

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. sic. 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.

Diximus 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 habilitatem 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 solemnitatem dumtaxat, cum neque rem afficiant neque personam actum celebrant, sed ipsam solummodo dispositionem quæ fit in loco statuti vel consuetudinis, & juri consentaneum est ut in ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam actuum solemnia 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 communis 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 periculorum 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 audeat. 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 stidentia 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 selecta invaluerat, non inepte credideris veram ejus causam esse ut homines allicerentur ad militiam & eo lubentius nomina darent. Hujus 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 dedidisse; 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-

testati non sint, quamvis testes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per scripturam testantes non curaverint tabulas subscribi aut signari: nihilominus tamen recte testati intelliguntur; placetque nudam voluntatem militum non minus pro testamento servari quam aliorum solemnem dispositionem, l. 1. & passim hoc tit. & tit. C. cod. Porro autem non in eo duntaxat consistit privilegium militum quod testamenta militum non sint adstricta legibus quæ ad externas illas solemnitates numerum, rogationem, subscriptionem, obsequationem testium pertinent: sed in cæteris aliis partibus, sive illæ ad constitutionem testamentorum pertineant sive ad infirmationem, quæcumque subtilitatem magis quam naturalem rationem habent ea omnia nihilominus remissa sunt, ut in universum recte definit Duar. cap. 4. ad hunc tit. Proinde etsi miles liberus quos in potestate habet sciens præterierit, l. 9. §. 1. seq. C. hoc tit. sive heredem ex die ad diem instituerit, sive alias pro parte testato pro parte intestato decesserit, l. 6. l. 12. §. 4. l. 37. l. 41. ff. cod. l. 8. C. cod. sive eum quicum testamenti factio non est heredem fecerit, l. 12. §. 2. cod. sive filio emancipato aut cæcicumque extraneo in secundum casum directo subscriberit, l. 5. d. l. 41. §. 4. cod. sive hereditatem codicillis directo dederit, l. 36. cod. sive solis liberis non etiam sibi testamentum fecerit, d. l. 15. §. pen. d. l. 41. §. ult. nihilominus recte testatur & voluntas ejus prout jacet custodiunt. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, l. 1. §. licet, l. 17. in fin. hoc tit. l. 12. C. cod. l. 7. C. ad leg. Falc. Jure communi namque per se nuda voluntas testatoris ad infirmandum testamentum valet, in vivo eo multis modis infirmatur, inf. tit. Inst. quib. mod. test. inf. Ex contrario sola militis voluntas ad infirmandum sufficit, d. l. 12. §. 1. invito autem eo, extra casum maxime aut mediæ diminutionis, l. 6. §. 6. §. seq. de injuris capti. test. testamentum ejus non infirmatur. Non agnatione aut quasi agnatione sui heredis, l. 7. §. 1. seq. hoc tit. (Quod tamen temperab. ex l. 9. & d. l. 36. §. 2. cod.) non ipsius adoptione aut adrogatione, l. 22. §. seq. cod. §. pen. Inst. inf. hoc tit. non alio denique testamento postea factio, si modo & prius valere voluerit, l. 19. cod. Hæc summa est: quædam diligentius excutientur inferius.

In expeditionibus] Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad configendum cum hos-

te quæcumque casus ingruat. Itaque expeditio non est conflictus ipse neque etiam tempus belli; sed totum illud tempus quo milites in armis procedunt aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur sive eum imminenter expectent intenti ad opportunam rei gerendæ, vel ut invadant vel ut invadentem sustineant ac propulsent. Cassiodoro 1. var. 17. Hanc merito expeditionem nominare majores, quia menti devota præliis non debet aliis cogitationibus occupari. Præsidia hyberna ceteraque loca in quibus militem extra castra commorari necesse est sedes appellantur. Veget. lib. 3. de re mil. cap. 4. §. ult. Sallust. in J. gurth. cap. 37. Milites mente Januario ex hibernis in expeditionem evocat.

3. Quod merito nostra constitutio introduxit] L. pen. C. hoc tit. An igitur ante hanc constitutionem Justiniani quædam milites in numeris manebant quocumque loco, & tempore jure proprio testari poterunt? Id quidem Viglius affirmat, sed ego ambigo. Nam & in l. 1. C. hoc tit. quæ Antonini est, & in l. 15. C. cod. quæ est Constantini, expeditionibus expressa fit mentio; & ratio privilegii periculorum functio, quam affert Ulpian. l. un. de bon. poss. ex test. mil. cessat cum in castris & expeditione non sunt. Putarem tamen olim milites qui in provinciis habebantur jure militari illis testari potuisse, quasi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum restitutionibus ea tantummodo tempora milicibus prodesse Justinianus voluit quæ in expeditione currunt, l. ult. C. de test. mil. l. ult. quib. non obicit. long. temp. præter.

4. Quæcumque enim modo voluntas ejus sive scripta sive non scripta] Et scripta quidem valebit etiam nullis testibus adhibitis; nuncupata duobus probari poterit. Quinimo militi jamjam in hostem pugnaturæ vagina clypeus pulvis humus chartæ vel tabularum loco esse possunt, & nota pro literis, l. 40. hoc tit. sanguis pro atramento, ensis pro stylo penca aut calamo, l. 15. C. cod. Ceterum hoc casu crediderim aliquo opus esse testimonio ut de eo constare possit; cum vix sit ut ex hujusmodi scriptura manus alicujus agnosci queat aut per comparisonem literarum probari. Etsi enim voluntas militis quomodocumque declarata rata est: ea tamen legitimum probationibus ostendi debet, d. l. 40. quod & Joann. Faber notat.

Vel suis adibus] Ita etiam legitur in utraque modo allegata constitutione, & l. ult. C. de

de post. rev. in Basilicis, teste Cujacio, in suis adibus sicut (in suis adibus). Theophilus pro eo habet, in τοῖς ἀρχαίοις αὐτοῖς ἐσθῆσιν (in his quæ sedeta vocantur) Sed vera autem esse Hottomannus scribit quæ Latini statura appellant. Ant. August. in l. 18. C. de Episcop. aud. vertit stationes. Suidas fossata esse tradit; & ita ἐστῆρος apud Rufum de legib. milit. pro φοεστῆρος. Ego existimo, Theophilum intelligere loca omnia in quibus milites commorandi potius quam pugnandi causa habentur; puta hibernacula, aut ubi in præsiidiis sunt; ἢ ἡδὴ δῖαρον ἀπὸς ἀσχυρῶν (ubi eos agere oportet), sic enim ipse interpretatur, donec expeditio aliqua suscipiatur, sedes militum dicuntur, & ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. lib. 3. cap. 4. Ita exercitatus & aruditi in sedibus milites; cum ad expeditionem ex adversis convenerint locis &c. Idem eod. lib. cap. ult. Milites pæna & timor in sedibus corrigitur, in expeditionibus spes & præmia faciunt meliores. Atque hoc etiam loco non adibus sed sedibus Continius & Wembecius legunt: quomodo nonnullos etiam codices habere Viglius & Giphanius testantur.

5. Puto autem falsum esse Cujacium, qui ex facto consultus 49. respondit, milites etiam in hibernis & præsiidiis locatos ibidem jure privilegii sui testari posse. Nam qui sunt in hibernis aut præsiidiis neutiquam dici possunt esse in expeditione aut castris, quod tamen expresse requiritur & hoc loco & §. 1. inf. hoc cod. tit. Cessante autem causa privilegii & ipsum cessat privilegium, per vulgat. VINN. Cum Cujacio faciunt & alii, veluti Hœnon. in Inst. hoc tit. Gothoff. ad l. pen. C. hoc tit. Struv. exerc. ad ff. hoc tit. §. 4. Sed Vinnii tamen sententia magis consentanea est l. pen. C. hoc tit. juncta l. un. ff. de bon. poss. ex test. mil. Conf. Tim. Fab. disp. anniv. 18. §. 16. HEIN.

6. Et si filisiam, sint &c. jure tamen communi] Ex his verbis Porcius colligit filiosfam. jure militari testari non posse: quo nomine merito reprehenditur a Viglio. Locus planus est & apertus. Restrinxerat ante privilegium militibus datum ad ea tempora quibus occupati sunt in expeditionibus; ne quis vero ex eo putaret milites & maxime filiosfam. alio tempore non posse testari ullo modo, subjecit, posse quidem etiam milites extra castra & expeditionum occupationes testari; & posse etiam filiosfam. de quibus solis, cum a privilegio militari recesseris, juste dubitari

poterat, sed non aliter omnes, & filiosfam. de castrensi peculio tunc posse quam jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator filiosfam. milites in expeditione occupatos jure militari testari posse, sed ait, eos etiam cum in expeditione non sunt testari posse; verum tunc non aliter quam jure communi: significans eos idem jure utrobique habere quod patresfam. stipendia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quam inepti sint qui militibus Oidum quorundam, veluti Teutonici, Rhodii aut Malensibus privilegium jure militari testandi asserunt, quasi ulla in hac causa ratio habita sit nudæ dignitatis aut militiæ honorariæ. Vid. Duar. in hunc tit. cap. 3.

Paganorum] Pagani proprie dicti rustici villani, χαρῆραι, sive vicani. Hic autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes ἀγροῦργοι (à militia immunes). Peculium paganum & castrense, in paganicis & in castris ἀγροῦργα (opposita). A scriptoribus Ecclesiasticis & in constitutionibus Imp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credible est, inde nata, quod cum urbem ferre omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu post in agris & pagis hæsit religio gentiilis & reliquæ ethnicis. VINN. Alii paganos dictos Deorum cultores existimant, quod Christo non militent. Sed Vinnii ratio solida est. Nam & Orosius in præf. lib. 1. Ex locorum, inquit, agrestium compitiis & pagis pagani vocantur. Et Prudent. in Roman. v. 296. eos ideo vocat pago deditos, itemque pago implicitos, adv. Symmach. lib. 2. v. 620. HEIN.

TEXTUS.

Rescriptum D. Trajani.

1. Plane de testamentis militum dictus Trajanus Catilio Severo ita rescripsit: Id privilegium quod militibus datum est, ut quocumque modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse: quod & sine scriptura & a non militibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus ut voluntatem suam restaretur, ita locutus est ut declararet quem vellet sibi heredem esse & cui libertatem tribueret: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus

ejus rata habenda est. Ceterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui: Ego te heredem facio, aut bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest quam ipsorum quibus id privilegium datum est ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent qui affirmarent se audisse dicentem aliquid relinquere se bona cui visum sit; & per hoc vera judicia subverterentur.

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

COMMENTARIUS.

- 1 In scripto militis testamento testibus opus non esse; in nuncupativo contra.
- 2 Quos testes à milite per nuncupationem testante adhibendi.
- 3 An rogatio testium in testamento militari necessaria sit.

[*Joan Trajanus ita rescriptis*] Recitatur hoc rescriptum à Florentino in l. 24. hoc tit. Sententia rescripti hac est, voluntatem militis qualemcumque, etiam eam quam sine scripto protulit, pro testamento observari; ceterum prius esse ut constet appareatque serio atque animo testamenti faciendi militem verba pronuntiasse. Hoc ut doceatur ipsorum militum maxime interesse ne vera & seria eorum judicia subvertantur.

[*Et à non militantis quoque*] Giphanius legendum putat demta negatione, à militantis: quia, ut ait, alienum sit hic agere de non militantis. Sed ratio ista tanti non est ut properec à consentiente omnium Codicum lectione, quæ & Pandectarum Florentinarum auctoritate confirmatur, recedendum sit. Non militantium autem ideo mentio fit, ut ex eo quod his concessum est, arguatur quod militantis licere debeat. Argumentum à pari est: Si licet non militantis sine scriptura testari (intellige secundum solemnitatem quæ jure communi in testamento non scripto requiritur): etiam militantis licere debet eodem modo testari, scilicet citra solemnitatem. Nam, ut ex verbis rescripti patet, consultus fuit Trajanus de testamento militis quod heredes ab intestato eo pretextu impugnabant quod id sine scriptura factum esset. Atque ita quoque Theophilus, quem falso Giphanius aliter legisse existimat. Fabrotus in not. ad Theoph. mavult legi: ut à non militantis

quoque, quod valde placet. Vinn. Sed sensus idem manet si ET retineas. Nihil ergo opus est emendatione. Hein.

1. *Convocatis ad hoc hominibus*] Ex his constitutionis verbis triplex orta controversia est: una de necessitate adhibendorum testium in testamento militis: altera de numero: tertia de eorum rogatione. De prima assentior Viglio Cujacio Hotom. Bachov. scilicet interesse utrum miles per nuncupationem & sine scriptura testetur, an per scripturam: in nuncupatione omnino testibus opus esse, quod etiam hic locus expresse exigit; & quomodo alioqui de voluntate militis voce prolata constare poterit? In scripto autem testamento etsi nulli testes à milite adhibiti sint ratam tamen esse militis voluntatem, utpote de qua per scripturam & manum ipsius testatoris, quæ legitima probatio est, constare potest. Nihil autem amplius exigitur quam ut de voluntate militis quocumque modo testata constet.

2. De numero testium adhibendo à milite per nuncupationem testante sic sentio: neque unum testem (quod putat Theophilus) sufficere, neque plures exigi quam duos. Illud, quia constitutio plurali numero utitur, neque unius testimonium legitimum est, quale tamen omnimodo requiritur, l. 40. hoc tit. Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta est, l. 12. de testib. Atque ex ratione juris gentium, quod solum in testamentis militum consideratur, ad probationem alicujus actus duorum testimonium sufficit.

3. De rogatione testium, quod tertium erat, eam non existimo in militari testamento esse necessariam. Primum, quia rogatio illa est illa pura pura solemnitas, in militaris autem testamentis solemnitates omnes remissas; deinde quia hæc omnium solemnitatum scrupulosissima est & subtilissima, longissimaque recedit à simplici ratione juris gentium, quæ sola regula est militarium testamentorum. Denique contraria sunt, dicere nudam & simplicem voluntatem sufficere & desiderari rogationem. Quamobrem non dubio quin falsum sit quod Hotomannus post Joand. Platea & Angelum scribit, ne militem quidem sine certa testium advocacione, monitorum ut ei actioni operam dent, testamentum conficere posse. Nihil certe Hotomannum juvant verba hujus text. *convocatis ad hoc hominibus*: quippe quæ hic non dispositive sed narrative tantum ponuntur, atque ut exemplo alioque declararetur quomodo de militis voluntate sine scriptura testati certo constare

pos-

possit. De eo enim præcipue hic agitur, atque hoc tantum caveatur ne quilibet militis sermo temere pro vero ejus judicio capiatur, cum sæpe soleant homines, præsertim merito alicujus provocati, jactare & dicis causa aliquid proferre ac civiliter magis quam ex animo loqui. At ubi certo ex circumstantiis liquet serium esse quod miles prolatus est, & profectum ab animo testamentum condere volentis, voluntas ejus etiam ex hac ipsa constitutione servanda est. Atque ut certius de eo constare possit concedamus, si testes ad hoc specialiter sint convocati aut cum alterius rei causa convenissent, præmoniti cui rei eos adhiberi placeret: constare tamen etiam potest sine formali ista sive rogatione sive præmonitione. Quid enim si miles forte postidie in aciem educendus in tentorio præstitit aliis quod militationibus suis diceret: Ego Titium heredem facio, & quæ rei non mihi testes esse volo? Certe hic præter testium fidem nihil requiritur aut requiri ex ratione juris gentium potest. Postremo si paganus rogandi testes necessitas in codicillis remissa est, l. ult. in fin. C. de codicil. quanto minus in testamento militis ea requirenda, quod is ipsis etiam legibus quibus codicillos constitutio civilis adstringit solum est?

[*Plerumque sermonibus fieri solet*] Pura in conviviis ciculis ac congressionibus familiarium, ubi nonnumquam leviter quædam effundimus & jactamus magis quam serio agimus aut loquimur. Et male ergo hinc colligit Hotomannus, ut ratum sit & pro testamento servandum quod miles nuncupavit non tam pendere ex militis voluntate, quam tantum serio testibus exposita, quam ex convocacione testium & testimonii denuntiatione; cum hoc tantum hinc recte colligatur, non quævis sermonem militis quocumque loco coram quibusvis prolatus pro testamento continè habendum esse; sed inspicendas esse circumstantias, nec aliter quam si ex his appareat animum condendi testamenti militem habuisse ratam esse oportere quod pronuntiaverit. Atqui de eo etiam constare potest sine testamenti denuntiatione. Et qui de præsentia sua falso denuntiat eadem opera se vocatos & rogatos esse mentientur.

[*Vera judicia subvertentur*] Quamobrem merito notatur Domitianus quod alienissimas hereditates confiscabat vel uno existente qui diceret audisse se ex defuncto cum viveret heredem sibi esse Casarem. Sueton. in Domitiano cap. 12. Boni Principes ex jactatione aut nu-

da alicujus voce hereditatem numquam admiserunt; l. ult. qui test. fac. l. pen. de her. inst. l. 22. §. 2. de jur. sic. §. ult. Inst. inf. quib. mod. test. inf.

TEXTUS.

De surdo & muto.

2. *Quinimo & mutus & surdus miles testamentum facere potest.*

COMMENTARIUS.

- 1 Natura surdos & mutos in militia legi non posse.
- 2 Quæ natura voce & auditu privavit, eidem denegare & facultatem testandi.
- 3 Eos quoque qui casu aliquo surdi & surdi facti sunt supra condere non posse, nisi scirent sciant.
- 4 Notatur oscitantia Compositorum.

Hic §. male à veteribus Interpretibus, Joann. Fabro, Porcio, Aretino acceptus est de eo milite qui natura surdus & mutus est. Nimirum cum paganus miles & surdus quibus non naturalis calunitas sed morbus superveniens vocem abstulit auresque conclusit permissum sit testari, modo ei quibus hoc accidit scribere sciant, l. 10. qui test. fac. putaverunt illi, hic militibus aliquid jure singulari concedi quod jure communi ceteris denegatum est: videlicet posse milites etiam mutos & surdos natos ex privilegio testari, ut voluntatem suam per signa ostendant: cujusmodi signa ajunt intelligi & explicari posse à his qui cum muto & surdo familiariter vixerunt.

1. Sed primum bene à Viglio ceterisque melioris ævi Interpretibus observatum est, naturam mutum & surdum in numeros recipi aut in militia legi non posse, utpote qui nec sacramentum præstare nec imperium Ducis aut signa audire testeraime accipere & reddere queat; ejusque rei etiam argumentum est, quod milites qui in hac calamitatem inciderunt ob eam causam ut bello inutilis dimitti solent, l. 4. hoc tit. *ἀποκρίνεται*, inquit Theophilus, *τῶν τῶν ἰσχυρῶν* (absurdum enim est ejusmodi homines militare).

2. Deinde non minus absurdum est quod putant, eum quem utraque illa facultate natura orbavit testamentum facere posse: nam de signis quod asserrunt commentum est. Quæso enim, quibus signis is cui nec audire nec

Aaa

lo.

loqui à natura datum est sententiam suam de eo quod post mortem fieri velit alteri explicare possit, qui, ut ipse Faber fatetur, ignorat quid sit testamentum? Ac proinde etiam magis (incredibile) hoc Fabro videtur, nobis autem aduersus (impossibile); cum quod natura negavit beneficio Principis concedi non possit. Quod cum probe animadverteret Jason in *add. ad Porc.* locum hunc repudiato exemplo communi accipiendum credit de iis militibus qui ex accidenti, accepto pura vulnere aut morbo aliquo in castris affecti, facultatem loquendi & audiendi amiserunt.

3. Et quia paganus etiam casu aliquo mutis & surdis factis si literas sciat testari concessum est, *d. l. 10. C. qui test. fac.* privilegium militum isto vitio affectorum in eo consistere putant, quod iis etiam si scribere nesciant testari liceat & heredem pro noxas aut signa demonstrare; quod etiam Cantuinculæ placere video. Verum enimvero qui literis non potest, quibus ille notis certam dabit (hoc enim omnino necessarium est ex constitutione Trajani) voluntatis suæ supremæ significationem? Signis vero testari quemquam mortalium posse uti nusquam traditum est ita nec admittendum ut possit. Nam cum nulla signa idonea sint ad voluntatem ultimam alteri certo significandam, in re tanti momenti fides habenda esset divinationi quorundam ineptorum hominum pro arbitrio suo huiusmodi signa temere interpretantium. Putaverunt igitur alii, nullum hic novum privilegium proponi, sed idem illud de quo supra dictum tantum porrigi ad eos milites qui muti & surdi facti sunt, ut nimirum his etiam liceat ante causariam missionem in numeris manentibus iure militari testamentum facere contentis solemnitatibus juris communis, *d. l. 4. hoc tit.* ne quis forte putaret defectum sensus ac loquelæ solemnitate juris supplendum, aut quia ob id vitium mox dimittendi sunt privilegio uti non posse. Sed nimis evidenter hoc loco novum privilegium profertur, quod ad personas militum & potestatem testandi non tantum ad formam & remissionem solemnium pertinet.

4. Ego arbitror peccatum hic aliquod esse oscitantia Compilatorum. Certum est, olim paganum mutum aut surdum testamentum facere non potuisse, nisi ut liceret sibi facere specialiter à Principe impetrasset, *l. 7. qui test. fac.* militem autem mutum & surdum potuisse circa novam concessionem ex

privilegio militari, *l. 4. hoc tit.* Nec minus hoc certum habeo, neque paganum mutum simul & surdum natum aut factum quidem sed qui scribere nesciret hoc unquam ex specialia gratia obtinere potuisse: quippe qui nec petere hoc potuit, neque militem in casu simili habuisse ex privilegio. Justinianus primis generali lege surdis & mutis (exceptis iis quos modo dixi) facultatem testandi dedit, *d. l. 10. C. qui test. fac.* ex quo cum etiam pagani hoc jus haberint, id inter privilegia militaria, ut olim, amplius referri non debuit. Cum igitur nihilominus appareat id hoc loco factum esse à Compositoribus, oportet eos, cum hæc vel ex responso Ulp. in *d. l. 4.* vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse constitutionis illius Justinianæ: quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subscriptione, Fallitur autem Bachovius qui eam etiam primum edita sit biennio post editionem illius Codicis, anno scilicet primo post consulatum Lampadii & Orestis, *VIND.* Justo sapius Compilatores vellicat Vinnius nosser, & aliquando nihil tale meritis. Possunt surdi & muti pagani testari si vitium sit discretum; milites etiam si conjunctum, dummodo quid agant intelligant. Illi non nisi in scriptis; hi & notæ. Quidni enim miles vulneratis amisso lingue & aurium usu presentibus commilitonibus signis quibusdam evidentissimis ostendere possit quas res suas cuius relinqueret velit, si rationis usus ipsi salvus sit? Denique nec opus est ut id militibus vulneratis mortuis ante missionem concessum dicamus. Nihil enim impedit ut questio hæc oriri non possit si in eo periculo testatus miles missionem impetravit, & paulo post ex vulnere decessit.

HEIM.

TEXTUS.

De militibus & veteranis.

3. Sed hætenus hoc illis à Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militantes & in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra alii, si faciunt ad hoc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum iure id facere debent. Et quod in castris fecerit testamentum non communi iure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum post decesserit, conditio autem heredi adscripta post

an-

annum extiterit? an quasi nullius testamentum valeat? Et placet valere quasi nullius.

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

COMMENTARIUS.

1. Falli tam eos qui putant hoc §. solum pertinere ad milites surdos & mutos milita missos, quam qui negant ad hos pertinere omnino.
2. An & quatenus milites capite damnati iure militari testandi licentiam retineant.
3. An hoc pertineat qui successoribus acceptis militare desinunt.

1. Nulla ratio est cur dubitemus utrum hic §. cum superiore connectendus sit, referendusque solum ad milites mutos & surdos, an generaliter ad omnes militia missos. Quippe cum iustior causa dubitandi sit de mutis & surdis propter incertitudinem voluntatis eorum quam de reliquis; & quotquot sunt hæc de re loci in *π.* illi generaliter loquuntur de omnibus qui honestam vel causariam missionem meruerunt, *ll. 21. 26. & 38. hoc tit.* neque absurdum est aut superfluum repeti quod semel dictum est, si id fiat alterius rei significandæ gratia quam quæ præcessit, ut fit hoc loco. Sunt ex contrario qui putant, ea quæ hic traduntur ad mutos & surdos milites dimissos aut extra castra versantes non pertinere; sed eos etiam post missionem aut alibi degentes retinere facultatem iure militari testandi: quod, ut unus error plerumque plures parere solet, ex eo natum est quod crediderunt, mutos & surdos milites sive ita natos sive factos etiam literarum ignaros iure militari testandi licentiam habere; quos si missos dicamus, non aliter testari posse quam iure communi. Negamus eos ullo modo posse testari: quia nec possunt iure communi, *l. 10. qui test. fac.* & hoc verissimum est: falsum autem quod pro vero assumunt, posse ejusmodi mutos & surdos iure militari testari, ut abunde probavimus §. præc.

2. Post missionem vero] Huic rei obstare videtur, quod etiam si miles qui capite damnatus est iure militari testandi licentiam habet, *l. 11. hoc tit.* qui tamen maxime pro misso & exactioriter haberi debet. Non unum est quod hic respondeatur. Nam primum miles capite damnatus privilegium testandi non retinet nisi id nominatim sententiâ comprehensum sit, *l.*

22. §. 1. de legat. 3. aut petierit & impetraverit ut sibi iure militari testari liceret, *l. 32. §. 8. de donat. int. vir. & ux. l. 6. §. 6. de injust. rups. irr. test.* Deinde nec si miles retinet qui ex delicto communi capite puniri meruit, sed tantum qui ex militari, *dd. ll. & l. 1. de vet. & mil. succes.* nec eo quovis: non eo quod fidei sacramenti rumpat, *d. l. 11. hoc tit.* verum ex leviori aliquo; sunt enim multa militia delicta minus atrocita, quæ tamen ut capite puniantur rigor disciplinae militaris postulat. Denique testandi jus hic tantum conceditur de bonis castrensibus quæ non vindicantur Fisco, sed ab intestato ad proximos cognatos pertinent, *d. l. 1. & l. 2. de vet. & mil. succ.* quos cum unicuique permissum sit à successione sua excludere facto testamento, id militi etiam in proposita specie permitti placuit.

In annum etc.] Testamentum in castris iure militia factum jus suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eousque dum institutionis conditio extiterit, *ll. 21. 26. & 38. hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus Reip. causa quales etiam sunt milites concessa post reditum usque ad annum perseverant, §. 2. *Insta. supr. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandocumque existens retro trahitur arque exinde perinde habetur ac si ab initio pure institutio facta fuisset, *l. 26. de cond. inst. l. 11. §. 1. qui prior. in pign. l. 6. de per. & com. rei vind.* Ceterum missionem intelligi oportet vel honestam quæ emeritis stipendiis indulgetur, vel causariam quæ propter valetudinem. Nam eorum testamenta qui ignominia causa missi sunt statim desinunt militari iure valere, *d. l. 1. 26. hoc tit.* Consule de hoc *l. 2. §. de his qui int. infam.* Lipsium in *lib. 1. annal. Tacit.*

3. Quasitum est, an quod hic traditur etiam ad eos pertineat qui non missionem sed successoribus acceptis militare desinunt, quales sunt duces exercitus, tribuni cohortium aut legionum vel præfetti: nam testari quidem hos omnes iure militari posse quamvis exercitui legionibus aut cohortibus presunt certum est *ll. 20. & 25. ff. hoc tit. l. 4. C. eod.* Et Africanus respondit non pertinere, sed statim autem successorem accepissent horum testamenta iure militari valere desinere, *d. l. 1. 21. hoc tit.* At autem non pertinere, quantum ad verba constitutionum atinet, et de missis loquuntur non quibus successor datur. Quid si igitur nos cum Cujacio ad *d. l. 1. trafr. 4.*

ad African. tentemus ex sententia constitutionum etiam ad hos beneficium illud pertinere. Cur enim verba legum capamus? Aut quid in proposito refert utrum quis dimittatur an successorem accipiat? Certe Ulpianus non dubitat edicendum de his qui notantur infamia, quod de missis loquitur, ad eos extendere quibus successores dantur, *d. l. 2. §. 2. de his qui not. infam.*

TEXTUS.

Si testamentum factum ante militiam.

4. Sed & si quis ante militiam non iure fecit testamentum, & miles factus & in expeditione degens resignavit illud, & quadam adfectu sive detraxit vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere hoc testamentum quasi ex nova militis voluntate.

COMMENTARIUS.

1. Testamentum non rite à pagano factum iure militia valere si is miles postea & in castris degens recenti aliquo iudicio priorum voluntatem comprobaverit.
2. Si nulla nova voluntatis declaratio intervenit testamentum illud ad privilegia militum non pertinere.
3. Ulpianus secum & cum aliis conciliatur.

1. Aliud privilegium militare spectans confirmationem testamenti ante militiam non iure ordinati, quod tale est: si quis cum paganus esset testamentum non iure communi civium fecit, & postea cum militare cepisset in castris aut expeditione degens quovis recenti iudicio & sive voce sive facto aliquo declaraverit se id testamentum valere velle, valebit ex nova militis voluntate; atque ita videbitur testatus per relationem. Est vero hoc superiori omnino consequens; nam cum militi nuda voluntate testamentum facere permissum sit, ei etiam permitendum fuit testamentum quod ante militiam fecit nuda voluntate postea comprobare; quoniam hæc militis voluntas testamentum est, *l. 1. in fin. pr. l. 15. §. 2. hoc tit.*

2. Resignavit illud & quadam adfectu sive detraxit vel alias manifesta &c. Ad confirmationem testamenti quod quis inutiliter ante militiam fecit uti nihil amplius requiritur quam ut miles postea factus tempore expe-

ditionis id valere voluerit, ita etiam necesse est ut hoc nova aliqua testatione voluntatis declarat. Duo enim semper in omni militari testamento exigimus: ut de voluntate militis constet: ut in expeditione testatus sit. At in proposito neque de voluntate militis constare potest si nulla nova testatio intervenit, quia potius tunc censendum esse priorem inutilem voluntatem qualem esse sciebat talem manere voluisse; nec dici potest in expeditione testatus à quo neque factum quidquam est neque dictum quod ad probationem prioris voluntatis pertineat. Enim vero non præcise requiritur ut miles recentem voluntatem aperte & verbis declaret, sed sufficit eam re aliqua & facto significari unde commode intelligi possit: cuiusmodi facta sunt, si testamentum resignaverit legitime ac rursus suo signo signaverit, si aliquid adjecerit detraxit interleverit induxerit emendaverit. Alterutrum autem horum omnino necessarium est ut hic locus aperte ostendit & apertius adhuc Jurisconsultus, *l. 20. §. 1. hoc tit. diserte scribens*, si nihil eorum que diximus intervenierit testamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus similia leguntur in *l. 38. §. 1. in fin. eod. l. 8. §. 4. de jur. eod.* Omnium autem apertissimus in hac sententia locus est Marcelli in *l. 25. hoc tit.* ubi sic scribit: *Testamentum quod (Titius) ante tribunatum fecisset, nihil si postea ab eo factum dictum esse probaretur, ad jus commune pertinet. Constitutionibus enim Principum non militum testamenta sed que à militibus facta sunt confirmantur.*

3. Cur igitur in re manifesta laboramus? Propter responsum Ulpiani quod exat in *l. 15. §. 2. eod. tit.* in hæc verba: *Testamentum ante militiam factum à milite, si in militia detraherit, iure militari valere si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit.* Ecce, non novam hic voluntatis declarationem Jurisconsultus exigit sed tantum ut nulla contraria voluntas secuta sit; atqui hoc etiam tunc fit cum nulla omnino secuta est. An dicimus, Jurisconsultum loqui non de eo qui cum paganus esset testamentum fecit, sed de milite qui testatus est ante militiam? Ita quidem Gloss. Joann. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo quomodo miles dici possit ante militiam testamentum fecisse, nisi militem accipiat *κατ' ἀναφορὰν (relativam)* qui nunc miles est cum tempore facti testamenti esset paganus; nec ulla Ulpiani verba;

testamentum ante militiam factum à milite, aliter accipi debent aut possunt, quam si dixisset testamentum à milite factum antequam miles esset seu cum adhuc esset paganus: quibus etiam verbis ille ipse utitur idem hoc rescriptum D. Pii referens in *l. 9. §. 1. eod. Hoc cum animadverteret Franciscus Hotomannus, *ἀντινομίας (legum contradidionem)* esse pronuntiavit, quod secutus est Ant. Matthæus. Verum enimvero si hic antinomiam admittimus ubi non admittimus? Mille loci sunt in quibus major in speciem cum aliis pugna est quam in loco Ulpiani cum iis quos antea allegavimus. Fateatur Hotomannus, Julianum Marcellum Paulum atque adeo ipsi Justinianum hoc loco exigere argumenta recentis iudicii & prioris apertam comprobationem; sed ait, ita jus vetus fuisse, novum autem constitutum esse à D. Pio sola tacurnitate, quasi perseverantia iudicii contentio, quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob causam etiam Justinianum reprehendit, quod contra quam in procemio recepit, jus obsoletum hic nobis obtulerit. Si à solo Juliano, qui ceteris antiquior fuit, id proditum esset poterat videri speciem aliquam veri habere quod Hotomannus dicit. Sed cum etiam Marcellus, quo consiliario usum esse D. Pium testis est Capitolinus, & post hunc etiam Paulus, qui assessor Papiniani & Ulpiani in assessura collega fuit, auctore Lampriديو in *Alexand.* idem affirmant: nullus color relinquatur qui opinioni Hotomanni prætexti queat. Utique enim nimis purum esse dicere, aut ignorasse eos jus quod à D. Pio constitutum erat, aut contra expressam constitutionem Principis respondisse. Quin etiam ipse Ulpianus in *l. 9. §. 1. hoc tit.* diserte in hac eadem specie exigit prioris voluntatis expressam approbationem, idque, ut testatur, secundum D. Pii rescriptum. Ait enim, testamentum factum à pagano qui postea militare cepit iure militari valere, si miles factus hoc maluit, ut à D. Pio rescriptum est. Quid vero hoc aliud est quam si dixisset, si miles factus iudicio aliquo novæ voluntatis ostenderit se id velle valere? Significatio certe sunt verba Jurisconsulti quam ut de simplici silentio aut voluntate in mente recentia intelligi possint. Atqui idem rescriptum est, idemque auctor qui ejus emit in *d. l. 15. §. 2. eod.* ut proinde eumdem utrobique etiam sensum esse, licet verba diversa sint, oporteat. Quod cum dicimus, hoc dicimus, verborum in *d. l. 15. §. 2. si mili-**

373
tis voluntas contraria non sit; & illorum in *d. l. 9. §. 1. si hoc maluit miles*, unam eandemque esse sententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata esse constat ad rem unam eandemque significandam. Plus nimirum sensit Jurisconsultus in *d. l. 15. §. 2.* quam expressit; quod cum manifestum sit tum ex aliis locis tum ex *d. l. 9. §. 1.* que est ipsius Ulpiani: cur verba urgentur, que & ipsa insuper ambigua sunt, & sic quoque accipi possunt non ut nulla nova voluntas exigatur, sed ut saltem aliqua que tamen priori contraria non sit sed eam confirmet? Quamobrem miror quid Hotomanno & Ant. Matthæo, summis alioqui viris, in mentem venerit, quod eos qui ajunt Ulpianum & secum & cum ceteris de re proposita convenire, contentiones quam veritatis cupidiosiores esse tam præcipites pronuntiaverint.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus.

5. Denique & si in adrogationem datus fuerit miles, vel filius familias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet, nec videtur capitis deminatione irritum fieri.

COMMENTARIUS.

Jure communi testamentum irritum fect enim minima capitis deminutione testatoris, puta si se adrogandum dederit, *S. 4. Inst. inf. quib. mod. test. inf.* militare non item. Sed & si filiusfamilis, miles à patre in adoptionem datus fuerit aut emancipatus, placet testamentum ejus valere, nec capitis deminutione irritum fieri, *l. 21. & l. 1. §. 1. de test. inf.* Ut autem hic questionis locus sit, oportet testamentum factum statuatur de bonis castrensibus. Nam filius quidem familias de aliis bonis testari non potest; pater autem familias de bonis testari si tamen de omnibus bonis testatus sit, necesse est tale testamentum infirmari per adrogationem: quippe cum quidquid extra peculium castrense est id adquiratur parti adrogatoris qua de causâ etiam Jurisconsultus in *l. 23. hoc tit.* expresse meminit militis de castrensibus dumtaxat rebus testari. Quamvis autem quod hoc loco & *d. l. 21. & l. 1. §. 1. de test. inf.* proponitur inter privilegia militaria referatur: idem tamen postea neglecta subtilitate juris productum videtur ad veteranos iure communi de bonis castrensibus testantis, *l. 1. §. 1.*

§. 5. de bon. post. rec. tab. l. 6. §. ult. de injur. rupt. testam. VINN. Hodie non puro minima capitis deminutione testamentum solvi etiam paganorum. Vid. Gloss. fin. ad l. 18. tit. 1. Part. 6. ADDIT.

TEXTUS.

De peculio quasi castrensi filiiisfam. testari permissum, sed jure communi.

6. Sciendum tamen est, quod cum ad exemplum castrensis peculii tamen anteriores leges quam Principales constitutiones quibusdam quasi castrensis dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degenibus testari, nostra constitutio id latius extendens permittit omnibus in hujusmodi peculio testari quidem sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est nihil eorum que ad praesum jus pertinent ignorare.

L. 13. tit. 1. Part. 4.

COMMENTARIUS.

1. Privilegium jure militari testandi etiam nostri temporis militibus competere.

DE differentia & qualitate peculii filiorumfamil. actum §. 1. Inst. per quas peri. cuig. ad q. hic tantum quaedam moneatur propter id peculium quod ad exemplum castrensis filiiisfam. concessum fuit, olim eorum quibusdam dumtaxat cum potestate de eo testandi, à Justiniano cum eadem potestate omnibus, l. ult. C. de inoff. test. l. ult. C. qui test. fac.

Anteriores leges] Pandectas intelligo cum Cujacio. Etenim etiam ea que legibus continentur de hoc quasi castrensi peculio non esse ex lege aliqua ad populum lata sed ex constitutionibus, argumento est, quod ipsum peculium castrense, cujus exemplo comparatum est quasi castrense, ex constitutionibus est. In Pandectis autem non semel tantum, aut ad summum iterum, ut falso Mysingerus existimat, sed sæpius hujus quasi castrensis peculii mentio fit, ut in l. 1. §. 6. de senat. Trib. l. 3. §. 5. de bon. post. l. 1. §. 15. de collat. l. 7. §. ult. de donat. VINN. Recte Vinnius negat peculium quasi castrense esse ex lege liberæ Rep. condita, si de vocabulo questio sit. Id enim omnino inventum ad exemplum peculii castrensis. Res ipsa tamen

LIB. II. TIT. XI.

locum habuit in Virginitibus Vestralibus, Flaminibus Dialibus aliisque sacerdotibus qui veteri ritu capiebantur. Gell. lib. 1. cap. 12. Hi enim licet patriæ potestati subessent, tamen poterant de peculio suis testamentum condere. Dicuntur quidem patriæ potestate existisse, Ulp. in fragm. tit. 10. §. 5. sed Gellius addit: sine capitis deminutione, ne eos jura familiaris amissionis existimes. Cum itaque hoc privilegium Sacerdotum admodum simile fuerit ei quod postea constitutionibus Principum filiiisfamilias in peculio quasi castrensi datum novimus: non absurde existimari poterit, has anteriores leges, hæc scribenti vel Triboniano vel Gajo vel alii cuicumque veteri JGo Antiquitatis gnaro in animo fuisse. HEIN.

Quam Principales constitutiones] Constitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam extant in posteriore Codice, l. 7. C. de assess. l. 4. C. de ado. div. Jud. l. un. C. de cast. omni. palat. pec. l. ult. C. de cast. pec. lib. 12.

Et horum quibusdam] Veluti consulibus proconsulibus legatis & præsidibus provinciarum, ceterisque in universum omnibus qui potestati erant in eminentiore aliquo dignitatis aut administrationis gradu; patronis vero causarum, memorialibus, agentibus in rebus, magistris liberalium artium, archiatris & id genus aliis in tam ampla dignitatis non constitutis, ea quidem que hujusmodi operum Reipub. navantes paraverant plena proprietate concessa fuerunt, ut hæc etiam patre mortuo quasi peculium quoddam castrense præcipere; ceterum jus de his rebus testandi eis datum non fuit, l. ult. C. de inoff. test. Hinc apparet, non satis validum esse argumentum quo nonnulli filiiisfamilias jus testandi defendunt etiam in peculio adventitio illis casibus quibus plena ejus proprietatis illis concessa est: de quo amplius tit. proxime seq.

Testari quidem sed jure communi] D. l. ult. C. de inoff. test. d. l. ult. C. qui test. fac. Quare filiiisfamil. omnes qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Justiniani quod filiiisfam. veterari in peculio castrensi jure autem militari testari non possunt; hoc enim privilegium illi soli tributum est qui sub armata militia stipendia merent; neque simpliciter, sed tunc cum expeditionum laboribus occupantur, ut inepti sint qui hoc extendunt ad alias militiæ species, togatæ scilicet aut alias imperiæ, cujus crebra mentio in tribus posterioribus libris Codicis. Illud nihil referre, utrum quis

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAM.

quis pedes mereat an eques. In classibus omnem naturæ & remiges milites sunt, l. un. §. 1. de bon. post. ex test. mil.

1. Quidam negaverunt privilegia jure militari testandi competere militibus nostrorum temporum, eo quod vetus ratio legendi & ritus assumendi militem in desuetudinem abiit. Sed hoc argumentum nullius momenti est; durat enim nihilominus causa privilegii, laborum & periculorum functio cum in expe-

ditionibus sunt, ubi armorum strepitus vocem juris civilis eos audire non patitur. Vigil. ad rubr. bic. Gall. 2. obs. 118. Vaud. 1. 9-55. Christin. volum. 4. decis. 3. Sichard. ad rub. C. hoc tit. n. 9. Grass. §. substitutio quest. 66. Groc. 2. introd. 7. Perex. C. de test. mil. in fin. VINN. Milites apud nos hoc privilegio gaudere manifestum est tum ex d. l. 4. tit. 1. Part. 6. tum ex Ordinationib. Milit. tract. 8. tit. 11. art. 1. & seqq. ADDIT.

TITULUS XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Dig. lib. 28. tit. 1. Cod. lib. 6. tit. 22. Et ll. 13. 14. 15. 16. & 17. tit. 1. Part. 6.

1. Ut testamentum consistat quamvis in persona testantis requiratur.
2. Damnatos capite olim certo jure testandi facultatem amittere.
3. An novellis legibus ab eo jure recessum.

REditus ad jus commune. Dissertuit tit. 10. de forma & modo testandi: progreditur nunc ad personam testantis, quod est alterum ex tribus illis que in omni testamento consideranda esse diximus sub rub. d. tit.

1. In persona testantis duo exiguntur: unum est, ut condicione sit civis Romanus; quod indicat primum & secundum caput legis Falciæ, l. 1. ad leg. Falc. Proinde testamentum facere non possunt peregrini aut ad peregrinationem redacti, ut deportati, l. 8. §. 1. & 2. qui test. fac. l. 1. §. 2. de legat. 3. nec servi aut capti ab hostibus, d. l. 8. §. ult. l. 16. hoc tit. §. ult. Inst. inf. eod. nec obediens, nisi eis permittatur, l. 11. eod. ac ne is quidem qui de statu suo & condicione incertus est testari potest, l. 14. & seq. eod. l. 1. in pr. de legat. 3. Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo patrem. de quo statim in pr. hujus tit. Qui patresfamiliarum sunt omnes testamentum facere possunt, exceptis iis qui voluntatem suam recto certoque judicio significare aut exprimere nequeant, de quibus in §. 1. & 3. seqq. nec non aliis quibusdam, quos lex ob delictum admissum aut apostasiam hæcissime nominatim testari vetat, l. 18. §.

1. l. 26. hoc tit. l. 3. C. de apostat. l. 4. C. de heret. & Manich. l. 6. & autb. seq. C. de incest. nupt.

2. Olim omnes capitali crimine damnati certo jure testamenti factionem amittebant, quoniam statim atque sententiam passi essent libertatem & civitatem perdebant, d. l. 8. §. ult. l. 6. §. 6. de injur. rupt. test. l. 12. l. 26. de pæn. hjo damnati: nam si quis indennatus, quantumvis post accusationem & in custodia decessisset, ejus testamentum valebat, l. 9. hoc tit. uti & damnati appellatione interposita, medioque tempore pendente appellatione testati & defuncti, l. 13. §. ult. eod.

3. Quaritur autem, an novellis legibus, Nov. 17. cap. 12. Nov. 22. cap. 8. item 134. cap. ult. unde autb. sed bodie C. de don. int. vir. & ux. & autb. bona C. de bon. proscript. ab eo jure recessum sit: Nam his constitutionibus & servitio pænæ tollitur, & bona capite damnatorum non publicantur extantibus liberis & parentibus. Sed tamen quia eis bona adiunguntur & in liberos vel parentes transferuntur, ne hodie quidem eos testari posse dicendum viderit, D. Tolden. bic. cap. 6. add. Salicet. in d. autb. sed bodie. Vassq. 3. contr. illust. 96. Grass. §. testamentum quest. 26. Clar. §. testamentum quest. 21. VINN. Apud nos capite damnatos testamenta facere posse præterquam de hisce bonis que fisco addita sunt expresse decisum est l. 3. tit. 4. lib. 5. Recop. quæ abrogat leg. 15. tit. 1. Part. 6. ADDIT.

De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ii qui alieno juri subiecti sunt testamenti faciendi jus non habent: adeo quidem ut quamvis parentes eis permisissent nibilo magis jure testari possint: exceptis iis quos antea enumeravimus, & precipue militibus qui in potestate parentum sunt: quibus de eo quod in castris adquisiverunt permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate Divi Augusti quam Nervae necnon optimi Imperatoris Trajani; postea vero subscriptione Divi Hadriani etiam dimissis à militia, id est veteranis concessum est. Haque si quidem fecerint de castris peculio testamentum pertinere hoc ad eum quem heredem reliquerunt. Si vero intestati decesserint, nulli liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex quo intelligere possumus quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus qui id in castris adquisierit: quamquam jure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur; exceptis videlicet iis quae ex sacris constitutionibus & precipue nostris propter diversas causas non adquiruntur. Praeter hoc igitur qui castris peculium vel quati castris habent, si quis alius filiofamilias testamentum fecerit inutile est, licet sua potestate factus decesserit.

L. 13. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Cur filiofamilias testamenti factionem non habent.
- 2 Cur ne patre quidem consentiente recte testentur, cum ita mortis causa recte donent.
- 3 An testamentum à filiofamilias factum cum consensu patris, propter adscriptam clausulam ut id valeat cujuscumque ultime voluntatis sit, saltem sustineatur in vim donationis causa mortis.
- 4 Intestato filio mortuo peculium castris jure Codicis ad patrem non redire jure peculii;

sed liberis & fratribus non extantibus jure successioni ad eum devolutum.

5 Peculio pagano adventitio cum castris communia.

6 Plenus ac plenus quam vulgo ostenditur filiofamilias. ne de iis quidem adventitiis testari posse, quorum fructus patri non quaritur.

7 An de his codicillos facere, aut sine patris consensu mortis causa hoc donare possit.

Quod alieno juri subiecti Lex XII. tabb. liberam testandi facultatem civibus concedens praecise ac definite de patribusfam. locuta est. Exat in eorum legis caput apud auctorem ad Herennium lib. I. cap. 13. in haec verba: *Paterfamilias uti legitur sit super familia pecuniarum sua ita jus esto.* Ex eo quod Decemviri hoc jus nominatim concesserunt patribusfam. hoc est, civi Romano qui sui juris est, satis intelligitur idem eos filiofamilias. permittere noluisse. Quoniam non potuerunt nisi ridicule testandi facultatem concedere nisi quod nihil suum habebat de quo testari possent: quippe notum est filiofamilias olim omnia parentibus quorum in potestate erant pleno jure adquisivisse; quae etiam ratio est ad Ulpian. in *fragm. tit. 20. §. 9.* duratque etiam nunc. Quidquid enim hodie filiofamilias proprium est, in eo non ut filiofamilias sed ut paterfamilias. consideratur. Et peculium quidem castris & quasi castris sub qualitate patrisfam. ei plenissimo jure concessum est; ceterum & in adventitio quodantenus vicem patrisfam. sustinet: cum aliqui ne proprietatis quidem hujus peculii penes cum esse posse; pugnatque cum conditione filiofamilias. aliquid proprium habere. Hoc autem posito filiofamilias. jus testamenti faciendi non habere, consequens est eos nec legatum aut fideicommissum relinquere aut codicillos facere posse: quippe quae iis demum permissa sunt qui & testamentum condere possunt, l. 2. de *legat. 1. l. 1. §. 2. de legat. 3. l. 6. §. pen. de jur. cod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quod filiofamilias. nihil habent proprium.

2. Quamvis parentes eis permisissent.] *L. 6. cod.* Atque hoc etiam ut consentiatum ex superiori deducitur. Etenim permissio illa patris non efficit ut filiofamilias incipiat esse paterfamilias. Lex autem XII. tabb. non aliis quam patribusfam. testandi potestatem concessit; eoque pertinet quod Papinianus scribit *l. 1. cod. Testamenti factio non privati sed publici juris est.*

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAM.

est; hoc est, jus testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed jure publico & legibus cuique tribuitur. Adde quod ne sic quidem filiofamilias. quidquam adquiritur de quo testari aut in quo heredem habere possit. Ex quo jam etiam efficitur ut nec consentiente patre codicillos facere legare aut fideicommissum relinquere valeat. Eadem enim utrobique ratio est. Ita igitur filiofamilias. nec mortis causa donare volente patre permittendum? Ita videri potest; cum mortis causa donationis per omnia fere ultimis voluntatibus comparetur, §. 1. *sup. de donat. l. ult. C. de mort. caus. don.* Placuit tamen posse filiofamilias. permittente patre mortis causa donare: nimirum quia donatio mortis causa etsi in plerisque jure ultime voluntatis censetur, in quibusdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habet, l. 35. §. 3. de *mort. caus. don.* maximeque in eo quod ad eam perficiendam traditione aut conventionione opus est, ut pleribus ostendimus in *d. §. 1. ac proinde hactenus etiam eodem jure cum conventionibus haberi, hoc est, privatorum arbitrio regi debet, perindeque habendum ac si pater ipse per interpositam filii personam donasset, in eoque usus esset filii ministerio, l. 9. §. 2. de donat. Atque hanc ob causam, etsi filii quoque persona in hac donatione spectatur, tum in ea perficienda tum infirmenda: putarem tamen etiam patrem eam revocare posse, cum *Bar. l. 2. §. 1. de donat. Ang. & Joann. Fab. hic.* Nam quod traditum est de testamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, l. 32. de *ber. inst.* protinus ad mortis causa donationes trahendum non est. Non obstat iis quae diximus argumentatio Ulpiani in *l. 1. §. 1. de tut. & rat. dist.* concludentis, ei cui testamenti factio permissa non est, nec permittendum esse mortis causa donare; prope enim ista argumentatio in paterfamilias. qui bona propria habet, sed testari non potest propter etatem & defectum iudicii, qualis est pupillus, de quo etiam Jurisconsultus loquitur.*

3. Hinc jam illud quaesitum est, si filiofamilias. testamentum cum consensu patris conderit adscripta clausula, si non valeat jure testamenti valeat jure codicillorum, aut cujuscumque ultime voluntatis sit: num in hac specie voluntas filii sustineri debeat saltem in vim donationis causa mortis. Et vulgo placuit debere: quoniam appellatione ultime voluntatis etiam mortis causa donatio continetur; & in proposito clausula illa, aut cujus-

Tom. I.

Tom. I.

cumque ultime voluntatis, in nulla alia specie ultime voluntatis verificari potest quam in donatione mortis causa; quae utique patris consensu facta valet; ut jam demonstratum est. Ita D. Vigl. *hic n. 10. Clar. §. donatio. quest. 6. n. 8. Thessaur. decim. 150. Fachin. §. contr. 64. Vinn.* Ceterum in eo quod ne permittente quidem patre testari poterunt filiofamilias. deterior fuisse videtur eorum conditio quam servorum, quos permittentibus dominis condidisse quasi testamenta docet exemplum apud Plin. *lib. 8. epist. 16. HERN.* Exceptis iis quos antea enumeravimus.] Qui scilicet castris & quasi castris peculium habent. In his enim bonis filiofamilias. beneficio Principum testamenti factionem habuerunt, §. *ult. praec. tit. 1. ult. C. de inoff. test. l. pen. ult. C. hoc tit. l. 7. §. ult. de donat. & quod cetera quoque in hoc peculio plenissimo jure patrumfam. uti sunt, l. 2. de *sen. Mac. l. 4. de judic. excepto quod testari morientes in eo etiam ex parte filiorumfam. poterant, l. 2. de cast. pecul. de quo mox uberius.**

Refert Imperator quibus gradibus ad summum ejus juris quod filiofamilias. in castris habent perventum est. Initium ejus Augusto tribuit (Ulpianus Julio l. 1. de *test. mil.*) progressum Nervae & Trajano (Ulpian. *loc. cit.* etiam Titi & Domitiani meminit); patetque ex illo Juvenalis *sat. ult. v. 52.*

Soli praeterea testandi militibus jus

Vivo patre datur &c.

sub Domitiano idem obtinuisse; consummationem Hadriano: quippe illi militibus tantum, hic etiam veteranis de eo quod in castris adquisiverunt, ceteroque peculio quod militia beneficio adepti sunt, l. 11. de *castr. pec. vivis* parentibus quorum in potestate sunt testandi facultatem dedit; ita ut quod antea solorum militum erat, id veterano privilegium rescripto Hadriani factum sit. Illud interest, quod veteranis non nisi jure communi, militibus etiam suo, id est, militari jure testamentum facere permissum est. Veterani autem dicebantur qui vel exauctorati sub vexillo adhuc retinebantur, ceterorum immunes, nisi propulsandi hostis; vel qui confectis legitimis stipendiis protinus dimissi erant, ad veteris *vir. jure togatis (bonesta missione gaudentes)*. Consule commentaria D. Lipsii in *lib. 1. annal. Taciti* ubi & de annis legitime militiae.

Ad parentes eorum jure communi pertinet.] Ut patet in peculio castris vivente filio

Bbb

nihil

nihil juris habuerit, ipsique filio concessum in eo quem vellet heredem sibi institueret: tamen dum jus vetus hæcenus patri conservatum fuit, ut filio intestato mortuo jure peculii etiam bona castrensis ad patrem redirent, eademque hoc casu adhuc esset conditio castrensis peculii & pagani, nec in illo magis quam in hoc filiosum, heredem ab intestato haberet, *l. 2. §. 1. 14. de cast. pec.*

4. Ceterum huic juri posteriorum Principum constitutionibus derogatum est; & primum liberis militis aut veterani intestato mortui, deinde fratribus bona castrensis jure hereditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus aperte ostendit, atque ex eo etiam perspicuum est, quod filiosum etiam in bonis adventitii matris & materni generis, lucrisque nuptialibus eosdem heredes habere placuit, *l. 3. l. 4. C. de bon. que lib. l. ult. C. comm. de succ.* quibus tamen in bonis plus patri relictum quam in castrensibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiosumfam. intestato decedentium bona castrensis non extantibus liberis aut fratribus ad parentes pertinere jure communi, non sic accipiendum est, ut Cujac. Hotom. Pacius, Fabroscus & fere quotquot sunt fecere, jure peculii secundum jus antiquum, quo filii morte etiam peculium castrense non quasi hereditas sed quasi peculium & quasi a patre profectum ad patrem redibat; verum jure successionis seu hereditatis, quæ tertio loco parentibus ab intestato deferretur ex constitutionibus Principum, novo quidem sed communi jure. Nam si jure peculii ea bona adhuc ad patrem redire oporteret, nemo in iis patri præponi posset, ac nec cuiquam deferri possent jure hereditario; sed pater tamquam jam olim sua & à se profecta statim occuparet nisi quis putet cum Viglio dici posse, liberis aut fratribus superstitibus jus patris quiescere; illis autem deficientibus pristinum jus patri integrum relinquere. Sed hanc interpretationem prædictæ constitutiones non ferunt, quæ omnes loquuntur de jure & ordine successionis. Adde quæ scripsi ad §. ult. inf. de leg. agn. succ. Plurimum vero interest, utrum dicamus jure peculii an hereditario ad patrem hæc bona pertinere: quippe illo casu, mortuo filio ipso jure apud patrem remanent quasi perpetuo ipsius fuerint; hoc casu sine additione nec adquiri nec transmitti possunt: illo casu peculium tantum tenus creditoribus filii responderi teneret; hoc in solidum nisi inventarium confecerit, §. 1. Inst. inf. de her. qual. illo denique casu matrem excludit, hoc casu non

item. Hodie jus liquidum est, atque hæc dispositionio penitus sublata. Constat enim ex Nov. 118. bona filiosum, sive castrensis sive pagana adventitia non amplius jure peculii sed hereditatis patri deferri; nec jam ordine tertio sed secundo, ita ut cum eo mater simul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere possumus etc. Subjunctur hic quedam alia jura quæ filiosum, in castrensi peculio habet, nimirum hæc tripartitum, quod hoc peculium ita filii proprium est ut pater id ei adimere non possit: alterum superiori consequens, quod creditores patris id vendere aliove modo inquirere nequeant: tertium, quod patre mortuo id filio præcipuum habeat, nec cum fratribus communicare aut his conferre cogatur. Quæ cuncta aliaque plura etiam jure veteri obtinuerunt: nam ut ante dictum est, filiosum, in castrensi peculio in omnibus jure pariteram, fungebatur, tantum intestatus tamquam filiosumfam. decedebat, *l. 2. de ven. Mac. l. 4. de justis. l. 4. de cast. pec. junct. l. 2. eod.*

5. Quæ autem hic traduntur, olim castrensium peculii propria, hodie vero castrensi cum pagano adventitio sunt communia: nam nec adventitia bona pater filio nunc adimere potest; & quod olim in castrensibus jure erat, ut fratribus non conferretur, *l. 1. §. 15. de collat. idem hodie obtinet & in adventitiis, l. ult. C. eod. tit.* In solo profectio peculio nihil mutatum est, sed quemadmodum id totum patris mansit, ita potest filio id pater adimere: ita patre mortuo cum fratribus communicandum: ita filius patri debet ut id creditores paterni sibi habeant. Nam quod ab Ulp. traditum est *l. 3. §. 4. in fin. de mortuis* si patris bona à fisco propter debitum occupata sunt peculium profectitium filio ex constitutione Claudii separari, id specialis humanitatis est. Princeps dum jus fisci minime sumit, debet; at alteri jus questum auferre non debet, *l. 2. de his qui sui vel al. jur. & fortassis debetur ~~etiam~~ pro debito ex causa delicti damnato patre.* Nullam certe rationem habet quod D. Viglius putat, et non sa delicti peculium à fisco occupari, et non ex causa delicti; longe enim majore ratio est ut peculium filii separaretur patre damnato quam cum fisco veniat ut verus creditor: quippe cum in pœna nec privilegium habeat, sed creditoribus postponatur, *l. 1. l. 17. de leg. fic. l. un. C. pen. fiscal. cred. prof. lib. 10.* Ergo inquis, non fiscus sed filius damnato patre

actio-

actione de peculio conveniendus est, contra quam respondet idem Ulpian. *l. 1. §. 4. quand. aff. de pec. ann.* Respondeo, fiscum etiam ea actione teneri, sed tunc cum filius peculium repudiavit; alioqui conventum exceptione se tueri, & creditores ad filium remittere posse.

Quamquam jure civili omnium qui in potestate] Perplexæ & salebrose hæc traduntur. Jure civili antiquo filiosum. omnia patri acquirerebat, sed se servus domino, uti dictum est §. 1. Inst. sup. per quas pers. Primus Augustus excepit peculium castrense, aut potius militem in causa hujus peculii; Hadrianus etiam veteranos: mox & quasi castrense peculium exceptum: procedente tempore etiam adventitium, & præcipue constitutionibus Justiniani: non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium esset quo castrense & quasi castrense; sed ut ille ejus proprietatem patri usufructum regulariter haberet, *d. §. 1. l. 6. C. de bon. que lib.*

Præter quos igitur qui castrense peculium vel quasi] Quamvis non tantum castrense & quasi castrense peculium sed quedam etiam bona filii adventitia ex constitutionibus patri non adquiruntur, atque à Justiniano in universum adventitiorum omnium proprietatem filio concessa sit: in duobus tamen istis generibus dumtaxat jus testamenti faciendi ei permissum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulare est, filius tantum nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater usufructum; sed cum sint quidam casus quibus filio plena & solida proprietatem acquiritur, annue tunc quidem de his bonis testari possit non satis convenit. Casus unus jam tum erat cum Institutiones componerentur. Nam in *l. ult. C. de bon. que lib.* sic à Justiniano constitutum est, ut si filio hereditas aut legatum fideicommissum delatum sit, & pater filio consentire nolit ut hereditatem adeat aut relicta agnoscat, filius propria auctoritate patre invito id facere possit, & sibi hoc factio quod relictum est in totum adquirat. Novellis constitutionibus plures hujusmodi species introductæ.

6. Idem enim obtinere placuit in rebus filiosum. ea lege datis ut ne usufructus ad patrem perveniat: item in hereditate fratris aut sororis, ad quam una cum filio pater admittitur: postremo etiam in iis rebus quæ filio detrahuntur patre divortium faciente sine causa, *autb. excipitur. cum 2. reqq. de bon. que lib.* An igitur ne his quidem casibus filio permissum de peculio adventitio testari? Sant

qui putant permissum esse, & Triboniano hæc scribentem in mentem non venisse, *l. ult. §. 5. ver. filius autem C. d. tit.* ubi Justinianus dumtaxat eo casu quod apud patrem usufructus est filium de bonis adventitiis testari non permittit; inde enim à sensu contrario colligitur, in altera specie adventitiorum id ei licere. Probabilis sane collectio, nisi ipse Justinianus postea mentem suam clare exposuisset. Nam cum hæc ipsa questio jam tum ætate Justiniani nec multo post emissam *d. l. ult.* exorta esset, ipse nova constitutione edita dubitationi occurrat, quæ est *l. pen. C. qui test. fac.* qua declarat minime sibi in constitutione nuper à se promulgata propositum fuisse filiosum. in bonis adventitiis permittere testamenti factionem, sive cum consensu sive sine consensu patris bona possident, ea proinde sive nudam sive plenam eorum proprietatem habeant; sed in hoc antiquam legem per omnia servari jubet. Conferantur inter se constitutiones, perspicue apparebit alteram alteris explicandæ, & *d. l. pen.* tollendi erroris gratia, cui verba §. 5. *d. l. ult.* causam dederant, scriptam esse. Non enim alia lex per se nisi quam in *d. l. pen.* ait à se promulgatam esse, intelligi potest, quam in qua extat distinctio illa cuius meminit, & ad quam se referre in *d. l. pen.* utrum scilicet filius bona possidet cum consensu an sine consensu patris; at illa distinctio extat in *d. l. ult.* nusquam alibi. Sed quid querimus amplius? Negat expressè in *d. l. pen.* se jus testandi filio permittere in bonis quæ possidet sine consensu patris; atqui horum plenam proprietatem filio in *d. l. ult.* concesserat, neque erat tunc alius casus quo usufructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Adhuc, jubet circa filiosumfam. testamenta per omnia observari legem antiquam. Nulla vero lege antiqua filiosumfam. testamentum facere permissum præterquam de bonis castrensibus & quasi castrensibus; neque concessio plenæ proprietatis mutat qualiter peculii, quæ ex sola causa adquirendi æstimatur. Ridiculi autem sunt qui per legem antiquam intelligunt ipsius Justiniani aliquam constitutionem, & nominatim illam ipsam quam explicat *l. ult. C. de bon. que lib.* Non potuit nisi absurdissime antiquam appellare quam initio *d. l. pen.* profectur super à se promulgatam, nec ullas suas iussus leges antiquas, cum nulla tunc esset iussus aut trifrenio vetustior. Novissimo jure etsi filiosumfam. quedam alia ejusdem generis bona pleno jure proprietatis concessa sunt: nullibi

tamen jus de iis testandi ei datum legimus. Nov. 117. permittit filio de hujusmodi bonis quovis modo disponere: at in Græco est *δικαιώσις* (administrare) quod testamenti factionem non comprehendit; & sine eo etiam apertissimum est eo loco intelligi tantum dispositionem inter vivos, & liberam bonorum bonorum administrationem: quippe cum hac dispositio ei tantum permittitur qui perfectæ ætatis est, hoc est, filiofam. majori 25. annis; ceteroquin curatores ei dari jubentur, cum tamen minor 25. annis etiam curatorem habens, post annum decimum quartum testamentum facere possit, l. 5. hoc tit. At, inquit, quod conceditur inter vivos id multo magis licere debet in ultima voluntate, arg. tit. de leg. Fur. Can. toll. Respondeo hanc propositionem nec perpetuo veram esse, de quo vide Everhard. in Top. & procedere tantum in objecto præsupposita habilitate personæ, quæ deficit in filiofam. Sic etiam non procedit in filiofam. argumentum ductum à jure plenæ proprietatis, quasi eo jure concessio omnia concessa intelligantur quæ patrifam. in re sua, ut ejus liberissimo moderatori & arbitro, permitta sunt. Patet hoc ex eo quod filiofam. patroni causantur, magistri liberalium artium &c. etsi plenam proprietatem peculii quasi castrensis olim habebant, jus tamen de eo testandi ante Justinianum non habuerint, §. ult. præc. tit. Nimirum, ut dictum est in pr. qualitas filiofam. obstat quominus testari possit; ut autem possit de castrensi & quasi castrensi peculio, non ex eo est quod simpliciter plena ejus proprietatis filio concessa; sed quia placuit ei cum habere sub qualitate patrifam. ut etiam de eo testari possit. Nihil movet, quod filius in hac specie advenitiorum heredem ab intestato habet; nam & in altera specie, cum nuda ejus est proprietatis, habet. Potest ex lege heredem habere, etsi sibi heredem facere non potest; & in casu Nov. 22. cap. 26. ponendi sunt termini habiles filii emancipati; alioquin sequeretur, etiam de iis adventitiis filium testari posse, quorum ususfructus ad patrem pertinet. Postremo nullam admodum causam video cur filiofam. testandi facultas in una specie advenitiorum concedatur, in altera denegetur nam sola ususfructus à proprietate separatio impedire non potest quominus jus sit de proprietate testandi inf. tit. Inst. de her. iust. in pr. l. 25. de verb. sign. Atque hæc etiam communis est Interp. sententia.

7. Porro hoc constituto, filiofam. de bonis adventitiis testamentum facere non pos-

se, tractari tamen adhuc potest, an non saltem de his bonis codicillos facere possit, cum heredem in his bonis ab intestato habeat, quem onerari posse fideicommissio constit. §. 10. Inst. inf. de fideicommiss. her. Sed magis est ut nec codicillos facere possit propter regulam juris: Qui non potest facere testamentum nec potest codicillos, l. 6. §. pen. de jur. cod. l. 2. §. 2. de legat. 3. Quem lex ei heredem dedit eum omnino omnia bona quæ post mortem reliquerit habere voluit, & quasi addixit; tum vi ipsa non multum interest heredem sibi qui testamento instituitur, an per fideicommissum alicui hereditatem suam restitui jubeat. Plane mortis causa donationem in bonis de quibus agimus filio permittendum esse existimarem; & quod alias patris consensu potest, l. 25. §. 1. de mort. caus. don. id ei hic licere etiam sine consensu patris, arg. Nov. 117. & eorum quæ diximus in exegesi verborum hujus pr. quamvis parcares eis permiserint. Dissentit Anton. Fab. dec. 43. err. 6. & segg. ubi nec in bonis castrensisibus donationem mortis causa filiofam. concessam fuisse contendit, contra expressum textum in l. 7. §. ult. de donat. vid. D. Guil. Mas. lib. 6. sing. opin. cap. 6. & segg. ubi expresso argumenta omnia Fabri diluit.

Licet sue potestatis decesserit] L. 19. hoc tit. Est autem hoc jus generale, ut si quis tempore testamenti facti non habuerit testamenti factionem, testamentum ab eo factum non valeat etsi postea testamenti factionem habere coeperit, §. seq. hoc tit. l. 4. cod. l. 1. §. 8. de bon. posses. rec. tab. obinquit hic etiam regula Cætoniana, l. 1. de reg. Cat. l. 30. de reg. jur. Interpretes communiter duos casus excipiunt quibus filiofam. recte etiam de bonis adventitiis testetur, utique consentiente patre si quid relinquat in pios usus; si liberos suos heredem faciat; illic voluntatem filii sustineri favore pie causæ, hic favore liberorum. Tiraquel. de priv. pie caus. cap. 78. Clar. §. testamentum quest. 5. Tulden. lib. cap. 11. Jac. Verwey. art. test. cap. 4. fac. cap. 4. de sepul. in 6. Christin. vol. 4. dec. 4. n. 6. ubi in casu posteriore nec consensum patris requirit. Vinn. Recentioribus nos. Principum constitutionibus antiquum civile jus est l. 13. tit. 2. Part. 6. correctæ sunt; ac libera data est liberis qui in potestate parentum sunt, de rebus suis nedum castrensisibus & quasi sed etiam adventitiis testandi potestas, l. 5. Tauri, quæ est l. 4. tit. 4. lib. 5. Recop. Ceterum si supersites habeant parentes, vel alios

alios ascendentes, solum de tertia bonorum parte disponere possunt; reliquæ ad parentes & ascendentes jure legitimæ spectant l. 6. Tauri, l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. ADDIT.

TEXTVS.

De impubere & furioso.

1. Præterea testamentum facere non possunt impuberes quia nullum eorum animi iudicium est. Item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit & decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur & certe eo quod ante furorē fecerint testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum postea furor intervensus perimit.

L. 5. tit. 5. For. legg. L. 13. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Impuberes nec tutore auctore testamentum facere possunt.
- 2 Testamentum à furioso factum tempore dilucidi intervalli sustineri, & quid si de eo dubitetur.
- 3 Cur furor postea incidens &c. testamentum antea factum non vitiet, capitis minutio vitiet.
- 4 Quando locus sit regula, Quæ ab initio recte constituta sunt resolvit non in eum casum pervenerunt unde incipere non possunt.

Quia nullum eorum animi iudicium est] Impuberes intelliguntur qui nondum annum ætatis decimum quartum compleverunt, id est, qui nondum ad supremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In feminis annus est duodecimus, l. 5. hoc tit. Horum aut nullum esse animi iudicium, nimirum nullum plenum ac solidum, nullum tale quale requiratur in eo qui de omnibus facultatibus suis una perpetua dispositione statuere cogitur.

1. An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum faceres; ut potest eo auctore res suas alienare, hereditatem adire, bonorum possessionem petere, aliaque facere etsi perfectum animi iudicium requirant, ut hic etiam quod impuberis ju-

dicio deest tutoris prudentiâ suppletur? Nequaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, & finita tutelæ earum rationem pupillis eorumve hereditibus reddunt; hujus vero reddere non possunt. Deinde testamentum non arbitrio alieno, non precaria sed ipsorum testatorum prudentiâ fieri debent, ne quid temere & inconsulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis statuantur; & alieni potius quam cognati; cognati remotiores potius quam proximi hereditatem consequantur. Quin tutores si hanc potestatem eis permittimus semper operam dabunt ut non alii quam à quibus lucrum sperant heredes instituantur. Puberes autem testamenti factionem habere placuit statim à decimo quarto aut duodecimo anno completo, nec curatores in eo consensum intervenire, d. l. 5. hoc tit. l. 20. §. 1. de lib. leg.

Item furiosi] Furiosi quid à mente capitis differant docui sup. tit. Inst. de curat. §. 4. Nimirum furiosum quidem omnem & mente captum esse sive dementem; at contra, non omnem mente captum esse & furiosum; cumque mente captus à furioso distinguitur, ut plerumque fit, cum intelligi qui cum sana mente non sit in quiete est, nec, ut furiosi solent, agitur & ferur præceps. Ceterum nihil refert in ullo actu aut negotio demens quis sit simpliciter, an ad demantiam accedat & furor; constatque quamvis furiosi tantum hic mentio fiat, ad omnes qui mente carent hæc pertinere, l. 2. l. 13. in fin. de inoff. test.

2. Quo furor intermissus est] Furiosus per id tempus quo furor intermissus est testamentum jure facere potest, l. 9. C. hoc tit. quem admodum & testis tempore intermissionis recte adhibetur, l. 20. §. 4. hoc tit. Ceterum ut valeat testamentum necesse est ut id uno eodemque tempore remissionis perficiat; nam si cæpto testamento & nedum perfectio furor eum iterum invaserit nihil actum est, etiamsi postea remisso denuo furore id quod cepit perficiat, d. l. 9. Quid si profertur testamentum conditum à furioso quem certum esse habuisse dilucida intervalla, incertum autem sit quo tempore id fecerit? Et si quidem id ita ordinatum fuerit ut quisvis paterfam. sanæ mentis sic dispositurus fuisse judicetur, pro testamento respondendum, & credendum intervalli tempore factum D. Viglius censet, cui assentior. Pertinet hoc quod Val. Maximus lib. 7. cap. 8. refert de Tuditani hominis cer-

te ac mente insanite testamento, quod a centumviris confirmatum sit, magis quid scriptum esset in tabulis quam quis scripsisset considerandum existimantibus. Add. Boer. decr. 23. n. 81. Myns. 4. obr. cent. 2. Mantie. de conj. ult. vol. lib. 2. cap. 2. n. 7. Christin. vol. 4. decir. 4. n. 8. Diod. Tulden. comm. hic cap. 3. Grass. §. testamentum quat. 21.

Bo quod ante fecerit testamento valente] D. l. 20. §. 4. hoc sit. Similiter nec interdictione bonorum succedens, nec auditis sermonisve amissio testamentum ante factum vitiant, §§. seqq. l. 6. §. 1. l. 18. eod. Palam igitur est his casibus unum tantum tempus inspicere testamenti facti, ac sufficere eo tempore testatorem habuisse testamenti facientem, etsi tempore mortis non haberit. Proinde cum Jurisconsultus in l. 1. §. 8. de bon. poss. nec. tabul. ait, proutem exigere ut is ex cuius testamento bonorum possessio petitur utroque tempore jus testamenti faciendi haberit, & cum faceret testamentum & cum moreretur; intelligere debemus eum non hoc velle, bonorum possessionem ex testamento non dari, si testator tantum tempore testamenti facti jus testandi haberit; sed non dari si haberit tantum tempore mortis non etiam tempore condidit testamenti, ut exempla illic proposita ostendunt. Sic autem jus est in mutatione que salvo statu & fortunis testatoris contingit, cujusmodi sup. superiora.

3. Quod si qua mutatio postea incidit per quam capite testator minuitur, pura si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det, testamentum infirmatur atque irritum fit, §. 4. Inst. inf. quib. mod. test. inf. l. 6. §. 5. et seqq. de injus. rupt. test. & ratio manifesta est: quippe his modis non tantum amittit testamenti factio, sed etiam conditio persone testatoris sic mutatur ut omnino testamentum habere non possit, ac ne heredem quidem. Furiosus vero & prodigus etsi testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet quominus heredem ex testamento antea facta habeant, & precedens eorum voluntas exitum sortiatur.

Neque aliud negotium recte gestum] De matrimonio idem traditur l. 8. de his qui sui vel al. jur. In ceteris quoque negotiis quin idem juris sit dubitandum non est, sive rem suam ante furorem alienaverint, de quo nemo ambigit; quoniam negotia perfecta & penitus consummata nullo eventu infirmari possunt: sive stipulanti aliquid promiserint, aut alias se obligaverint, licet hic aliquid desit ad con-

summationem negotii; sed hoc à curatore ex-pediti potest.

4. Neque enim in omnibus probata est sententia eorum qui ea que ab initio recte agere utiliter constituta sunt resolvit putave- runt cum in eum casum incidissent à quo incipere non poterant, l. 98. l. 1. pen. de verb. obl. l. 85. §. 1. de reg. jur. §. 14. Inst. inf. de legat. sed tunc tantum cum casus incidens impedit quominus quod ceptum est perfici atque ad finem suum perducatur, ut evenit incidente capitis diminutione testatoris: qua de re fortassis plura ad d. §. 14.

TEXTUS. De prodigo.

2. Item prodigus cui bonorum suorum ad- ministratio interdictione est testamentum facere non potest; sed id quod ante fecerit quam in- terdictione bonorum suorum ei fiat ratum est.

L. 13. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

QUI bona sua profundum nec modum nec finem impensarum habentes prope à fu- riosis absunt. Plane enim, quod ad bo- na ipsorum pertinet, furiosus omnino exitum, ut inquit Jurisconsultus l. 12. in fin. de tut. dat. ab his: quam ob causam placuit hujus- modi hominibus bonorum administratione in- terdicti, qua interdictione & testamenti factio ipsis adempta intelligitur; quippe qui non sa- nioris iudicio quid de rebus suis post mor- tem statuturi creduntur, quam eas traferant si libera eorum administratio ipsis permitte- retur, l. 18. hoc tit. Puberum minorum 25. annis non eadem ratio est: neque enim his bonorum administratio interdictione est, ut male Donellus ad l. 6. de verb. oblig. n. 9. sed si ve- lint curatores accipiunt; quibus quidem tum administratio permittitur, nec jam amplius ipsis minoribus: sed in hunc maxime finem ne minores in contrahendo circumveniantur, quod in testamento non metuitur.

Quod ante fecerit] D. l. 18. Testamentum enim quod interdictione vetustius est, eadem ratione valere debet qua quod factum est ante furorem. Imperator Leo Nov. 39. pro- digio permittit τὰ προαίγιστα δικαίως εἶναι ἔχειν, quae ipsi conducunt; & ratum quoque testamentum ejus esse jubet in quo mores prodigi non apparent: quod Viglio videtur naturalem aequitatem habere. Forte id ad- mit-

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAM. 383
mittendum fuerit si quadam non levia argu- menta saniorum morum precesserint, per l. 1. de cur. fur. Vide Sande lib. 4. tit. 1. de- fin. 3. Groenew. de ll. abr. hic. Hic autem lo- cus confirmat quod supra §. 3. Inst. de curat. as- serimus, prodigum, quod atinet rerum ad- ministratorem & effecta juris civilis, non statim censi cum qui ipso facto prodigus est; sed tunc demum cum ei bonorum ad- ministratio interdictione est; interdici autem non ipso jure sed causa cognita decreto magistrat- us.

TEXTUS. De surdo & mut.

3. Item surdus & mutus non semper tes- tamentum facere possunt. Urque autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam & mutus is intelli- gitur qui loqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sage enim etiam literati homines va- rii casibus & audiendi & loquendi faculta- tes amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus & modis secundum normam ejus possint testari, aliisque facere que eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse ceperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.

L. 13. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

OLIM etsi quis mutus tantum erat aut sur- dus testamenti faciendi jus non habebat, nisi specialiter à Principe impetravisset ut sibi testari liceret, l. 7. hoc tit. junct. l. pen. §. 1. unde cogn. cujus juris ratio significatur à Paulo lib. 3. sent. 4. quia neque mutus tes- tes rogare potest, neque surdus audire testi- monium peribentes. Unde cum nemo quid- quam à Principe impetrare possit nisi qui ei preces suas aut voce aut scripto potest ex- ponere: sequitur eos mutos qui scribere nec- sciebant omnino testari non potuisse. Justi- nianus, quod singulare & personale jus erat jus commune fecit, & generaliter surdis om- nibus vel mutis testamentum facere per- misit (cum aliquo tamen temperamento) ut jam amplius necesse non sit singulos id pre- cibus impetrare, l. 10. C. hoc tit. Sic vero ille constituit, ut si quis mutus & surdus si- mul sit, siquidem natura, is omnino testa-

mentum facere non possit; sin casu, ut pos- sit, si modo ante literas didicerit ut scripto voluntatem supremam exprime queat. At si quis tantum mutus sit aut surdus tantum, si- ve tales sint natura sive morbo, his jure tes- tari liceat eo modo quo per rerum naturam voluntatem suam declarare possunt aut scripto aut lingua. Quod ne muti quidem tantum qui literas nesciat testamenti factio hac con- stituitio permittitur, confirmat id quod modo dicebamus, eum qui talis sit nec à Prin- cipe testandi licentiam obtinere posse. Illud in eadem constitutione absurdum est, quod Justinianus credidit eum qui surdus natus est loqui posse & articulare vocem edere; cum nihil tam certum sit quam ei cui auditus à natura negatus est & sermonis usum ab- latum; nec esse naturaliter surdos qui non iidem sint & muti: quod etiam Plinius tes- tatur lib. 10. cap. 69. Alex. Aphrodis. pre- blem. 1. 138.

Qui omnino non exaudit &c.] Hac plana sunt. Notum enim est, eum qui tarde aut dif- ficulter exaudit non surdum sed surdistrum dici, ὑπὸ τῶν ὀφθῶν, & suburdum; & eos qui gra- viter aut ἀεὶ ὀφθῶν loquuntur, non mutos sed blazos balbos κελυδαίους appellari; mu- tos autem dici cingulos & fandi impores, ἀδά- λυς. Plane muti etiam illi habendi sunt qui ἀεὶ ὀφθῶν loquuntur, hoc est, sine ulla certa significatione vocis, ἀσάβητος φωνῆ (inarticu- lata voce) l. 9. de adil. edict. l. 7. in fin. de sup. leg.

Sed si quis post testamentum factum &c.] Ob eandem rationem ob quam placere dixi- mus testamentum furiosis aut prodigi, quod furore aut interdictione bonorum vetustius est, non infirmari.

TEXTUS. De cæco.

4. Cæcus autem non potest facere testamen- tum nisi per observationem quam lex Divi Justinii patris nostri introduxit.

COMMENTARIUS.

IN cæco nihil est ob quod testamentum fa- cere prohibeatur; nam & testes accire ac rogare potest, & audire sibi testimonium peribentes. Quapropter & olim testamentum facere potuit. Paul. 3. sent. 4. & nunc quo- que potest. Ceterum forma nunc accuratior

præscripta, & quedam singularia in testamento cæci, ut fraus omnis, cuius hic major metus, evitetur, constituta sunt lege illa Justinique hic commemoratur, & extat l. 8. C. hoc tit. Sententia legis est, ut cæcus heredem nuncupaturus (ineptum putavi monere cæcum non aliter quam per nuncupationem testari posse) præter numerum testium ordinarium adhibeat & tabularium, aut si tabularii copia non sit, alium octavum testem qui voluntatem nuncupantis scripturâ excipiat, cui deinde testes omnes & tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis; aut si prius testamentum suum scripserit compræhendi curavit, ut tabularius coram testibus eam scripturam palam legat, eaque lecta cæcus testetur hanc suam voluntatem esse; deinde omnes subscribant & signent. Ubi hæc singularia notanda. (1) Quod non sufficit voluntatis nuncupatio, nisi & scriptura accedat. (2) Adhibito octavo testis qui testamentum scribat, aut antea scriptum recitet. (3) Quod si testis debeat esse tabularius publicus si ejus copia est. (4) Omnium subscriptio & subsignatio. VINN. Legim Imp. Justinique quæ sollemnitatis in cæci testamento observanda cavebatur, confirmavit l. 14. tit. 1. Part. 6. sed huic derogavit l. 3. Tauri 2. tit. 4. lib. 5. Recop. qua decisum est in testamento cæci quinque omnino testes intervenire debere. Itaque testamentum cæci iisdem sollemnitatibus perficitur jure nostro ac cetera testamentum nuncupativa conficiuntur, præterquamquod quinque testes semper requiruntur quod perspicè observavit Michael de Cifuentes ad d. l. Tauri, & Gregor. Lopez Gloss. 4. ad d. l. 14. tit. 1. Part. 6. ADDIT.

TEXTUS.

De eo qui est apud hostes.

5. Ejus qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit non valet, quamvis redierit. Sed quod dum in civitate fuerat fecit, sive redierit valet jure postliminii, sive illic decesserit valet ex lege Cornelia.

L. 6. tit. 29. Part. 2.

COMMENTARIUS.

1. Etsi testamentum apud hostes factum jure postliminii non convalescat, codicillos tamen ibi factos convalescere.

2. Hodie in orbe Christiano hujus §. ævum non esse, præterquam, secundum quosdam, ut qui à Turcis &c. capti fuerit.

Quæ apud hostes est] L. 8. hoc tit. Ratio manifesta est, quia captus jure belli servus fit hostium; ut autem testamentum consistat necesse est testatorem jus testandi habere cum testamentum facit; nec postliminio vitatur regula Cætoniana. Sed nec obides, nisi eis permittatur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiscus eorum bona occupat, l. 1. hoc tit. l. 31. de jur. fisc. Qui autem à prædonibus capiuntur, quia liberi manent, l. 19. §. 2. de capt. & postl. testamenti fæctionem retinentur ut & illi qui apud exteros legatione funguntur, l. 11. in pr. & §. 1. hoc tit. & ibi Cujac. Add. Grass. §. testamentum q. 25. Vasq. 3. contr. 103. n. 1. VINN. Immo & capti in bellis civilibus, l. 21. §. 1. ff. de capt. & postl. Hi enim non fiebant servi, sed prescribentur, quod est inventum Sullæ. Vellej. lib. 11. 28. HEN.

1. Sed quod dum in civitate est.] Testamentum autem captivitate recte factum, est irritum si captivitate, & fæctione tamen juris sustinetur. Est autem duplex in hac re fæctio: postliminii & legis Corneliæ, l. 6. §. pen. de injust. rapt. test. illa, si captus redierit locum habet; hæc, si in captivitate decesserit: illa fingit retro in civitate restatorem fuisse; hæc retro in civitate decessisse. Imperatores in l. 9. C. de postlim. rev. inconsiderate tribuunt legi Corneliæ quod est juris postliminii. Querat autem aliquis cur cum postliminio reversus fingatur semper in civitate fuisse, & ita habeatur ac si medio tempore nulla captivitas intercessisset, non convalescat postliminio testamentum quod quis tempore captivitatis fecit? Resp. quia quod non est ante captivitatem, id nec postliminium habere potest. Non obstat, quod codicilli in captivitate scripti ab eo qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso jure postliminii convalescant; nam eorum principium & firmamentum jam in civitate constitutum est, nimirum ipsum testamentum quo confirmati sunt, l. 12. §. 5. de capt. & postl. Eadem ratione placuit, si uxor cum marito capta fuerit, eaque in captivitate ex marito emta sit, etiam liberos ibi natos jus postliminii habere, & reverbos cum parentibus justos liberos esse, l. 25. d. tit. nimirum quia nati sunt ex matrimonio in civitate legitime

con-

contracto. Illud nullius momenti est quod Aretinus monet, esse regulam media tempora non nocere, l. 6. §. 2. l. 49. §. 1. de her. inst. §. 4. Inst. inf. de her. qual. ac proinde videtur supervacuum fæctionem juris postliminii ad testamentum conservanda. Quippe illa definitio ad heredem pertinet, non ad testatorem cuius testamentum amissa civitate stare non potest. Fallitur autem Aretinus dum respondet, procedere regulam si medio tempore status testatoris mutatus non fuerit. Error hic perspicuus est, d. l. 6. §. 2. & statim mutato, quæ, rogo, potest esse dubitandi ratio? Porro non in hac tantum parte juris sed etiam in ceteris omnibus & postliminii & legis Corneliæ fæctio servatur, l. 5. §. 1. d. l. 12. §. 1. l. 16. l. 18. & passim de capt. & postlim. & C. eod. §. 5. sup. quib. mod. jus pat. pot. solvo. Postliminio æquiparatur restitutio capite damnati, l. 6. §. pen. de injust. rapt. test.

Ex lege Corneliæ] L. 12. hoc tit. Hæc lex mortis & captivitatis tempora conjungit: id est, fingit eum qui apud hostes decessit eo tempore quo captus est decessisse civem & familiam habentem. Quo tempore aut quo auctore lata sit non liquet. Quod D. Viglius putat latam esse primo bello Punico ab aliquo ex familia Scipionum conjectura est, nec satis probabilis. VINN. Immo probabilius est legem hæc Cornelianam non aliam esse ac illam Cornelii Sullæ testamentariam,

cujus meminit Cic. in Terr. lib. 1. cap. 42. Et ita Hotomannus quoque videtur. Potuit ea lex & de postliminio aliquid sanxisse; adeoque fortassis culpa vacante Imperatores in l. 9. C. de postl. reversi ubi inconsiderate legi Corneliæ tribuit, ait Vinnius, quod sit jus postliminii. Postliminii sane jus non solum moribus sed & legibus constitutum dicitur, l. 19. ff. de capt. & postlim. HEN.

2. Hodie in orbe Christiano nullus hujus §. usus est nisi in iis qui à Turcis aut id genus aliis Barbaris capti sunt. Nam cum, quod olim tantum obtinebat in bellis civilibus, l. 21. §. 1. de capt. & postlim. nunc inter Christianos consuetudine generali invaluert, ut bello capti servi hostium non fiant sed liberi & cives maneat ac jus sit pretio eos redimere, poterunt etiam dum apud hostes sunt testari, arg. l. 13. hoc tit. Alc. ad l. 118. de verb. sign. Duar. ad tit. qui test. fac. pag. 318. Grass. q. 25. Zypæ not. jur. Belg. de testam. Sande lib. 4. tit. 1. defn. 2. Nonnulli idem jus habere etiam à Turcis captos existimant, Covar. c. peccatum p. 2. §. 11. n. 6. VINN. Ne qua tamen vis, aut metus, invita à captis testamenta extorqueat, forma in iis observanda traditur in d. l. 6. tit. 29. Part. 2. ADDIT. Illud etiam observatur quod transfuga jus testandi non habeat, quoniam jura civium amittit, & hostium numero haberetur, l. 5. §. 4. de capt. & postl. Jac. Verwey art. test. c. 4. Sande ubi sup.

TITULUS XIII.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

Dig. lib. 28. tit. 2. Cod. lib. 6. tit. 28. & 29. Nov. 115. Part. 6. tit. 7.

Recop. lib. 5. tit. 6.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

Hactenus de personis quibus jure publico potestate testamenti faciendi data aut denegata est; item de modo testandi sive externis testamenti sollemnitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem. Sequitur tertium, res quas in ipso testamento inseri & caveri oportet ut justum ratumque habeatur, quam intrinsicam testamenti sollemnitatem appellare possumus; estque duplex: una communis omnium testatorum, heredis scilicet institutio; altera quorum-

Tom. I.

dam dumtaxat propria, & maxime parentum qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exhereditatio, si ipsi heredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cetera quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur præcipiendum fuit, l. 30. de lib. & postb. her. inst. vel exher. Existimaverat aliquando Hotomannus inscriptionem hujus tituli corrigendam esse, legendumque, De institutione vel exheredatione liberorum: quod & Wesembæcius tacite securus est. Verum Ccc post-