





1705 24 17.
4357
B. C. D.
DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,

DE
**SENSU LEGIS
DECENVIRALIS
TESTAMENTARIÆ,**

Quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORUSSÆ, 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 Privi-
legia Doctoralia ritè capeffendi,
IN AUDITORIO MAJORI
publicæ Eruditorum Examine submittit

LUDOV. CHRISTOPH. SCHEFFER,
Castellanus Hassus.

Ad d. V. Sept. An. MDCCV. Horis ante 8 pomeridianus.

HALÆ, Typis CHRISTOPH. ANDRÆ ZETLERI, Acad. Typogr.



SUMMARIA.

Utilitas inquisitionis in intellectum legis XII. Tabularum. 1. Cur id in materia testamentaria à Jctis non ex merito factum sit. 2. Verba legis decemviralis & methodus dicendorum. 3. Testamenta per as & libram diu in usu fuisse etiam sub Imperatoribus. 4. Incertitudo de origine pretiorum, 5. & nuncupatorum. 6. Summa solemnitatum in testamento per as & libram 7. Libripens. Mancipationum quarumvis solemnitas. 8. Non ex lege XII. Tabularum sed ex Jctiorum prescriptione dependere numerum quing. testium in testamento & quibusvis mancipationibus. 9. Ratio cur in testamento voluerint mancipationem, qui alias esset actus inter vivos, intervenire. 10. Cur quing. testes voluerint adesse. 11. Quid significaverit illis temporibus phrasis, cum quibus testamenti factio est. 12. Ostenditur denorasse nil aliud, quam, què 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, deducit non possent esse testes. 16. Exceptiones à regula I. ex natura rei nemo testis in propria causa: E. nec qui in potestate testatoris vel familie emtoris essent &c. 17. II. In penam talionis, inestabiles dicti. Quinam fuerint inestabiles, & justitia exceptionis 18. 19. Mancipationis testamentarie formula 20. Ratio conjuncte mancipationis & quinque testium. Mancipatio testamentaria quo sensu sit imaginaria venditio. 21. Nuncupationis testamentarie formula genuina & spuria. 22. Inquisitio in circumstantias reliquas solemnitatis testamentaria à Jctis non memoratas. 23. Testamentum per as & libram erat mysticum & scriptum, non nuncupativum. 24. Et cur, cum in calatis comitiis fuerit nuncupativum. 25. 26. Error eorum, qui originem testamenti nuncupativi ex LL. XII. Tabb. deducunt. 27. Verior origo nuncupatorum. 28. Ibeophilis doctrina, quod olim familia emtor ipse heres fuerit, & qua ratione id sit mutatum, 29. rejecta, paulo aliter tamen ac communiter fieri solet. 30. An heres olim potuerit esse testis? 31. Potuisse etiam si non fuerit occulius. Emblemata Tribonianiani. 32. Error communis, quasi

quasi Praetor loco quinque testium septem, & eorum subscriptionem inven-
rit. 33. Ostenditur evidenter & septem testes & subscriptionem eorum dis-
ante Edictum Praetoris & mox post introductum testamentum per as & 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 as & libram verosimiliter durarunt usque ad tempora
Christianorum Imperatorum. 36. Plutarchi censura de testamentis illis non
recte intellecta. 37. Quinam testamenta facere potuerint ex Lege Decem-
virali. 38. Quinam non potuerint, ex fragmento Ulpiani. 39. Primaria
& principalis ratio, cur non potuerint mutus, surdus & cur potuerint ce-
cus & furiosus tempore intervalli. 40. Cecus iisdem solennitatibus testa-
batur atque videns. Quid intersit genuinam rationem indagare ostensum
in questione de muti & surdi testamentis. 41. Item de testamentis prodigi-
orum. 42. 43. Prodigis 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. Filiusfami-
lias cur testamentum facere non potuerit. 49. Caterum testamentum jam-
olim facere potuerunt non nobiles solum, sed & plebeii. 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, instabiles, femina. Poterat filiusfamilias. 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 here-
des ferent. 54. Ex his qui iure impediabantur cur & quando servi ince-
perint heredes institui. 55. Ostenditur faminus 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
essentiali testamenti erat, item substitutionis, 59. exheredationis, prateri-
tionis 60. (Posthumum tamen alienum ab initio non potuisse institui & bene
tamen suum. Regula de heredum institutione limitanda in legitimis. 62.)
item intuitu potestatis legandi. 63. Ortus regula: nemini posse succedi par-
tim ex testamento, partim ab intestato. 64.

SENSUS



B. C. D.

SENSUS LEGIS DECEMVIRALIS TESTAMENTARIÆ.

§. I.



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

§. II.

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

A

tibus parum sunt solliciti. Etiam qui humanioribus literis & Philosophiæ operam dedere paucissima annotarunt ad legem Decenviralem testamentariam. *a)* Imo ipsi ICri Romani ex quorum scriptis Pandectæ collectæ sunt, hic non semper rem acu tetigerunt: *b)* sive quod ICri qui primi de lege XII. Tabularum ejusque sensu ac usu forensi disputabant ac ita jus civile efficiebant *c)* ignorarent quænam fuerit in legibus his condendis Decenvirorum intentio *d)* sive quod ipsi pro moribus eorum temporum destituerentur studiis liberalibus & prudentiâ civili. *e)* At JCri 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 verter, si in retam 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 *novis Jurispr. Antejustin. l. 1. c. 2. novo 3.* Adde quod Decenvirorum Tyrannis mox iterum fuerit extincta *Liv. l. 3. Dion. Halic. lib. 2.*

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

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

Variè à variis recensentur verba legis Decemviralis. g) Verosimile est ita fuisse concepta: *Paterfamilias uti legasset super pecunia tutelave suæ rei ita jura esse.* b) Atque his verbis Pomponius dicit latissimam potestatem triburam videri & hæredis instituendi & legata ac libertates dandi, tutelas quoque constituendi, donec id interpretatione coangustatum fuerit vel legum vel autoritate jura constituentium. i) Viderur 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 solennitate 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.

b) Bald. d. l. Jac. Gothofr. 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 as & 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 diutissimè 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 permansisse 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 §. 17.* cur septem testes in testamento adesse debeant &c.

§. V.

Imò solum diu in usu fuit. Nam prætoriam testamenta diu post videntur cepisse. Idem de nuncupativis dicendum. Quanquam 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 habeenda ubi libripens non affuerit. *s*) Ergo saltem primis Imperatorum temporibus testamenta Prætoriam fuissent incognita. *t*) Sed non videtur verosimile Prætoriam testamenta sub Imperatoribus initia sumsisse. Vix enim videntur Imperatores de autoritate sua valde solliciti permisisse Prætoribus, ut amplius sub larvis fictionum & fictorum nominum potestatem jura recepta corrigendi & mutan-

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.

g] Ulp. *Fragm. tit. 20. § 2.* *Illis diebus testamentis aboliis hodie solum in usu est quod per as & libram fit.* Sed intellige ex contextu: *Solum ex illis tribus.*

r] *Tit. 23. § 6.*

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

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

tt] *Infra §. 33.* ubi describimus 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, *u*) quod hæredem Augustum palam nuncupaverit, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obfignandas testamenti tabulas. Refert enim hoc Suetonius tanquam singulare quid, & quod Horatius fecerit magis ex necessitate quam ex valetudine. Sed quod hac conjectura non obstante nuncupatio hæredis & antea non fuerit Romanis incognita, docet iterum Cicero, se in testamento Cyri cujusdam cum Clodio hæredes palam esse scriptos asserens, *uu*) Neque tamen conjectura illa 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.

u) in ejus vita circa finem.

A 3

uu) Ora-

uu) *Oratione pro Milone c. 18. Cyrum Clodius Roma proficiscens reliquerat morientem. Una fui. 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. instir. quarum illa Ulpiani, hæc Pauli est. Quanquam in Instir. 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 & libripende & familiæ emptore huic familiam manciparet, & testamentum solenni modo nuncuparet, y) id est si rem magis adfvetis 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 JCo- rum qui hunc modum invenerunt, intelligere, nisi singulis capitibus earum distinctius expensis.

x) Ulpianus *Tit. 20.*

§. VIII.

Libripens 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 præsentibus. Res mancipi autem erant prædia in solo Italico, tam rustica quam urbana. Item jura prædiorum rusticorum; item servi & quadrupedes quæ dorso collovedomantur, 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 æneaque 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 primâ initiis success. testam. Rom. §. 33.*

1) 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 præcise in rerum mancipi alienatione fuerint requisiti. Sed si accuratius rem perpendas, in fragmentis legum XII. Tabb. nihil de hac solennitate, qualem nec ullam lex Decemviralis introduxit. Id saltem in lege Decemvirali positum. *Quum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto.* Ergo Gajus mens est, ex Lege XII. Tabularum non licere res mancipi alienare citra nexum & mancipium. Solennitates verò ipsæ inventum Jctorum erant. *d)* Hi vero eandem quam in solennitate Testamentaria semel posierant, & in reliquis mancipationibus adhiberi debere voluerunt, ergo oportet, ut de hujus ratione præprimis simus solliciti.

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

d) Jac.

d) Jac. Gothofred. in notis ad Tab. 6. p. 210. d. Diss. Dn. Præsid. thes. 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 Comitiiis 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 communis, ut quæ quis alienare vult cum effectu id faciat per actum inter vivos. f)

e) d. disp. §. 9.

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

§. XI.

Quod autem voluerint quinque testes præsentés esse in hac mancipatione, haud dubie ideo factum fuit, ut illi quinque testes populum repræsenterent coram quo in calatis Comitiiis 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 autores ad intellectum hujus paragraphi pertinentes.

§. XII.

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

TESTAMENTARIE.

adhibendos esse cum quibus testamenti factio est ⁱ⁾ idem-
que repetitum à Justiniano. ^{l)} Sed alius plane effectus
horum verborum erat tempore Justiniani ubi multæ muta-
tiones 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. Commu-
ne asyllum est distinctio inter testamenti factionem activam
& passivam. Hac vero non opus est intuitu primorum
temporum nec etiam ea distinctio rem explicat sed impli-
cat.

ⁱ⁾ d. tit. 20. §. 2.

^{l)} §. 6. Inst. d. testam. ord.

^{m)} d. §. 6. verb. Sed neque mulier.

§. XIII.

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

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, hæredem, 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 comparendi 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 emtores, nec libripendens esse, idque disertè adstruit Ulpianus.ⁿ⁾ Igitur tum temporis non mirabantur ex Romanis etiam juris parumpenti, cur mulier ad testimonium dicendum non admitteretur in testamento, admitteretur vero in aliis causis, neque opus erat ad commune asyllum ignorantia^{o)} 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 Romana vel laterent vel ignorerentur, non poterat non hoc caput pro merè fortuito quasi & irrationabili haberi.

ⁿ⁾ d. Tit. 20. §. 7.

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

TESTAMENTARIE.

§. XV.

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

p) Conf. dicenda infra §. 40. seq.

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

§. XVI.

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

r) Add. Ulpianus d. tit. 20. §. 8. & 14. quamvis ibidem sibi videatur contradicere, dum uno in loco cum Latino Juniano dicit esse testamenti factionem, in altero, quod testamentum facere nequeat, quoniam lege Juniâ prohibitus sit; Est enim fons conciliandi in tit. 22. §. 3. Adde Oisiel. 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 possunt, dicemus.

B 2

§. XVII.

§. XVII.

Sed etsi nemo testis esse potuerit in testamento Decenvirali, 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 ipse testator nec familiæ emtor poterat esse testis, ita nec eâ 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)

s) Ulpian. d. l. §. 6. diserte 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. d. test. Ord. & ejus Paraphrastes Theophilus. Ut adeo non opus fuerit ut commentatores ad illam §. prolixius fuerint in ostendenda ratione cur domesticum testimonium hic strictius accipitur, quam in testimonio judiciali.

ff) d. tit. 20. §. 3. 4. 5. 6.

§. XVIII.

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

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

z) vid. Jac. Gothofred. *Tab. 7. Et ibi in probar. Et notis.*

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

x) *l. 26. qui testam. fac. pass.*

y) ita ipse Iustus Ulpianus explicat *l. 18. §. 1. eod.*

z) *d. l. 18. §. 1.*

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

§. XIX.

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

nū dicendi in statu liberæ reipublicæ. *aa)* At si quis femel rogatus testis personam susceperat in solennitate, ille utique non sine animadversione erat dimittendus, si testimoniū denegaret in probatione.

aa) vid. Jac. Gothofred. in *notu ad d. Tab. 7.*

§. XX.

His testibus adeo præsentibus fiebat familiæ mancipatio solennis à testatore. Quâ formulâ facta fuerit disertè non dicitur. Verosimile est factam esse eodem modo ut de mancipatione in genere ex Gajo retulimus *b)* saltem mutatis mutandis. Id est familiæ emtor æs tenens ita dicebat: *Titii ego familiam ex jure Quiritium meam esse ajo, eaque mihi emta est hoc ære aneaque 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 *c)* hæreditarias res denotabat.

b) *supra* §. 8.

c) *l. 195. §. 1. ibiq; DD. d. V. S.*

§. XXI.

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

TESTAMENTARIÆ.

15

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

d) Ulpianus *Tit. 20. §. 9.*

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

§. XXIII.

Scilicet seduxit 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 solemnitatibus istis narrat Ulpianus, necesse

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

§. XXIV.

Cum igitur ex formula nuncupationis conſtet, quod teſtator teſtibus non prælegerit, quæ in Tabulis ſcripſerat, ſed potius id teſtibus fuerit occultum, patet apertè 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 teſtamentum nuncupativo oppoſitum.

f) quales ſunt *l. 21. qui teſtam. fac. poſſ. l. 58. d. hered. inſtit. l. 8. §. 4. d. bon. poſſ. ſec. tabulas*, ubi heres in tabulis & heres nuncupatus apertè 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. her. inſtit. l. 38. d. cond. & demonſtr.* ſuum teſtamentum quod ſpecialiter myſticum vocant, ubi heres ſeorſim in ſchedula quadam ſcribitur, invita profeſſo jurisprudentia, etiam Juſtiniana.

§. XXV.

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

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

b) *dissert. de primis inie. Success. testam. Rom. §. 13. & 21.*

i) Ergo etiam ipse nuncupationis terminus ex Comitiiis in testamentum per æs & libram transit.

§. XXVI.

Cum enim fortè 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 lubitu & toties quoties placuerit facere. Facilius enim ad insidias irritatur ille qui incertus est, an heres futurus sit, ut antevertat testatoris mutabilitatem, quam is qui securus est, quod testator etiam si velit, rursus adimere non possit.

§. XXVII.

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

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

C

§. XXVIII.

Neque tamen prohibitum erat testatori testamento scriptos heredes, si veller, testibus nominare. Sed tamen non majorem vim tum habebat nominatio quam scriptura, nec fiebat sine scriptura. Imò a 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*) puter, opus fuisse ut testamentum Horatii lege aliquà jam publicata valuerit. Nam & multa usu sunt introducta, multa favore Augusti substituerunt, quæ alias irregularia essent. *o*)

m) supra §. 6.

n) d. l.

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

§. XXIX.

Quæ cum ita sint, facilè jam judicari potest, quid sentiendum sit de opinione Theophili, docentis, quod primis temporibus ortorum testamentorum per æs & libram familiæ emtor simul heres fuerit. Postea vero id mutatum fuerit, postquam animadversum fuisset, quod heres pro certo habens se heredem futurum in dominum hereditatis insidias comparaverit. Igitur tum 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-

errorem adnotavit Hotomannus. *g)* Cui assentimur, si Theophilus putavit, familiæ emtorem necessario fuisse heredem instituendum, & postea propter rationem ab eo memoratam id lege aliqua mutatum esse.

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

g) 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, solennitates 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 sæpius hereditatem. Postea, cum intelligerent testatores, sibi licere emtori hereditatis lucrum per legata auferre, cœperunt etiam alios planè heredes in testamento scribere & sic sæpius 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 quæstione an heres vel qui in ipsius potestate esset ipse possit esse testis in testamento per æs & 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. r) Quod vero Tribonianus addit, veteres disuasisse vel testatoribus vel heredibus, t) 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.*

i) c. quod heredes subsequantium temporum sint revera, quod olim fuerint primi familiae emtores. Unde non ita accurate Huberus *d. §. 3.* hæc verba sic explicat, ac si Imperator dixisset, vetustissimum familiae emtorem fuisse imaginem heredis, h. e. eum representasse.

e) Ambigue enim loquitur Tribonianus. De testatoribus tamen intellexit Theophilus *ad d. §. 10.* De herede Huberus *disputationum. 53. §. 12.*

u) *vid. Huber. d. l.*

§. XXXII.

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

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

x) *d. §. 10.*

y) *l. 29. pr. de lib. & posth.* Loqui verò Ulpianum eo loco de testam. per as & libram ostendit §. 8. *ejusd. legis*, verb. *donec suprema contestatio* &c. i. e. nuncupatio. *Vide Wislenb. emblemata Tribonian.*

z) Huber. *d. dissert. 53. §. 12.*

§. XXXIII.

Imo, ut & de signatione jam quædam dicamus, & quomodo Prætorium testamentum verosimiliter inceperit, intelligamus, sequestrandus est communis conceptus vel ex errore Triboniani vel ex non recte intellectis ejus verbis haustus, quasi nimirum in testamentis per as & libram nulla signatio testium fuerit adhibita, sed potius hæc tota originem debeat Edictis Prætorum & Prætores in suo testamento numerum testium auxerint, ac loco quinque testium septem adhibuerint. Nam hæc omnino falsa esse pater, quod de origine testamenti Prætorii nihil aliud constet, quam Edictum de bonorum possessione secundum tabulas, quo Prætor promissit, 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 multis signis, quam è lege oporteat ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.* Ergo Prætor nihil de signis aut numero testium hic præce-

pit, sed saltem si numero testium secundum legem præscripto subsignatæ tabulæ offerantur, quod bonorum possessionem dare velit, edixit. Ergo numerus septem testium non est ex Edicto Prætoris sed ex lege. *d*) Unde sit subscriptio, ex illo quidem loco Ciceronis non liquet, sed saltem liquet, non esse ex jussu Prætoris. Declarat Prætor 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. 37. §. 1.

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

d) Huberus d. l. §. 2. dicit: Initium septem testium esse à Prætoris, at cum usu civium maxime frequentaretur, eum à lege esse confirmatum, idque procul dubio lege Corneliâ testamentariâ 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 fuisse

fuisse, admitteremus tamen tanquam conjecturam, si modo constaret, initium septem testium esse à Pratore.

a) Zach. Huber. *de testamento Julii Cesaris* §. 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 Jcti præceperant, cum solennitates testamento per æs & libram præscriberent, ut testes signare deberent. Sed in præscriptione solennitatis nuncupatio erat ultimus actus, unde suprema contestatio vocatur. d) Sed tamen nec prohibuerant testium signationem, & natura negotii mox videtur eam postulasse, ut usu introduceretur. Fac enim & concipe. Dixerat testator solennia illa verba nuncupationis & testes invocaverat, ut testimonium dicerent, se ea quæ in tabulis ostensis scripta essent (quæ tamen ipsis non prælegerat) dare, & legare. Necessè est, ut postea adhuc alia quædam fuerint facta, quæ in solennitatibus præscriptis non referuntur quoniam relinquebatur res arbitrio testatoris. Quomodo enim potuissent testimonium dicere testes, mortuo testatore, de testamento, nisi certum ei signum fuerit additum, unde potuerint cognoscere, has esse easdem illas tabulas, quæ ipsis fuerunt ostensæ tempore nuncupationis. Signum solius testatoris tabulis impressum non sufficiebat, alias mutare potuisset pro lubitu illas tabulas & alias substituere. At hoc non licebat, sed, si mutare quid vellet, omnia ex integro facienda erant. l) 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 præscripserint Juri, 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, familiae emtore, quinque testibus, imo & à libripende. Nam & hic ex lege XII. tabularum in omnibus mancipationibus testimonium, ubi opus esset simul dicere debebat sub poena intestabilitatis. *m*) Ita habes excepto testatore testem sextum. Porro, cum ut diximus, temporibus subsequentibus familiae emtor regulariter non esset heres & tamen secundum morem semel receptum testamentum signare continuaret, signum ejus tanquam signum septimi testis fuit habitum.

b) §. 2. d. testam. ord.

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

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

m) vide supra §. 17.

§. XXXV.

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

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

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

o) *d. §. 2. d. testam. ord.*

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

§. XXXVI.

Interim illud non est diffidendum, venerationem istam solennitatum jure civili præscriptarum paulatim 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 sit autoritas 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 entorem 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 imitans quas inter juxta Lacedæmoniorum rhetram ne mystacem alere liceat, etiam hanc irrideat Romanorum, quod alios quidem faciant heredes, aliis hereditates vendant. Quicquid autem de Plutarcho sit, non credo antea tempora Christianorum Imperatorum mancipationem &

D

adeo

adeo testamenta per æs & libram planè desuisse esse in usu.

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

§. 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 ignorantiae 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 possi-
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 quæstionem 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 quæstionem 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 affert. Ex his vero patet,
Plutarchum omnia alia dixisse, quam illa, de quibus DD.
circa ejus mentem disputare diximus. Neque enim tum
objectionem quandam aut sententiam Timonis sed propria
ana

am proponit, neque irridet Romanos, cum ejus locutio non sit 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 ignoraverit; at si reliqua ejus scripta pensites, testantia de ejus eruditione in antiquitatibus Græcis pariter & Romanis, verosimilius est, eum rationem illarum legum ornatum quas ibi adducit, nequaquam ignorasse.

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

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

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

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

§. XXXIIX.

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 testarentur. Ergo eadem est ratio testamentorum per æs & libram.

u) vide supra §. 12. 13.

§. XXXIX.

Unde jam evidens est doctrina Ulpiani, quem reliqui excribunt 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. *Filius familia*, inquit, *testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed Divus Augustus Marcus constituit, ut filius-*
fami-

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

x) cit. 20. §. 10. 12. 13.

§. XL.

Sed Ulpianum, præprimis in reddendis rationibus juris antiqui non semper exactas dare, uti tyronibus vel vel ejus assertis variantibus de ratione cur partus ancillæ 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 y) & simul ostendimus cæcos ideo ad testimonium dicendum fuisse admissos, quia in Comitibus comparere poterant. Inde nec mirum, quod cæcus testamentum facere possit. Cæcus testamentum facere potest, inquit Paulus, z) sed iterum secundariam afferens rationem, quia accipere potest adhibitos testes, & audire sibi testimonium perhibentes. Imo & furiosus tempore intervalli testamentum facere potest a) quia scilicet potest tempore intervalli comitia frequentare.

y) supra §. 15.

z) 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 emptorem. Et rectè; nam numerus testium ibi non adhibebatur probationis sed solennitatis gratia. An igitur rectè hæc parte legem decemviralem Justinianus correxerit *b)* alii dispiciant. Murus & surdus, qui discretis vitiis sunt, an ex regulis prudentiæ postea sint ab Imperatore admitti, *c)* similiter aliis disquirendum relinquo. Interim breviter nota, quid rationes legum faciant. Si Ulpiani rationem attendas, quare surdus & murus non sit admittendus, ea, cum respiciat præcise 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 Comitibus admittebantur, ea non cessat, etiam si 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 testamentum

stamenti factio, quia tum amplius alienatio inter vivos nec ejus simulacrum quidem in testamentorum solemnitatibus 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 ipsa lege XII. Tabularum tutoribus vel curatoribus prodigorum dari potestatem non solum in pecuniam prodigorum sed & in ipsos æque *e*) ac in furiosos, aut ut in impubes. At nec furiosus nec impubes jus Comitiorum habet.

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

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

§. XLIV.

Sed, inquis, si hæc ratio foret, prodigus nec posset esse testis in testamento. At Ulpianus ubi eos qui testes esse nequeunt, *f*) recenset, prodigum omisit, etsi 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 nitæ; en ipsum Ulpianum alio loco g) doctrinam nostram egregiè confirmantem.

f) Ulpianus tit. 20. §. 7.

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

§. XLV.

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

rant adhuc in usu, de quo ne dubitemus ipse Ulpianus testimonium perhibet. 2) Fateor hoc dubium maximè premere doctrinam nostram, ut si istud cum ratione rejecerimus, ferè res confecta videatur. Sed arte opus erit. Urit idem JCrum summum & nemini facilè secundum, Franciscum Balduinum, neque tamen ipse quomodo se expediret, invenit. 3) Alius eruditione pariter clarissimus m) ex ipso textu Ulpiani arrepta distinctione negotium expedire voluit. Multa fortè circa utramque sententiam moneri possent. n) Sed malumus brevitatis studio saltem mentem nostram aperire.

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

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

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

§. 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, testamentum 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 fœmina quoque liberè testari possent, dummodo 12. annum complevisset, 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, intelligeret 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. Tabb. non explicat cum eo tempore mulier fuerit in perpetua tutela, & falsum sit adeo, quod fœminæ aliquando à tutela sint liberatæ illis temporibus & sui quasi juris effectæ. Nam apud Ulpianum in fragmento d. tit. XI. in fine loco verborum: *Fœminæ autem tutela liberantur* legendum esse *non liberantur* contextus ostendit, quia alias nullus est sensus. &c.

§. XLVI.

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

vox pro neutra sententia probat, quia in legibus modo sexus masculinus fæmininum includit, modo excludit, prout vel eadem vel diversa utriusque sexus est conditio. Imo doceri potest evidenter, fæminas primis temporibus nec per æs & 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 fæminis testamentum per æs & libram facere possit. Ergo reliquæ fæminæ 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 μαρτυρεῖν αὐτῆς δέχεσθαι μόνως γυναικῶν. Credo Plutarchum voluisse dicere, quod ipsi soli licuerit testimonium *suscipere*, seu quod ipsi soli licuerit testimonium *dici* (in testamenti fæctione) 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 receu en justice, privilege, qu'on n'avoit pas encor accordé aux femmes.* Mirum hoc esset, fæminarum testimonia in iudicio olim non fuisse suscepta. Et quis hoc dixit? Gellii locus est *lib. 6. c. 7. Tarratiam virginem Vestæ fuisse lex Horatia testis est.* (Non illa quæ abrogatis Decemviris publicata, sed alia posterior, ut videtur etiam intellexisse Hotomannus *l. 1. antiq. Roman. hac voce*) *qua super ea ad populum lata, qua lege ei plurimi honores fiunt, inter quos jus quoque testimonii dicendi tribuitur: testabilisque una omnium fæminarum ut sit datur. Id verbum est ipsius legis Horatia. Contrarium est in XII. Tabulis scriptum: Improbus intestabilisque esto. Vide supra §. 18.* Non obstat, quod Gellius statim narret: *Accam Larentiam testa-*

TESTAMENTARIÆ.

35

testamento Romulum Regem, ut quidam alii tradiderint, populum Romanum bonis suis heredem dedisse, propterea ei sacrificium publicè 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 fœmina subsequenter temporibus etiam in statu republicæ 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 certè tanquam rem non insolitam memorat, quod jam anno ab U. C. 567. p) Hispala fœmina libertina, scortum notabile post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore à Tribunis & Prætore petito, cum testamentum faceret unum Ebutium juvenem, quem deperibat, heredem instituerit. Neque tamen propterea dixerim, mores illius temporis jam fuisse universales, ut fœmina testamentum faceret. Etsi enim hæc meretrix esset, notandum tamen, quod Patronus ejus esset mortuus, & adeo verosimiliter hæc fœmina nullum haberet heredem ab intestato. Certe tempore Ciceronis, i. e. integro seculo & ultra post illud factum à Livio memoratum Turpilia quædam Silium heredem instituerat: Jcti dissentiebant an b. possessio locum haberet, ideo quia testamentum factum ab ea quæ testamenti factionem non haberet. q) Cur Turpilia testamenti factionem non habuerit, non additur, unde verosimile, ideo, quod fœmina fuerit. Neque enim puto causam istam explicandum esse in omnibus circumstantiis ex

E 2

Topi-

Topicis Ciceronis, r) ubi Cicero bonorum possessionem ait non dari ex testamento fœminæ, quæ capite minuta non sit. Præterquam enim quod istud sit satis obscurum fœmina 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 Turpilis possessionem capio, quam Prætor ex Edicto suo mihi dedit) negare ajebat 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 Harmenopuli. a) *Oculto (i. e. scripto) testamento non acquiescitur, 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 permillum, 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 filia mea 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 testari licuerit in scriptis. Observatio curiosa & erudita, sed quæ tamen ulteriorem meditationem requirit.

a) lib. 5. tit. 1. §. 32.

b) lib. 2. obs. 1.

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

§. XLIX.

De filiofamilias non multa sunt addenda, nisi quod faciat exceptionem à regula. Diximus eos qui in Comitiiis comparuerunt, aut qui testes esse potuerunt in testamento habuisse quoque testamenti factionem, & contra non parentes in comitiis & intestabiles testamenta facere non potuisse (unde quæ de seruo, peregrino, Latino dediditio supra *e*) 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 fortis subsequentiæ temporum. Ergo, quod notandum, in filiofamilias est magis impedimentum facti quam impedimentum juris. *et*) Et hinc quia nec in calatis Comitiiis ob eandem causam testamentum faciebat, dixerant Decemviri in lege: Patrefamilias &c.

e) supra §. 16.

et) *conf. paulo post* §. 53.

§. L.

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

SENSUS LEGIS DECENVIRALIS

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 Comitibus 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 indistinctè fuerint extensa. Sed quemadmodum ista sententia plane particularis est, ita non opus est ut prolixè ad eam respondeamus, cum antiquitates Romanæ historiæ evidenter contrarium cuicumque vel supinissime eas legenti persuadeant, & haud dubie etiam dissentientibus persuasuræ sint, modo legere voluerint. u)

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

§. LI.

Vidimus hactenus latissimam potestatem, quam Gajus per legem Decenviralem dicit datam esse iis qui testamenta facere volunt, non intelligendam esse intuitu solemnitarum & testium, neque intuitu testatorum; jam videndum an forte ea assertio respiciat personas quibus in testamento quid relinqui potest. Ita videretur quidem, si hodierna tempora respicias, ubi muti, surdi, prodigi, furiosi, 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 Jcti 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 Comitiorū & 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 disponderet, sed donari tamen ipsi quid poterat, ergo non obstat illa ratio quo minus heres institui posset. Perit & 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, dedititiis, 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 Decemviralis, sed subinde respiciat usum suorum temporum. Ergo cum
in

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

a) *d. t. 22. §. 2. 3.*

b) *ibid. §. 7. seq.*

§. LIV.

Ostendunt vero hæc dicta, eos qui in 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 poenam 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 coëptum est plane alium heredem instituere 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 decemvirali furioso æquiparatum esse. Neq; enim prodigali-

galitas crimen est, sed vitium, neque interdictio bonorum
poena, 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
folios peregrinos & intestabiles non admissos esse ad hære-
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 instituto filiofamilias, 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 instituereutur, cum hæc institutio vi-
deatur hominum parum sanæ mentis. Vel enim testator
favet servo; at servus non acquirit, sed dominus; vel do-
mino, cur non dominum ipsum instituit? Imo incertum
est an dominus quem servus tempore testamenti facti ha-
bet, heres futurus sit, etiamsi vivat tempore adeundæ he-
reditatis & velit heres esse, v. gr. si servum interea vendi-
derit. &c. Sed commune vitium est, quod nostrum in-
tellectum in doctrina hac juris Romani corrumpit, quod

F

imagi-

imaginemur servos Romanos ad instar nostrorum rusticorum & vilissimorum mancipiorum liberorum (liceat enim sic intuitu rei ipsius loqui.) Servi Romani planè alterius conditionis erant. f) Adeoque qui ejusmodi servos habebant, qui gratiam aliorum liberorum hominum venari didicerant, iis non solebant domini lucra, quæ ipsi afferebant, omnia auferre, multa ipsis relinquebant, etiam ut genio suo quid indulgere & lautius vivere possent. Imo multa officia servorum apud Romanos aequabant 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 hominem sanæ mentis impulerit ad servos instituendos, jam magnæ divitiæ & luxus supponi debent, quæ temporibus illis Decemviralibus adhuc exulabant.

e) Pertinet huc elegans textus Pauli *l. 52. d. hered. instit.* *¶ Servus hereditarius heres institui potest, si modo testamenti factio 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. Præsid. *quest. 6. ad dissertat. de rat. stat. §. 5. seqq.*

§.LVI.

Quod fœminas concernit, nemini durum videri debet, quod dixerimus, eas tempore legis Decemviralis fuisse exclusas, ut nec heredes institui potuerint. Nam illis temporibus in genere fœminarum in acquirendo & jure successionum non dicam deterior sed non ita favorabilior erat conditio, ut temporibus subsequētib. Etenim
etiam

etiam ab intestato non admittebantur nisi filia & sorores saltem consanguineæ, non ultra, etiam si agnatae essent. g) Igitur nec mirandum, quod illæ feminæ 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* certè *narratione* (vel ut alii malunt *rogatione*) *videtur effectum.* Nam *lex XII. Tabb.* ipsa, si ejus verba spectes *nulla discrezione 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 declaret, legandi voce in lege Decemvirali comprehendi & heredis institutionem, & legatorum ac libertatis dationem, & constitutionem tutelarum *b)* adeoque hic non in stricta significatione sumi prout alias legare opponitur heredum dationi. Atque in his actibus consistit illa latissima potestas, de qua Pomponius loquitur, quam hætenus in prioribus tribus capitibus invenire non potuimus.

b) *l. 120. de Verb. Sign. Conf. Rittershus. ad LL. XII. Tabb. p. 101. Francif. 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, purè vel sub conditione, etiam tribus verbis, modo fieret verbis directis. Unde rectè 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 malè, cum maxima & inutilli subtilitate opus sit ad discernenda verba directa à precariis. Unde si quis nulla legata vel exheredationes scribere tum volebat, poterat totum testamentum quinque vel etiam tribus verbis absolvi,^{m)} quod jam quidem notandum paucis contra verborum stultitiam 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. & obs. lib. 7. cap. 7. §. 11. 12.*

§. LIX.

Ceterum uti Codicilli tum non erant in usu, ita ex lege Decenvirali est quod heredis institutio esset de forma testamenti, utpote cum heredem sustineret initio, postea vero repræsenteret 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 Decenvirali etiam liceret sub-

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

n) Ulpianus l. 2. pr. de V & P. S. Huberus disput. fundam. § 8. eb. 7.
Paul. Voet. ad Inst. de pup. subst. n. 3.

o) Gomes ad l. 3. Taur. Connan. 10. comm. 7. Gregor. Tholosan.
Syntagm. 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. Ulterius lege XII. Tabularum præterire licuit, ita ut præteritio 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
Du. Præside habita.

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

§. LXI.

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

posthumum alienam licuisse instituere, prout nempe statim ab initio lex Decemviralis fuit explicata à Jctis. Etsi enim videam ea de re à viris eruditissimis 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 planè nondum existit.

s) Bald. & Hotom. *ad. ll.*

§. LXII.

Sed urges. Ita nec posthumus suus institui potuisset. Imo verò, 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 fœmina, impubes, furiosi, muti, surdi &c. Ergo regula supra tradita: non possunt heredes fieri lege decemvirali 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 legari potuit primis temporibus qui non comparuerunt, nec jure novo potest iis, qui non sunt ciues. Unde fideicommissa postea primam suam originem acceperunt; interim legari potuit indefinitè maxima etiam pars hereditatis imò tota & plus quam in hereditate esset,

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

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

§. LXIV.

Tantum ergo abest, ut primis temporibus testamentariæ successions, favorem magnum habuerit potestas testamenta faciendi, ut potius ab initio interpretatione Jctorum & ratione solennitatum & ratione testatoris & ratione heredum valde fuerit coarctata; ut adeo forte dictum Pomponii inverti queat, dum asserit, potestatem lege Decemvirali indultam fuisse postea variè restrictam. Sed ea de re viderint, qui mutationem subsequentiæ temporum cum lege Decemvirali velint conferre. Id jam adhuc solum observo, etiam respectu ipsorum actuum, primaviam 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. Fecerant 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 adhæserunt, ut multos casus subinde subtiliter magis definiverint quam ex regulis bonæ interpretationis. Quo & illud pertinet, quod intuitu regulæ ipsius dicit Pomponius. u) Naturaliter inter se pugnam esse testatum & intestatum, Dura locutio & dialectica magis quam moralis.

48

SENSUS LEGIS DECENVIRALIS

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.

*n) l. 7. de R. J. ibique Wissenb. Herald. rer. quorid. c.
ult. §. 15.*

Tantum!







Halle Diss. 1705
(T-Z)

ULB Halle 3
001 923 900



sb



B.I.G.

Farbkarte #13

B. C. D.
DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,
DE

1705 24 17.
476 57

SENSU LEGIS DECEMVIRALIS TESTAMENTARIÆ,

Quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORUSSIE, 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 Privi-
legia Doctoralia ritè capeffendi,
IN AUDITORIO MAJORI
publicæ Eruditorum Examine submittit
LUDOV. CHRISTOPH. SCHEFFER,
Cassellanus Hassus.

Ad d. V. Sept. An. M DCC V. Horis ante 5 pomeridianis.
HALÆ, Typis CHRISTOPH. ANDRÆ ZEITLERI, Acad. Typogr.