



1705 22  
27a  
B. G. D.  
DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,  
DE

**SENSU LEGIS  
DECENVIRALIS  
TESTAMENTARIÆ,**

Quam  
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,  
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,  
**DN. PHILIPPO WILHELMO,**  
PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRANDENBUR-  
GICO, AC DUCATUS MAGDEBURGICI GUBERNA-  
TORE, &c. &c.

IN HAC REGIA FRIDERICIANA,  
PRÆSIDE  
**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 Hasslus.

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

HALÆ, Typis CHRISTOPH. ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typogr.

D I S S E R T A T I O J U R I D I C A I M A G U R A L I S  
DE  
SENSU LEGIS  
DECIMUM VIRALIS  
TESTAMENTARIAE  
JURIS  
RECTORIS MAG. MEDICINAE  
DR. PHILIPPO WILHELMO  
REG. MAJ. BORUSS. CONSIL. ET PROT.  
PUBL. C. DECANO  
ERGO  
IN HAC RE PUBL. TESTAMENTARIA  
DR. CHRISTIANO THOMASIO  
PUBL. C. DECANO  
ERGO  
Sensu in re pube. Juris hinc hinc ac Pi-  
LUDOV. CHRISTOPH. SCHULTZ  
HALLAE, Typis CHRISTIANI ANDREAE WILHELMI, Anno 1799.

U  
dece  
usu  
C n  
Lib  
run  
flau  
mar  
test  
qui  
pos  
mu  
pos  
non  
in p  
C  
bile  
Ra  
ria  
nu  
is  
bra  
cal  
est  
cup  
fuc  
con  
ell





### SUMMARIA.

**U**tilitas inquisitionis in intellectu legu 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 fuisse etiam sub Imperatoribus. 4. Incertitudo de origine pretiorum, 5. & nuncupativorum. 6. Summa solemnitaturn in testamento per as & libram 7. Libripens. Mancipationum quarumvis solemnitas 8. Non ex lege XII. Tabularum sed ex JCTorum præscriptione dependere numerum quingz et estium in testamento & quibusvis mancipationibus. 9. Ratio cur in testamento voluerint testes voluerint adesse. 11. Quid significaverit illis temporibus pbrasti, 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 1. ex natura rei nemo testis in propria causa: E, nec qui in potestate testatoris vel familia emtoris essent &c. 17. II. In penam talionis, intestabiles dicti. Quinam fuerint intestabiles, & justitie exceptionis 18. 19. Mancipationis testamentaria formula 20. Ratio conjuncta mancipationis & quinque testium. Mancipatio testamentaria quo sensu sit imaginaria venditio. 21. Nuncupationis testamentaria 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. tabb. deducunt. 28. Verior origo nuncupativorum. 28. Theophili doctrina, quod olim familia emtor ipse heres fuerit, & que ratione id, a mutatum, 29. revocata, paulo aliter tamen ac communiter fieri solet. 30. An heres olim potuerit esse testis? 31. Potuisse, etiamsi non fuerit nullus. Emblemata Triboniani. 32. Error communitatis, quasi

quasi Praetor loco quinque testium septem, & eorum subscriptionem inven-  
rit. 33. Osenditur evidenter & septem testes & subscriptionem eorum dicta  
ante Edictum Praetoris & mox post introductum testamentum per eas & libram  
in usu fuisse. 34. Praetorem in Edicto suo nihil novi introduxisse quoad so-  
lennia, sed omnia secundum legem decemviralem rite facta esse supposuisse.  
35. Testamenta per eas & libram persimiliter durarunt usque ad tempora  
Christianorum Imperatorum. 36. Plutarchi de cura de testamentis illia 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 cae-  
cus & furiosus tempore intervalli. 40. Caeus iisdem solennitatibus testa-  
batur atque videns. Quid intersit 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.  
Probatur perspicue, non potuisse. 46. Cur & quando postea fuerit admissa.  
47. An femina potuerit testamentum scriptum condere. 48. Filius fami-  
lias cur testamentum facere non potuerit. 49. Ceterum testamentum iam  
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, intestabiles, famina. Poterat filius familias. 52. Cur hic  
non sit respiciendum ad testimonia. 53. Qui olim in Comitibus non poterant  
comparere impediabantur vel factio vel iure. Qui factio impediabantur, ut  
impubes, mutus, surdus, furiosus, prodigus cur mox sint admissi ut heredes  
fierent. 54. Ex his qui iure impediabantur cur & quando servi incor-  
perent 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. qua de forma  
essentialem testamenti erat, item substitutionis, 59. exheredationis, praeteri-  
tionis. 60. ( Posthumum tamen alienum ab initio non potuisse institui 61. bene  
item intuitu potestatis legandi. 62. )  
63. Ortus regulae nemini posse succedi par-  
tim ex testamento, partim ab intestato. 64.

SENSUS



B. C. D.  
SENSUS LEGIS DECEMVIRA-  
LIS TESTAMENTARIÆ.

§. I.



Unt leges XII. Tabularum fons Juris Romani, ut fatentur omnes. Uti ergo dolendum est, quod ipsæ leges hæ non amplius extent, nisi quod laudatissimo conatu Balduinus, Hotomannus, Ravardus, Rittershusius aliique fragmenta earum ex tenebris vetustatis eruere, Jacobus autem Go-

thofredus 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, quæve ex ratione mores subsequentes vel leges ab instituto Decemvirali recefferint.

§. II.

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

A

tibus

tibus parum sunt solliciti. Etiam qui humanioribus literis & Philosophiæ operam dedere paucissima annotarunt ad legem Decenviralem testamentariam. *a*] Imo ipsi JCrī Romani ex quorum scriptis Pandectæ collectæ sunt, hic non semper rem acu tetigerunt: *b*) sive quod JCrī qui primi de lege XII. Tabularum ejusque sensu ac usu forensi disputabant ac ita jus civile efficiebant *c*) ignorarent quamnam fuerit in legibus his condendis Decenvirorum intentio *d*] sive quod ipsi pro moribus eorum temporum destituerentur studiis liberalibus & prudentiâ civili. *e*] At JCrī 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 materiæ) Alciatum, Brechæum, Fornerium, Wissenbachium: Et quos modo memoravimus Commentatores ad LL. XII. Tabb. inter quos Balduinus ferè diligentior fuit.

*b*) Exempla dabimus infra v. g. S. 45.

*c*) l. 2. §. 5. d. O. 7.

*d*) quem forte ipsi Decenviri ignorabant per ea quæ dixit Dn. Præf. de *navis Jurispr. Antejustin.* l. 1. c. 2. *navo* 3. Adde quod Decenvirorum Tyrannis mox iterum fuerit extincta *Liv.* l. 3. *Dion. Halic.* lib. 2.

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

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



## §. III.

Variè à variis recensentur verba legis Decemviralis, g) Verosimile est ista fuisse concepta: *Paterfamilias uti legas- sit super pecunia tutelave sue rei ita jus esto. h)* Atque his verbis Pomponius dicit latissimam potestatem tributam videri & hæredis instituendi & legata ac libertates dandi, tutelas quoque constituendi, donec id interpretatione coagulatum fuerit vel legum vel autoritate jura constituentium. i) Videtur tota disceptatio commodissimè posse ad quatuor capita referri, ut ostendatur quis potuerit testamenta condere, cui bona relinqui potuerint, quinam actus hac lege concessi fuerint, & denique quâ formâ vel solemnitate testamenta fuerint primis temporibus post LL. XII. Tabb. condenda. Quamvis verò hæc quæstio secundum ordinem naturæ videbatur sibi ultimum locum postulare, hic tamen mihi licebit ab ea incipere, partim quia quæ hic definienda erunt & nullum ferè dubium habent, viam pandunt ad solvenda difficiliora dubia in quæstionibus reliquis occurrentia, partim quia sic melius connectitur discursus præsens cum his quæ alia occasione de primis initiis successioneis testamentariæ Romanæ dicta sunt. l)

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

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

h) Bald. *d. l. Jac. Gothofred. ad Tab. 8.*

i) *d. l. 120. d. V. S.*

l) *pecul. dissert. sub Dn. Præfide mense Junio hujus anni defensa.*

## §. IV.

Ostensum 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. dissert. §. 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. gr. cur mulier non possit esse testis in testamento, de quo *infra* § 13. cur septem testes in testamento adesse debeant &c.

§. V.

Imò solum diu in usu fuit. Nam prætorica testamenta diu post videntur cepisse. Idem de nuncupativis dicendum. Quamquam incertum sit quando hæc duo orta sint. Si Ulpiani verba captare quis vellet, adhuc ejus tempore testamenta per æs & libram sola fuere in usu. *q*] Sed tamen disertè 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 Prætorica fuissent incognita. *t*] Sed non videtur verosimile Prætorica 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 sensum verborum Quintiliani. Neque dubitare nos amplius ea de re finit locus Ciceronis quem infra *tt]* examinabimus.

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

10) *Tit. 23. §. 6.*

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

12) *Vixit enim Quintilianus & floruit post Neronem. Quenstedt de patris illustr. viror. p. 24.*

13) *Infra §. 33. ubi describemus locum ex l. 1. 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, *11)* 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 heredis & antea non fuerit Romanis incognita, docet iterum Cicero, se in testamento Cyri cujusdam cum Clodio heredes palam esse scriptos afferens. *12)* Neque tamen conjectura illa planè 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.

*11) in ejus vita circa finem.*

uu) *Oratione pro Milone c. 18. C. yrum 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 verò summatim solennitates hujus testamenti in eo, quod testator paterfamilias coram quinque testibus cum quibus testamenti factio esset (& lipripende & familiæ emptore huic familiam manciparet, & testamentum solenni modo nuncuparet, y) id est si rem magis adfuetis 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 JCro- rum qui hunc modum invenerunt, intelligere, nisi singulis capitibus earum distinctius expensis.

x) Ulpianus *Tit. 20.*

## §. VIII.

Lipripens jam sub Regibus fuit, cum pecunia in venditionibus & mancipationibus appenderetur. z) 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. Item jura prædiorum rusticorum; item servi & quadrupedes quæ dorso collove domantur, exceptis elephantis & camelis. a) Erat verò hæc mancipatio proprius modus civium Romanorum, sine quo res mancipi alienari non poterant. Unde in genere

eam



eam hoc intuitu Cajus appellat imaginariam venditionem, eamque pariter ex eadem Lege XII. Tabularum descendisse observat. Verborum solennitas 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 aneaque libra.* Deinde ære percutiebat libram, indeque æs dabat ei, à quo mancipio accipiebat quasi pretii loco. *b]*

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

*a)* Ulpianus *Tit. 29. §. 1. § 3.*

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

## §. IX.

Asserit equidem Gajus, lege XII. Tabularum res mancipi aliter quam hac solennitate *c]* alienari nequivisse. Quod si esset, fortè 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 solennitate, qualem nec ullam lex Decemvirali introduxit. Id saltem in lege Decemvirali positum. *Quum nexum faciet, mancipiisque, uti lingua nuncupasit, ita jus esto.* Ergo Gaji mens est, ex Lege XII. Tabularum non licere res mancipi alienare citra nexum & mancipium. Solennitates verò ipsæ inventum Jctorum erant. *d)* Hi vero eandem quam in solennitate Testamentaria semel posuerant, & in reliquis mancipationibus adhiberi debere voluerunt, ergo opus est, ut de hujus ratione præprimis simus solliciti.

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

*d)* Jac.

SENSUS LEGIS DECEMVIRALIS

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

§. X.

Ergo quod solenni mancipatione, qui alias erat actus inter vivos, vellent testamenta fieri, ideo factum videtur. Cum viderent jus testamenti faciendi, quod alias in testamentis quæ in calatis Comitibus fiebant 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 communitatis, 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 præsentare esse in hac mancipatione, haud dubie ideo factum fuit, ut illi quinque testes populum repræsenterent 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. h)

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

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

§. XII.

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

## TESTAMENTARIÆ.

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 irrepserant, alia erat illo primævo tempore. Unde tot exceptiones ejus regulæ tradit Justinianus *m*) in quibus cum regula ipsa conciliandis sudant ferè commentatores. Commune asyllum est distinctio inter testamenti factionem activam & passivam. Hac verò non opus est intuitu primorum temporum nec etiam ea distinctio rem explicat sed implicat.

*i*) *d. iii. 20. §. 2.*

*l*) *§. 6. Inst. de testam. ord.*

*m*) *d. §. 6. verb. Sed neque mulier.*

## §. XIII.

Non credendi sunt Jcti veteres ita stupidi fuisse, ut rem obscuram explicuerint per æquè 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 possint? Respondent, cum quibus est testamenti factio, h. e. secundum communem explanationem 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 verò est respondere per idem. Si de passiva, jam ulterius quæro: Quinam possunt hæredes fieri? Respondent: cum quibus est testamenti factio: id est secundum hypothesin, qui possunt hæredes fieri. Quis crederet Jctos ita eludere voluisse

B

de

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 planè à modo testamenti faciendi in calatis Comitiis, sed hic pro regula tenendum est, testatorem, heredem, testes esse eos cum quibus *jam 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 jus comparandi in calatis Comitiis. Si ita exponas res omnis plana & perspicua est tam intuitu testium, quam respectu testatoris & hæredis. Sed de singulis seorsim. Jam de testibus continuemus.

## §. XIV.

Ergo non poterant mutus, surdus, furiosus, pupillus, fœmina testes, nec familiæ cutores, nec libripendens esse, idque diserte adstruit Ulpianus. <sup>n)</sup> Igitur tunc 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 ignorantia <sup>o)</sup> confugere. In promptu causa erat. Non erat cum fœmina testamenti factio, h. e. non comparebat in Comitiis, ideoque nec testis, nec testatrix nec hæres esse poterat. Jam cum tempore Justiniani fœminæ & testamenta conderent & hæredes essent, & antiquitates Romanæ vel laterent vel ignorarentur, non poterat non hoc caput pro merè fortuito quasi & irrationabili haberi.

<sup>n)</sup> d. Tit. 20. §. 7.

<sup>o)</sup> scil. ad l. non omnium ff. d. LL.



## §. XV.

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

p) Conf. dicenda infra §. 40.

q) Nam & testamentum facere poterat. Vide infra §. 40. Nec tum requirebatur, ut testes testatorem viderent, nam hoc est inventum subsequentiū temporum l. 9. C. de Testam. l. 12. eod. l. 8. in fin. C. qui testam. fac. poss. Wissenb. ad d. l. 9. C. Huber. disput. fundam. §. 3. n. 7. & DD. communiter. Quamvis sit videndum ulterius, an ex illis textibus rectè probetur, quod cœcus 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 porrò soli cives comparerent in Comitibus, non poterat servus testis esse, nec peregrinus, nec Latinus, nec dedititius, nam hi non poterant comparere in Comitibus calatis. r]

r) Add. Ulpianus d. tit. 20. §. 8. & 14. quamvis ibidem sibi videatur contradicere, dum uno in loco cum Latino Juniano dicit esse testamenti factionem, in altero, quod testamentum facere nequeat, quoniam lege Junia prohibitus sit; Est enim fons conciliandi in tit. 22. §. 3. Adde Oisfel. in notis ad Gaji Instit. lib. 1. tit. 12. p. 30. seq. Ut adeo non opus sit de hoc hominum genere, quod postea planè sublatum est, quicquam infra repetere, ubi de iis qui testamenta facere & ex eo quid consequi possint, dicemus.

## §. 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 exceptiones regulæ. Scilicet in omni negotio testis est de negotio alieno non de proprio. s) Cum ergo in ista imaginaria venditione fingeretur esse negotium inter testatorem & familiæ emtorem, suâ sponte sequebatur, quod uti nec ipsi testator nec familiæ emtor poterat esse testis, ita nec ex personæ, qui cum emtore vel testatore haberentur pro una persona h. e. qui in eorum potestate essent, aut qui familiæ emtorem in potestate haberet, vel cum ipso in unius patris potestate esset, possent verò esse testes & libripens fratres in ejusdem patris potestate, modo eorum pater nec testator esset nec familiæ emtor, ut hæc omnia, iterum disertè Ulpianus refert. ff)

i) Ulpian. d. l. §. 6. disertè hanc rationem suppeditat. *Nihil nocet, dicit, ex una domo plures testes alieno negotio adhibere. Item in §. 3. Familia mancipatio inter testatorem & familiæ emtorem fit, & ob id domestici testes adhibendi non sunt.* Ex oppositione ad oculum patet domesticos testes hic esse testes in propria causa nec aliud dicit Justinianus §. 10. de test. Ord. & ejus Paraphrastes Theophilus. Ut adeo non opus fuerit ut commentatores ad illam §. prolisi 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, quâ cautum erat: *Qui se sinit testari, libripensve fuerit, ut testimonium faciat, improbus intestabilisque esto.* Sensus est? si quis

si quis actui alicui ut testis rogatus vel libripens interfuerit, ut tum testimonium sub pœna intestabilitatis dicere cogatur. Etsi verò hæc lex non in specie ad materiam testamentariam, sed ad omnes mancipationes etiam pertineat, nullum tamen est dubium, quin primario hæc pœna respexerit testamentarios testes *u*) & inde etiam ad reliquas mancipationes fuerit translata; ut homo intestabilis sit planè detestabilis, cujus scilicet nec testimonium recipitur, nec ipsi dicitur testimonium *x*) ut adeo nec testamentum facere possit nec ad testamentum adhiberi. *y*) Illo igitur tempore nullum aliud crimen reddebat intestabilem, nam tum quidem SCrum de damnatis ob crimen famosum *z*) nondum erat latum, multo minus crimen hæreseos cognitum erat aut crimen læsæ Majestatis. *a*)

*u*) vid. Jac. Gothofred. Tab. 7. *Sibi in probat. & notis.*

*x*) Theophil. ad S. 5. de testam. ordin. conf. supra S. 9. in fine.

*y*) l. 26. qui testam fac. poss.

*z*) ita ipse JCtus Ulpianus explicat l. 18. §. 1. eod.

*a*) d. l. 18. §. 1.

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

### §. XIX.

Neque tam pœna erat propriè dicta hæc intestabilitas quam talio. Qui enim alteri non vult exhibere officium illud humanitatis & testimonium dicere, ille non conqueri potest, si alii ipsi iterum non faciant, aut si potest 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 Justiniano sub illa legitur. Neque tamen volebant Romani homines simpliciter ad testimonia dicenda cogere, liberior enim semper fuit primis temporibus potestas testimo-

nii dicendi in statu liberæ reipublicæ. *aa)* At si quis semel rogatus testis personam susceperat in solennitate, 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 præsentibus fiebat familiæ mancipatio solennis à testatore. Quâ formulâ facta fuerit disertè non dicitur. Verosimilè 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 ago, eaque mihi emta est hoc ære æneaque libra.* Deinde ære percutiebat libram, indeque æs quasi pretii loco dabat testatori, à quo familiam mancipio accipiebat. Familia hic ut in titulo familiæ herciscundæ & alibi *e)* hæreditarias res denotabat.

*b) supra §. 8.*

*e) l. 195. §. 1. ibique DD. de 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 JCrts 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 jus revera tum quidem transferebatur in familiæ emtorem, uti fiebat olim

lim in calatis Comitibus, sed totum hoc dependebat à contentis tabularum, quæ ante mortem testatoris non aperiatur: imo ne quidem ab his, sed à 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 præbitore.* Quæ nuncupatio & testatio vocabatur. *d)* Atque Ulpiano tanquam rerum Romanarum & quæ suo tempore adhuc in usu erant experto, hac 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 familiam entorem vel heredem: *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 fortè 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, à qua tamen multum differt. Quod ut melius cognoscatur, jam postquam ea exposuimus quæ de solennitatibus istis narrat Ulpianus, *nece*

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

§. XXIV. *in sup. cod. iunni*

Cum igitur ex formula nuncupationis conſtet, quod teſtator teſtibus non prælegerit, quæ in Tabulis ſcripſerat, ſed potius id 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 teſtari. fac. poſſ. l. 58. de hered. inſtit. l. 8.

§. 4. de bon. poſſ. ſec. tabulas, ubi heres in tabulis & heres nuncupatus aperte ſibi opponuntur.

g) Myſticum olim Jcti 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. hered. inſtit. l. 38. d. cond. & demonſtr. ſuum teſtamentum quod ſpecialiter myſticum vocant, ubi heres ſeorſim in ſchedula quadam ſcribitur, invita proſecto jurisprudentia, etiam Juſtiniana.

## §. XXV.

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

mitiis raro facta fuisse testamenta & omnia fuisse nuncupativa nuper demonstravit Dn. Praes. *b)* Ut itaque quantum fieri posset, similitudinem eum testamentis Comitiorum haberent testamenta per *as* & libram, alloquebantur quidem in illa nuncupatione testes, uti in Comitiiis populum *2)* sed tamen non nominabant heredem ex metu insidiarum.

*b) dissert. de primis ini. Success. testam. Rom. §. 13. et 27.*

*2)* Ergo etiam ipse nuncupationis terminus ex Comitiiis in testamentum per *as* & libram transit.

## §. XXVI.

Cum enim sortè jam fuisset observatum, quod in calatis Comitiiis 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 struendi testatoribus, postquam lege Decemvirali liceret testamenta pro libitu & toties quoties placuerit facere. Facilius enim ad insidias irritatur ille qui incertus est, an heres fururus sit, ut antevertat testatoris mutabilitatem, quam is qui securus est, quòd testator etiam si velit, rursus adimere non possit.

## §. XXVII.

Hinc valde errant, qui nuncupativum testamentum ex ipsa lege XII. Tabularum deducere voluerunt, adeoque ad causas testamentarias traxere legem: *Quum nexum mancipiumve faciet, uti singula nuncupasit ita jus esto.* Sed absque sufficienti ratione, cum lex illa pertineret ad translationem dominii inter vivos. *1)*

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

C

§. XXVIII

## §. XXVIII.

Neque tamen prohibitum erat testatori testamento scriptores heredes, si vellet, testibus nominare. Sed tamen non majorem vim tum habebat nominatio quam scriptura, nec fiebat sine scriptura. Imo à prudentibus testatoribus nequaquam adhibebatur, nisi fortè à 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 aliquâ jam publicata valuerit. Nam & multa usu sunt introducta, multa favore Augusti substituta, quæ alias irregularia essent. *o*)

*m*) supra §. 6.

*n*) d. l.

*o*) §. 1. d. *fideic. hered. Pr. de Codicilla.*

## §. XXIX.

Quæ cum ita sint, facillè jam judicari potest, quid sentiendum sit de opinione Theophili, docentis, quod primis temporibus ortorum testamentorum per as & 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 cœptum 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-



TESTAMENTARIE.

errorem adnotavit Hotomannus. q) Cui assentimur, si Theophilus putavit, familiæ emtorem necessario fuisse heredem institutum, & postea propter rationem ab eo 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 familiæ emtor nunquam heres verus, sed hic semper persona distincta à familiæ emtore ex Jctorum, solemnitates illas introducentium, voluntate fuerit. Nihil eâ de re vel Ulpiani fragmentum vel alii scriptores fide digni memorant. Ergo sic negotium erit concipiendum. Videtur initio emtor familiæ in Tabulis heres scriptus esse, ne tamen ad insidias incitaretur, plurima simul scribebantur legata in tabulis exhaurientia & absorbentia sapius hereditatem. Postea, cum intelligerent testatores, sibi licere emtori hereditatis lucrum per legata auferre, coeperunt etiam alios planè heredes in testamento scribere & sic sapius spem familiæ emtoris eludere, donec ipsa frequentia talium actuum persuaderet emtores familiæ, quod potius præsumendum 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 as & libram? cum initio regulariter familiæ 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 obtineat imaginem vetustissimi familiae emtoris. s) Quod vero Tribonianus addit, veteres dissuasisse vel testatoribus vel heredibus, z) ne potestate hac abuterentur, id ad figmenta Triboniani videtur referendum esse. Similis est ratio illius assertionis, quasi olim heres 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 subsequenter temporum sint vera, quod olim fuerint primi familiae emtores. Unde non ita accurate Huberus *d. §. 3.* haec verba sic explicat, ac si Imperator dixisset, vetustissimum familiae emtorem fuisse imaginem heredis, h. e. eum representasse.

z) Ambigue enim loquitur Tribonianus. De testatoribus tamen intellexit Theophilus *ad d. §. 10.* De herede Huberus *diff. fundam. §. 12.*

u) Huber. *d. l.*

### §. XXXII.

Imo & si de subsequentibus temporibus. Nam vel exemplum Ciceronis aliquoties adductum ostendit, olim heredem potuisse esse testem, etiam si 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

mento per as & libram obtinuerit, quod tamen jam ante Justiniani ævum in usu esse desierat; 2) id similiter haud concludit. Quid enim obstaret quo minus idem mos prius testamenti per as & libram potuerit durare omiſſa nuncupatione & ſaltem ſignatione teſtamenti adhibita, quam Prator poſtea ſuſtinuit.

1) d. §. 10.

2) l. 20. pr. de lib. & poſt. Loqui vero Ulpianum eo loco de teſtam. per as & libram oſtendit § 8. ejuſd. legis, verb. donec ſuprema teſtatio &c. i. e. nuncupatio. Vide Wiſſenb. emblemata Triboniani.

3) Huber. d. diſſert. 53. §. 12.

## §. XXXIII.

Imo, ut & de ſignatione jam quædam dicamus, & quomodo Pratorium teſtamentum verofimiliter inceperit, intelligamus, ſequeſtrandus eſt communis conceptus vel ex errore Triboniani vel ex non recte intellectus ejus verbis hauſtus, quaſi nimirum in teſtamenti per as & libram nulla ſignificatio teſtium fuerit adhibita, ſed potius hæc tota originem debeat Edictis Pratorum & Pratores in ſuo teſtamento numerum teſtium auxerint, ac loco quinque teſtium ſeptem adhibuerint. Nam hæc omnino falſa eſſe patet, quod de origine teſtamenti Pratorii nihil aliud conſtet, quam Edictum de bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, quo Prator promiſit, ſe daturum bonorum poſſeſſionem, ſi offeratur teſtamentum à ſeptem teſtibus ſaltem ſignatum, etiamſi ruptum ſit vel irritum jure civili. b) Formulam refert Cicero. c) Si de hereditate ambigetur & tabule teſtamenti obſignate non minus multæ ſignis, quam è lege oporteat ad me proferentur, ſecundum tabulas teſtamenti potiſſimum hereditatem dabo. Ergo Prator nihil de ſignis aut numero teſtium hic præcepit,

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 jussu Pratoris. Declarat Prator quid facere velit, si ipsi offeratur testamentum septem testibus signatum, & formam adeo talium testamentorum 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. & 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 Præatore, at cum usu civium maxime frequentaretur, cum à lege esse confirmatum, idque procul dubio lege Cornelia testamentaria quam Sylla tulerit, factum, cujus adeo Prætor, qui minister legum est, mentionem facere in formula debuerit. Nos, etiamsi illa fictio Huberi de lege Cornelia videatur durior, cum nemo unquam id dixerit, eam de septem testibus dispositam fuisse

## TESTAMENTARIÆ.

23

fuisse, admitteremus tamen tanquam conjecturam, 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)* rectè. Neque enim JCI præceperant, cum solennitates testamento per æs & libram præscriberent, ut testes signare deberent. Sed in præscriptione solennitatis nuncupatio erat ultimus actus, unde suprema contestatio vocatur, *2)* Sed tamen nec prohibuerant testimonium 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. Necesse 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 potuissent pro lubitu illas tabulas & alias substituire. At hoc non licebat, sed, si mutare quid vellet, omnia ex integro faciendæ erant. *1)* 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 à testatore, familiæ emtore, quinque testibus, imo & à libripende. 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 subsequētibz 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. §. 3. qui testam. fac. poss.

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

*m*) vide supra §. 17.

### §. XXXV.

Tale testamentum si Pratori offerretur, ubi secundum formulam Ciceronis tam multa signa aderant, quam è lege oportebat, h. e. tot personarum quot lex decemviralis præter testatorem requireret; Prator dabat b p secundum tabulas, etiamsi agnatione posthumi vel alio modo testamentum esset irritum factum. *n*) Igitur id quod Prator hic corrigebat, in eo consistebat solum, quod assisteret testamento irrito facto, non ut Justinianus scribit, quasi Edictum Pratorium novam faciendorum testamentorum formam introduxerit, ac nullam mancipationem desideraverit. *o*) Hoc enim Pratori nunquam in mentem venit.

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. de inj. rupt.*

o) *d. §. 2. d. testam. ord.*

00) Cic. *Topic. c. 4. §. lib. 7. Epist. 21. conf. infra §. 47.*

## §. XXXVI.

Interim illud non est diffidendum, venerationem istam solennitatum jure civili præscriptarum paulatim evulsiſſe, 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 fit 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 *p)* tanquam varias populorum leges ineptiæ infimulans quas inter juxta Lacedæmoniorum rhetram ne mysticem 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 &

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

*p) de sera numinis vindicta f. m. 38.*

§. XXXVII.

Ipsam vero Plutarchi censuram quod concernit, vi-  
deo variè eam considerari à variis. Alii Plutarchum non  
ipsum ita sentire dicunt, sed saltem introducere Timo-  
nem quendam ita differentem. *q)* Alii dicunt, Plutar-  
chum non rectè intellexisse rationem introducti hujus mo-  
ris & ideo tam inique de eo sensisse. *r)* Alii contra Plu-  
tarchum temerè ignorantia accusari statuunt, sed probe  
volunt eum intellexisse hoc argumentum quod tractat, ac  
justè irrississe mores Romanorum. *s)* Nostra quidem non  
multum interest mentem Plutarchi inquirere; non possu-  
mus tamen non occasione ita se offerente duobus verbis  
ostendere, quam seducere soleat excellentissima ingenia  
vel planè neglecta vel saltem supina autorum inspectio.  
Tractat eo in loco Plutarchus quaestionem de sera numi-  
nis vindicta per modum dialogi. Et primo proposita ob-  
jectione contra justitiam divinam per quendam Patrocle-  
am & Olympiacum, Timon alia adhuc vult addere, sed  
interrumpitur statim ejus sermo à Plutarcho, qui ante-  
quam quaestionem resolvat præmittit, 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 rhetram Lacedæmoniorum  
& legem illam XII. tabularum affer. Ex his vero patet,  
Plutarchum omnia alia dixisse, quam illa, de quibus DD.  
circa ejus mentem disputare diximus. Neque enim cum  
objectionem quandam aut sententiam Timonis sed propri-  
am



am proponit, neque irridet Romanos, cum ejus locutio non fit absoluta sed hypothetica, 1) neque adeo ex hoc loquendi modo videri poterit, an ignoraverit rationem legis decemviralis, an minus. Interim si verba prout ja-cent confideres, magis videntur favere opinioni quod i-gnoraverit; at si reliqua ejus scripta pensites, testantia de e-jus eruditione in antiquitatibus Græcis pariter & Roma-nis, verosimilius est, eum rationem illarum legum omni-um quas ibi adducit, nequaquam ignorasse.

q) Huber. d. l. 4. digress. c. 33. §. 1.

r) Briffonius l. 1. ant. cap. 7. Vinnius in Commentar. ad §. 1. de te-stam. Ordin.

s) Zach. Huber. de testam. Caf. Aug. §. 4. p. 154.

t) Non enim dicit hæc ridicula esse, sed videri, scil. aliisque qui ra-tiones ignorant.

## §. XXXVIII.

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

u) vide supra §. 12. 13.

## §. XXXIX.

Unde jam evidens est doctrina Ulpiani, quem reli-qui exscribunt omnes, de iis qui testamenta facere non possint x] quamvis is subinde addat rationes secundarias, ad quas adeo non tam erit respiciendum, quam ad illam generalem modo dictam. *Filiusfamilie*, inquit, *testamen-tum 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 familiae emptoris exaudire non potest: furiosus quoniam mentem non habet, ut testaria 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, praeripimus in reddendis rationibus juris antiqui, non semper exactus dare, uti tyronibus vel vel ejus assertis variantibus de ratione cur partus ancillae non sit in fructu, notum est, sic idem & hic contigit. Cur impubes, mutus, surdus, furiosus itemque prodigus, cui lege bonis interdictum erat, non possent testamentum facere, primaria ratio erat, quia non possunt comparere in Comitibus. De mutis & surdis rem probavimus jam supra) & simul ostendimus caecos ideo ad testimonium dicendum fuisse admissos, quia in Comitibus comparere poterant. Inde nec mirum, quod cecus testamentum facere possit. *Cecus testamentum facere potest*, inquit Paulus, 2) sed iterum secundariam afferens rationem, *quia accipere potest adhibitos testes, & audire sibi testimonium perhibentes*. Imo & furiosus tempore intervalli testamentum facere potest a) quia scilicet potest tempore intervalli comitia frequentare.

1) supra §. 15.

2) Recept. 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 emtorem. Et rectè; nam numerus testium ibi non adhibebatur probationis sed solennitatis gratia. An igitur rectè hac parte legem decemviralem Justinianus correxerit *b)* alii dispiciant. Mutus & surdus, qui discretis vitiis 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 præcisè solennitatem mancipationis, cessavit, cessante ipsa mancipationis solennitate. At verò 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 admittuntur, ea non cessat, etiamsi cesset mancipatio.

*b) l. 8. C. qui testam. suere poss.*

*c) l. 10. C. eod.*

## §. XLII.

Maximè vero ex exemplo prodigi patet, Ulpianum adduxisse rationem secundariam. Verum est, prodigus, quia illi commercium interdictum, est ob id familiam mancipare non potest, etiam in testamento per æs & libram, quia sapius diximus & hanc mancipationem fuisse alienationem inter vivos. Sed hæc ratio non est primaria, cur 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 re-

stamenti factio, quia tum nulla amplius alienatio inter vivos nec ejus simulacrum quidem in testamentorum solennitatibus intercedebat. Ab alienatione 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 ipse 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 est, agnatorum gentiliuque 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 rectè Hotomannus & alii sensum legis perceperint.

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

## §. 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, est furiosus mentio-

mentionem faciat. Nec ipse supra mentionem fecisti prodigi, cum de testibus ageres. Ita quidem est. Volui enim hanc questionem hoc loco tanquam commodiore tractare. Idem fortè & ab Ulpiano intentum. Quare & nunc illa doctrina de testibus ex hoc loco erit supplenda, & omnino afferendum, 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 à testamenti factione repulisset, quod familiam mancipare non potuisset, non fuisset à testimonio excludendus. Et ne cavilleris hanc assertionem esse tantum prudentiæ cerebrinæ conjecturis incertis & dubiis nitentem; en ipsum Ulpianum alio loco g) doctrinam nostram egregie confirmantem.

f) Ulpianus tit. 20. §. 7.

g) lib. 1. ad Sabinum unde desumpta l. 18. pr. quis testam. fac. poss.

*Is cui lege interdillum 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 bonos mores reversus, & testamentum facere & ad testamenti solennia adhiberi potest.*

#### §. XLV.

Sed nondum possumus ad filiumfamilias transire. Urget enim adhuc ut doctrinam nostram defendamus, famina. Cum famina non esse testamenti factionem, nec eam posse testem esse, nec comparuisse in comitiis supra h) est assertum. Ergo si iste foret character examinandi etiam eos qui possent testamentum facere, nec famina 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, ferè 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 brevitatibus studio saltem mentem nostram aperire.

i) *d. tit. 20. §. 15. Femina post duodecimum annum aetatis testamentum facere possunt, tutore auctore donec in tutela sint.*

l) *Bald. ad L. XII. Tab. cap. 29. p. 116. Sed & mulierem, inquit, quae se capite non deminuit, b. e. quae 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 facere. Certe cum calatis Comitibus hoc fiebat, vix est, ut potuerit, quae nullam habebat cum Comitibus communionem. Sed aliqui per as & libram cur non potuissent? Quid si mulier sit in potestate tutoris? Tutore auctore poterat testamentum facere. Livius libro 39. meminit libertina mulieris quae olim testamentum Romae fecerat, Tutore petito à Tribuno & Praetore.*

m) *Conr. Rittershusius in leg. XII. Tab. 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 feminae, etiam post libertatem, quae 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 Comitibus calatis, aut per as & libram. Si femina esset in tutela poterat testamentum facere tutore auctore. Ulpianus d. tit. 20. §. penult.*

S. penult. Quod tamen satis mirum videtur, cum alioqui 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 *Odyssæa* matrem suam jubet à Comitibus sive concione facessere & domum se conferre ad domum & telam suam tractandam: viris enim concionem curæ esse debere. Postea tamen receptum est, ut femine quæque liberè testari possent, dummodo 12. annum complevisent. l. 5. ff. qui test. fac. poss.

n) Initio nondum constat an Cicero in *Topic. c. 4.* quod volebat Balduinus, per mulierem quæ non erat capite minuta, intellexeret eam quæ non esset emancipata. Sanè Boetius 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 exiisset 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. Tab. non explicat cum eo tempore mulier fuerit in perpetua tutela, & falsum sit adeo, quod femine aliquando à tutela sint liberatæ illis temporibus & sui quasi juris effectæ. Nam apud Ulpianum in fragmento d. tit. XI. in fine loci verborum: *Femine autem tutela liberantur* legendum esse *non liberantur* contextus ostendit, quia alias nullus est sensus, &c.

## §. XLVI.

Ergo assumo fundamenti loco quod conceditur, feminas non fecisse testamenta calatis Comitibus. At nemini potestatem concesserunt, qui antea non habebat, nec Leges XII. Tab. nec JCI qui primitus explicabant leges, nisi id evidenter doceatur. Sed doceri id nequit. Patrisfamilias mentionem facit lex decemviralis. Sed hæc

E

VOX

vox pro neutra sententia probat, quia in legibus modo sexus masculinus femininum includit, modo excludit, prout vel eadem vel diversa utriusque sexus est conditio. Imo doceri potest evidenter, feminas primis temporibus nec per as & libram testari potuisse. Annotaverunt id Gellius pariter & Plutarchus; iste distinctius hic aliquo modo obscurius, o) videlicet lege Horatia Taratiz Vestali virgini per modum privilegii inter alia concessum esse, ut sola ex feminis testamentum per as & libram facere possit. Ergo reliqua feminæ 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 μαρτυρίαν ἀφ' ἑᾶς δέχεται μόνως γυναικῶν.* Credo Plutarchum voluisse dicere, quod ipsi soli licuerit testimonium suscipere, seu quod ipsi soli licuerit testimonium dici (in testamenti factione) Interpretes activè 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, feminarum testimonia in iudicio olim non fuisse suscepta. Et quis hoc dixit? Gellii locus est *lib. 6. c. 7. Taratiam virginem Vestæ fuisse lex Horatia testis est.* (Non illa quæ abrogatis Decemviris publicatâ, 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 hæc quoque testimonii dicendi eribuntur: testabilisque una omnium feminarum ut sic datur. Id verbum est ipsius legis Horatiæ. Contrarium est in XII. Tabulis scriptum: *Improbis intestabilisque esto.* Vide supra S. 18. Non obstat, quod Gellius statim narret: Accam Larentiam testa-



## TESTAMENTARIE.

35

testamento Romulum Regem, ut quidam 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 Larentia illa testamentum facere potuisset, cum illo tempore testamenta Romanis vel essent incognita, vel non nisi calatis Comitibus fierent.

## §. XLVII.

Sed ut famina subsequenter 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 famina libertina, scortum nomine post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutorum à Tribunis & Pratore petito, cum testamentum faceret unum Ebutium juvenem, quem deperibat, heredem instituerit. Neque tamen propterea dixerim, mores illius temporis jam fuisse universales, ut famina testamentum faceret. Et si enim hæc meretrix esset, notandum tamen, quod Patronus ejus esset mortuus, & adeo verosimiliter hæc famina nullum haberet heredem ab intestato. Certe tempore Ciceronis, i. e. integro seculo & ultra post illud factum à Livio memoratum Turpilia quadam Silium heredem instituerat: Jcti dissentiebant an b. possessio locum haberet, ideo quia testamentum factum ab ea qua testamenti factionem non haberet. g) Cur Turpilia testamenti factionem non habuerit, non additur, unde verosimile, ideo, quod famina fuerit. Neque enim puto casum istum explicandum esse in omnibus circumstantiis ex

E 2

Topi-

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

p) Livius lib. 39. c. 8. & 9. memorat rem contigisse Sp. Posthumio Albino & Q. Marcio Philippo Consulibus, i. e. secundum factos 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 Prator ex Edicto suo tibi dedit) negare a sebar Servium, tabulas testamenti esse eas quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit.*

r) Cic. Topic. c. 4.

s) vid. modo not. lit. n.

#### §. XLVIII.

Est præterea notabile quod legitur in epitome Har-  
menopuli. a) *Occulto (i. e. scripto) testamento non acquiritur, nisi id propria subscriptione vallaret testator. Ac indeo nec mulieres nec illiterati testari possunt.* Ad quem locum Scholiastes notat, quod illa lex videatur vetustum morem sequi, quo mulieri non fuerit permissum, literis ac instrumentis subscribere, & quas vellent tabulas subscriptionibus suis firmare. Colligit ex hoc loco Emundus Merillius b) mulieres saltem testamenta nuncupativa facere potuisse, non scripta, idque adhuc Papiniani tempore fuisse in usu, idque apparere ex casu ab ipsomet proposito. Scripserat pater in testamento: c) *Mando filie meæ pro salute ipsius sollicitus, ut quoad liberos tollat, testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo vivere.* Nam alias nullum

lum sensum esse cur periculum subierit, si restari 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 à regula. Diximus eos qui in Comitiiis 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 dediditio supra t) in materia testium dicta sunt, hic in capite de testamenti factione sunt repetenda.) Sed filiofamilias comparebat in Comitiiis, 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 fœtus subsequentiæ temporum. Ergo, quod notandum, in filiofamilias est magis impedimentum facti quam impedimentum juris. Et hinc quia nec in calatis Comitiiis ob eandem causam testamentum faciebat, dixerant Decemviri in lege: Paterfamilias &c.

t) supra §. 16.

u) conf. paulo post §. 53.

§. L.

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

licuerit testamentum facere. Sunt enim qui 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 Comitiiis habuerint, cum plebs videlicet post multa temporum & intervalla & varias seditiones 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 legendi præ 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 hætenus latissimam potestatem, quam Gajus per legem Decemviralem dicit datam esse iis qui testamenta facere volunt, non intelligendam esse intuitu solennitatum & testium, neque intuitu testatorum; jam videndum an forte ea assertio respiciat personas quibus in testamento quid relinquì potest. Ita videretur quidem, si hodierna tempora respicias, ubi muti, surdi, prodigi, furiosi, famina, servi, peregrini institui possunt heredes. Sed ex moribus vel hodiernis vel etiam juris Justiniani non æstimanda est, dispositio legis XII. Tabularum. Circa hujus

hujus intellectum Juri Romani habebant eandem regulam, qua in primo & secundo capite exponendo usi sumus: Heredes esse possunt, cum quibus est 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 verò si admittas, non potuerunt jure XII. Tabb. heredes esse peregrini, servi, impuberes, muti, surdi, furiosi, prodigi, intestabiles, fœminæ; filiusfamilias tamen potuit, quia habebat jus Comitiorum & à testamenti factione saltem excludebatur, quod nihil proprii haberet, de quo disponeret, sed donari tamen ipsi quid poterat, ergo non obstat illa ratio quo minus heres institui posset. Potuit & cælebs illo tempore, nam lex Julia nondum prohibuerat. *z)*

*z)* Ulpianus *tit. 22. §. 2. 3.*

## §. LIII.

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

iii

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

a) *d. l. 22. §. 2. 3.*

b) *ibid. §. 7. seq.*

§. LIV.

Ostendunt vero hætenus dicta, eos qui in Comitibus non comparebant & propterea nec testamentum condere nec testes in testamento esse poterant, fuisse duplicis generis. Quidam prohibebantur in Comitibus comparere, alii non prohibebantur quidem sed impediabantur, quo minus jus suum exercere possent. Prohibebantur, qui non essent cives nec patresfamilias, aut qui in pœnam expresse jubebantur. Impediabantur qui cives essent & patresfamilias & nihil deliquerant, sed nihil agere poterant in Comitibus, 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 familiæ heres esse solebat, impubes, mutus, surdus, furiosus heredes non potuerint esse, quia scilicet evidenter non poterant esse familiæ emtores, mox tamen, ubi cœptum est plane alium heredem instituire quam familiæ emtorem, intuitu horum ab illo rigore recessum fuisse non est improbabile. De prodigo idem dicendum, cum supra *d)* jam monstratum fuerit, eum ipsa lege decenvirali furioso aequiparatum esse. Neq; enim prodigali-

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

c) *supra* § 29. 30.

d) *supra* §. 43. 44.

## §. LV.

Alia ratio fuit illorum, qui jure impediti sunt, ne  
in Comitibus comparerent, scil. 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 verò & 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 subsuisse quæ in institutio filios familias, præprimis  
quia tempore legis Decemviralis patria potestas in liberos  
adhuc æquabat, si non superabat, potestatem in servos.  
Sed fortè 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 ad eundem 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

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 fervorum apud Romanos æquabant officia aulica, majora etiam, multorum Principum hodiernorum. 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 hominum 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 fuit cum 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. Praxid. *quest. 6. ad dissertat. de rat. stat. §. 5. seqq.*

## §. XLVI.

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 feminarum in acquirendo & jure successionum non dicam deterior sed non ita favorabilior erat conditio, ut temporibus subsequen- Etenim etiam



etiam ab intestato non admittebantur nisi filia & sorores saltem consanguineæ, non ultra, etiamsi agnatæ essent. g) Igitur nec mirandum, quod illæ famina 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: *Femina ad hereditates legitimas* post filias *ultra consanguineas successiones*, fratrum, quorum sorores consanguineæ dicuntur, *non admittuntur idque vel jure civili i. e.* disputationis fori antiquæ *vel Voconia certe narratione* (vel ut alii malunt *rogatione*) *videtur effectum.* Nam *lex XII. Tabb.* ipsa, si ejus verba spectes *nulla discretione sexus cognator 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 autores 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 declarat, legandi voce in lege Decemvirali comprehendere & heredis institutionem, & legatorum ac libertatis dationem, & constitutionem tutelarum h) adeoque hic non in stricta significatione summi 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. Sign. Conf. Rittershof. ad LL. XII. Tabb. p. 101. Francisc. Balduin. *ibid.* c. 29. p. 119. seq. quos etiam confer ad §§. seqq.

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 improbabatur. *i)* Sed hanc subtilitatem postea abrogavit Constantinus *l)* nec adeo male, cum maxima & inutili subtilitate opus sit ad discernenda verba directa à precariis. Unde si quis nulla legata vel exheredationis scribere tum volebat, poterat totum testamentum quinque vel etiam tribus verbis absolvi, *m)* quod jam quidem notandum paucis contra verborum stultam testamentorum sequiorum temporum.

*i)* Ulpianus *tit. 21.*

*l)* *l. 15. C. d. testam.*

*m)* vide omnino Ulpianum *l. 1. §. 3. de hered. instit. Conf. Def. Herald. Rev. quotid. cap. ult. §. 10. & observ. 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 repræsentarent saltem emtor familiae, & adeo testamentum in quo non esset heredis institutio, pro nullo haberetur. Quin imo & in eo consistebat laxa illa potestas testandi, quod lege Decemvirali etiam liceret sub-

## TESTAMENTARIE.

45

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

n) Ulpianus l. 2. pr. de V. & P. S. Huberus *disput. fundam. 58. ib. 7.*  
Paul. Voet. *ad Inst. de pup. subst. n. 3.*

o) Gomes *ad l. 3. Taur. Connan. 10. comm. 7.* Gregor. Tholosan.  
*Synt. agm. jur. lib. 42. cap. 10.* Voet. *ad tit. de Vulg. subst.*  
*num. 1.*

## §. LX.

Imo sub heredis institutione etiam comprehenditur exheredatio filii familias, 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. Uterius lege XII. Tabularum praterire licuit, ita ut prateritio instar exheredationis esset, nisi forte testator filium vivere non putaret. r)

p) l. 11. de lib. & posth.

q) de quo latius actum in *Disput. de legitima viventis dirigente*  
Dn Praxide habita.

r) Balduinus d. l. pag. 119. conf. Hotomannus lib. 3. *antiquitas.*  
pag. 438.

## §. LXI.

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

F 3

post-

posthumum alienum licuisse instituere, prout nempe statim ab initio lex Decenviralis fuit explicata à JCtis. Etsi enim videam ea de re à viris erudit s disputari, s) 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.

s) Bald. & Hotom. *dd. ff.*

§. 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, im- puberes, furiosi, muti, surdi &c. Ergo regulæ supra traditæ: non possunt heredes fieri lege decenvirali qui non comparendi jus habent in comitiis, addenda erit hæc limitatio generalis, nisi sint heredes ab intestato.

§. LXIII.

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

TESTAMENTARIÆ.

esset, donec postea hæc licentia legibus restringeretur. <sup>21</sup>  
 De libertatis & tutelæ datione quod peculiariter monemus non est. Videantur Commentatores ad Leges XII. Tabularum & sæpius citatam Pomponii legem.

1) Balduin. d. l. p. 121. 122. Alexand. l. 6. c. 10. in fine p. m. 549.

§. XLIV.

Tantum ergo abest, ut primis temporibus testamentariæ successionis, favorem magnum habuerit potestas testamenti faciendi, ut potius ab initio interpretatione Jctorum & ratione solemnium & ratione testatoris & ratione heredi valde fuerit coarctata; ut adeo forte dictum Pomponii inveri queat, dum asserit, potestatem lege Decemvirali indultam fuisse postea variè restrictam. Sed ea de re viderint, qui mutationem subsequentiū 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 nollet heredes legitimos sibi succedere. Feceant exinde Jcti primis temporibus regulam, quæ per infinitos juris articulos se diffundit, non deberi alicui succedi partim ex testamento, partim ab intestato. Quam postea ita amarunt eique sic adhererunt, & multos casus subinde subtiliter magis definiverint quam ex regulis bonæ interpretationis. Quo & illud pertinet, quod intuitu regulæ ipsius dicit Pomponius. <sup>22</sup> Naturaliter inter se pugnam esse testatum & intestatum. Dura locutio & dialectica magis quam moralis.



SENSUS LEGIS DECEMVIRALIS  
 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.

a) l. 7. de R. J. ibique Wissenb. Herald. rer. quotid. 6.  
 nit. §. 15.

Tantum!



Halle Diss. 1705  
(T-Z)

ULB Halle

3

001 923 900

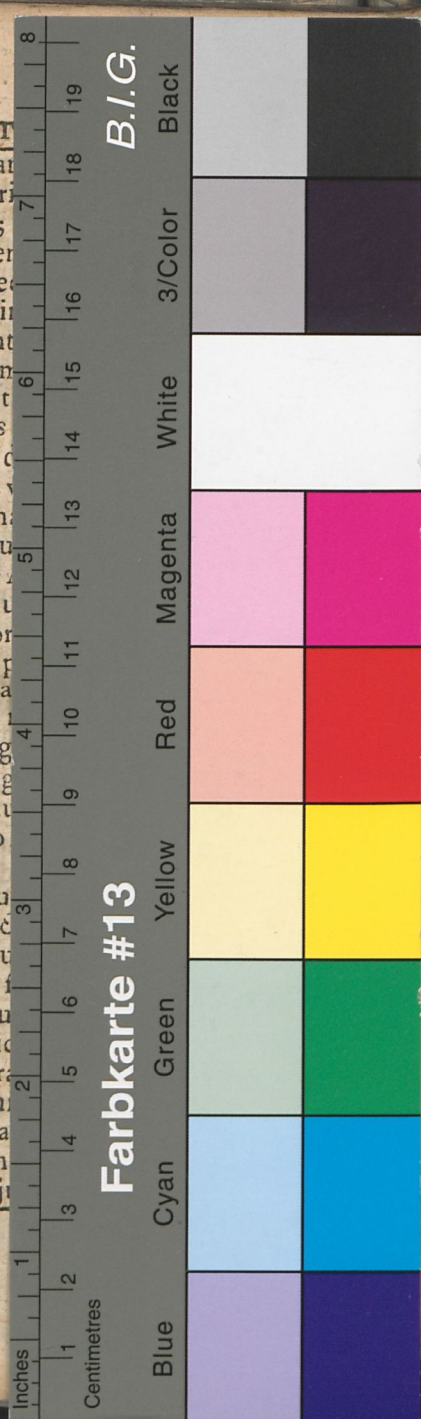


Sb









B.I.G.

Farbkarte #13

1705 22  
27a

B. C. D.  
DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,  
DE

# SENSU LEGIS DECEMVIRALIS TESTAMENTARIÆ,

Quam  
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,  
*SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,*  
**DN. PHILIPPO WILHELMO,**  
PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRANDENBUR-  
GICO, AC DUCATUS MAGDEBURGICI GUBERNA-  
TORE, &c. &c.

IN HAC REGIA FRIDERICIANA,  
PRÆSIDE  
**DN. CHRISTIANO THOMASIO,**  
ICto, 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 Examinì submittit  
**LUDOV. CHRISTOPH. SCHEFFER,**

Cassellanus Hassus.  
Ad d. V. Sept. An. M DCC V. horis ante & pomeridianis.  
HALÆ, Typis CHRISTOPH. ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typogr.

