





878

1705 14
25c

Q. D. B. V.

**PRIMA INITIA
SUCCESSIONIS
TESTAMENTARIÆ**

APUD ROMANOS,

**IN ILLUSTRIS ACADEMIA FRIDERICIANA
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
*SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO***

**DN. FRIDERICO WIL-
HELMO,**

**REGNI BORUSSICI, ELECTORATUS BRANDEN-
BURGICI ET PROVINCIARUM HEREDE,
& reliqua,**

PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO,

**JCTO, S. REG. MAJ. BORUSSIÆ CONSILIARIO AC
PROFESSORE PUBL.**

publice defender

ad d. XIII. Junii An. MDCCV.

H. L. Q. C.

**JOHANNES MICHAEL *Gehwolff*,
RATISBON.**

HALÆ, Typis CHRISTOPH. ANDREAE ZEITLERI Acad. Typogr.



S. R. I.

Liberæ ac Augustæ Reipublicæ

RASISBONENSIS

Patriæ Patribus ac Proceribus Benignissimis,

VIRIS

Illustribus, Magnificis ac Præstrenuis,
Prænobilissimis ac Prudentissimis,

DN. CAMERARIO,
CONSULIBUS.

Et

SENATORIBUS RELIQUIS,

Dominis Patronis, Evergetis, ac Promotoribus suis
Maximis submisse Venerandis,

DISSERTATIONEM HANC ACA-
DEMICAM,

In
mentis gratissimæ deditissimæque documentum,
ulterioremque sui commendationem

D. D. D.

JOHANNES MICHAEL GEHWOLFF,
Ratisbonensis.



PRÆFATIO.



Uccessionem testamentariam esse maxime practicam nemo negabit. Esse etiam difficillimam & confusissimam, ac si in ulla doctrinâ juris, certè in hac de quæstionibus testamentariis esse jus incertissimum, ac

communibus opinionibus contra communes refertum, ostendit pariter quotidiana experientia. Nec poterit aliter esse, cum interpretes juris in ipso limine doctrinæ contrarias plane foveant hypotheses, dum pleriq; persuadent sibi, testamenti factionem esse juris naturæ, paucissimi contra soli juri Romano, aut si quid addere velis, legibus Solonis eam debere ortum, atque cum magno Reipublicæ damno esse introductam statuunt. Unde profluit alius dissensus, dum communis doctrina maximum favorem testamentorum esse statuit, eumque maxime ampliandum esse docet,

Az

pauci

pauci contra testamenta plane è Republicâ volunt exterminari. Qui dissensus capitales uti infinitis aliis diffensionibus in quæstionibus specialibus circa jura privatorum dant occasionem, ita & magnum momentum afferunt in controversiis juris publici de testamentis principum, item in consultationibus de juribus principum circa testamenta subditorum, item de emendatione juris incerti in Germania circa testamenta. Hinc etsi de materiâ testamentaria à plurimis magna volumina scripta sint, multa tamen adhuc credo relicta esse industriæ aliorum, cum plerique scriptores variorum juris interpretum sententias, ut scopas dissolutas colligant, easque laxiori vinculo utcunque connectant, ut vel nulla vel certe parum cohærens connexio ubiq; deprehendatur, & lector paulo exactioris judicii post lectionem incertior recedat quam accessit. Causa primaria rei est, quod multi destituantur doctrina prudentiæ civilis, quod jam suo tempore ubiq; ferè deploravit Magnus Conringius, & quod juris prudentiam considerent ut ens memoriæ magis quam Judicii, ubi pro eruditissimo sit habendus, qui dicta aliorum exscribat, jus Justinianicum & tradita veterum Glossatorum tantum non adoret, & ubiq; centos allegatorum in assertionibus etiam eviden-

PRÆFATIO.

5

deniffimis exponat. Si meo arbitrio res effet tractanda, putarem non inutilem jurisprudentiæ & publicæ & privatæ operam navaturum esse, fi quis, cum de prima origine totius successione testamētariæ, utrum ex Jure gentium sit, an ex Jure civili, inquisitum fuerit, differat paulo accuratius, quam communiter fieri solet, de primis initiis eiusdem apud Romanos, tum de eius progressu partim in Republica libera usq; ad tempora Imperatorum, partim sub Imperatoribus Ethnicis pariter usq; ad Constantinum, ac Christianis à Constantino usque ad Justinianum, denique de variis mutationibus juris testamētarii à Justiniano factis. Hoc peracto utile erit dispicere de Jure Germanico, & quod Germani usq; ad tempora juris Canonici omnem successione testamētariam ignoraverint; quid jus Canonem de testamētis disposuerit diversum a jure Justiniano; quomodo hæc juris Canonici dispositio pedetentim in univēsa Germania fuerit recepta; qualis mutatio jure Justiniano in Academiis Germaniæ introducto intuitu successione testamētariæ in Germania facta fuerit usq; ad tempora Maximiliani Imperatoris; quid novi Maximiliani constitutio de Notariis quo ad testamēta in foris Germaniæ effecerit, & quanta juris testamētarii incertitudo

A3

titudo

titudo ab eo tempore in Germania ad nostra usque tempora cum maximo Reip. damno in foris regnaverit. His omnibus non solum historicè, sed ex regulis prudentiæ civilis ubique examinatis opus esset, ut agatur in genere de jure & prudentia summæ potestatis civilis circa testamenta tam propria quam subditorum, ut ultimo loco eo clarius & maxime palpabiliter consilia de emendatione damnorum, quæ per jura testamentaria eorumq; incertitudinem Germaniæ data sunt, expendi queant. Postquam vero non ita pridem de origine successionis testamentariæ sub præsidio Domini Præsidis fusius actum fuerit, & specimen studiorum à me postularetur ab iis, quorum jus sui parendum est, proposui mihi in præsentis dissertatione initia successionis testamentariæ apud Romanos expendere, ubi a lectoribus veniam peto, si in materia obscura & difficili forte non ubique rem ea perspicuitate tractavero, qua reliqua capita, ubi maior lux historica affulget, ab aliis suo tempore proponentur.

SUMMARIA DISSERTATIONIS.

Verba l. 120. de V. S. & summa dicendorum §. 1. Doctrina Justiniani de tribus antiquis testandi generibus, & ejus obscuritas. 2. De testamento calatis comitiis facto paucissima & brevissima loca Ulpiani, & Gellii. 3. De testamento in prociuctu similia eorundem, it. Ciceronis, Velleii Paterculi, Plutarchi, 4. Theopbili

SUCCESSIONIS TESTAM. ROMANÆ. 7

phili sententia de utrisque 5. Incertum quando primum genus in usu esse cepit. Communiter post tempora XII. Tab. id referunt. 6. Verosimilius tamen obinuisse id jam ante XII. Tabulas, quia illo tempore, & secundum genus jam erat in usu 7. Ratio cur communiter in hac quaestione hæsitent interpretes 8. Testamenta quæ calatis comitiis fiebant valebant ex voluntate populi 9. Non ex libera testatoris voluntate 10. Neque enim populus solemnitate saltem gratia adhibebatur, sed ut autor fieret & executor. 11. Unde heres ejusmodi magis ad heredes legitimos pertinebat, quam testamentarios secundum novicrem significatum, 12. Erant vero illa testamenta nuncupativa; nec scripta esse poterant. 13. Quoties ejusmodi testamenta per annum condere licuerit. 14. An in comitiis curiatis tantum, an etiam in centuriatis? 15. Testamenta fuisse saltem appendices comitiarum neque comitia testamentorum causa instituta fuisse. 16. Quomodo populus testamenta in calatis comitiis approbaverit. 17. Verosimilius esse, approbata fuisse à populo tacite, si testator à magistratu ad rogationem admissus esset, & nemo ei contradiceret. 18. Testamenta fuisse contra in comitiis à Pontificibus convocatis 19. Etiam testamenta, quæ populus tacite approbasset, non fuisse testamenta propria dicta. 20. Cur apud historicos non reperitur exemplum testamenti calatis comitiis facti. 21. Laxissima contra potestas testandi fuit in testamentis in procinctu, 22. quæ adeo exceptionem faciebant a regula testamentorum in comitiis conditorum, & militibus concessa sunt ut allicerentur homines ad militiam 23. Non tamen eorum destinebantur omnibus solemnitatibus, & erant tantum nuncupativa 24. requirebant testes tres vel quatuor, non septem, 25. neque sufficiebat in expeditione esse, sed in proximo moris periculo, 26. Igitur verosimile est, testamenta illa in procinctu ipso jure evanuisse, si testator periculum evaserit. 27. Sed tamen maxima habuerunt privilegia præ reliquis testamentis, 28. Transitus ad testa-

mentis

menta per aes & libram. 29. An ea per ipsas leges decemvirales fuerint introducta. 30. Eorum descriptio generalis 31. Balduinus ea ex ipsis legibus XII. Tabb. deducit 32. cuius rationibus respondetur, 33. 34. 35. 36. Ortum debere haec testamenta auctoritati Fœderum ut solemnitates omnes omnium negotiorum civilium, 37. posse tamen tolerari locutionem, quod testamenta haec oriuntur ex lege XII. Tabb. 38. Recte etiam dici, quod prima initia testamenti factionis Romanae sint ex lege XII. Tabb. 39. præprimis cum hic demum cum inceperit libera testamentorum mutabilitas. 40. Testamenta quæ fiebant in calatis comitiis post legem XII. Tabb. statim desisse, 41. non vero ea quæ fiebant in prociñctu. 42. Milites tamen extra aciem usos fuisse testamentis per aes & libram, 43. sed adhibitis tamen consuetis solemnitatibus. 44. Inquiritur in rationem Ciceronis, cur testamenta in prociñctu desierint cum auspiciis bellicis 45. Conclusio 46. Usus disputationis 47.

§ I.

AIt Pomponius: (a) Verbis legis XII. Tabul. his: Uti legasit suæ rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur & heredis instituendi, & legata & libertates dandi, tutelas quoq; constituenti: sed id interpretatione conangustatum est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium. Vixit Pomponius sub Imperatore Hadriano, (b) adeoque a temporibus legis XII. Tabb. nimis fuit remotus, atq; alibi, ubi ex professo de juris origine tractat, multa specimina edidit, quod in studio historico & antiquitatibus Romanis parum exactè verfatus fuerit. (c) Igitur etsi interpretes communiter textu ejus emarato vel nimis freti, vel etiam superficiarie nimis eundem considerantes, sufficere sibi putent, si doceant, testamenta apud Romanos per leges XII. Tabb. primum initium sumsisse, atque latissimam fuisse testandi potestatem;

non

SUCCESSIONIS TESTAM. ROMANÆ. 9

non pigebit tamen paulo distinctius examinasse: annon ante XII. Tabulas testamenti factio apud Romanos in usu fuerit, (d) & quid novi lege XII. Tabb. pristinae testamenti factioni fuerit additum, at postea accuratius examinari possit, quis sit sensus de latissima testandi potestate lege XII. Tabb. introducta.

a) *l. 120. de V. S.*

b) *vid. Eberlinum de O. J. c. 48. n. II.*

c) Quod ostenderunt, qui in *l. 2. de O. J.* commentati sunt.

d) Jam quidem in *dissert. de Origine juris testament.* §. 61. quaedam ea de re fuerunt notata, sed obiter saltem & summatim.

§. II.

Docet Justinianus (e) duo olim fuisse genera testamentorum, quorum altero in pace & otio fruebantur, quod calatis comitiis appellabant, altero, cum in prælium exituri essent, quod procinctum vel potius in procinctu dicebatur, cui deinde tertium accesserit per æs & libram, sed postea ex edicto Prætoris aliam formam faciendorum testamentorum introductam esse, donec per constitutiones principum forma nova testamenti ex jure civili & prætorio mixta oriretur. Hinc multum adjuvasset ad accuratorem juris testamentarii & initiorum ejus notitiam, si paucis verbis fuisset explicatum, an illud *olim* respiciat tempora leges XII. Tabb. antecedentia, an ipsa legis XII. Tabb. tempora, item quomodo testamenta calatis comitiis & in procinctu facta fuerint, (uti testamentum per æs & libram fufius describitur,) tum quibus temporibus ista duo antiqua testamentorum genera desierint esse in usu. Jam cum id a Justiniano non fuerit factum, opera danda, ut aliunde cognoscamus.

e) §. 1. seq. *Inst. de testam. Ordin.*

§. III.

De primo genere testamentorum præter Justinia-

B

num

num duorum saltem ex antiquis scriptoribus autorum testimonia diligentissimus alias antiquitatum Romanarum scriptor Barnabas Brissonius (*f*) reperire potuit, Ulpiani & Gellii, quorum ille (*g*) plura de eo, quam ex Justiniano jam retulimus, non affert, ut adeo verisimile sit, Justinianum sua ex hoc loco Ulpiani haufisse, hic vero nec ipse multo plura, magis videlicet explicans, quid fuerint calata comitia, quam quomodo testamenta in calatis comitiis condita fuerint. (*h*)

f) lib. 7. de formulis p. m. 186.

g) in fragmento tit. 20. §. 2.

h) Ita enim ait Noë. Attic. l. 15. c. 27. In libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est, Labeonem scribere, calata comitia esse, que pro collegio Pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum causa: eorum autem alia esse curiata alia centuriata: curiata per lictorem curiatim calari, id est convocari: centuriata per cornicinem. Iisdem comitiis, que calata appellari diximus, & sacrorum detestatio & testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus. Unum quod calatis comitiis in populi concione fieret; alterum in prociñtu, quum viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur; tertium per familie emancipationem, cui æs & libra adhiberetur.

§. IV.

Neque multo plura de testamento in prociñtu alibi reperiuntur. Ulpianus id saltem duobus verbis recenset: Gellius pariter. Cicero (*i*) testamenta in prociñtu sine libra atque tabulis facta esse dicit. Idem Cicero alibi (*l*) testatur, quod suo jam tempore desierint testamenta in prociñtu, quem locum ejus paulo obscuriorem an illustret alius ejusdem loci parallelus (*m*) infra dispiciemus. Vellejus Paterculus testamentorum in prociñtu quidem meminit, (*n*) sed nihil memoratu valde dignum de

SUCCESSIONIS TESTAM. ROMANÆ.

11

de iis adnotat. Apertius paulo Plutarchus horum testam-
entorum formam & tempus exprimit. (o)

- i) De Oratore lib. 1. c. 52. Reprehendebat Galbam Rutilius, quod is Sulpicii Galli pupillum filium ipse pene in humeros suos extulisset, qui patris clarissimi recordatione & memoria fletum populo moveret, & duos filios suos parvos tutela populi commendasset, ac se, tanquam in procinctu testamentum faceret, sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati &c.
- l) De Natura Deorum l. 2. c. 3. Negligentia nobilitatis angurii disciplina omisa veritas auspicioꝝum spreta est, species tantum retenta. Itaque maximæ Reipubl. partes, in his bella, quibus Reipubl. salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulle perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur: ex quo in procinctu testamenta perierunt, tum enim bella gerere nostri duces incipiunt, cum auspicia posuerunt.
- m) Est is lib. 2. de divinat. c. 30. Bellicam, inquit, rem administrari majores nostri, nisi auspiciato noluerunt, quam multi anni sunt, cum bella a Proconsulibus & Prætoribus administrantur, qui auspicia non habent, itaque nec annes transeunt auspiciato nec tripudio auspiciantur. Nam ex acuminibus quidem, quod totum auspicium militare est, jam M. Marcellus ille quinquies consultorum omisit. Ubi ergo avium divinatio? quæ quoniam ab iis, qui auspicia nulla habent, bella administrantur, ab urbanis retenta videtur, à bellicis esse sublata.
- n) Vellej. Pat. rc. l. 2. c. 5. Facientibus omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundum foret.
- o) Plutarchus in Coriolano interprete Xylandro f. m. 198. Mos erat Romanis eo tempore, ut in procinctu jam stantes, & scutis manus inferentes, sagaque accingentes simul etiam tribus aut quatuor audientibus, heredem suum nuncuparent, que testamenta non scripta militaria vocantur.

B 2

§. V. Equi-

§. V.

Equidem vetus Institutionum Justiniani interpres Græcus Theophilus, de utroque testamento illo, & qua occasione tertium genus fuerit adiectum, plura differit. (p) Sed quia tamen Theophilus plurima specimina edidit, quod promovere illorum temporum fabulas sæpe narraret pro veris historiis, (q) inde ipsius assertionibus non tuto erit fidendum, sed quoties ad eum recurrendum erit, examen institui oportebit, an verosimilia narret, an minus.

p) *Testamentum*, inquit, (in periphrasi ad §. 1. *Inst. de Testam. ordin. interprete Gothofredo*) calatis comitiis tempore pacis fiebat bis in anno hunc in modum. Præco universam circumibat civitatem, conclamans, & totus populus congregabatur, & ita, qui volebat teste populo testamentum scribebat. Inde calatis comitiis dictum est. Nam calare vocare est; comitia congregatio, quoniam igitur vocati congregabantur, appellatum est testamentum calatis comitiis. Procinctum vero testamentum est, quod fiebat, quum in prælium essent exituri, nomenque ab habitu, in quo testamenta faciebant, fortitum est. Procinctus enim dicitur, qui accinctus est, & paratus ad confliendum cum hoste. Nam cum in incerto esset, an rediuri essent, testamento prius facto in prælium exibant. Porro cum hæc due tantum species in usu essent, eveniebat, ut nonnulli subitaneo morbo correpti intestati morerentur; neque enim calatis comitiis testabantur, quia nondum instaret tempus, neque item in procinctu, quia bellum non esset. Deinde & illud mali ominis esse videbatur, sano quempiam & valente corpore testamentum facere. Ob hæc igitur tertia species inventa est, que dicebatur per æs & libram.

q) Exemplum dabimus, ubi ad considerationem distinctionem testamenti per æs & libram pervenerimus. Aliud est in periphrasi §. 7. *Instit. quod cum eo, qui in al. pot. est &c.* de origine SCti Macedoniani.

§. VI.

Cum vero in istis locis antiquiorum Scriptorum fide dignorum, unde sua reliqui hauserunt, diserte non dicatur, quando testamenta illa priora duo ortum duxerint, & quando iterumque defierint, non mirandum, quod interpretes eâ de re parum consentiant. Desiderius Heraldus antiquitatum Romanarum alias non imperitus. Cuius testimonia calatis comitiis & in procinctu demum post XII. Tabulas ortum duxisse (r) arbitratur. Et insigniter fallor, aut hæc communior fere est interpretum opinio, certe non memini, me legisse, qui diserte hanc quæstionem tractaverit, aut aperte professus fuerit, testamenta, calatis comitiis ante XII. Tabulas fuisse usurpata. (s) Et hoc non mirandum, quia ob legum Pomponii nostram communis est persuasio, testamenti factionem apud Romanos debere originem XII. Tabulis, eamque esse haustam ex legibus Solonis. (t)

r) *Rer. quotid. c. ult. §. 4. & 9. Verba legis XII. Tab. e Solonis legibus videntur sumta &c. Etsi vero verba legis publicæ plenam patribus fam. & absolutam potestatem dabant, ea tamen civiliter utebantur, testamentum suum facientes calatis comitiis in populi conventu, ut consensu suo, aut auctoritate hanc legem familiarem confirmarent: qua forma absoluta & alia prætoris edicto introducta septem ideo testes adhibitos viri eximi divinarunt, ad retinendorum calatorum comitiarum nescio quam imaginem, quod commentum sane ingeniosum vicissimilius esset si septem testium adhibitio esset a jure civili & non a jure prætorio, nec testamento calatis comitiis facto testamentum per es & libram successisset, quod divisi sine duravit, in quo septem quidem cives Romani comparabant, sed quorum quinque tantum testes erant, ceteri libri pens & familie emtor. Sensus est post XII. Tabulas initio testamenta facta in calatis comitiis, postea huic modo successisse testamentum per es & libram & modum testandi prætorium. Clarius loquitur Ægidius*

Hortensius *Comment. ad Instit. de Testam. Ordin. p. m. 171.* asserens statim post legem XII. Tabb. introductas esse duas species testamentorum calatis comitiis & in pro-cinctu.

c) Vinnius equidem asserit, testamenta calatis comitiis fuisse in usu ante XII. Tabb. sed obiter & aliud agens in *Comment. ad §. 1. de testam. ordin.* Non fuisse, inquit, calata comitia centuriata; alioqui sequeretur nec in urbe testari Quirites potuisse, nec omnino primis temporibus testari ante tempora Servii regis, a quo primum centuriata comitia instituta sunt. Habet igitur pro absurdo, quod primis temporibus regis Romani non potuerint testamenta in comitiis condere. Huberus in *Digressionibus l. 4. cap. 30.* dum adversus Vinnium disputat, non defendit sententiam, quod Romani antea non potuerint testari, sed tacite concesso, quod Romani ante Servii Tullii tempora testamenta condiderint, negat consequentiam. Franc. Balduinus *ad leg. XII. Tabb. c. 29. p. 118. edit. tert.* dicit quidem, testamenta calatis comitiis fuisse antiquissima, non tamen dicit diferte, fuisse ante XII. Tabulas.

ε) *Conf. dissert. de Orig. Success. testament. §. 61. lit. m.*

§. VII.

Sed hoc tamen non obstante, puto facile persuaderi posse cuilibet extra partesposito, quod testamenta, quæ calatis comitiis fiebant, fuerint ante XII. Tabb. Romanis usitata, etsi ob silentium historicorum, quos hodie habemus non constet, sub quo Rege is testandi modus fuerit introductus, an ante, an post Servium Tullium. Sufficit enim, quod Plutarchus testis fide dignissimus scriba; tempore Corioli, qui ante leges Decemvirales vixit, iam apud Romanos usu receptum fuisse testamentum in
[procin-

procinctu, (u) Qui vero de istis duobus antiquioribus testandi modis, quorum unum calatis comitiis fiebat, alterum in procinctu, loquuntur paulo distinctius, loquuntur tanquam de generibus coætaneis, (saltem intuitu originis, etsi non intuitu durationis,) quod nempe illo in pace usi fuerint, hoc vero tempore belli. (x) Neq; memini ullum commentatorum hic reprehendisse Justinianum. Nec obstat, quod testamentorum calatis comitiis factorum nulla occurrant exempla ante XII. Tabb. Nam nec apud historicos, quorum scripta ad nos pervenerunt, leguntur exempla talium testamentorum post XII. Tabulas conditorum.

u) *Vid ejus locum §. 4. lit. o.*

x) *§. 1. Inst. de testament. ordin. & Theophilus in paraphrasi. vid. supra § 2. & 5.*

§. VIII.

Quod vero communiter interpretes de hac assertione fileant vel hæsitent, inde factum est, quod communiter fuit inculcatum, ac si testamenta apud Romanos ex lege XII. Tabb. oriantur, & quod interpretes nullam causam viderint, cur, si jam antea fuissent in usu, Decemviri a Solonis legibus testamenti factionem traducerent in XII. Tabulas. Uti vero hoc dubium facile removeri poterit, si ostenderit capitalem differentiam inter testamentum calatis comitiis & per æs & libram; ita jam monstrato, quod testamentum calatis comitiis sub statu regio in usu fuerit, non difficulter persuadebitur, tertium illud genus per æs & libram vel ab ipsa lege XII. Tabb. vel una cum ipsa per disputationem fori & interpretationem Jctorum fuisse introductum. Ut vero hoc posterius eo melius intelligatur, videndum est, qua ratione introductum fuerit testa-

testamentum calatis comitiis, item id, quod in prociñctu fiebat.

§. IX.

Scilicet Romani illo adhuc tempore sequebantur ductum juris gentium, secundum quem testamendi factio a natura domini aliena est, ut fufius fuit de origine successione testamentaria probatum. Igitur cum sola lege deferretur tum temporis successio, & tamen casus quidam poterant contingere, ubi heredes legitimi erant indigni, vel alii digniores aderant de testatore melius meriti, invenisse videtur, quisquis fuit ex regibus, ut liceret in comitiis toti populo, penes quem erat potestas legum ferendarum, rationes suas, cur heredi legitimo quis bona sua relinquere nollet, aperire, quas si justas deprehenderet populus, approbabat, & tum testamentum ejus valebat, si insufficientes, rejiciebat.

§. X.

Neque enim purandum est, quod testaments, quæ in calatis comitiis fiebant, valuerint ex liberrima voluntate testatoris, & quod adeo convocatio populi & expositio voluntatis coram eodem fuerint nuda solennitates. Et si enim Scriptores supra memorati nihil plane de hac circumstantia expressis verbis disponant, imo Theophilus (y) saltem dicat, teste populo ibi condita fuisse testaments, testis verò & autor valde differant, tamen cum jam supra monitum fuerit, Theophili autoritatem in his quæstionibus non multum esse attendendam, magis hic respiciendum erit ad naturam ipsius negotii.

y) loco §. 5. lit. p. descriptio.

§. XI.

Omnis etenim generis comitia sunt conventus populi

puli vel plebis eo fine instituta, ut convocati aliquid suffragio suo vel jubeant vel prohibeant. (z) Inde non omnes populi conventus comitia erant dicta, sed ii tantum, qui ferendorum aliqua de re suffragiorum causa haberentur. Cum enim ludorum censusve gratia populus universus conveniret, non erant comitia, sed conventus, & generaliter sumtum concilium. (a) In comitiis omnibus tractabantur negotia ad Remp. pertinentia, non quæ sita erant in arbitrio privatorum, etsi ad utilitatem privatorum immediatam respicerent. Sic & arrogatio fiebat in comitiis per solemnem rogationem: Velitis, jubeatis, Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam jure legeque filius sibi fiet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitæ necisque in eo potestas fiet &c. Hæc ita uti dixi, ita Vos Quirites rogo; tum populus ætatem ejus, qui arrogabat, & bona arrogati aliæque in suffragio ferendo considerabat. (b) Quis dubitaret, in testamentis, etsi scriptores taceant, fuisse similem formulam. v. g. Velitis jubeatis Quirites uti Lucius Titius Lucio Valerio tam jure legeque heres sibi fiet, quam si ejus filius familias aut proximus agnatus esset &c. Hæc ita uti dixi ita vos Quirites rogo. Quis dubitaret inquam, post hanc rogationem populum suffragia super hac rogatione dedisse, atque in ferendis suffragiis conditionem testatoris, heredis legitimi, & ejus, cui testator hereditatem relinquere volebat, considerasse, atque adeo testamenti factionem illam ejusque effectum magis adscribendum esse auctoritati populi quam testatoris.

2. Car. Sigon. de antiq. jur. civ. Rom. c. 17. Paul. Merula de comit. Rom. c. 1. S. 3.

a) Merula d. l. p. 3.

b) Gellius lib. 5. c. 14.

§. XII.

Cum igitur noviore & hodierno significatu heres testamentarius & legitimus sibi opponantur, patet heredem testamentarium, qui calatis comitiis fiebat, proprie talem non fuisse, sed legitimum, quia voluntate & autoritate populi constituebatur. Id parum intererit, utrum dicas modum constituendi pertinere ad classẽ dispensationum, an ad classẽ novæ legis; (nam & novas leges ad singulos pertinentes Romanis non fuisse inusitatas docent exempla legis, qua Camillus ab exilio fuit revocatus (c) item legis Maniliæ. (d)) Utrumq; enim lege fit, utrumque legitimum est.

c) Livius l. 5. c. 46.

d) Cicero oratione pro lege Manilia.

§. XIII.

Quodsi vero hoc modo facta fuerunt testamenta in calatis comitiis, uti aliter vix poterimus concipere, sua sponte fluit, prima illa testamenta fuisse nuncupativa, non scripta. Scripta enim omnes concedunt esse inventa heredis occultandi causa. At occultatio ista illicita est, & nullius momenti, si populus de herede cum causæ cognitione suffragium ferre debuit. Nequẽ ulla probabili conjectura monstrari potest, testamenta scripta ante legem XII. Tabb. Romanis fuisse cognita, etsi id asseruerit aliquando Franciscus Balduinus, (e) & idem videatur asseruisse Theophilus (f).

e) Ad Leges XII. Tabb. c. 26. f. 69. edit. Paris. in fol. de anno 1554. Sed ipse postea videtur mox errorem agnovisse, dum in editione 3. Basileensi in 8vo. de anno 1557. eam assertionem ad c. 24. p. 114. seqq. non repetiit.

f) Vide locum ejus supra §. 5. lit. p. descriptum in verbis: qui volebat, teste populo testamentum scribebat, Postes adeo & hoc

SUCCESSIONIS TESTAM. ROMANÆ 19

& hoc ad errores Theophili refere, nisi magis hic errasset ejus interpres doctissimus alius Dionys. Gothofredus. Quod enim hic reddidit *testamentum scribebat*, debebat simpliciter verti *testabatur*. Est enim in Græco saltem *διδάσκει*.

§. XIV.

Cæterum illud in medio relinquo, an quod Theophilus ulterius scripsit, testamenta calatis comitiis, (aut potius calata comitia testamentorum condendorum gratia) bis in anno fuerint habita. Non est, qui ante ipsum hoc memoret. (g) Possit tamen forte esse. Nam alias constat, plures fuisse dies comitiales aliorum negotiorum gratia. Id interest. Si vera est Theophili sententia, videntur tum comitia tantum testamentorum condendorum gratia fuisse convocata, neque adeo licuisse in aliis comitiis calatis testari. Quod si vero Theophilus, ut alia, hoc ex proprio cerebro excogitavit, neque adeo certis & statis anni temporibus comitia testamentorum causa instituta sunt, videntur, uti forte adoptiones, ita & testamenti factiones indistincte in comitiis aliis quibuscunque susceptæ fuisse.

g) Imo Franc. Hotomannus in *Coment. ad §. r. Inst. de testam. ordin.* expresse ei contradiçit, quia videlicet aliis actibus legitimis certum tempus non fuerit præfinitum. Quamvis verear, ut hæc ratio feriat Theophilum, & ne hic excepturus sit; distinguendum esse inter actus legitimos in comitiis, & alibi v. gr. coram Præatore celebratos.

§. XV.

Porrò cum tria genera comitorum essent, curiata, à Romulo inventa, qui populum in curias diviserat, ubi suffragia dabantur per curias; centuriata, quorum autor

C 2

Serv.

Serv. Tullius, ubi suffragia dabantur per centurias, & tributa, ubi suffragia dabantur a plebe per tribus, quæ post ejectos reges tempore Coriolani originem sumserunt (*h*), at vero ad singula hæc populus antea ut conveniret convocaretur, seu calaretur, atque adeo hoc intuitu & curiata, & centuriata, & tributa possint calata appellari (*i*); non unanimes sunt Dd. utrum testamenta in curiatis tantum, an etiam in centuriatis condita fuerint (Nam de tributis fere consentiunt, in iis, cum ibi plebs solum conveniret, testamenti factionem non fuisse celebratam (*l*). Prius Vinnius affirmat, posterius Ulricus Huberus (*m*). Mihi sic videtur, determinationem hujus quæstionibus dependere a quæstione præcedente. Si enim in omnibus comitiis populi curiatis licuit testamenta condere, nulla est ratio dubitandi, cur non id licuerit etiam postea cum sub Servio Tullio populus suffragia ferre inciperet per centurias clasium. At vero, si certa certis temporibus testamentorum condendorum habita fuere comitia curiata, neque adeo in omnibus curiatis licuit testamenta condere, non video, cur opus fuerit, centuriatis comitiis inventis etiam quædam centuriata separatim destinare ad testamenta condenda, præprimis cum non abrogata fuerint curiata comitia per inventionem centuriatorum, sed pedetentim interierint una cum curiis (*n*). Et si quis legat intentionem Servii Tullii, cur centuriata comitia invenerit, facile patebit, quod iis non intenderit quid innovare intuitu testamentorum (*o*).

h) Vit. Carol. Sigon. *l. 1. de antiq. jure civ. Rom. c. 17.* Merula *de comitiis Roman. c. 1 & 4.* Vinnius in *Comment. ad. S. 7. Inst. de test. ordin.*

i) Vinnius *d. l. Merula d. l. 1. & 4.*

l) Vinnius *d. l. Huber. digress. l. 4. c. 30. §. 3.*

m) Uter

m) Uterq; *ad l.*

n) Sigon. *d. c. 17.*

o) Dion. Halic. *Antiq. Rom. l. 4. c. 20. seqq.* Maxime vero notetur locus *c. 24.* *Dixi antea, quod irium rerum maximarum illarum & summe necessariarum penes populum ex prisco instituto arbitrium fuerit, creandi magistratus, leges confirmandi vel abrogandi, bellum pacemve decernendi, de his rebus a populo disceptabatur, & decernebatur latis curiatim suffragiis, & tantundem valebat pauperi imi, quantum divissimi calculus; cumque ut par est, pauci essent divites, pauperes in ferendis suffragiis illos numero longe superabant. Quo animadverso Tullius ad divites vim suffragiorum transtulit. Quando enim magistratus creare, aut de lege cognoscere, aut bellum inferre volebat (vides; nil dicit de testamentis ordinandis) pro curiatis centuriata indicebat comitia & c.*

§. XVI.

Quo magis vero antiquitates Romanas meditor, eo magis videtur mihi probabile, comitia five curiata five centuriata primario & ordinarie fuisse instituta vel magistratuum vel legum, vel belli causa, adeoque testamenta, adoptiones & similes actus legitimos fuisse appendices saltem comitorum quorumvis, & Theophilum, quæ de calatis comitiis testamentorum causa bis in anno habitis memorat, excogitasse vel hausisse ex scriptore antiquitatum æque ignaro. Sane & locus Dionysii modo excerptus & tota historia Reipubl. a Romulo formate eoducit. Nec ab ullo alio, quod sciam, de comitiis testamentorum causa institutis memoratur quicquam.

§. XVII.

Habet vero & hæc disceptatio usum in concipiendo modo, quomodo populus testamenta in calatis comitiis approbaverit. Si adoptionum, testamentorum &

C 3

simi-

similium negotiorum causa comitia primario fuere instituta, necesse fuit populum, ut in ipso negotio legum ferendarum, consueto modo suffragia tulisse. At si ejusmodi scetus legitimi per modum appendicis & extra ordinem tractari sunt in comitiis, tum non credo opus fuisse, ut populus omnia, quæ in eiusmodi actibus examinanda esse supra diximus, ipse examinaret, & desuper suffragium ferret; sed potius ita fuisse observatum abitor, uti ille, qui arrogare alterum vel testamentum condere volebat, prius illi magistratui, qui ius convocandi comitia habebat, summam causas arrogationis aut testamenti condendi aperiret, ut ille prævia causæ cognitione summaria videret, an ad rogationem populo proponendam sit admittendus nec ne. Tum si fuerit admissus, sequebatur eius rogatio statim post rogationem magistratus de negotio principali, ob quod comitia erant convocata. Tum populus vel secundum curias in comitiis curiatis, vel secundum classes earumque centurias in centuriatis, dum de re principali suffragia daret, ac colligeret, etiam de re secundaria illa i.e. adoptione vel testamento aut suffragia alia dabat, aut pro approbatione populi habebatur, si nemo contradiceret.

§. XVIII.

Atque hoc posterius videtur mihi verosimilius, si magistratus prævium aliquod examen eius negotii, ut diximus ante rogationem (p) iussit. Cum enim id negotium immediate respiceret utilitatem privatorum, sufficere putabatur probatio magistratui facta, ut non opus esset suffragia approbantia colligere, sed sufficeret, si nemo contradiceret, cum tamen liceret contradicere cuilibet ex populo, sed proposita ratione dissensus, quæ
respi-

respiceret utilitatem publicam. Raro vero a populo fuisse contradictum abitor ab iis, ad quos ea res non pertinebat, & magnam præsumtionem fuisse, rogationem esse legitimam de adoptione, & testamenti factione, partim quod magistratus ad rogationem admisisset privatum, partim quod nemo, quorum intererat, adoptionem aut testamentum non fieri, contradiceret. Quod si vero contradictor, five ex populo ob interesse publicum, five privatus ille, cuius in specie intererat, adesset, puto eum admissum esse, ut cum testatore vel arrogaturo more solito coram populo causam ageret, ac postea ea ritu communi & consueto definiretur (9).

p) Hoc intuitu admitto, quod habet Vinnius *d. l. Credibile est, ideo Pontifices testamentorum factionibus præfuisse, quia sacra, quæ ad ipsos pervinerent, una cum hereditatibus transferrentur.* (De qua sacrorum translatione ad heredes plura vid. ap. Ciceronem *l. 2. de LL. Sigon. l. 2. de antiq. jur. civ. Roman. cap. de jure sacrorum.* Rupert. *ad Valer. Max. l. 7. c. 7. §. 4.*) Juncto loco Gellii *supra §. 3.* descripto, ubi diserte Gellius, calata comitia esse, quæ pro collegio Pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum causa, eorum autem i. e. a pontificibus convocatorum alia esse curiata, alia centuriata, & in iis & sacrorum detestationem, & testamenta fieri fuisse solita.

q) Talis est apud Græcos oratio Isocratis, quæ *Ægineticus* inscribitur. Vel certe huic rei, de que agimus, valde est affinis.

§. XIX.

Igitur ut ex hætenus disputatis tandem summam opinionis meæ diserte proponam. Testamenta quæ in calatis comitiis tam curiatis quam centuriatis, non quidem ad testamenta condenda, neque certo anni tempore instituta.

instituitis, sed tamen nec quibusvis, sed quoties Pontifices regis aut flaminum inaugurandorum causa populum convocarent, ita ut Pontifices prædeliberarent, aut testator ad rogationem de testamento sit admittendus, eo vero damisso populus vel tacendo rogationem approbaret, vel si contradictor adesset, audiendo & suffragia postea ferendo testamentum aut approbaret aut improbaret.

§. XX.

Non tamen putandum est, quod illa testamenta, ubi populus saltem tacite approbat, pro testamentis veris & hodierni significatus fuerint habenda. Etsi enim contradictor non adesset, sufficit tamen, quod adesse potuerit, & quod magistratui probante essent causæ testamenti faciendi. Nam hoc sufficere, ut aliquid non sit jurisdictionis voluntariæ, ad quam communiter referuntur testamenta hodierni significatus, sed contentiosæ, vel exemplo tutelæ patet.

§. XXI.

Neque adeo mirari debes, cur apud historicos nullum exemplum legatur testamenti facti calatis comitiis. Rarissima fuere illa, quia vix videtur ea testamenti factio permitti nisi orbis, & qui evidentes allegare possent causas magistratui, cur heredes legitimos præterire vel excludere a successione legitima vellent. Hæc vero rarissime aderant antiquis illis temporibus, ubi moribus severioribus erant præditi Romani. Quodsi adessent, nemo contradicebat, adeoque non erat res memoratu digna.

§. XXII.

Uti ergo ex dictis simul apparet, quod in testamentis, quæ in calatis comitiis fiebant, potestas testandi valde esset restricta, & plurimis limitibus circumscripta; ita
jam

jam non est dubium, eas restrictiones non adfuisse in testamento, quæ in procinctu fiebant. Ibi enim, ut ex iis, quæ supra (r) excerpimus, liquet, non opus erat consensu populi, sed sufficiebat, fieri testamenta coram tribus vel quatuor testibus. Hoc vero supposito, nec opus erat testibus causas testamenti faciendi exponere, & eorum approbationem expectare, sed latissima potestas erat militum testamenta condentium, modo ea facerent in procinctu.

r) *supra §. 4.*

§. XXIII.

Sustinebant igitur testamenta in procinctu facta exceptionem a regula testamentorum faciendorum in calatis comitiis, militibus haut dubie indultam ad alliciendos per hoc etiam privilegium cives Romanos, ut eo promtius nomina militiæ darent, adeoque privilegium testamentorum militarium, quod solennitatibus reliquorum testamentorum non adstricta essent, antiquissimum fuit XII. Tabulas longe antecedens (s), nec tum ex ea ratione deductum fuit, quod milites simpliciores essent, aut solennitatum civilium ignorantes (z), sed in præmium militiæ, & quod illo temporis momento non possent, etsi vellent testamentum calatis comitiis condere.

s) *N. O. l. 1. de militari testamento.* Intelligendus enim Ulpianus de privilegiis testamenti militares, postquam testamenta in procinctu jam in usu esse desierant, majoribus, quam illa erant, quæ habebat testamentum in procinctu, ut ex seqq. apparebit.

z) *Uti postea ista ratio sub Imperatoribus fuit præscripta pr. Inst. de militari testamento iuncta l. 1. pr. ff. de l. 3. C. eod. quavis & tum minus adæquata, per ea, quæ habet Ulpianus l. un. de bon. possess. ex testam. militis.*

D

§. XXIV.

Neque etiam tum omnibus plane solennitatibus destituebatur, sed sufficebat illis temporibus ad sentiendum privilegium, si modo latior potestas militibus concederetur quam habebant alii cives. Igitur in eo conveniebat cum testamento in calatis comitiis condito, quod & ipsum esset nuncupativum, quia videlicet testamenta scripta tum temporis plane ignorabantur. Quod si vero tum fuissent in usu, haud dubie etiam militibus fuisset indultum, ut in scriptis disponderent de bonis suis.

§. XXV.

Ne tamen fraus committeretur, & adeo militibus heres obveniret, quem nolissent, testes requirebantur plures quidem duobus, sed tamen ut tres vel quatuor sufficerent. Etsi enim apud Plutarchum in Græco textu existet τριῶν ἢ τετραῶν, trium & quatuor, qui sunt septem, numerus solennis in testamentis subsequentiū temporum, tamen circumstantiæ omnes ostendunt particulam conjunctivam hic disjunctive pro aut accipiendam esse (u) quo & alias non est infrequens (x).

u) Huber. digress. l. 4. c. 30. §. 3. in fin.

x) vid. Strauch. Lex partic. juris voce. Et, §. 18.

§. XXVI.

Porro non tum sufficebat, ut milites essent in expeditionibus bellicis, uti postea militibus hæc potestas testandi fuit indulta (y). Sed requirebatur, ut jam in acie starent, & saga præcingerent, atque sic quasi præsentissimum esset mortis periculum, quod & indieat locus Ciceronis supra descriptus (z). Quod iterum ex ea ratione videretur fuisse receptum, quod Romani cum indulgerent militibus, ut contra rationem juris gentium de bonis suis in eum

SUCCESSIONIS TESTAM. ROMANÆ. 27

in eum casum, ubi amplius ipsi dominium non haberent, citra populi auctoritatem dispo-nerent, saltem id ita facerent, quasi in ultimo viræ tempore bona transferrent in heredes nuncupatos, testibus ad id rogatis, quasi voluntatis suæ internunciis

1) *pr. Inst. de milit. testam.*

2) *Videl. §. 4.*

§. XXVII.

Quam rationem si accuratius perpendo, videtur etiam statuendum esse, testamenta quidem illa in procinctu facta vim obrinuisse, si in acie adversi quid ipsis contingeret. At si periculum istud evaderent, arbitror, testamenta illa ipso jure evanuisse, etsi non revocata verbis expressis, perinde uti postea mortis causa donationes intuitu certi ac præsentis periculi factas. (a)

a) *arg. l. 1. vers. Tertium genus; juncta l. 29. de m. c. donat.*

§. XXVIII

Interim magnum & tum erat privilegium militaris testamenti, quod posset citra consensum populi & sine vel probatione vel saltem nominatione justæ causæ, non solum heredem quemvis legitimum, sed & proprios liberos exheredare vel præterire. Etsi enim ea de re nihil dicant Scriptores, tamen ea licentia vel ex illis paucis, quæ dicunt, & quæ supra excerptimus sua sponte fluit.

§. XXIX.

Erat in eo statu testamenti factio apud Romanos, cum in legibus XII. Tabb. Decemviri latissimam testandi potestatem introducebant, qua intentione, jam alibi (c) dictum est. Jam saltem videamus, in quantum per eam prima testamentorum genera vel alterationem vel interitum passa fuerint Ubi ante omnia inquirendum erit, an

D 2

per

per ipsam legem Decemviralem tertium genus per æs & libram, vel qua alia occasione introductum sit.

c) Dissert. Dn. Præsid. de Origine Successionis Testament. §. 61.
lit. p. q.

§. XXX.

Uti vero ex verbis legis Decemvralis satis apparet, improbabilem plane (etiamsi de prima testamentorum in calatis comitiis factorum origine nihil plane eorum, quæ hæcenus docuimus, posset ex Scriptoribus Romanis elici) esse sententiam Desiderii Heraldi supra (d) descriptam, quasi populus Romanus, et si latissima ei potestas testamenti condendi per illam legem data sit, ea modestia tamen usus fuerit, ut initio introduxerit testamenta in calatis comitiis, qua ratione, quemcunque etiam conceptum de iis formes, necesse est, restrictissimam fuisse testandi libertatem; ita tamen non statim arripienda, sed ulterius examinanda est doctrina eorum, qui statuunt, testamenta per æs & libram, per ipsam legem XXII. Tabb. fuisse introducta.

d) supra §. 6. lit. r.

§. XXXI.

Requirebatur autem ad testamentum per æs & libram, ut eo melius possimus de hac quaestione judicare, partim mancipatio partim nuncupatio. Mancipatio i. e. hoc loco imaginaria venditio, fiebat quinq; testibus & libripende & familiæ emptore, civibus Romanis, puberibus, & cum quibus testamenti factio esset, præsentibus (e). Nuncupabatur testamentum in hunc modum. Tabulas testamenti testatos tenene ita dicebat. Hæc uti his tabulis cerise scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium præbitore (f).

e) Ulpi-

e) Ulpianus *tit. 20. §. 2. Justinianus. §. 1. Institut. de Testam. Ordin.*

f) Idem Ulpianus §. 14.

§. XXXII.

Jam de hoc testamento quemadmodum parci sunt Scriptores in explicanda ejus origine, ita tamen Francisc. Balduinus satis aperte ejus originem adscribit ipsi legi XII. Tabb. (g), sed rationibus talibus, quæ parum persuadent & aliis, quæ in contrariam sententiam adduci possunt, facile cedunt.

g) ita enim ait *ad cap. 29. XII. Tabb. p. m. us. edit. Basil. Factam fuisse in XII. Tabulis mentionem libripendis & eorum, qui se sinunt testarier, supra notavi, & ad causam testamentorum id pertinuisse supra dixi c. 7. Sane cum Festus significet, scriptum in XII. Tabulis fuisse, qui nexum faciet, mancipiumque uti lingua nuncupasset, ita jus esto: nexum autem fuisse quodcumque per æs & libram gerebatur, in eoque etiam genere testamenti factionem fuisse; conicere possemus, illud caput ad testamenta quoque pertinuisse. Idque ut magis etiam suspicer, facit Cicero, qui lib. 1. de Oratore ad causam testamentariam refert istud: uti lingua nuncupasset, quod & fuisse scriptum in XII. Tabulis ait. Credo itaque ex lege XII. Tabb. testamenta factu fuisse per nexum, h. e. per æs & libram, & solemnem ejus generis mancipationem.*

§. XXXIII.

Nam ita quidem est: Facta fuit in lege XII. Tabb. mentio libripendis & eorum, qui se sinunt testarier. Ita enim ibi dictum est: *Qui se sinunt testarier, libripensve fuerit, ne testamentum faciat, improbus inestabilisque esto (h).* Sed falsum est, hoc caput pertinuisse ad testamenta, cum potius ad venditiones & alios contractus similes hic respiciat lex XII. Tabb. neque aliud ex Gellii loco possit confici (i)

ci (2) Unde meliori jure eam legem Jacobus Gothofredus tabulæ 7. de dilectis agenti inferuit. Erant enim & libripens & testes in venditionibus rerum iam ante XII. Tabulas, ut de testibus in expositione legis nostræ suo loco pluribus probabitur. Quod vero libripendem attinet, is iam erat sub Regibus. Fuit enim is ordo rei nummaria, ut primum Romani ære gravii, e. nummo rudi & infirmi usi fuerint, postea Servius Rex primus signavit æs nota pecudum, unde & pecunia appellata; argento vero signato populus Romanus ante Pyrrhum regem devictum non est usus. As vero æreus erat & dupondius appendebatur in libra, unde venditiones, quas alii per æs & libram efferunt, alii Scriptores vocarunt per assem & libram (1).

b) Gellius *lib. 15. c. 13.*

2) Jac. Gothofredus *in not. ad Tab. VII. legis XII. Tabb. p. m. 221.*

3) Budæus *lib. 1. de assè p. m. 40. & lib. 2. p. m. 56. edit. Basil. in fol. de anno 1556.*

§, XXXIV-

Quod porro notat Balduinus, secundum Festum & de nexu ac mancipio ac nuncupatione actum fuisse in XII. Tabb. verum est; verum est etiam, nexum fuisse; quodcunque per æs & libram gerebatur; concedimus etiam, testamentum per æs & libram *etiam* in eo genere fuisse. Sed vel hoc *etiam* docere debuisset Balduinum non recte inde inferri, quod caput illud XII. Tabb. ad testamenta (in specie) pertinuerit, cum potius ex istis suppositis concludi debuisset, capud illud XII. Tabb. pertinuisse ad genus; i. e. ad omnes venditiones per æs & libram factas. Unde & recte iterum Jacobus Gothofredus illud

SUCCESSIONIS TESTAM. ROMANÆ

31

illud collocavit in Tabula VI. de dominio & possessione
(m).

m) quem & confer in not. ad d. Tab. VI. p. 210.

§. XXXV.

Scilicet adhibebantur hi ritus in omni alienatione rerum mancipi, uti ex fragmento Gaji, quod Boëtius conservavit, clarissime liquet. Nam ibi memorantur libri-pens, & quinque testes, Romani cives, puberes, & ære percutiebatur libra ab emtore, & formula adhibebatur: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse, ajo, isq; mihi emtus est hoc ære, æneaq; libra (n).

n) Ulpianus tit. 19. Boëtius ad lib. 3. Topicorum Ciceronis, ubi Cicero ab alienationem definit. Jac. Gothofredus in probat. ad Tab. 6. p. 101. Jac. Oiselius in *Insti. Gaji* p. 28. & in notis. p. 42. seqq.

§. XXXVI.

Deniq; etsi Cicero ex eo capite illud uti lingua nuncupasset ad testamenta applicaverit, tamen eadem est responsio. Quia enim testamenta per æs & libram pertinebant ad imaginarias venditiones, poterat etiam caput non in specie de testamentis, sed in genere de alienationibus disponens ad hanc speciem applicari. Et poterat eo ducere Balduinum alius locus Ciceronis, qui ista verba de nuncupatione ad venditiones refert (o).

o) Cicero lib. 3. de Offic. De jure prædiorum sancitum est: pud nos jure civili, ut in his venditis vitia diceventur, quæ nota essent venditori. Nam cum ex XII. Tabulis satis esset cavium, ea præstari, quæ essent lingua nuncupata, quæ qui inficiatus esset, dupli pœnam subiret, à Juriis etiam reticentia pœna est constituta.

§. XXXVII.

Quin etiam posito, quod in ipsa aliqua lege ad testamentum

stamenta pertinente nexu, mancipii, libripendis & nuncupationis verba comprehenduntur, non tamen propterea inferri possent, quod & horum solennia, quibus videlicet peragerentur, legibus XII. Tabb. præscripta fuisse dicendum sit. Ista enim non lege XII. Tabb. sed prudentum autoritate postea inducta fuerunt (*p*). Nam post leges XII. Tabb. a JCrus, ne populus actiones, de quibus loquebantur hæ leges, prout vellent, institueret, formulas certas & solennes de iis instituerunt ac populo præscripserunt, quæ appellantur actiones legitimæ (*q*), ad quas adeo & hic modus testandi per æs & libram est referendum.

p) Jacob. Gothofr. *probat. ad Tab. VI. p. 101. in margine, & in not. ad eand Tabul. p. 210.*

q) Pomponius *l. 2. § 6. de O. J. ibiq;* Eberlinus, *Lecwius aliique*

§. XXXVIII.

Interim tamen locutio illa, quod testamentum per æs & libram ex lege XII. Tabb. oriatur, si recte explicetur, tolerari poterit, quatenus nimirum legis actiones erant quasi appendices necessariæ præfatæ legis Decemviralis, & quamvis eæ non in illa lege formaliter, ut in scholis loquimur, continerentur, eæ tamen formam dabant omnibus aut plerisque actibus in lege illa comprehensis, ut illi publice exerceri possent. Quare & ipse Pomponius dicit (*r*), quod ex illis legibus eodem fere tempore legis actiones compositæ sint.

r) *d. l. 2. §. 6.*

§. XXXIX.

Pariter hætenus dicta ostendunt, quod etsi & testamenta, quæ fiebant in calatis comitiis & testamenta, quæ in procinctu condebantur, ante leges XII. Tabb. in usu fuissent, recte tamen dici possit, quod testamenti factio Romanæ initia sunferit a lege XII. Tabb. quia scilicet illa testamen-

testamenta in calatis comitiis non erant testamenta proprie dicta, utpote cum dependerent, ut diximus, non a voluntate testatoris, sed a jussu & autoritate populi Rom. & heres ita magis legitimus quam testamentarius erat. At qui postea in testamento per æs & libram nuncupabatur, is a liberiore voluntate testatoris hereditatem accipiebat, sine speciali consensu & approbatione populi.

§. XL.

Porro cum jam alibi (s) monstratum fuerit, quod forma testamenti proprie dicti in eo consistat, ut ante mortem pro lubitu sit mutabilis, & revocabilis, & ex qua heredi demum ab excessu testatoris jus nascatur, etiam hoc intuitu prima initia successionis testamentariæ Rom. a testamentis per æs & libram jure derivantur. Non enim probabile est, quod talis mutabilitas obtinuerit in testamentis, quæ in calatis comitiis fiebant. Uti enim tum publice difertis verbis heres nuncupabatur, & auctoritate populi heres esse jubebatur, ita non erat in arbitrio testatoris, eum quem populus heredem esse jussit, privata auctoritate iterum a jure succedendi excludere. Quod si urgeas, potuisse tamen in aliis comitiis nova heredis nuncupatione facta populum novo jussu prius testamentum reddere irritum, regeram, non esse verosimile, ut populus homini ejusmodi varianti, (nisi forte heres nuncupatus mortuus esset.) auctoritatem iterum interponeret, præprimis cum heres ita nuncupatus & iussu populi approbatus ius quaesitum ex isto iussu publico acquisivisset, quod ei invito auferrî non poterat. At in testamento per æs & libram heres unncupatus ante mortem testatoris ius vel ideo non poterat acquirere, quia illa nuncupatio fiebat in tabulis scriptis, & ita ante earum aperturam, quæ post

E

mor-

mortem demum testatoris fiebat, nemo sciebat, quis heres esset.

s) Dissert. Dn. *pres. de origine successiois testamenti* § 1.

§ XLII.

Jam vero non erit difficile divinari, quando testamenta in calatis comitiis in usu esse desierint, scilicet. mox post introducta testamenta per *æs & libram*. Quod si enim paullulum perpendas naturam negotiorum humanorum, palpabis, neminem civium Romanorum amplius voluisse in comitiis heredem & talem quidem, quem rursus pro lubitu excludere ab hereditario iure non posset, a populo & Pontificibus quasi emendicare & exorare, quem observatis saltem paucis solennitatibus posset pro lubitu & instituere & ei ius succedendi rursus adimere.

§ XLII.

Eadem vero ratio cum non urgeat in testamentis in procinctu nuncupatis, sed heres, ut diximus, ipso iure defineret heres esse, si testator aciem evasisset. Incolumis, non mirandum etiam, quod hæc testamenta non statim desierint, sed duraverint pene ad Ciceronis usque tempora.

§ XLIII.

Interim uti olim is, qui in procinctu testamentum fecerat, si nihil adversi ei in prælio accidisset, non prohibebatur testamentum etiam in calatis comitiis condere; ita nullum est dubium etiam post inventa testamenta per *æs & libram*, idem licuisse illis, qui in procinctu antea heredem nuncupassent, ut novum heredem per *æs & libram* nuncupare in scriptis potuerint.

§ XLIV.

Porro uti priori casu miles, qui in comitiis calatis testamentum facere vellet, non poterat uti privilegiis, quæ testamenta in procinctu habebant, ut ab ejus arbitrio tantum dependeret heredes institutio, ita similis ratio suadet, idem

idem dicendum esse postea de milite, qui per æs & librarn
in scriptis tabulis heredem nuncupasset.

§. XLV.

Nondum tamen ratio apparet, cur testamenta in pro-
cinctu, & quidem ante quam nova militibus testandi
privilegia darentur, defierint. Neq; enim illa ratio, quam
Cicero (1) dare videtur, persuader: Auspicia defierunt in
bello, ergo & testamenta in procinctu. Quid enim testa-
menta in procinctu commune habent cum auspiciis? Fru-
stra quæsi in criticis & Scriptoribus antiquitatum Ro-
manarum, qui magis muti hic sunt quam pisces. Cogitavi
equidem, connexionem in eo quærendam. Dictum fuit
(u), quod testamenta, quæ in calatis comitiis fiebant, ad
curam & directionem Pontificum spectaverint, quia sacra
privata defuncti etiam cum hereditate ad heredem trans-
ferrentur. Quemadmodum igitur ibi testamentarium
jus cum jure sacrorum aliquo modo erat connexum, ita
etiam videntur testamenta in procinctu, quæ exceptionis
instar habere ostendimus, connexionem quandam cum
sacris & auspiciis habuisse, ac pariter sub aliqua Pontifi-
cum vel auspicum directione fuisse, ut adeo auspiciis sub-
latis ipsa interierint. Sed nescio, cur hæc ratio mihi ip-
si nondum omni ex parte satisfaciât, & totus ille locus
Ciceronis, præprimis autem verba: *ex quo in procinctu
testamenta perierunt*, videantur esse corrupta, maxime,
cum in Schrevelii editione etiam sint aliis literis expressa.
Ut adeo medela ejus Criticis, quos hic non agimus, vi-
deatur esse relinquenda.

1) Cicero loc. supr. §. 4. *descriptis, juncta l. i. ff. de testam. milit.*

u) *supra §. 18. lit. p.*

§ XLVI.

Postquam nunc initia testamenti factionis Rom. satis,
ut puto, sunt declarata, proposueram equidem mihi ex-
ponere sensum legis Decemviralis, præprimis cum non
putarem

putarem, de tribus istis antiquis testamentorum generibus tot meditationes se oblaturas esse, cum interpretes paucissima de iis tradant. Sed cum tamen præter opinionem meditationes illæ ea spatia occupaverint, quæ toti dissertationi destinaveram, expositionem sensus legis Decemviralis alii relinquo, gaudeoq; aliis exemplum præbuisse, quam non difficile sit juris studioso, qui historiæ & prudentiæ civilis studium conjungit cum studio jurisprudentiæ, etiam in sterili materia specimen industriæ suæ ostendere. Cum contra quotidiana refertur experientia, eos, qui illotis manibus & absq; illis subsidiis sacra jurisprudentiæ tractant, & ex 999. commentariis & locis communibus meditationes suas conscribellant, nil letoribus exhibere quam scopas dissolutas, & in istis Herculeis laboribus ubiq; tamen ostentare paupertatem ingenii proprii, & quam curta sit iis supplex, si libros adimas, ut cum philosopho dicere nequeant, omnia mea mecum porto.

§. XLVII.

Quamvis vero de gustibus non sit disputandum, & similes querant labra lactucas, puro tamen, si nullus alius esset usus dissertationis nostræ, hunc usum, quem jam memoravimus, esse, vel certe esse debere maxime prædicum. Quod si iis, qui autoritatibus adtuerti sunt, id non satisfaciat, pro nobis loquatur Jctus inter paucos eruditissimus Ulricus Huberus (*). *At apposite Theophilus. Etiam si talium rerum ignorantia nullum afferat periculum. Tamen cum historiæ cognitio per se dulcis ac utilis habeatur, licet rerum nihil ad nos pertinentium quis gravetur memoriam paucis de arte sua antiquitatibus applicare? [ad- do]: & judicium in evolvendis antiquitatibus harum rationibus exercere? Præsertim cum nec periculo, quicquid dicat Theophilus, earum inscitia careat. Vix enim juris novi rationes cuiquam exacte constabunt, nisi originem atq; progressum juris vetusti exploraverit, quod exemplo historiæ testamentariæ hoc loco, & fidei commissariæ infra luculenter apparebit.*

*) Digress. l. 4. c. 30. §. 1.

F I N I S.

Halle Diss. 1705
(T-Z)

ULB Halle

3

001 923 900



Sb



8728

1705 14
25^c A

Q. D. B. V.

PRIMA INITIA
SUCCESSIONIS
TESTAMENTARIÆ

APUD ROMANOS,
IN ILLUSTRIA ACADEMIA FRIDERICIANA
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DN. FRIDERICO WIL-
HELMO,

REGNI BORUSSICI, ELECTORATUS BRANDEN-
BURGICI ET PROVINCIARUM HEREDE,
& reliqua,

PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO,

JCTO, S. REG. MAJ. BORUSSIÆ CONSILIARIO AC
PROFESSORE PUBL.

publice defender

ad d. XIII. Junii An. MDCCV.

H. L. Q. C.

JOHANNES MICHAEL Gehwolff,
RATISBON.

HALÆ, Typis CHRISTOPH. ANDREAE ZEITLERI Acad. Typogr.