

fuit ante de iudiciis testamentum, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulp. l. 1. si tab. test. null. ext. nimirum quia prior semper ratio fuit hereditatis testamentaria quam legitima. Nam verbis legis att. tabb. *Uti quisque legasset suae rei ita jus esto*, sic confirmantur iudicia testamentum, ut quamvis heredes proferantur atque ex testamento adiri possent hereditas, ab intestato non deferatur, l. 39. de adq. her. Quoniam autem ad hoc ut testamentum deferatur hereditas & adiri possit

requiritur ut testamentum iustum sit, hoc est secundum regulas & praecipua juris civilis ordinatum, ideo subijcie necessarium esse expositionem ejus rei ab ordinatione testamento. non inchoare. VINN. Ex omnibus per univ. veritatem acquisitionibus quae unquam apud Romanos invaluerunt, sola apud nos restat ea quae fit per susceptionem hereditatis hodie enim bonorum possessores nulli, sed heredes omnes sunt & appellantur qui definitio succedunt sive ex testamento sive ab intestato. ADDIT.

TITULUS X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Dig. lib. 28. tit. 1. Cod. lib. 6. tit. 23. Nov. 66. & 119. cap. 9.

Part. 6. tit. 1. Recop. lib. 5. tit. 4.

Genera testamentorum obiter exposita, & ratio ordinis Justiniani.

IN calce praecedentis tituli dictum est, cum quaeritur de adquirenda hereditate quae dicatur testamento delata in primis inspicendum esse an testamentum valeat & rite ordinatum sit; eamque ob causam etiam initium hujus tractationis à doctrina de testamentis ordinandis sive de ratione & modo testandi Imperatorem capere. Ceterum cum haec doctrina ad omnium testamenta non pertinet sed ad paganorum dumtaxat, & ex his ad ea quae fide privata ordinantur, quorum scriptorum alia forma sit alia non scriptorum: ut omnis confusio vitetur prius genera testamentorum obiter discernemus, explicaturi deinde quomodo singula fiant iis in locis ubi hoc tangit Imperator. Testamentum in genere nihil aliud est quam ultima voluntas qua quis heredes sibi sive bonorum successorum deligit; & geminae ejus sunt species: unum commune omnium civium Romanorum, quod paganicum appellatur, alterum proprium militum, quod ideo militare. Utrumque rursus vel scriptum est, vel non scriptum seu nuncupativum, §. ult. Inst. inf. hoc tit. & §. 1. tit. seq. Et commune sive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, l. 19. C. hoc tit. vel fide privata. Cum autem sola paganorum testamenta quae quidem fide privata fiunt, adstricta sint legibus quae ad solemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus soluta: sciendum est, nihil eorum quae de his in con-

ficiendo testamento observandis hoc loco & passim aliis ejusdem argumenti simpliciter traduntur ad militaria testamenta pertinere; adeoque in toto jure cum simpliciter testamentum nominatur commune sive paganicum intelligi. Paganorum testamenta ut recte fiant & jure civili rata sint in hiis rebus positum est: in persona testantis, in forma testandi & modo, in rebus quas testamentum necessario complecti debet. Quod Gajus l. 4. hoc tit. sic expressit: *Si quis quis, inquit, ut valeat testamentum, in primis animam vertere debemus an is qui fecerit testamentum habuerit testamenti factionem: deinde si habuerit, requiramus an secundum regulas juris civilis testatus sit.* Regulae vero istae pertinent vel ad modum testandi, vel ad res quas testamentum ut valeat complecti necesse est. Atque haec omnia etiam à Justiniano ordine tractantur; verum oritur ille à testandi modo: de personis testantium agit secundo loco, *inst. tit. 12. Inst. de rebus quarum inserto ad vim testamenti necessaria sit. 13. & 14. Recogit hie primum historiae causa antiquas atque obsolescentes testandi formas: deinde explicat primum postea testamenta fieri coepisse, primum per scripturam, deinde sine scriptura voluntate palam nuncupata. Ceterum haec omnia pertinent ad ea testamenta quae fiant fide privata. Publica autem fide si quis testari velit (quod hic à Justiniano omissum) poterit*

id

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

id facere vel coram Principe per supplicationem, vel apud acta iudicis aut municipum; & tunc neque testes neque alia solemnitas desideratur, l. 19. C. hoc tit. & ibi Gloss. & DD. Add. Mynsing. 6. obs. 29. Boër. decr. 228. Christin. vol. 4. decr. 7. n. 4. VINN. De testamento publico seu apud iudicis acta vide l. 5. tit. 1. Part. 6. ubi hoc testamenti genus probatur, ADDIT.

TEXTUS.

Etymologia.

Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis sit.

L. 1. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Non proponi hic veram testamenti notationem, sed allusione quadam etymologica ostendi rei & vocis convenientiam.
- 2 Definitio testamenti, quae Modestinum auctorem habet examinata, & perfectiores producta.
- 3 Testamentorum usum generaliter consideratum esse ex jure gentium; specialiter, ex jure civili.
- 4 Apud plerisque populos tam liberam non fuisse, neque etiam nunc esse testandi & legandi potestatem quam apud Romanos fuit.

1. **Q**uod testatio mentis sit] Allusione quadam etymologica ostendit rei & vocis convenientiam, imitatus Ser. Sulpitium, qui quo efficacius vim rei exprimeret testamentum dixit esse verbum duplex, compositum à contestatione mentis, esse hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris. In josis venustas delectat, in rebus seriis etiam utilitate sua quam in re declaranda habet commendabilis, qualis est illa Ciceronis qui lib. 1. de offic. cap. 6. fidem ex eo appellatam scribit, quia fiat quod dictum est; item illa Augustini, quod mentiri inde dictum quod sit contra mentem ire. Similis est illa apud Priscianum: argumentatio dicta est quasi arguta mentis oratio. Apud nostros etiam crebro id genus occurrit. Talis est illa Pauli & Labeonis qui possessionem appellatam scribunt à sedium positione, l. 1. in pr. de adq. poss. & Ulpiani qui ait novationem nomen accepisse à nova

obligatione, l. 1. de novat. Ejusdem generis inveniuntur & in l. 3. de dama. infest. l. 35. §. 1. de mort. causi. don. l. 2. §. 2. de reb. cred. Nec ambigimus illa Celsi dicentis jus à justitia appellatum esse, l. 1. in pr. de just. & jur. Haec autem & his similia licet non dicantur ex vero, speciosam tamen veri arguendi vim habent: sicuti exempla & comparationes fictae non minus arguunt quam verba. Nullamque omnino causam video cur Servium allusionis proposita auctorem carpat Aul. Gell. 6. noct. Attic. 12. aut in Justinianum tam inclementer invehat Valla lib. 6. elegant. 36. ut dicat cum explosam atque derisam etymologiam denu inculcasse: dignus profecto ipse qui sibilo explodatur. Quis enim nescit testamentum esse verbum non compositum sed simplex? & si de vera ejus originatione quaratur dictum esse à testandis Quod autem convenit & verbo & simul rei testatio mentis fortuitum esse, nec in aliis verbis per hujusmodi formam productis idem evenire, atque ideo nec per similem allusionem declarari posse? Et irascor Coddoro, qui in l. 164. de verb. sign. contendit, eandem hanc derivandi rationem etiam accommodari posse verbis vestimentum ornamentum calcamentum & ejusdem productionis ceteris: lepida scilicet ratione, quia & sartor sartus & c. mentis iudicio in opere faciundo mutantur, aut quia nemo sine mente se vestit ornat calceat. Et igitur si Goeddæ credimus, vestimentum ex eo appellatum recte dici poterit quod vestitio mentis sit, calcamentum quod sit calcatio mentis. An igitur & excrementum quod sit mentis excretio? Mallem dixisset Cerberum se meture quam haec tam tenere atque inconsiderate effusisset. Apparet autem ex verbis hujus textus & disputatione Gellii, Justinianum & Servium non definitionem aut descriptionem aliquam testamenti sive ipsius rei proponere voluisse, sed indicare rationem nominis, *ego innotatibus tui etymologiae (definitionem nemini congruam, aut etymologiam):* quae & Theophilli mens est, licet aliud videatur doctissimo Salmasio lib. de usur. cap. 1. VINN. Recte omnino auctor noster: cujus observationibus id adde quod auctores nostri hie Stoam suo more imitentur. His enim philosophis hujusmodi allusiones erant familiarissimae. Cic. de offic. lib. 1. cap. 6. Seneca epist. 88. Vidit jam hoc vir eximius Em. Merrill. obs. lib. 2. cap. 10. & ante cum summus Cujacius obs. lib. 11. cap. 37. Addenda etiam quae haec in rem contra Liur. Vaillam disputant

tant viri docti apud cl. Duker. de Latin. ver. Jcti. p. 23. seqq. & p. 462. Scip. Gentil. orig. ad ff. & Aegid. Menag. amenit. jur. cap. 39. Hein.
 2. Descriptionem testamenti habemus apud Modestinum l. 1. hoc tit. Testamentum, inquit, est voluntatis nostra iuxta sententiam de eo quod quis post mortem suam fieri velit. Juxta sententiam si accipimus solemnem aut plenam, hoc est, integram & de omnibus bonis (utraque enim significatio huic verbo convenit), hac nota satis removebuntur codicilli. Expressior tamen est illa Ulpian. in fragm. tit. 20. qui sic definit: Testamentum est mentis nostra iuxta contestatio in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat. Quod Modestinus voluntatis sententiam, Ulpianus contestationem dixit, uti & in l. 20. §. 8. hoc tit. contestationem supremam; quoniam non est simplex voluntatis enuntiatio non demonstratio, sed testata, hoc est, declarata & exposita apud eos qui ut testes essent rogati sunt; hoc modo: Hec uti in tabulis scripta sunt, ita vos, Quirites, testor; itaque testimonium perhibite. Perfectissima autem erit definitio si ita dicamus: Testamentum est suprema contestatio in id solemniter facta ut quem volumus post mortem nostram habeamus heredem. Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, l. 1. §. 3. de hered. instit. Sunt autem hae definitiones conceptae de iis testamentis dumtaxat quae sunt jure communi omnium Civium Romanorum, ad ea quae sunt jure proprio & singulari, qualia sunt militum de quib. tit. seq. & quorundam etiam paganorum de quibus nos obiter ad §. 4. n. 2. inf. hoc tit. non pertinent.

3. Quæri hoc loco solet cui juri adscribenda testamenti factio, utrum juri gentium an civili. Dicendum est, si generaliter simpliciter & indistincte usus testamentorum consideretur eum esse ex jure gentium; si specialiter & definitè ex jure civili; neque aliud Interpr. sentiunt cum originae testamentorum ad jus gentium referunt formam ad jus civile: formam nimirum propriam & modum testandi peculiarem cujusque Reip. Nemo enim, opinor, tam ineptus est ut putet rem ullam esse sine forma, aut simplicem & secundum jus gentium testandi rationem, qualis in militum testamentis cernitur, formâ carere. Revivit, ut liceat moriturus dispendere de rebus suis ex jure gentium est; ut non aliter liceat quam hoc vel illo modo ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum est licet à posteriori concludat, quod apud omnes fere

gentes in usu testamenti fuerant, sive juri cavendi de eo quod quis post mortem suam fieri nollit. Philosophorum supremas aliquot voluntates refert Diog. Laërtius in vitis Pythagorae. Isaias Propheta annunciat in ecclesiâ Regi Judæ ut domui suæ præcipiat quasi morturo, lib. 4. Reg. cap. 20. & Itai. c. 18. & Tacitus de Germanis nostris, ut singularè aliud notat, quod nullum apud eos testamentum esset, lib. de morib. German. cap. 20. Idem quoque arguit, quod miles qui secundum jus gentium testari creditur deportatum heredem instituit, re potest, l. 13. §. 2. de testam. milit. junct. l. 17. §. 1. de pæn. Et secundum hæc ad populum Constantinus: Nihil est, inquit, quod magis hominibus debeatur quam ut supremæ voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stilus, & licitum quod iterum non redit arbitrium, l. 1. C. de sacros. Eccler. Reperiuntur tamen qui testamenti factionem toto suo genere juris mere civilis esse contendunt, ac ne illud quidem nobis concedant, quod dicimus, rem ipsam simpliciter & per se consideratam esse juris gentium. N. g. nate rationi & simplicitati juris gentium convenire ut quis disponat de re non sua: id autem eum facere ajunt qui disponit in id tempus quo dominus esse desinit. Sed assumptio hæc falsa est. Non enim de re aliena sed sua, nimirum eo tempore quo adhuc dominus est testator disponit & quid fieri velit ordinat, licet executionem voluntatis in tempus mortis sue suspendat: quod non magis pugnat cum ratione naturali quam si quis bona sua omnia illi cui donaret ea lege ut ipse quoad vivat usum possessionemque eorum retineat. Nam, ut re & docet D. Grotus lib. 2. de jur. belli. & pac. cap. 6. n. 14. testamentum vi ipsa nihil aliud est quam alienatio in mortis evenitum, ante eam revocabilis, retento interim jure possidendi ac fruendi. Ex eo quoque quod successio que jure sanguinis ab intestato deferretur revera ex jure communi est, male colligas alienum esse à ratione ejusdem juris ultima voluntate de bonis suis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum est defuncti bona simpliciter addici proximis, sed in defectum supremæ voluntatis ejus qui dominus fuit, arg. §. 40. Inst. sup. de rer. div. d. l. 1. C. de sacros. Eccler. quem naturæ legem ordinem etiam in defundera hereditate lex XII. tabularum secuta est. Reliqua quæ contra obijciuntur parvi ponderis sunt, quale est illud quod Papinianus scribit, testamenti factionem non privari sed publici juris esse, l. 3. hoc tit. Nam

si jus publicum proprie accipimus quod utilitate publicum est, ut in divisione juris proposita §. ult. Inst. sup. de just. & jur. l. 1. §. 2. ff. eod. testamenti factio juris privati est. Publici autem juris esse dicitur oppositive ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica est, l. 1. ad leg. Falc. l. 120. de verb. sign. nec, ut contractus, privati cujusque arbitrio sed legum potestate regitur, l. ult. de suis & legit. hered. quamquam & quæ ad jus publicum proprie pertinent magnam partem ex moribus & institutis aliarum gentium Romani petierunt: quod pluribus exposui ad d. §. ult. Neque majoris momenti est quod de deportato profertur, eum nec testamentum facere nec ex eo capere posse, l. 8. §. 1. ff. hoc tit. l. 1. C. de her. inst. qui tamen omnia quæ sunt juris gentium retinet, l. 17. §. 1. de pæn. Nam nec matrimonium contrahere potest, nec patriam potestatem nec tutelam nec jus successione cognationi tributum retinet. Namque etsi hæc omnia ex jure gentium tantquam ex communi fonte populus Romanus hauserit, propria tamen sibi fecit, & à communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, testamentum esse juris gentium quo modo contractus & commercia juris gentium esse dicuntur; sed ex jure gentium & civili ita conflatum, ut quamvis hic præcipue partes sunt juris civilis, & ob id etiam inter ea quæ juris civilis sunt testamentum numerandum; tamen numerandum inter ea quæ mixti juris sunt non quæ mere civilis & positivæ quoniam ex ratione juris gentium est ut quis morturus de bonis suis possit disponere: quo sensu etiam in Institutionibus Græcis inter exempla juris gentium referuntur τὸ διαδοχὰς ἐγγυησάμενος (testamentaria conscribere) tit. Inst. de jur. nat. gent. in præterite ad ea quæ sub §. 1. ejusd. tit. à nobis tradita sunt. Illud plane ridiculum est, quod ex eo quod Tacitus scribit, apud Germanos suo tempore usum testamentorum non fuisse, nonnulli colligunt testamenti factionem cum jure gentium non consentire: nam usum quoque cæciorum & venditionis Germanos ignorasse idem Tacitus eodem loco prodidit, cum apud eos numerum non esset: & elleborosi hominis est ex usu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare. Add. doct. ss. Vigl. ad §. 2. hoc tit. V. ANN. Non adeo expedita res videtur testamenti factionem esse juris gentium: sive per illud intelligas jus quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, sive quod usu & necessitate exigente homines

inter se constituisse dicuntur. Nec rationes Vinnii id evincunt. Nam (1) multæ gentes condiderunt testamenta, sed non omnes. Non Germani, Tacitus de morib. Germ. cap. 20. non Athenienses ante Solonem, Plutarch. in Solon. p. 90. non Hebræi, Seld. succet. in bon. Hebr. c. 24. non Indi denique, veluti Siameses, De la Loubere du Royaume de Siam tom. 1. part. 3. ch. 7. n. 9. Deinde (2) omnino rationi naturali repugnat alicui jus esse staveri de rebus suis ita ut voluntas posse mortem valere incipiat ubi jam velle desit & mors omnia solvit. Quod animadvertens vir acutissimus Leibnitus in nova methodo Jurisprud. p. 56. seqq. add animarum immortalitatem contigit, ut sic perdurare voluntas mortuorum videatur, quod nimis dilutum est. (3) Nec donationis exemplum à Vinnio adductum quadat. Nam qui donat inter vivos statim dominium transfert, quamvis sibi usum possessionemque reservet. (4) Grotii definitio non exhiaruit naturam testamenti de quo nobis questio est. Quis enim dixerit testatorem quoad vivit tantum jus possidendi & fruendi sibi reservare, cum res suas vendere, donare, quin & ipsam ultimam voluntatem mutare possit? Et quis dixerit eam alienationem esse revocabilem quia nihil alienatur, & quæ revocari potest antequam valere cepit? (5) Denique nec usu & necessitate exigente testamentum inventa sunt, cum nulla necessitas fingi possit quæ homines adegerit ad testandum, cum jam leges extent de successione immo hæc testamenti factio sæpe incommodis oneret Republicanum. Vid. Hept. elem. polit. part. II. tit. 11. §. 53. Hein.

4. Adjectio, de maistio (in transitu) multis visum è Republica aliquid esse privatum testandi & legandi libertatem præcedere præsertim in Optimatum statu, & hæcenus ut ne cui liceat prædica paterna aut avita legare. Quæ etiam Bodinus lib. 3. de Republ. cap. 2. auctor est, solis Atheniensibus usurpatam fuisse infinitam legandi licentiam, eamque Decemviro à Solone acceptam in duodecim tabulas retulisse, & Populo Romano proposuisse his verbis: uti quisque legavit suæ rei ita jura esto, l. 120. de verb. sign. Ceterarum autem gentium omnium unum legem fuisse, ut prædica testamentum legare liceret & eoque jure aditus Polonos Danos Suecos aliosque populos uti. V. ANN. Apud Hispanos item libera de omnibus rebus testandi facultas est præterquam de bonis majoratum aut fideicommissio additis. ADDIT.

De antiq. modis testandi civilibus.

1. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant; altero cum in praelium exituri essent, quod prociendum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum quod dicebatur per *as* & *libram*, scilicet quod per emancipationem, id est imaginariam quantam venditionem agebatur, quinque testibus & libripende civibus Romanis puberibus presentibus, & eo qui familiae emtor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt; quod vero per *as* & *libram* fiebat licet diutius permanerit, attamen partim & hoc in usu esse desitit.

COMMENTARIUS.

- 1 Comitorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solebant.
- 2 De testamento quod Veteribus endo prociendum.
- 3 De testamento per *as* & *libram*.
- 4 Quando superiora genera testamentorum in usu esse desierint.

Quo ratio juris de forma & modo faciendorum testamentorum postea consuetudini facilius & perfectius intelligatur, necessarium putavit Justinianus à primordio rem totam repetere. Et sunt sane multa in jure novo & posterioribus temporibus constituta quae sine veteris notitia perfectè intelligi non possunt; idque non tantum in re hic propositione sed etiam in plerisque aliis juris Justinianei partibus accidit. Accommodari huc potest illud Senecae lib. 6. de benef. cap. 1. Etiam quod dicitur superuacuum est prodesse cognoscere. At autem, primis temporibus duo genera testamentorum populo Romano in usu fuisse, quorum altero, quod calatis comitiis dicebatur, utebantur in pace & otio; altero, quod prociendum, cum in praelium prociendi educerentur; accessisse autem postea & tertium genus quod per *as* & *libram* fiebat. Aque hujus rei testem habemus etiam Aulianum Gellium, qui lib. 5. no. 7. Attic. c. 27. sic scribit: *Tria genera testamentorum. fuisse accepimus: unum quod calatis comitiis in concione populi fieret: alterum quod in prociendum*

cum viri ad praelium faciendum in aciem vocabantur: tertium per familiae emancipationem, cui *as* & *libra* adhiberetur. Idem quoque tradit Ulpianus in fragm. tit. 20.

1. Quod calatis comitiis appellabant] Tribonianus non satisfacit studiosis antiquitatis hoc genus indicat, non exponit. Sed & Interpretes paucis de eo agunt, nec expleat desiderium hominis curiosi. Quamobrem ne quid antiqui moris ignoretur, videndum est quanam ista comitia quae Justinianus Ulpianus & Gellius calata appellant, fuerint; & unde hoc nomen solis nomen, quod videtur omnibus communiter convenire. Patet ex scriptis Veterum, maxime Ciceronis Livii & Dionysii Halicarnassensis, tria fuisse eaque diversa comitorum genera: curiata centuriata & tributa, quorum antiquissima curiata. Nam ex quo Curiae primum à Romulo instituta sunt usque ad tempora Servii Tullii sexti Romanorum Regis, omnia quae suffragii populi à Regibus committebantur curiatis comitiis peracta fuere, ut ex eo intelligi potest quod necdum centuriata nec tributa erant quae suffragium dicere possent. Itaque non modo Reges sed ceteros etiam magistratus curiatis comitiis creatos fuisse interpretandum est, cum apud auctores repetimus à populo eos creatos; & leges omnes quae ad illud usque tempus latae sunt curiatae fuerunt; & iudicium Horatii à populo curiatis comitiis peractum est. At post classes à Servio Rege institutas, tum duo coeperunt esse comitorum genera, curiata & centuriata; atque illis duobus tantum usus est populus usque ad iudicium Coriolani qui fuit A. U. C. 263. quo primum instituta sunt tributa comitia, & curiata minus ex eo tempore frequentari coeperunt. Curiata comitia dicebantur in quibus populus curiatis suffragium dicebat, hoc est in quibus populus per curias divisus sententiam rogabatur, ut quod plures curiae statuisset id jussu populi diceretur; nec auspiciato fieri poterant nisi intra pomerium, idque in foro adeoque in comitio. Centuriata erant quibus populus per classium centurias divisus suffragium ferebat, ita ut suffragia colligerentur centuriatim, & quod plures centurias jussissent id jus ratumque esset. Hac intra pomerium haberi non poterant: locus eis destinatus erat campus Martius. Tributa comitia dicta cum populus tributum sive per tribus divisus suffragium iniret, in quibus quod plures tribus jussissent aut vetuissent spectabatur. Hac autem diversa fuisse à curiatis argumento est, quod

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

tribus à curiis semper diversa fuerunt, quod nulla religio erat. Jus habendi comitia solis magistratibus fuit, nisi de sacris esset agendum; & quidem solis patriciis & majoribus magistratibus curiata & centuriata; tributa etiam tribus plebis. Sacrorum autem causa Pontifices jus habuerunt vocandi comitia tam centuriata, puta creando Regi sacrificulo, quam curiata: nam fallitur D. Wesembecius dum existimat magistratus coegisse centuriata comitia, calata Pontifices. Causae habendorum comitorum variae ad creandos magistratus aut confirmandos: ad leges ferendas, judicia excrenda, sacerdotum inaugurandos; detestatiois sacrorum, adrogationum & testamentorum faciendorum causa; nec tamen unum omnium nec eadem omnium omnibus temporibus. Singula exequi ad institutum non opus est: adeundum Nicol. Gruchius & Carol. Sigonius, qui de comitiis Rom. scripserunt ex professo. Cum igitur praeter ea quae diximus nulla alia fuerint comitia, necesse est calata, quorum hic mentio fit, speciem unam ex his fuisse. Non fuerit autem centuriata; alioqui sequeretur nec in urbe testari Quirites potuisse, nec omnino primis temporibus testari ante tempora Servii Regis à quo primum centuriata comitia instituta sunt. Multo minus putandum est haec comitia tributa fuisse: quippe quorum usus nullus fuit ante iudicium Coriolani. Relinquitur ergo ut curiata fuerint, quae sola primis temporibus in concione testamenta fiebant in urbe habebantur. Idque etiam Gellius non obscure indicat loco superius citato, cum ait, iisdem comitiis calatis sacrorum detestatioes & testamenta fieri solita. At ante legem Pappianam quae vetuit aedes, terram, aram consecrare injussu plebis, teste Cicerone *pro domo*, consecratione à Pontificibus factas curiatis comitiis docet Gruch. lib. 3. de comit. Rom. cap. 2. Igitur quod in concione calatis comitiis testamenta olim fieri solita dicuntur, calatis comitiis, hoc est convocato testamentorum confirmandorum causa populo, non centuriatim sive per centurias classium (ut D. Viglius existimat) neque per tribus sed per curias, idque à collegio Pontificum. Ex eo autem quod Veteribus frequens usus erat verbi *calo*, quod Graecum est, unde nomina *calenda*, *curia calabra*, *classis* &c. Macrob. 1. Saturn. 5. existimare licet initio comitia omnia calata fuisse, sed postea cum id verbum in usu esse desitit, nomen calatorum comitorum in his tantum quae pro col-

legio Pontificum haberent retentum esse, idque religionis & antiquitatis causa. Gellius sane, d. lib. 15. c. 27. refert, in libro Laelii Felicii ad Q. Mucium primo scriptum esse, Labonem scribere, calata comitia esse quae pro collegio Pontificum habebantur, aut Regis sacrorum, aut fluminum inaugurandorum causa. Et paulo post, iisdem comitiis & testamenta condita. Ac credibile est, id eo Pontifices testamentorum factionibus praefuisse, quia sacra quae ad eos pertinebant unà cum hereditatibus transferrentur. Vicem horum testamentorum exhibere scribit D. Viglius, quae precibus Pontificum oblati inseruntur, juxta l. 19. C. hoc tit. Nam Principem post legem regiam quodammodo universum populum representare. Sed & testamentum quod in acta magistratus municipum referretur, ejus quod calatis comitiis fiebat quodammodo locum substituit, quia & ipsum publica fidei & quasi roboris civitatis, d. l. 19. C. hoc tit. VINCIT. Quae hic Vinnius perspicue refert, ea maximam partem recte se habent, & plenius exponuntur à Gruchio & Sigonio. In eo tamen falli videtur (1) quod comitia calata testamentorum causa convocata putat. Convocabantur enim legum ferendarum magistratumque creatorum causa, immo & ob alia neque publica, bellum pacem judicia &c. Testamenta autem nihil aliud tum erant quam leges rogatae à magistratu & curiarum suffragiis confirmatae. Unde vocabulum *legare* quasi legem ferre *suorum*, Nov. 22. cap. 2. legis modo relinquere. Ulp. in fragm. tit. 24. §. 11. Deinde neque id (2) admittendum videtur, quod testamenta Principi oblata, vel in acta magistratus municipumve relata in testamentum quae calatis comitiis facta sint locum successisse existimat: cum complura ante secula obsolevisset comitia calata, testamentaque in iis fieri solita, cum haec testamenta Principi vel magistratibus oblata invenirentur. HEIN.

2. Quod prociendum dicebatur] Alterum testamenti genus antiquius usurpatum, cum ad pugnam iuri essent incerti an essent redituri prociendum appellatum esse ait: pro quo malim in prociendum: nam testamentum inepte prociendum dixerit; licet Theophilus quod prociendum legat, ut verisimile sit ita Tribonianum scripsisse. At enim Veteres ita locuti non sunt, ut hoc epitheton ipsi testamentum opponerent, sed prociendum militum, prociendum exercitum, prociendam classem dicebant, id est multitudinem hominum ad

prælium instructam & paratam; eo quod togis incincti olim pugnabant quo expeditionis essent, teste Pesto. Hinc *prociñctus* pro exercitu. Ammian. lib. 18. *prociñctus adveniens*. Testamenta autem quæ pugnaturi instructa esse nuncupabant, *endo prociñcti* vel in *prociñctu* appellabant. Gloss. Lat. Græc. *endo prociñcti*, ἐπισημασμένοι πρὸς τὸν πόλεμον (ciñcti ad bellum) Lucilius Balbus apud Cic. 2. de nat. Deor. non procul à principio: Itaque maxime Reipub. partes in his bella quibus Reipub. salus continetur nulli auspicii administrantur, nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur ex quo inprociñcti testamenta perierunt; & lib. 1. de orat. cap. 51. apud eundem Antonius: Qui duos filios suos parvos tutela populi Romani commendasset, ac se tanquam in prociñctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituisse dicitur illorum orbitari. Ita quoque Festus, Gellius, Ulpianus d. loc. Plutarchus in Coriolan. p. 198. ita hanc rem explicat: Erat eo tempore inquit, mos Romanis prælium inturus scutaque tumens, καὶ πολεμικοῦ τῶν ὀπλῶν simulque διαδικαστῶν ἄρμας testamenta sine scriptis facere, & tribus aut quatuor audientibus heredem nuncupare. Vixit. Immo in textu Plutarchi est τῶν καὶ περιήτων, qui consuevit septem. Forte καὶ pro ῥ ponitur, particula copulativa pro disjunctiva, quod sæpe & alibi fit. Vid. Joan. Strauch. Lexic. partic. in voce Et. Hein.

3. Quod dicebatur per æs & libram] Ἄ πάλιν, ut scribit Theophilus, hoc est inauspicarum. Veteribus visum fuit sano & valente eo-pore testamentum facere velle, extra quam si præsens periculum foret veluti si in hostem pugnandum esset, aut comitia testamentis faciendis ex professo haberentur: quod bistantum in anno, si eidem Theophilo creditur, fiebat. Sed cum hinc eveniret, ut ne ægotantibus quidem semper libra esset testamenti factio; nec feminæ, quibus nulla comitiarum communio erat, teste Gellio lib. 5. cap. 19. ulla ratione testari possent: excogitata postea est tertia testandi ratio, secundum quam & quamvis loco ac tempore & feminis etiam suprema iudicia ordinare liceret. Hic modus testandi per æs & libram dictus, quia per mancipationem in qua æs & libra adhibebatur fiebat; unde heres per æs & libram apud Ciceronem 2. de legib. Et sciendum est, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi non signato usos fuisse pro pecuniâ, atque hæc appendere non

numerare solitos: signata pecuniâ demum post Pyrrhum Regem devictum uti coepisse eamque numerare, auctore Plinio lib. 13. cap. 3. Verba tamen verba etiam postea retenta sunt, ut pendo appendo expendo, nominatimque ab his derivata; & imago quædam vetusti moris in venditione atque alienatione rerum mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur (Cicero in topic. cap. 10. traditionem nexu vocat, propterea quod mancipationem sequebatur) nimirum ut in quem hæc res transferretur eas emeret à domino ære & librâ, appenso ei ῥαυμὰς dicitur causa nummo uno. Atque hoc modo plenissimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno scilicet jure Quiritium; cum aliqui bonitarium duntaxat transferret. Quo accommodandum illud Horatii epist. lib. 11. ep. 2. v. 158.

Si proprium est quod quis librâ mercatur & ære. Aderant præter libripendam quinque testes cives Romani puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur. Vid. Ulpian. in fragm. tit. 1. §. 11. & tit. 19. §. 2. & Boët. in top. Cic. lib. 3. apud quem etiam extat mancipationis formula. Is, inquit, qui mancipo accipit æs tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, sique mihi emus et hoc ære aneque libra. Deinde ære percussit libram, indeque æs ei dat à quo mancipo accipit, quasi pretii loco. Ita recte eum locum emendat viri omni prædicatione dignus, sed omni major Claudius Salmas. lib. de usur. cap. 8. Tradendum hoc postea & ad translationes universitatis bonorum, ut futurus successor familiarum, id est, universam substantiam testatoris ἱκανῶς (representative) emeret, quo post mortem ejus hoc tamquam justo titulo bona possidere intelligeretur. Eadem quoque solemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus. Vixit. Immo vera ratio paulo alius repetenda cum Romani testamenta condenda putarint per æs & libram. Leges extrabant de successione ab intestato. Leges privatae cuiusque voluntate mutari non poterant, l. 38. ff. de pact. sed alia lege opus erat qua prior abrogaretur. Hinc testamenta olim fiebant in comitiis calatis per modum legis. Postquam autem leges XII. tabb. civis concessissent libertatem testandi lege notissima: Patresfam. uti agunt super pecunia tutelave sua rei ita jure suo: opus erat fictione quadam, ne privati hominis voluntate leges viderentur mutari. Itaque fiebant testatorem hereditatem tamquam rem

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

mancipi vendere, addita secreta lege: Hæc uti in his tabulis scripta sunt, ita do ita lego ita testor. Facem hic præfert vir ill. Corn. van Bykersh. obs. lib. 2. cap. 2. H. 18.

Quod per emancipationem] Ita quoque Theophilus. Aul. Gellius lib. 15. cap. 27. per mancipationem ꝑ nec video cur potius legendum mancipationem, quod vult D. Bachovius. Etenim Veteres non minus verbo emancipare quam mancipare utuntur, pro mancipatio dare tradere vendere alienare. Cicero de senect. cap. 2. ita senectus honesta est si minime emancipata est. Plaut. in Bacch. act. 1. scen. 2. v. 60. Nunc mulier tibi me emancipo, tuas sum.

Horat. epod. 9. v. 12.

Romanus (ebeu posteri negabit.)
Emancipatus femine
Pere vallum & arma miles.

Id est, ἡδωλομένη τῷ γυναικί (servus mulieris factus). Tranquillus in Othone c. 4. Cnidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter tetum agrum redemit emancipavitque. Plinius lib. 7. epist. 18. Agrum ex meo longe pluris exaltori publice emancipavi. Cicero 2. Philipp. cap. 21. Tum iste venditum atque emancipatum tribunalatum consilii vestris opposuit: quo tamen loco non ignoro etiam mancipationem legi.

Imaginarium quandam venditionem] Duabus de causis venditionem hanc imaginariam fuisse scribit Hotomanus: primum quia revera venditio non erat, sed liberalis bonorum omnium translatio, cum dicitur tantum causa nummus unus appenderetur testatori; deinde quia familia emtor, in quem tamquam in heredem ea bona per emancipationem transferrebantur, heres non erat sed alius ab herede. Ac oportebat distinguere tempora, nam quo tempore hæc testandi ratio primum introducta est, ipse heres futurus familiam enebatur: quod his hoc loco testatur Theophilus, & intelligere licet ex §. 10. inf. hoc tit. Progressus autem temporis, cum, ut credibile est, quod Veterum simplicitas & probitas antea non consideraverat experimentis compertum esset, eam rem testatori periculosam esse; atque insuper etiam causam odii in testatorem, invidiâ in heredem legitimis successoribus præbere, receptum est, ut palam quidem solemnitate adimplendæ causa familiæ emtor adhiberetur, sed qui ut nanceps fiduciarius heredi seorsum in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam emanciparet. Cujus rei causam cum Plutarchus non intellexerit, in libro cui titulus est, de sera Numinis vin-

ditiæ, de Romanis loquens sic scribit: ἕως διαδικαστῶν ὑγάρφατος, ἔτις μὴ ἀπολυτικῆς καλῶς τῆμῆς, ἔτις μὴ πᾶσι τοῖς ἑταίροις ὁ δικαίος παρὰ τὸν ἄλλο. (Quam testamenta scribunt, alios quidem relinquunt heredes, alii vero vendunt hereditatem: quod videtur rationi non consentaneum) Transferatur hic verba Ulp. ex fragm. tit. 20. §. 8. In testamento, inquit, quod fit per æs & libram dua res aguntur, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum: tabulas testamenti testator tenens ita dicit: hæc uti his tabulis scribere scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos Quirites testimonium perhibetote: qua nuncupatio & testatio vocatur.

4. Priora duo genera in desuetudinem abierunt] Recepto usu testamenti per æs & libram, priora illa duo minus frequentari coeperunt paulatimque abire in desuetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant testamenta in grociñctu, sicut ipse testatur lib. 2. de nat. Deor. sed nec testamenta calatis comitiis abituror d'u postea mansisse: quod colligere mihi videor ex verbis Labeonis, qui apud Gellium d. lib. 15. cap. 27. sic scribit, hidem comitiis que calata appellari solentibus & sacrorum desuetate & testamenta fieri solentur. Utitur Labeo verbo de temporis perierit, ut intelligam olim ista fieri solita, suo autem tempore duo ista genera calatorum comitiarum in usu amplius non fuisse; & perperam Bachovius ex eo quod Labeo eodem loco scribit tria genera testamentorum fuisse in prociñctu calatis comitiis, per æs & libram, colligit ætate Labeonis atque adeo Gellii testamenta calatis comitiis adhuc in usu fuisse, nam eadem ratione colligas eodem tempore viguisse adhuc testamenta in prociñctu, quod falsum esse constat ex dicto loco Ciceronis. Illud utique certum est, tempore mediæ jurisprudentiæ comitiis testari desitum fuisse, testis Ulpian. in fragm. d. tit. 20. §. 1. Vixit. Immo latis tabulis XII. desitisse testamenta in comitiis calatis fieri verosimilimum est. Quis enim voluisset voluntatem suam submittere populi suffragiis cum libere subire arbitrio testari posset? Et quis maluisset publice & palam heredem nuncupare quam jure uti legibus XII. tabb. concessisset Hein.

Quod vero per æs & libram &c.] Priora illa duo testamentorum genera jam diu exoleverat, cum per æs & libram adhuc frequentaretur. Ulpianus dicto loco scribit, suo tempore id solum in usu fuisse, nimirum ex-

testamentis quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abollitis; nam secundum formam à prætoribus introductam, & juris mixti eo tempore testamenta quoque fieri solita multis auctoritatibus doceri potest, l. 22. §. 4. l. pen. hoc tit. cum similibus; & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait, partim hoc in usu esse desit. An hoc ideo dicit, quia familiæ entor postea alius esse cœpit ab herede? Sed hoc factum jam olim & stante adhuc Republica. Arbitror Justinianum hoc significare voluisse, cum in testamento quod per æs & libram fiebat dux res antea agerentur, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti: solemnitate familiæ mancipandæ paulatim exolevisse, solum alterum, nuncupationem scilicet testamenti sive solemnem voluntatis contestationem & quodammodo numerum testium usque ad sua tempora mansisse: sicut apparet ex mixta testandi forma qua posteritas uti cœpit, §. 3. *infra hoc tit.* quo loco hoc inquit ipse Justinianus. Illa meræ somnia sunt quæ à quibusdam afferuntur, ideo testamenta per æs & libram desuisse fieri, quia entio ista bonorum testatoris visa sit esse contra bonos mores, & pactum de futura successione, quod votum captandæ mortis inducat; neque enim vera entio erat, aut hic ejus affectus ut testamentum mutare non liceret; nec idem jam olim heres qui familiæ entor; & Theophilus, quem ajunt eandem hujus desuerudinis rationem reddere, tantum indicat cur alium entorem familiæ alium heredem esse placuerit: quamquam & ipse fallitur dum id Justinianum hoc loco sentire existimat.

TEXTUS.

De antiqua testandi ratione prætoriana.

2. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referantur. Postea vero ex edito prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducitur. Jure etiam honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiant cum jure civili signa testium non essent necessaria.

COMMENTARIUS.

1. Nimis curiositatis esse velle indagare, cur in omnibus mancipationibus placuerit mini-

mum quinque testes adesse, consuetudine veterumque rationibus.

Ad jus civile referantur] Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum sit ceteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ scilicet ex legibus plebiscitis senatusconsultis decretis Principum auctoritate prudentum veniunt, l. 7. de just. & jur. Sine illa autem ratione est quod D. Hotomannus cum prætorio jure hic comparari existimat id tantum jus quod auctoritate prudentum, à quibus & formulæ alique solemnitates profectæ sunt, introductum est: nam testamentorum usus in comitiis & prociudis antiquior est ipsis XII. tabulis, quibus tamen posterior est jus quod à Consultis compositum est, & communi nomine appellatum civile, l. 2. §. 5. de orig. jur. Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege XII. tabb. descendunt. Plane imaginariæ mancipationes inventum sunt Jurisconsultorum: nec dubio quin etiam testamentum per æs & libram, solemnitate mancipationis rerum singularium inter vivos producta ad alienationem bonorum omnium per ultimam voluntatem.

Jure honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa] Testandi ratio jure prætorio introducta simplicior est atque expeditior quam illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem: quippe cum prætor nihil aliud desideraret ad vim testamenti quam ut id septem testibus propositum atque ab iis obsignatum esset. Licet enim tale testamentum jure civili non subsisteret propter defectum mancipationis: tamen prætor secundum illud bonorum possessionem scriptum in eo hereditas dabat. Ulpian. in fragmentis. 28. §. 5. Ait, septem testium signa. In eo quod jure civili fiebat per æs & libram non plures testes necessarii quam quinque, qui numerus legitimus erat in omni mancipatione. Sed prætor ut solemnitatem juris civilis contemneret, numerum tantum civium quem adesse in testamentis oportebat mini noluit: ideoque duos testes in locum libripendis & entoris familiæ surrogavit. Simile huic est quod apud Gajum lib. 1. Inst. tit. 6. §. 3. legitur, in emancipatione liberorum cum antea quinque testes cum libripende & antestato intervenirent, postea pro libripende & antestato duos alios testes adhibitos, ut septem testium numerus impletur.

1. Nimis curiositatis esse indagare velle, cur placuerit in omnibus mancipatio-

nibus minimum quinque testes presentes esse. D. Giphanius & Bachovius suspicantur originem hujus quinarii numeri ductam à numero quinque clasium quas Servius Tullius instituit: atque ad hujusmodi actus confirmandos singulos testes è singulis clasibus initio accitos fuisse, ut quodammodo coram universo populo celebrari viderentur: proinde quasi singuli testes suam classem, universi populum universum repræsentarent. Nec obstare ait D. Bachov. quod Dionys. Halicarnassensis scribit, non quinque sed sex classes à Servio Rege institutas; nam sextam classem quæ infimi habitus erat contentam & nullo pene loco habitam fuisse. Mihi hæc conjectura doctissimorum virorum nulla probabiliter ratione nititur. Nam si per quinque istos testes populum repræsentari Veteres intellexerent, numerum istum non auxisset in suo testamento prætor. Deinde voluntas populi non ex numero classium sed centuriarum censebatur; nec quod plures classes, sed quod plures centuriæ jussissent id ratum habebatur; unde si vel primæ classis centuriæ (quæ reliquam multitudinem tribus centuriis superabat) convenissent, secundæ aut inferiorum classium non vocabantur. Quapropter si Bachovii rationem sequamur potuit vel unus testis sufficere, ut actus coram majore parte centuriarum celebratus videretur, civis maxime census primam classis, hoc est, nonaginta & octo centurias repræsentans. Vid. Dionys. Halicarn. lib. 4. Nec Festo classici testes, quos dictos ait qui testamentis signandis adhibebantur, sunt testes ex singulis classibus collati, sed cives Romani; eo quod eives omnes in classe aliqua censebantur, & qui classem non habebant nec cives Romani erant: quomodo & Jos. Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus qui putat per classicos testes Festum intellexisse homines primæ classis aut primæ dignitatis; nam satis fuisse constat si viri honesti essent & integre famæ; quamquam antiqui etiam ita locuti sunt ut classicos dicerent non omnes qui in classibus erant, sed primæ tantum classis homines: unde per translationem auctores classicii appellati primæ notæ, assidui non proletarii scriptores. Vid. Gell. lib. 7. cap. 11. & lib. 19. cap. 8. Sunt qui ideo quinque testes adhibitos scribunt, quia totidem tribus populus constabat. Timæ. Fab. disp. annivers. 18. Hopper. hic in not. qui magna in antiquitatis ignoratione versantur; nusquam enim invenias populum unquam in quinque tribus di-

visum fuisse; quod quidem Faber etiam fatetur; sed existimat à Romulo tres tribus factas, easque duplicatas à Tarquinio Prisco: itaque vice populi sex testes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac munus libripendis assumeret. Et enim; si Livio credimus, nulla tribus à Romulo facta quæ quidem universam multitudinem contineret, sed tres modo equitum centuriæ ex omni multitudine selectæ, quarum numerum Tarquinus quia videbat equitem maxime suis viribus deesse postea auxit. Et eodem auctore primum factæ tribus quatuor à Servio Tullio patribus urbis distinctæ, quod & Dion. Halicarn. lib. 4. confirmat. quo loco etiam refert, Fabium scriptum reliquisse, agrum præterea universum in viginti & sex partes divinum fuisse: quas tribus rusticas à cum urbanis conjungas hinc tribus triginta. Subjicit tamen, Venonium memoriam prædidisse triginta & unam tribus sub Rege Servio fuisse. Libro autem septimo apud eundem de judicio Coriolani sic scriptum reperimus: cum una & viginti tum tribus Roma essent que mixta sunt in suffragium novem habuit Martius, à quibus absolutus est. Proinde longe majorem numerum testium adhuc oportet si per eos tribum numerum repræsentari volumus, & post expletum triginta quinque tribuum numerum testes quinque & triginta. V. N. Non sane absurdum est quod de classibus suspicatur Bachovius. In mancipatione agebatur de dominio juris Quiritium transferendo, & hinc nihil videbatur æquius quam ut Quiritium arbitrio res gereretur. Quiritis tempore XII. tabb. erant descripti in sex classes; sed sexta classis ex proletariis & capite censitis constabat. Cum vero proletarii testes nullius auctoritatis haberentur, iisque opponerentur testes classici: probabile est ideo sufficere creditum esse testes quinque, tamquam qui totidem Quiritium classes repræsentarent. Id ideo, mancipationis ritum esse XII. tabulis antiquiorem, cum in iis mentio illius fiat tamquam jam noti & recepti. Putarim à Servio inventum, qui & divisionis populi in classes auctor est. Eum enim leges de contractibus tulisse docet Dionys. Halicarn. lib. 5. p. 278. unde & præcipuus sanctorum legum dicitur à Tacito, lib. 3. annal. cap. 26. HEIN.

Cum jure civili signa testium non essent necessaria] In testamento quod fiebat per æs & libram. In eo enim dux tantum res necessaria erant, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti sive voluntatis testibus exhibita

solemnis contestatio, Ulp. in *fragm. tit. 20. §. 8.* quod postremum tamen tunc demum receptum videri potest postquam cepit alius heres seorsum in chartis vel tabulis scribi, alii familia palam mancipari, nisi forte ad ea legata referas quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus est, testatorem post mancipationem mox ordinasse quid post mortem fieri vellet, & familiae entori sive heredi dicere solitum: *Hinc volo dari fundum; illi domum; alii centum nominata.*

TEXTUS.

De conjunctione juris civilis & prætorii.

3. Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus cepit in unam consentaneam jus civile & prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis & subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, & ex edicto prætoris signacula testamentis imponerentur: ita ut hoc jus irpartitum esse videatur & testes quidem eorumque presentia uno contextu testamenti celebrandi gratia à jure civili descendant; subscriptiones autem testatoris & testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur & signacula autem & testium numerus ex edicto prætoris.

L. I. tit. I. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Recepto testamento mixto, quale hic describitur, non statim antiquata testamenta per æs & libram, neque vim testamenti prætorii evocantur.
2. Numerum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis, non cum quod obscurius dictum est postea testator explanat.
3. Subscriptiones testium jam tempore mediæ jurisprudentiæ in usu fuisse.
4. Lege Cornelia testamentaria edictum prætoris de obsequiis tabulis confirmatum.
5. In testamento scripto non exigi ut testis intelligat sermonem testatoris.
6. Testes rogati adesse oportere, nec non alia quædam scripto testamento cum nuncupatione communia.
7. Quid sit uno contextu actus testari; &

num contractus in testamento aut inter testandum celebrari queant.

8. An non obstante solemnitate aliquid omissione voluntas testatoris obliget in foro conscientia.

1. *Idem ex usu hominum quam ex constitutionum emendatione*] Sensus est, cum duo essent simplicia testamentorum genera, unum civile alterum prætorium, usu hominum jus civile cum prætorio hac in parte coaluisse, atque inde mixtum exitisse testamenti genus ex utroque illo jure collectum, quod & constitutionibus postea probatum sit; addito ut testator & testes omnes subscriberent: ut adeo forma faciendi per scripturam testamenti qua posterior ætas ut cepit quamque Justinianus hic describit, ex triplici jure conficta sit: ex jure civili antiquo, ex novo constitutionum Principum, atque ex jure honorario. Per hoc tamen non statim antiquata fuit civilis ratio testandi per æs & libram, Ulpian. in *fragm. tit. 20. §. 8.* neque prætorii testamenti vis aut usus sublatus: de quo sub §. 6. *Inst. infr. quib. mod. test. inf.*

Uno eodemque tempore] Hæc subtilitas ex jure civili est, l. 20. §. 8. l. 21. §. ult. ff. hoc tit. l. 28. C. eod. Est enim ex jure civili quod actus solennes & legitimi continui esse debent, & uno contextu absolvi, l. 137. de verb. obi. l. 12. de duob. rei. Ait autem, quod jus civile quodammodo exigebat: quodammodo, id est, fere. Additum & quia ait, septem testibus adhibitis. Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo pro libripende & familiæ entore à prætorio substituti; & ideo paulo post jure civili adscribit dumtaxat actus continuitatem & testium presentiam; numerum testium juri prætorio.

2. Illud notandum est, numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti, sive cum de substantiis, ut loquuntur, testamenti questio est; non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve post solemniam testator explanat: veluti si cum Titio centum legasset & multos Titios amicos haberet, postea declaraverit de quo senserit, d. l. 21. §. 1. hoc tit. Leo quinque testes sufficere voluit, Nov. Leon. 41. quod receptum in Oriente. *Græc. lib. 45. Basil. tit. 1.*

Subscriptione testium] Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum à Theodosio l. 21. C. hoc tit. additumque, si testator literas ignoverit vel subscribere nequeat, octavum ut subscriptorem adhibeat. Ceterum ex constitutione Justiniani si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, l. 28. §. 1. C. eod.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

tiniani si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, l. 28. §. 1. C. eod.

3. Quo tempore aut à quo primum Principe testium subscriptio introducta sit incertum est. Illud constat, jam apud antiquiores ita jus fuisse, atque adeo ætate Jurisconsultorum Pauli & Ulpiani, l. 22. §. 4. l. pen. hoc tit. quos Papinianum assessores habuisse à Lampridio prodicium est.

4. Ex edicto prætoris signacula] Obsignationem testium esse ex edicto prætoris indicat l. 23. hoc tit. §. 6. *Inst. infr. quib. mod. test. infr. Ulpian. in fragm. tit. 23. §. 6.* Quamvis obtemperet quod M. Tullius 3. in *Verr. meminuit* tabularum testamenti obsignatarum è lege, legem intelligens Corneliam testamentariam, rectè D. Wesenbecius sic accepit, Syllam quod jam ante ex edicto erat lege sua comprehensisse, non ut edictum tolleret atque ex lege à se lata in posterum signa adhiberi vellet, sed potius ut auctoritate signa confirmaret. Obsignatio autem edicti veneratissimo est scripturam jure prætorio necessariam fuisse ut obsignationis illius subjectum: cum jure civili, quod nec subscriptionem nec obsignationem desiderabat, scriptura non omnino necessaria fuerit; quamvis credibile sit frequentius ob rei memoriam credibile sit intervenisse: quod & rarius esse cepit postquam heres entor familiæ esse desit. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria est, ut deficiente alterutra testamentum injustum sit, l. 22. §. 4. hoc tit. teneaturque falsi crimine tabellio qui non utraque adhibendam curavit, l. 29. C. eod.

5. Et testes quidem & eorum presentia] Quod testium presentiam requirit non videtur esse proprium testium testamentariorum, sed commune omnium qui ad actum aliquem celebrandum adhibentur. Non est autem satis corpore testes presentes esse, nisi & animo sint intelligentes voluntatem testatoris. Neque tamen sermonis intelligentiam requirimus, sed placet sufficere si vel sensu quis percipat ad cui rei adhibitus sit. Enimvero durare testes debent donec suprema contestatio peragatur; invitos tamen retinere non licet, & si retenti sint testamentum non subsistit, l. 20. §. 8. & *regg. eod.*

6. Adhæc, rogati adesse debent aut saltem, si alterius rei causa collecti sint, ante testimonium certiorari se ad testamentum ad-

hiberi, l. 21. §. pen. ff. hoc tit. l. 21. C. eod. neque hæc solemnitas cum sit extrinseca præsumitur intervenisse, etsi in testamento scriptum sit, presentibus testibus infra scriptis, sed juxta communem sententiam probari debet, nisi additum sit, & cetera, aut notarius nominatum rogationis fecerit mentionem. *Viv. comm. op. verbi testes tam in testamento. Farinac. lib. 2. de testib. tit. 6. Vasq. lib. 2. de succ. creat. §. 13. reg. 8. n. 51. Grass. §. testamentum §. 58. Mantica. 2. de conj. ult. volunt. tit. 1. Hoc amplius, & in conspectu testatoris testimonii officio fungi necesse est, l. 9. C. eod. Quapropter non est satis, ut quidam traderunt, testes oculos esse si testatorem ipsi non videant; forte velo aut cortina intercepta conspectum adimende, licet vocem ejus audiant; sed necesse est ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat, alio forte subornato qui vocem testatoris imitando simularet, ut ille de quo Gynus testatur in d. l. 9. qui obreperat mulieri simulatoque vocem mariti. Etque hæc receptor interpretum sententia, teste Scharardo in d. l. 9. n. 2. ubi tradit Glossam in l. 2. §. 8. de ag. pluv. arc. contra sententiam communiter reprobam. *Add. Dec. 7. n. 5. Grass. d. §. testamentum §. 59. n. 4.**

7. Uno contextu] *Μαζὸν ἢ ἀδελφικὸν, (uno tenore sine intermissione)* uno eodemque die ac tempore, l. 21. C. hoc tit. nullo actu ab instituto negotio alieno interveniente, l. 21. §. ult. ff. hoc tit. d. l. 21. C. eod. nisi forte talis sit actus quem ratio morbi testatoris vel necessitas nature efflagiet, etiam in testibus: quod pluribus explicat Justinianus, l. 28. C. eod. ut tamen si quid supervenerit ob quod aliquis è testibus diutius abesse cogatur alius testibus substitui debet, d. l. 28. Ceterum hæc non eo pertinent ut testator teneatur eodem tempore & testes adhibere & testamentum scribere vel dicere ac finire; sed ad nuncupationem testamenti sive ipsam testationem & declarationem voluntatis, cum scilicet testamentum subscribendum & obsignandum testibus in eam rem adhibitis offerret; nam quin alio tempore testamentum conscribere & scriptorem sapientium interirumpere, alio vero testes ad solemniam adhibere possit non ambigitur, d. l. 21. C. hoc tit. Cui igitur uno actus contextu testari oporteat, negotioque alieno aut in testamento non pertinente interposito actus ille interruptur viterique testamentum: hinc facile colligere est quid judicandum sit de questione

ne quæ vulgo moveri solet, an contractus celebrari inter testandum possint. Nam si contractus est adus extraneus & alienus à testamento, uti revera est, necesse est actum restandi celebratione contractus interrumpi: veluti si testator cum jam corpisset ordinare testamentum & necdum absolvisset fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare instituat. Quod si ita questio formetur, ut quæretur an possit contractus fieri in ipso testamento; ne hoc quidem admittendum videtur: quippe cum contractus qua talis non intelligatur nisi celebratus sit inter plures; at quæ testamento cavetur ab uno cavetur testatore, atque ex unius illius voluntate stant & cadunt. Non obstat igitur quod testamento liberum assignare licet, l. 1. §. 3. de assign. libere. §. ult. Inst. inf. eod. tit. siquidem assignatio liberti, licet proprie neque legatum sit neque fideicommissum, l. 7. d. tit. vii. tam legati habet, dum jus patronatus quod alioque commune futurum erat uni in solidum relinquatur. Sic pignoris, l. 26. de pign. act. duorum reorum, l. 9. de duobus rei: usufructus, §. 1. Inst. sup. de usufr. servitutum, §. ult. Inst. sup. de serv. præd. testamento constitutio contractus non est; neque enim cum hæc testator constituit cum alio contrahit, neque etiam ullo modo naturam contractus aut conventionis sapit; sed ut cetera quæ testamento caventur legantur aut relinquuntur revocari possunt.

8. Gravissima hic moveri solet questio, an si legitimus numerus testium adhibitus non fuerit, aliudve quid mere solemnitatis in testamento omissum, veluti si testes rogati non sint, aut tantum subsignaverint sive subscripserint non etiam obsignaverint, tale testamentum saltem in foro conscientie heredem ab intestato cui de voluntate testatoris constat non obliget ad restituendam hereditatem heredi scripto & ad legata præstanda. Obligare negat Domin. Soto lib. 4. de jur. & jur. quest. 5. Clar. 3. sent. quest. 90. Covar. in cap. cum esset x. de testam. Ajunt Ludov. Molin. de just. & jur. tract. 2. disp. 81. Mantica lib. 2. de conjec. ult. vol. tit. 14. Vasq. de success. creat. §. 1. n. 24. & de success. progress. §. 1. n. 3. Diod. Tuldén. C. de testam. n. 8. Christin. vol. 4. decis. 34. quibus assentior. Nam cum in foro conscientie sola veritas spectetur secundum simplicitatem juris naturalis, cap. 1. dist. 1. sufficit ad conscientiam devinciendam ut subsit aliqua obligatio. Qualis autem ea sit, civilis ex qua

etiam agi possit, an naturalis quæ ad petendum in foro externo inefficax, nihil interest. At in questione proposita, si hereditas certo constat de voluntate defuncti, nullamque fraudem intervenisse, ad quam avetendam solemnitas omnis juris civilis comparata est, non potest non subesse naturalis obligatio. Fac. l. 2. C. de fideicom. l. 84. §. 1. de reg. jur. l. 5. §. 15. de don. int. vir. & uxer. §. ult. Inst. inf. de fideicom. ber. l. ult. C. eod. Quod etiam bene intellexit Plinius, qui ob id scripsisse videtur, voluntatem defuncti non etiam jure deficiatur bonis heredibus pro jure esse, lib. 2. epist. 16. lib. 4. epist. 10. lib. 5. epist. 7. eoque pertinet & illud Seneca: *Angusta innocentia est, secundum leges (intelligit civiles) bonum esse.* Nimirum legibus civilitatis, quæ eadem & nature, legibus civilitatis non mutatur, sed una & apud omnes eadem est & semper fuit, utpote cordibus omnium hominum divinitus inscripta. Hæc lex cum in corde loquatur, & dicitur voluntatem defuncti quamvis irritam si juris solemnitatem respicias servari oportere, utique quæ eam non servat contra conscientiam facit. Non obstat quod lex civilis quæ solemnitates introduxit justa est & ad communiem Reipub. utilitatem condita, ne quid scilicet falsitatis in ordinandis testamentis committatur: nam in questione nostra præsupponimus testamentum esse verum & sincerum, de quo eo heredi constare, quod solum in foro conscientie consideratur. Et ex converso igitur salva pietate retineri quoque poterit, saltem quantum ei non contradicatur, quod relictum est testamentum propter delictum solemnitatis alicuius jure civili invalido. Mat. & alii ubi sup. Grot. lib. 3. de jur. belli & pac. cap. 7. n. 6.

TEXTUS.

Solemnitas addita à Justiniano.

4. Sed bis omnibus à nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut permannus testatoris vel testium nomen herediti exprimitur, & omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

COMMENTARIUS.

1. Quod hoc §. constituitur pugnare cum principali fine testamenti scripti; tollere etiam

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

id quo hoc testamentum maxime differt à nuncupativo.
2. Quibus in testamentis paganorum & quatenus solemnitates remissa.
3. Jure Canonum ut ratum sit testamentum statim esse duos testes cum Parocho adhiberi quod morem hodierni fere sequuntur.

1. **A** nostra constitutione] Extat in l. 29. C. hoc tit. Jubeat autem Justinianus, ut præter ceteras solemnitates quas supra commemoravimus etiam hæc adhibeatur, ut testator nomen heredis vel in sua subscriptione aliave parte testamenti exprimat, vel coram testibus nuncupet si litteratam imperitiam sit aut propter morbi acerbilitatem scribere nequeat. Quæ Justiniani constitutio prope est ut pugnet cum principali fine ob quem testamenta per scripturam fieri initio utilis visum fuit, scilicet ut testator securitatis suæ causa nomen heredis celare posset, & tabulas chartas in quibus scriptus esset clausus vel involutus testibus signandas & subscribendas proponere, unde hæc testamentum non mystici; tollique adeo id quo scriptum testamentum maxime differt à nuncupativo, cujus proprium est ut presentibus testibus nomen heredis nuncupetur, §. ult. infra. hoc tit. l. 21. pp. eod. Acque ideo etiam, ut opinor, quod & hic & in d. l. 29. de suo Justinianus adhibuit, iterum demum ac remissit Nov. 119. cap. 9. ut jam summa solemnitatis in testamento scripto requisitæ iterum ad ea redeat que comprehensa sunt §. præc. & apertius paulo constituitur Theodosii, l. 21. C. eod.

2. Ex hac tamen solemnitate aliquid remissum est in quinq; testamentorum generibus. (1) In testamento parentum inter liberos: siquidem hujusmodi voluntatem etiam ex testamento imperfecto valere placuit, d. l. 21. §. 1. C. hoc tit. & nuncupata quidem parentis voluntas omnimodo rata est, dum de ea constat ut de ceteris scriptis, id est, saltem duobus testibus; scripto autem declarata, si & tempus testamenti facti & nomina liberorum & uncias & res quas inter liberos distributas velit expresserit; idque clare & plenè literis, non notis aut signis; debetque parens aut ipse hæc scribere aut saltem manu sua subscribere, Nov. 107. unde anth. quod sine C. eod. & ibi DD. Clar. §. testamentum q. 8. Myns. §. obs. 28. Gail. 2. obs. 112. Christin. vol. 4. decis. 7. & 8. Grot. 2. manduct. 16. Dekker. dissert. 2. lib. 2. D. Jac. Coren. rer.

jud. obs. 39. plenissime Gudelin. lib. 1. de jur. novis. cap. 5. add. nostra lib. 1. rel. quest. cap. 17. & regg. (2) In testamentis rusticorum quibus permittimus quinque testes adhiberi si plures non reperiantur: remitte imò subscriptiones si literati desint, l. ult. C. eod. (3) In testamento quoque tempore pestis facto de solemnitate testium quid remittendum censent Interpretes, vid. Myns. 1. obs. 96. Gail. 2. obs. 118. Peck. 3. de testam. conjug. 28. Pras. Everhard. cons. 61. quod quidem rationem habet, utique si pestis sit vhemens & testator ipse eo morbo laboret, Clar. §. testamentum quest. 56. n. 3. Christin. vol. 4. decis. 6. n. 5. At jure nostro hoc tantum remissum hoc casu videtur, ut non necesse sit testes septem simili jungi, junctisque eodem tempore subscribere & signare, l. 8. C. hoc tit. (4) In omni testamento ad pias causas quævis voluntas suprema vel coram duobus testibus testata Canonibus rata habeatur, cap. relatum 11. x. hoc tit. Postremo in testamento posteriore in quo scripti sunt heredes qui ab intestato ad hereditatem vocantur placuit sufficere quinque testium juratorum depositiones; ac infirmato priori testamento posteriore hanc valere voluntatem, non tamen testamentum sed tantquam voluntatem ultimam intestati, d. l. 21. §. pen. C. hoc tit. & ibi DD.

3. In universum autem jure Canonum ut ratum sit quolibet testamentum sufficit duos testes cum Parocho adhibuisse, cap. cum esset 10. x. eod. Neque enim potest hic Canon restringi ad testamenta ad pias causas, quod quidem faciunt, propter d. cap. relatum eod. Nam in d. cap. cum esset Alexander tertius id in omni testamento generaliter constituit, nominatim impræbata constitutione juris civilis de septem testibus adhibendis, ut nimis longe recedente ab eo quod scriptum est: *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum.* Et licet nonnulli existimant causam nullam fuisse cur Pontifex id quod bene, ut ajunt, ad fraudem hominum averendâ, Inst. C. de fidele. jure civili constitutum fuit mutare; tamen constitutionem Pontificis usus fere probavit, qui & alias ægre patitur nimis se longe abduci à simplicitate juris nature.

TEXTUS.

De annuis quibus testamenta signantur.

5. Possunt autem omnes testes & uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuis una scripturâ fuerint, secundum quod

ad Harnenopolium, lib. 1. tit. 6. §. 52. In testamento vel sibi vel alii acquiratur (manifestum est mulieres in testimoniis constitutis testes esse non posse). *De testibus* magis, hoc est, testimonia constituta, que faciunt ut negotium consistat (Meceus vertit commendatoria) opponit adhibentur duntaxat probationis causa. (4) Quia testatio supremæ voluntatis non est adus repentinus aut fortuitus, ut nihil necesse sit ubi viri honesti haberi possunt acriter feminas, per Nov. 90. cap. 1. Quibus rationibus quidem mulierem testem esse potuisse, contra quam sentiunt Vigl. & comm. DD. Mito quod solemnitas illa testandi ratio per familie emancipationem, unde qualitas testium, mascululos tantum testes admittisse videtur, uti reliquæ quoque emancipationes & contractus qui fiebant per æs & libram; & quod Romanæ turpe & verecundie sexus minime conveniens putaverunt feminas cum viris huiusmodi negotiis interesse. Impubes testis non admittitur propter imperfectum animi iudicium: quam ob causam nec alius in negotiis testimonium ejus recipitur, l. 3. §. 5. l. 19. §. 1. de testib. In causa autem testamenti hoc speciale esse existimatur, quod nec pubes factus testimonium pro testamento dicere possit ad quod impubes adhibitus fuit; cum in aliis causis testamenti ditionem habeat post pubertatem de his que impubes vidit: utique si testetur de iis que verisimiliter ab impuberibus capi possunt, & que vidit cum iam esset puberati proximus. Joann. Fab. Vigl. tit. Oldend. part. 4. de testib. n. 12. ex sententia communi. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionem habet, d. l. 20. §. 7. que ratio etiam peregrinos removet, l. 17. §. 1. de pan. & non-natum lex desiderat civem Romanum. Furiosus nihil intelligit; ceterum si remissionem habet poterit eo tempore adhiberi, d. l. 20. §. 4. Mutus pro testimonio quid actum sit eloqui non potest.

ad Harnenopolium, lib. 1. tit. 6. §. 52. In testamento vel sibi vel alii acquiratur (manifestum est mulieres in testimoniis constitutis testes esse non posse). *De testibus* magis, hoc est, testimonia constituta, que faciunt ut negotium consistat (Meceus vertit commendatoria) opponit adhibentur duntaxat probationis causa. (4) Quia testatio supremæ voluntatis non est adus repentinus aut fortuitus, ut nihil necesse sit ubi viri honesti haberi possunt acriter feminas, per Nov. 90. cap. 1. Quibus rationibus quidem mulierem testem esse potuisse, contra quam sentiunt Vigl. & comm. DD. Mito quod solemnitas illa testandi ratio per familie emancipationem, unde qualitas testium, mascululos tantum testes admittisse videtur, uti reliquæ quoque emancipationes & contractus qui fiebant per æs & libram; & quod Romanæ turpe & verecundie sexus minime conveniens putaverunt feminas cum viris huiusmodi negotiis interesse. Impubes testis non admittitur propter imperfectum animi iudicium: quam ob causam nec alius in negotiis testimonium ejus recipitur, l. 3. §. 5. l. 19. §. 1. de testib. In causa autem testamenti hoc speciale esse existimatur, quod nec pubes factus testimonium pro testamento dicere possit ad quod impubes adhibitus fuit; cum in aliis causis testamenti ditionem habeat post pubertatem de his que impubes vidit: utique si testetur de iis que verisimiliter ab impuberibus capi possunt, & que vidit cum iam esset puberati proximus. Joann. Fab. Vigl. tit. Oldend. part. 4. de testib. n. 12. ex sententia communi. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionem habet, d. l. 20. §. 7. que ratio etiam peregrinos removet, l. 17. §. 1. de pan. & non-natum lex desiderat civem Romanum. Furiosus nihil intelligit; ceterum si remissionem habet poterit eo tempore adhiberi, d. l. 20. §. 4. Mutus pro testimonio quid actum sit eloqui non potest.

3. Surdus quid dicatur sensu non percipit immo nec moneri potest quid testator acturus sit, plurimumque qui surdus idem & mutus; testes autem in dicendo testimonio interrogandi, per l. 1. testam. quemadm. apper. nec testimoniis s'd testibus credendum, l. 3. §. 2. de testib. Hinc etiam intelligitur cur potius quam surdus adhiberetur qui sermonem testatoris non intelligit: nimirum quia hic

ad Harnenopolium, lib. 1. tit. 6. §. 52. In testamento vel sibi vel alii acquiratur (manifestum est mulieres in testimoniis constitutis testes esse non posse). *De testibus* magis, hoc est, testimonia constituta, que faciunt ut negotium consistat (Meceus vertit commendatoria) opponit adhibentur duntaxat probationis causa. (4) Quia testatio supremæ voluntatis non est adus repentinus aut fortuitus, ut nihil necesse sit ubi viri honesti haberi possunt acriter feminas, per Nov. 90. cap. 1. Quibus rationibus quidem mulierem testem esse potuisse, contra quam sentiunt Vigl. & comm. DD. Mito quod solemnitas illa testandi ratio per familie emancipationem, unde qualitas testium, mascululos tantum testes admittisse videtur, uti reliquæ quoque emancipationes & contractus qui fiebant per æs & libram; & quod Romanæ turpe & verecundie sexus minime conveniens putaverunt feminas cum viris huiusmodi negotiis interesse. Impubes testis non admittitur propter imperfectum animi iudicium: quam ob causam nec alius in negotiis testimonium ejus recipitur, l. 3. §. 5. l. 19. §. 1. de testib. In causa autem testamenti hoc speciale esse existimatur, quod nec pubes factus testimonium pro testamento dicere possit ad quod impubes adhibitus fuit; cum in aliis causis testamenti ditionem habeat post pubertatem de his que impubes vidit: utique si testetur de iis que verisimiliter ab impuberibus capi possunt, & que vidit cum iam esset puberati proximus. Joann. Fab. Vigl. tit. Oldend. part. 4. de testib. n. 12. ex sententia communi. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionem habet, d. l. 20. §. 7. que ratio etiam peregrinos removet, l. 17. §. 1. de pan. & non-natum lex desiderat civem Romanum. Furiosus nihil intelligit; ceterum si remissionem habet poterit eo tempore adhiberi, d. l. 20. §. 4. Mutus pro testimonio quid actum sit eloqui non potest.

hic alia lingua moneri potest cui rei adhibetur, & ipse testimonium dicere; & singula enim percipere nihil necesse est, d. l. 20. §. pen. utique cum testamentum per scripturam fit: nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribusque & sermoni testium permittitur.

4. De cocco nihil traditum; sed non posse cum adhiberi recte censent Wesemb. & Bachov. quoniam restatorem videre non potest, quod in omni testamento requiritur, l. 9. C. eod. nec signum recognoscere, quod in scripto; ll. 4. & 7. testam. quemadm. apper. fac. l. 1. §. 5. vovs. cautum de postul. Prodigis notam iniurie administrationis honorum interdictio, fideiucem testimonii eorum elevat; arque adeo in toto pene jure civili prodigi pro furiosis & eadem conditione qua furiosi habentur, l. 1. de curat. Jur. l. 22. in fin. de iur. dat. l. 40. de reg. jur. congruit l. 18. in pr. hoc tit.

5. *Improbis testabilesque*] Intestabilis dicitur cui nec testamentum condere licet nec testimonium alteri dicere; & cui vicissim nemo testimonium dicere tenetur, uti quisque tenetur civi honesto si denuntiatum sit, l. 18. §. 1. l. 26. hoc tit. Ex Senatusconsulto intestabilis qui ob carmen famosum damnatus est, d. l. 18. §. 1. l. 5. §. 9. de injur. Ex constitutionibus apostatæ & hæretici, l. 3. C. de apostat. l. 4. C. de hæret. & Manich. l. 44. C. Theod. de his qui sup. reb. Ex xii. tabulis autestatus & libripens si postea testimonium perhibere detrectassent. Verba legis refert Gellius lib. 15. cap. 11. Quoi se ierit antestatar, libripens fuit, nec testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto. Ita locum istum obscurum & depravatam antea restituit Marcellus cap. 1. leg. XII. tabb. quod male processerat Cuijacio. De eo quæsitum, an is qui intestabilis dicitur nec heres institui poterit: aut alias ex testamento alieno caperet: nam ceteros omnes quos hic commemorat Justinianus, constat testamenti factionem passivam habere. Et quidem hæreticus nominatim hæc tria denegantur, testimonii dictio, testamenti factio, successio tam ex testamento quam ab intestato, d. l. 3. C. de apostat. De aliis expresse cautum non est ne heredes instituantur. Ex eo tamen quod Gajus scribit, cum lege quis intestabilis esse jubetur hoc etiam eo pertinere ut ne ipsi dicatur testimonium, d. l. 26. hoc tit. sequi omnino videtur: ut nec heres institui possit; ne-

que enim arbitror defendi posse testatorum duntaxat, non etiam heredi de cuius solius commodo agitur, testimonium perhiberi. Facit huc l. 23. §. 3. C. de nupr. qua perimitur mulieribus scenicis post impetrationem Principalis rescripti & condere testamentum & aliis succedere. Inde enim duo colligimus, & scenicæ feminas intestabiles habitas fuisse, & qui intestabiles essent heredes non potuisse institui. Itaque non satis accurati sunt Compilatores, qui intestabiles cum superioribus, quos omnes heredes institui posse constat, una exceptione à regula extimunt, quasi & ipsi alioqui ad regulam pertinere videantur.

TEXTUS.

De servo qui liber existimabatur.

7. Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur postea autem servus apparuit, tam Dicus Hadrianus Antonii quam postea Divi Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur firmum ac si ut oportebat factum esset: cum eo tempore quo testamentum signaretur omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, nec quisquam esset qui status ei questionem moveret.

L. 9. in fin. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Conditionem testium tempore testamenti facti spectari: non necesse si quid eis postea contigerit.
2 Idem observari in habilitate putativa.
3 Confutator eorum error qui putant testamentum corrumere si quis è testibus ante apertas tabulas mortuarum aut inhabilis fiat.
4 Quæd verba hæc omnium consensu hic significant.

1. Non tantum numerus testium sed eorum etiam qualitas & requisiti conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria duntaxat; adeo ut si vel in uno è testibus huiusmodi qualitas deficiat testamentum per se nullum sit. Eminentero conditionem testium inspicit placuit cum testamentum signaretur, non tempore mortis: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint ut adhiberi possint, nihil nocet si quid postea eis