja que la desídia i la negligència eren castigades amb la pena d'infàmia i amb el pagament del perjudici causat.²⁰⁶

Però, al marge del que establia la legislació foral, pràctics com Tarraza apunten, amb caràcter incidental, la necessitat que els testimonis puguin reproduir per escrit, davant del jutge ordinari del lloc, les declaracions dutes a terme pel testador, atès que, si bé l'escriptura no és un element essencial del testament, afavoreix la perpetuació d'aquelles —«[...] quia scriptura hic non ad substantiam interponitur, sed a perpetuam rei memoriam».²⁰⁷ I amb aquesta, conclou Bas i Galceran, es podien evitar transgressions i omissions que podrien fer dubtar de la seva validesa, cosa que provocava que, en la pràctica, la major part d'aquests testaments estiguessin redactats per religiosos o per aquells a qui la doctrina denominava *probus vir*, els quals actuaven o bé com a testimonis o bé com a tercers:

In nostra praxi testamenta nuncupativa solent disponi hoc modo, quod Parochus, aut alius Sacerdos, aut quilibet alius probus vir, qui scribere sciat, in foleo papyri describit voluntatem testare volentis, et eam firmat sua propria manu, quod semper iudicio utile, et iuri consonum, nam iura valde confidunt de Parochis, et similibus Sacerdotibus, confectioni testamentorum intervenientibus.²⁰⁸

Personats davant l'escriba del tribunal, els testimonis deposaven oralment i separada el contingut d'allò declarat pel difunt,²⁰⁹ i aquests havien de coincidir

necessitate urgente, ut puta infirmitatis, aut similis, testes non potuerint ad Curiam venire, nam tunc poterit dari a iudice salvitas in dilatione forali, quousque cesset testis impedimentum, quia et si pro forma debeant recipi intra decem dies, omissio ista, non vitiabit testamentum, quando necessitas urgens impedit hoc fieri, cum habeatur de jure, quod si necessitas impediatur adimplementum formae, uius omissio non vitat actum»; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 101; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 48.

205. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 29: «Quod limitandum erit, si aliqua magna necessitate urgente, ut puta infirmitatis, aut similis, testes non potuerint ad Curiam venire, nam tunc poterit dari a iudici salvitas in dilatione forali, [...]».

206. G. TARRAZA, *Compendium*, cap. 81, «De testamentis»; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 30: «[...] sunt infames, et tenentur ad damni restitutionem». Furs, 6, 4, 16.

207. G. TARRAZA, *Compendium*, cap. 81, «De testamentis».

208. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 55-56.

209. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 89: «debent separatim a iudice ordinario examinari, ita, ut unus, non audiat depositionem alterius»; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum ju-*

tant en la substància com en la forma de les paraules: «[...] quod debent, non solum in substantia, sed etiam in cortice verborum concordare».²¹⁰

En concret, s'afirma que un testimoni no prova res si no pot declarar sobre totes les circumstàncies que es van produir en el moment de la declaració testamental. I, així, no ha de ser creïble el testimoni de qui es va absentar durant la declaració, ja que, segons León, «requisitur etiam ad formam, et solemnitatem ut testes omnes praesentes sint toto testamento»,²¹¹ ni el testimoni que, fins i tot si hi era present, no pot recordar-ne elements essencials, com el dia o el lloc on es va produir —«Et quod tempus, et locus, sunt de substantia, actus probandi, sine tempore, et loco deponentes nihil probant»—, cosa que ha d'induir el jutge ordinari a revocar la declaració quan comprova que és parcialment falsa o imprecisa.²¹²

[...] quod non recordatur, qua die, sed quod fuit factum in uno, ex tribus proximis diebus morti: et sic dicunt factum non fuisse eodem die mortis: et perconsequens falsi iudicatur.²¹³

També s'exigia una reproducció exacta dels termes utilitzats en la declaració d'última voluntat —«in cortice verborum concordare»—, els quals, per tant,

risprudentiae, vol. I, cap. 5, núm. 23: «[...] debent recipi per Scribam Curiae Justitiae, qui redigere in scriptis tenetur eorum depositiones separatim, et omnes quinque testes, manifestationem testamenti debent Justitiae facere, coram tribus testibus, [...]».

210. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 25-26; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 94 i 113-141. Vegeu la seva concordança amb el que disposa el D., 22, 5, 3, 1: «Verba epistolae haec sunt: “Tu magis scire potest, quanta fides habenda sit testibus, qui, et cuius dignitatis, et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque mediatum sermonem attulerint, an ad ea, quae interrogaveras, ex tempore verisimilia responderint”».

211. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 108-111: «Alius autem testis, nimirum Franciscus Pavarroja, testetur audivisse dictum Solanes, dicentem: instituere haeredem eius uxorem, et quod omnia bona ei relinquebat, et quod nihil aliud percepit: quia egressus fuit a cubiculo, et quod dictae tres famulae, quae praesentes erant, ei retulerunt testatorem gravasse eius uxorem, ut Franciscam Aleret, et decenter in matrimonium collocaret. Et quod relinquebat tercentum libras pro funeris impensa, ad celebrationem Missarum, et alia opera pia: iste testi nullatenus probat: quia non deponit de toto tenore testamenti: sed tantum de eius parte».

212. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 82: «et iuramentum sit individuum in parte falsus, nihil probat [...] Regula sit: quod testis in parte falsus, in totum reputatur falsus et ideo falsus in uno, nihil probat in omnibus ratione iuramenti».

213. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 90-106: «Et in casu nostro non est credibile quod non recordaretur de die, cum fuerit interrogatus intra decem dies a morte»; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 132.

no podien ser substituïts per altres de semblants —«quod testes deponant de eisdem verbis: nec sufficeret, quod deponerent per verba aequivolentia»—, perquè, si això s'acceptés, donaria entrada als testimonis singulars i, amb aquests, a l'existència de tants testaments com testimonis particulars es donessin: «nam si testes deponerent diversimode, tunc praesumeretur pluralitas testamento, et ultimum tolleret primum».²¹⁴

Per tot això, la doctrina, seguint l'autoritat textual del *Codex*,²¹⁵ afirma que només quan tots els testimonis hagin reconegut el testament i les seves declaracions siguin concordes amb la voluntat del testador, aquestes es poden elevar a escriptura pública:

[...] quod de jure, si solus unus testis non subscriberet testamentum, etiam si omnes alii subscriptionem fecissent, nullum et invalidum testamentum erat.²¹⁶

2.4. PUBLICACIÓ DEL TESTAMENT NUNCUPATIUM

En relació amb el termini concedit per l'ordenament foral per al coneixement i la publicació del testament nuncupatiu, no varia segons si ens trobem davant la legislació de Jaume I o la d'Alfons III.

Així, en el Fur 6, 4, 14, s'estableix que, en el termini màxim de tres mesos, els testimonis havien de declarar la voluntat del *de cuius* davant del jutge ordinari, per tal que així pogués ser recollida en un protocol notarial:

Tribus testibus ydoneis masculis et presentibus, si quis condiderit verbo tenus absque scriptore publico testamentum, si post eius obitum infra tres menses (coram) ordinario iudice loci testes iurati voluntatem defuncti publicaverint et eam voluntatem tabellio publicus, (presentibus) predictis testibus et aliis testibus, qui ad

214. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 99: «singulares, dicit, illa, quae in actu non reiterabili, non tamen reiterato, continet in se testium contrarietatem [...] quorum unus dixit, quid factum de die alter vero de nocte singulares reputari, [...]»; F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 114: «Testes dicuntur singulares, non solum quando discordant in facto, et in substantia; et sed etiam si discordant in verbis». Únicament s'admet el testimoni singular quan, a través de la seva declaració, es pot provar la demència del testador. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 127: «Quia ad probandum furorem, sive dementiam, [...] testes singulares admittuntur».

215. C., 6, 23, 12: «Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, iure deficit testamentum».

216. N. BAS I GÁLGERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 28-29: «et illo videlicet, quos si solus unus testis deficeret in recognoscendo testamento, et si caeteri testes recognitionem fecissent, nullum testamentum remanebat».

confessionem ipsorum predictorum testium presentes fuerint, in publicam formam redegerit, valeat testamentum. [...] Si vero celaverint, puniantur arbitrio curie et proborum.²¹⁷

Aquest termini posteriorment va ser reduït a deu dies en la legislació d'Alfons el Magnànim:

[...] los quals cinch testimonis dins X jorns après que tal testament serà fet ha-jen a venir davant lo justícia de la ciutat, vila o loch on tal testament serà fet, e in-timar al dit justícia com ells són testimonis d'aquell testament. E lo dit justícia ab son notari, o denant tres testimonis de continent, reebra en escrits la deposició dels dits testimonis separadament.²¹⁸

Un cop rebudes les declaracions dels testimonis, el jutge dictava sentència a instància de l'hereu, del llegatari o de qualsevol altra persona que hi tingués un interès legítim;²¹⁹ i si en aquesta reconeixia la validesa d'allò disposat pel difunt, procedia a formalitzar-la mitjançant una escriptura pública i a notificar-la a con-tinuació a la persona interessada:

Informatione testium facta, si testes deponant, disposuisse testatorem, juxta tenorem memorialis exhibiti, media sententia a iudice ordinario declaratur, voluntatem illam a testibus explicatam, legitimum esse testamentum, quae sententia pu-blicatur ad instantiam haeredum, legatorum, aut aliorum interesse habentium, [...].²²⁰

217. En relació amb aquest precepte, l'any 1403 el rei Martí va aclarir que el termini de tres mesos s'entenia únicament en relació amb els testimonis, però no amb els hereus, els legataris o tots els qui poguessin tenir un interès legítim en el testament: «e no quant a l'interès o perjudici de l'hereu o legatari o d'altre, ans aquell encara que sien passats los dits tres mesos puxa requerre e in-star la publicació en lo dit fur contenguda, e així feta valla tal testament».

218. Furs, 6, 4, 16.

219. En aquest sentit, la doctrina afirma que els hereus *ab intestato*, els legataris i els qui tin-guin un interès legítim en el testament, poden sol·licitar al jutge ordinari que no es prengui declara-ció als testimonis sense la seva presència, «sub nullitatis decreto», quan es tingui un dubte raonable sobre l'existència o la validesa del testament nuncupatiu. Vegeu L. MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re-gimine*, vol. II, cap. 6, núm. 12; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. I, *observatione* 15, núm. 97; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 114, núm. 12; N. BAS I GAL-CERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 60: «Sed si aliquis interessatus desiderat, quod omnia haec non expediantur summarie, solet in praxi libellus praeventionalis offerri, ubi petitur quod jubeatur ordinario iudici, ne testium depositiones recipiat, nisi cum citatione illus interessati, et praecepto facto, et praeventionem intimata, non aliter debent recipi testium dicta, nisi citato illo in-teressato, [...] et iste erit singularis casus, in quo per usum jurisdictionis contentiosae debebunt ex-pediri supra tradita, licet non desint aliqui tenentes omni in casu citandos esse haeredes ab intesta-to, et interessatos, quibus poterat praedjudicare nuncupata voluntas».

220. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 58.

Únicament es procedia a mantenir en secret la declaració dels testimonis i la consegüent paralització de la sentència mentre el causant es trobés amb vida.²²¹

3. EL TESTAMENT NUNCUPATIU EN LA CATALUNYA BAIXMEDIEVAL

3.1. ORIGEN, CONCEPTE I NATURALESA JURÍDICA

La doctrina catalana, a diferència dels principis marcats pel *ius commune*, s'ha qüestionat no només el concepte i la naturalesa jurídica de la institució, sinó el seu origen mateix, i ha arribat a afirmar que aquest es troba no en les fonts romanes, sinó en les visigòtiques.

En concret, Marquilles, en el seu comentari a l'usatge *Juditia curiae*, i posteriorment Mieres, al qual va seguir una gran part de la bibliografia jurídica ulterior,²²² van sostenir que la legislació visigòtica es va conservar a Catalunya a través de cinc institucions, a saber: en la prescripció dels trenta anys, en l'ordenació de les escriptures, en el fet que un bé no cau en comís per falta de pagament del cànon censual, en el testament sacramental i en la llegítima.²²³

Aquest possible origen visigòtic va ser matisat, posteriorment, per autors com Guillermo de Vallseca i Fontanella, per als quals el testament sacramental podia tenir un indicati cert en la glossa a la Llei *hac consultissima*:²²⁴

221. N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 59: «Sed hujusmodi sententia, et testium informatio, non publicantur testatore vivente, sed eo mortuo, nam dum vivit custodiri debent, et secreto haberi, [...]»; G. TARRAZA, *Compendium*, cap. 81, «De testamentis»; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione* 52, núm. 101.

222. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina de antiquitate, et religione, regimine, privilegiis, et praebenimentis iudytae civitatis Barchinonae, divae eulaliae virgini et prothomartyri ac tutelari illius sacra*, Barcinonae, 1668, rúb. XV, núm. 21. Recentment, A. GARCÍA I SANZ, *Instituciones de dret civil valencià*, València, 1996, p. 173, ha mantingut la influència del dret visigòtic —*Liber iudiciorum*, 2, 5, 11.

223. T. MIERES, *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathabloniae*, Barcinonae, 1621, vol. I, *coll.* V, cap. 28, núm. 8: «Et nota, quod lex Gotica hodie non servatur in Cathalonia, nisi in casibus. Unus est in praescriptione triginta annorum: alius est de comparatione litterarum: tertius est, quod res non cadit in commissum propter cessationem canonis, sed applicatur: quartus est in testamentis sacramentalibus: quintus erat in legitima». Trobem una referència parcial a aquesta qüestió a J. PELLA Y FORGAS, *Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1943, vol. III, p. 147; S. GUBERN GARRIGA-NOGUÉS, «El testamento sacramental en la diócesis de Gerona», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 64 (gener-març 1951), p. 999.

224. C., 6, 23, 21.

[...] et istud appellatur testamentum sacramentale, ut ibi asseritur: quae ratione? ego non inveni, apud aliquem, nec aliquo audivi: auguror autem esse ex illis, quae ponuntur per Glossae in lex hac consultissima. si quis autem, verbo, depositiones, capitulo de testamentis [...] Iste testandi modus remansit nobis ex legibus Gothicis, quae antiquitus in Cathalonia observantur.²²⁵

Aquesta problemàtica suscitada a l'entorn de l'origen de la institució es va accentuar en abordar el concepte i la naturalesa jurídica d'aquesta, en qüestionar-se si el testament sacramental descrit en el *Recognoverunt proceres* formava part del testament nuncupatiu, com així ho va entendre la bibliografia jurídica valenciana («In civitate Barchinonae, quae est caput Principatus Cathaloniae, est aliud testamentum, appellatum sacramentale»),²²⁶ o si, al contrari, constituïa un testament privilegiat propi de l'ordenament català.

Aquesta última postura va ser seguida, encara que amb matisos, per la major part de la doctrina i la pràctica forals. En concret, Fontanella dubta de la pròpia naturalesa jurídica del testament sacramental, ja que entén que aquest no és sinó una variant, una subespècie del testament nuncupatiu —«de cuius specie est istud»—, del qual difereix tant en la forma com en el nombre dels testimonis exigits, cosa que provocava una relaxació de les formes i solemnitats exigits pel *ius commune*:

Sed decipiuntur, quia revera in multis differunt, et nunquam testamentum nuncupativum, quod nobis permittit ius commune, est tam expeditum, prout est istud nostrum sacramentale, licet vera illi assimiletur, et testamentum nuncupativum dici valeat etiam, prout docte tradit Cancer noster [...] et ante eum Guillelm de Vallesica practicus noster [...] Et quidquid sit, nostra nihil interest, sit et dicatur nuncupativum, vel non sed sufficit datum esse civibus Barchinonae, posse tam expedite testari, prout in dictum Capitulo 48, privilegium Recognoverum Proceres quod relaxat circa illius confectionem, omnes solemnitates, quae in testamentis condendis ex iuris dispositione requiruntur.²²⁷

225. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 576, núm. 3.

226. F. J. LEÓN, *Decisiones*, vol. III, *decisio* 40, núm. 82; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 5, núm. 16: «In Cathalonia appellatur hoc testamentum de quo agimus, Sacramentale». En sentit anàleg, vegeu J. CÀNCER, *Variae resolutiones iuris caesarei, pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniae*, Tours, 1635, vol. I, cap. 4, núm. 72.

227. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 576, núm. 4-7. Amb tot, el mateix autor, tant en aquesta decisió com en una de posterior, sembla dubtar de si es tracta d'una subespècie: «Sed decipiuntur, quia revera in multis differunt, et nunquam testamentum nuncupativum, quod nobis permittit ius commune, est tam expeditum, prout est istud nostrum sacramentale, licet revera illi assimiletur, et testamentum nuncupativum dici valeat etiam, prout doctore tradit Cancer»; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 579, núm. 6: «Quoad primum, licet non necessarium, praesup-

Aquest mateix criteri, el trobem present en l'obra de Xammar, el qual, després d'identificar ambdues institucions —«Et testamentum sacramentale, seu nuncupativum, aut coram testibus factum sine tabellione [...]»—,²²⁸ reitera el caràcter privilegiat del testament sacramental, cosa que permet introduir, a diferència de l'ordre establert pel *ius commune*,²²⁹ una tercera classificació testamental:

Verumtamen testamentum sacramentali nostri privilegii del Recognoverunt, est magis privilegiatum quia receptum est ut in multis iuri communi deroget, quod signatur Caneer 1,4,73, ideoque supra ostendimus per illud privilegium rem esse redactam ad ius gentium, et relaxari omnes solemnitates iuris civilis, ne que rogatum testium esse necessarium.²³⁰

Posteriorment, els tractats de notaria es van fer ressò d'aquesta problemàtica conceptual i van incloure, en establir els distints tipus de testaments forals, el testament sacramental com un testament independent, distint del nuncupatiu.

En concret, en les obres de Comes, Gubert o Perera s'estableixen quatre tipus de testaments: l'escrit, el que es fa sense escriptura o nuncupatiu, el que es fa sense cap escriptura o sacramental i el menys solemne o militar.²³¹ Però, de la lectura d'aquests, cal apreciar que aquesta ambivalència conceptual és més teòrica que pràctica, atès que els mateixos autors reconeixen que el testament sa-

ponimus, istud testamentum esse nuncupativum, quia non est in scriptis, quae est altera species testamenti, non enim dantur nisi istae duae species.»

228. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. xv, núm. 2.

229. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. xv, núm. 43: «[...] in quo differat a iure communi, sed quid plus tribuat quam ius commune. Et dico de iure communi duplex esse testamentum scilicet alterum nuncupativum, et alterum in scriptis». En aquest sentit, vegeu F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*, vol. I, tít. 6, núm. 4: «Porro testamentum distinguitur in duas species, namque aliud est in scriptis, aliud sine scriptis, quod nuncupativum appellantur».

230. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. xv, núm. 50.

231. V. GIBERT, *Theorica artis notariae*, vol. II, Barcinonae, 1772, cap. I, «De testamentis», f. 200: «Testamentorum species quatuor sunt; nempe: In scriptis; hoc est clausum: Sine scriptis; id est nuncupativum: Sine ulla scriptura; id est sacramentale: et Militare, quod minus solemne est»; J. PERERA Y BLASCO, *Compendium theoricae, seu rudimenta artis notariae*, Barcinonae, 1772, vol. III, cap. 1, «De testamentis», núm. 3-5, f. 195-201; J. COMES CINTILLENSI, *Viridarium artis notariatus, sive tabellionum viretum, omnis generis contractuum, et ultimarum voluntatum perpolitae, et usufrequentiores formulas continens, ex odoriferis Doctorum, et huiusce Artis Auctorum Floribus quibusque aptioribus compactum, sacraeque Rotae Romanae, utriusque Senatus affluentibus aquis perutiliter faecundatum, tomus II*, Gerundae, 1706, f. 138, i cap. 8, núm. 1, «Testamentum nuncupativum», f. 473; B. de TRISTANY, *Sacri supremi, tomus II, decisio 49*, núm. 4, 5, 8, 9, 10 i 22, el menciona sempre com a nuncupatiu; A. de RIPOLL I MAS, *Praxis civilis [...] Don Ludovici de Peguera [...] adolitionata iuribus, decisionibusque diversorum Senatum*, Barcinonae, s. d., rúb. VIII.

cramental forma part del nuncupatiu i, entre els testaments nuncupatius, el consideren el més exempt de solemnitats:

Et licet tale testamentum conficiatur cum his solemnitatibus; nihilominus nuncupativum est; quia ibi deficiunt solemnitates, quae in testamento scripto solemni requiruntur.²³²

Únicament Càncer, després de reconèixer que una part de la doctrina negava la identificació entre el testament sacramental i el nuncupatiu perquè entenia que aquell es trobava comprès entre les disposicions d'última voluntat genèriques o innominades —«Aliqui volunt testamentum sacramentale, non dici posse testamentum nuncupativum, sed esse quandam ultimam voluntatem in genere, id est, innominatam [...]»—, va afirmar que ambdós termes, tal com es desprèn del sentit de nombroses sentències reials, podien utilitzar-se per a identificar la mateixa institució, cosa que feia vana i inútil aquesta qüestió, perquè, amb independència del nom utilitzat, el testament s'havia d'interpretar, menys en «aquellas cosas» derogades expressament, segons les disposicions establertes pel *ius commune*:

Nam si dictam ultimam voluntatem volumus dicere testamentum nuncupativum, cogemur illud appellare testamentum Sacramentale, [...]. Tale testamentum Sacramentale, et nuncupativum appellari posse, saepe contendi. [...] Et propterea in innumeris Regiis sententiis, talem testamentum nuncupativum appellatur. Et licet in aliquibus de consuetudine discedat a testamento nuncupativo, quoad reliqua debet secundum iuris communis dispositionem interpretari, [...]. Quamvis ego vanam semper in Senatu dixi istam disceptationem, cum nihil intersit, an dicta ultima voluntas dicatur testamentum nuncupativum, vel Sacramentale, vel ultima voluntas innominata, et sic in genere, quandoquidem quocumque nomine appelletur, sit certum talem dispositionem interpretandam, et distinguendam iuxta ius commune, praeterquam in his, in quibus receptum est dictum Capitulo 48 iuri communi derogate [...].²³³

Segons el nostre parer, el testament sacramental no es pot entendre com un testament diferent del nuncupatiu, sinó que, al contrari, en delimitar conceptualment la institució veiem que la mateixa praxi i la doctrina foral reconeixen l'existència d'una ambivalència conceptual que fa que en cada ordenament es

232. V. GIBERT, *Theorica artis notariae*, cap. 1, tít. 1, f. 203.

233. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 71-73: «Quando quidem quocumque nomine appelletur, sit certum talem dispositionem interpretandam esse iuxta ius commune, praeterquam in his quibus receptum est iuri communi derogati».

puguin configurar una o diverses modalitats que propicien, en última instància, la lenta transformació de la institució.

Així, si analitzem les diferents definicions que en donen la doctrina i la praxi, veiem que en ambdues preval, per sobre de qualsevol altra solemnitat, la manifestació oral de la voluntat del testador. I així, si per a Perera i Gubert el testament nuncupatiu és aquell en el qual el *de cuius* declara tota la seva voluntat de viva veu, ja sigui sobre la institució de l'hereu, els diferents llegats o altres disposicions d'última voluntat,²³⁴ el testament sacramental es caracteritza pel caràcter sacral del jurament testifical —«quod quidem testamentum, etsi sacramentale dicatur propter testium juramentum, proprie nuncupativum est, cum in sola testatoris nuncupatione consistat»—,²³⁵ per la qual cosa, una vegada pronunciat aquest, Xammar conclou: «Ideo per testamentum non excluditur sacramentale, quia est species nuncupativi».²³⁶

Aquesta incertesa jurídica, propiciada, al seu torn, pels escassos preceptes que el dret català aporta sobre aquesta forma privilegiada de testament, ha portat els tractadistes a qüestionar-se, com va afirmar Brocà,²³⁷ si aquest mode de disposició podria aplicar-se no només als testaments, sinó, al seu torn, als codicils, a les donacions *mortis causa* o a qualsevol altre acte d'última voluntat, atès que contínuament es fa referència a l'expressió *testament* o la seva última voluntat:

Recognoverunt proceres, rub. XLVIII, «De testamento Sacramentalis». Item est consuetudo quod si aliquis fecerit testamentum praesentibus testibus, in terra vel in mari, ubicumque sit, in scriptis vel sine scriptis, seu ultimam voluntatem, [...] vel scripta quod valeat ipsa ultima voluntas, sive testamentum, [...] sicut in illa scriptura continetur, sive in ultima voluntate, [...].²³⁸

234. V. GIBERT, *Theorica artis notariae*, vol. II, cap. 1, f. 201: «Testamentum nuncupativum est: Illud, in quo testator viva voce omnem voluntatem suam circa heredem, legata, aliasque dispositiones exprimit, et nuncupat coram testibus ad hoc convocatis, et rogatis [...]»; J. PERERA Y BLASCO, *Compendium theoricae*, vol. III, cap. 1, núm. 4: «Testamentum nuncupativum est, quod consistit in nuncupatione suae voluntatis, quam testator facit, et non in solemnitate scripturae, et ideo dicitur nuncupativum, quia testibus, qui intersunt, omnia manifestantur, quae in testamento ponenda sunt, sive sint legata, sive sint institutiones. Appellatur etiam testamentum sine scriptis, quia licet in scriptura communiter, et ex laudando more redigatur, non tamen est de substantia, et solum nuncupatio est forma requisita».

235. J. PERERA Y BLASCO, *Compendium theoricae*, vol. III, cap. 1, núm. 5, f. 201.

236. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 49.

237. G. M. de BROCÀ, *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, Barcelona, 1880, p. 372.

238. *De las Consuetuds de Barcelona, vulgarment ditas lo Recognoverunt Proceres. tít. XIII. Pere Segon en lo Privilegi concedit a la Ciutat de Barcelona. Dat en Barcelona al any dels Idus de Ianer 1283 [...]*, tercera compilació general, vol. II, Barcelona, 1704, rúbrica inicial, p. 39 i seg.

Consuetudines Diocessis Gerundensis, rub. XXI, cap. 6: Item servatur de consuetudine quod si aliquis coram testibus testamentum, vel suam voluntat [...].²³⁹

Costums de Tortosa, 6,4,7: Testament o derrera voluntat quel testador faça [...] e aquest testament o derrera voluntat [...] aytal testament, voluntat o ordenació en així feta [...].²⁴⁰

Segons la nostra opinió, l'expressió «ultima voluntate» es pren del *Codex*, 6, 36, 8, i, per extensió, de les Decretals, 3, 26, «De testamentis et ultimis voluntatibus», així com de la major part de la bibliografia jurídica medieval, per la qual cosa no es pot desvirtuar la naturalesa jurídica del testament nuncupatiu català; no debades, pràctica i doctrina el situen entre les *species testamentorum*.

Amb tot, encara que la mateixa doctrina foral, recollint diferents sentències de la Reial Audiència, admet que mitjançant el testament sacramental es pot revocar un testament solemne,²⁴¹ reconeix explícitament la seva dificultat jurídica —«sed, quod est multum difficile ad revocandum aliud solemne»— i adverteix la necessitat d'una prova contundent que pugui acreditar i justificar l'existència d'un nou testament, de manera que, si aquesta no es pot assolir, es recomana que prevalgui la declaració solemne,²⁴² i més quan en el moment anterior a la mort es pretén revocar el testament escrit i substituir-lo per un de verbal —«in quo perseveravit per plures annos».²⁴³

3.2. ÀMBIT D'APLICACIÓ

Dins de la problemàtica que enclou aquesta institució, que a parer de Ripio «raro fit in Catalonia»,²⁴⁴ la doctrina es va plantejar si aquesta forma de suc-

239. J. COTS Y GORCHS (ed.), *Consuetudines Dioecesis Gerundensis*.

240. B. OLIVER, *Historia del derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, Madrid, 1876.

241. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 30: «Illud verum est, quod quamvis quando praecedit testamentum solemne, et subsequitur sacramentale privilegiatum, et speciale, magis enixe debeat constare de animo testandi in sacramentali testamento, tamen si constet, valet hoc sacramentale privilegiatum, et speciale etiam ad exclusionem prioris testamentis solemnis [...] et fuit ita decisum in nostra Regia Audientia».

242. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 579, núm. 6: «Secundo, quod huic parti sufficit ad victoriam ne ruptum per posterius dicatur prius solemne, probationem remanere dubiam, quia in dubio non revocatur, est dicendum».

243. J. CÀNCER, *Variae resolutiones*, vol. I, cap. 4, núm. 81-83: «[...] ubi dicit non esse credendum; testatorem voluisse unico verbo, et ex abrupto revocare testamentum solemne, quod appensat et considerare fecerat, imo esse iniquam interpretationem, ut tam nature gesta in primo testamento, in quo perseveravit per plures annos, voluerit in mortis articulo revocare, et per verba, de quibus dubitari possit, an sint deliberate prolata».

244. A. de RIPOLL I MAS, *Praxis civilis*, cap. 13, núm. 246.

cessió tenia o no un caràcter personal, això és, si es regia pel lloc en què l'acte s'efectuava o se solemnitzava:

Dubitatum in materia hisce diebus fuit, an publicari posset quoddam testamentum sacramentale, factum a forensi in hac civitate Barcinonae, in forma qua cives Barcinonenses illud faciunt.²⁴⁵

Respecte a aquesta qüestió, Càncer ens informa que, si bé en el seu temps la bibliografia jurídica, seguint els principis marcats pel *ius commune*,²⁴⁶ es qüestionava la publicació d'un testament sacramental per un foraster, en sostenir que el dret a atorgar testament sacramental tenia un caràcter personalíssim,²⁴⁷ al seu torn aquest plantejament havia de ser rebutjat, ja que entenia que s'havia de regir, segons consta en una sentència dictada per la Reial Audiència, pel principi *locus regit actum*:

Et sic resultat vera conclusio, testamentum cuiuslibet forensis, factum Barcinonae, modo et forma testamenti sacramentalis, validum esse, perinde ac si factum esset a cive Barcinonense, etiam quoad bona ubique existentia.²⁴⁸

Aquest criteri, seguint Pella i Forgas, es va veure posteriorment qüestionat en diverses sentències del Tribunal Suprem en les quals, en interpretar l'expressió «ubicumque sit» del *Recognoverunt proceres*, s'arriba a la conclusió que la facultat d'atorgar testament sacramental va adherida a la persona i, per tant, un ciutadà de Barcelona pot efectuar-lo en qualsevol part del món:²⁴⁹

245. J. CÀNCER, *Variae resolutiones*, vol. 1, cap. 4, núm. 91.

246. En concret, el caràcter personalíssim es troba a C., 6, 28, 9: «Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet».

247. J. CÀNCER, *Variae resolutiones*, vol. 1, cap. 4, núm. 91: «Consultis respondi affirmative: licet enim dictum privilegium sit concessum civibus Barcinonensibus, ubi vis testantibus; verum talis forma testandi est inducta indistincte testantibus Barcinonae. Quod dico, quia quando privilegium illud solum ipsis civibus Barcinonensibus esset concessum, tunc non extenderetur ad alias personas».

248. J. CÀNCER, *Variae resolutiones*, vol. 1, cap. 4, núm. 92. Vegeu també J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 7 (bis): «Cancer I,4,91 censeo hoc privilegium esse concessum civibus Barcinonensibus ubi vis testantibus sive intus, sive extra Barcinonam: verum hanc testandi formam esse inductam indistincte testantibus Barcinonae, etiam forensibus: itaque forenses modo praedicto Barcinonae testantes hac consuetudine, etiam quo ad bona ubique existentia uti posse. Sed cur non forenses extra Barcinonam testantes, ego non vidio, si in loco, et sub forma consuetudines nostrae iurent testes, et redigatur in scriptis testamentum et ita fieri vide, et a Iurisconsultis».

249. Sentència del Tribunal Suprem de 30 d'octubre de 1901: «Considerado que la facultad de otorgar el testamento llamado sacramental constituye aún dentro del régimen foral de Cataluña

Recognoverunt proceres, rub. XLVIII, «De testamento Sacramentalis»: Item est consuetudo quod si aliquis fecerit testamentum praesentibus testibus, in terra vel in mari, [...].

En definitiva, com va advertir Ripio, l'ambigüitat de l'expressió «in terra vel in mari, ubicumque sit» indueix a entendre que poden gaudir d'aquesta facultat nombrosos ciutadans, i no només els de la ciutat de Barcelona,²⁵⁰ entre els quals, segons el parer de Càncer i Fontanella, haurien de trobar-se els estrangers que testessin a Barcelona i els ciutadans de Girona, atès que la validesa d'un testament es determina pel compliment estricte de les solemnitats prescrites en el lloc on es fa el testament.²⁵¹

3.3. ASPECTE FORMAL I SOLEMNE

En relació amb l'aspecte formal o solemne que havia de tenir el testament, si bé la doctrina era unànime a ressaltar que tot testament havia de complir les formalitats estipulades en els diferents ordenaments legals, en inferir que la forma no era un mer element probatori, sinó l'element essencial de la institució —«solemnitas testamenti non tantum est probatoria, sed de eius substantia et essentia»,²⁵² la bibliografia jurídica, no obstant això, va limitar la seva eficàcia al testament nuncupatiu, perquè entenia, com feia Fontanella, que per a obtenir

un privilegio cuyo carácter *no es el meramente formalista regido por lugar en que el acto se efectúa o solemniza, sino de tal modo personalísimo* que corresponde exclusivamente al catalán que sea además ciudadano de Barcelona, el cual puede otorgarlo según los términos del capítulo 48 del privilegio *Recognoverunt proceres*, no sólo dentro del territorio catalán, sino fuera del mismo [...]. Agrafo la sentència de J. PELLA Y FORGAS, *Derecho civil*, vol. III, p. 166, nota 1.

250. A. de RIPOLL I MAS, *Variae iuris resolutiones, multis diversorum senatum decisionibus illustratae omnia sunt practicabilia quae hic resoluuntur, et quotidianae praxi*, Lugduni, 1555, cap. VII, núm. 219 i 327.

251. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 92; J. P. FONTANELLA, *Decisiones, decisio 578*, núm. 22: «In hoc ego casu possem affirmare, et testari, quia propriis oculis vidi, observari in Civitate, et Dioecesi Gerundae tota hoc de sacramentali testamento, privilegium, verum est quod non in vim communicationis privilegiorum et usuum Civitatis Barchinonae sed in vim particularis consuetudinis scriptae illius Dioecesis, quae consuetudines servantur in ibi pro lege, et Senatus solet iudicare secundum eas quoties se offert occasio, quae consuetudo est in omnibus ferme conformis nostro privilegio, [...]».

252. J. G. TRULLENCH, *Opus morale*, cap. 18, rúb. 3, núm. 2; N. BAS I GALCERAN, *Theatrum jurisprudentiae*, vol. I, cap. 6, núm. 17; C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, vol. II, *observatione 50*, núm. 13.

valor jurídic ple únicament era necessari que aquest tingués, per a ser lícit des del principi, una «moderada solemnidad»:

Hoc testamentum licet a principio sit tam privilegiatum, et tam modica indigeat solemnitate, tam citoque expediatur. Verum ex post, ut valeat pro tali, et seu ut pro tali habeatur, maximam requirit, utpote comparitionem haeredis aut alterius interessati coram Iudice, praeconia provocandis interesse habentibus, et seu habere praetendentibus, vocationem testium, et examinationem eorum cum solemnitate ibi praescripta, et sententiam, seu declarationem iudicis, quae omnia pro expeditione requirunt aliquod temporis intervallum.²⁵³

Seguint aquesta línia argumental, segons el parer del jurista català, la raó podria trobar-se, com apunta el mateix autor, en el fet probable d'una malaltia sobtada o insospitada que fes impossible el compliment dels requisits formals exigits per a la resta de les disposicions testamentàries.²⁵⁴

Amb tot, com afirma Xammar, fint i tot essent lícita una certa relaxació de les solemnitats, aquesta només pot afectar l'aspecte extern de la institució, i no el que fa referència a la seva substància. En concret, es reconeix que no bastava que la persona interessada pogués provar que davant de testimonis havia pronunciat alguna afirmació com ara «tu ets el meu hereu», «tu ets l'amo dels meus béns» o altres expressions similars, perquè el testament tingués eficàcia jurídica:

253. J. P. FONTANELLA, *Decisiones, decisio 576*, núm. 9.

254. J. P. FONTANELLA, *Decisiones, decisio 576*, núm. 3, sosté que únicament recorren a aquest privilegi els que tenen alguna malaltia o desgràcia sobtada que els impedeix fer un testament regular: «Magnum privilegium reputat istud Barchinonae pro suis civibus, posse sic sine ceremonia facere testamentum, sine vocatione, et interventu notarii alicuius; et scripturae; et absque aliqua publicatione coram testatore facienda, et absque aliqua alia solemnitate, praeter declarationem suae voluntatis factam coram testibus, quia non semper adest notarii copia, et solemnitatum, et saepissime longas moras non fert morbus, sic urget: istud est citissime factum, per hunc testandi modum vidimus reparatas plures domos, et res familiares, quarum decemi certissime decessissent intestati, quae est miserrima res, si sibi per hoc genus testandi non providissent: nimia crapula, quae est nostris temporibus in usu nimis, multos interimit, ac illos quidem subitaneae, faxit Deus, ne improvise, quod foret ultimum malorum: istis quis negabit esse maximum privilegium, eo vix utuntur alii, quam qui repentino aliquo morbo sic opprimuntur, ut non sit locus aliae testamenti factioni»; J. P. FONTANELLA, *Decisiones, decisio 578*, núm. 9: «Imprimis ego facile excluderem omnes fere casus, in quibus allegarentur haec in homine sano, nec aliqua infirmitate, aut morbo correpto, nisi claris verbis mihi ejus animus disponendi demonstraretur: haec enim testamenta non solent fieri in sanitate, ac ne vix quidem in infirmitate, nisi ubi sic urget morbus, ut non permittat accersiri notarium, cum quo, et non sine eo, est modus ordinarius testandi, cum nihil est impedimento, sicut communiter non est in homine sano corpore».

[...] concludit quod verba sola: ego te haeredem facio, vel bona mea tibi relinquo, non sufficiunt ad inducendum testamentum sacramentale.²⁵⁵

Per acabar, la doctrina es va qüestionar si la plasmació per escrit podia tenir cabuda dins de les formalitats exigides al testament nuncupatiu. Respecte a aquesta qüestió, dins de la bibliografia jurídica catalana s'adverteixen dues postures diferenciades: la de Fontanella i la de Càncer.

Segons Fontanella, s'havia de negar qualsevol altra formalitat, així com la seva transcripció per escrit o la mera intervenció notarial:

Magnum privilegium reputat istud Barchinonae pro suis civibus, posse sic sine ceremonia facere testamentum, sine vocatione, et interventu notarii alicuius, et scripturae, et absque aliqua publicatione coram testatore facienda, et absque aliqua alia solemnitate, [...] quia hanc facultatem testandi coram solis testibus sine notario [...].²⁵⁶

Un judici contrari és el que aporta Jaume Càncer, qui constata no només la mediació del notari,²⁵⁷ sinó, com succeeix en l'ordenament aragonès, la possibilitat que sigui nuncupatiu el testament que neix de l'entrega, en presència de dos testimonis, d'una cèdula, d'una memòria, per part del testador al notari,²⁵⁸

255. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 25-26: «Nam licet illud privilegium censeatur relaxare omnes solemnitates iuris in testamentis concedendis, rem que reducere ad ius gentium, et ad similitudinem testamenti militaris, et inter liberos, et ad pias causas ut ita receptum est; hoc tamen intelligitur, quod probationem, non quod substantiam testamenti, quae consistit in animo deliberato, et voluntate testandi»; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, *decisio* 577, núm. 5: «Et consequenter, quoties probare poterit aliquem in sui favorem coram testibus dixisse, tu es meus haeres, tu es dominus bonorum meorum, te haeredem facio, te dominum bonorum meorum constituto, tu es futurus successor in meis bonis, vel aliud simile, [...]».

256. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, *decisio* 576, núm. 3-4; *decisio* 578, núm. 10: «[...] testamento nuncupativo, quod quandoque fit sine notario sicut nostrum, [...]».

257. Possibilitat que es troba present en el *Recognoverunt proceres*, on s'afirma: «etiam aliquo Notario non presente». Aquest criteri, per contra, no es mantindrà en els Costums de Tortosa, 6, 4, 7: «Testament o derrera voluntat quel testador faça on escrivá public no sia present davant dos testimonis maseles o pus [...]».

258. Davant d'aquesta possibilitat, A. de RIPOLL I MAS, *Variae iuris resolutiones*, cap. 13, rúb. «De testamentis, et aliis ultimis voluntatis», núm. 246-247, es planteja el supòsit en el qual els testimonis contradiuen el tenor de l'escriptura notarial —«Testamentum nuncupativum raro fit in Catalonia, sed in scriptis, quod clausum nuncupatur, licet Notarius de eo scientiam plenam habeat, cum illud scribat: sed si fieret, fuit quaesitum, si testes contradicerent scripturae, an sit standum dictis testium, vel Notario»— i es dóna validesa al testament segons quina sigui la fama del notari: «Respondeo quod Notario si sit bonae famae; si vero non esset bonae famae: tunc credendum positus est testibus, quam Notario».

plec que necessàriament ha de ser elevat a instrument públic perquè la voluntat del disponent adquireixi valor de testament nuncupatiu:

His accedebat, quod iidem testes instrumentarii, et etiam alius tertius, attestabantur in causa supplicantis quod testator cum rogaverat Notarium ut levaret instrumentum, quod illa schedula erat suum testamentum, dixerat, quod volebat valere iure testamenti nuncupativi, et omni meliori modo, et idem in dicto testamento erat scriptum, et eo casu non posse dubitari quin illud testamentum valeret, ut nuncupativum, [...].²⁵⁹

Aquest criteri posteriorment va ser recollit pel Tribunal Suprem en la sentència dictada el 9 de gener de 1882: «El testamento sacramental puede otorgarse de palabra o en escrito, y únicamente ha estimado que su virtud y eficacia consisten en la abierta y paladina manifestación de la voluntad del testador, ya la exprese verbalmente, ya por la lectura de un papel, cédula, memoria o cualquier escrito para que los testigos asistentes la entiendan y recuerden».²⁶⁰

Al nostre entendre, cal rebutjar que el testament sacramental pugui convertir-se en un testament escrit, ja que, com va afirmar Perera, «solum nuncupatio est forma requisita»,²⁶¹ de manera que cal afavorir la seva redacció única-ment perquè se'n perpetuï la memòria:

[...] et nihilominus manet nuncupativum, cum scriptura ad memoriam, non ad solemnitatem aliquam adhibeatur.²⁶²

259. J. CÁNCER, *Variae resolutiones*, cap. 4, núm. 115. Posteriorment, A. PÉREZ AUNÓS, *El derecho catalán en el siglo XIII*, Barcelona, 1926, p. 230, conclou: «Lo anteriormente dicho nos conduce a afirmar que el testamento sacramental pertenece a la clase de los llamados testamentos *nuncupativos*, pero de entre éstos es quizá el que requiere menos solemnidades para su otorgamiento».

260. Prenc la cita de J. PELLA Y FORGAS, *Derecho civil*, vol. III, p. 168.

261. J. PERERA Y BLASCO, *Compendium theoricæ*, vol. III, cap. 1, núm. 4, f. 197: «Appellatur etiam testamentum sine scriptis, quia licet in scriptura communiter, et ex laudando more redigatur, non tamen est de substantia, et solum nuncupatio est forma requisita». Vegeu, en sentit anàleg, J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 47: «Sed quia testamentum nuncupativum de sui scientia non requirit scripturam, ubi subdit scripturam in testamento non esse ex natura actus, sed ex accidenti».

262. V. GIBERT, *Theorica artis notariae*, vol. II, cap. 1, tít. 1, f. 202: «Testamentum istud fere easdem solemnitates requirit, quae in testamento scripto desiderantur, exceptis tamen subscriptionibus testium, quod testamenti genus hodie maxime in usu est».

3.4. ASSISTÈNCIA I IDONEÏTAT TESTIFICAL

A Catalunya, la labor de la bibliografia jurídica se circumscriu a donar una interpretació a les escasses i dubtoses disposicions normatives,²⁶³ ja que, si bé es menciona la presència de testimonis, no se'ns informa sobre el seu nombre o la seva qualitat, ni sobre si han de ser rogats, o de les solemnitats a les quals s'han de sotmetre —«Dicit coram testibus, et non dicit quot et quales, nec si debent esse rogati, vel non, vel si sunt relaxata solemnitates»—,²⁶⁴ cosa que va obligar els comentaristes a interpretar-les segons els principis del dret romà i, per extensió, del *ius commune*: «interpretanda ea esse secundum leges Romanas, [...] semper recurrunt nostri ad ius commune, [...]».²⁶⁵

En concret, les formalitats del testament nuncupatiu estan a penes consignades en els diferents ordenaments forals. Així, de la traducció literal de la rúbrica XLVIII, «De testamento sacramentalis», del *Recognoverunt proceres*, es desprèn que és «costum que si algú fes testament o la seva última voluntat estant presents els testimonis, en la terra o en el mar, sigui on sigui, en escrits o sense, encara que no estigués present un notari en l'esmentada última voluntat, manifestada verbalment o per escrit, que valgui l'esmentada última voluntat o testament sempre que els testimonis estiguessin presents i en el termini de sis mesos des que estiguessin a Barcelona jurin a l'església de Sant Just, sobre l'altar de Sant Felix Màrtir, i en presència del notari que autoritza tal testament, que així ho van sentir escriure o dir, com es conté en dita escriptura o última voluntat verbalment expressada pel testador»:²⁶⁶

Item est consuetudo quod si aliquis fecerit testamentum praesentibus testibus, in terra vel in mari, ubicumque sit, in scriptis vel sine scriptis, seu ultimam voluntatem, etiam aliquo notario non praesente in ipsa voluntate verbo tenus dicta, vel scripta quod valeat ipsa ultima voluntas, sive testamentum, dum testes qui intersuerunt ipsi ultimae voluntati, vel testamento, infra sex menses ex quo fuerint in Barcinona jurent in Ecclesia Sancti Justi, super altare Sancti Felicis Martiris, praesente notario qui tale testamentum confecit et aliis personis, quod ipsi testes ita viderunt vel audierunt scribi, seu dici, sicut in illa scriptura continetur, sive in ultima voluntate, verbo tenus ab ipso testatore dicta, et quod tale testamentum vocatur sacramentale.

263. Pot trobar-se una breu exposició sobre aquesta qüestió a J. LALINDE ABADÍA, «El derecho sucesorio en el *Recognoverunt Proceres*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1963, p. 661-664.

264. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 579, núm. 3.

265. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 579, núm. 4.

266. *Recognoverunt proceres*, rúb. XLVIII, «De testamento Sacramentalis».

Per la seva banda, el testament contingut en les *Consuetudines diocesis Gerundensis*, rúbrica 21, capítol 6, afirma que si algú declara la seva voluntat davant de testimonis, aquests han de ser examinats mitjançant la citació judicial de les persones que hi tinguin interès legítim, i, una vegada rebut el jurament sobre un altar consagrat, s'ha de reduir el testament, per disposició del jutge, a escriptura pública:²⁶⁷

Item servatur de consuetudine quod si aliquis coram testibus testamentum, vel suam voluntate nuncupaverit quod recipiuntur, et examinantur testes vocatis vocandis quorum interest per iudicem, et recepto juramento a testibus aliqua Ecclesia super altari consecrato tales testium depositiones rediguntur, in publicam formam et eidem ex decreto iudicis attribuitur fides; et vocatur testamento sacramentale.

Per acabar, en els Costums de Tortosa, llibre 6, rúbrica 4, «De ordenació del testaments», costum 7, es considera testament sacramental la declaració verbal del *de cuius* davant de dos o més testimonis, els quals, durant els sis mesos següents al traspàs de l'atorgant, han de comparèixer davant dels jutges i el veguer de la ciutat per a manifestar, mitjançant jurament, la voluntat del difunt:²⁶⁸

Testament o derrera voluntat quel testador faça on escrivá public no sia present davant dos testimonis mascles o pus, apres de la mort daquel testador dintre VI mesos aquels testimonis deuen venir davant los jutges y el Veguer present y encara un escrivá public de la ciutat qualsevula, deuen dir e manifestar la voluntat el ordenament del defunt e el dia en lo qual lo testador ordená la sua voluntat; e el dia en que mori; el escrivá deu tot aço escriure a tot l'ordenament e la manifestació aixó com eyls la faran y el dia que aquesta manifestació se fará, la qual voluntat e ordenació deuen jurar aquels marmesors o testimonis en aixi esser ver com eyls o dien e manifesten, y el sagrament daquets testimonis deu atressi escriure lescrivá; e aquest testament o derrera voluntat pot fer e escriure tot escrivá public de la ciuta aquel quels marmessors volen, e val aytal testament, o voluntat o ordenació en aixi feyta y es ferm y estable per tots temps que non pot revocar ni desfer.

La imprecisió dels textos circumscriu la doctrina en dos aspectes fonamentals, a saber: al nombre, la idoneïtat i la força probatòria que han de tenir els testimonis i a l'*animus testandi*, elements, tots, necessaris perquè la declaració tingui plena validesa jurídica.

267. *Consuetudines Dioecesis Gerundensis*, rúb. XXI, cap. 6.

268. Costums de Tortosa, 6, 4, 7.

3.4.1. *Nombre de testimonis*

En relació amb la primera de les qüestions, el *Recognoverunt proceres* únicament assenyala que la manifestació de voluntat del testador s'ha de verificar *presentibus testibus*,²⁶⁹ cosa que porta la bibliografia jurídica a sostenir que aquesta, seguint una «antiquissima et immemoriali consuetudine»,²⁷⁰ s'ha de declarar en presència d'almenys dos testimonis —«ut sufficiant duo, aut tres, clarum est, [...] et praxis nostra communis sequitur».²⁷¹ Aquest criteri no només es dóna en la praxi jurídica, sinó que es troba recollit en gran part de l'ordenament foral català, de manera que, segons Fontanella, el dubte a l'entorn d'aquesta qüestió resulta mínim:²⁷²

Recognoverunt proceres, cap. 26: Item, quod testamentum in quo sunt testes duo, vel tres adhibiti valet, [...].

Costums de Tortosa, 6,4,1: En tots testaments o codicilis o altres derrerres volentats, basten II testimonis, meyns del escrivas [...].

Costums de Tortosa, 6,4,7: Testament o darrera volentat qu'el testador faça on Escriba public non sia present, davant II testimonis mascles o pus, [...].

Costums de Tortosa, 6,4,12: Qui vol fer testament, en la ordenacio o quan l'aura ordenat deu hi appellat II testimonis e'l Escriba, y val y es ferm y estable per tots temps.²⁷³

269. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 576, núm. 20: «Secundum dubium, quod potest formari circa testamentum sacramentale, de quo supra, est respectu numeri testium, quo constare illud debet ut valeat, et sit firmum, cum id non declaret privilegium, solum meminit testium in genere, et qualiter sint examinandi tradit, de numero eorum nihil dicens».

270. J. PERERA Y BLASCO, *Compendium theoricæ*, vol. III, cap. 1, núm. 4, f. 197: «Requiritur de jure communi in hoc, et aliis testamentis numerus septem testium, sed in hoc Principatu, ex antiquissima, et immemoriali consuetudine, sufficit praesentia duorum testium, nisi in aliqua Civitate, qua jus commune, ut supra dixi, retinetur». Vegeu, en sentit anàleg, V. GIBERT, *Theoricæ artis notariæ*, vol. II, cap. 1, tít. 1, f. 210.

271. A. de RIPOLL I MAS, *Variæ iuris resolutiones*, cap. 13, rúb. «De testamentis, et aliis ultimis voluntatis», núm. 541-542: «Quaestium fuit, quod testes requirantur in testamento iu iure Cataloniae. Respondeo quod duo sufficient, cum in Catalonia probatio testium reducat ad numerum canonicum, duorum, vel trium».

272. Cosa que permetrà a J. P. FONTANELLA, vol. II, *Decisiones*, *decisio* 576, núm. 20, sostenir que aquest nombre de testimonis s'ha d'aplicar a tot tipus de testament: «Inde fit, dici debere omnes species testamentorum, de quibus tam ante, quam post loquitur Rex, comprehensas esse sub dispositione dicti cap. 26 de duobus, vel tribus testibus loquentis. Accedit, unam, et eandem rem non debere diverso iure censeris, et ideo, non credendum, voluisse Regem in una testamenti specie concedere pro sufficienti numerum duorum testium, in alio non, maxime non distinguente dicto capite 26 sed generaliter loquente».

273. Tot i això, J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 74, sembla indicar que el nombre de testimonis podria variar en altres ciutats: «Dicta ultima voluntas, probatur per duos testes tan-

Així mateix, autors com Mieres, Càncer o Fontanella sostenen la presència simultània dels testimonis, ja que entenen que si el testador hagués exposat la seva voluntat davant d'un únic testimoni, i posteriorment a un altre, s'estaria davant de dos actes singulars, respecte dels quals només hi hauria un testimoni, el qual no provaria res perquè faltaria el requisit de la simultaneïtat d'ambdós testimonis.²⁷⁴

3.4.2. *Idoneïtat testifical*

Més dificultat presentava el requisit de la idoneïtat testifical, ja que es dubtava de si únicament podien ser testimonis els barons, si, al seu torn, aquests s'havien de circumscriure als ciutadans de Barcelona i si, a més, havien de ser convocats pel testador. I, segons Càncer, si aquella no era provada, el testament quedava anul·lat:

[...] quod licet quilibet idoneus a iure praesumatur, tamen quando a iure haec qualitat expresse requiritur, debere articulari, et probari, [...] parti alteri incumbere onus probandi idoneitatem illus testis: qua non probata, non probari testamentum.²⁷⁵

En relació amb la condició que han de tenir els testimonis, s'estableix, amb caràcter genèric, que aquests havien de trobar-se lliures de tota excepció, ja que, en exigir-se un nombre menor de testimonis, la falta d'idoneïtat d'un sol testimoni comportaria la nul·litat *ipso iure* del testament:

Cum Barcinonae, et fere in tota Cathalonia, testamentum cum duobus testibus valeat, etiam inter extraneos, est clarum, ut etiam dictum est, dictos testes debere esse idoneos, et omni exceptione maiores.²⁷⁶

tum in locis, ubi duo sufficiunt, non in aliis, [...]». D'aquest criteri, se'n farà ressò J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 9, però sense arribar a compartir-lo: «At Cancerius cum in diversis partibus Cathaloniae in testamentis non sufficiant duo testes, sed iuxta ius commune septem requirantur, ut in partibus Perpiniani, Tarraconnae, Gerundae, et Dertuzae [...] in testamentis sacramentalibus non semper sufficere duos testes in casu nostrae consuetudinis, sed tantum in locis ubi duo sufficiunt in testamentis testes, veluti Barcinonae, non in aliis. Ego credo in casu nostrae consuetudinis semper sufficere duo testes».

274. T. MIERES, *Apparatus super constitutionibus*, coll. 6, «De tabellionibus», núm. 40; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 576, núm. 20-23; J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 2; J. CÀNCER, *Variarum*, vol. III, cap. 20, núm. 409.

275. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 128.

276. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 127; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 576, núm. 24-25: «Sed, me Iudice, nunquam fides si potest tam pauciori numero testium, quid

Acceptat aquest principi, els comentaristes del dret foral, tot i que admeten que la idoneïtat succeeix amb l'aprovació tàcita que d'aquests fes el testador,²⁷⁷ estableixen, per no patir una possible excepció, que els testimonis han de ser majors d'edat i barons, ja que entenen, seguint els principis del dret romà canònic,²⁷⁸ que les «foeminae non possunt esse testes in testamento»,²⁷⁹ perquè, com va afirmar Gubert, «Excipiuntur [...] mulieres, propter fragilitatem sexus».²⁸⁰ Tot i això, autors com Fontanella i Càncer adverteixen d'un conjunt de sentències en les quals s'admet la validesa del testament encara que en el procés s'haguessin personat dones en qualitat de testimonis:

[...] in Cathalonia foeminas posse testes in testamentis, et in eis admitti, et se vidisse in aliquibus decisionibus regii Consilii, [...].²⁸¹

3.4.3. *Força probatòria*

En relació amb el valor de les declaracions dels testimonis, aquests havien de traslladar-les, per a evitar possibles interpretacions sobre la voluntat del testador, de manera clara i precisa, per tal d'evitar tota contradicció que pogués donar lloc a la seva desestimació. I no era suficient per a desvirtuar-les una petita

si unus aliquem defectum patiat? Quid si aliquam exceptionem? non remanebunt qui possint supplere, atque ita consulunt, qui res suorum clientulorum volunt esse salvas. Ad istud adverte, quod cum per statutum, aut legem nunicipalem in testamentis sufficiunt minus quam septem testes, est certum omnes debere esse omni exceptione maiores [...] Ne ergo, iterum dico, fidas in solo numero duorum testium ne si unus patiat? aliquem defectum, omnia perdas».

277. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 20, núm. 100.

278. J. P. FONTANELLA, vol. II, *Decisiones, decisio* 580, núm. 1-3: «Secundus defectus es in qualitate testium quia sunt foeminae, quae non possunt esse testes in testamentis, l. fi, lex, C. de fideicomm. [...] Quod idem procedit de iure canonico [...] Et haec est communiter recepta apud nos, ut constat tribus exemplatibus [...] Prima declaratio adducitur per Ioannem Sunyer in suis decision. dec. 125 his verbis: Fuit alias visum in Regia Audientia ad relationem Vincentii Orrit, in testamento sacramentali, quod fit in vim privilegii Barchinonae non posse esse testes foeminae, sicut alis etiam est de iure communi».

279. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 15. Aquest criteri es farà extensible als testimonis domèstics. Vegeu J. P. FONTANELLA, vol. II, *Decisiones, decisio* 580, núm. 4: «Habent et istae foeminae et alium defectum, nempe esse ancillas, sive famulas, commensales, domesticas, ob quod inutilis testes, quod ultra jus commune probat [...]»; i J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 94.

280. V. GIBERT, *Theoricae artis notariae*, vol. II, cap. 1, tít. 1, f. 208.

281. J. P. FONTANELLA, vol. II, *Decisiones, decisio* 580, núm. 1-2; J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 3: «Utrum autem de iure Canonico, et sic in Cathalonia, foeminae possiat esse testes in testamento»; J. CÀNCER, *Variarum*, vol. III, cap. 2, núm. 23.

discrepància en la materialitat de les paraules, amb la condició que coincidissin en la seva essència;²⁸² això és, no importava tant que fossin coincidents «in verborum figura et cortice», sinó que calia que ho fossin en la substància, és a dir, ja que «tendent ad unum finem et effectum circa ultimam voluntatem testamentariam».²⁸³ No obstant això, afegirà Càncer, l'absència dels testimonis, bé per traspàs, bé per incompareixença, determinava l'existència d'un dubte raonable sobre la seva veracitat, cosa que podria portar a la suspensió del testament:

[...] ex qua coniectura magnam falsitatis praesumptionem insurgere, [...] de teste incognito: Ex quibus tale testamentum suspectum de falso conclusi.²⁸⁴

En sentit anàleg, la bibliografia jurídica adverteix que, quan els testimonis entren en contradiccions o obllits aparents que posin en dubte la veracitat del que s'ha declarat, com quan es varia de dia, de lloc o d'altres circumstàncies anàlogues, el jutge haurà de procedir a un interrogatori minuciós per a cerciorar-se de la veracitat de les declaracions. I si, després d'aquest, les divergències o omissions continuen, les declaracions, ja que són singulars, es consideraran nul·les.²⁸⁵

282. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. 1, cap. 4, núm. 85-90, després de preguntar-se «saepe dubitari vidi, an ut testamentum sacramentale publicari possit, et in scriptis redigi, testes debeant esse concordantes, non solum in substantia facti, sed etiam in formalibus verbis testatoris?», afirma que «in testamento sine scriptura facto, non sufficere quod testes concordent in substantia facti: sed debere etiam concordare et in cortice verborum», cosa que determinarà que «quod ubi discordia inter testes esset minima, neutro casu noceret».

283. J. P. FONTANELLA, *Decisiones, decisio* 580, núm. 17, en relació amb el testador, afirma: «Constat [...] dicta verba protulisse et dixisse animo et proposito deliberato faciendi suum testamentum, seu ultimam voluntatem praesertim quia pluries et geminalte dicta protulit verba dispositiva et testamentaria. Ex quibus clare patet et comprehenditur enixa voluntas testatoris». Amb tot, el mateix autor entra, en disposicions al·ternes, en una aparent contradicció en assenyalar que els testimonis no només han de concordar en la substància de les paraules, sinó també en la figura i la materialitat d'aquestes: «in materia testamenti nuncupavi, ac demum in omnia alia, in qua de probanda quacumque ultima voluntate testibus agitur, necessum ut testes sint contestes in eadem formula verborum, ac illi soli fidem faciunt, qui de verbis institutionis sic testantur, ut non tantum in substantia voluntatis, sed etiam in verborum figura et cortice consentiam, [...] Et quod hanc testium contestationem requirant testamenta nuncupativa, in quibus non tam de voluntate, quam ipsorum verborum probatione agitur, [...]»; J. P. FONTANELLA, *Decisiones, decisio* 580, núm. 5: «[...] ubi vult, debere esse contestes, non tantum in substantia voluntatis, sed etiam in verborum figura, et cortice, et debent loqui testes de ipsissimis verbis, [...] ubi testes non probant, nedum quando discordant in facto; et in substantia, sed etiam si discordant in verbis, ubi agitur de formalitate verborum, [...]».

284. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. 1, cap. 4, núm. 129.

285. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 32; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 580, núm. 6-7: «Et testes, qui variant in die, in hora, in his quae eran in cubiculo, in luminibus, poterunt consiliari, loqui unumquemque de sua vice, et sic erunt omnino singulares».

3.4.4. *Caràcter rogat*

Un últim dubte es planteja a l'entorn de la necessitat que els testimonis siguin o no rogats. La major part de la doctrina, si bé reconeix que aquest és un requisit exigít pel dret comú per al conjunt de les formes testamentals —«rogatus testium in aliis testamentis sit necessarius»—, entén, seguint els preceptes del dret romà,²⁸⁶ que no és necessari per a la validesa del testament que els testimonis siguin rogats. Aquest criteri, al seu torn, es recull en nombroses sentències de la Reial Audiència de Barcelona, en les quals únicament s'exigeix que consti, de manera clara i precisa, la voluntat del testador.²⁸⁷

A aquest plantejament, s'hi suma inicialment Fontanella, qui en les seves *Decisiones*, rúbriques 776 i 578, sosté que no només no és necessari que els testimonis no siguin rogats,²⁸⁸ sinó que cal que aquests no estiguin ni tan sol convocats —«vel qui fortuito venerint sine rogatione, id est sine convocatione»—, perquè, si bé el seu requeriment pot permetre entreveure l'ànim i la voluntat del testador, no és una circumstància indispensable, ni s'exigeix en el precepte legal, on únicament es llegeix «fecerit testamentum praesentibus testibus»,²⁸⁹

286. D., 29, 1, 1: «Faciunt igitur testamenta, quo modo volent, faciunt, quo modo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris»; i D., 29, 1, 24.

287. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 15-18: «In alia quoque Regia conclusione 17 Maii 1610 referente Senjacta inter Ioannem Borrell et Midiaciem Puig Janer in voto cancellari Agullana, quod dicta conclusioni non adversatur, dictum fuit, quod rogatus testium iuxta privilegium Recognoverunt Proceres, non est necessarius in testamento sacramentali, sed res deducitur ad ius gentium secundum quod sola voluntas cum animo testandi attenditur»; J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 20: «Multo minus requirentur testium rogatus in similibus testamentis sacramentalibus per dictum privilegium si fierent tempore pestis, vel ad pias causas, quemadmodum his concurrentibus, licet testes non fuissent rogati, fuit declaratum conclusione facta in Regio Consilio 9. Octobris 1597»; A. de RIPOLL I MAS, *Variae iuris resolutiones*, rúb. «De testamentis», núm. 558-561; J. CÀNCER, *Variarum*, cap. 4, núm. 74-75: «Licet tamen testes non debeant esse rogati, verum disponit Senatus in dicta sententia, et multis aliis quas ipse vidi, requiri quod constet, quod appareat testatorem habisse animum deliberatum testandi, et disponendi».

288. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 576, núm. 26-28: «Tertium dubium est circa testium rogatum an ille sit necessarius in istis testamentis, et in hac testamenti civium Barchinonae specie. Breviter, licet in testamento nuncupativo, cuius species eo modo quo supra diximus, videtur esse hoc nostrum, de quo agimus, requiratur pro forma rogatus testium de iure communi, [...] verum dic non requiri in hoc testamento. Primo, qui dictum Capitulo 48 solum dicit, praesentibus testibus, nihil de rogatu. Secundo, quia antea in capitulo 25, [...] conceditur notarium posse testes vocare, nec aliud requiritur. Tertio et ultimo, quia illud aliud privilegium, quod supra citavimus expresse remittit in testamentis Civium Barchinonae solemnitates in aliis testamentis requisita, et signanter expressis verbis hunc rogatum testium, [...]».

289. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 578, núm. 1-4: «[...] quod licet rogatus testium non necessarius, necessaria tamen haec convocatio ad istud testamentum»; núm. 8: «Non ta-

per la qual cosa, conclou l'autor, si bé la Reial Audiència sosté que poden ser sospitoses les declaracions d'última voluntat en les quals els testimonis no siguin prèviament convocats, no per això s'ha d'entendre que no es va donar l'*animus testandi*, atès que aquest es pot constatar per altres mitjans.²⁹⁰

Enfront d'aquest plantejament, en la rúbrica 579 se sosté, en aparent contradicció amb el que s'exposa en les disposicions precedents, la necessitat que els testimonis siguin rogats i convocats,²⁹¹ ja que s'entén que sense aquest caràcter s'ha de dubtar de l'existència de l'*animus testandi* —«et non animo testandi, quando dicuntur simpliciter sine aliqua convocatione testium».²⁹² I aquest criteri, al seu entendre, no només serà seguit pels diferents ordenaments locals, sinó també per la majoria de les sentències judicials:

Deinde, iste rogitus per ordinationes civitatis in his factas, quae ad unguem in his testamentis observantur ab anno 1411, quae factae fuere, ut constat in processu, fuit factus necessarius, quibus inter alia iubetur, interrogandos testes, si fuerunt ro-

men restringuo probationem animi ad solam convocationem ad id testium, alia enim possunt concurrere, ex quibus id satis superque colligatur. Atque ideo Socinus [...] cujus in his doctrinam sequimur, [...] non dicit simpliciter, et absolute, requiri testium convocationem, quamvis non rogatum, prout aliqui ad id eum allegarunt, sed ita demum si aliunde non constat de voluntate disponendi, tunc enim ut de ea appareat, requiritur (inquit) testium convocatio ad illud, ut de tali voluntate, et deliberatione disponi appareat, [...]».

290. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 578, núm. 15: «[...] idque tamen si testes non probarentur mihi rogati, nec convocati, quia id est quod operatur privilegium in relaxatione solemnitate rogatus, et convocatio testium, multum faciunt ad probationem animi testandi, sed non excludunt quin aliis modis possit etiam probari, [...]»; núm. 16: «[...] ubi bene de hoc, et de praeparatione ad testandum necessaria, ut iudicemus animum testandi fuisse, et voluntatem, atque ideo ubi haec non concurrunt, in opinione Senatus, suspecta res est; et ubi adsunt, res firma, quia testium convocatio est praecipuus modus, per quem cognoscitur animus disponendi, ut multis probat Socinus [...]. Bene verum est, posse esse alios modos declarandi, ut dixi saepius».

291. Així, per exemple, J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 579, núm. 11: «animo testandi praesumi dicta, si dicuntur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur: et non animo testandi, quando dicuntur simpliciter sine aliqua convocatione testium»; núm. 1: «Ista convocatio testium, quam rogatum lato sumpto vocabulo dicimus, [...] est propria ad declarandum animum testandi, [...]»; núm. 13: «Quod adhuc confirmatur melius ex eo, quod reperiamus inconcussa in omnibus legibus loquentibus de testamentis maxime de istis nupativis, fieri mentionem ad declarationem animi testandi, de isto rogatu, et convocatione testium, [...]»; núm. 19: «nec animus pro declarato habitus, nisi quando cum hoc concurrat convocatio testium».

292. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 579, núm. 12: «Dubitari igitur multum debet, quod quae verba dicta fuerint sine ista convocatione, et rogatu testium, possint dici dicta animo testandi, [...]».

gati. Et quod sint observandae dictae ordinationes Civitatis dicitur expresse in Regia sententia, lata inter Rafart et Scardona [...].²⁹³

3.5. *ANIMUS TESTANDI*

En estreta relació amb el caràcter rogat dels testimonis, la bibliografia jurídica entén que és condició indispensable —«sine quo est impossibile dari testamentum»—,²⁹⁴ perquè adquireixi plena validesa jurídica la declaració duta a terme pel testador, que constin, per les declaracions dels testimonis, l'ànim i el propòsit cert d'aquest de testar; això és, que no actua, com afirmava Càncer, per mera jactància, adulació o un altre motiu anàleg.²⁹⁵ Perquè aquesta condició no es concep com un element probatori més, sinó com un element substancial, que consisteix en la voluntat i el consentiment del *de cuius*, en el seu ànim deliberat

293. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 579, núm. 16. No obstant això, el mateix autor reconeix que en nombroses sentències es reprova aquesta doctrina —*decisio* 580, núm. 17: «Et quia per merita etcetera praesentis processus, et alias etiam per testium depositiones, constat de ultima voluntate et dispositione testamentaria dicti nobilis Guillermi Raymundi de Bellera. Et constat qualiter in institutione haeredis dictae nobilis Agnetis de Bellera suae uxoris, et in aliis contentis, et narratis in supplicatione sunt omnes contestes, et conformes, et tendunt ad unum sinem, et effectum circa ultimam voluntatem testamentariam, et probant dictam voluntatem plenissime, tam per verba Baronis nobilis Guillermi Raymundi de Bellera prolata pluries. Et constat dictum nobilem Guillermmum Raymundum de Bellera dicta verba protulisse, et dixisse animo, et proposito deliberato faciendi suum testamentum, seu ultimam voluntatem, praesertim quia pluries, et geminate dicta protulit verba dispositiva, et testamentaria. Ex quibus clare patefit, et comprehenditur enixa voluntas testatoris, His igitur, et aliis, etcetera».

294. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 577, núm. 8-9: «Sed praedictis non obstantibus dicendum est, quae dicta fuere nihil esse ut ex eis possit levare, et confici testamentum sacramentale istud, nisi dicta appareant animo testandi, aliter dicta judicari debent verba adulatorie, quando casu dicuntur, etiam si ea audiant aliqui testes, tu es haeres meus, tu es dominus bonorum meorum, tua sunt omnia bona mea, tu mihi successurus es, et similia, quae nihil disponunt, nec aliquod ius tribuunt, solent enim dici alio animo, quia eius, cui illa dicimus, opera indigemus, ei complacere volumus, vel ut nobis beneficius sit, vel ne maleficus». Aquest requisit, com afirma el mateix autor, havia de ser reconegut per la mateixa doctrina; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 577, núm. 3: «Ubi Doctores communiter, [...] de necessitate debemus fateri, in isto homine animum, et voluntatem, ac propositum testandi, et consequenti, intrare materiam hujus testamenti sacramentalis quoties quis poterit testibus probare, aliquem verba tali in sui favorem protulisse, quae haeredis institutionem importent, et sapiant, quia animus ille praesumitur». I aquest criteri el portarà a concloure, *decisio* 479, núm. 9-10, que l'*animus testandi* és la principal llei dels testaments: «Principalior lex testamentorum est sine dubio animus testandi, sine quo est impossibile dari testamentum». Vegeu també J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 23.

295. J. CÀNCER, *Variarum*, cap. 4, núm. 75; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 577, núm. 10: «esse probata animo testandi, et non jacosae, adulatorie, vel perfunctorie, [...]».

de testar, sense el qual la Reial Audiència de Barcelona declara «nullo testamento est»:²⁹⁶

[...] requeritur tamen, quod enixe constet de voluntate testatoris, verbis declarata, et quod verba sint dicta, animo et proposito testandi, et disponendi.

No obstant això, la dificultat radicava, com va advertir Fontanella, en el buit legal que impedia establir quan constava el mencionat *animus testandi* i en virtut de quines circumstàncies o elements es podia determinar, cosa que provocava que aquest es deixés a la prudent interpretació de l'arbitri judicial —«Sed quomodo, et quando dicatur apparere? Id leges non dicunt, et ideo prudentis iudicis arbitrio relinquitur sicut reliqua, quae legibus non diffiniuntur»—,²⁹⁷ ja que s'entenia, concloïa Càncer, que l'ànim deliberat de testar no s'havia d'entendre provat únicament pel que els testimonis poguessin dir, si aquests, al seu torn, no afegien altres raons, signes o actes intrínsecs dels quals es pogués col·legir la intenció del testador.²⁹⁸

D'acord amb aquesta línia argumental, la doctrina sosté que, per a evitar els nombrosos abusos derivats de l'absència de les formalitats que prescriuen les lleis per als actes d'última voluntat, és necessari establir un conjunt de consideracions que permetin eliminar els dubtes i les interpretacions sobre la voluntat i l'ànim deliberat de testar.

Com a criteri general, Fontanella va sostenir que, llevat que l'*animus testandi* constés amb expressions clares i determinants, s'havien d'excloure totes

296. J. CÀNCER, *Variarum*, cap. 4, núm. 76: «Omniumque praedictorum ratio est, quia duplex est forma testamenti; probatoria, et substantialis [...] Circa formam probatoriam, ut omnis solemnitas iuris civilis est relaxata in testamento [...] Circa vero formam substantialem, quae consistit in voluntate et consensu, in nullo testamento est aliquid immutatum [...]». Vegeu, en sentit anàleg, J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 25: «Nam licet illud privilegium censeatur relaxare omnes solemnitates iuris civilis in testamentis concedendis, rem que reducere ad ius gentium, et ad similitudinem testamenti militari, et in inter liberos, et ad pias causas ut ita receptum est; hoc tamen intelligitur, quod probationem, non quod substantiam testamenti, quae consistit in animo deliberato, et voluntate testamendi».

297. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 578, núm. 7. Si no n'hi ha, el mateix autor permet als savis en dret que puguin determinar quan té cabuda l'*animus testando*; vegeu J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 577, núm. 3, i J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 77.

298. J. CÀNCER, *Variarum*, cap. 4, núm. 76: «Diciturque animus testandi non probatur, licet testes dixerint quod habet testator animum testandi, nisi reddant aliquam rationem, quae resulet ex verbis testatoris, vel aliis signis, et actibus extrinsecis, ex quibus colligi possint testatorem habuisse animum testandi, et quod tunc testari intendebat [...]». Vegeu, en sentit anàleg, J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 579, núm. 20.

les circumstàncies en les quals el testador no es trobés en un supòsit de perill imminent, de malaltia sobtada, de fuga o un altre motiu semblant,²⁹⁹ de manera que seria lícit presumir que estava *in articulo mortis* no quan podia perdre la vida, sinó quan es trobava en algun dels supòsits pels quals era habitual el traspass per malaltia —«non dici esse in mortis articulo unde quis potest mori, sed unde communiter solet sequi mors».³⁰⁰ Amb tot, Càncer sostenia que, fins i tot estant en aquesta situació, s'havia d'acreditar no només que el *de cuius* estava en el seu seny, això és, que no es veia alterat pel fet que la situació fos sobtada, sinó que, a més, s'havia de constatar quins eren els motius de la seva declaració, ja que, al seu entendre, caldria sospitar d'aquesta quan pogués tenir un caràcter adulatori³⁰¹ o de mera complaença de la persona que l'atonia,³⁰² cosa que va dur Fontanella a sostenir que, en aquest cas, únicament se l'anomenaria amb l'objecte de dur a terme una millor cura.³⁰³

Com a supòsits específics cal assenyalar els següents:

1) En primer lloc, Càncer entén que no és possible la presumció esmentada quan, havent-se atorgat amb anterioritat un testament ordinari, aquest no

299. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 578, núm. 9: «Et ego qui in hoc non puto falli, existimo facillimum esse comprehendere animum testandi, vel non, secundum verba, quae protulit homo, et secundum modum ejus loquendi. Imprimis ego facile excluderem omnes fere casus, in quibus allegarentur haec in homine sano, nec aliqua infirmitate, aut morbo correpto, nisi claris verbis mihi ejus animus disponendi demonstraretur: haec enim testamenta non solent fieri in sanitate, ac vix quidem in infirmitate, nisi ubi sic urget morbus, ut non permittat accersiri notarium, cum quo, et non sine eo, est modus ordinarius testandi, cum nihil est impedimento, sicut communiter non est in homine sano corpore».

300. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 79.

301. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 27; J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 74; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, *decisio* 577, núm. 109.

302. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 80: «Censeo ipse, quod nisi verisimiliter appareat, qui protulit verba dispositiva sonantia in testamentum, eo tempore quo ea protulit, ipsum habuisse notitiam se in mortis articulo esse, censerì in dubio dicta verba animo complacendi, ubi sint dicta in favorem illorum qui ei in infirmitate serviunt [...] Praedicta tamen non attendenda censeo, ubi constaret qui talia verba protulit, esse in suo pleno sensu et animo sedato, nulloque modo perturbato, [...]».

303. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, *decisio* 578, núm. 14: «Tertio, attenderem sedulo, in qua occasione verba dicta, et prolata, et conditionem explorarem ejus, in cujus favorem ut inde colligerem si jocose ut eum sibi benevolum faceret quando illius opera indigebat, aut alii respectus concurrerent, vel animo vero, et determinato testandi, et relinquendi, haec fiebant». Així mateix, reconeix que no podrien elevar-se a testament sacramental les paraules que una persona hagués pronunciat en ser instada per a disposar dels seus béns, i, en proferir-les, afirmés que ja tenia atorgat testament i posteriorment es comprovés que no s'havia atorgat. En aquest sentit, vegeu J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, *decisio* 577, núm. 11-12.

s'havia revocat, i més si es nomenaven hereus els qui havien de ser-ho *ab intestato*.³⁰⁴

2) Així mateix, la doctrina, conscient de l'absència de les solemnitats que prescriuen les lleis, es qüestiona tant les expressions amb què s'ha de proferir el testament com les declaracions que sobre aquestes hagin de dur a terme els testimonis.

3) En concret, Fontanella, partint de la idea que per a instituir hereu no bastava qualsevol paraula que manifestés la voluntat del testador,³⁰⁵ negava la presumpció de l'*animus testandi* quan les paraules no fossin proferides el mateix dia i en relació amb una mateixa persona; el cas contrari, afirma l'autor, duria a la conclusió que el testador va tenir la intenció de testar diverses vegades, cosa que s'havia d'entendre com a poc probable.³⁰⁶

4) Així mateix, els comentaristes van plantejar el supòsit d'un testador que, havent declarat la seva voluntat i sol·licitat la presència d'un notari per a elevar-la a escriptura pública, traspassava sense haver rebut la presència de l'escrivà públic. Davant d'aquest supòsit, la doctrina es va plantejar si les paraules pronunciades pel *de cuius* respecte a la disposició dels seus béns, podien ser elevades a un testament sacramental.³⁰⁷

304. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 80-84: «Praedicta vel maxime procedunt, ubi in priori testamento essent instituti venientes ab intestato, [...] ubi de contraria voluntate manifeste non constat, credi quem voluisse bona relinquere succedentibus ab intestato, et noue Gaspar Anton. Thessau [...] qui adeo pro priori testamento pronunciandum censet, ubi posterius aliquid habet dubitationis, ut censeat id procedere, licet in priori testamento essent instituti extranei, et in posteriori de quo dubitatur, venientes ab intestato: et quod in dubio debeat praevalere testamentum, in quo sunt venientes ab intestato instituti».

305. J. CÀNCER, *Variarum*, cap. 4, núm. 76: «Ego te haeredem facio, bona mea tibi relinquo, est certum non sufficere, nisi aliae coniectura concurrant». Enfront d'aquest postulat, vegeu J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 577, núm. 2: «Ratio est, quia hodie in institutione haeredis non requiritur solemnitas verborum, sed sufficiunt quaelibet verba voluntatem testatoris experimentia».

306. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 577, núm. 11: «Secundo, considerarem multum si una vice tantum, aut pluribus id homo dixerit, de quo volunt conficiendum sacramentale testamentum, quia non est praesumendum, quem toties testari voluisse in favorem unius, et eiusdem personae, et animum toties testandi habuisse, nam si voluisset ei bona relinquere per modum testamenti, sufficiebat una vice dixisse, ut una vice de eis fieret testamentum, aliter magna confusio, facere tot testamenta passim, quod non est verosimile».

307. J. CÀNCER, *Variarum*, cap. 4, núm. 95: «Post haec scripta, fui de sequenti casu interrogatus. Quidam Barcinonensis fecit suum testamentum nuncupativum adhibitio Notario et testibus, coram quibus suam declaravit voluntatem, quae per Notarium fuit scripta: deinde cum Notarius recitare vellet quae scripserat, mortuus fuit testator, et sic Notarius tale testamentum tanquam imperfectum in publicam formam redigere nequivit. Voluit deinde haeres confici testamentum sacramentale ex testium depositionibus, et Notarii, qui suam voluntatem audierant; dubitatum fuit

La bibliografia jurídica, d'acord amb els postulats del *ius commune*, va interpretar que el supòsit s'havia de resoldre atenent si el testador feia o no dependre la validesa i la força de la seva declaració de la presència del notari, perquè, si ho fes així, el testament s'entendria imperfecte *ratione voluntatis* i, per tant, invàlid.³⁰⁸ Si, per contra, la presència del notari no desvirtuava la seva última voluntat, ni el seu ànim de testar, el testament s'entendria imperfecte *ratione solemnitatis* i, per extensió, seria jurídicament vàlid.³⁰⁹ Aquest supòsit no es considerava quan el «testamentum esset subscriptis, vel scriptum manu testatoris», ja que, com que no necessitava publicació, «non praesumitur in dubio».³¹⁰

En conseqüència, diu Fontanella, cada cop que un subjecte pugui provar que algú, en presència de testimonis, ha mencionat determinades disposicions a favor seu —«tu es meus haeres»—, al·lusions que, per norma general, en els testaments comporten la designació d'hereu, es considerarà com a tal amb in-

cum illud testamentum valere non possit, ut nuncupativum, [...] possit valere ut sacramentale? Dubium hoc consistit in videndo, an dictum nuncupativum testamentum deficiat, eo quod sit imperfectum respectu voluntatis, an vero respectu solemnitatis: multi siquidem tenent dictam imperfectionem esse voluntatis, alii solemnitatis, [...]».

308. J. CÀNCER, *Variarum*, cap. 4, núm. 96: «Ubi vero testator tantum suam voluntatem declaratam, et ordinatam voluit, quod redigeretur in publicam formam per Notarium et tunc (ait) testator antea moriatur, non valere testamentum quia non habuit voluntatem pro perfecta et absoluta [...] Ubi vero constet primum petiisse Notarium, et postea protulisse verba dispositiva declaratoria sua voluntatis, si antequam Notarius accedat moriatur; esse illam dispositionem imperfectam respectu voluntatis, et sic nec favore pie causae, liberorum, aut militis valere, nec ut testamentum sacramentale».

309. J. CÀNCER, *Variarum*, cap. 4, núm. 96: «Veritas est, quod si testator deliberate declarasset coram testibus, talem esse suam voluntatem, explicando eam dispositive; et postea dixisset quod vocaretur Notarius ad redigendum dictam suam voluntatem in scriptis, quod tunc si ante Notarii adventum moreretur, vel ante publicationem factam per Notarium, in praedicto casu non dari imperfectionem ratione voluntatis, sed solemnitatis, eo quod illa Notarii interventio tantum ad vevriorem cautelam fuerit petita; [...] Ego clarius declarando, dico, quod si constat, quod testator protulit aliqua verba dispositiva animo tunc testandi, quod et si postea petat Notarium, licet ante eius adventum moriatur, haberi illam voluntatem pro perfecta, respectu voluntatis, et esset testamentum validum sacramentale». En sentit anàleg, vegeu J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 41: «Testatorem protulisse aliqua verba dispositiva animo tunc testandi quamvis postea petat notarium, et ante eius adventum moriatur, habetur illa voluntas pro perfecta respectu voluntatis, et esset testamentum validum sacramentale: verumtamen si prius petiit notarium, et postea protulit verba dispositiva declaratoria sua voluntatis, et antequam notarius accedat, moriatur, esset illa dispositio imperfecta respectu voluntatis, sicque nec favore pie causae, liberorum, aut militatis valeret neque ut testamentum sacramentale».

310. J. CÀNCER, *Variarum*, vol. 1, cap. 4, núm. 97.

dependència de la locució amb la qual fos feta.³¹¹ Així ocorre quan, per exemple, el pare, en vida, divideix el patrimoni entre els fills, entenent-se que va fer un testament tàcit i va instituir-los hereus de les parts que els va assignar.³¹²

Maxime, si haec verba, prout communiter fit, contingit proferri inter liberos, cum quodcumque patris iudicium satis fit ut testamentum fecisse dicatur, et testatus decere, [...] Hactenus, ut si pater vivens bona inter filios divisit, dicitur tacite testatus, eosdemque in portionibus assignatis haeredes instituisse.

3.6. TRAMITACIÓ I PUBLICACIÓ

Analitzats els elements vertebradors de la institució, la doctrina ens aporta l'expedient en el qual es formalitzava el testament sacramental davant de la Reial Audiència.³¹³

El procediment és descrit minuciosament per Ripoll en compilar l'obra de Peguera, *Praxis civilis et criminalis*, i, en menor manera, per Xammar i Fontanella. En aquest es constata que, a petició de qui tingués un interès legítim, podia instruir-se, davant de la Reial Audiència, un expedient de jurisdicció voluntària,³¹⁴ el qual s'iniciava mitjançant l'oportú escrit de defunció del causant. Un cop rebut aquest, el jutge ordenava expedir una sèrie d'edictes en els quals

311. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 577, núm. 4: «Et consequenter, quoties quis probare poterit aliquem in sui favorem coram testibus dixisse, tu es meus haeres, tu es dominus bonorum meorum, te haeredem facio, te dominum bonorum meorum constituto, tu es futurus successor in meis bonis, vel aliud simile, quae in testamentis important haeredis institutionem, habebitur etiam hic pro tali quaecumque dictarum locutionum facta, et de eis poterit confici testamentum istud sacramentale, cum, ut diximus saepe, illud nullam solemnitatem aliorum testamentorum requirat, et sic sufficit ut coram testibus aliquid ex supradictis in mei favorem quis dixerit».

312. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 577, núm. 5.

313. En aquest sentit, J. CÀNCER, *Variarum*, vol. I, cap. 4, núm. 93, ens informa que, encara que el testador sigui un eclesiàstic, no per això el testament s'ha de formalitzar davant la cúria eclesiàstica, sinó que ha de fer-se davant d'un jutge laic: «Dubitatum fuit, an cum quis fecisset testamentum sacramentale, ubi institutum erat quoddam Monasterium, debuisset publicari coram iudice Ecclesiastico? Dixi quod non, sed servandam esse formam d. cap. 48. si enim laicus est, qui facit testamentum debet fieri publicatio apud iudicem laicum, licet instituta sit Ecclesia [...]».

314. J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 576, núm. 9: «Hoc testamentum licet a principio sit tam privilegiatum, et tam modica indigeat solemnitate, tam citoque expediatur. Verum ex post, ut valeat pro tali, et seu ut pro tali habeatur, maximam requirit, utpote comparitionem haeredis aut alterius interessati coram Iudice, praeconia provocandis interesse habentibus, et seu praetendentibus, vocationem testium, et examinationem eorum cum solemnitate ibi praescripta, et sententiam, seu declarationem iudicis, quae omnia pro expeditione requirunt aliquod temporis intervallum».

s'ordenava que se citessin les persones que, o bé tenien algun dret a l'herència,³¹⁵ o bé volien presenciar el jurament que els testimonis havien de realitzar davant l'altar de l'església de Sant Just,³¹⁶ jurament que, segons el parer de Xammar, tenia un caràcter ordàlic —«iuramentum bellicum, sive batallicum».³¹⁷ Arribat el dia assenyalat, en presència del jutge, del notari i de la resta de persones interessades, es rebia el mencionat jurament dels testimonis i es consignaven les seves declaracions sobre la manifestació de l'última voluntat del testador. Si aquestes eren concordes i revestien l'adveració de totes les circumstàncies exigides pel dret, el jutge, un cop escoltat el fiscal, dictava un aute fonamentat pel qual s'elevava a testament sacramental la referida última voluntat, de manera que dit aute, després de ser protocol·litzat pel notari, passava a ser executori.³¹⁸ No debades,

315. Atès que, segons J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, vol. II, *decisio* 576, núm. 10-11, es permetia a les persones interessades que compareguessin per a impedir o pertorbar la confecció del testament i es traslladava la causa de la cùria al Senat: «Quo supposito, quaerimus imprimis, quid si aliquis vellet prout potest, comparere ad impediendum huiusmodi testamenti confectionem, et revera compareret, aut alias, et pro suo interesse tentaret causam in Curia Vicarii Barchinonae super huiusmodi testamenti confectione motam ad Senatum evocate, dato quod concurrerent alias requisita in evocationibus causarum, an ei esset permittendum. Et videtur affirmative responsum, [...]».

316. Jurament que, en els Costums de Tortosa, es duia a terme en la cùria: *Costums de Tortosa*, 6, 4, 7.

317. J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm 13.

318. A. de RIPOLL I MAS, *Variae iuris resolutiones*, rúb. 8, «De testamento sacramentali», f. 523-527; J. P. XAMMAR, *Civilis doctrina*, rúb. 15, núm. 4-5: «Praxis huius capituli est quod per praetensum haeredem offertur supplicatio Vicario Barcinonensi, qua naturatur N. morti proximum coram personis fidedignis animo testandi declarasse suam ultimam voluntatem iustituendo haeredem P. et legando T. et rogando praesentes, ubi testes essent: idoque dictus P. supplicat personas, quae fuerunt praesentes, examinati iuxta formam privilegiorum civitatis Barchinonae, et ipsarum informationem recipi, et declari praefatam ultimam voluntatem vim validi, et solemnisi testamenti sacramentalis habere, et in scriptis redigi, et consequenter praedictam haereditatem adjudicari dicto P. et causam committi alteri ex advocatis Ordinariis Domus Civitatis Barchinonae qui de praeconio solito, et aliis opportunis provideat iuxta stylum, et iustitiam administret. Fit commissio huius causae per Vicarium Barcinonae alteri ex antedictis advocatis, et scriba est proprius notarius obtineus officium scribae testamentorum sacramentalium. Provisio susequitur advocati civitatis quod fiat praeconium per loca solita civitatis Barcinonae quatenus interesse yputantes compareant die alis in Ecclesia Parochiali Sancti Iusti Foelicis Martyris ad videndum iurare testes iuxta stylum. Fit, et publicatur praeconium, et postea die statuta conveniunt in praedicta Ecclesia, et Cappella Vicarius Barcinonae, advocans civitatis, scriba testamentorum sacramentalium, rector, aut Vicarius Ecclesiae Sancti Iusti, et testes, atque non nunquam partes adversae, quae porriquant supplicationes, et interrogatoria testium, et ibi Rector, aut Vicarius Ecclesiae recipium iuramentum testium, et ipsi per dictum assessorem examinatur. Isti testes debent omnes concordare in verbis formalibus, quae testator protulerit, et per eundem scribam depositiones illorum in scriptis rediuntur. Postea loco publicationis testium notarius coram omnibus alta voce legit omnes depositiones testium ipsis testibus praesentibus, qui statim flexi genibus ante Altare Sancti Faelicis iurant in suis dictis respective stare, et per-

conclou Fontanella, un cop conclòs el procediment, la Reial Audiència advertia que la causa no podria reclamar-se, ja que, d'acord amb una sèrie de privilegis reials i per les ordenacions fetes pel Consell de la ciutat de Barcelona, s'havien establert determinades regles per a autoritzar aquest expedient en presència del veguer de Barcelona:

Motiva declarationis, quia per privilegia Regia, et per ordinationes factas per Consilium Civitatis Barchinonae, constat esse datam certam formam conficiendi, et ordinandi processum dicit testamenti coram Vicario Regio Civitatis Barcinonae et tempore quo dicta forma servari debebat, fuit praesens causa evocata ad Regiam Audientiam, etcetera.

severare. Fit processus ex istis actis, et per scribam ad advocatum civitatis defertur, qui ordinat Sententiam in hunc modum: [...] Attento per informationem iuxta privilegia civitatis Barcinonae receptam, et alias constat N. animo testandi declarasse, etcetera his, et aliis, etcetera de consilio infra scriptis assessoris, et advocati civitatis Barcinonae sententiat pronunciat, et declarat dictam ultimam voluntatem dicti N. sicut proxime dictum est, factam, et declaratam vim habere validi, et solemnibus testamenti sacramentalis nuncupativi, et in scriptis redigi debere prout redigi mandat; et consequenter haereditatem dicti N. adjudicandam dicto P. Fore, et esse prout cum praesenti adjudicat cum iurium plenitudine: et fiat scriptura per G. notarium publicum Barcinonae scribam testatorum sacramentalium, quae vocetur testamentum sacramentalem, in qua suam interponit auctoritatem pariter, et decretum. Ut regens Vicarius Barcinonae, ut X. Advocatus civitatis, et assessor».