

1143.

00

f

12

Q. D. B. V.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,
DE

**SENSU LEGIS
DECEMVIRALIS
TESTAMENTARIÆ,**

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORUSSIAE, MARCHIONE BRANDENB.
ET DUCATVS MAGDEB. GVBERNAT. CETERA.

IN HAC REGIA FRIDERICIANA,
P R Æ S I D E

DN. CHRISTIANO THOMASIO,
JCTO, S. REG. MAJ. BORUSS. CONSIL. ET PROF.
PUBL. h. t. DECANO,

PRO LICENTIA

Summos in utroque Jure honores ac Pri-
vilegia Doctoralia rite capeffendi,

IN AUDITORIO MAJORI

publicæ Eruditorum Examine submittit

LUDOV. CHRISTOPH. SCHEFFER,

Cassellanus Hassus.

Ad d. V. Sept. An. M DCC V. Horis ante & pomeridianis.

Hale, Typis CHRISTOPH. ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typ.

12





SUMMARIA.

Utilitas inquisitionis in intellectum legis XII. Tabularum. 1. Cur id in materia testamentaria à Jctis non ex merito factum sit. 2. Verba legis decemviralis & methodus dicendorum. 3. Testamenta per as & libram diu in usu suere etiam sub Imperatoribus. 4. Incertitudo de origine pratoriorum, 5. & nuncupativorum. 6. Summa solemnitatum in testamento per as & libram 7. Libripens. Mancipationum quarumvis solemnitas. 8. Non ex lege XII. Tabularum sed ex Jctiorum prescriptione dependere numeram quinque testium in testamentis & quibusvis mancipationibus. 9. Ratio cur in testamento voluerint mancipationem, qui alias esset actus inter vivos, intervenire. 10. Cur quinque testes voluerint adesse. 11. Quid significaverit illis temporibus phrasis, cum quibus testamenti factio est. 12. Ostenditur denotasse nil aliud, quam, qui possunt in calatis comitiis comparere. 13. Ergo rationem esse evidentem cur mulier non possit esse testis, 14. cur pupillus, furiosus, mutus & surdus non possint, cæcus possit, 15. item cur servus, peregrinus, Latinus, dedititius non possent esse testes. 16. Exceptiones à regula I. ex natura rei nemo testis in propria causa: E. nec qui in potestate testatoris vel familie emtoris essent &c. 17. 11. In penam rationis, inestabiles dicit. Quinam fuerint intestabiles, & justitia exceptionis 18. 19. Mancipationis testamentarie formula 20. Ratio conjuncta mancipationis & quinque testium. Mancipatio testamentaria quo sensu sit imaginaria venditio. 21. Nuncupationis testamentarie formula genuina & spuria. 22. Inquisitio in circumstantias reliquas solemnitatis testamentaria à Jctis non memoratas. 23. Testamentum per as & libram erat mysticum & scriptum, non nuncupativum. 24. Et cur, cum in calatis comitiis fuerit nuncupativum. 25. 26. Error eorum, qui originem testamenti nuncupativi ex LL. XII. Tab. deducunt. 27. Verior origo nuncupativorum. 28. Theophili doctrina, quod olim familie emtor ipse heres fuerit, & qua ratione id sit mutatum, 29. rejecta, paulo aliter tamen ac communiter fieri solet. 30. An heres olim potuerit esse testis? 31. Potuisse etiam non fuerit occultus. Emblema Tribeniani, 32. Error communis, quasi

quasi Prator loco quinque testium septem, & eorum subscriptionem inven-
rit. 33. Osenditur evidenter & septem testes & subscriptionem eorum diu
ante Edictum Pratoris & mox post introductum testamentum per as & libram
in usu fuisse. 34. Pratorem in Edicto suo, nihil novi introduxisse quoad so-
lennia, sed omnia secundam legem decemviralem rite facta esse supposuisse.
35. Testamenta per as & libram verosimiliter durarunt usque ad tempora
Christianorum Imperatorum. 36. Plutarchi censura de testamentis illis non
recte intellecta. 37. Quinam testamenta facere potuerint ex lege Decem-
virali. 38. Quinam non potuerint, ex fragmento Ulpiani. 39. Primaria
& principalis ratio, cur non potuerint mutus, surdus & cur potuerint cæ-
cus & furiosus tempore intervalli. 40. Cæcus iisdem solennitatibus testa-
batur atque videns. Quid interstet genuinam rationem indagare ostensum
in questione de muti & surdi testamentis. 41. Item de testamentis prodig-
orum. 42. 43. Prodigos etiam non potuisse testes esse in testamento. 44.
Femina an olim potuerit testamentum condere? Res dubia & intricata. 45.
Probatum perspicue, non potuisse. 46. Cur & quando postea fuerit admissa.
47. An femina potuerit testamentum scriptum condere. 48. Filiusfamili-
as cur testamentum facere non potuerit. 49. Ceterum testamentum jam
olim facere potuerunt non nobiles solum, sed & plebei. 50. Heredes lege
Decemvirali poterant institui, qui testamenti factionem cum testatore ha-
bent. 51. Ergo non poterant peregrini, servi, impuberes, muti surdi, fu-
riosi, prodigi, intestabilis, femina. Poterat filiusfamilias. 52. Cur hic
non sit respiciendum ad testimonia. 53. Qui olim in Comitibus non poterant
comparere impediabantur vel facto vel jure. Qui facto impediabantur, ut
impubes, mutus, surdus, furiosus, prodigus cur mox sint admissi ut here-
des fierent. 54. Ex his qui jure impediabantur cur & quando servi inca-
perint heredes institui. 55. Osenditur feminas tempore legis decemviralis
non potuisse heredes institui, cum nec legitimi essent heredes. 56. Igitur
latissimam potestatem de qua Pomponius, consistere in actibus testandi & le-
gandi. 57. Idque declaratur intuitu heredis institutionis. 58. que de forma
essentiali testamenti erat, item substitutionis, 59. exheredationis, preteri-
tionis. 60. (Posthumum tamen alienum ab initio non potuisse institui. bene
tamen suum. Regula de heredum institutione limitanda in legitimis. 62.)
item intuitu potestatis legandi. 63. Ortus regula: nemini posse succedi par-
tium ex testamento, partim ab intestato. 64.

SENSUS



B. C. D.

SENSUS LEGIS DECEMVIRALIS TESTAMENTARIÆ.

§. I.



Unt Leges XII. Tabularum fons Juris Romani, ut fatentur omnes. Uti ergo dolendum est, quod ipse leges hæ non amplius exstent, nisi quod laudatissimo conatu Balduinus, Hotemannus, Ravardus, Rittershusius aliique fragmenta earum ex tenebris vetustatis eruere, Jacobus autem Gothofredus in ordinem ea redigere tentaverint; ita etiam puto genuinum Juris Romani interpretem non melius posse exponere leges Juris Romani, quam si rationes legum Decemviralium probè teneat, ac postea monstret, quâ occasione, quâve ex ratione mores subsequentes vel leges ab instituto Decemvirali recesserint.

§. II.

Quare mirandum, quod cum successio testamentaria sit haud dubie maxime practica, hic tamen tam pauca fuerint annotata à Scriptoribus. De Pragmaticis equidem non loquor, utpote qui de rationibus legum & antiquitatibus

A

2 SENSUS LEGIS DECEMVIRALIS
 tibus parum sunt solliciti. Etiam qui humanioribus literis & Philosophiæ operam dedere paucissima annotarunt ad legem Decemviralem testamentariam *a)* Imo ipsi I Cri Romani ex quorum scriptis Pandectæ collectæ sunt, hic non semper rem acu tetigerunt; *b)* sive quod I Cri qui primi de lege XII. Tabularum ejusque sensu ac usu forensi disputabant ac ita jus civile efficiebant *c)* ignorarent quænam fuerit in legibus his condendis Decemvirorum intentio *d)* sive quod ipsi pro moribus eorum temporum destituerentur studiis liberalibus & prudentia civili. *e)* At J Cri subsequentium temporum nimis remoti erant ab ævo LL. XII. Tabb. & studium antiquitatum subinde negligebant, vel etiam subsidiis destituebantur aut tempore inquirendi cum fructu. *f)* Ergo mihi, credo, nemo vitio vertet, si in re tam antiqua & incerta non ubique rem acu tetigero, quamvis operam daturus sim, ut non studio fallam vel decipiar ipse.

a) vid. Commentatores ad l. 120. de V. S. (ubi est sedes materiae) Alciatum, Brechæum, Fornerium, Wissenbachium: Et quos modo memoravimus Commentatores ad LL. XII. Tabb. inter quos Baldunnus fere diligentior fuit.

b) Exempla dabimus infra v. g. §. 45.

c) l. 2. §. 5. de O. 7.

d) quem forte ipsi Decemviri ignorabant per ea quæ dixit Dn. Præses de navis Jurispr. Antejustin. l. 1. c. 2. novo 3. Adde quod Decemvirorum Tyrannis mox iterum fuerit extincta. Liv. l. 3. Dion. Halic. lib. 2.

e) Notandum enim florebant apud Romanos bona studia & artes liberales conf. Dn. Præf. d. l. in Dissert. adj. de navis jurispr. obs. 2. §. 6. p. 163. & obs. 3. §. 1. p. 165.

f) Neque enim omnes habebant bibliothecas satis instructas, ob defectum typographiæ. Multi erant in officiis publicis iisque gravioribus.

§ III. Va-

§. III.

Variè a variis recensentur verba legis Decemviralis. *g*) Verosimile est ita fuisse concepta: *Paterfamilias uti legasset super pecunia tutela sue rei ita ius esto. b*) Atque his verbis Pomponius dicit latissimam potestatem tributam videri & hæredis instituendi & legata ac libertates dandi, tutelas quoque constituendi, donec id interpretatione coangustatum fuerit vel legum vel autoritate jura constituentium, *2*) Videtur tota disceptatio, commodissime posse ad quatuor capita referri, ut ostendatur quis potuerit testamenta condere, cui bona relinqui potuerint, quinam actus hac lege concessi fuerint, & denique qua forma vel solennitate testamenta fuerint primis temporibus post LL. XII. Tabb. condenda. Quamvis vero hæc quæstio secundum ordinem naturæ videbatur sibi ultimum locum postulare, hic tamen mihi licebit ab ea incipere, partim quia quæ hic definienda erunt & nullum fere dubium habent, viam pandunt ad solvenda difficiliora dubia in quæstionibus reliquis occurrentia, partim quia sic melius connectitur discursus præfens cum his quæ alia occasione de primis initiis successionis testamentariæ Romanæ dicta sunt *1*)

g) loca illa varia collegit Franciscus Bald. ad LL. XII. Tab. cap. 29.

p. m. 115. Conf. Jac. Gothofred. lib. 3. §. 4. ad Tab. 5.

b) Bald. d. l. Jac. Gothofr. ad Tab. 8.

2) d. l. 120. d. V. S.

1) pecul. dissert. sub Dn. Præside mense Junio hujus anni defensa.

§. IV.

Ostenfum autem ibidem *m*) fuit testamenta quæ legi XII. Tabularum ortum debent nulla fuisse alia quam testamenta per æs & libram, & cum non injucundum fuerit, inquisivisse in naturam testamentorum, quæ olim in calatis

Comitiis ac in procinctu fiebant *n*) longe utilius erit de hoc genere testandi paulo curiosiorem esse, cum id diutissime duraverit non solum sub libera, quæ dicitur, republica, sed & postquam Augustus & Tiberius summam rei ad unum iterum transtulerant *o*) & ejus ritus expositio viam pandet etiam ad rectius intelligendum Jus Justinianicum *p*)

m) §. 30. seq.

n) *d. differi. §. 5. seq.*

o) diutius permanisse hoc testamentum fatetur ipse Imperator §. 1. *d. Testam. Ord.* Suetonius *c. 4. d. vita Neronis* narrat Domitium fuisse familiæ emptorem in testamento Augusti. Fragmentum Ulpiani testatur adhuc ejus tempore fuisse in usu hæc testamenta.

p) v. g. cur mulier non possit esse testis in testamento, de quo *infra §. 13.* cur septem testes in testamento adesse debeant &c.

§. V.

Imo solum diu in usu fuit. Nam prætoria testamenta diu post videntur cepisse. Idem de nuncupativis dicendum. Quanquam incertum sit quando hæc duo orta sint. Si Ulpiani verba captare quis veller, adhuc ejus tempore testamenta per æs & libram sola fuere in usu *q*) Sed tamen diserte hic alibi mentionem facit testamenti septem testium signis signati, cujus intuitu Prætor dabat bonorum possessionem. *r*) Video ab aliis citari locum ex Quintiliani institutionibus, quasi hic scripserit non esse pro testamentis habenda ubi libripens non affuerit. *s*) Ergo saltem primis Imperatorum temporibus testamenta Prætoria fuissent incognita. *t*) Sed non videtur verosimile Prætoria testamenta sub Imperatoribus initia fuisse. Vix enim videntur Imperatores de autoritate sua valde solliciti permitturi fuisse Prætoribus, ut amplius sub larvis fictionum & fictorum nominum potestatem jura recepta corrigendi & mutan-

TESTAMENTARIÆ.

mutandi sibi arrogarent. Ergo necesse est invaluisse jam sub republica libera & alium esse scutum verborum Quintiliani. Neque dubitare nos amplius ea de re finit locus Ciceronis quem infra *tt*) examinabimus.

g) Ulp *Fragm. iij. 20. §. 2. Illis duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est quod per as & libram fit.* Sed intellige ex contextu: *Solum ex illis tribus.*

r) *Tit. 23. §. 6.*

s) Zach. Huberus *dissert. d. Testam. Jul. Cas. p. 126.* Sic verba Quintiliani citat. *Non dixerim testamentum cui libripens & emptor familie & cetera jure necessaria deerunt.* Sed istum locum invenire non potui, cum specialiter indicatus non sit.

t) Vixit enim Quintilianus & floruit post Neronem. Quentend *de patrii illustr. viror. p. 24.*

tt) *Infra §. 33.* ubi describemus locum ex *l. i. in Verrem cap. 45.*

§. VI.

Nuncupativa testamenta quod attinet prima fronte videri posset ea demum sub Imperatoribus fuisse cognita, & forte Horatium ei rei occasionem dedisse, de quo Suetonius memorat, *u*) quod heredem Augustum palam nuncupaverit, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obfignandas testamenti tabulas. Refert enim hoc Suetonius tanquam singulare quid, & quod Horatius fecerit magis ex necessitate quam ex valetudine. Sed quod hac conjectura non obstante nuncupatio hæredis & antea non fuerit Romanis incognita, docet iterum Cicero, se in testamento Cyri cujusdam cum Clodio hæredes palam esse scriptos asserens. *uu*) Neque tamen conjectura illa plane erit negligenda, cum Horatius nuncupaverit nec signaverit, quod tamen fecerat Cyrus ille. Illud certum est Pauli & Ulpiani tempore jam fuisse in usu *x*) testamenta nuncupativa.

u) *in ejus vita circa finem.*

- uu) *Oratione pro Milone c. 18.* *Cyrum Clodius Roma proficiscens reliquerat morientem. Una sui. Testamentum simul obsignavi cum Clodio. Testamentum autem palam fecerat, & illum heredem & me scripserat.*
- x) *l. 21. pr. qui testam. fac. poss. l. 58. d. hered. instit.* quarum illa Ulpiani, hæc Pauli est. *Quanquam in Instit. Ulpiani & recept. sentent. Pauli nulla earum fiat mentio.*

§. VII.

Consistebant vero summatim solennitates huius testamenti in eo, quod testator paterfamilias coram quinque testibus cum quibus testamenti factio esset & libripende & familiæ emptore huic familiam manciparet, & testamentum solenni modo nuncuparet, γ) id est si rem magis adferetis verbis efferre volumus, vendebat testator hæreditatem suam coram quinque testibus emtori familiæ sed imaginaria saltem venditione, cum familiæ emtor non fieret hæres, nisi in testamento nuncupatus esset. Non tamen poterimus rationem harum solennitatum & prudentiam Istorum qui hunc modum invenerunt, intelligere, nisi linguis capitibus earum distinctius expensis.

x) Ulpianus *Tit. 20.*

§. VIII.

Libripens jam sub regibus fuit, cum pecunia in venditionibus & mancipationibus appenderetur. x) Mancipatio erat propria species alienationis rerum Mancipi, & omnis fiebat certis verbis libripende & quinque testibus presentibus. Res Mancipi autem erant prædia in solo Italico, tam rustica quam urbana. Idem jura prædiorum rusticorum, item servi & quadrupedes quæ dorso collove domantur, exceptis elephantis & camelis. a) Erat vero hæc mancipatio proprius modus civium Romanorum, sine quo res Mancipi alienari non poterant. Unde in genere

can

eam hoc intuitu Cajus appellat imaginariam venditionem, eamque pariter ex eadem Lege XII. Tabularum descendisse observat. Verborum sollemnitas in eo consistebat, ut presentibus non minus quam quinque testibus, Romanis civibus puberibus & præterea alio ejusdem conditionis, qui libram æneam tenebat, is, qui mancipio accipiebat æs tenens ita dicebat: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emtus est hoc ære aeneaque libra.* Deinde ære percutiebat libram, indeque æs dabat ei, a quo mancipio accipiebat quasi pretii loco. *b)*

z) vide quæ jam adduxit Dn. Præf. in *dissert. de primis initiis success. testam. Rom. §. 33.*

a) Ulpianus *Tir. 29. §. 1. & 3.*

b) Gajus libro 1. *Instit.* quod ejus fragmentum conservavit Boetius in lib. 3. *Topic. Aristot.*

§. IX.

Afferit equidem Gajus, lege XII. Tabularum res mancipi aliter quam hac sollemnitate *c)* alienari nequivisse. Quod si esset, forte difficillimum foret, rationem suppeditare cur quinque testes præcisè in rerum mancipi alienatione fuerint requisiti. Sed si accuratius rem perpendas, in fragmentis legum XII. Tabb. nihil de hac sollemnitate, qualem nec ullam lex Decemviralis introduxit. Id saltem in lege Decemvirali positum. *Quum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto.* Ergo Gajus mens est, ex Lege XII. Tabularum non licere res mancipi alienare citra nexum & mancipium. Sollemnitates vero ipse inventum Jctorum erant. *d)* Hi vero eandem quam in sollemnitate Testamentaria semel posuerant, & in reliquis mancipationibus adhiberi debere voluerunt, ergo opus est, ut de hujus ratione præprimis simul solliciti.

c) ea enim sunt Gaji verba prout Boetius ea adducit.

d) Jac.

d) Jac. Gothofred. in notis ad Tab. 6. p. 210. d. Disp. Dn. Præsid. lib. 37.

§. X.

Ergo quod solenni mancipatione, qui alias erat actus inter vivos, vellent testamenta fieri, ideo factam videretur. Cum viderent jus testamenti faciendi, quod alias in calatis Comitibus fiebat dependebat à voluntate populi e] per Decemviros translatum esse in arbitrium privati, voluerunt his solennitatibus rem ita temperare, ut saltem umbram aliquam rationis communis & morum veterum retinerent. Vult autem ratio communis, ut quæ quis alienare vult cum effectu id faciat per actum inter vivos. f)

e) d. disp. §. 9.

f) vid. all. disp. Dn. Præsid. d. orig. success. testam. §. 9.

§. XI.

Quod autem voluerint quinque testes præsentés esse in hac mancipatione, haud dubie ideo factum fuit, ut illi quinque testes populum repræsentarent coram quo in calatis Comitibus antea testamenta fiebant. Nam populus Romanus in quinque classes g] à Servio Tullio erat divisus, non in quinque tribus, ut alii volunt. Quæ contra hanc opinionem disputat Vinnius levia sunt, quibus jam satisfactum ab Hubero. b)

g) Nam in sexta erant proletarii qui censu & capite carebant ac nullo habebantur numero.

b) quem vide lib. 4. digress. c. 32. ubi citantur plures autores ad intellectum hujus paragraphi pertinentes.

§. XII.

Atque ea ratio multo magis corroboratur, si quis consideret, quænam fuerint requisita testium in testamento per æs & libram adhibendorum. Ait Ulpianus testes adhi-

TESTAMENTARIE.

9

adhibendos esse cum quibus testamenti factio est *i*) idemque repetitum à Justiniano. *l*) Sed alius plane effectus horum verborum erat tempore Justiniani ubi multæ mutationes quoad testamenti factionem antiquam irreperant, alia erat illo primævo tempore. Unde rot exceptiones ejus regulæ tradit Justinianus *m*) in quibus cum regulæ ipsa conciliandis sudant fere commentatores. Commune asyllum est distinctio inter testamenti factionem activam & passivam. Hac vero non opus est intuitu primorum temporum nec etiam ea distinctio rem explicat sed implicat.

i) d. tit. 20. §. 2.

l) §. 6. Inst. d. testam. ord.

m) d. §. 6. verb. Sed neque mulier.

§. XIII.

Non credendi sunt JCTi veteres ita stupidi fuisse, ut rem obscuram explicuerint per æque obscuram. At vero & in quæstione quinam testes esse possint, quinam testamenta facere possint, & qui capere aliquid ex testamento possint, cum regulam tradere volunt, semper id dicunt cum quibus est testamenti factio. Vides igitur, quam absurditatem ipsis affingat explicatio communis. Quæro, quinam testes esse possunt? Respondent, cum quibus est testamenti factio, h. e. secundum communem explicationem vel activa vel passiva. Jam quæro: quinam habent testamenti factionem activam? Respondent: cum quibus est testamenti factio: si de activa explices sensus est: qui testamenta facere possunt. Id vero est respondere per idem. Si de passiva, jam ulterius quæro: Quinam possunt hæredes fieri? Respondent: cum quibus est testamenti factio: id est secundam hypothesin; qui possunt hæredes fieri. Quis crederet JCTos ita eludere voluisse

B

de jure

de jure sollicitos. Igitur is mihi videtur sensus esse. Et si lex XII. Tabularum & latissimam concesserit testatoribus potestatem intuitu ejus qualis erat antea in calatis comitiis, non tamen hoc ita explicandum erit, ac si respectu personarum quæ testamenta facere, aut heredes fieri aut testes esse possent, recesserit plane à modo testamenti faciendi in calatis Comitiis, sed hic pro regula tenendum est, testatorem, heredem, testes esse eos cum quibus *jams in calatis Comitiis* est testamenti factio. Est vero testatori negotium cum populo, qui in Comitiis comparet. Ergo uno verbo: Illi cum quibus est testamenti factio, sunt qui habent ius comparendi in calatis Comitiis. Si ita exponas res omnis plana & perspicua est tam intuitu testium, quam respectu testatoris & heredis. Sed de singulis seorsim. Jam de testibus continuemus.

§. XIV.

Ergo non poterant mutus, surdus, furiosus, pupillus, foemina testes, nec familiae emptores, nec libripendens esse, idque diserte adstruit Ulpianus. ⁿ⁾ Igitur tum temporis non mirabantur ex Romanis etiam juris parum periti, cur mulier ad testimonium dicendum non admitteretur in testamento, admitteretur vero in aliis causis, neque opus erat ad commune asyllum ignorantiae ^{o)} confugere. In promptu causa erat. Non erat cum foemina testamenti factio, h. e. non comparebat in Comitiis, ideoque nec testis, nec testatrix nec haeres esse poterat. Jam cum tempore Justiniani foeminae & testamenta conderent & heredes essent, & antiquitates Romanae vel laterent vel ignorarentur, non poterat non hoc caput pro mere fortuito quasi & irrationabili haberi.

ⁿ⁾ d. Tit. 20. §. 7.

^{o)} scil. ad l. non omnium ff. d. LL.

§. XV.

§. XV.

Pupillus haud dubie non comparebat in Comitiiis, nec furiosus. Mutus & surdus pariter, etiamsi discretum vitium esset; surdus quidem quia non poterat audire quid proponeretur, mutus quia votum dicere non poterat. *p]* Alia igitur ratio cæci, qui & audire proposita & sententiam dicere poterat, igitur & testis esse poterat in testamento. *q)*

p) Conf. dicenda infra §. 40. seq.

q) Nam & testamentum facere poterat. Vide infra §. 40. Nec tunc requirebatur, ut testes testatorem viderent, nam hoc est inventum subsequenrium temporum *l. 9. C. d. Testam. l. 12. eod. l. 8. in fin. C. qui testam. fac. poss. Wissenb. ad d. l. 9. C. Huber. disput. fundam. §. 3. v. 7. & DD. communiter. Quamvis si videndum ulterius, an ex illis textibus recte probetur, quod cæcus non possit esse testis. Falsum enim est quod Huberus dicit in *d. l. 9.* expresse requiri ut testes videant testatorem. In conspectu testatoris ibi idem est ac in *l. 12. eod. coram* testatore.*

§. XVI.

Et cum porro soli cives comparerent in Comitiiis, non poterat servus testis esse, nec peregrinus, nec Latinus, nec dedititius, nam hi non poterant comparere in Comitiiis calatis. *r)*

r) Add. Ulpianus *d. tit. 20. §. 8. & 14.* quamvis ibidem sibi videatur contradicere, dum uno in loco cum Latino Justiniano dicit esse testamenti factionem, in altero, quod testamentum facere nequeat, quoniam lege Junia prohibitus sit; Est enim fons conciliandi in *tit. 22. §. 3. Adde Oisyl. in notis ad Gaji Instit. lib. 2. tit. 12. p. 30. seq.* Ut adeo non opus sit de hoc hominum genere, quod postea plane sublatum est, quicquam infra repetere, ubi de iis qui testamenta facere & ex eo quid consequi possunt, dicemus.

B 2

§. XVII.

Sed etsi nemo testis esse potuerit in testamento Decemvirali, cum quo non erat testamenti factio in calatis Comitibus, non omnes tamen qui ad Comitibus veniebant poterant esse testes. Unde jam videamus exceptione regula. Scilicet in omni negotio testis est de negotio alieno non de proprio. *s)* Cum ergo in ista imaginaria venditione fingeretur esse negotium inter testatorem & familiae emtoris, sua sponte sequebatur, quod uti nec ipse testator nec familiae emtor poterat esse testis, ita nec ea persona, qui cum emtore vel testatore haberentur pro una persona h. e. qui in eorum potestate essent, aut qui familiae emtorem in potestate haberet, vel cum ipso in unius patris potestate esset, possent vero esse testes & libripens fratres in ejusdem patris potestate, modo eorum pater nec testator esset nec familiae emtor, ut hæc omnia iterum diserte Ulpianus refert. *ff)*

s) Ulpian, *d. l. §. 6.* diserte hanc rationem suppeditat. *Nil nocet, dicit, ex una domo plures testes alieno negotio adhibere. Item in §. 3. Familiae mancipatio inter testatorem & familiae emtorem fit, & ob id domestici testes adhibendi non sunt.* Ex oppositione ad oculum pater domesticos testes hic esse testes in propria causa nec aliud dicit Justinianus *§. 10. d. test. Ord.* & ejus Paraphrastes Theophilus. Ut adeo non opus fuerit in commentatores ad illam *§.* prolixi fuerint in ostendenda ratione cur domesticum testimonium hic strictius accipiatur, quam in testimonio judiciali.

ff) *d. tit. 20. §. 3. 4. 5. 6.*

§. XVIII.

Porro nec testis esse quis potest in poenam, *intestabilis* propterea dictus, idque ipsa lege XII. Tabularum, qua cautum erat: *Qui se sinit testari, libripensve fuerit, nisi testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.* Sensus est) si quis

si quis actui alicui ut testis rogatus vel libripens inter-
ferit, ut cum testimonium sub pœna intestabiliratis dice-
re cogatur. Et si vero hæc lex non in specie ad materiam
testamentariam, sed ad omnes mancipationes etiam perti-
neat, nullum tamen est dubium, quin primario hæc pœ-
na respexit testamentarios testes *u*) & inde etiam ad re-
liquas mancipationes fuerit translata; ut homo intestabilis
sit plane detestabilis, cujus scilicet nec testimonium reci-
pitur, nec ipsi dicitur testimonium *x*) ut adeo nec testa-
mentum facere possit nec ad testamentum adhiberi. *y*) Illo
igitur tempore nullum aliud crimen reddebat intestabilem,
nam tum quidem SCtum de damnatis ob crimen famo-
sum *z*) nondum erat latum, multo minus crimen hærese-
os cognitum erat aut crimen læsæ Majestatis. *a*)

z) vid. Jac. Gothofred. *Fab. 7. & ibi in probat. & notis.*

u) Theophil. ad §. 5. de testam. ordin. conf. supra §. 9. in fine.

x) l. 26. qui testam. fac. poss.

y) ita ipse J Ctus Ulpianus explicat l. 18. §. 1. eod.

z) d. l. 18. §. 1.

a) l. penult. C. d. hæret. l. 5. C. ad L. Jul. Majest. Adde Huber *dissert. fundam. 53. §. 8.*

§. XIX.

Neque tam pœna erat proprie dicta hæc intestabi-
litas quam talio. Qui enim alteri non vult exhibere offi-
cium illud humanitatis & testimonium dicere, ille non
conqueri potest, si alii ipsi iterum non faciant, aut si pos-
tea non admittatur in simili negotio. Unde pertinet hæc
intestabilitas æquali jure ad rubricam tituli quod quisque
juris in alium statuerit, quam nigrum quod in jure Justi-
niano sub illa legitur. Neque tamen volebant Romani
homines simpliciter ad testimonia dicenda cogere, libe-
rior enim semper fuit primis temporibus potestas testimo-

nii dicendi in statu liberæ reipublicæ, aa) At si quis semel rogatus testis personam susceperat in solemnitate, ille utique non sine animadversione erat dimittendus, si testimonium denegaret in probatione.

aa) vid. Jac. Gothofred. in notis ad d. Tab. 7.

§. XX.

His testibus adeo presentibus fiebat familiæ mancipatio solennis à testatore. Qua formula facta fuerit diferte non dicitur. Verosimile est factam esse eodem modo ut de mancipatione in genere ex Gajo retulimus b) saltem mutatis mutandis. Id est familiæ emtor æs tenens ita dicebat: *Titii ego familiam ex jure Quiritium meam esse a-jo, eaque mihi emta est hoc ære aeneaque libra.* Deinde ære percutiebat libram, indeque æs quasi pretii loco dabat testatori, à quo familiam mancipio accipiebat. Familiæ hic ut in titulo familiæ herciscundæ & alibi c) hereditarias res denotabat.

b) supra §. 8.

c) l. 195. §. 1, ibiq; DD. d. V. S.

§. XXI.

Confirmant hætenus dicta evidentius ea quæ jam supra cc) notavimus. Scilicet hos ritus fuisse observatos quod ex principiis Juris Gentium, non obstante lege XII. Tabularum absurdum videretur Jctis Romanis, hominem de rebus suis citra actum inter vivos aut consensum populi post mortem disponere. Ergo & testes adhibebantur qui repræsentarent populum & mancipatio quæ saltem repræsentaret alienationem inter vivos. Ut igitur mancipatio etiam in vera alienatione rerum mancipi erat imaginaria venditio, ita in testamentis talibus erat præterea imaginaria alienatio. Nullum enim ius revera tum quidem transferabatur in familiæ emtorem, uti fiebat o-
liam

lim in calatis Comitibus, sed totum hoc dependebat a contentis tabularum, quæ ante mortem testatoris non aperi-ebantur: imo ne quidem ab his, sed a libera voluntate testatoris, annon per posterius testamentum & per novam mancipationem priores tabulas vellet tollere.

cc) *supra* §. 10.

§. XXII.

Innuit hoc quæ in testamento per æs & libram præter mancipationem adhibebatur nuncupatio. Nuncupabatur vero testamentum in hunc modum. Tabulas testamenti tenens testator ita dicebat. *Hæc uti his tabulis ceterisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Itaque vos Quirites testimonium præbitote.* Quæ nuncupatio & testatio vocabatur. d) Atque Ulpiano tanquam rerum Romanarum & quæ suo tempore adhuc in usu erant experto, hæc in re magis credendum, quam Theophilo, qui ut Græculus antiquitatum Romanarum non adeo gnarus aberrat, cum nuncupationem illam sic describit e) quasi post mancipationem ordinaverit moriens, quid post mortem suam fieri vellet, & adeo dixerit ad familiæ emtorem vel hæredem; Huic volo dari fundum, illi domum alii centum solidos.

d) Ulpianus *Tit. 20. §. 9.*

e) *In paraphrasi ad §. 1. d. testam. ordin.*

§. XXIII.

Scilicet seduxit forte Theophilum, quod observaret, illum actum ultimum vocatum esse nuncupationem, & in lege decemvirali extare vocem *legasit*. Et sunt alii quoque, qui nuncupationem illam confundunt cum nuncupatione testamenti nuncupativi, a qua tamen multum differt. Quod ut melius cognoscatur, jam postquam ea exposuimus quæ de solennitatibus istis narrat Ulpianus, necesse

neceſſe eſt, ut de reliquis circumſtantiis, quas non memoravit, cogitemus, eaſque ex dictis & regulis prudentiæ, aliquando etiam vel divinando aſſequamur. Quia enim iſtud neglexerunt Commentatores Juris Juſtinianeſi & falſos conceptus ſubinde ſibi formarunt de Lege Decemviriſi, non potuerunt non etiam in ipſa Juris Juſtinianeſi expoſitione ſubinde a ſcopo aberrare.

§. XXIV.

Cum igitur ex formula nuncupationis conſtet, quod teſtator teſtibus non prælegerit, quæ in Tabulis ſcripſerat, ſed potius in teſtibus fuerit occultum, patet aperte iſtam nuncupationem non eſſe actum teſtamenti quod poſtea nuncupativum fuit dictum. Unde non caute faciunt, qui ad declarationem iſtius nuncupationis adducunt textus pandectarum de nuncupatione teſtamenti nuncupativi loquentes. *f)* Nam teſtamentum per æs & libram ſi iſta adhiberetur formula erat teſtamentum ſcriptum & myſticum, *g)* in quo heres occultabatur, adeoque teſtamento nuncupativo oppoſitum.

f) quales ſunt *l. 21. qui teſtam. fac. poſſ. l. 38. d. hered. inſtit. l. 8. §. 4. d. bon. poſſ. ſec. tabulas*, ubi heres in tabulis & hæres nuncupatus aperte ſibi opponuntur.

g) Myſticum olim Jctis appellabant omne teſtamentum ſcriptum vide Harmenop. *Promptuar. l. 5. tit. 1. p. m. 357. ſeq.* Et adeo nondum Pragmatici effabricaverant ex contortis textibus *l. 77. d. her. inſtit. l. 38. d. cond. & demonſtr.* ſuum teſtamentum quod ſpecialiter myſticum vocant, ubi heres ſeorſim in ſchedula quadam ſcribitur, invita proſecto jurisprudentia, etiam Juſtinianeæ.

§. XXV.

ſcilicet illa ratio ita nuncupandi & occultandi heredem ideo a Jctis videtur fuiſſe inventa. In calatis Comitibus

Comitiis raro facta fuisse testamenta & omnia fuisse nuncupativa nuper demonstravit Dn. Praeses. *b)* Utraque quantum fieri posset, similitudinem cum testamentis Comitiorum haberent testamenta per aes & libram, alloquebantur quidem in illa nuncupatione testes, uti in Comitibus popularem *d)* sed tamen non nominabant heredem ex metu insidiarum

b) Dissert. de primis instit. Success. testam. Rom. §. 17. & 21.
d) Ergo etiam ipse nuncupationis terminus ex Comitibus in testamentum per aes & libram transit.

§. XXVI.

Cum enim forte jam fuisset observatum, quod incalatis Comitibus heres institutus & à populo approbatus, & cui adeo testator hereditatem adimere amplius non posset, absque inquiete tamen mortem amici haud expectaverit, verebantur multo magis, ne occasio daretur heredibus institutis insidias fruendi testatoribus, postquam lege Decemvirali liceret testamenta pro lubitu & toties quoties placuerit facere. Facilius enim ad insidias irritatur ille qui incertus est, an heres futurus sit, ut antevertat testatoris mutabilitatem, quam is qui securus est, quod testator etiam si velit, rursus adimere non possit.

§. XXVII.

Hinc valde erant, qui nuncupativum testamentum ex ipsa lege XII. Tabularum deducere voluerunt, adeoque ad causas testamentarias traxere legem. *Quum nexum mancipiumve faciet, uti lingua nuncupasset ita jus esto.* Sed absque sufficienti ratione, cum lex illa pertineret ad translationem domini inter vivos. *d)*

d) Hotom. l. 3. Ant. Rom. fol. m. 441. cum errorem erravit, notatus propterea à Gothofred. in not. ad tab. 6. p. m. 210.

§. XXVIII.

§. XXVIII. Neque tamen prohibitum erat testatori testamento scriptos heredes, si vellet, testibus nominare. Sed tamen non majorem vim tum habebat nominatio quam scriptura, nec fiebat sine scriptura. Imo a prudentibus testatoribus nequaquam adhibebatur, nisi forte a morientibus, qui insidias heredum ut timerent causam non habebant. Atque huc pertinet exemplum Cyri Ciceronem & Clodium instituentis supra *m*) allatum: quod tamen vel ideo non erit referendum ad testamenta nuncupativa, cum revera scriptum & signatum fuerit. Quare simul vides cur conjectura ibidem adducta firma maneat, quod Horatius occasionem dederit introducendi testamentum nuncupativum, cum scriptum perficere non posset. Nec obstat, quod Hotomannus *n*) putet, opus fuisse ut testamentum Horatii lege aliqua jam publicata valuerit. Nam & multa usu sunt introducta, multa favore Augusti subsisterunt, quæ alias irregularia essent. *o*)

m) supra §. 6.

n) d. l.

o) §. 1. d. fidei. hered. Pr. de Codicillis.

§. XXIX.

Quæ cum ita sint, facile jam judicari potest, quid sentiendum sit de opinione Theophili, docentis, quod primis temporibus ortorum testamentorum per æs & libram familiæ emtor simul heres fuerit. Postea vero id mutatum fuerit, postquam animadversum fuisset, quod heres pro certo habens se heredem futurum in dominum hereditatis insidias comparaverit. Igitur tum ceptum, esse saltem imaginaria emtione uti, & testatorem seorsim in tabulis aut chartis heredem scripsisse. *p*) Nihil enim ea de re apud antiquiores scriptores legitur, & jam istum erro-

errorem adnotavit Hotomannus. 9) Cui assentimur, si Theophilus putavit, familiae emtorem necessario fuisse heredem instituendum, & postea propter rationem ab ea memoratam id lege aliqua mutatum esse.

p) Theoph. ad pr. Inst. de test. ord.

q) Adde Huber. digress. lib. 4. c. 31. §. 1. & 3. ubi respondet simul ad rationes dissentientis Vinnii.

§. XXX.

Neque tamen contra putandum est, ut videntur. communiter Commentatores sibi imaginari, ac si familiae emtor nunquam heres verus, sed hic semper persona distincta à familiae emtore ex JCrorum, solennitates illas introducturum, voluntate fuerit. Nihil eà de re vel Ulpiani fragmentum vel alii scriptores fide digni memorant. Ergo sic negotium erit concipiendum. Viderur initio emtor familiae in Tabulis heres scriptus esse, ne tamen ad insidias incitaretur, plurima simul scribebantur legata in tabulis exhaustiva & absorbentia sapius hereditatem. Postea, cum intelligerent testatores, sibi licere emtori hereditatis lucrum per legata auferre, coeperunt etiam alios plane heredes in testamento scribere & sic sapius spem familiae emtoris eludere, donec ipsa frequentia talium actuum persuaderet emtores familiae, quod potius praesumendum sit, se non esse, quam esse heredes.

§. XXXI.

Ita vero ratio simul aperta redditur, cur initio non fuerit cogitatum de quaestione an heres vel qui in ipsius potestate esset ipse possit esse testis in testamento per eas & libram? cum initio regulariter familiae emtor esset heres, adeoque sufficeret prohibere, ne qui in ejus potestate esset, simul esset testis testamentarius. Unde verum quidem est, quod Tribonianus scripsit r) apud veteres con-

turbatum fuisse hoc capitulum, quod eos qui una persona fuissent cum familia emtore non admisissent, admisissent tamen heredem; verum etiam est, & expositionem nostram modo memoratam corroborat, quod heres obtinet imaginem vetustissimi familiae emtoris. ^{s)} Quod vero Tribonianus addit, veteres disuasisse vel testatoribus vel heredibus, ^{t)} ne potestate hac abuterentur, id ad signum Triboniani videtur referendum esse. Similis est ratio illius assertionis, quasi olim haeres ideo fuerit admittus, quia incertus fuisset & occultus, ^{u)} si de primis temporibus legis decemviralis eam intelligas.

^{r)} §. 10. *Inst. d. l.*

^{s)} i. e. quod heredes subsequentium temporum sint revera, quod olim fuerint primi familiae emtores. Unde non ita accurate Huberus *d. §. 7.* haec verba sic explicat, ac si Imperator dixisset, vetustissimum familiae emtorem fuisse imaginem heredis, h. e. eum representasse.

^{t)} Ambigue enim loquitur Tribonianus. De testatoribus tamen intellexit Theophilus *ad d. §. 10.* De herede Huberus *disp. fundam. §. 12.*

^{u)} *vid. Huber. d. l.*

§. XXXII.

Imo & si de subsequentibus temporibus. Nam vel exemplum Ciceronis aliquoties adductum ostendit, olim heredem potuisse esse testem, etiamsi palam nuncupatus sit. Et ista permissio duravit usque ad tempora Justiniani ^{x)} qui adeo Ulpiani textum mutavit ad suas Constitutiones, eique affinxit, ac si jam ejus tempore prohibitum fuisset ne heres testis esset in testamento. ^{y)} Quod vero in contrarium assertur, Justiniani tempore amplius non fuisse in usu, ut heredes adhiberentur loco testium, idque certo inde constare, quoniam illa vetus licentia in testamento

pit, sed saltem si numero testium secundum legem præscripto subsignata tabulæ offerantur, quod bonorum possessionem dare velit, edixit. Ergo numerus septem testium non est ex Edicto Pratoris sed ex lege. *d*) Unde sit subscriptio, ex illo quidem loco Ciceronis non liquet, sed saltem liquet, non esse ex iussu Pratoris. Declarat Prator quid facere velit, si ipsi offeratur testamentum septem testibus signatum, & formam adeo talium testamtorum ante edictum suum in usu fuisse supponit. Adde, quod vero similiter testamentum Cyri Ciceronem & Clodium instituentis, factum fuerit per æs & libram, item quod Horatius tali testamento voluerit Augustum heredem facere cum ipse Julius Cæsar & Augustus hunc testandi modum adhuc adhibuerint. *e*) Et tamen testamentum Cyri signatum fuit à testibus, & Horatius signare voluit suum, sed ob vim morbi non potuit. Imo in lege Celsi qui sub Hadriano vixit, *f*) ubi testamenta per æs & libram haud dubie adhuc in usu erant *g*) testem esse & signare testamentum ut synonyma proferuntur. Ergo rem sic cape.

a) fundamentum hujus assertionis ponitur in §. 2. *U. 3. de testam. Ord.*

b) Ulpianus *tit. 23. §. 6. l. 12. de injust. rupt.* Huber. *l. 4. digress. c. 33. §. 1.*

c) *lib. 1. in Verrem, c. 45.*

d) Huberus *d. l. §. 2.* dicit: Initium septem testium esse à Pratore, at cum usu civium maxime frequentaretur, cum a lege esse confirmatum, idque procul dubio lege Cornelia testamentaria quam Sylla tulit, factum, cujus adeo Prator, qui minister legum est, mentionem facere in formula debuerit. Nos, etiam illa fictio Huberi de lege Cornelia videatur durior, cum nemo unquam id dixerit, eam de septem testibus dispo-

fuisse, admitteremus tamen tanquam coniecturam, si modo constaret, initium septem testium esse à Prætorè.

e) Zach. Huber. *de testamento Julii Casaris* §. 3. & *de testamento Augusti* §. 3.

f) Eberlin. *de O. J. c. 48.*

g) quia *supra* §. 4. probavimus ea adhuc in usu fuisse diu post, nimirum Ulpiani temporibus.

§. XXXIV.

Ait Imperator. Jure civili signa testium non fuisse necessaria, b) recte. Neque enim Jcti præceperant, cum solennitates testamento per as & libram præscriberent, ut testes signare deberent. Sed in præscriptione solennitatis nuncupatio erat ultimus actus, unde suprema contestatio vocatur. c) Sed tamen nec prohibuerant testium signationem, & natura negotii mox videtur eam postulasse, ut usu introduceretur. Fac enim & concipe. Dixerat testator solennia illa verba nuncupationis & testes invocaverat, ut testimonium dicerent, se ea quæ in tabulis ostensis, scripta essent (quæ tamen ipsis non prælegerat) dare, & legare. Necessè est, ut postea adhuc alia quædam fuerint facta, quæ in solennitatibus præscriptis non referuntur quoniam relinquebatur res arbitrio testatoris. Quomodo enim potuissent testimonium dicere testes, mortuo testatore, de testamento, nisi certum ei signum fuerit additum, unde potuerint cognoscere, has esse easdem illas tabulas, quæ ipsis fuerunt ostensæ tempore nuncupationis. Signum solius testatoris tabulis impressum non sufficiebat, alias mutare potuisset pro lubitu illas tabulas & alias substituere. At hoc non licebat, sed, si mutare quid vellet, omnia ex integro faciendæ erant. d) Aut quid si duæ vel tres tabulæ repertæ fuerint signo testatoris signatæ? Igitur signabat & familiæ emtor tanquam præsumptivus heres.

Jam

Jam vero nihil tam naturale est, quam, ut testes negotio alicui, ubi partes negotium peragentes signant. adhibiti, & ipsi simul signent. Quare, etsi nihil præscriperint Jcti, quomodo testator certiores reddere debuerit testes, tabulas post mortem suam aliquando exituras esse illas ipsas; quas tum ipsis ostenderet; vel tamen ex ipsius negotii natura apparet, mox ab initio testamenta fuisse signata a testatore, familiæ emtore, quinque testibus, imo a libri-pende. Nam & hic ex lege XII. Tabularum in omnibus mancipationibus testimonium, ubi opus esset simul dicere debebat sub pœna intestabilitatis. *m*) Ita habes excepto testatore testem sextum. Porro, cum ut diximus, temporibus subsequenter familiæ emtor regulariter non esset heres & tamen secundum morem semel receptum testamentum signare continuaret, signum ejus tanquam signum septimi testis fuit habitum.

b) §. 2. d. testam. ord.

i) l. 20. §. 8. qui testam. fac. poss.

l) l. 21. §. 1. qui testam. fac. poss.

m) vide supra §. 17.

§. XXXV.

Tale testamentum si Prætori offerretur, ubi secundum formulam Ciceronis tantum multa signa aderant, quam è lege oportebat, h. e. tot personarum quot lex decemviralis præter testatorem requireret; Prætor dabat b. p. secundum tabulas, etiam si agnatione posthumi vel alio modo testamentum esse irritum factum. *n*) Igitur id quod Prætor hic corrigebat, in eo consistebat solum, quod assisteret testamento irritato facto, non ut Justinianus testamentorum formam introduxerit, ac nullam mancipationem desideraverit. *o*) Hoc enim Prætori nunquam in mentem vegit.

venit. Quin potius is in Edicto suo præsupposuit mancipationem factam, cum non quinque testium, quæ alias citra mancipationem suffecissent, sed septem sigilla præcise requireret. Imo præsupposuit, & reliqua rite facta esse, v. gr. intuitu testatoris. 00)

n) Ulpianus tit. 23. §. 6. l. 12. d. inj. rupt.

o) d. §. 2. de testam. ord.

oo) Cic. Topic. c. 4. & lib. 7. Epist. 21. conf. infra §. 47.

§. XXXVI.

Interim illud non est diffidendum, venerationem istam solennitatum jure civili præscriptarum paulatim evaluisse, cum Prætor semel & in materia testamentaria inceperit jus civile corrigere concedendo bonorum possessiones tam contra tabulas jure civili subsistentes, quam secundum eas, quæ jure civili valere non deberent. Accedebat, quod sub statu Monarchico nunquam tanta sit auctoritas solennitatum, quanta est in libera republica, & quod sub statu Monarchico eo minus videbatur necessaria mancipatio, quo certius esset, nihil amplius ea agi, quam ut saltem denotetur, quod testamenta primis initiis deberent effectum suum exerere inter vivos, nunquam vero amplius familiæ emtorem ipsum heredem esse. Certe aliis dedit hæc res occasionem, ut hanc mancipationem haberent pro ridicula. Et communiter solet eam in rem adduci Plutarchus) tanquam varias populorum leges ineptiæ insimulans quas inter juxta Lacedæmoniorum rhetram nemystacem alere liceat, etiam hanc irrideat Romanorum, quod alios quidem faciant heredes, aliis hereditates vendant. Quicquid autem de Plutarcho sit, non credo ante tempora Christianorum Imperatorum mancipationem &

D

adeo

adeo testamenta per æs & libram plane desisse esse in usu.

p) de sera numinis vindicta f. m. 318.

§. XXXVII.

Ipsam vero Plutarchi censuram quod concernit, video varie eam considerari à variis. Alii Plutarchum non ipsum ita sentire dicunt; sed saltem introducere Timonem quendam ita differentem. *q)* Alii dicunt, Plutarchum non recte intellexisse rationem introducti hujus moris & ideo tam inique de eo sensisse. *r)* Alii contra Plutarchum temere ignorantiae accusari statuunt, sed probe volunt eum intellexisse hoc argumentum quod tractat, ac juste irrisisse mores Romanorum. *s)* Nostra quidem non multum interest mentem Plutarchi inquirere; non possumus tamen non occasione ita se offerente duobus verbis ostendere, quam seducere soleat excellentissima ingenia vel plane neglecta vel saltem supina autorum inspectio. Tractat eo in loco Plutarchus quaestionem de sera numinis vindicta per modum dialogi. Et primo proposita objectione contra justitiam divinam per quendam Patrocleam & Olympiacum, Timon alia adhuc vult addere, sed interrumpitur statim ejus sermo à Plutarcho; qui antequam quaestionem resolvat pramittit, mirum non videri debere quod hominibus videantur multa quæ Deus facit, quia rationem factorum nesciant, esse parum coherentia, cum id soleat etiam accidere in humanis negotiis etiam prudentibus, quod rationes legislatorum nesciamus, & tum exempli loco memoratam thetram Lacedæmoniorum & legem illam XII. Tabularum affert. Ex his vero patet, Plutarchum omnia alia dixisse, quam illa, de quibus DD. circa ejus mentem disputare diximus. Neque enim tum objectionem, quandam aut sententiam Timonis sed propriam

am proponit, neque irridet Romanos, cum ejus locutio non sit absoluta sed hypothetica, et] neque adeo ex hoc loquendi modo videri poterit, an ignoraverit rationem legis decemviralis, an minus. Interim si verba prout jacent consideres, magis videntur favere opinioni quod ignoraverit; at si reliqua ejus scripta pensites, testantia de ejus eruditione in antiquitatibus Græcis pariter & Romanis, verosimilius est, eum rationem illarum legum omnium quas ibi adducit, nequaquam ignorasse.

2) Huber. *d. l. 4. digress. c. 33. §. 1.*

7) Brissonius *l. 1. ant. cap. 7. Vinnius in Commentar. ad §. 1. de testam. Ordin.*

8) Zach. Huber. *de testam. Cæs. Aug. §. 4. p. 154.*

1) Non enim dicit hæc ridicula esse, sed videri, scil. aliis qui rationes ignorant.

§. XXXIIX.

De solennitatibus testamenti Decemviralis fatis. Jam videndum quinam testamenta ex lege decemvirali facere possint. Non alii, quam qui poterant facere in calatis Comitibus. 2) Ibi vero omnes facere poterant, qui in Comitibus poterant comparere, & habebant de quo testarentur. Ergo eadem est ratio testamentorum per æs & libram.

2) *vide supra §. 12. 13.*

§. XXXIIX.

Unde jam evidens est doctrina Ulpiani, quem reliqui exscribunt omnes, de iis qui testamenta facere non possint x) quamvis in subinde addat rationes secundarias, ad quas adeo non tam erit respiciendum, quam ad illam generalem modo dictam. *Filiusfamilie, inquit, testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed Divus Augustus Marcus constituit, ut filius-*
fami-

familias miles de eo peculio quod in castris acquisivit testamentum facere possit &c. Impubes licet sui juris sit testamentum facere non potest, quoniam nondum plenum animi iudicium habet. Mutus, surdus, furiosus, item prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familia emptoris exaudire non potest: furiosus quoniam mentem non habet, ut testari ea de re possit: prodigus quia commercium illi interdictum est, ut ob id familiam mancipare non possit.

x] tit. 20. §. 10. 12. 13.

§. XL.

Sed Ulpianum, præmissis in reddendis rationibus juris antiqui, non semper exactas dare, uti tyronibus vel ejus assertis variantibus de ratione cur partus ancillæ non sit in fructu, notum est, sic idem & hic contigit. Cur impubes, murus, surdus, furiosus itemque prodigus, cui lege bonis interdictum erat, non possent testamentum facere primaria ratio erat, quia non possunt comparere in Comitibus. De muris & surdis rem probavimus jam supra y) & simul ostendimus cæcos ideo ad testimonium dicendum fuisse admissos, quia in Comitibus comparere poterant. Inde nec mirum, quod cæcus testamentum facere possit. Cæcus testamentum facere potest, inquit Paulus, z) sed iterum secundariam afferens rationem, quia accire potest adhibitos testes, & audire sibi testimonium perhibentes. Imo & furiosus tempore intervalli testamentum facere potest a) quia scilicet potest tempore intervalli comitia frequentare.

y) supra §. 15.

z) Recepte sentent. lib. 3. tit. 4. §. 4.

a) Paulus ibid. §. 5.

§. XLI.

§. XLI.

Cæcus itaque ex lege decemvirali poterat testamentum facere eodem modo, ut alii, neque putabatur opus esse, ut sextus testis adhiberetur præter libripendem & familiæ emptorem. Et recte; nam numerus testium ibi non adhibebatur probationis sed solemnitatis gratia. An igitur recte hac parte legem decemviralem Justinianus correxerit *b)* alii dispiciant. Mutus & surdus, qui discretis vitis sunt, an ex regulis prudentiæ postea sint ab Imperatore admisi, *c)* similiter aliis disquirendum relinquo. Interim breviter nota, quid rationes legum faciant. Si Ulpiani rationem attendas, quare surdus & mutus non sit admittendus, ea, cum respiciat præcise solemnitatem mancipationis, cessavit, cessante ipsa mancipationis solemnitate. At vero si genuina ratio ex calatis comitiis petatur & quod lege decemvirali fundamenti loco positum fuerit, non alios ad testamenta, hereditatem, & testimonia de testamentis esse admittendos, quam qui in calatis Comitiis admittebantur, ea non cessat, etiamsi cesset mancipatio.

b) l. 8. C. qui testam. fuere poss.

c) l. 10. C. eod.

§. XLII.

Maxime vero ex exemplo prodigi patet, Ulpianum addaxisse rationem secundariam. Verum est, prodigus, quia illi commercium interdictum, est ob id familiam mancipare non potest, etiam in testamento per æs & libram, quia sæpius diximus & hanc mancipationem fuisse alienationem inter vivos. Sed hæc ratio non est primaria, cor prodigus testamentum facere nequeat; alias enim sublata mancipatione testamentaria testamentum facere posset. At non potest. Adde si hæc fuisset ratio, quod tum sublata mancipatione sine ratione videatur ipsi interdicta te-

stamenti factio, quia tum nulla amplius alienatio inter vivos nec ejus simulacrum quidem in testamentorum solennitatibus intercedebat. Ab alienationibus autem inter vivos prohibita ad alienationis post mortem interdictionem non valet ratiocinatio, cum minores curatores habentes non possint alienare inter vivos, & tamen testamenta faciunt.

§. XLIII.

Ergo potius dicemus; quia lex XII. Tabularum prodigos & furiosos æquiparavit, *d*) prodigi æque arcebantur à comitiis ac furiosi. Scio quidem, pragmaticos in ore habere, prodigos æquiparari furiosis saltem in alienatione bonorum, unde, si hoc universaliter verum esset, jus Comitiorum ipsis non fuisset interdictum. Sed quemadmodum nostra intentio haud est, illud dictum, quod in doctrina de delictis suam utilitatem habet, quas limitationes admittat, examinare, ita nobis jam sufficit, in ipsa lege XII. Tabularum tutoribus vel curatoribus prodigorum dari potestatem non solum in pecuniam prodigorum sed & in ipsos æque *e*) ac in furiosos, aut ut in impubes. At nec furiosus nec impubes jus Comitiorum habet.

d) Dixerat enim: *Si furiosus aut prodigus existat, ast ei custos nec escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Vide Jac. Gothofred. *de LL. XII. Tab. tab. 5.* eumque adde omnino in *lib. 3. probat. p. 98. 99.* ut appareat, quam minus recte Hotomannus & alii sensum legis perceperint.

e) vide modo verba: *in eo pecuniave.*

§. XLIV.

Sed, inquis, si hæc ratio foret, prodigus nec posset esse testis in testamento. At Ulpianus ubi eos qui testes esse nequeunt, *f*) recenset, prodigum omisit, etsi furiosum
 mentio:

mentionem faciat. Nec ipse supra mentionem fecisti prodigi, cum de testibus ageres. Ita quidem est. Volui enim hanc quæstionem hoc loco tanquam commodiore tractare. Idem forte & ab Ulpiano intentum. Quare & nunc illa doctrina de testibus ex hoc loco erit supplenda, & omnino asserendum, prodigum ideo, quia non habuit testamenti factionem, & quia non potuit comparere in Comitibus, nec potuisse etiam esse testem, cum alias si illa solum ratio eum a testamenti factione repulisset, quod familiam mancipare non potuisset, non fuisset à testimonio excludendus. Et ne cavilleris hanc assercionem esse tantum prudentiæ cerebrinæ coniecturis incertis & dubiis nitæ; an ipsum Ulpianum alio loco g) doctrinam nostram egregie confirmantem.

f) Ulpianus *tit. 20. §. 7.*

g) *lib. 1. ad Sabinum unde desumpta l. 18. pr. qui testam. fac. poss. Is cui lege interdictum est, testamentum facere non potest, & si fecerit ipso jure non valet. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi potest, cum neque testamenti factionem habeat. Simile est quod in fragmento Pauli reperitur recept. sent. lib. 3. tit. 4. §. 12. Prodigus recepta vita sanitate ad honores reversus, & testamentum facere & ad testamenti solennia adhiberi potest.*

§. XLV.

Sed nondum possumus ad filiumfamilias transire. Urget enim adhuc ut doctrinam nostram defendamus, fæmina. Cum fæmina non esse testamenti factionem, nec eam posse testem esse, nec comparuisse in comitiis supra b) est assertum. Ergo si iste foret character examinandi etiam eos qui possent testamentum facere, nec fæmina posset testamentum condere. At & jure Justiniano potest, & olim potuit, cum testamenta per *æs* & *libram* e-

rant

rant adhuc in usu, de quo ne dubitemus ipse Ulpianus testimonium perhibet. *i*) Fateor hoc dubium maxime premere doctrinam nostram, ut si istud cum ratione rejecerimus, fere res confecta videatur. Sed arte opus erit. Urfit idem Jctum summum & nemini facile secundum, Franciscum Balduinum, neque tamen ipse quomodo se expediret, invenit. *l*) Alius eruditione pariter clarissimus *m*) ex ipso textu Ulpiani arrepta distinctione negotium expedire voluit. Multa forte circa utramque sententiam moneri possent. *n*) Sed malumus brevitatis studio saltem mentem nostram aperire.

i) *d. tit. 20. §. 15.* *Fœmina post duodecimam annum ætatis testamenta facere possunt, tutore autore donec in tutela sint.*

l) *Bald. ad L. XII. Tabb. cap. 29. p. 116.* *Sed & mulierem, inquit, quæ se capite non deminuit, b. e. quæ emancipata non est, non posse testamentum facere, dixit Cicero in Top. ad Trebat. & lib. 7. Epistol. ad eund. Sed & dubito an olim materfamilias omnino potuerit hac lege testamentum faceret. Certe cum calatis Comitiis hoc fiebat, vix est, ut potuerit, quæ nullam habebat cum Comitiis communionem. Sed alioqui per as & libram cur non potuisset? Quid si mulier sit in potestate tutoris? Tutore autore poterat testamentum facere. Livius libro 39. meminit libertine mulieris quæ olim testamentum Rome fecerit, Tutore petito à Tribunis & Præstore.*

m) *Conr. Rittershusius in leg. XII. Tabb. Cl. 3. Part. I. cap. XI. p. 100.* *De feminis distinguendum esse videtur ad hunc modum, I. Femina aut erat in tutela (sicut olim in perpetua tutela erant femina, etiam post libertatem, quæ tamen certis modis liberabantur, ut docet Ulpianus in fragm. tit. II. & tit. 20. §. penult. Item Boetius In Topic. Cicer. & ipse Cicero alibi) aut non est in tutela. II. Femina aut testari volebat in comitiis calatis, aut per as & libram. Si femina esset in tutela poterat testamentum facere tutore autore. Ulpianus d. tit. 20. §. penult.*

§. penult. Quod tamen satis mirum videtur, cum aliqui certum sit, testamenta non debere pendere ex alieno arbitrio. Est enim testamentum voluntatis nostræ iusta sententia. Si mulier tutela fuisset liberata, testamenta sine auctoritate tutoris facere poterat per as & libram. Calatis vero Comitibus non poterat, ideo quia mulieres comitiarum jus non habebant, quomodo & Telemachus apud Homerum in *Odysea* matrem suam jubet à Comitibus sive concione facessere & domum se conferre ad domum & telam suam tractandam: viris enim concionem curare esse debere. Postea tamen receptum est, ut femine quoque libere testari possent, dummodo 12. annum complevisset. l. 5. ff. qui test. fac. poss.

n) Initio nondum constat an Cicero in *Topi* c. c. 4 quod volebat Balduinus, per mulierem quæ non erat capite minuta, intelligeret eam quæ non esset emancipata. Sane Poetius ad d. l. *Ciceron. p. m. 781.* intelligit eam quæ nondum convenisset in viri manum. Sed nec ipsius tamen explicatio cohæret. Fortè intellexit Cicero plane inverso modo quæ non exisset ex manu viri, i. e. quæ virum habebat. Vir enim tum temporis erat caput uxoris &c. Deinde Rittershusii prima distinctio an mulier sit sub tutela an non, leges XII. Tabb. non explicat cum eo tempore mulier fuerit in perpetua tutela & falsum sit adeo, quod foemina aliquando à tutela sint liberatae illis temporibus & sui quasi juris effectæ. Nam apud Ulpianum in fragmento *d. tit. XI. in fine loco verborum: Famine autem tutela liberantur* legendum esse non liberantur contextus ostendit, quia alias nullus est sensus. &c.

§. XLVI.

Ergo assumo fundamenti loco quod conceditur foeminas non fecisse testamenta calatis comitiis. At nemini potestatem concesserunt, qui antea non habebat nec Leges XII. Tabb. nec Juri qui primitus explicabant leges, nisi id evidenter doceatur. Sed doceri id nequit Parisfamilias mentionem facit lex decemviralis. Sed hæc

vox pro neutra sententia probat, quia in legibus modo sexus masculinus fœmininum includit, modo excludit, prout vel eadem vel diversa utriusque sexus est conditio. Imo doceri goretur evidentè, fœminas primis temporibus nec per æs & libram testari potuisse. Annotaverunt id Gellius pariter & Plutarchus; iste distinctius hic aliquo modo obscurius, o) videlicet lege Horatia Taratiæ Vestali virgini per modum privilegii inter alia concessum esse, ut sola ex fœminis testamentum per æs & libram facere possit. Ergo reliquæ fœminæ facere nequiverunt.

o] A Plutarcho incipiemus. *Is in Valerio Publicola f. m. 94.* Tarquiniam vocat, & privilegium sic describit, quod ipsi soli ex sexu sequiori licuerit *testimonium ferre*, τὸ μασῆσῆσαι αὐτῆς δέχεσθαι μόνως γυναικῶν. Credo Plutarchum voluisse dicere, quod ipsi soli licuerit *testimonium suscipere*, seu quod ipsi soli licuerit *testimonium dici* (in testamenti factioe) Interpretes active intellexerunt, quod ipsi soli licuerit *testimonium dicere*: quamvis si de testimonio testamentario rem intelligas, parum interfit. Multum autem interest, si de alio quovis testimonio, ut fit in novissima versione Gallica p. m. 517. *le peuple ordonna que son temoignage seroit recu en justice, privilege, qu'on n'avoit pas encor accordé aux femmes.* Mirum hoc esset, fœminarum testimonia in iudicio olim non fuisse suscepta. Et quis hoc dixit? Gelli locus est *lib. 6. c. 7. Tarratiam virginem Vestæ fuisse lex Horatia testis est.* (Non illa quæ abrogatis Decemviris publicata, sed alia posterior, ut videtur etiam intellexisse Hotomannus l. 1. *antiq. Roman. hac voce*) *quæ super ea ad populum lata, qua lege ei plurimi honores sunt, inter quos jus quoque testimonii dicendi tribuitur: testabilisque una omnium fœminarum ut sit datur. Id verbum est ipsius legis Horatiæ. Contrarium est in XII. Tabulis scriptum: Improbis intestabilisque esto. Vide supra §. 18.* Non obstat, quod Gellius statim narret: *Accam Larentiam* testa-

testamento Romulum Regem, ut quidem alii tradiderint, populum Romanum bonis suis heredem dedisse, propterea ei sacrificium publice fieri. Nam ipse statim ex Sabino Massurio aliam illius sacerdotii causam refert. Et quomodo Latentia illa testamentum facere potuisset, cum illo tempore testamenta Romanis vel essent incognita, vel non nisi calatis Comitibus fierent.

§. XLVII.

Sed ut fœminæ subsequentiis temporibus etiam in statu reipublicæ liberæ subinde multum potuerunt, ita non mirandum, quod & testamenti factio ipsis fuerit concessa. Quando & qua occasione factum sit, non constat, unde moribus paulatim id invaluisse verosimile est, postquam per privilegium jam una fuerat admissa. Livius certe tanquam rem non insolitam memorat, quod jam anno ab U. C. 567. p) Hispala fœmina libertina, scortum nobile post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore à Tribunis & Prætore petito, cum testamentum faceret unum Ebutium juvenem, quem deperibat, heredem instituerit. Neque tamen propterea dixerim, mores illius temporis jam fuisse universales, ut fœmina testamentum faceret. Etsi enim hæc meretrix esset, notandum tamen, quod Patronus ejus esset mortuus, & adeo verosimiliter hæc fœmina nullum haberet heredem ab intestato. Certe tempore Ciceronis, i. e. integro seculo & ultra post illud factum à Livio memoratum Turpilia quædam Silium heredem instituerat: Jcti dissentiebant an b. possessio locum haberet, ideo quia testamentum factum ab ea quæ testamenti factionem non haberet. q) Cur Turpilia testamenti factionem non habuerit, non additur, unde verosimile, ideo, quod fœmina fuerit. Neque enim puto casum istum explicandum esse in omnibus circumstantiis ex

Topicis Ciceronis, r) ubi Cicero bonorum possessionem ait non dari ex testamento foeminae, quae capite minuta non sit. Præterquam enim quod istud sit satis obscurum foemina capite non minuta, s) Cicero uti alias Juris Civilis non erat ubique gnarissimus, ira vel ex allegata Epistola apparet, quod de proposito casu jus ignoraverit.

p) Livius lib. 30. c. 8. & 9. memorat rem contigisse Sp. Posthumio Albino & Q. Marcio Philippo Consulibus, i. e. secundum falsos Consulares A. Contii anno 567.

q) Cicero l. 7. Ep. 21. ad Trebatium. *Cum ei (Silio) dicerem, tibi (Trebatio) videri sponsonem illam nos sine periculo facere posse [si bonorum Turpilia possessionem capio, quam Prætor ex Edicto suo mihi dedit] negare agebat Servium, tabulas testamenti esse eas quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit.*

r) Cic. Topic. c. 4.

s) vid. modo not. lit. v.

§. XLVIII.

Est præterea notabile quod legitur in epicome Har-
menopuli a) *Occulto (i. e. scripto) testamento non acquiritur, nisi id propria subscriptione vallaret testator. Ac i-
deo nec mulieres nec illiterati testari possunt.* At quem lo-
cum Scholiafles notat, quod illa lex videatur vetustum
morem sequi, quod mulieri non fuerit permissum literis
ac instrumentis subscribere, & quas vellent tabulas subscri-
ptionibus suis firmare. Colligit ex hoc loco Emundus
Merillius b) mulieres saltem testamenta nuncupativa face-
re potuisse, non scripta, idque adhuc Papiniani tempore
fuisse in usu idque apparere ex casu ab Ipsomer proposito.
Scripterat pater in testamento: c) *Mando filia mea pro salute
ipsius sollicitus, ut quoad liberos tollat, testamentum non
faciat; ita enim poterit sine periculo vivere.* Nam alias nul-
lum

lum sensum esse cur periculum subierit, si testari licuerit in scriptis. Observatio curiosa & erudita, sed quæ tamen ulteriorem meditationem requirit.

a) lib. 5. tit. 1. §. 32.

b) lib. 2. obs. 1.

c) l. cum pater. 77. §. mando de leg. 2. ad quam vide omnino Cujac. in Papiniano.

§. XLIX.

De filiofamilias non multa sunt addenda, nisi quod faciat exceptionem a regula. Diximus eos qui in Comitibus comparuerunt, aut qui testes esse potuerunt in testamento habuisse quoque testamenti factionem, & contra non comparentes in comitiis & intestabiles testamenta facere non potuisse (unde quæ de seruo, peregrino, Latino dedictio supra *e*) in materia testium dicta sunt, hic in capite de testamenti factione sunt repetenda.) Sed filiofamilias comparebat in Comitibus, testis esse poterat in testamento alieno, quia in publicis negotiis (quale etiam est testamentum ratione originis primæ in calatis comitiis) habetur pro Patrefamilias. Interim non poterat testamentum facere quia nihil habebat proprii, ut Ulpianus loquitur, neque enim tum distinctio peculiorum obtinebat, sed ea est foetus subsequentium temporum. Ergo, quod notandum, in filiofamilias est magis impedimentum facti quam impedimentum juris. *ii*) Et hinc quia nec in calatis Comitibus ob eandem causam testamentum faciebat, dixerant Decemviri in lege: Patrefamilias &c.

e) supra §. 16.

ii) conf. paulo post §. 53.

§. L.

Pergeremus ad heredes, nisi videremus à quibusdam adhuc dubium moveri, an omnibus patribusfamilias

E 3 licu-

licuerit testamentum facere. Sunt enim quid id saltem de nobilioribus intelligunt, & plebejos excludunt; docentes videlicet, quod apud Romanos olim ingenui non dicti fuerint omnes cives, sed illi saltem quibus ex proprio sanguine vivere licuerit, uno verbo nobiles, i. e. senatores vel patricii, tanquam qui soli legum conditores fuerint, & jus suffragiorum in Comitibus habuerint, cum plebs videlicet post multa temporum intervalla & varias seditioes demum aliquam auctoritatem legum condendarum acceperit. Hinc ergo etiam esse, ut jura testamentorum, patriæ potestatis, agnationis &c. quæ olim ad solos nobiles pertinuerint, postmodum per abusum ad quosvis ex plebe indistincte fuerint extensa. Sed quemadmodum ista sententia plane particularis est, ita non opus est ut prolixè ad eam respondeamus, cum antiquitates Romanæ historiæ evidenter contrarium cuicumque vel supinissime eas legenti, persuadeant, & haud dubie etiam dissentientibus persuasuræ sint, modo legere voluerint. *u)*

u) vid. Dion. Halic. l. 2. c. 13. p. 85. l. 4. cap. 24. 25. p. 218. seq. l. 6. c. 58. p. 376. lib. 7. c. 52. p. 442. Addantur vel saltem libri tres Livii priores.

§. LI.

Vidimus hactenus latissimam potestatem, quam Gajus per legem Decemviralem dicit datam esse iis qui testamenta facere volunt, non intelligendam esse intuitu solennitatem & testium, neque intuitu testatorum; jam videndum an forte ea assertio respiciat personas quibus in testamento quid relinqui potest. Ita videretur quidem, si hodierna tempora respicias, ubi muti, surdi, prodigi, furiosi, faminae, servi, peregrini insitui possunt heredes. Sed ex moribus vel hodiernis vel etiam juris Justiniani non altimanda est dispositio legis XII. Tabularum. Circa hujus

hujus intellectum Jcti Romani habebant eandem regulam, qua in primo & secundo capite exponendo usi sumus: Heredes esse possunt, cum quibus testamenti factio, vel qui testamenti factionem cum testatore habent. x) Atque vel hic locus evidentissime indicat, quod non possit testamenti factio aliqua passiva intelligi, ut vulgo ea fuit efficta, quia alias esset mera tautologia, heredes institui possunt; qui possunt heredes institui, Ergo necesse est, ut & hic sensus sit: Heredes possunt esse qui habent jus Comitiorum & possunt ex illa ratione testamenta facere ac testes esse in testamento, y)

x) Ulpianus *tit. 22. §. 1.*

y) *vide supra §. 13.*

§. LII.

Hoc vero si admittas, non potuerunt jure XII. Tabb. heredes esse peregrini, servi impuberes, muti, surdi, furiosi, prodigi, intestabiles, famina; filiusfamilias tamen potuit, quia habebat jus Comitiorum & a testamenti factione saltem excluderetur, quod nihil proprii haberet, de quo disponeret, sed donari tamen ipsi quid poterat, ergo non obstat illa ratio quo minus heres institui posset. Potuit & exlebs illo tempore, nam lex Julia nondum prohibuerat. z)

z) Ulpianus *tit. 22. §. 2. 3.*

§. LIII.

Caterum si testimonia illius assertionis conquiras, de peregrinis quidem, & qui his similes sunt, dedidisti, Latinis, regulam declarat Ulpianus a) de reliquis nihil, imo de servis plane contrarium dicit. b) Sed id non mirandum, cum institutionibus illis Ulpianus quidem plerumque respiciat ad testamenta quæ adhuc fiebant per as & libram, non tamen explicet sensum legis Decemviralis, sed subinde respiciat usum suorum temporum. Ergo cum

in

in scriptoribus antiquitatum Romanarum parum vel nihil deprehendamus, quæ assertionem nostram illustrent, & occasiones mutationum doceant, conjecturis hic erit opus.

a) *d. t. 22. §. 2. 3.*

b) *ibid. §. 7. seq.*

§. LIV.

Ostendunt vero hæc dicta, eos qui in Comitiiis non comparebant & propterea nec testamentum condere nec testes in testamento esse poterant, fuisse duplicis generis. Quidam prohibebantur in Comitiiis comparere, alii non prohibebantur quidem sed impediabantur, quo minus jus suum exercere possent. Prohibebantur, qui non essent cives nec patresfamilias, aut qui in poenam expresse jubebantur. Impediabantur qui cives essent & patresfamilias & nihil deliquerant, sed nihil agere poterant in Comitiiis, ut impuberes, surdi, muti, furiosi. Posses & duplicia impedimenta facere, alii jure impediabantur ut priores, alii facto ut posteriores. Qui solo facto impediabantur, hi omnium primi videntur admissi ut possent fieri heredes, ne calamitas aut imperfectio physica illis noceret in acquirendo solatio. Igitur etsi initio introducti testamenti per æs & libram, ubi secundum superius c) tradita, adhuc emtor familiae heres esse solebat, impubes, mutus, surdus, furiosus heredes non potuerint esse, quia scilicet evidenter non poterant esse familiae emtores, mox tamen, ubi coeptum est plane alium heredem instituere quam familiae emtorem, intuitu horum ab illo rigore recessum fuisse non est improbabile. De prodigo idem dicendum, cum supra d) jam monstratum fuerit, eum ipsa lege decemvirali furioso æquiparatum esse. Neque enim prodigali-

galitas crimen est, sed vitium, neque interdictio bonorum
pœna, sed impedimentum.

c) *supra* §. 29. 30.

d) *supra* §. 43. 44.

S. LV.

Alia ratio fuit illorum, qui jure impediti sunt, ne
in Comitibus comparerent scilicet peregrinorum, servorum,
intestabilium, faminarum utpote cum horum tantus fa-
vor non esset. Sed cum tamen constet, jure Justiniano
solos peregrinos & intestabiles non admissos esse ad here-
ditates, faminas vero & servos potuisse heredes institui, de
his adhuc pauca dicenda. Servi quidem cum heredes in-
stituti sunt, considerandi sunt non intuitu proprii corpo-
ris, quod pro persona in jure non habetur, sed quatenus
sunt instrumenta dominorum, quia per ejusmodi institu-
tionem domini heredes fiunt non servi. Igitur putatum
fuit, sufficere quod cum domino sit testamenti factio etsi
nulla sit cum servo. e) Accedit, quod eadem hic videat-
ur ratio subfuisse quæ in instituto filiofamilias, præprimis
quia tempore legis Decemviralis patria potestas in liberos
adhuc æquabat, si non superabat, potestatem in servos.
Sed forte mirum alicui videri posset qui factum fuerit, ut
servi alieni heredes instituerentur, cum hæc institutio vi-
deatur hominum parum sanæ mentis. Vel enim testator
favet servo; at servus non acquirit, sed dominus; vel do-
mino, cur non dominum ipsum instituit? Imo incertum
est an dominus quem servus tempore testamenti facti ha-
bet, heres futurus sit, etiamsi vivat tempore adeundæ he-
reditatis & velit heres esse, v. gr. si servum interea vendi-
derit. &c. Sed commune vitium est, quod nostrum in-
tellectum in doctrina hac juris Romani corrumpit, quod
imagi-

imaginemur servos Romanos ad instar nostrorum rusticorum & vilissimorum mancipiorum liberorum (liceat enim sic intuitu rei ipsius loqui.) Servi Romani plane alterius conditionis erant. *f*). Adeoque qui ejusmodi servos habebant, qui gratiam aliorum liberorum hominum venari didicerant, iis non solebant domini lucra, quæ ipsi afferebant, omnia auferre, multa ipsis relinquebant, etiam ut genio suo quid indulgere & lautius vivere possent. Imo multa officia servorum apud Romanos æquabant officia aulica, majora etiam, multorum Principum hodiernum. Ergo si quis talem servum institueret, revera etiam lucrabatur servus, etsi non fieret hereditatis dominus. Sed tamen tardius videntur servi apud Romanos heredes instituti, quia, ut, talis meditatio hominem sanæ mentis impulerit ad servos instituendos, jam magnæ divitiæ & luxus supponi debent, quæ temporibus illis Decemviralibus adhuc exulabant.

e) Pertinet huc elegans textus Pauli *l. 52. d. hered. instit. Servus hereditarius heres institui potest. si modo testamenti factio suis aum defuncto, licet cum herede instituto non sit.* Quæ assertio vera est; sive Paulus per heredem institutum intellexerit ipsum servum; sive heredem à defuncto institutum.

f) Confer. Dn. Præsid. *quest. 6. ad differt. de var. stat. §. 5. segg.*

§. LVI. Quod feminas concernit, nemini durum videri debet, quod dixerimus; eas tempore legis Decemviralis fuisse exclusas, ut nec heredes institui potuerint. Nam illis temporibus in genere faminarum in acquirendo & jure successio non dicam deterior sed non ita favorabilior conditio, ut temporibus subsequenter. Etenim etiam

etiam ab intestato non admittebantur nisi filia & sorores saltem consanguineæ, non ultra, etiamsi agnaræ essent. g) Igitur nec mirandum, quod illæ faminae quæ ex legibus non succederent, non etiam admitterentur ad hereditates testamentarias.

g) Facit huc maxime textus Pauli *recept. sent. lib. 4. tit. 8. §. 3.* varias interpretationes nactus. Ego sic intelligo: *Famina ad hereditates legitimas post filias ultra consanguineas successiones, fratrum, quorum sorores consanguineæ dicuntur, non admittuntur idque vel jure civili i. c. disputationes fori antiquæ vel Voconia certe narratione* (vel ut alii malunt *rogatione*) *videtur effectum.* Nam *lex XII. Tabb.* ipsa, si ejus verba spectes *nulla discrezione sexus cognatos admittit.* Sunt equidem qui putant, Paulum voluisse, quod solæ sorores isto jure fuerint admittæ, & præter eas ne filia quidem (*vid. Hillig. ad Donell. lib. 9. c. 2. lit. b.* qui plures auctores huc facientes citat) subnixi potissimum lege Voconia. Sed ista discutere hujus loci non est. Adde etiam Ulpianum *tit. 26. §. 6.*

§. LVII.

Restat ut perlustremus, quinam actus concessi fuerint lege XII. Tabb. Sed hic brevioribus nobis esse licebit, cum ipse Pomponius declaret, legandi voce in lege Decemvirali comprehendi & heredis institutionum, & legatorum ac libertatis dationem, & constitutionem tutelarum b) adeoque hic non in stricta significatione sumi prout alias legare opponitur heredum dationi. Atque in his actibus consistit illa latissima potestas; de qua Pomponius loquitur, quam hactenus in prioribus tribus capitibus invenire non potuimus.

b) *l. 120. de Verb. Sig. Conf. Rittershusi. ad LL. XII. Tabb. p. 101. Francisci. Balduin. ibid. c. 29. p. 129. seq. quos etiam confer ad §§. seqq.*

F 2 §. LVIII.

Poterat enim heres institui quicumque cum quo testamenti factio esset, ut jam supra diximus, etiam alius quam familiae emtor; poterant institui quocumque, poterant in institutione partes assignari, quascumque testator voluerit, poterat heredis institutio fieri quocumque modo, pure vel sub conditione, etiam tribus verbis, modo fieret verbis directis. Unde recte quidem institui poterat his verbis. *Titius heres esto, heres sit, Titium heredem esse jubeo.* Illa vero institutio *heredem instituo, heredem facio* plerisque improbatur. *i)* Sed hanc subtilitatem postea abrogavit Constantinus *l)* nec adeo male, cum maxima & inutili subtilitate opus sit ad fecernenda verba directa a precariis. Unde si quis nulla legata vel exheredationes scribere tum volebat, poterat totum testamentum quinque vel etiam tribus verbis absolvi, *m)* quod jam quidem notandum paucis contra verbositate stultam testamentorum sequiorum temporum.

i) Ulpianus *tit. 21.*

l) *l. 19. C. d. testam.*

m) *vide omnino Ulpianum l. 1. §. 3. de hered. instit. conf. Des. Herald. Ren. quotid. cap. ult. §. 10. Et obs. lib. 7. cap. 7. §. 11. 12.*

§. LIX.
Ceterum uti Codicilli tum non erant in usu, ita ex lege Decemvirali est quod heredis institutio esset de forma testamenti, utpote cum heredem sustineret initio, postea vero repraesentaret saltem emtor familiae, & adeo testamentum in quo non esset heredis institutio, pro nullis haberetur. Quin imo & in eo consistebat laxa illa potestas testandi, quod lege Decemvirali etiam liceret sub-

substituere, vulgariter nimirum, nam pupillaris substitutio moribus originem debet. n) Caterum uti ipsa prima institutio & testamenti factio falso quoad originem Juri Gentium & naturali adscribitur, ita multo magis idem de substitutione notandum, etsi nec desint DD. qui & hanc ex Jure Gentium deducant. o)

- n) Ulpianus l. 2. pr. de V. & P. S. Huberius *disput. fundam.* 58. rh. 7. Paul. Voet. *ad Inst. de pup. subst.* n. 3. moro H. D. blas (1)
o) Gomes *ad l. 3. Taur. Connan. 10. comm.* 7. Gregor. Tholosan. *Syntagn. jur. lib. 42. cap. 10.* Voet. *ad tit. de Vulg. subst. num. 1.*

§. LX.

Imo sub heredis institutione etiam comprehenditur exheredatio filii familiaris, etsi Solon hoc non permitteret, propter patriam potestatem Romanorum. Quidni enim potuissent exheredari qui occidi potuerunt. p) Imo etsi nec potuissent occidi, tamen nulla subest in hac potestate iniquitas; neque enim tum error iste invaluerat. q) ac si legitima juris naturalis esset. Ulterius lege XII. Tabularum præterire licuit, ita ut præteritio instar exheredationis esset, nisi forte testator filium vivere non putaret. r)

- p) l. ii. de lib. & posth.
q) de quo latius actum in *Disput. de legitima viventis* dirigente Dn. Præfidehabita.
r) Baldus *d. l. p. 119. conf.* Hotomannus *lib. 3. antiquitat. pag. 438.*

§. LXI.

Non tamen ex illa latissima potestate heredis instituendi, quam jus decemvirale dedit, inferre licet, etiam

posthumum alienum licuisse instituere, prout nempe statim ab initio lex Decemvralis fuit explicata à JCrts. Et si enim videam ea de re à viris eruditis disputari, r] maneo tamen in regula supra tradita. Heredes institui possunt cum quibus est testamenti factio. At cum posthumo alieno non est, quia non potest familiae emptor esse nec comparere in comitiis, utpote qui plane nondum existit,

r) Bald. & Hotom. *dd. ll.*

§. LXII.

Sed urges. Ita nec posthumus suus institui potuisset. Imo vero, inquam, regula illa respicit solum heredes testamentarios, qui non erant heredes legitimi. Cum enim regulariter, qui testamentum facere vult, alios quam legitimos velit instituere, respectu horum danda fuit regula, non respectu legitimorum, in quibus multi esse poterant, qui non comparerent in comitiis, ut famina, impuberes, furiosi, muti, surdi &c. Ergo regulæ supra traditæ: non possunt heredes fieri lege decemvrali qui non comparendi jus habent in comitis, addenda erit hæc limitatio generalis, nisi sint heredes ab intestato.

§. LXIII.

Legata stricte dicta quod concernit, eodem modo intelligenda potestas latissima, quo heredis institutionis. Uti enim non legare potuit, qui non comparuit in Comitiis, ita nec in legari potuit primis temporibus qui non comparuerunt, nec jure novo potest iis, qui non sunt ciues. Unde fideicommissa postea primam suam originem acceperunt; interim legari potuit indefinite maxima etiam pars hereditatis imo tota & plus quam in hereditate esse,

TESTAMENTARIÆ. 47
esset, donec postea hæc licentia legibus restringeretur. *l*)
De libertatis & tutelæ datione quod peculiariter moneamus non est. Videantur Commentatores ad leges XII. Tabularum & sæpius citatam Pomponii legem.

f) Balduin. *d. l. p. 121. 122.* Alexand. ab Alex. *l. c. c. 10. in fine p. m. 549.*

§. LXIV.

Tantum ergo abest, ut primis temporibus testamentariæ successione favorem magnum habuerit potestas testamenti faciendi, ut potius ab initio interpretatione JCorum & ratione solennitatum & ratione testatoris & ratione heredum valde fuerit coarctata; ut adeo forte dictum Pomponii inverti queat, dum asserit, potestatem lege Decemvirali indultum fuisse postea varie restrictam. Sed ea de re viderint, qui mutationem subsequente temporum cum lege Decemvirali velint conferre. Id jam adhuc solum observo, etiam respectu ipsorum actuum, primam interpretationem legis, potestatem testandi limitasse, ut de omnibus & universis bonis testamentum fiat, cum videlicet testamenta ideo solerent fieri, quod quis nollit heredes legitimos sibi succedere. Fecerant exinde JCij primis temporibus regulam, quæ per infinitos juris articulos se diffundit, non debere alicui succedi partim ex testamento, partim ab intestato. Quam postea ita amarunt eique sic adhæserunt, ut multos casus subinde subtiliter magis definiverint quam ex regulis bonæ interpretationis. Quo & illud pertinet, quod intuitu regulæ ipsius dicit Pomponius. *u*) Naturaliter inter se pugnam esse testatum & intestatum. Dura locutio & dialectica magis quam moralis,

48 SENSUS LEGIS DECEMVR. TESTAMENT.
ralis. Sunt quidem termini contradictorii testatus & in-
testatus, sed non sunt naturaliter vel civiliter opposita,
alias non posset locum habere utraque successio in
testamento militis

u) l. 7. de R. J. ibique Wissenb. Herald. rev. quotid. c.
ultr. S. 5.

Tantum!





01 A 6598

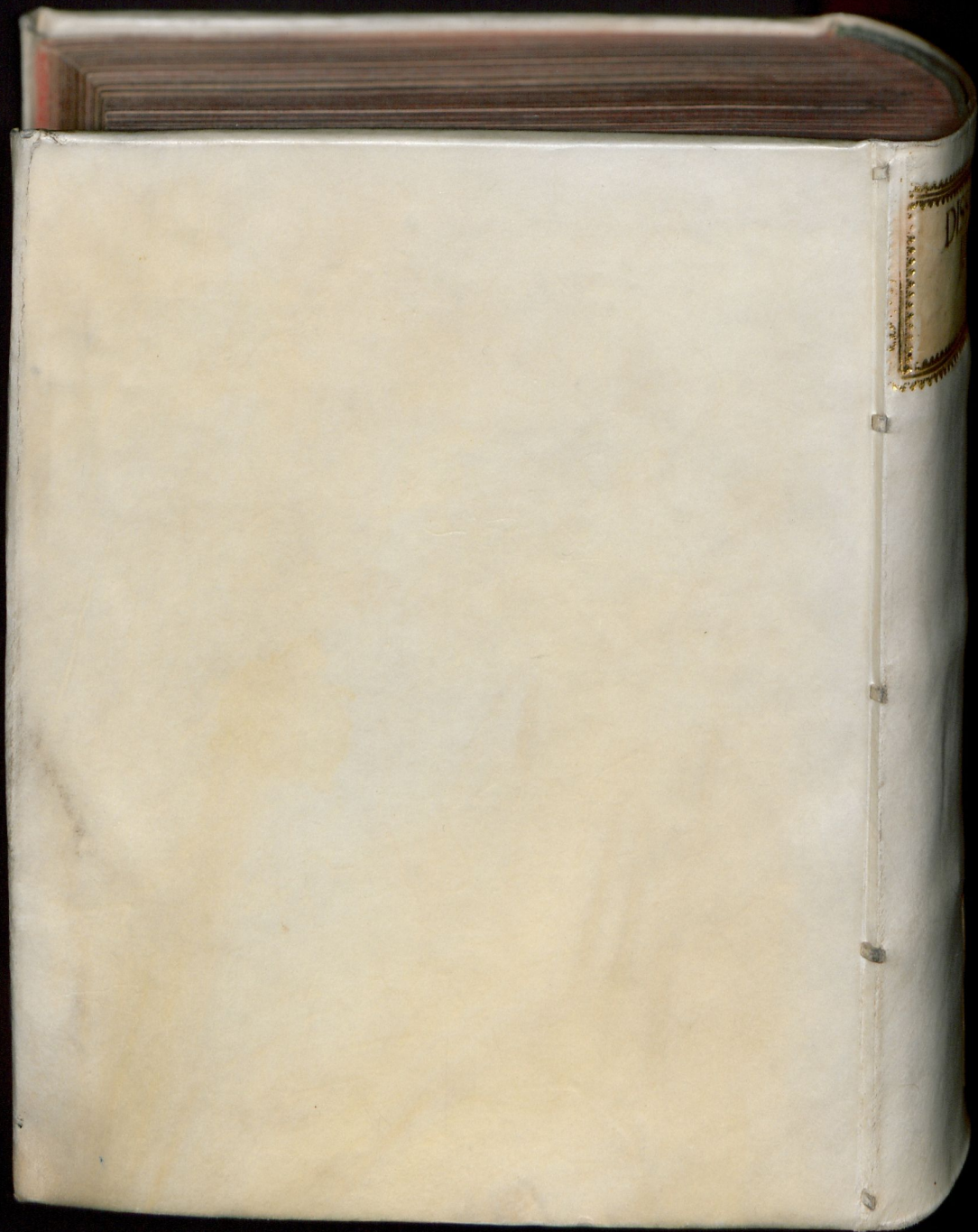
ULB Halle
002 937 166

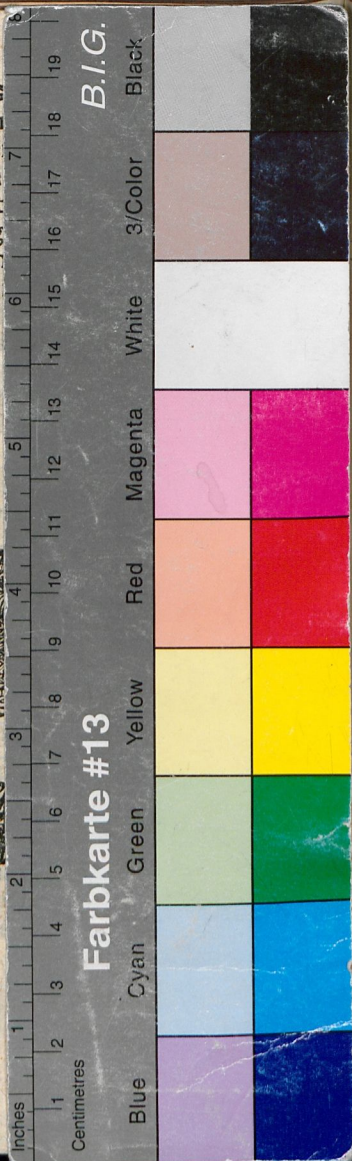
3



12' 17







12

L. D. B. V.
DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,
DE
**SENSU LEGIS
DECEMVIRALIS
TESTAMENTARIÆ,**

Quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORVSSIAE, MARCHIONE BRANDENB.
ET DUCATVS MAGDEB. GVBERNAT. CETERA.

IN HAC REGIA FRIDERICIANA,
P R Æ S I D E
DN. CHRISTIANO THOMASIO,
JCTo, S. REG. MAJ. BORUSS. CONSIL. ET PROF.
PUBL. h. t. DECANO,

PRO LICENTIA
Summos in utroque Jure honores ac Pri-
vilegia Doctoralia ritè capeffendi,
IN AUDITORIO MAJORI
publicæ Eruditorum Examine submittit
LUDOV. CHRISTOPH. SCHEFFER,

Cassellanus Hassus.
Ad d. V. Sept. An. M DCC V. Horis ante & pomeridianis.
Hala, Typis CHRISTOPH. ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typ.

12

