

conferit; puta si quis postea servus factus sit aut intestabilis, furere coepit aut prodigius esse, l. 22. §. 1. & ibi Cujac. *hoc tit.* Quid ergo si quis adhibitus sit qui quidem adhiberi prohibetur, sed qui communi opinione pro tali testamenti tempore habebatur qui adhiberi potest: puta si servus adhibitus sit qui omnino opinione liber existimabatur, & cui nemo eo tempore status controversiam movebat? Testamentum nihilominus sponte sua vitiosum & injustum est, nec communis error formam juris publici mutare potest. Certum quod per se momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate sustineri voluerunt, ut perinde firma sint ac si omnibus suis numeris ac partibus constant. Ridiculum vero est, quod vulgo ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere; non enim error sed in errore summa Principum auctoritas jus hoc benigne & speciali favore ultimarum voluntatis constituit.

*Item Divus Hadrianus Cato* (quidam Codices habent *Catonio*, Theophilus *Catonio Vero*) quam *Divi Severus & Antoninus* Rescriptum Severi & Antonini non extat; Hadriani est in l. 1. c. *hoc tit.* unde tamen non satis expeditum quid juris esse debeat si quis consanguineus quidem tempore pro libero habitus sit, postea autem ante apertas tabulas in servitutem revocatus status controversiam passus fuerit. Nam Hadrianus sua constitutione hoc tantum significat, si quis testis pro libero habitus sit tempore testamenti, cui usque ad tempus aperiendarum tabularum nemo status controversiam moverit, testamentum non obesse debere quod nunc hæc questio ita moveatur: unde effici videtur, non idem esse si jam eo tempore servum esse appareat. Sed dicendum est, aut verba Hadriani non ita accepta esse quasi casus iste semper in hisce questionibus requiratur, sed expressa, quia id in ea controversia forte acciderat de qua consultus erat; aut constitutione Severi & Antonini rem plenius postea definitam. Sane Jurisconsultus simpliciter ait testium habilitatem tempore testamenti facti spectandam; quod postea accidit non nocere, d. l. 22. §. 1. *hoc tit.*

2. Hoc autem non tantum pertinet ad habilitatem veram sed etiam ad putativam, quippe quæ eandem vim ex Principum liberalitate habeat. Acque ut nihil præter hunc

locum haberemus, is solus apertissime ostendit, satis esse liberum quem existimari tempore faciendi testamenti; nec ex eo quod postea esse apparuit testamentum vitari.

3. At dicat aliquis, cum signatorum tempore aperiendarum tabularum sigilla sua apud prætorem recognoscere & pro testamento testimonium dicere debeant, l. 4. c. *et seqq. test. quemadmodum aper.* an non ex eo necessario sequitur testamentum corrui, si quis è testibus qui cum conderetur testamentum pro libero adhibitus fuit, nunc cum aperiendum est servus appareat? arg. l. 1. c. *de testib.* quo loco scriptum est, servos testimonii dictionem in judicio non habere. Non magis, inquam, quam si quis è testibus ante apertas tabulas vita functus sit, aut furiosus coccus mutus surdus &c. factus. Nam, ut recte D. Viglius, sigillorum ista inspectio requisita fuit non ut formalis aliqua testamini solemnitas, sed ad certiorum probatio em voluntatis, & tunc cum testes adhuc viverent aut tales essent qui testimonium perhibere sigillis inspectis & recognitis possent; testibus autem mortuis aut inhabilibus ante id tempus factis non idcirco statim volumus defectum concedit, cum adhuc aliis argumentis & conjecturis sigillorum fides confirmari possit, maxime accedente adminiculo subscriptionis testatoris & testium: nam manus ejusque & subscriptio pluribus nota esse solent; potestque etiam in dubio probari per litterarum comparationem. Fusius hæc de re disputat D. Viglius contra veteres juris Interpretes qui putaverunt vel uno teste ante aperturam tabularum mortuo vel inhabili facto testamentum protinus irritum fieri; ostenditque ex persuasionem factum ut vetus testandi forma penè abolita sit, coepertinque curare homines ut de testamentis instrumenta publica per notarios fierent; quod olim fuit incognitum. At usitatum erat testamenta publicari, hoc est, acti s' insinuari vel referri in acta publica; quod heredes scripti fieri procurabant, ne si casu materia in qua primum testamentum scriptum esset intercidisset, proximi ad intestato negotium iis facerent: nam publicatum testamentum priori scriptura casu antisua plenam fidem sine alio adminiculo faciebat, vid. l. 2. & l. 18. c. *hoc tit.* & ibi D. Donell. Quod autem de servo rescriptum est, id non dubito quin recte producatur ad defectum aliarum quoque qualitatum quæ in testibus testamentariis requiruntur, si eadem ratio

tio est: puta si impubes adhibitus sit qui pubes putabatur: mulier virili habitu virum simulata: prodigius qui tempore conditi testamenti pro sano à perisque habebatur. Idem enim favor, eadem benignitatis ratio testamentum quod summo jure inutile defendunt. Josep. Ludovic. *commun. opin.* 69. in 4. *fallent.*

4. *Omnium consensus*] Donellus in l. 1. c. *hoc tit.* consensum sive opinionem ceterorum testium intelligit, quod non placet. Quid enim si hi nesciant servum esse aut status controversiam pati, quod alii omnes in civitate sciant? Nec magis verba *omnium consensus* ad testes solos restringi possunt quam illa quæ mox sequuntur *nec quisquam esset qui status ei questionem moveret*: quæ itidem expressa sunt rescripto Hadriani. Omnium igitur consensu sic potius accipiemus, consensu omnium qui in civitate sunt, opinione totius populi aut certe majoris partis, quia publice liber à perisque habebatur, sic agebat, sic contrahabat, sic muneribusungebatur, arg. l. 3. in *pr. de sen. Mac.* l. 3. §. 2. *de testib.* Quam ob causam Joann. Fab. existimat, nec illud testamento nociturum si unus & alter è testibus sciverit conditionem illius & tauerit. Putatque hoc amplius, locum esse huic constitutioni etiam si plures ejusdem generis non idonei pro ignorant aut adhibiti sint, arg. d. l. 1. c. *hoc tit.* quod & Bachovius videtur admittere, dum ne pauciores quam duo habiles sint & idonei. Latius hic expatiatur DD. dum querunt, an gesta ab his qui se pro scribis aut notariis gerunt, cum non sint sed communi errore tales habeantur, & instrumenta ab his facta valeant. Et sic vulgo distinguitur, ut referat utrum alicui publica auctoritate hujusmodi persona per errorem imposita sit, an quis ipse sibi privatim eam assumerit: illo casu valere quod gestum est, per l. 3. *de off. præf.* hoc casu acta non valere, & speciale esse quod in casu hujus §. testamento succurrit. Vid. Sicheard. ad d. l. 1. c. *hoc tit. sub fin.* Jason ad d. l. 3. qui de eo disputat accuratissime.

## TEXTUS.

## De pluribus testibus ex eadem domo.

8. Pater, necnon is qui in potestate ejus est, item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt utique testes in uno testamento fieri  
Tom. I.

potest: quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

## L. 16. tit. 16. Part. 3.

## COMMENTARIUS.

**H**ic locus sumtus est ex l. 17. *de testib.* add. l. 22. *pr. hoc tit. Ulp. in fragm. tit.* 20. §. 5. Dubitandi causa, ut mox indicatur, esse potest quod plurim ex una domo testimonium suspectum videatur, propterea quod hi facile colludere atque in unam eandemque meditatem sententiam conspirare possunt; & fac. l. 3. §. 1. *de testib.* Sed subjungitur solutio, nimirum tale nihil hic metuendum ubi plures ex una domo testes adhibent negotio alieno unde nihil ipsi commodi sperent; suspicionibus enim non usque adeo indulgendum esse ut quisquam gratuito malus esse præsumi debeat. Quapropter quod dicitur in l. 6. *de testib.* testes idoneos non esse quibus imperari potest ut testes sint, recte Glossa sic interpretatur, ut testes sint in causa imperantis eosque pro se producatis: ne quis putet jus potestatis & filio imperandi obstat quominus pater simul & filius in alieno negotio testes esse possint. Neque ambigendum est quin filiusfam. etiam patre invito testimonii dictionem habeat, cum publica auctoritate testimonium denuntietur, & jusmodi in causis jura patris interquiescunt, arg. l. 9. *de his qui sui vel al. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres qui in ejusdem patris potestate sunt in alienis negotiis (non enim in testamento dumtaxat hoc obtinet, d. l. 17. *de testib.*) diversarum personarum numero haberi.

## TEXTUS.

## De his qui sunt in familia testatoris.

9. In testibus autem non debet esse is qui in potestate testatoris est. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is qui in potestate ejusdem patris est & reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

## LL. 14. &amp; 15. tit. 16. Part. 3.

## COMMENTARIUS.

1. Quomodo questio formanda in filio teste in uno testamento patris.



2. Quid obstat quominus qui in potestate testatoris est testis in ejus testamento esse possit & quid de filio emancipato &c.
3. Cur in testamento filiusfam. post missionem de castrensi peculio testantis pater testis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati recte testis adhibetur.
4. Dissertit Justinianum in proposita specie ab Ulpiano & Marcello.
5. Domesticum testimonium hoc loco estimari ex unione personarum que per potestatem contingit in aliis causis domestica testimonia interpretatur testimonia personarum domesticarum.

**H**æc enim de personis quarum ea est inhabilitas ut nullus in testamento testes adhiberi possit. Sunt etiam quedam quæ cum per se habiles sint & recte adhibentur, non tamen recte adhibentur in testamentis omnium, idque ob causam aliquam privatam que eas *extra* (ex parte) inhabiles facit. Causa hujus inhabilitatis duplex: conjunctio testis & testatoris per potestatem; item negotium testamenti ad eum qui testis adhibetur pertinet. Prima hoc §. altera seq. explicatur.

1. *Qui in potestate testatoris est* ] Igitur nec filius testatoris nec nepos ejus ex filio qui in potestate sit; nec is quem testator ab hostibus redemerit, l. 20. in fin. pr. & §. 1. hoc tit. Sed enim cum constat filium qui in potestate sit aut heredem instituendum esse aut nominatim exheredandum, silentio eo præterito testamentum ipso jure non consistere: absurda potest videri hæc disputatio. Nam fingamus esse institutum, jam alia & propria ratione testis esse non potest quia heres, §. seq. Fingamus exheredatum, & nihil videtur obstat quominus recte testis sit qui sua se manu exheredem scribere potest, salvo testamento l. 8. §. 6. de bon. poss. cont. rabb. nec ullæ hic metuendæ technæ, cum in suam memo necipio ingeniosus sit. Quod si dicas durum videri ut filius palam testis adhibetur exheredationis & ingratitudeis suæ; quid si testamentum quo exheredatus est clausum proponatur, in quo quid scriptum sit à testibus omnibus ignoretur? ita enim in proposito questio formanda est ut jam illud obijci non possit.

2. Quid est igitur quod hic obstat quominus filius testis sit? Nihil aliud quam jus potestatis quod fictionem quandam unitatis personarum inducit inter eum qui habet in potestate & qui in potestate habetur, §. 4. Inst. inf. de inst. 1. ult. C. de impub. &

al. subit. Quo fit ut si alteri aliter testimonium dicat sibi quodammodo accere videatur, quod subtilitas juris non patitur, ut post Viglium hic notant plerique Recensories, & est textus eo pertinens in §. seq. in fin. Ad dunt nonnulli, hoc etiam referendum quod generaliter placuit idoneos testes non videri quibus imperari potest ut testes fiant, l. 6. de testib. Ego vero arbitror, definitionem istam valere tantum in testimoniis judicialibus quamvis verum sit hic quoque queri de adhibendo eo cui imperari potest. Ait, qui in potestate. Igitur à contrario, qui in potestate testatoris non est, puta filius emancipatus, recte testis adhibetur, ut pater vicissim in testamento illius; neque enim credendum est verba illa frustra hic & in d. l. 20. expressa esse. Præterea cessat in emancipato ratio prohibitionis, vinculum scilicet unitatis quod per emancipationem solvitur. Et vel magis igitur poterit quis testis esse in testamento matris & avi materni. Non obstat quod parentes & liberi hoc ipso quod parentes & liberi sunt invicem testes esse prohibentur, l. 9. ff. de testib. l. 6. C. eod. Nam ista prohibitio pertinet tantum ad illa testimonia ex quibus lucri aliquid accedere potest parenti vel filio cui testimonium dicitur, qualia sunt testimonia judicialia, de quo paulo diligentius postea.

3. *Sed si filiusfamil. post missionem &c. neque pater ejus recte adhibetur* ] Filiusfam. testamentum facere non potest præterquam si testetur de castrensi peculio: inf. tit. 11. Inst. ac proinde eo solo casu questio hæc locum habere potest, a pater ad testamentum ejus testis adhiberi possit. Sic autem hæc loco distinguitur, si filiusfam. militans adhuc testamentum faciat de rebus castrensibus pater recte testis adhibetur; si post missionem non æque. Ceterum quod ad priorem casum amplius adhuc distinguendum existimo, utrum scilicet militans adhuc testamentum faciat jure militari in castris aut expeditione, an extra castra jure communi: ut illo deum casu pater recte adhibetur propter liberrimam quæ militibus data est in castris testandi facultatem; hoc autem casu non magis quam si testetur post missionem, atq. pr. & §. 1. tit. seq. & verba illa post missionem non ideo hic adjecta esse quia ante missionem filius testamentum faciens semper patrem adhibere possit; sed quia post missionem nunquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem posse testem ad-

adhiberi diximus, non alia ratione quam quia emancipatus non est in potestate. At in eo de quo quærimus, nec filiusfam. in potestate est; quippe qui in castrensi peculio vice patrisfam. fungitur, l. 2. de ten. Mac. Huic objectioni ita fere responderi solet, multum interesse utrum quis revera & sine exceptione sit paterfam. & patri suo extraneus, qualis est filius emancipatus; an quis in re aliqua pro paterfam. habeatur, manens revera *intra* (sub potestate) & domesticus patri suo: qualis est qui peculium castrense habet. Etenim peculium hujus concessionem non eximere filium de dono & potestate patris, §. 4. inst. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv. & consequenter non efficere ut una persona cum patre censeri desinat: tantum liberam filiofam. de rebus disponendi facultatem tribuere & heredem etiam in iis instituendi, in quo patrifam. comparetur. Ceterum ut ipse pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad solum testamentum adhibere non potest, ita nec in illius tabulis patrem adhiberi posse.

4. Equidem fateor, hæc ita pro Justiniano, & si qui Veterum fuere quos ille secutus est, speciose disputari; video tamen aliud placuisse Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in l. 20. §. 2. hoc tit. Ita enim scribit: *Per contrarium queri potest, an pater ejus de castrensi peculio potest testari adhiberi ab eo ad testamentum testis possit: & Marcellus lib. 10. Digestorum scribit, posse: & frater ergo poterit.* Contraria omnino sententia & directo pugnant cum eo quod hoc loco tradit Imperator, ut bene animadvertitur D. Honorianus. Nam quod ceteri Interpretes, inter quos etiam Viglius & Bachovium esse video, Marcelli sententiam restringunt ad eum casum quo filiusfam. de peculio castrensi testatur jure militari sive privilegiato, nullo colore defendi potest. (1) Quia tota tractatio illius tituli propria est testamenti solemnium, ut proinde verisimile non sit Ulpianum eo loco miscuisse questionem quæ ad militaria testamenta pertinet, quod nulla alia in parte ejusdem tit. aut factum est aut factum oportuit. (2) Quia Ulpianus hanc questionem proponit oppositive ad præcedentem, quæ oppositio in dissimili genere testamenti plane inepta foret. Negaverat in §. 1. ejusdem l. 20. filium qui in potestate est testem esse posse in testamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de testamento solemnium, nec ad testamentum

militare pertinere. Mox per contrarium querit, an pater ejus qui de peculio castrensi testari potest adhiberi ab eo ad testamentum testis possit; & ait posse, ex sententia Marcelli. At hæc questio minime præcedenti contraria est, nisi de eodem genere testamenti ad quod præcedens pertinet accipiatur. (3) Notanda sunt verba Jurisconsulti. Non querit de testamento filiofam. militis aut in castris agentis, sed questionem generaliter atque indistincte proponit de omni filiofam. qui de castrensi peculio testari potest; at potest non solum miles in castris agens jure militari, sed idem etiam extra castra jure communi; potest eodem jure & veteranus seu militiæ missus. (4) De testamento jure militiæ factum ne dubitari quidem jure potest; quippe cum verba privilegii quod militibus indulum est, *quomodo velint, quomodo poterint*, l. 1. de test. mil. facile hanc in personis tenium differentiam absorbent, & reciprocat omnem testimoniorum patris & filii admittant; immo ne testem quidem desiderent ubi de militis voluntate consistet: de quo amplius §. 1. seq. tit. Et foras motus fuisset Marcellus ea quam dixi ratione, quia placuit filiofam. in peculio castrensi pro paterfam. haberi: quasi ob id etiam diversam à parte personam in causa istius peculii sustineri debeat; id enim receptum est cum de acquirendo ex causa hujus peculii agitur, in quo fere solo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una persona habeantur, locum habeat.

5. *Ea in re domesticum testimonium* ] Mysticus horum verborum sensus est, ne quis ex his colligat in aliis causis domestica testimonia non reprobari. Quin in causis judicialibus multo magis reprobandis, & tanto quanto major est reprobationis causa. Sed nimirum hæc Justiniani sententia est: licet in testamentis de lucro aut commodo ejus qui testes adhibet non agatur ut fit in causis forensibus, ac proinde hæc verendum non sit ne propter affectionem aut reverentiam veritatis celeret, quam ob causam etiam personæ conjunctissime & amicissime hæc invicem jus dicendi testimonium habeant: nihilominus tamen domesticum in hac causa testimonium prohibendum esse, hoc est, eorum qui ita conjuncti sunt ut alter sit in familia & potestate alterius, & fictione juris eadem cum altero persona, unde cum alteri testimonium præstat sibi quodammodo præstare videatur: hac sola juris subtilitate testimonia in proposito vetari, non aliqua falsi suspitione pro-



per cognationem aut affectum. Arque hanc esse Justinian sententiam hic ipse locus satis perspicue indicat, quem idcirco etiam his verbis extendit Theophilus; τὸ δὲ ἰσχυρὸν, inquit, κατὰ τὴν ἐν τῷ συγγενεῖ, ἀλλ' ἐν τῷ ἰσχυρὸν τῷ ἐν τῷ συγγενεῖ λαμβάνουσιν (porro domesticum testimonium non cognationem intelligimus, sed ex personarum unitate que per patriam potestatem contingit): eademque fere ratione Justinianus, *Inf. tit. Inst. de her. qual. §. 2.* suos heredes appellatos esse ait, quia domestici heredes sunt, quibus opponit extraneos, id est omnes qui in potestate morientis non fuerunt. Cum igitur prohibendi hujus testimonii non alia causa sit quam unio illa personarum que per potestatem contingit, sequitur, inter eos qui ita unii non sunt testimonium testamentaria licita esse, quamvis aliqui summa sit inter eos conjunctio aut caritas. Itaque & patrem recte testem adhiberi in testamento filii emancipati, avum in testamento nepotis ex filia & contrā: item virum in testamento uxoris; multoque magis patrum in testamento liberi, & patremfam. in testamento mercenarii, & vice versa libertos & mercenarios in testamentis illorum; ac proinde errare Interpretes, & inter hos Ant. Martham, qui testimonia testamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei testes, *l. 9. ff. de testib. l. 6. C. eod.* suspecti omnes quibus quovis modo imperari potest, *l. 6. ff. de testib.* qualis est etiam liberus in domo patroni degens; item qui mercede conducitur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus alii qui domo famulantur. In his enim causis domestica testimonio interpretantur testimonio personarum domesticarum, hoc est, eorum omnium qui de domo rei qui in eos imperium habet producuntur, *l. pen. de testib. fac. l. 1. §. 1. de pen. l. 6. §. 4. C. de his qui ad Eccl. conf.* Discriminis ratio jam ante a me indicata hæc est, quod in certis causis agitur de commodo pecuniario ejus cui testimonium dicitur, ut merito in his testis omnes rejiciantur quos vel affectione vel reverentia aut obsequio veritatem clarioris suspicio est; in testamento autem non de commodo testatoris sed heredis agitur, ut non tam illi quam hic testimonium testes perhibent.

## TEXTUS.

De herede & his qui sunt in ejus familia.

10. Sed neque heres scriptus, neque is qui

in ejus potestate est, neque pater ejus qui eum habet in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt testes adhiberi possunt: quia hoc totum negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia creditur bodie inter testatorem & heredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & Veteres quidem familiae entorem & eos qui per potestatem ei conjuncti fuerant a testamentariis; testimoniis repellabant: heredi autem & iis qui per potestatem ei conjuncti fuerant concedebant testimonia in testamentis prestare; licet ii qui id permittebant hoc jure minime abuti eos debere suadebant: tamen nos eandem observationem corrigentes & quod ab illis suavum est in legis necessitate transferentes, ad imitationem pristinæ familie entorem, merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae entoris obtinet; neque aliis personis que ei (ut dictum est) conjunctæ sunt licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia prestare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permittimus.

## L. II. tit. I. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

1. Cur Veteres fiduciarium familia entorem a testimonio removerint, heredem admiserint.
2. An ad testamentum recte adhibeatur pater heredis cujus in potestate non est, filive heredis emancipati &c.

Causa privata altera que testem inhabilem facit est negotium testamenti quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur id cuius præcipue causa testamentum ordinatur, nimirum institutio heredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis adhiberi potest in eo testamento in quo heres scriptus est: quod ideo placuit quia in testamento negotium heredis recta & principaliter agitur, utque his solus sit juris successor. Herede autem summoto consequens fuit ut una removætur qui in potestate ejus est, & pater quoque qui eum habet in potestate, & denique frater qui cum eo in ejusdem patris potestate est, propter vinculum illud unitatis de quo dictum §. præc.

x. Veteres familia entorem repellabant: heredi autem concedebant. Ceterum est, olim cum primum forma testandi per æs & libram inventa est, neque heredem neque eos qui per potestatem ei conjuncti erant ad testi-

nio-

monium in testamento præstandum admissos fuisse: quippe cum negotium testamenti palam & aperte cum ipso herede agebatur. Nam ut ostendimus in explicatione §. 1. hujus tit. initio ipse heres futurus emebat familiam a testatore, isque eam heredi mancipabat, ut ille hoc tamquam justo titulo bona post mortem testatoris pleno jure Quiritium consequeretur. Procedente autem tempore ob causas quas ibidem indicavimus hoc mutatum fuit, insitutumque ut solemnitatis implendæ causa familie quidem entor palam adhiberetur, sed alius ab herede & fiduciarius, qui heredi forte clam in tabulis scripto familiam remanciparet. Quo recepto coepit familie entor a dicendo in testamento testimonio summoveri & heredis admitti: quasi negotium testamenti jam non tam cum herede quam cum familie entore gereretur, & absurdum sit eum cum quo negotium aliquid geritur aut contrahitur, licet imaginariæ, testis officio fungi. Atque hoc etiam obtinebat etsi heres scriptum se non ignorabat. Cicero in orat. pro Milon. cap. 18. Cyri testamentum palam obtrigavi cum Clodio: & illum heredem & me scripsit. Ceterum ab eo jure postea iterum recessum fuisse arguit *l. 20. pr. hoc tit.* nisi locus ille a Triboniano interpolatus sit, aut de alio genere testamenti quam quod per æs & libram flectat accipiendus, arg. §. 2. tit. 20. fragm. jur. Ulpian. Vinn. Immo cum temporibus Ulpiani testamenta rarius facta viderentur per æs & libram faciliore testandi ratione a prætoribus inventa: non opus est ut interpolatum a Triboniano existimemus *d. l. 1. 20. pr. ff. qui testam. fac. post.* Commodum enim accipi potest de testamentis tunc frequentioribus, puta de prætoris. Hæc.

Minime hoc jure abuti eos debere suadebant. Etsi testimonium heredes apud Veteres licitum esse coepit cum alius familiam hereditatis tamen minus verecunde heredem facturum si sciens se heredem scriptum esse jure sibi concessio uteretur; quamobrem etiam suadebant ut potius se excusaret, atque abstineret. Non enim potuit locus esse huic suasioni ubi quis heres institutus esset ignoraretur. Est autem illud omnino verisimile, sublata ratione testandi per æs & libram in Thraciam Imperium, arg. *l. 25. C. hoc tit.* heredem amplius testem esse non potuisse in ullo testamento: quippe cum ex eo tempore negotium testamenti non tantum se-

rio sed recta etiam cum ipso herede agi coeptum sit, quod antea simulatè agebatur cum entore familiar in testamento per æs & libram; quod etiam ratio initio hujus textus prolata, quia totum hoc negotium &c. creditur bodie inter testatorem & heredem agi, perspicue ostendit; ut adeo non admodum necesse fuerit suasionem istam Veterum in legis necessitatem a Justiniano transferri: quod tamen hic se fecisse proficitur.

Neque aliis personis que ei, ut dictum est, conjunctæ. Scilicet per potestatem, quod antea expressit; æ enim sola conjunctio efficit ut omnes ita conjuncti pro una persona habeantur, atque ut sibi quodammodo, quod ait, testimonium præstent. Ex contrario igitur etiam hinc recte colligas, eos qui in potestate heredis non sunt, puta liberos emancipatos, item patrem heredis in cuius potestate non est, & fratres ejus ad testimonium in proposito admitti posse. Nam cum hi omnes diversæ sint ab herede persone, non potest dici negotium testamenti propter heredem etiam cum his agi, eosve sibi aut in re sua testimonium dicere, licet forte ex eo commodum aliquid herede mortuo consequi possint; nam nec legatariorum testimonium rejicitur, quamvis & ipsi in consequentium lucrum ex testamento capiant. Fatendum tamen est, esse aliquid in personis heredi sanguine sic conjunctis ob quod videri possint ad testimonium non admittendi, quod non sit in iis qui testatori naturaliter conjunguntur, propterea quod ut dictum §. præc. non de testatoris sed heredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris, heredis tamen parentes aut liberi suspitione graventur. Verum in contrarium considerandum est, ignorari plerumque quis heres scriptus sit, idque non tantum cum signatur testamentum sed etiam cum testes jubentur signam recognoscere, quod fit ante aperuram tabularum *l. 4. test. quemadm. aper.* Sed etsi sciatur quis heres scriptus sit, aut si palam heres nuncupatus, non putarem tamen statim testamento obesse debere quod dicantur inter testes adhibiti parens aut filius aut frater heredis (denta conjunctione per potestatem). Nam primo, si quam suspitionem necessitudo inducit æ facile reliquo testium numero deletur. Deinde etsi negotium heredis in testamento agitur, is tamen non est onerandus, quia ipse testis initio ad hoc non adhibuit sed testator; neque aliis testibus postea ad probandam testatoris voluntatem uti potest quam iis ipsis qui adhibiti sunt

curu



cum testamentum ordinaretur. In quam sententiam etiam D. Viglius inclinatur.

## T E X U S.

De legatariis & fideicommissariis & his qui sunt in eorum familia.

11. Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & alii perennis et conjunctis testimonium non denegamus immo in quadam nostra constitutione & hoc specialiter eis concessimus. Et multo magis iis qui in eorum potestate sunt vel qui eis habent in potestate hujusmodi licentiam damus.

L. 11. tit. 1. Part. 6. Et l. 8. tit. 5. lib. 3. For. legg.

## C O M M E N T A R I U S.

1. Divinatorium esse quod quidam prodiderunt. legatarios testes esse veritos senatusconsulto Liboniano, & contrarii juris primum auctorem fuisse Scævola.
2. Ratio Justiniani cur legatariis & fideicommissariis jus testimonii non denegetur explicata.
3. Afferuntur complures alia & certiores.
4. Dispositionem hujus §. non tantum in testamentis scriptis sed etiam in nuncupativis obtinere, & confutata singulari opinione Anton. Fabri.
5. Fideicommissarios universales huc non pertinere.

1. Legatum aut fideicommissum testamentum alicui relictum cum testem inhabilem in eo testamento non facit, sed placuit legatariis & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse l. 20. in pr. hoc tit. fac. l. 24. ff. de reb. dub. l. 22. C. hoc tit. Quo admissio jam eorum etiam & quidem multo magis testimonium recipiendum fuit qui iis per potestatem conjuncti sunt. Dionys. Gothofredus in d. l. 22. C. scribit, olim legatarios testes in testamento esse non potuisse ex senatusconsulto Liboniano. Hotomannus hic, controversum hoc jus fuisse, & primum Scævola ejus inducendi auctorem; atque existimat utique hoc ipsum esse quod Plinius lib. 2. epist. ult. ut improbissimum genus falsi notar. Sed quis Gothofredum docuit tale quid cautum fuisse senatusconsulto Liboniano? aut quis Hotomannum fuisse Scævola

volam contrarii juris primum auctorem? Non si Scævola hoc jus comprobavit, ut testantur Arcadius & Honorius, l. 3. C. Theod. de testam. procius sequitur cum esse illius juris primum auctorem. Quis vero credat, si verum est quod Gothofredus scribit, Scævola responsurum fuisse contra auctoritatem recentis senatusconsulti? Plinius vero loco citato non illud improbum falsi genus appellat si quis testimonium dicat in testamento ex quo legatum capit, sed si quis ejusmodi technis quibus usum esse scribit Marcum quemdam Regulam nequissimum omnium bipedum, aliisve malis artibus testatorem aggrediatur & legatum extorqueat: quem eundem Regulam intelligit Juvenalis satyr. 1. v. 67.

Signator falso, qui se laurum atque beatum Exiguus tabulis & gemmâ fecerat uda. Ceterum locus ipse evidenter ostendit jam tum legatarios testes recte adhibitos, aut testibus legatum recte datum. Quin etiam diu ante tempora Plinii hoc jus obtinuisse liquet ex d. l. 14. de reb. dub. ubi auctoritate Trebatii illud defenditur.

2. Quia non sunt juris successores] Ratio à posteriori ut videtur: unde intelligamus, non ut cum herede ita cum legatariis & fideicommissariis negotium testamenti geri; ac proinde non eodem modo hos ut illum à testimonio testamentario repellendos: quod enim dixit §. pro eo negotium testamenti inter testatorem & heredem geri, & ideo heredem non debere testem adhiberi in eo testamento in quo heres instanter, id hanc rationem habet, quia heres universi juris successor est: quippe successoris universi juris habendi gratia testamentum ordinatur, & jusque designatio caput est & fundamentum totius testamenti. Uti igitur heredi testimonium rejicitur ob id quod negotium testamenti est negotium successoris juris, ita legatarii admittitur, quia hoc negotium ad eum non pertinet qui successor juris non est: ille remouetur ad illius negotii tanquam suae rei testimonio; hic admittitur in illo negotio testes tanquam in re aliena. Quod etiam significare videtur Marcianus in d. l. 14. de reb. dub. cum ait, ipsam testamentum confirmari testibus adhibitis, nempe universum illud negotium quod inter testatorem & heredem de juris successione agitur signatorum testimonio confirmari, non attento legato ex illa juris successione pendente. Sed esto: ne sint legatarii juris successores, legata ad constitutionem testamenti non pertineant, & hactenus dicatur negotium

tium testamenti ad legatarios non pertinet: fatendum tamen utique est saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi quippe qui enolumentum ex testamento percipiendi spem habet, cujusque propterea peculiariter interesse testamentum confirmari ne relictum coincidat, l. 14. C. de fideicom. Hoc ipsum vero satis causa est ad arcendos à testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter & rectè in rem suam testimonia ferant sed heredis; per consequentiam tamen confirmati testamenti & hereditatis adita hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet; ac proinde quod nemini concessum est, l. 10. ff. de testib. & l. 10. C. eod. in re & causa propria nihilominus testimonium dicunt: siquidem palam esse causam propriam esse eam cujus enolumentum aut damnum ad aliquem quoquo modo suo nomine pertinet, l. 1. §. 11. quand. appell. DD. in d. l. 10. & l. 1. seq. C. de testib. Quamobrem etsi ratio Justiniani hoc efficit ut magis heres repellendus sit quam legatarius: tamen non satis idonea videtur ut propter eam legatarius debeat admitti. Et vero ita est nec dubitandum quin certiore aliqua & speciali ratione hoc jus receptum fuerit, quamvis nulla præter hanc Justiniani in libris nostris aperte tradita ieveniatur.

3. Interpretes complures afferunt. Prima est, quod numerus reliquorum testium & ceterarum rerum diligentissima observatio testimonium legatarii ab omni falsi suspitione tuerit; neque tam ob testimonium legatarii quam ob reliquorum ad quos ea res non pertinet legatum sustineatur. Secunda est, quod in proposito legatariis res sit cum herede, qui cum hoc debeat testibus quod testamento eorum testimonio confirmato ipse hereditatem & bona universa defuncti consequitur, improbe facturus sit si legatum aliquibus eorum relictum hoc prætextu prestare recuset quod in re propria testimonium dixerit. Nam sive tempus facti testamenti sive aperti consideret testes de voluntate testatoris duntaxat & suo facto deponunt; postea vero cum legatum petunt eum solo herede iis negotium est, qui non potest non improbe fidenti deogare testimonio eorum quorum fidem in sua causa secutus est. Hanc attulit Bachovius, eaque mihi non minui ponderis esse videtur. Et fortassis hoc potius est, quam quod ante dixi, quod Marcianus sensit in d. l. 14. de reb. dub. cum ex Trebatii & Pomponii sententia legatum signatoribus sive testibus (nec enim hi diversi sunt) relictum

ideo valere scribit, quia ipsum testamentum testibus adhibitis confirmatur. His accedit & tertia, quod Veteres supra ordinaturi amicis fere signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse durum sane atque inhumanum esset. In quam rem elegans locus est Symmachi lib. 10. epist. 55. Quis inquit, non familiarissimum quemque signandis adhibet cum extrema condantur? Jam quid mirum est si in oculis potius mereatur aliquod monumentum religionis qui meruit advocari? Porro ita disputat, ut si his legibus viveremus ut tenuis honor quo subscriptores ob amicitiam defunctus adspersit, legitimum possit abolere iudicium, inimicis signatoribus tutius uteremur; inanemque appellat calumniam & rem post humanam memoriam inauditam objectionem Bassiani judicium qui jus in dubium vocabat. Facit l. 39. §. 1. de leg. 3.

4. Arque his ego rationibus adducor ut credam, hoc jus non tantum in testamentis scriptis servandum esse verum etiam in nuncupativis; licet dissentiant Durat. ad tit. qui testam. fac. & Ant. Fab. deced. 66. err. 1. & seq. Et quidem in testamento nuncupativo, quod uti nunc mox est per notarium in scripturam redigitur, ea res minore dubitationem videatur habere: quia privatam legatarii testimonium publice personæ juvatur fide, Joann. Fab. Aretin. Imol. Vigil. Zypæ not. jur. Belg. de testam. utur Groënew. d. 11. abrog. hic subsistat; sed in mera simplicique nuncupatione causa est cur dubites, cum hic teste: rectè tam de legato quam de jure heredis deponant, nullaque alia re testimonium juret, ut videri possit perinde id habendum esse ac si quis sibi aliquid in testamento adscribat, quod Senatusconsulto prohibuit esse, l. 14. in pr. ad leg. Corn. de falsi. Et tamen magis est ut hic quoque testimonium legatarii admittatur, cum ceterorum testium fides suspitionem tollat, legatæque ac fideicommissæ etiam codicillis relinqui possint, in quibus constat quinque testes sufficere: ut mutua hic futura sint testimonia, quod notat D. Hotom. add. Dion. Tuld. ad hunc tit. cap. 9. quamquam haud gravate admiserim nonnulli hic tribuendum religioni fiduciam. Singularis opinio est Ant. Fabri d. deced. 64. err. 3. qui putat, Nov. 1. cap. 1. in torum ab hoc jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonia legatariorum & fideicommissariorum admittenda sint; quoniam Justinianus eo loco caverit contra veteris juris re-



regulam, ut si scripti heredes hereditatem adire recusarent ipsis legatariis & fideicommissariis potestas adeundi esset: unde colligitur testimonium dicendi nunc iis plane denegandum esse, loquique in iis nunc etiam habere rationem huius §. quia juris successoris fieri possunt. Ego vero malim dicere hoc curandum non esse, quia ex accidenti est: *casus adventitii*, inquit Scævola, *non sunt computandi*, l. 6. qui & quib. man. & eleganter Græci: *Ὅδ' ἔχ' τὰς ἰσθμῶν οὐκ ἀρῶναι βίβαναι ἀποβλήτων ἡνῶς* (non expedit curare nos casus qui fortuito eveniunt).

5. Plane locus hic accipiendum est de fideicommissariis particularibus: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommissio restituitur hereditas loco heredis est, & post Senatusconsultum pro successore juri habetur, §. 3. & 4. Inst. inf. de fidei. her. ll. 1. & §. de fidei. her. pet. D. Talden. cap. 8. in fin.

Quadam constitutione nostra ] Calumniantium iniquitas sæpe flagitat ut ea que certo jure constituta sunt novis subinde constitutionibus specialiter sint confirmanda; quod etiam in proposito accidit. Constitutio autem Justiniani, quo hic se refert, haud dubie priori Codici inserta fuit. Ceterum omnia est in Codice repetita prælectionis edito post compositionem Institutionum, quem solum hodie habemus. Et inepti sunt qui hic intelligi putant aut constitutionem Zenonis, l. 22. C. hoc tit. aut responsum Juri-consulti l. 20. in pr. ff. eod. quando enim ita loquitur Justinianus? At sæpe in his libris constitutionum meminit qui in posteriori Codice non habetur, ut in §. 27. Inst. inf. de leg. §. pen. Inst. inf. de legit. agn. succ. §. 3. Inst. de succ. libert.

## TEXTUS.

## De materia in qua testamenta scribuntur.

12. Nihil autem interest testamentum in tabulis an chartis membranisque vel in alia materia fieri.

## L. 12. tit. 1. Part. 3.

## COMMENTARIUS.

1. Unde sit quod ceram pro tabulis Veteres dixerint.

2. Testamenta non notis sed litteris scribenda esse.

1. A Nequi fere in tabulis ligneis testamenta & qualibet cautiones scribere solebant. Ex quo est, quod prætores in edictis suis de testamenti tabulis tantummodo loquuntur; & quod bonorum possessio qua liberis præteritis datur vulgo dicitur dari contra lignum, l. 19. de bon. poss. cont. tabb. & inde Juvenalis satyr. 13. & 16. adulterinas & mendaces cautionum tabulas appellat vana chirographa ligni. Tabulæ autem illæ cera illite erant, litterasque stylo primum ferreo postea osseo in iis exarabant, unde factum ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sueton. in Jul. cap. 83. Quintum Pedium ex quadrante heredem instituit, reliquit in ima cera. Horat. 2. satyr. §. v. 53.

Sic tamen ut limitis rapiat quid prima secunda Cera velit verum.

Juvenalis satyr. 15. Accipe ceram, scribe puer, id est, accipe tabulas ceratas ut ceratam pugillares, eoque nihil apud hunc poterat usitatus. Ceterum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis membranisque pergamentis, foliis & libris quarundam arborum, l. 52. deleg. 3. add Plin. lib. 13. cap. 11. & 12. Alex. ab Alex. 2. genal. dier. 10. Hotom. 4. obs. 1. Si quis curiosior is adeat D. Salm. lib. 1. de mod. usur. cap. 10. Quamvis autem prætor in dandis bonorum possessionibus tabularum duntaxat mentionem faciat: non eo tamen minus bonorum possessionem peti posse placuit, si in alia materia que ad scribendum idonea sit figurâ tabularum testamentum scriptum fuerit, l. 1. de bon. poss. rec. tabb. atque adeo etsi in charta delectria & opisthographo, l. 4. eod. Hodie notarii qui fere in testamentis adhereri solent in conficiendis instrumentis pergamens uti solent: quamquam si in charta papyracea scripsissent non ideo protinus existimandum sit instrumentum nullum esse, aut partium jura ledi, ut hic D. Viglius notat. Illud quoque non refert, quo genere sermonis quave lingua quis testamentum conscribat, l. 21. §. ult. l. 15. C. de testam.

2. Ceterum litteris, iisque usitatis & legibilibus scribendum esse placuit non signis obscurisve notis, l. 6. §. ult. de bon. poss. Uti que tamen si per notas usitatas, quibus scilicet utimur in designanda quantitate, portio hereditaria aut summa legati expressa fuerit institutio aut legatum non vitabitur, l. 9. §. 1. de her. inst. VINN. Quam tamen periculosam al-

aliquando sit notarum interpretatio exemplo Galbe discimus, de quo Sueton. cap. 5. Observavit ante omnes Liviam Augustam: cuius & viva gratia plurimum valuit, & mortua testamento pene ditatus est. H. S. namque quinquagesies quum præcipuum inter legatarios habuisset, quia vero notata non percripta erat summa, herede Tiberio legatum ad quinquaginta revocante, ne hæc quidem accepit, HEIN.

## TEXTUS.

## De pluribus codicibus.

13. Sed & unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est, velut si quis navigaturus & secum ferre & domi relinquere iudicium suorum contestationem velit; vel propter alias innumerabiles causas qua humanis necessitatibus imminet.

## L. 12. tit. 1. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

1. An ut unius testamentum in plures codices referri, ita & plurium testamenta in unum codicem conferri possint.

Pluribus codicibus ] Id est, pluribus exemplaribus, l. 24. hoc tit. l. 1. §. 5. de bon. poss. rec. tabb. aut pluribus tabulis, l. ult. que in test. del. Ait, unum testamentum. Nemo enim paganus cum duobus testamentis decedere potest, sed prius semper rumpitur à posteriori. Testamentum vero quod quis pluribus codicibus consignavit atque eodem tempore solemniter complevit unum atque idem testamentum est, l. 1. §. 6. de tabb. exhib. l. ult. que in test. del. Sed & si quis in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit & utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio; quia unis pro tabulis habetur & utrumque pro supremo, d. l. 1. §. 6. de bon. poss. rec. tabb. quem locum erudite interpretatur D. Salm. cap. 10. de mod. usur. pag. 417. & seq. ubi & alia minus trita.

1. An autem quemadmodum uni licet testamentum suum in plures codices referre, ita ex contrario pluribus liceat sua testamenta conferri in codicem unum, sive in unius chartæ volumine suprema ordinare, unis iisdemque testibus septem ad eam rem convo-

Tom. I.

catis, unoque contextu adhibito quæsitum est. Negant Vigl. & Hotomannus, quibus assentior. Etenim ut uniuscujusque testamenti propria contestatio est, ita & propriam ac separatam instrumentum esse oportet; admissaque illa diversorum testamentorum conjunctione corrupturam necesse est subtilissimum testamenti negotium, quod totum uno perpetuoque contextu ac tempore perfici atque absolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur, l. 21. §. ult. ff. hoc tit. ll. 21. & 28. C. eod. In casu pupillaribus substitutionis patris quidem & filii testamentum conjungi potest, unisque septem testamentum signis obsignari; sed hoc ideo receptum quia pro uno testamento habetur, l. 20. de vulg. & pup. subst. ut vel ex eo intelligere liceat singula testamenta singulas seorsum desiderare solemnitates. Dissentunt tamen comm. DD. quorum sententiam ex professo contra Viglium tuetur Peckius lib. 1. de testam. conjug. cap. 19. & usus probavit; hodieque usitatissimum inter conjuges est ut simul & unis solemnibus adhibitis testentur, & tam in scriptis quam per nupucipationem: quod etiam Novellâ quadam Valentiniani permissum fuit, tit. de testam. l. 1. add. Gail. 2. obs. 117.

Secundum obtinentem observationem ] Si unius testamenti plures sint codices potest ex unoquoque bonorum possessio peti, sed ita si omnes sint authentici, id est, si facti sint tamquam testamentum, eodemque tempore adhibita omni solemnitate completi, d. l. ult. de his que in test. del. Aliud namque juris est si testator unum fecerit non quasi testamentum sed quasi exemplum sive copiam, ut vulgo loquuntur, d. l. 1. §. 7. secund. tabb. Quia si ex apographo sive descriptione bonorum possessio daretur, magna aperiretur fenestra improbis hominibus ad testamenta subjicienda, fac. l. 2. de fid. instrum. Quid vero juris erit si ex binis tabulis ejusdem testamenti unus testator deleverit aut incididerit? Responsum est, ex integris hereditatem adiri aut bonorum possessionem peti posse; nisi hi qui ab intestato venire desiderant probaverint hoc animo à testatore incisas ut intestatus moveretur, d. l. ult. que in test. del. Quid si eisdem diversa summa legata sit, puta in alteris aurci quinquaginta in alteris centum? Procul respondit; heredi parcendum esse & tantum quinquaginta deberi, l. 47. de legat. 2.

Quod interdum etiam necessarium ] Kæcæri (secundum quid): si videlicet quis veteratur

Lz

ne



ne si forte unum tantum exemplar fecerit voluntas exitum non sit habitura: quippe cum unum instrumentum facile amitti aut alias perire occultari aut supprimi ab hereditibus venientibus ab intestato possit, l. 24. *hoc tit.* l. 10. §. ult. *test. quemadm. aper.*

## TEXTUS.

## De testamento nuncupativo.

14. Sed hoc quidem de testamentis que scriptis consueverunt sufficere. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare iure civili testamentum, septem testibus adhibitis & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum iure civili firmumque constitutum.

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

## COMMENTARIUS.

1. Communia testamento scripto cum nuncupativo.
2. Qua in re precipue alterum ab altero distet.
3. Veteres rarius heredem nuncupare solitos fuisse quam scribere; & quare.
4. An testamentum secundum statutum aut consuetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum.

**H**oc §. breviter comprehensa est forma testandi sine scriptura sive per nuncupationem: quæ testandi ratio tota est à jure civili; nam pratorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine tabulis locus esse non potest. Ceterum prator, ut custos juris civilis, etiam secundum nuncupationem bonorum possessionem dat, l. 8. §. ult. ff. de bon. poss. rec. tabb. l. 2. C. eod.

1. Septem testibus adhibitis] Testamentum nuncupativo quædam communia sunt cum scripto, veluti numerus testium eorumque conditio, & testationis unas contextus. Oportet quoque hæc æque testes rogari aut certe admoneri cujus rei gratia collecti sint, l. 21. §. pen. ff. hoc tit. l. 21. §. 2. C. eod. Olim etiam necesse fuit ut is qui per nuncupationem testaturus erat formalibus verbis testem præmoneret se ideo eos convocasse quod sine scriptura testamentum facere constituisset. Sed cum ex ipsa nuncupatione satis appareat qua forma quis testari cogit, Justinianus id sustulit l. 26. C. eod. Quid vero si de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum è testi-

bus adhibitis, cum testator ex scheda in qua memoria causa voluntatem exceperat recitatio testamento heredem pronuntiasset; subsignasse & subscripsisse. Et vulgo recte placuit propter superfluum solemnitatem non debere vitari testamentum, quod utique amissa ea in vim nuncupationis valuerunt erat. Plane, si constet scripturam quæ profertur ad testamentum faciendum paratam esse aliud dicendum erit, l. 29. hoc tit.

2. Et sua voluntate nuncupata] In hoc maxime distat testamentum quod sine scriptura fit à testamento scripto: nam scripturam testamenti potest testator, si illa illi videbitur, clausam coram testibus proferre, testarique suum hoc esse testamentum, celato nomine heredis; quam ob causam hoc testamentum mysticum dictum. Nuncupare heredem, est lingua & verbis pronuntiare; unde nuncupare heredem & heredem pronuntiare pro eodem usurpantur, l. 25. hoc tit. Gloss. Basil. nuncupatio in quibusdam locis (declaratio sine scripto). Palam autem voluntas hic nuncupanda est; non utique publice aut in propatulo quod particula palam aliquando significat, veluti cum mulier dicitur palam corpore suo quantum facere; sed clare & intelligenter sic ut à testibus exaudiri & intelligi possit, d. l. 21. in pr. ff. hoc tit. d. l. 21. §. 2. C. eod. l. ult. de jur. cod. ita Suetonius in vita Horatii: *Decessit herede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obviandas testamenti tabulas.* Proinde quod in testamento scripto necessarium non est, l. 20. §. pen. hoc tit. in nuncupativo omnino necessarium putamus, ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris; quod etiam fac. l. 209. de verb. sign. eoque jure hodie utimur. Fuit quidem etiam in scriptis testamentis usurpata nuncupatio; sed in his significat generalem illam testationem voluntatis, cum testator tabulas testamenti tenens apud eos qui ut testes essent rogati erant testabatur id suum testamentum esse, non nuncupationem heredis. Ulp. in fragm. tit. 20. §. 8.

3. Perfectissimum] Respectu scilicet effectus, quem non minorem habet quam testamentum scriptum; quod alioqui ratione solemnitatis perfectius est. Etsi autem ratio testandi per nuncupationem longe expeditior est quam per scripturam: tamen testamentum nuncupativo minus usitata Veteribus fuisse quam scripta, argumento est quod passim tabularum testamenti & heredem scriptorum in libris nostris mentio fit, raro nuncupationis. Cujus

ego rei duplicem esse causam reor, tum quod in testamento scripto necesse non est pauidere ea quæ scripta sunt, quæ celari sæpe interest & ipsius testatoris & heredum ceterorumque quibus aliquid relinquitur, quam utilitatem testamentum nuncupativum non habet; tum quia scripti testamenti fides subscriptio-nibus & signis testium confirmatur; ex quo fit ut etiam si testes decesserint ratum nihilominus illud maneat; nuncupativi autem testamenti fides tota pendet à depositione testium, quibus mortuis aut aliquibus eorum, cum non sint, aut pauciores sint quam requiruntur, qui sibi iterum possint & in judicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatem. Sed huic incommodo postea occursum est adhibito tabulario qui voluntatem coram testibus nuncupatam acciperet, ac rem gestam scripturæ suæ auctoritate confirmaret: cujusmodi scripturæ & instrumenta tabellionum sola per se citra novum testium adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent; nec tamen quod ita factum est ideo mox desinit esse testamentum nuncupativum, cum solius probationis gratia scriptura interveniat, non quod sic de substantia testamenti; quamquam non negaverim habere hoc genus testamenti nonnihil quod naturam scripti testamenti sapiat: de quo vide Richard. in l. 21. §. 2. n. 2. C. hoc tit. VINN.

De solemnitate testamentorum jure Hispano paucis nunc agendum resiat. Testamentum nostro jure duplex est nuncupativum, & in scriptis, quorum illud est quod fit voluntate palam coram testibus nuncupata, etiamsi postea in scripturam redigatur; alterum vero fit cum testator voluntatem testibus occultat, & in tabulis quæ coram testibus exhibentur contineri affirmat, l. 2. tit. 1. Part. 6. Quatuor prodiit sunt jure nostro modi testamenti nuncupativi conficiendi. Primus est, cum testator coram tabellione publico & tribus testibus vicinis seu incolis loci ubi testamentum peragitur suppremam suam voluntatem declarat. Alter modus est, cum tabellio non adhibetur; tunc autem testamentum nuncupandum est coram quocumque testibus vicinis quoque loci ubi testamentum fit. Tertius modus est, cum neque est copia tabellionis, neque inveniri possunt quinque testes vicini loci; & tunc sat est adhibere tres testes, iidem loci vicinos; & coram illis testamentum nuncupativum confici potest. Quartus demum modus est, cum eadem solemnitate conficitur ac jus civile in testamen-

to nuncupativo exigebat; id est coram septem testibus idoneis, etsi non sint incolæ loci ubi testamentum celebratur. Et hæc de testamento nuncupativo cavetur in l. Ordin. quæ est 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Ad testamentum in scriptis, eo quod hominum fraudibus amplius expositum sit, majorem solemnitatem jus nostrum desiderat. Itaque ad illud perficiendum convenire debent septem testes unum cum tabellione, qui omnes simul cum testatore subscribere debent scripturam testamenti, adeo ut in illa inventiantur octo subscriptiones & tabellionis sigillum. Quod si testator vel aliqui ex testibus subscribere nescierint aut non potuerint, tunc alii testes pro illis subscribere debent, ut quod modo diximus reperiantur in scriptura testamenti octo subscriptiones, & tabellionis sigillum. Et hæc de testamento in scriptis cavetur l. 3. Taur. quæ est 2. tit. 4. lib. 5. Recop. De testium qualitate dictum est in §§. superioribus; easdem enim prorsus qualitates jus Hispanicum exigit ac jure Romanorum desideratur; quare duo examinanda nunc resiat. Primum est an testes rogari oporteat; alterum est an uno contextu testamentum perfici debeat; ex quibus illud supervacaneum reputamus; hoc ad ipsam testamenti contestationem, quam nos otorgamiento appellamus, omnino necessarium esse censemus. Addebat Gom. ad l. 3. Taur. m. 29. & 49. Questionis est, an testamenta inter filios vel ad pias causas vel tempore pestis celebrata minori cum solemnitate quam ea que superius exposita est hodie valeant, ut de jure veteri & Partitarum; sed certius est hæc jura abrogata esse dd. ll. 1. & 2. tit. 4. lib. 5. Recop. Vid. Gom. ad d. l. 3. Jam de testamento cæci aliquid addendum videtur. Cæcus ad testandum nuncupativo (neque enim aliter testari potest) semper quinque testes vicinos loci adhibere tenetur l. 2. tit. 4. lib. 5. Recop. quæ exceptio est eorum quæ supra diximus, testamentum nuncupativum confici posse coram tribus testibus cum tabellione, vel etiam sine eo ubi est testium & tabellionum penuria. Et hæc summa est eorum quæ de externa testamentorum solemnitate jure nostro statuta sunt. ADDIT.

4. Quæritur est, an testamentum juxta alicujus loci consuetudinem aut statutum factum etiam vim habeat extra illum locum; exempli gratia, testator ibi testamentum fecit ubi coram duobus testibus & notario testari licet, ut in hac nostra Batavia; quæritur, an valeat etiam in iis locis ubi septem testes re-



quintur, uti in Frisia ubi sequuntur jus civile. Affirmant comm. DD. in l. 1. C. de sum. Trin. Viv. 1. opin. 36. Coras. de jur. art. p. 3. cap. 13. Covar. 2. de spons. §. 7. n. 8. Costal. ad l. 6. de evict. Anton. Perez in C. de testam. n. 21. & secundum hanc sententiam sæpissime iudicatum. Guid. Pap. decis. 162. Thesaur. 2. quest. for. 8. Myns. 5. obs. 19. §. 20. Gall. 2. obs. 123. Joann. à Sande lib. 4. tit. 1. de fin. 14. Sunt tamen qui in contrarium eant, & in questione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis Interpp. sententia; at circa res soli spectandum jus ejus loci in quo sitæ sunt. Quippe res mobiles, quoniam ubicunque sunt ibi sint ex voluntate domini & pro libitu ejus transferri possunt, personam sequi non leges locorum; immobilia vero, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis, per l. 4. C. de jur. fic. l. ult. de jurid. Ita constanter Mansuet. in sua prax. tit. de success. Bus. ad l. 6. de evict. Nic. Burg. ad consuet. Flandr. tract. 6. Christ. vol. 3. decis. 4. §. 5. & vol. 4. decis. 5. §. 10. Mihi prior sententia probabilior videtur, multumque referre utrum statutum disponat circa solemnitatem alicujus actus an circa rem, puta fundum locumve: quæ statuta in rem concipiuntur, qualia sunt quæ de successione ab intestato disponunt, rem ipsam haud dubie afficiunt ut ubicunque sit ejus loci ubi est

## TITULUS XI.

## DE MILITARI TESTAMENTO.

Dig. lib. 29. tit. 1. Cod. lib. 6. tit. 21. Et l. 4. tit. 1. Part. 6.

Ratio ordinis. Militare testamentum quid hic significet.

**D**iximus sub rubrica precedentis tituli duo esse testamentorum genera: unum commune omnium civium, quod paganicum dicitur, alterum militum proprium quod ideo appellatur militare. Hactenus quæ tradita sunt de ordinandis testamentis ea solum pertinent ad testamenta paganorum; militaria de quibus porro nunc agitur legibus istis soluta sunt. Militaria autem testamenta hic non accipimus omnia quæ facta sunt à militantibus, id est iis qui in nume-

legibus obstringatur. Idemque habendum de statutis quæ circa habitamentum personarum dispensando aliquid disponunt. Gall. d. lib. obiero. 124. & alii ubi sup. Coras. diff. par. 3. cap. 14. Gomez ad l. 3. Tauri n. 20. Quæ autem statuta disponunt circa adus solemnitates dumtaxat, cum neque rem afficiant neque personam actum celebrant, sed ipsam solummodo dispositionem quæ fit in loco statuti vel consuetudinis, rationi & juri consentaneum est ut in ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam actuum solemnitas ad eorum spectant jurisdictionem in quorum territorio celebrantur, per l. 6. de evict. l. 3. in fin. ff. de testib. l. 2. C. quem adm. test. aper. fac. l. 9. §. ult. C. hoc tit. & alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta esse concedenda, ut, quod absurdum est, plurimum locorum consuetudines in uno testamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti secundum diversa loca iudicari. Peck. de test. conjug. lib. 4. cap. 28. in fin. D. Joann. à Sande d. de fin. 14. ubi contraria scite expedit, & prudenter temperat novam quandam distinctionem Fachinæ. Adde quæ nos lib. 2. select. quest. cap. 19. Plane, si lex expresse testatores sequi jubeat jus loci in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Burgund. emissa anno 1611. cujus meminerunt Burgund. Christin. Tuld. C. hoc tit. & Perez. ius ad loc.

TEX-

## TEXTUS.

## In militum testamentis solemnitates remissa.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus Principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint recte nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus sumptis invenitur sive scripta sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus per quæ circa expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis adibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem etiam filii familiarum sint propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem observatione in eorum testamentis adhibenda quam in testamentis paganorum proxime exposuimus.

## L. 4. tit. 1. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

- 1 Imperitiam militum non esse causam principalem privilegii militaris, sed periculum functionem.
- 2 Militibus remissa omnia quæcumque subtilitatem magis quam naturalem rationem habent, sive ea ad constitutionem testamenti pertinent sive ad infirmationem.
- 3 In hibernis aut præsidio locatos jure privilegii testandi potestatem non habere. Et num. 5.
- 4 Vaginam clypeum pulverem militi charta loco esse posse, enses pro calamo, sanguinem pro aramento &c.
- 5 Etiam filiosfam. milites jure militari in castris testandi licentiam habere.

1. **P**ropter imperitiam eorum] Causa beneficii, cujusmodi etiam mandatis inserta est eo capite quod extat in l. 1. hoc tit. & rescripto Antonini l. 3. C. ed. quibus locis hoc beneficium concessum traditur propter eorum simplicitatem, hoc enim est propter imperitiam. Nam cum simplicitati ut plurimum adjuncta sit rerum imperitia, immo vero cum ex imperitia nascatur simplicitas

hinc factum ut simplicitas Latinis interdum significet imperitiam, ut in illo Nasonis Heroid. ep. 2. v. 65.

Falere credentem non est operosa puellam Gloria 3 simplicitas digna favore fuit.

Idem quoque significatur in l. ult. in pr. C. de jur. delib. cum milites dicuntur amara magis quam jura scire. Atque hoc accomodari aliquo modo potest quod Tacitus scribit in vita Agricol. cap. 9. Castris jurisdictione obstruere non audeat, ac plura manu agens, caliditate formi non aereat. At enimvero non est hac ratio adæquata, neque simplicitas militaris aut sola est hujus privilegii causa, aut principalis. Non sola: alioqui enim & feminis & rusticis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci; & cum proculdubio multæ etiam legum & juris periti stipendia fecerint hos excipi. Non principalis, quia extra castra & tempus expeditionis privilegio uti non possunt. Principalis vero causa est quam Ulpian. expressit l. un. de bon. poss. ex test. milit. laborum & periculorum functio cum in expeditionibus & castris sita, quo tempore armorum cogitatio periculo immunitatis & sese continendi necessitas omnem aliam de jure cogitationem admittit. Et ideo nec militibus alio loco aut tempore suo jure testari licet & aliis quibusvis, quamvis non mereant, in hujusmodi periculis & hostico aut proclivitate deprehensis, si ibi decedant, jure militari quoquo modo velint quoquo modo possint testari permittunt, d. l. un. de bon. poss. ex test. mil. l. ult. hoc tit. VINN. Cum id privilegium militibus concessum sit ab eo tempore quo jam mercenaria militia loco selectæ invaluerat, non inepte credideris veram ejus causam esse ut homines allicerentur ad militiam & eo lubentius nomina darent. HVIN.

Constitutionibus Principalibus] Primus Julius Cæsar, ut auctor est Ulpian. l. 1. hoc tit. liberam militibus testamenti faciliorem concessit, ceterum eam concessionem ait fuisse temporalem; postea vero primus Titum & post hunc Domitianum eandem libertatem iterum dedidit; ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam à Nerva & qui eum secutus est Trajanus: exinde hoc perpetuo privilegio milites utuntur ut quoquo modo testati essent rata esset eorum voluntas.

2. Neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint] Puta in continuatione actus, in rogatione subscriptione & signatione testium. Itaque quamvis uno contextu actus

tes-