



70

angeb. 13

10.

DISSERTATIO JURIDICA,
DE
CAPTATORIIIS
INSTITUTIONIBUS,

Von
Erb-Schleicherereyen bey Ein-
setzung der Erben;

QVAM
PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO,
POTENT. BORUSSIÆ REGIS CONSIL. INTIMO, UNIVERSITA-
TIS FRIDERICIANÆ DIRECTORE AC PROFESSORE PRIMA-
RIO, ET FACULTATIS JURIDICÆ ORDINARIO,
IN ALMA REGIA FRIDERICIANA

Anno 1696. d. 24. Octobr.

RESPONDENDO PROPUGNAVIT

HENNINGUS THOMÆ,
ALTENB. MISN.



HALÆ MAGDEBURGICÆ,
LITTERIS HENDELIANIS, 1738. (9)

DISSECTATIO JURIDICA
DE
CAPTIVITATE
INSTANTIONIBUS

Ab
S. S. Schloßberg
Regium de

DI. CHRISTIANO THOMASIO
POTENTIA
SIS TRIBUNALI
NO. ET
IN WILMA REGIA

RENNINGERS THOMAS



SERENISSIMO PRINCIPI AC DOMINO,
DOMINO
FRIDERICO,
DUCI SAXONIAE,

JULIACI, CLIVIÆ, MONTIUM, ANGRÆ
ET WESTPHALIÆ, LANDGRAVIO THURIN-
GIÆ, MARCHIONI MISNIÆ, PRINCIPALIS DI-
GNITATIS COMITI HENNEBERGICO, COMITI
IN MARCA ET RAVENSBERGA, DOMINO
RAVENSTEINI ET TONNÆ,
ETC. ETC.

PRINCIPI OPTIMO,
PATRIÆ PATRI CLEMENTISSIMO,

IN
DEVOTISSIMI OBSEQUII
MONUMENTUM
DISSERTATIONEM HANC INAUGURALEM
CONSECRAT

SERENISSIMÆ CELSITUDINIS EJUS

PERPETUO NEXU

DEVOTISSIMUS

HENNINGUS THOMÆ.



DISSERTATIO INAUGURALIS
DE
CAPTATORIIS
INSTITUTIONIBUS.

SUMMARI A.

Connexio cum disputatione de injusto jure hereditarum. §. 1. Cur integri juris textus de captatoriis institutionibus agentes sint appositi? §. 2. Ipsi textus juris. §. 3. Textus affines. §. 4. Causa cur hactenus doctrina de captatoriis institutionibus non recte fuerit exposita. §. 5. Glossatores captat. instit. dixerunt, quae sit in arbitrium alienum. Refutatio hujus sententiae. Dissensus Jctorum in Pandectis de conditione, si Titius in capitolium adscenderit. Dubietas brocardici. Expressa nocent, non expressa non nocent. §. 6. Aliorum expositio Capt. Instit. esse si quis alteri mandet, ut pro ipso testamentum faciat. §. 7. Aliorum, si quis alterum instituat sub conditione, si v. g. Titius Capitolium adscendat. §. 8. Aliorum, qui dicunt esse, quae sunt ad alterius interrogationem. §. 9. Eorum qui a Glossatoribus recedunt opinio: Captatorias institutiones esse, quae sunt captanda hereditatis alienae causa. Et primo Alciati. §. 10. Cui respondetur. §. 11. Opinio Antonii

S U M M A R I A.

conit Augustini. §. 12. Cui respondetur. Male interpretati sunt Dd. l. 71. pr. de hered. instit. Exemplum, quod argumentum a contrario sensu non etiam semper in Pandectis procedat. §. 13. Hac posterior sententia praxin invasit. Locus Brunnemanni §. 14. Captatio benevolentiae, quod contra omnes Jctos disputare audeamus. §. 15. Causa erroris communis, quod inceperint interpretes a l. 70. de hered. instit. tanquam omnium difficillima. §. 16. De Scto quo captatoria institutiones prohibita, omnia incerta. §. 17. Genuinus captatoriarum institutionum casus est in l. 1. ff. de his, quae pro non scriptis habentur. §. 18. Sanctae habitae a Romanis voluntates ultima. In iis saepe liberiora judicia de vivis dabant. §. 19. Aliter ap. Romanos de testamentis amicorum sentiebant viri honesti, aliter Jcti. Tria loca eam in rem ex Plinio adducta. §. 20. Observabantur etiam ultima petita amicorum etsi cum onere conjuncta. Moribundorum confessiones an evidentius probent? Moribundi saepe stulti. Corpus Juris etiam historiam stultitiae Romanae refert. §. 21. Malitia heredipetarum circa testamenta aliena occasionem dedit multis Legibus. Multi Jcti heredipetae in fraudem legis Cincicae. Elegans locus ex Brummero. §. 22. Adversus hos falsarios testamentorum alienorum latum edictum Neronis. Origo Testamenti scripti. Lex. 21. C. de testamentis §. 3. Instit. de pupill. substit. §. 23. Multae differentiae inter tempora Neronis & subsequen-
tia circa cautionem obsignandi testamenta scripta occultanda & inter tabulas cereas & chartaceas. §. 24. Lis Salmasii cum Heraldus de obsignatione testamentorum. Utrum Jcti eam intellexerint? Distinctio Salmasii inter signationem & subsignationem, & secundum eam emendatio l. penult. qui testamenta facere possunt, & loci Suetoniani in Nerone &c. Duplex cera in tabulis antiquorum; In §. 3. Instit. de pup. substit. inferiorem partem tabularum esse ultimas tabulas. Quomodo ea proprio lino, propriaque cera consignanda fuerit §. 25. Heraldus Jctos defensurus notat Salmasium, male emendatum ab eo esse locum Suetonii: Temporibus Neronis testes non subscripsisse: Vocem subsignandi esse obsoletam, & juris Pontificii. Eo aeo quo testamenta subscribebantur, prius obsignata deinde subscripta fuisse. Forma faciendi testamentum occultum ex Durando. Nuncupativa testamenta prius fuisse

S U M M A R I A.

fuisse subscripta. §. 26. *Judicium nostrum de ista lite. Salmasius recte modum signandi testamenta antiquam exposuit, quem J. C.ri verosimiliter ignorarunt, magis videlicet in animo habentes testamenta chartacea: Male vero distinctione inter subsignationem & obsignationem usus est. Origo erroris in Salmasio, quod non intellexerit, quomodo testes in subscriptione dicere potuerint se signasse, cum nondum id factum fuerit. Ejusmodi testatione non committitur falsum. Male emendatus a Salmasio locus Suetonii.* §. 27. *Male illustratum ab Heraldio edictum Neronis ex formula Durandi aut ex l. 21. C. de testam. quæ supponunt testamentum chartaceum. Male ab eodem assertum, in testamento occulto testes prius signasse, tum subscripsisse.* §. 28. *Male a Salmasio expositus §. 3. Instit. de pupill. substit. ac si loquatur de testamento in tabulis cereis confecto.* §. 29. *Cura legum Romanarum in occultandis testamentis contra fraudes captatorum. Deponebantur in ade sacra, aperiiebantur coram magistratu. Puniebantur graviter aperiennes testamenta vivorum. Augustus notatus quod aperuerit testamentum Antonii.* §. 30. *Dabatur actio injuriarum adversus eos qui secreta judiciorum publicabant. Per secreta judiciorum, non intelliguntur secreta patrimonii ut voluit Gothofredus. Non publicatur dies & Consul, ne quid falsi fiat.* §. 31. *In fraudem harum legum inescantur testatores ab heredipetis, eos sub conditione, si testamentum suum recitaverint ipsi, instituentibus, quo facto insidiis captatorum necabantur. Adversus hanc fraudem itaque S. C. tum de captatoriis institutionibus factum.* §. 32. *His præmissis explicantur leges de captatoriis institutionibus agentes scil. l. 64. de Legat. I. & l. 11. C. de testam. milit.* §. 33. *Item l. 70. de hered. instit. §. 34. In d. l. 70. non prohibentur omnes institutiones captatorie, & per eas quæ mutuis affectionibus judicia provocant, intelligitur etiam aliqua captatoriarum species.* §. 35. *Id quod probatur ex l. 29. ff. de hered. instit. l. 20. §. 2. de condit. instit. quarum casus non sunt S. C. to adversi.* §. 36. *Provocare judicia mutuis affectionibus idem, ac captare. Mutuæ institutiones conjugum sunt captatorie. Explicata Nov. Valent. 4.* §. 37. *Explicatur l. 71. de hered. instit. §. 38. Et l. 81. §. 1. ff. eod. Casus legis illius est vix dabilis.* §. 39. *Denique exponitur l. 1. ff. quæ pro non script. habent.*

Osten-

S U M M A R I A.

Ostenditur ratio, cur SCto ejusmodi institutiones captatoria irrita fuerint habita, etsi hoc modo magis videretur puniri captatus, quam captator. §. 40. Usus Practicus legis de captatoriis institutionibus. Pragmatici non consentiunt, utrum possit quis testamentum condere ex arbitrio alieno. Conclusiones eorum sibi contradicentes adducta ex Peckio. Excerpta ex responso JCe. Jerens. §. 41. Testamenta condere non est ex jure naturali, pleraque conduntur ex ambitione & avaritia. Apud Hebræos olim, Athenienses & Germanos eorum nullus usus. Exponitur l. 120 de V. S. item l. 1. C. de SS. Eccles. JCe. & Potentes testamentorum apud Romanos autores. Illi etiam prescribebant formulas. Lex notabilis 88. §. ult. de leg. II. Judicium nonneminis de legibus Romanis: Jus Canonicum in testamentis simplicitatem admisit. Illud in Germania ante jus civile receptum. Lutherus non favit JCe. nostris. Deberet in Germania receptum esse cap. 12. de testamentis. §. 42. Error pragmaticorum, quod testamenta conjugum captatoria non valeant. Expensa doctrina Brunnemanni. Dissensus Dd. an testamenta mutua conjugum in una charta scripta conveniant juri Romano? Notatus Huberus. §. 43. Captatoriarum institutionum a nobis expositarum prohibitio hodie nullum habet usum. Uti nec aliorum titulorum & legum Romanarum huc respicientium. Usum tamen habet l. 1. §. 38. depositi. Actio injuriarum repugnat Christianismo. Non vero usum habet l. 38. §. 7. de penis. §. 44. Doctrina Fabri de captatoriis institutionibus. §. 45. Usus disputationis. Duo errores: Jus Romanum magnum habere usum in foris Germania, & tamen studiosis negligendum esse studium antiquitatum Romanarum. §. 46.





§. I.

Postquam de Captationibus hereditatum in genere peculiari dissertatione jam actum est, atque ostensum, jure Romano, quoad effectus juris externi licuisse captationibus ejusmodi & inhiationibus impune uti, ac ultimas voluntates ad instantiam & arte heredipetarum factas æque validas fuisse, atque alias dispositiones, quæ mortis causa fiebant, etsi captatores ejusmodi semper male audiverint apud Viros honestos; nunc de illa captationis specie quæ in proprio captantis testamento fieri solebat, & propterea captatoria institutio dicebatur, peculiariter videndum, utpote, quæ & id præ aliis captationibus peculiare habebat, ut quoad effectum juris externum improbaretur, & hætenus, quod absque gloria-tione dictum sit, a nullo interpretum, quos inspicere licuit, vere, & secundum leges artis exposita est. Unde non indignam hanc judicavi materiam differendi, quam specimini inaugurali reservarem.

§. II. Quod ut rite fiat, ipsos juris textus, qui materiam errandi atque dissentendi præbuerunt, interpretibus sub uno conspectu sistam ante oculos, partim ut lector ipse tentet, utrum ex legibus parallelis, antequam nostram sententiam legat, vel veram expositionem præconcepere, vel ex communibus erroribus præconceptæ opinionis inanitatem sentire valeat, tum, ut in ipso discursu nostro ubique ad fontes regredi, & an recte exinde conclusiones nostras derivaverimus, examinare possit.

A

§. III.

§. III. Sententiam legis totam recenset *Gajus l. 64. de Leg. I.* Captatoriarum scripturarum simili modo neque in hereditatibus, neque in legatis valent. Ampliationem legis refert *l. u. C. de testam. milit.* quæ *Philipporum Imperatorum* est: Captatorias institutiones etiam in militis testamento nullius esse momenti manifestum est. Ne vero dubium esse possit, quidnam per captatorias institutiones intelligatur, ex *Responsis Papiniani Pandectis* insertam reliquit *Tribonianus l. 70. de hered. instit.* Captatorias institutiones non eas Senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur in secretum alienæ voluntatis. Habes aperte satis quid non sint, & quid sint institutiones captatoriæ. Sed & ne exempla & formulæ desint, subjecit statim ex *Paulo* nonnulla *Tribonianus l. 71. eod.* Illæ autem institutiones captatoriæ non sunt, veluti si ita heredem quis instituat: *Qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Mævius heres esto*, quia in præteritum, non in futurum institutio collata est. Habes exemplum & formulam ad captatorias institutiones non pertinentem. Exemplum positivum captatoriæ institutionis subjungit statim *§. 1. d. l. 71.* Sed illud quæri potest, an idem servandum sit, quod Senatus censuit, etiam si in aliam personam captionem direxerit; veluti, si ita scripserit: *Titius, si Mævium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto.* Quod in sententiam *SCti* incidere non est dubium. Aliud exemplum negativum exhibet idem *Paulus l. 81. §. 1. eod. tit.* Si ita scripserit Testator: *Quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitassent, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*, non est captatoria institutio: Plane nullo recitato testamento ab ipso Testatore,
inanis

inanis videbitur institutio, remota suspicione captatoriae institutionis. Denique ne formula aut exemplum desit captatoriae institutionis, non in sententiam saltem SCti incidentis, sed & in verba, ecce *Julianus* illud suppeditat, simul explicans, quo sensu accipiendum sit, quod captatoriae institutiones non valere dicantur, *l. 1. ff. de his quae pro non scriptis habentur*. Si quis hereditatem vel legatum adscripserit, quaeritur an hereditas vel legatum pro non scripto habeatur, & quid si substitutum habeat hujusmodi institutio? Respondit: Pars hereditatis, de qua me consuluisti, ad substitutum pertinet: Nam Senatus, cum poenas legis Corneliae constitueret adversus eum, qui sibi hereditatem vel legatum scripsisset, eodem modo improbasse videtur, quo improbatae sunt illae; *Qua ex parte me Titius heredem scriptum in Tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto*, ut perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuissent.

§. IV. Sunt & aliae leges affines, in quibus, etsi non agatur de captatoriis institutionibus, exempla tamen suppeditantur alia negativa, ad illustrationem eorum facientia, quae modo similia ex Paulo adduximus, partim etiam affinia admodum captatoriis institutionibus earumque formulis, quae adeo melioris doctrinae gratia non pigebit apponere, ne forte, quod interpretes quosdam fecisse infra dicetur, incaute ea cum exemplis captatoriarum institutionum confundamus. Sic *Ulpianus l. 2. de hered. instituendis*. In illa institutione: *ex qua parte me Titius heredem scripsit, Sejus heres esto?* tunc, si non est a Titio scriptus, nec Sejus ab eo. Nec immerito: hic enim creditur inesse conditio. *Pomponius vero l. 29 ff. eod.* Hoc articulo: Quisque, omnes significantur, & ideo *Labeo* scribit, si

ita scriptum fit: *Titius & Sejus, quanta quisquis eorum ex parte heredem me habuerit scriptum, heres mihi esto*, nisi omnes habeant scriptum heredem testatorem, neutrum heredem esse posse: quoniam ad omnium factum sermo refertur. In quo puto testatoris mentem respiciendam. Sed humanius est, eum quidem, qui testatorem suum heredem scripserit, in tantam partem ei heredem fore, qui autem eum non scripserit, nec ad hereditatem ejus admitti. Denique *Labeo l. 20. §. 2. de Cond. instit.* Si quis te heredem ita instituit, *si se heredem instituisset, aut quid sibi legasset*, nihil interest, quo gradu is a te heres institutus, vel quid ei legatum sit; dummodo aliquo gradu id te fecisse probes.

§. V. Quæ cum ita sint, & in adductis textibus juris deprehendatur definitio captatoriarum institutionum satis perspicuis exemplis declarata, mirandum profecto esset, quæ ratione factum, ut Doctores Juris in unum omnes hucusque captatorias institutiones in alienum plane a Senatu Populoque Romano sensum traxerint, ni constaret, quantum noceat ignorantia historię in interpretatione legum antiquarum, quantum noceat præconcepta opinio neglectis fontibus ex Commentatorum diversis opinionibus orta, quarum illa & hic antiquorum Glossatorum mentem obfuscavit, hæc vero noviores Jctos etsi historię antiquitatumque Romanarum callentissimos occæcavit, ut in media lux apertis oculis nihil viderent. Age videamus.

§. VI. Igitur initio antiqui Glossatores & qui eos sequuntur, captatoriam institutionem eam esse ajunt, quando quis heredis institutionem in alterius confert voluntatem, seu arbitrium: ut: quos Titius voluerit, heredes instituo. *vid. Gloss. ad l. ii. C. de test. milit. & ad l. 70. de hered. instit. & Dd. eam defendentes, Rolandinum Passagerium de Testamentis p. 276. Vasqu.*

Vasqv. de success. lib. 2. §. 13. n. 18. Tusch. Pract. concl. T. 1. Concl. 62. & T. IV. Concl. 68. Gail. l. 2. Obs. 117. Soarez. Tract. de Captator. Volunt. in oper. f. 599. Covarr. in c. cum tibi n. 2. X de Testam. T. 1. f. 53. Menoch. Conf. 669. Richter. decis. 27. n. 2. aliosque passim. Cum enim Papinianus in *d. l. 70.* dicat captatorias institutiones illas improbasse Senatam, *quarum conditio conferatur in secretum alienæ voluntatis*, secretum alienæ voluntatis explicant *arbitrium alienum*, de quo *l. 32. ff. de hered. instit.* loquitur. Dicunt inde, duplici modo posse fieri captatoriam institutionem. Vel enim totam substantiam institutionis directo conferendo in liberam alterius voluntatem: e. g. *instituo te, si uxor mea consentiet*, vel saltem electionem institutarum seu potius instituendarum alteri committendo e. g. *instituo illum, quem Titius voluerit.* Ast uti quidem certum est, institutionem in arbitrium alienum collatam non valere, ita vel ipse textus in *d. l. 32. de hered. instit.* Dd. persuadere debebat, ejusmodi institutionem non esse institutionem captatoriam, cum nulla ibi intercedat captatio, sed alia ratione prohibitio ejus nitatur. Sic enim Cajus *ibid.* *Illa institutio: quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permessa est, nam satis constanter Veteres decreverunt: Testamentorum jura ipsa perse firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* Sensit Glossa hanc objectionem, unde, ut ei occurrat, *captatoriam* institutionem vult dici, quasi *deceptoriam*, quasi per eam decipiatur heres institutus, quo tamen nihil absurdius & a genio linguæ latinæ alienius. Unde non inepte Wissenbachius errorem hunc ex imperitia latini sermonis natum esse profitetur *ad Tit. de hered. instit. th. 16.* Et vel tyro videt, aliud esse: *permittere alieno arbitrio heredis institutionem aliud conferre conditionem institutionis in secretum alienæ voluntatis.* Item alium longe esse casum in *d. l. 32. de hered. instit. quos Titius voluerit heredes sunt*, aliam in captatoriis institutionibus in *l. 1. de his quæ pro non script. hab. qua ex parte me Titium heredem scriptum in Tabulis suis*

suis recitaverit, ex ea parte heres esto, præprimis cum Glossa ad d. l. 70. de hered. instit. ut probet SCrum Libonianum in d. l. 70. indigitari, provocet ad d. l. 1. adeoque eandem, etsi aperte captatoriarum institutionum non faciat mentionem, satis aperte tamen de his exponat. Ut taceam, captatorias institutiones ex Senatus Consulto fuisse prohibitas d. l. 70. & 71. §. 1. de hered. inst. d. l. 1. de his quæ pro non script. At vero institutiones arbitrio alieno commissas ex constanti JCtorum interpretatione fuisse interdictas dilucide ostendit Cæjus d. l. 32. verbis: nam satis constanter veteres decreverunt. conf. Anton. August. Emend. l. 4. cap. 15. p. 206. Quamvis ista JCtorum interpretatio saltem videtur constans fuisse usque ad tempora Cæji, eamque exponat Cæjo cœvus Pomponius l. 68. de hered. instit. Nam Ulpianus satis aperte quidem quoad legata ab illa opinione recessit, l. 1. princ. de leg. 2. In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest. Quid enim interest: Si Titius in Capitolium adscenderit, mihi legetur aut, si voluerit & in l. 43. §. 2. de leg. 1. legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. Cui iterum sic satis aperte contradixit Modestinus, doctrinam Pomponii ex d. l. 68. de hered. instit. repetens in l. 52. de condit. & demonstr. Nonnunquam contingit, ut quedam nominatim expressa officiant, quamvis ommissa tacite intelligi potuissent, nec essent obsutura, quod evenit, si alicui ita legetur: Titio decem do lego, si Mævius Capitolium adscenderit. Nam quamvis in arbitrio Mævii sit, an Capitolium adscendat, & velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari, si Mævius voluerit, Titio decem do. Nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est, expressa nocent, non expressa non nocent. Unde habes novum exemplum Antinomiarum in jure nostro, & testimonium miseræ ejus. Nam conciliatio Glossæ ad d. l. 1. de leg. 2. volentis, verba: Quid enim interest? non interrogative sed absolute, aliquid enim interest, esse exponenda, item Ant. August.

Augu-

Augustini *d. l. jubentis*, Ulpianum, dum ait: *Legatum in aliena voluntate poni posse*, exponendum esse de voluntate legatarii, partim contorta est, partim perspicue verbis & menti *d. l. 1. de leg. 2. repugnat*. Quod si ergo sententiam Ulpiani tanquam non adeo absurdam quis tueri velit, uti puto, non difficulter defendi posse, corruet etiam ex ipsis brocardicis & regulis juris illa: *Expressa nocent non expressa non nocent l. 195. de R. J.* ut quæ ex Modestino, dum Ulpiano *in d. l. 68. de hered. instit.* contradicit, desumpta est, & exemplo erit, inter brocardica, panaceas, & herbas betonicas Jctorum multas esse nullius vel exigui usus, de quo tamen, tanquam exoso, plura dicere nolo.

§. VII. Redeo ad captatorias institutiones, de quibus sunt & aliæ interpretum opiniones, sed in quibus prolixè refutandis non erit ut nos detineamus, cum expositioni illi glassatorum sint valde affines, vel certe ex eadem definitione captatoriarum institutionum videantur deductæ esse. Talis est eorum, qui perhibent, captatoriam institutionem tunc fieri quando quis alteri mandat, ut de bonis suis testamentum faciat. *Vid. Suarez. de captat. volunt. in oper. f. 599. seq.* Ubi ex sua experientia huic sententiæ fidem conciliare laborat, dum se vidisse refert aliquem infirmitate turbatum commisisse alicui amico factionem testamenti, credentem, illum secundum voluntatem suam dispositurum fore de bonis suis, forte prout inter eos aliquando communicatum fuerat. Sed commissarium post mortem committentis aliter de bonis illius disposuisse, & ita testatorem committentem æque ac eum, quem heredem scribi voluit, fuisse deceptos, ideoque hanc institutionem a decipiendi dici captatoriam secundum *Glossam in d. l. 70. de her. instit.* Accedit hæc sententia ad priorem quodammodo. Qui enim alteri mandat, ut de bonis suis testamentum faciat, nihil aliud facit, quam quod testamenti sui factionem in alterius voluntatem & arbitrium conferat. In eo tamen esset

esset

esset differentia, quod ibi testator in testamento dixerit: Quem Titius voluerit hæres esto, hic vero testator extra dispositionem ultimæ voluntatis & quasi per modum mandati Titio commiserit distributionem bonorum suorum. Uti vero nullum est dubium, nec ejusmodi mandatum valere propter rationem *d. l. 32. ff. de hered. instit.* Ita & ratio modo dicta obstat, quominus possimus nobis persuadere, sub ea latere exemplum captatorix institutionis.

§. VIII. Magis inconcinna est sententia illorum, qui putant formam Captatorix institutionis exhiberi in *l. 68. de hered. instit.* & in *l. 52. de Condit. & demonstr.* quando scilicet quis instituat sub ejusmodi conditione, quæ plane ab arbitrio illius, qui istam adimplere debet, dependeat, e. g. instituo te, si Titius Capitolium adscendat. *vid. Suarez. & reliqui Autores §. 6. citati item Dd. passim ad d. l. 68. & d. l. 52.* Hoc autem genus institutionum quod attinet, non magna equidem differentia videtur esse inter hanc & illam, quæ in absolutam alterius confertur voluntatem, siquidem in dicto casu ipsa institutio non minus dependere videtur ab arbitrio tertii, quam actus iste, ut adscendat capitolium, utpote a quo actu ipsa quoque dependet heredis institutio, atque exinde factum esse arbitror, quod casus iste ad captatorias institutiones relatus fuerit. Interim tamen in effectu maxima omnino cernitur esse differentia, siquidem per se manifestum quidem, institutiones expresse & simpliciter in alterius arbitrium collatas non valere, contra vero istas sub ejusmodi conditione, utut, illa maxime ab alterius voluntate dependeat, subsistere. Verba *d. l. 52. dedimus jam §. 6.* Similia plane sunt Pomponii in *d. l. 68. de hered. instit. si quis Sempronium heredem instituerit, sub hac conditione si Titius in Capitolium adscenderit: quamvis non alius heres possit esse Sempronius, nisi Titius adscendisset in Capitolium, & hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, erit utilis ea institutio. Atquin si quis ita scripserit, si Titius voluerit,*
Sem-

Sempronius heres esto, non valet institutio. *Quædam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent, quando, si verbis elegantur, eandem significationem habeant, quam haberent expressa, & momentum aliquod habebunt. Sic enim filii exheredatio cum eo valet si quis heres existat, & tamen nemo dubitat, quin si aliquis filium exheredaverit, Titius heres esto, & cum heres erit Titius, filius ex-heres esto, nullius momenti esse exheredationem. Jam vero si talis institutio subsistit, quo jure potest esse captatoria, cum supra jam §. 3. ex *Cajol 64. de leg. 1. & Juliano l. 1. ff. de his quæ pro non script. habentur* viderimus, captatorias institutiones non valere.*

§. IX. Sunt porro qui tradunt, captatoriam institutionem esse eam, quæ fit ad alterius interrogationem, vel ut alii volunt, quæ blanditii; & aliis persuasivanculis ab hereditatis eliciuntur. *Vid. Alex. Conf. 33. V. 3. Dauth. de testam. n. 23. ubi inter alia: Sæpe morituri, inquit, vexantur ab amicis, monachis & aliis, utrum hoc vel aliud facere velint, tales suggestiones Autores suos nihil juvant. Sed nec hi captatoriam institutionem ex mente legum exponunt. Id quidem recte senserunt, & propterea non sine causa diversum longe a præcedentibus opinati sunt, captatoriam institutionem a captando dici, adeoque sine captatione non posse esse institutionem captatoriam. At in eo decepti sunt, quod captationem quæsierint in factis heredis, cum leges supra de captatoriis institutionibus recensitæ satis ostendant, captatorias institutiones ita dici a captatione testatoris. Confuderunt adeo captatas institutiones, cum captatoriis. Hac autem confusione semel admitta non mirandum, quod illi autores communiter asseruerint, ejusmodi captatas institutiones non valere, contra, quam fusius asseruimus in *dissert. de injusto hereditatis jure*. Cum enim legerent: *Captatorias institutiones non valere, & captatas pro captatoriis haberent, non potuerunt non etiam captatis institutionibus effectum omnem juris denegare.**

B

§. X.

§. X. Igitur ad captatoriam institutionem requiritur, ut in ea testator alterius hereditatem captet. Sed cave, ne hoc ad ejus essentiam sufficere arbitreris. Requiritur ad essentiam hominis ut corpus habeat, at in corporeitate non absolvitur hominis essentia. Ista si cogitassent Jcti plerique celeberrimi, non properassent nimis, recedendo a sententia communi glossæ, neque nimis, fidenter asseruissent, captatorias institutiones eas esse, quæ fiunt obtinendæ, eliciendæ, aucupandæque hereditatis alterius gratia, sive quæ diriguntur ad successionem ejus, de cujus voluntate nobis non constat, v.g. *instituo te, si me heredem institues.* Vide Brunnem. ad l. 70. de hered. instit. & decis. 24. cent. 2. n. 4. Wissenb. diff. ad ff. 56. th. 16. Huber. Prælect. ad ff. tit. de hered. instit. in fin. & Posit. d. tit. n. 11. seq. Dauth. de testam. n. 26. Coras. Miscellan. lib. 5. c. 13. Donellum lib. 6. c. 19. lit. g. Perez. in Prælect. ad Cod. lib. 6. tit. 24. n. 9. Cujac. lib. 16. obs. 11. & ad l. 70. ff. de hered. instit. & c. Deducemus autem historiam hujus interpretationis paulo altius. Inter Latinos Juris interpretes primus videtur fuisse Andreas Alciatus, qui in exponenda natura institutionum captatoriarum a communi doctrina Glossatorum hætenus indicata & refutata recessit. Ita vero hic lib. 2. parerg. cap. 31. *Captatoriam institutionem dici existimant vulgo nostri Doctores; quia ex ea testator remaneret captus. Sed aliter ego censeo. Captare enim est illecebris, obsequio, donis, spe majorum aucupari. Merito captatorie institutiones dicuntur, quæ hac ex causa factæ sunt, ut ab aliquo quis instituat, vel legatum consequatur l. captatorie de hered. instit. in quibus Scito hæ demum probatæ sunt, quæ mutuis affectionibus aut obsequiis judicia provocarunt. Si quæ vero in secreta alienæ voluntatis collatæ sunt, non valent; ut, cum Titium instituo, si Sempronius voluerit. Verisimile enim est me Sempronium captasse, ut cum tantum sibi licere de bonis meis videat, legato vel hereditate remuneretur. Idem censendum, si ipsum Sempronium sub hac conditione, si me vice versa heredem scribat,*
insti-

instituero: Hic enim apertissima est captatio. Sed etsi in aliam personam captatio dirigatur, idem est, ne fraudi collusionique sit locus. Ut si dixerō: Sempronius heres esto, si Titium ipse heredem scribat. Quid enim si ipse cum Titio colludam, nonne Senatus Consulto fraus fieret? Existimo igitur non tam favore Testatoris SCtum istud factum fuisse, quam captationis ipsius odio. Male enim semper apud veteres audivit id hominum genus. Plinius Epistolarum libro II. Regulus, qui speraret aliquid ex novis tabulis, captare eam cepit. Et mox: Improbissimum genus est, aliena testamenta, falsis ipsis, quorum illa sunt, dicere. Adversus eosdem & non uno in loco invehitur Martialis; Irridet & quibusdam dialogis Lucianus, fraudesque detegit. Sed quid si captatoriam institutionem interpretemur, quæ in secretam alicujus voluntatem collata est? quia verosimile est fore, ut is arbiter ab omnibus capteretur, ut quod eorum commodo sit, declaret. Extat Theodosii constitutio, qua Leontii Fucundæque conjugum pietatem laudat, qui iisdem tabulis ambo testamentum condiderant, & se in vicem heredes scripserant. Qui mos hodie in Germania ut plurimum observatur. Nec enim, inquit ille, captatorium iudicium dici potest, cum duorum fuerit similis affectus, & simplex religio testamenta condentium.

§. XI. Recte hic Alciatus in eo recessit ab antiqua captatoriarum institutionis expositione, quod asserat, captatoriam institutionem non dici ab eo, quod testator captus sit, sed quod testator alios captare velit, & quod adeo SCtum non tam favore Testatoris quam captationis ipsius odio factum sit. In eo vero antiquum errorem retinuit, quod casum captatoriarum institutionum eundem cum Glossatoribus retinuerit, *cum Titium instituo, si Sempronius voluerit.* Dura quippe & nimis longe petita est illa captationis præsumptio, quam adducit Alciatus, quasi verosimile sit, me Sempronium captasse, ut cum tantum licere sibi de bonis meis videat, legato me vel hæreditate remuneretur, aut quasi futurum sit, ut is arbiter ab omnibus capteretur, ut, quod

eorum commodo sit, declaret. Non est adgenium, neque captantium neque captatoris, iste hamus, nec credo ullum unquam apud Romanos eo modo captatum fuisse, tantum abest, ut præsumamus, captationes ejusmodi ita frequentes fuisse & noxias, ut Scto ad eas coercendas opus fuerit, præprimis cum dissertatio nostra *de injusto jure Hereditatum* satis ostenderit, captationem hereditatum apud Romanos regulariter fuisse impunem. Taceo, quod absurdum illud & Alciato obstat, quod jam supra tetigimus. Nam etiam si supponamus, per illam formulam etiam captata fuisse aliorum bona, quid opus, fuisset contra eam Sctum condere, cum illi jam ex alio capite, & quod nemo ex aliena voluntate suspendere suum judicium possit, fuerit inanis. Quamvis autem forte ista senserit Alciatus, & adeo alium casum captatoriae institutionis addiderit, in quo apertissima est captatio: *Instituo Sempronium si me vice versa heredem scribat*, aut si aliam personam substituam: *Instituo Sempronium, si Titium heredem scribat*, cum quo forte colluserim, tamen nec iste casus apti sunt ad declarandas institutiones captatorias, quas Sctum prohibuit. Jam enim supra §. 4. ex l. 29. ff. de hered. instit. & ex l. 20. §. 2. de condit. instit. ostendimus, ejusmodi institutiones valere, adeoque ad captatorias institutiones, quæ prohibita sunt, non pertinere, etsi non negemus, formulis istis sæpe captatas fuisse aliorum hereditates. Et deceptus adeo est Alciatus, si putavit, casus istos, quos posuit, contineri in l. 70. de hered. instit. & l. 71. §. 1. eod. aut formulis ibi contentis æquipollere. Vide supra §. 3. Unde nec quicquam ejus sententiam adjuvant loca, quæ ex Plinio, Martiale, & Luciano adducit, quod captatores aliarum hereditatum male audiverint ubique. Verum est, scripserunt ista Plinius, Martialis & Lucianus, & ipsi ea loca cum pluribus aliis adduximus in d. dissert. §. 15. 21. 22. seqq. & tamen iis non obstantibus ostendimus, licuisse apud Romanos hereditari, sed cum lemma-

te no-

te noto Ciceronis: Non omne, quod licet, honestum est. Quod denique de Leontii & Jucundæ testamento mutuo affert Alciatus, forte ea intentione factum est, ut casum dare voluerit ad explicanda verba Papiniani *in l. 70. de hered. instit.* quod captatorias institutiones improbaverit Senatus, non eas, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverint. Sed de his erit commodior locus dicendi infra. Pergamus nunc ad JCTos alios.

§. XII. Vixit Alciatus in medio seculi præcedentis. Vide Guidon. Pancirollum *de claris Legum interpretibus lib. 2. c. 169.* Quendstett *de patriis illustrium virorum p. m. 291.* Ejus discipulus Antonius Augustinus, *vid. Panciroll. d. lib. 2. cap. 188.* paulo propius ad veritatem in doctrina de captatoriis institutionibus progressus est. Prolixius est ea de re *caput. 15. libri 4. Emendat.* cujus adeo potissima momenta hic excerpemus: *Captatoriæ, inquit, scripturæ aut hereditates quæ sint, inde facile cognoscemus, si captandi verbum intelligamus. Est autem venari & aucupari lucrum. — — Captatoria institutio a nostris consultiis dicitur ea institutio, qua quis alterius hereditatem aut legatum captat, aut quodcunque lucrum ex alterius morte. Qua in re ab Alciati nostri sententia non recedo. Hujus tamen institutionis formulam hanc fuisse existimo. Titius, qua ex parte me heredem instituerit, ex ea parte heres mihi esto. — Paulus ait, — Illæ autem institutiones captatoriæ non sunt, veluti, si ita heredem quis instituat: Qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Mævius heres esto, quia in præteritum, non in futurum institutio collata est. Si igitur in præteritum concepta non esset, sed in futurum, ut illa nostra, captatoria esset. Quod ipsam apertius postea dicitur. Sed illud, inquit, quæri potest, an idem servandum sit, quod Senatus censuit, etiam si in aliam personam captionem direxerit. Eleganter captionem appellat hanc illam institutionem. Veluti si ita, inquit, scripserit. Titius, si Mævium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum*

ostenderit, probaveritque, heres esto. Quod in sententiam SCti incidere non est dubium. Cum itaque non in aliam, sed in testatoris (haud dubie legendum, heredis) personam captio directa est, non ex sententia solum, sed etiam ex SCti verbis improbat. Id est, quod in cap. 1. de his quæ pro non scriptis habentur, dicitur. Nam Senatus cum pœnas legis Corneliæ constitueret adversus eum, qui sibi hereditatem vel legatum scripsisset, eodem modo improbasse videtur, quo improbatæ sunt illæ: Quæ ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto, ut perinde haberentur, ac si insertæ testamento non essent. Hac etiam de causa cap. 79. de hered. instit. de illa institutione dubitatum est: Quanta ex parte mea Titio heredem institutum recitasset, ex ea parte Sempronius mihi heres esto, & non esse captatoriam, responsum est. Non enim captare videor Titii hereditatem, cui nihil relinquo, neque Sempronio illum (forte illi) a Titio lucrum venor: Præsertim si de Testamento Titiano ante meum testamentum factum illud caput intelligamus. — Sed & Constantinus Harmenopulus, Græcus Jctus, nullam aliam καὶ ἐν ἀμετρίῳ ἐπιβουλήν institutionem, (sic enim captatoriam appellat) improbat, quam quæ sub conditione futuræ institutionis facta est. Verba ejus sunt hæc: — — Captatoriæ, inquit, institutiones non valent, ut puta: Petrus, ex qua parte me scribet heredem, heres mihi esto. Quæ vero in præteritum tempus institutiones conceptæ sunt, valent: veluti: quæ ex parte scripsit me heredem Petrus ex eadem mihi heres fit. Neque solum in testatoris personam, sed & in aliam fit captatoria institutio, ut: si Petrus scripserit Paulum heredem, mihi heres fit. Hæc Constantinus, cui accepto ferimus hoc quælibet est boni, quod ex hac interpretatione venit. — In eandem sententiam caput 68. de hered. instit. cujus causa superiora omnia scripsimus, interpretandum est. — Captatorias institutiones non eas Senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad

ad

ad secretum alienæ voluntatis: Hoc est, si quis alterum pure instituat, & ille sive sciat, sive ignoret, eum a quo est institutus, pure etiam instituat, neutra est captatoria, namque ipsi affectione mutua usi sunt, in ultimo eorum iudicio & voluntate. Sed si sub ea conditione, quæ ex alterius testamento pendet, (hoc enim secretum alienæ voluntatis appellat) uti illa est: Qua ex parte me ille heredem instituet &c. hæc SCto reprobatae sunt. Quo capite non illud definitum est, ut Accursiani existimant: Captatorias institutiones esse, quæ ita fiunt: illum instituo, si Titius voluerit, sed -- licet secretum alienæ voluntatis quodcumque alienum arbitrium dici possit, tamen Papiniano satis visum est, rationem afferre, qua pura institutio a captatoria differret. Nam quod Accursiani dicunt, voluntates ex alieno arbitrio pendere non posse, idem ego affirmo. Item illud, hanc fortasse non levem captatoriae scripturae improbandae causam: nego tamen eas omnes institutiones captatorias esse, quæ ex alieno arbitrio pendeant. --- Neque tacite fieri posset, ut cum Sempronius heres instituitur si Titius in Capitolium adscenderit. Est enim id in secreta Titii voluntate positum. Fieret enim SCto fraus, vel etiam contra eius verba esset, si verum est, Senatam eas institutiones improbasse, quæ alieno arbitrio committuntur. Idem in legatis responsum est &c.

§. XIII. Recte hic Antonius Augustinus ab Accursianis recessit, quod captatoriam institutionem & eam quæ committitur in alienum arbitrium, ostenderit esse distincta, licet non ita bene in favorem præceptoris sui Alciati concesserit: institutionem sub alieno arbitrio fortasse non levem captatoriae scripturae improbandae causam fuisse, cuius contrarium ostendimus §. II. Nam Accursiani ne hoc quidem asserebant. Quamvis iterum recte in eo recedat ab Alciato & Accursianis, quod inter formulas captatoriae institutionis illam, *Sempronius heres esto, si Titius voluerit*, non retulerit. Sed rursus absque sufficienti ratione, quod cum Alciato omnem institutionem, quæ captandæ hereditatis alie-

alie-

alienæ gratia fit, pro captatoria illa a Scto prohibita habuerit, & quod casum alterum Alciati: *Sempronius heres esto, si me vice versa heredem scribat retinuerit, aut ut ipse effert: Qua ex parte me Titius heredem instituerit, ex ea parte mihi heres esto, cum tamen, ut jam §. 11. dictum, l. 29. de hered. instit. & l. 20. §. 2. de condit. instit. contrarium ostendant. Unde non est, quod Augustinus Harmenopulo acceptum ferat hoc, quod quaecunque esse ait bonæ interpretationis, quamvis sinceritas Augustini Autorem suum indicantis commendanda sit. Ergo decepit Augustinum autoritas Harmenopuli, utrumque vero decepit non recte intellectus locus Pauli in l. 71. pr. de hered. instit. (vid. supra §. 3.) Cum enim Paulus ibi aperte asserat, illam formulam, qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Mævius heres esto, captatoriam non esse, quia in præteritum, non in futurum institutio collata est, intulerunt, ergo si captio infuturum collata est, est captatoria institutio. Est hoc argumentum, quod dici solet a contrario sensu. Quod uti Topicum est, ita sæpius non procedit. Notant Doctores: argumenta a contrario sensu non bene procedere in legibus Codicis. Habes hic exemplum, & dicenda ostendent latius, quod etiam non semper obtineat in legibus Pandectarum. Captatoria institutio est institutio, quæ sub aliqua conditione fit. Omnis conditio suspendit effectum in futurum. Ergo quæ non est in futurum institutio, uti non est sub conditione, ita nec captatoria est. Et adeo recte Paulus, institutionem, quæ in præteritum, non in futurum collata est, non esse captatoriam. Sed quis inde inferret, ergo institutio in futurum collata captatoria est: Sequeretur enim exinde, omnem institutionem conditionalem captatoriam esse, quod absurdum. Ergo Harmenopulus & Antonius Augustinus miscuerunt propositiones distinctissimas: unam: Captatoria institutio debet in futurum concepta esse: alteram: Institutiones (adde & captiones) in futurum conceptæ sunt institutio-*

tutiones captatoriæ. Dato vero & admissio semel hoc inconvenienter duriter sane & contorte exponere *l. 68. de hered. instit.* Antonius Augustinus adactus fuit, quasi nempe Papinianus ibidem per institutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverint, quasque a senatu haud quaquam improbari dicit, intellexerit institutiones puras non conditionales ullas, ut adeo eo fortius ab Augustino excludatur omnis conditio captans; cum tamen vel solum *provocandi* verbum & reliqua quæ suo loco circa expositionem illius legis 68. notabimus, ostendant, nihil minus in mente habuisse Papinianum, quam institutiones puras.

§. XIV. Post Antonium Augustinum unanimiter omnes Juris interpretes Harmenopuli sententiam amplexi sunt. Vide quos supra citavi §. 10. Unde etiam est, quod inter illos proximus ab Antonio Augustino Jacobus Cujacius in Papiniano *ad lib. 6. resp. & ad d. l. 70. de hered. instit. p. 220.* dicat, quæ sint captatoriæ institutiones, Græcos interpretes intellexisse, ex Latinis neminem intellexisse, præter Marianum Socinum Juniolem (ad quem etiam provocat Antonius Augustinus d. l.) cæteros omnes captatorias institutiones interpretatos esse eas, quæ conferuntur in arbitrium alterius. Nec mirandum adeo, quod ista sententia praxin nostram invaserit, & institutio captans hereditatem alienam pro institutione captatoria Legibusque prohibita sit judicatum. Unicum saltem testem hujus rei adducemus celebrem Brunnemannum *in l. 70. ff. de hered. instit. Blanditiæ ait, Institutionem non vitiant, sed si quis referat sese ad secretum alienæ voluntatis, talis institutio est prohibita, v. gr. si Titius me instituet heredem, instituo eundem. Vel: pro qua parte me instituet, ea parte instituo Cajum. Secus, si in præteritum, non infuturum collata sit institutio, quia hic non est provocatio institutionis alienæ qualis institutio etiam militi prohibita, quia simplicitati militum succurritur, non calliditati, quæ auxilium non meretur.* — Ideo quando Doctores dicunt, præsumptionem

C

capta-

captationis præmii ab amore conjugali excludi. Gail. lib. 2. obs. 113. n. 4. Mev. in Jure Lubec. P. 2. art. 1. tit. 10. n. 6. id facile concedo. Sed si maritus expresse ea conditione institueret, si ab uxore institueretur, hic non tantum esset mutua provocatio affectionis conjugalis, sed expressa captatio pecuniæ conjugalis. Expressa sepe nocent, non expressa non nocent. Et ita decisum Mens. Decembr. Ann. 1653.

§. XV. Sed de illa sententia qua expressa captatio pecuniæ conjugalis per decisionem illam judicata fuit esse injusta & irrita, infra suo loco ubi de usu doctrinæ de captatoriis institutionibus agemus. Jam tempus est, ut, postquam jam ostenderit nec Græcorum illam nec Latinorum expositionem esse convenientem principiis juris Romani, & expressis textibus, nostra quoque myrothecia aperiamus, visuri, an aliud quid convenientius dictis proferre possimus. Magna lis, & multis convitiis utrobique agitata, orta est Claudio Salmasio, eo quod dixerat, JCos omnes ignorasse modum verum signandi testamenta, quod injuriam interpretatus Desiderius Heraldus graviter ea propter, JCos defensurus, invehitur in Salmasium, de quo forte paulo post. *Vide interim Salmasium in libro de modo usurarum cap. 10. & item in defens. miscell. cap. 7. & in specimine confutat. animadvers. Herald. c. 1. Heraldum in animadvers. ad Salmas. defens. Miscellar. Lib. 1. c. 1. & lib. 7. cap. 1. & multis seqq.* Dixerat ista Salmasius paulo arrogantius, & non absque animo contumelioso. Nos, etsi persuasi simus, JCos institutiones captatorias parum convenienter exposuisse, non est tamen quod de ingenio nostro & de ignorantia aliorum gloriemur. Fefellit Viros optimos ac celeberrimos nimia reverentia præceptorum, & quod ita aduefiamus a longo tempore in Academiis, ut piaculum habeatur a sententia Præceptorum recedere, aut sententias eorum, quamvis erroneas aut certe dubias non publice & ad pudorem usque exosculari. Si Alciatus, si Antonius Augustinus, si Cujacius & reliqui Juris
Anti-

Antitistes, qui Jurisprudentiam a Glossatorum ineptiis purgare & sapere inceperunt, nostro seculo, ubi a præjudiciis autoritatis hætenus captiva detenta sapientia magno conatu vincula rumpit, vixissent, næ, non id tantum, quod dicemus, observassent sed & in aliis plurimis emendassent errores vulgares; quibus post illorum tempora cumulavit Jurisprudentiam nostram infaustum plerorumque studium, qui non leges docent & legum rationes, sed errores pragmaticorum, quique crimen læsæ majestatis interpretantur, si cupidus veritatis animus ultra dictata Præceptorum suorum sapere intendat. Nunc cum post tantos juris restauratores peior ætas semper tulerit progeniem vitiosiorum, vitio nobis non vertetur, si communi discentium officio functi & libertate Academica fruente libere sed modeste dicamus, quid nobis videatur.

§. XVI. Uti vero alias leges bonæ methodi requirunt, ut veritatem inventuri a facilioribus & magis notis progrediantur ad difficiliora & hætenus incognita, ita originem forte falsæ interpretationi dedisse videtur, quod Jcti occasione primæ legis quæ in pandectis de captatoriis institutionibus occurrit, nempe *l. 70. de hæred. instit.*, voluerint investigare earundem formam, non antea collatis textibus parallelis forte magis perspicuis, cum tamen illa lex sit intuitu reliquarum omnium difficillima, & præprimis, quod Papinianus ibi *de secreto alienæ voluntatis* dixit, sit id quod huc usque in secreto fuit, cum recte noviores rejecerint interpretationem glossatorum, per illud intelligentium arbitrium alienum, & sequentia ostensura sint, noviores in eo quidem aberrasse parum a scopo, quod per secretum alienæ voluntatis intellexerint testamenta aliena, multum tamen aberrasse, quod omnia aut omnis generis testamenta. Quod si ergo ex reliquis legibus illas primum adorti essent, quæ plus lucis in re dubia dare poterant, nullum est dubium, quin vidissent id quod quilibet præjudicio vacuus videre potest.

§. XVII. Id equidem non una vice dicitur, quod Senatus captatorias institutiones interdixerit, *l. 70. l. 71. §. 1. de hered. instit. l. 1. de his, quæ pro non scriptis habentur.* Quod si ergo hoc SCtum haberemus, tanquam fontem, absque difficultate etiam intelligeremus commentationes JCtorum. Nunc cum intempestiva Triboniani diligentia id perdidimus, utile foret, si id ex aliis fragmentis restituere possimus. At vereor, ut ista via multum lucraturi simus, cum de eo varie dissentiant JCTi, quodnam illud & quo tempore conditum fuerit, tantum abest, ut ejus tenorem nobis exhibeant. Glossa & cum illa plerique Doctores arbitrantur, fuisse id SCtum Libonianum, quibus tamen se opponit Cujacius *ad l. 70. de hered. instit.* negans hoc SCtum intelligi, utpote quod non de captatoriis institutionibus vel legatis, sed de falsariis, qui sibi quid adscribunt in testamento, loquatur. Possent tamen eadem facilitate ratio Cujacii retrudi, cum non repugnet, unum idemque SCtum de multis capitibus, præprimis connexionem inter se habentibus, fuisse conditum. Jam vero connexa sunt, coercere falsum eorum, qui sibi legata adscribunt, & illos falsarios, qui in secreta alienæ voluntatis inquirunt. Non vero diffiteor *l. 1. ff. de his quæ pro non script. habentur*, ubi utrumque caput jungitur, ita comparatum esse, ut pro utraque sententia, & glossæ & Cujacii exinde deduci possint conjecturæ. Porro cum & ipsi Libones varii fuerint, *uti videre est ap. Steph. Vinand. Pighium, in Annal. Magistr. & Prov. S P Q R. l. 3. f. 493. & 544. seqq. & Glandorpii Onomast. Rom. in Petiliis & Scriboniis*, iterum dubium est, a quo Libone istud denominetur, & quo tempore latum sit. Non aliud Antonius Augustinus, diligentissimus alias harum rerum collector *in Tractatu de Legibus & SCtis* de eo tradit, quam quod illud cum Edicto D. Claudii eodem fere tempore factum esse credat, fundamentum asserti sumens ex *l. 3. C. de his, qui sibi adscrips. in testam.* ubi Imp. Alexander: *SCto & Edicto Divi Claudii prohibitum esse*
ait,

ait, eos qui ad scribenda testamenta adhibentur, quamvis dicantur te testatore aliquod emolumentum ipsis futurum scribere, & pœnam legis Corneliæ facientibus irrogatum esse. Ex quibus patet, hanc ipsam esse opinionem Glossæ, contra quam Cujacius modo differuit. Et forte ex Hottomanni indice Sctorum ei opponi posset, quod hic Sctum Libonianum de falsis compositum esse censeat sub Hadriano Imperatore Anno U. C. 800. arg. l. 1. & passim ff. de falsis. Adde Salmas. Observ. Miscell. ad Jus Att. & Rom. c. ult. p. 877. seqq. Ergo hic quidem omnia incerta.

§. XVIII. Quis ergo suppeditabit genuinum casum captatoriarum institutionum, quas Senatus prohibuit? Quodsi enim hunc, id est formulam captatoriæ institutionis haberemus, omnia in salvo forent. Dixi supra §. 3. Formulam illam contineri in d. l. 1. ff. de his qui pro non script. hab. **QVA EX PARTE ME TITIUS HEREDEM SCRIPTUM IN TABULIS SUIS RECITAVERIT, EX EA PARTE HERES ESTO.** Mirum, quod non viderint eam Interpretes, ni Tribonianes pro more suo legem hanc extra oleas vagari voluisset, & ab aliis textibus parallelis de captatoriis institutionibus separasset. Adde quod in d. l. 1. vox captatoriæ institutionis non occurrat. Gratias tamen agenda sunt Triboniano, quod d. l. 1. nobis conservare voluerit, uti gratias agere solemus raptoribus, si rem caram nobis reliquerunt. Quodsi enim absque ea fuisset, nec nos divinare potuissemus, quale quantumque ens sit institutio captatoria. Nunc vero, cum hanc formulam conferamus cum iis quæ disputant Jcti in l. 71. §. 1. & l. 81. §. 1. de hered. instit. quas supra §. 4. descripsimus, omnia sunt aperta. Et agnoverunt etiam, certe non negarunt Jcti plerique, quantum memini, nisi quod formulam, qua ex parte me Titius heredem scriptum in Tabulis suis recitaverit, aut, ut est in l. 71. §. 1. de hered. instit. ostenderit, putarent æquipollere

C 3

cum

cum ea, qua ex parte me Titius heredem instituet, seducti ex non intellectis iis quæ in dicta l. 71. pr. præcedunt. *Conf. supra §. 12. & 13.* Igitur evidenter ostendendum est, maximopere differre illas duas formulas, quamvis utraque sit captatoria, adeoque non omnem captatoriam institutionem fuisse a Scto prohibitam, sed illam saltem quæ uteretur formula d. l. 1. de his quæ pro non script. hab.

§. XIX. Quod ut rite fiat, ex antiquitate Historiæ Romanæ præsupponendum est, sanctas fuisse habitas a populo Romano, iisque qui laudem aliorum, utque pro viris honestis haberentur, affectarent ultimas voluntates, partim quod forte peculiare & extraordinariæ crederentur esse animæ ad mortem reflectentis operationes, partim quod liberius in testamentis multa iudicia de aliis ponerent, quam inter vivos secure fieri poterat, partim ob alias rationes. Quæ enim vivi propalare nolebant, ea sæpius in testamentis suis post mortem demum aperiendis sine metu invidiæ aut odii proferebant. Pertinent huc ea, quæ passim memorat Tacitus. Ita lib. 6. *Annal. c. 24.* de Druso, qui primo alienationem mentis simulans, quasi per dementiam funesta Tiberio, mox, ubi expertus vitæ fuit, meditatae compositasque diras precatur, ut, quemadmodum nurum filiumque fratris & nepotes, domumque omnem cædibus complevisset, ita pœnas nomini generique majorum & posteris exsolveret. Sed hoc extra testamentum fiebat. Alibi propius ad rem l. 6. *Annal. c. 38.* Fulcinius Trio ingruentis accusatores haud perpeffus supremis tabulis multa & atrociam in Macronem ac præcipuos libertorum Cæsaris composuit, ipsi fluxam senio mentem & continuum abscissum, velut exilium objectando. Quæ ab heredibus occultata recitari Tiberius iussit: patientiam libertatis alienæ ostentans & contemptor suæ infamiae; an scelerum Sejani diu nescius, mox quoquo modo dicta vulgari malebat, veritatisque, cui adulatio officit, per probra saltem gnarus fieri. Et lib. 16. *Annal. cap. 19.* de Petronio. *Nec tulit ultra timoris aut spei moras, neque tamen præceptis vi-*

eam expulit, sed incisas venas & iterum obligatas, aperire rursum & alloqui amicos, non per seria, aut quibus constantie gloriam peteret. Audiebatque referentes, nihil de immortalitate animæ, & sapientum placitis, sed levia carmina & faciles versus. Servorum alios largitione, quosdam verberibus affecit. Inuit & vias, somno indulgit, ut, quanquam coacta mors, fortuitæ similis esset. Ne codicillis quidem, (quod plerique pereuntium) Neronem aut Tigellinum, aut quem alium potentium adulatus est: sed flagitia principis sub nominibus exoletorum faminarumque, & novitate cujusque stupri perscripsit, atque obsignata misit Neroni, fregitque annulum, ne mox usui esset ad facienda pericula. Patet vero ex his, testamentorum licentiam adeo receptam, ut plerique etiam ingeniorum petulantiam, non alio velo exercerent. Ita Fabricius Vejento multa & probrosa in patres & sacerdotes composuit, iis libris, quibus nomen Codicillorum dederat, ait idem Tacitus lib. 14. Istam tamen licentiam in ultimis voluntatibus tolerabant, etsi leges contra injurias viventium sancirent. Sic de Augusto Suetonius c. 55. 56. Etiam sparsos de se in curia famosos libellos nec expavit, & magna cura redarguit. Ac ne requisitis quidem auctoribus id modo censuit, cognoscendum posthac de iis, qui libellos aut carmina ad infamiam cujuscumque sub alieno nomine edant. Focis quoque quorundam invidiosis aut petulantibus laceffitus, contradixit edicto. Et tamen de inhibenda testamentorum licentia, ne senatus quicquam constitueret, intercessit. Conf. Lipsius ad lib. 6. Annal. Tacit. c. 38. & ad d. l. Sueton. Etenim, quæ moribundi loquuntur, vulgo majori in pretio haberi solebant, quam ea, quæ vivi, quo pertinet l. 2. ff. de Scito Silaniano, ubi Imperator Marcus Commodus Pisoni rescripsit in hæc verba: Cum constitueris apud te, Piso carissime, Fulium Donatum, posteaquam conterritus adventu latronum profugerat villam suam, vulneratum esse, mox testamento facto purgasse officium servorum suorum: nec pietas pro servis, nec sollicitudo heredis obtinere debet, ut ad pœnam vocentur, quos absolvit Dominus ipse,

§. XX.

§. XX. Id quidem observabant honesti sectatores, et si JCtis id minime probaretur. Jam enim & tum Leguleji aut Rabulæ JCti audiebant, aut JCtorum ordo plerisque hujus generis hominibus erat repletus. Patet id vel ex Plinii epistolis. Tria saltem ex iis loca huc apponere non pigebit. Ita vero lib. 2. Ep. 16. *Tu quidem pro cætera tua diligentia admones me, codicillos Aciliani, qui me ex parte instituit heredem, pro non scriptis habendos, quia non sint confirmati testamento. Quod jus ne mihi quidem ignotum est, cum sit iis etiam notum, qui nihil aliud sciunt. Sed ego propriam quandam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates etiamsi jure deficerentur, quasi perfectas tuerer. Constat autem codicillos istos Aciliani manus scriptos. Licet ergo non sint confirmati testamento, a me tamen ut confirmati observabuntur: præsertim cum delatori locus non sit. Nam si verendum esset, ne quod ego dedissem, populus eriperet, cunctatior fortasse & cautior esse deberem. Cum vero liceat heredi donare, quod in hereditate subsedit, nihil est, quod obstat illi meæ legi, cui publicæ leges non repugnant. Et libro 4. cap. 10. Scribi mihi, Sabinam, quæ nos reliquit heredes, Modestum Servum suum nusquam liberum esse jussisse, eidem tamen sic adscripsisse legatum: Modesto, quæsem liberum esse jussi. Quæris, quid sentiam. Contuli cum prudentibus. Convenit inter omnes, nec libertatem deberi, quia non sit data, nec legatum, quia servo suo dederit. Sed mihi manifestus error videtur, ideoque puto, nobis, quasi scripserit Sabina, faciendum quod ipsa scripsisse se credidit. Confido accessurum te sententiæ meæ, cum religiosissime soleas custodire defunctorum voluntatem, quam bonis heredibus intellexisse pro jure est. Neque enim minus apud nos honestas, quam apud alios necessitas valet. Denique lib. 5. ep. 7. Nec heredem institui, nec præcipere posse Rempublicam constat. Saturninus autem, qui nos reliquit heredes, quadrantem Reip. nostræ, deinde pro quadrante præceptionem quadringentorum millium dedit. Hoc, si jus adspicias, irritum, si defuncti voluntatem, ratum & firmum est. Mibi autem defuncti voluntas (vereor, quam in partem JCti, quod sum dictu-*

dicturus, accipiant) antiquior jure est: utique in eo, quod ad communem patriam voluit pervenire.

§. XXI. Ob eandem causam etiam curæ fuit affectantibus humanitatis laudem, ut ultima mandata aut petita necessariorum amicorumque observaverint, utut cum aliquo onere fuerint conjuncta. Memorabile est exemplum testamenti alicujus plane irregularis, cujus meminit Lucianus in *Toxare*. Eudamidas Chorinthius Aretæo Corinthio & Charixeno Sicyonio amicis utebatur, & iis quidem opulentis, cum ipse pauperrimus esset. Hic vita decedens testamentum reliquit, aliis quidem forte deridiculum, tibi vero haud scio an tale sit appariturum, viro probo, & apud quem amicitia in pretio sit, quique vel cum præcipuis in ea certare queas. Sic enim in eo scriptum erat. *Lego Aretæo quidem matrem meam alendam, atque in senectâ fovendam: Charixeno vero filiam meam elocandam cum dote, quanta ab illo maxima dari poterit. (Erat autem illi mater anus, ac filiola jam matura nuptiis.) Si quid autem interim acciderit alterutri, hujus quoque partem, inquit, alter habeto. Hujusmodi lecto testamento ii qui tenuitatem quidem Eudamide noverant, at amicitiam, quæ illi cum his viris intercesserat, ignorabant, rem pro ludo, jocoque ducebant. Nemo certe aderat, qui non cum risu discederet, quod ejusmodi hereditatem Aretæus & Charixenus essent accepturi, felices videlicet, atque ita agebant, siquidem persolvent Eudamide, superstites etiam ipsi hereditatem tradent mortuo. At heredes, quibus ista erant legata, ut audierunt, venerunt illico, agnoscentes, rataque facientes ea, quæ erant testamento mandata. Itaque Charixenus quinque duntaxat dies superstes diem obiit. Aretæus autem, optimus successor factus, tum illius, tum suo ipsius suscepto onere & matrem alit Eudamide, & filiam non ita pridem elocavit, ex quinque talentis, quæ possidebat, duobus in propriæ filiæ dotem, duobus in amici filiam erogatis. Ex eodem fonte apud Romanos Augusti tempore orta fideicommissa, aut potius ex facto in jus transierunt. §. 1. *Inst. de fideic. hered.* Ex iis item principiis ortum ducit *l. fin. Cod.**

Cod. de fideicommiss. De codicillis eadem est ratio *pr. Inst. de codicillis.* Deducere etiam exinde solent Dd. regulam, morientis confessiones, scripturas, responsa, evidentius probare, quam aliorum, dum in extremis constituti non præsumantur immemores cœlestis vitæ, quod videlicet vitæ æternæ iudicioque divino proximos se videant. *vid. Alciat. l. Præsumt. 39.* Licet enim verba moribundi fidem veri non perfringere possint, in dubio tamen præsumtionem veritatis pro iis militare voluit Dd. Ex quo principio etiam originem traxit Pragmaticorum sententia, quod iuramentum delatum & iam susceptum habeatur pro præstito, si suscipiens ante præstationem moriatur. *Gail. II. Obs. 43. Berlich. P. I. d. 55. t. 14. Carpz. lib. 6. Resp. 120* quamvis alii recte regerant, non omnem morientem esse Johannem Evangelistam. *Polidor. Ripa tr. de act. in mort. artic. c. 50. n. 1.* Quo pertinet etiam illud Platonis lib. II. de LL. *Sultè quodammodo & perverse plerique affecti sunt, quando morti se proximos arbitrantur.* Et si quis vel ex Jure Justiniano seligere velit casus speciales ad heredis institutionem & legata pertinentes, facile in iis aliquot deprehendet centurias, de quibus jure quis affirmare poterit, nihil tam stultum posse excogitari, de quo non aliquando in testamento fuerit dispositum. Atque talia cum rarissime contingant, poterat Tribonianus melius recordari *l. 3. 4. 5. 6 de LL.* Sed credo voluit in Corpore Juris nobis non solum Historiam sapientiæ sed & stultitiæ Romanæ exhibere.

§. XXII. Sed non omnes ea pietate erga testamenta aliorum utebantur, quin potius & enormia crimina patrabantur in hereditates aliorum, & ultimas voluntates. Ostendunt id variæ leges, quibus huic malo occurrere tentabant. Lex Cornelia de falsis, testamentaria vocabatur §. 7. *Inst. de publ. Judic.* eo quod falsa præcipuè circa testamenta occurrerent *l. 1. ff. ad L. Corn. de fals.* Atque vel tacentibus nobis facile patet plerumque hereditas & captatores aliarum hereditatum hic fuisse implicitos, imo vel solam inhiationem,
&

& avaritiam homines ad ejusmodi delicta impulisse. Utinam vero ab isto crimine puri fuissent Jcti. Jam magna suspicio est, idem ab illis, si non primum ortum in Rep. Romana, saltem magna sumsisse augmenta. Malo rem invidiosam alienis verbis narrare. Notum est, lege Cincia prohibitum fuisse, ne Advocati dona sumerent a Clientibus. Jam cape, quid inter alia in fraudem hujus legis egerint isti, narrante id *Friderico Brummero ad legem Cinciam Cap. 9 p. 129. seqq.* Non minor fraus legi Cinciae ab Oratoribus facta fuit per captationes testamentorum. Invaluerat enim jam tempore Ciceronis, diuque abhinc permanserat, mox hic Romae adherendi cælibibus & orbis divitibus, eosque obsequiis & munusculis alliciendi, ut sic in testamenta eorum irreperetur. -- Hos igitur pari studio prosequerantur advocati, eorum causas, licet injustissimas gratis defendebant, & sic tanquam Legis Cinciae cultores tenacissimi, nihil magis, quam ludibrium & despectum ejus meditabantur. Quo spectant *Horatii verba lib. II. Sat. 5.*

*Magna minorve foro, si res certabitur olim,
Vivat uter locuples, sine gnatis, improbus, ultro
Qui meliorem audax voces in jus, illius esto
Defensor. Fama civem causaque priorem
Sperne, domi si natus erit, fœcundaque conjux.*

Quibus addantur ista Plutarchi, seu de amore prolis: Hos (orbos) divites ad cœnam vocant, hos præfides colunt, his solis Oratores gratis patrocinantur. Eodem fine cavebant, ne amicis juste litigantibus contra ejusmodi orbos vel cælibes adessent, quo nomine Ponticum quendam sui temporis causidicum perstringit Martialis lib. II. epigr. 32.

*Lis mihi cum Balbo est, tu Balbum offendere non vis,
Pontice, cum Licino, est hic quoque magnus homo.
Vexat sæpe meum Patrobas confinis agellum:
Contra Libertum Cæsaris ire times.
Abnegat, & retinet nostrum Laronia servum,
Respondes, orba est, dives, anus, vidua.*

*Non bene, crede mihi servo servitur amico,
Sit liber, dominus qui volet esse meus.*

Et hinc more tum usitato ad amicorum & Clientum tabulas signandas rogati, eos nunc malitiosis blanditiis, nunc apertis precibus, ut vel ex asse vel ex parte heredes scriberentur, permulcebant; quin imo per sepe testamentarios agebant ipsi, non solum ea dictantes testatoribus, sed & dictata scribentes, eaque suppositis alienis, proque suo arbitrio confectis tabulis, agnatos & cognatos orborum & cælibum iusta & legitima hereditate, si non tota, at certe non mediocri ejus parte spoliabant. Hujus census Patronus erat idem de quo paulo ante dixi, M. Crassus, cujus aucupia hereditatum Cicero in Paradoxo contra eum edito sic arguit: Si testamenta amicorum expectas, aut ne expectas quidem, atque ipse supponis. Et lib. III. de officiis. At si dares hanc vim M. Crasso, ut digitorum percussione heres possit scriptus esse, qui revera non esset heres, in foro, mihi crede, saltaret. Ex eadem cohorte fuisse Q. Hortensium, fundus mihi est, quod is cum M. Crasso testamentum L. Minucio Basilio, locupletis homini in Græcia subiectum, allatumque Romæ ob lucrum ex communiōne istius hereditatis, (ambos enim subiectos tabularum heredes secum scripserat) defenderet, notante id eodem Cicerone lib. III. de offic. & Valer. Max. lib. 9. cap. 4. Neque prætereundus hic est M. Regulus, caussidicus Imper. Trajano, cujus ingenium cum Plinius hinc inde in epistolis, tum vero ab hac captandi arte epist. ult. lib. 2. vivis quasi caloribus depingit. Atque hæc quidem fraus legis Cinciae uti subtiliter ab Oratoribus excogitata, ita, si quando eis succederet, (nam interdum ab ejusmodi clientibus orbis & divitiibus tanquam pisciculis, præroso hamo fugientibus, fallebantur, ut de eodem Regulo Plinius ostendit,) omnium lucrosissima eis fuit, quippe qua ex pauperrimis exemplo Reguli, cito ditissimi evadebant. Et hinc licet abolito jam hoc legis Cinciae capite, permissaque Advocatis rem familiarem à patrociniis augere, tamen eos hunc ditescendi modum adhuc retinuisse, testis est Ammianus lib. 30. in longa illa de corruptis caussidicorum ævi sui moribus, παρρησιας. In his primus coetus est eorum, qui

qui diversa jurgia per vadimonia mille jaclantur, viduarum orborum limina deterentes.

§. XXII. Idem captandi studium varias fraudes suppeditabat aperiendi testamenti alieni, & ita quidem aperiendi, ut falso admissio in correctione aut additione ejusdem, non appareret, apertum fuisse, prout & hodie falsarii tales artes norunt aperiendi alienas literas. Solebant & hæredipetæ ex curiositate istam aperturam procurare, ut appareret, utrum instituti essent ab iis quos captabant, cum, ut dictum, multi eos eluderent. Igitur valde sollicitæ & anxie fuerunt leges Romanæ de obfignatione tabularum Testamenti, aliorumve etiam contractuum inter vivos, & de celatione voluntatum ultimarum. Ita de Nerone Suetonius c. 17 *Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulæ, nisi pertusæ ac ter lino per foramina trajecto obfignarentur. Cautum, ut in testamentis primæ duæ ceræ, testatorum modo nomine inscripto, vacuæ signaturis ostenderentur, ac ne quis alieni testamenti scriptor legatum sibi ad scriberet.* Et huc respexisse videtur Paulus lib. 5. *sentent tit. 25. Amplissimus ordo decrevit, eas tabulas, quæ publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ, triplici lino constringantur atque impositum supra linum ceræ signa imprimantur, ut exteriores scripturæ fidem interiori servent.* Atque hic disceptare nolumus, quod communiter ad istum locum Suetonii notant Commentatores, istas leges, vel certe earum partem de non adscribendo sibi legato, non esse Neronis sed Claudii, (conf. supra §. 17.) Ex hoc fundamento etiam videtur primario ortum duxisse distinctio Testamenti in scriptum & non scriptum, cum testamento scripto potissimum uterentur, qui occultare heredum institutionem vellent. Spectat huc l. 21. C. *de testamentis*, ubi imperatores, Theodosius & Valentinianus fanciunt, *licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea quæ in eo scripta sunt, consignatam, vel ligatam vel tantum clausam*

sam involutamque proferre scripturam, vel ipsius testatoris vel cujuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem offerre signandam & subscribendam &c. nec ideo testamentum infirmari, quod testes nesciant, quæ in eo scripta sunt testamento &c. Finem autem testamenti subscriptiones & signacula testium esse, & non subscriptum a testibus ac non signatum pro infæcto habendam. Eadem intendit Justinianus in §. 3. instit. de pupill. substit. disponens, ut, si quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius suus, pupillus adhuc, ex eo quod palam substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjuceat, vulgarem quidem institutionem palam facere, & in primis testamenti partibus ordinare debeat, illam autem substitutionem, separatim in inferioribus partibus subscribere debeat, eamque parte proprio lino, propriaque cera consignare, & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio adhuc impubere aperiantur.

§. XXIV. Hic opus est, ut diversa tempora distinguamus, si modum occulte testandi distincte concipere velimus. Aliter enim id factum prioribus temporibus, ubi tabulis ceratis frequenter adhuc utebantur Romani, quorum respicit edictum Claudianum, de quo Suetonium & Paulum in §. præced. exhibuimus. Illis temporibus brevissimæ instituendi, substituendi, & legandi, ac fidei committendi formulæ erant in usu. Ergo in prima cera primi heredes scribebantur, ut in illo Horatii 2. sat. 4. *Quid prima secundo cera velit versu, solus multisve coheres &c.* In secunda cera substituti heredes suum habebant locum. In tertia, quæ & ultima, extrema, ima tabula vel cera dicebatur, legata vel fidei commissa. *Vide Alex. ab Alex. Gen. dier. lib. 1. c. 1. ibique notas variorum.* Proinde testator in prima cera nomen suum ponebat primo versu, secundo, & sequentibus versiculis nomina heredum. In secunda cera similiter nomen suum primo versu, deinde substitutos heredes. Sed Claudius jussit, ad falsa prævenienda, ut testator, antequam testes signarent, suum nomen duntaxat in utraque cera sive tabula pingeret, nihil

nihil præterea, vacuasque obsignaturis testibus ostenderet, sequentes tabulas ceratas implebat legatis aliisque voluntatibus suis. Post omnia testes subscripsisse notat Huberus *ad Pand. tit. Testam. quemadm. aper.* Nam sine subscriptione signa nihil valuisse *l. 22. §. 4. qui testam. facere poss.* Ego vix putarem, subscriptionem testium, quæ ex constitutionibus principum veniunt, *§. 3. Instit. de testam. ordin.* illo tempore, de quo Suetonius & Paulus loquuntur, fuisse jam in usu. Ergo saltem tum ostendebatur testibus testamentum cum nomine testatoris, ut viderent, cujus testamentum signarent, ne falsum committeretur. Tum Testator, aut is, cui fideret, heredum nomina, tam primorum, quam substitutorum in primam secundamque ceram conferebat, antequam tamen clauderetur testamentum, & signis testium firmaretur, ne quis putet, liberum fuisse testatori quovis tempore nomina heredum supplere, quod unitati contextus obfuisse. Neque aliter fieri poterat, cum in testamento obsignato sine læsione sigillorum nihil inserere posset testator. Nam circumstantiæ omnes id suadent, quod ex edicto illo sive Claudii sive Neronis, si tabulæ testamenti in summa marginis ad mediam partem perforatæ, ac linum ter per illa foramina trajectum fuisset, testes supra linum illud signacula sua in ceram lino superimpositam posuerint. Et recte Huberus notat *d. l.* Prætores postea post mortem testatoris linum illud triplex in aperiendo incidisse, quo inciso legi & describi poterit testamentum salvis signis, ut deinde rursus obsignatum ad testes, qui signa sua recognoscerent, mitteretur *l. 1. §. pen. de B. P. secundum tabb. l. 7. ff. & l. 2. C. testam. quemadm. aper.* Alia vero jam ratio videtur fuisse sub temporibus Theodosii & Justiniani. Patet enim ex iis quæ *§. preced. ex d. l. 21. C. de testamentis & d. §. 3. instit. de pupill. substit.* excerptimus, quod de alio modo testandi loquantur, quam ubi testator tabulas ceratas adhibuit, & solo nomine suo ostenso postea ante signa testium heredes primos & secundos insciis testi-

testi-

testibus inscripsit, quod non amplius lini trajecti per foramina & sigillorum a testibus superimpositorum faciant mentionem, quod loquantur de tempore, ubi jam subscriptio testium ex constitutionibus principum requirebatur, quod formulæ a testatore in instituendo, & testibus in subscribendo adhibitæ non secundum brevitatem antiquam fuerint conceptæ, sed secundum morem illorum temporum longæ præfationes & ambages utrobique fuerint adhibitæ, & quod convenientius ad ista tempora posteriora, non ad tempora Claudii vel Neronis applicari possit formula illa prolixior, quam ex Durando excerpfit, & postea adversus Salmasium vindicare voluit Desiderius Heraldus *animadv. in Salmas obs. ad jus Attic. & Rom. lib. 1. c. 1. §. 20. & lib. 7. cap. 8. per integrum.* Persuadebit hanc conjecturam maxime, si quis vel ex §. 1. 2. 3. *Inst. de testam. ordin.* observet, quanta cura ipse Tribonianus distinguat diversos testandi modos, diversis temporibus diversimode adhibitos. Perquam est verosimile, Theodosium & Justinianum loqui de tali testandi modo, ubi loco tabularum cerearum pergamenum vel charta sint adhibita. *Confer. de variis Chartarum generibus Alex. ab Alex. lib. 2. c. 30. & ibi comment.* Et quamvis Justinianus *in d. §. 3. de Pupill. instit.* lini & ceræ, item aperte tabularum faciat mentionem, tamen contextus ostendit eum per tabulas intellexisse pergameneas & chartaceas, cum mentionem faciat primæ testamenti partis, & *inferiorum* tabularum, & inferioris partis, quod a modo illo tabularum cerearum tempore Neronis vel Claudii alienum est, ubi *ima* cera non denotabat imam partem unius tabulæ, sed ultimam tabulam, ut jam ex *Alex. l. 1. cap. 1. & ejus comment.* observavimus.

§. XXV. Hanc temporum distinctionem si observassent Salmasius & Heraldus, potuissent multis convitiis mutuis & contortis legum expositionibus abstinere, quas facile notare poterit, qui ductum eorum, quæ §. præcedente diximus, sequi velit. **Cum ergo jam aliquoties ejus litigii mentionem**

tionem injecerimus, rem paucis narrabimus, judicio nostro subjuncto. Dixerat Salmasius *de modo usurarum cap. 11.* obfignationem testamentorum & contractuum apud Romanos usitatam, quomodo facta fuerit, plerosque etiam juris antiqui peritissimos ignorasse, maxime Hottomannum p. 434. 435. (ostendit postea Heraldus *animadv. lib. 7. cap. 2.* ex Salmasii specimine confut. etiam eum respexisse ad Cujacium, Dion. Gothofredum & alios, atque id voluisse, signare & obfignatulas nihil aliud esse, quam lino colligare & sigilla supra linum imprimere,) multa etiam scriptorum loca corrupta esse & emendanda, in quibus *signationis* mentio fiat, pro *subsignationis*, cum hæc duo sint distincta, subsignare enim denotare subscribere p. 436. Sic in *l. penult. Pauli ff. qui testam. facere possunt*, ubi dicitur, *singulos testes, qui in testamento adhibentur proprio chirographo annotare debere, quis & cujus testamentum signaverit*, pro *signaverit* legendum esse *subsignaverit*, uti & Basilica intellexerit, qui id verbum reddiderint *ὕπεργραψε*. Testes enim tum, cum subscriberent, dicere non potuisse, quod obfignaverint, ut quod nondum erat factum, nec in ea parte tabularum fieri solebat, & ita scripsissent falsum p. 437. 441. Item apud Suetonium (in loco §. 23. adducto,) ubi dicitur, *quod vacuæ ceræ debeant signaturis ostendi*, pro signaturis etiam legendum esse *subsignaturis* p. 442. Notat postea: Tabulas signatas non potuisse commode aperiri, nisi lino inciso, cum refracto lino cera signi etiam disrupta sit, aut turbata p. 451. Duplicem enim ceram fuisse in tabulis antiquorum, unam ipsas tabulas cereas, alteram, quæ lino fuerit superimposita, in qua signum impressum. Et adeo in his tabulis, quæ circumducto lino signatæ fuerint, linum fuisse incidendum, unde testamentum incisum dicatur *l. 3. de his quæ in testam. p. 452.* Fuisse autem regulariter tabulas testamenti in judicio prius ostensas testibus, priusquam referarentur, tradente Paulo *lib. 4. sentent. tit. 6. p. 435.* Tum pergit ad *d. l. Suetonii, de perforandis tabulis*, & ad *d. l. Pauli*

E quem

quem etiam supra *d. §. 23.* adduximus, & vult ibi pro *impositum supra linum*, legendum esse: *impositæ supra linum*, & pro: *ut exteriores scripturæ fidem interiori servant*, legi debere, *ut exterior cera fidem interiori servet. p. 454.* Porro ait, signare olim fuisse claudere, cum resignare denotet aperire *pag. 455.* Apud Suetonium vero in *d. l.* a testatore primam & secundam ceram vacuum ostensam esse testibus in interioribus *ceris subsignaturis seu subscripturis*, post subscriptionem vero inferuisse testatorem nomina heredum. Ergo ibi pro *signaturis* legendum *subsignaturis* vel *signatoribus p. 458. 459. 460.* Postea ad eundem modum explicare vult *§. 3. Inst. de pupill. substit.* quem & ipsum *§. 23.* adduximus. Ad intelligendum ejus casum ait, tabulas testamenti constare quatuor tabellis. Duas primas tabellas, sive ceras, quæ nomina primorum heredum continebant, pro priore parte testamenti, vel, quod idem est, pro superioribus partibus fuisse habitas, reliquas duas pro inferioribus, in quibus substitutio pupillaris scribatur, *p. 460.* Prout erat futurum testamentum, ita plurium aut pauciorum tabellarum sumtos fuisse codices. Eam partem codicis, quæ pupillarem substitutionem continebat, inferiorem, ut partem, quæ heredes primos habuerit, superiorem dictam fuisse. Et hoc ex usu loquendi obtinuisse. Nam in scribendo, quæ præcessissent, supra scripta esse dixisse, quæ secutura erant, infra se scripturos. Hanc locutionem videri manasse ex forma libellorum sive voluminum ex charta Ægyptia, quæ ante membranas repertas in usu fuerint. In his enim superiorem partem eandem cum prima, & infimam cum posteriore. Ergo & in tabulis ceratis ad hoc exemplum primas tabellæ codicis superiores habitas & postremas inferiores, *p. 461.* Porro ut exponat, quomodo in *d. §. 3.* pupillaris substitutio proprio lino, propriaque cera consignanda sit, ait, duas tabulas ad minimum isti pupillari substitutioni, quæ seorsim figillata maneret, vacare debuisse. Has autem sic lino privo constringendas &
cera

sera propria obsignandas fuisse, ut intelligamus, tabulas illas non in media parte marginis, qua longior est, sed in ea qua latior, pertusas necessario fuisse. Tabulas enim illas oblongas, & minus in longitudine, quam in latitudine habuisse. Si vero in ea parte, quæ longiores sunt obligatæ & signatæ fuissent, non seorsim partem tabularum lino proprio ligari potuissent, dum altera soluta permaneret: Atque ita plane exponenda verba Pauli (in loco supra §. descripto) ubi recenset, cautum fuisse, ut tabulæ *in summa margine* (sic enim legendum esse ait Salmasius pro *summa marginis*) ad mediam partem perforatæ triplici lino constringerentur. Quamvis & summa margo etiam possit accipi de ima & extrema margine. Nihil autem interesse, quæ margo perforata fuerit, summa an ima, dum constet non mediam fuisse pertusam. p. 462.

§ XXVI. Jam quid ad ista Heraldus? *Is lib. 1. animadv. in Salmas. observat. ad Jus Att. & Rom. c. 1.* notat Salmasium, quod JCtos dixerit ignorasse, quid sit signare testamentum, eosque confundisse signationem & subsignationem (§. 12. d. c. 1. f. 6.) cum potius Salmasius inepte distinctione illa nimis scrupulosa adhibita correxerit multa antiquorum loca, & præprimis locum Suetonii, in quo non possit intelligi, quod iusserit Salmasius pro *signaturis* legendum *subsignaturis*, quasi testator debuisset duas priores tabulas vacuas subscripturis ostendere, cum tamen tempore Neronis, ad quod etiam respiciat Paulus, subscripto nondum in usu fuerat, demum post constitutionibus Principum introducta. (§. 17. 18. f. 7.) Salmasio originem errandi fuisse, quod non viderit, quomodo fieri posset, ut qui signaverint testamentum, possent in subscribendo (cum jam subscriptiones necessariæ essent,) dicere, se signasse, uti in quibusdam locis appareat, ita fuisse scriptum. Unde ea loca omnia corrumpere tentaverit Salmasius & pro signare substituerit subsignare. (§. 18. f. 8.) Debuisset scire Salmasium, subsignandi esse obsoletum & ve-

tus juris Pontificii verbum, ut vel ex *l. 39. de V. S.* appareat: debuisse scire, eo ævo, quo testamenta subscribebantur, ea prius obsignata, deinde subscripta fuisse, quem ordinem discere potuerit ex *l. Theodosii Hac consultiissima C. de testamentis, verbis: simul offerre signandum & subscribendum.* (§. 19. d. f. 8.) Formam illam luculenter exponere Durandum in Speculo. Nimirum eum, qui velit, voluntatem suam esse secretam, curare debere, ut scribatur in *membrana* bona & solida, in cujus parte superiore relinquatur spatium trium vel quatuor digitorum, in dextro vero latere & sinistro tantundem spatii, in parte vero inferiore supersit spatium vacuum tantum, quantum palmus, sive palma digitis extensis protenditur, vel circa. In medio autem horum spatiorum scribatur tenor & series testamenti, quo facto plicari chartam ipsam, ita quod spatium superius jungatur cum inferiori parte, & figantur ibi tres chordulæ; in plicatura vero dextri spatii duæ, & sinistri aliæ duæ; sic ut quælibet chordula duo habeat foramina inferiorem literaturam non lædentia vel attingentia, ita quod inferior literatura videri vel legi non possit. Porro de magno illo spatio inferiori vacuo tantum debere discoopertum relinqui, quod ibi possint patenter & aperte scribi subscriptiones testatoris & testium &c. Testatorem in subscriptione sua mentionem facere inter alia debere, quod obtulerit testibus ultimam voluntatem suam ab eis secundum ordinem juris *signandam & subscribendam.* Testes vero in subscriptione inter alia testari, se testamentum istius testatoris *subscripsisse & signasse.* (§. 20. d. f. 8.) *Jam vides, Salmasi,* ita concludit Heraldus §. 21. f. 9. *quid sit signare testamentum, quomodo signatum fuerit, & postea subscriptum, quod capere non poterat, & ideo leges & alia veterum scriptorum loca depravabas; Formulam subscriptionis testium ex ingenio nescio quam fingebas; Eam, quæ proposita est a Doctore tuo, rejiciebas, etsi vera sit, & juri consentanea, si pro obsignavi dixeris signavi. Obsignare, si proprie & accurate loqui*
volu-

volumus, aliud est quam signare. Cum trajecto lino signa omnia apposita sunt, tunc clausum & obsignatum est testamentum. Quare testis unus signat, non obsignat. Nihilominus signatum quandoque idem est, quod obsignatum, usu ita volente, & qui minus accurate locuti sunt, obsignare dixerunt pro signare. Nihil igitur mutandum in Suetonii loco; nihil in l. penult ff qui testam. facere poss. Postea in lib. 7. cap. 1 & seqq. ubi reassumit hanc controversiam, capite quidem 2. id agit, ut ostendat, Salmasium insaniisse, dum asseruit, Jctos ignorasse quid sit testamentum signare, eumque ipsum mire in determinatione modi signandi variasse, quamvis ibi non tam modum signandi Salmasianum, quod fuerit, supra linum, postquam eo tabulae obligatae erant, sigilla imprimere, refutet, quam jactet, quamvis obscure, istum modum ab aliis Jctis non fuisse ignoratum. Tum cap. 3. 4. 5. 6. intendit late contra Salmasium sententiam illam defendere, quod testes prius signaverint testamentum, tum subscripserint. Summa eo redit: In testamento per scripturam celebrato, occultandae voluntatis causa, testes prius signasse, postea subscripsisse, argumento d. l. 21 C. de testamentis. Aliam rationem fuisse testamenti nuncupativi, & cum adeo caeci testamentum in l. 8. C. qui testam. facere possunt, sit revera nuncupativum, non mirandum esse, quod ibi (quod Salmasius ipsi objecerat,) mentio fiat, testamenti, testium manu subscripti, de hinc consignati. Capite 8. defendere allaborat, Durandi formulam testamenti secreti esse ad mores & ritus Romanos accommodatam, quod facit conferendo eam cum d. l. 21. C. de testam. & ostendendo fere singula legis verba in illa formula fuisse adhibita.

§. XXVII. Si fatendum, quod res est, & Salmasius & Heraldus subinde hallucinati sunt. Nec aliter fieri potuit, dum ira & invidia actus uterque proprii intellectus perspicaciam corruperint. Paucis ergo operam dabimus, ut & amore & odio vacui nostram sententiam paucissimis addamus. Recte Salmasius modum testamentorum signando-

rum, qui fuit tempore Neronis, ubi tabulis cereis utebantur, videtur determinasse. Valde verosimiliter etiam dixit, Ictos alios id ignorasse, qui æque ut Heraldus mentis oculos videntur attentos habuisse ad testamenta membranacea aut Chartacea, unde & in formula Durandi expresse fit mentio membranæ. Ratio differentiæ potissimum in eo est, quod testamenta, quæ fiunt in ceris, non possint secundum edictum Neronis antea signari & postea subscribi, quod tamen fieri potest in sigillis, quæ chordulis testamenti membranacei appenduntur. Sed propterea non opus habuit Salmasius tanta cura distinctionem inter subsignationem & signationem, (in se quidem bonam,) inculcare, & pro lubitu suo tot veterum & recentiorum loca emendare. De *l. penult. qui testam. facere possunt* litem non movebimus, cum Basilica ei in emendatione præverint, quamvis & vulgaris lectio retineri possit. Ratio enim misera est & vix condonanda, quæ ei occasionem præbuit, tam crudeliter cum innoxiiis Autorum verbis procedendi, aut impossibilitatem sibi imaginandi, testes tum cum subscriberent, dicere non potuisse, quod obsignaverint, quia id nondum erat factum, nec in ea parte tabularum fieri sit solitum, atque ita scripsissent falsum. Quasi vero in testamentis, etsi physice multa gerantur prius & posterius, morali tamen æstimatione ob unitatem contextus non omnia censeantur esse simul gesta. Quasi testes ea formula non potuissent respicere ordinem testamenti aperiendi, ubi prius ab eis quibus aperiuntur, vel qui aperiunt, cognoscantur sigilla, tum interius adspiciuntur subscriptiones, quæ fidem faciunt de signatione & eam confirmant. Quasi in formula in multis juris negotiis usitatissima: *Urkündlich habe ich dieses eigenhändig unterschrieben und besiegelt, aut scribens falsum committat, aut prius signet antequam ista scribat.* Hoc absurdo vero semel admisso insignem commisit errorem historicum, dum in Edicto Neronis vult legi *subsignaturis*, & quod priores tabulæ vacuæ sint ostensæ

ostensæ subsignaturis, cum tamen, ut recte monuit Heraldus, subscriptiones ibi nondum fuerint in usu. Tum enim SCto aut oratione fiebant Edicta Principum. Constitutiones, quibus subscriptiones introductæ, demum, ni fallor, post tempora Hadriani aut circiter, in usu esse cœperunt.

§. XXVIII. Ista si observasset Heraldus, facili negotio & absque convitiis poterat errorem Salmasii notare. Nunc affectu abreptus cum Salmasio certasse videtur de præmio aut licentia errandi. Non poterat non Salmasio bilem movere, dum modum signandi ex edicto Neronis, quorum etiam Pauli locus supra addictus respexit, voluit illustrare ex formula Durandi, aperte testamenti membranacei mentionem facientis, cujus, ut diximus ingens a tabulis testamenti cereis differentia est. Et affectasse videtur Heraldus stuporem, dum ei Salmasius objicit, formulam illam non esse ad mores & ritus Romanos (sc. tempore Neronis) quod contrarium ostendere velit ex convenientia Durandi cum *l. 21. C. de testam.* Quasi & illa lex non agat jam de testamento chartaceo. Similis & JCto vix condonandus error est, dum Heraldus Salmasio condonavit errorem, quasi testes non potuissent sine falso scribere se signasse, nisi jam ante signaverint, eumque & ipse assumit, atque, ut se ab objectione Salmasii liberet, novum quid & hætenus inauditum comminiscitur, quasi testes ante signaverint testamenta, quam subscripserint. Quod uti in testamento secundum edictum Neronis confecto est impossibile, ita quod id in testamento membranaceo factum fuerit, fundamentum Heraldus est valde lubricum. Eadem enim lex *21. C. de testamentis*, quæ modo vult testatorem offerre debere testibus testamentum *signandum & subscribendum*, mox ordine inverso facit mentionem & trina quidem vice, testium *subscribentium & consignantium*. Ista vero Heraldus distinctio inter testamentum occultum, idque scriptum, & nuncupativum, ad hunc quidem usum est cavillatoria. Quæso enim, quid in testa-

testa-

testamento scripto ad occultationem confert, utrum testes prius signent, an subscribant? Quod si nihil confert, quæ ratio cur in scripto prius signare, in nuncupativo prius scribere debeant. Sed ita distinguimus, & distinguendo veritatem non elicimus sed crassissimos tegimus errores, quoties affectus corrumpit intellectum.

§. XXIX. Illum vero errorem Salmasii non notavit Heraldus, quod is §. 3. *Inst. de pupill. substit.* exposuerit ad mentem Edicti Neronis, cum tamen supra §. 24. jam notaverimus, eum loqui pariter de testamento chartaceo. Eo non observato quam se torquet Salmasius, ut modum explicet, quomodo secundum monitum Imperatoris infimæ partes testamenti separatim subsignari debeant. Primo fingit quatuor tabulas. Dein fingit aliquid cur pars pupillarem substitutionem continens vocata sit inferior pars tabularum. Ac quamvis charta Ægyptia & membrana ei in mentem venerit, non venit tamen in mentem, quod Justinianus de tali chartaceo testamento loquatur, sed potius quod ex testamento chartaceo modus loquendi sit translatus ad tabulas cereas. (Quis credat?) Denique dum ipsum modum peculiariter obsignandi pupillarem substitutionem describere vult, nescio an seipsum intellexerit, ita obscura sunt & obscuriora re, quam explicare vult, quæ de tabulis oblongis, de summa margine modo imæ opposita modo imam denotante, profert, ut taceam ea etiam utcunque intellecta nihil omnino ad mentem Justiniani facere.

§. XXX. Jam in viam. Dabant multitudo hereditarum eorumque artes ansam, ut legibus pariter & studio privato testamenta sua occultarent cives Romani, nec sine ratione, cum nihil frequentius, quam ut hereditatæ, si scirent se heredes institutos, vel testatores alia testamenta facere prohiberent, unde integri tituli in ff. & C. *si quis aliquem testari prohib. vel coeg.* vel insidias vitæ struerent, quod crimen apud Italos frequentissimum fuit. Hinc non solum apud Roma-

Romanos pacisci de hereditate alterius prohibitum erat, sed & ejus delicti satis dilucide mentionem facit *d. §. 3. Inst. de pup. substit.* & cum de iis quæ semel aut bis fiunt, leges fieri non soleant *l. 4 ff. de LL.* tot leges apud Romanos de testamentis late docent, quantæ fuerint insidiæ captatorum. Neque sufficiebat cura illa occultationis in conficiendo testamento adhibita, sed & opera danda erat, ut post confessionem artes fraudulentæ hereditatarum effugerentur. Unde etiam testamenta præsertim virorum Illustrium, & Pontificum Maximorum majoris securitatis gratia apud Virgines Vestales olim deponi solebant, quod de Julio Cæsare & Augusto referunt *Sueton. lib. 1. c. 83. & lib. 2. cap. 101. Tacit. lib. 1. Ann.* Cum enim hæ Virgines pro custodiendo igne excubarent per vices, & si quæ oppressa esset somno, vel alias negligenter advertendo ignem extinxerat, flagris cæderetur a Pontifice Maximo, *Valer. Max. l. 1. cap. 7.* apud neminem testamenta securius deponi posse videbantur. Pertinet huc quod Ulpianus dicit *l. 3. §. 3. ff. de Tab. exhib. Si custodiam Tabularum ædituus suscepit, dicendum est, teneri cum interdicto.* Nam & hoc ostendit, testamenta in æde sacra deponi solita. Adhibebatur nova cautio ad evitanda falsa captatorum, ut non liceret cuivis aperire testamentum, ne post mortem quidem testatoris, ne heredi quidem, sed solenniter id fieri debebat & coram magistratu, uti patet ex toto *tit. ff. & Cod. testam. quemadm. aperiantur l. 18. C. de testamentis, quæ est l. 4. Cod. Theod. eod. tit. lib. 4. tit. 4.* ex qua patet, in corpore Justiniano *d. l. 18. pro reserventur* legendum esse *reserentur* & vocem *loco* abundare ac parum esse ad mentem legislatorum; Requirebatur vero officium magistratus, etiam in hoc, ut cognosceret, utrum ex lege testamenta condita & signata sint, an vero vitium visibile adesset; (quorsum respicit Paulus *d. l. 5. Sentent. tit. 25. § 5. Aliter tabulæ prolatae nihil momenti habent*;) partim ut dixi, ne in aperiendo mortui testamento falsum committeretur, nam vivi testamentum ne quidem

F

citro

citra pœnã aperiire licitum erat. Idem Paulus *d. l. §. 6. Qui vivi testamentum aperuerit, recitaverit, resignaverit, pœna legis Corneliæ tenetur: & plerumque aut humiliores in metallum damnantur, aut honestiores in insulam deportantur, quod in Pandectis retulit Tribonianus l. 38. §. 7. ff. de pœnis.* Idem asserit Marcianus *l. 1. §. 5. ad l. Corn. de falsis.* Refert Suetonius in *Augusto c. 17. Augustum, quo magis degenerasse Antonium a civili more approbaret, testamentum, quod is Romæ etiam de Cleopatræ liberis inter heredes nuncupatis reliquerat, aperiendum, recitandumque pro concione curasse.* Plurimi vero in Senatu, ubi recitatio illa fiebat, id moleste tulerunt. In dignum enim videbatur & grave, ut quis rationem redderet de illis vivus, quæ post mortem suam vellet fieri, referente Plutarcho in *Antonio.* Dio id Augusti factum injustissimum vocat *lib. 50.* Poterat ergo apertura testamenti ejus, qui viveret, variis de causis fieri, ex curiositate intempestiva, animo injuriandi, aut damnum dandi heredibus institutis etiam citra lucrum proprium aperiatis. Sed cum lege Cornelia de falsis tanta & tam gravi quidem pœna in aperiennes testamenta aliena fuerit animadversum, apparet, causam impulsivam legis ferendæ fuisse falsificationes testamentorum per illam aperturam a captatoribus, aut in favorem eorum factum, vel ut adscriberetur heres qui heres non erat, & tabulæ apertæ iterum artificiose clauderentur, vel ut ruptis ita testamenti tabulis heredes instituti hereditate privarentur, captantibus forte hereditatem iis, qui ab intestato veniunt.

§. XXXI. Non tamen gratis illi, qui injuriæ aut damni dandi animo tabulas aperirent. Ulpianus *l. 41. pr. ad L. Aquil. Si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, vel pluribus præsensibus legerit, utilius est, in factum & injuriarum agi; si injuriæ faciendæ causa secreta judiciorum publicavit.* Et in *l. 1. §. 38. depos.* Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus præsensibus legit, ait Labeo, depositi actione recte de tabulis agi posse. Ego arbitror, & injuriarum agi posse, si hoc ani-

mo recitatum testamentum est quibusdam presentibus, ut judicia secreta ejus qui testatus est, divulgarentur. Non distinxit Ulpianus utrum vivi utrum mortui testamentum ita contumeliæ causa fuerit apertum. Ergo haud dubie & in priori casu præter judicium publicum ex lege Cornelia de falsis actio privata de injuriis locum habebit. Cæterum quæ de divulgatione judiciorum secretorum contumeliæ causa Ulpianus memorat, Dionysius Gothofredus *ad d. l. 41. ad L. Aquil.* de eo casu intelligit, si quis ea intentione publicaverit testamentum, ut contumelia afficiatur defunctus, forte quod vitæ tempore pro divite fuerit habitus, ex testamento vero appareat eum fuisse pauperem. Quam in rem adducit *l. 2. C. de alimentis pupillo præstandis* ubi dicitur, quod interdum necesse sit, ut tutor arbitrio suo alat pupillos, ne secreta patrimonii & suspectum æs alienum pandatur, quod melius sit interim taceri, quam cum de modo bonorum quæritur, ulivo proferrî & apud acta jus dicentis contra utilitatem pupillorum designari. Ego vero vereor, istam Ulpiani mentem fuisse. Neque enim *d. l. 2. de publicatione testamenti* agit, sed de professione bonorum defuncti a Tutore coram Prætoze facienda, ut inde alimenta pupillo decernantur, neque moris erat, ut in testamento testatores bona sua aut debita enumerarent. Ergo potius Ulpianus per judicia secreta videtur id intelligere, cum Testatores, ut supra § 19. indicavimus, libere, & forte in contumeliam aliorum judicia sua posuerint. Quo pertinet *l. 3. C. quemadm. testamenta aper.* in qua Imperatores Dioclet. & Maxim. volunt, ne pars, quam aperiri defunctus vetuit, neque id, quod ad ignominiam alicujus pertinere dicatur, inspiciendum aut describendum detur. Eadem lex non vult diem & consulem inspiciendum aut describendum dare, idcirco ne quid falsi fiat, ut Ulpianus tradit *l. 2. § ff. eod.* Namque etiam inspectio materiam falso fabricando instruere potest. Et poterant scilicet hereditetæ, inspecto die & consule falsum testamentum posterius efficere, atque haud dubie id facere sole-

solebant, alias lex cautelam hanc non adhibuisset. In finitibus etiam circumspeditionibus uti debere magistratum leges admonent. Nam si dubitetur, utrum vivat an decesserit, is, cujus quis, quod ad causam testamenti pertinet, inspicere describereque postulat, dicendum est, prætorem causa cognita statuere id debere, ut, si liquerit eum vivere, non permittat inspicere tabulas, & ut ipsam scripturam quis inspiciat, & sigilla, & quid aliud ex tabulis velit spectare d. l. 2 ff. d. t. §. 4. Quin & cautela, quam Justinianus d. §. 3. Inst. de pup. substit. dedit de occultanda substitutione pupillari, jam diu ante in usu fuit, docente eod. Ulpiano l. 8 ff. d. t. pupillares tabulas, etiamsi non fuerit superscriptum, ne aperirentur, attamen si seorsim eas testator signatas reliquerit, Prætorem eas aperiri nisi causa cognita non passurum. Ex quo textu simul patet, modum antiquum occultandi tabulas pupillares olim, cum tabulis cereis adhuc uterentur, plane diversum fuisse a modo quem Justinianus suppeditat in tabulis membranaceis ut jam supra §. 29. adversus Salmasium observavimus. Hic enim seorsim signabantur tabulæ pupillares occultandæ non in inferiori parte chartæ, ut vult Justinianus.

§. XXXII. Sed jam considera quæso, quam laboraverit astutia heredipetarum, ut prædictas & cautas legum dispositiones novis fraudibus eluderent. Timebant irritare leges, vivorum testamenta contra voluntatem eorum artibus suis aperiendo: Timebant legis Corneliæ pœnam & severos judices. Cæterum cum subinde ab orbis deciperentur, occulte testamenta condentibus, & postea heredipetis illis persuadere annitentibus, ac si eos aliqua ex parte heredes instituissent, cum tamen id non factum fuerit, magna cura incumbabant, modum aliquem invenire Juri isti captatores & formulam, qua, ut antea in fraudem legis Cinciae captationes invenerant, per dicta §. 24 jus illud suum fraudulenter & etiam cum crimine captandi, totannis jure consuetudinario acquisitum ac præscriptum, impune atque incolu-

colume in fraudem legum illarum conservarent. Et ecce succurrebat illis, quod leges prohiberent saltem, ne quis vivi inviti testamentum aperiret, ipsis testatoribus non erat prohibitum aperire, recitare, aut alio modo notam facere ultimam suam voluntatem. Ergo novo hamo opus erat, quo inescarentur testatores, ut occultatas tabulas publicarent, & ita certiores essent heredipetæ, ne deluderentur ab orbis simulata institutione. Nihil vero commodius & ad naturam hominum convenientius suppeditare poterat astutia, quam ut istos quorum bona captabant, instituerent sub illa conditione, *qua ex parte me Titius heredem scriptum in Tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto.* Sive enim avari essent captati, uti plerumque orbos illos Romanorum fuisse jam *in disput. de jure injust. heredipet. §. 5.* prænotavimus, sive voluptati aut ambitioni dediti, plerumque hamum illum deglutiebant. Ambitiosi quidem & molles, quia laudabile erat, ei qui benefaciendo publice quasi provocaverat, affectionem iterum publice testari, & quia voluptuosi jam sua sponte ad prodigalitatem erga eos, qui ipsis aliquid donant, proni sunt; Avari vero, ut conditionem, sub qua instituti essent, implerent. Etsi enim captans vir floridæ ætatis fuerit, etsi captati orbi senes essent, sperabant tamen & senes, posse viros ætatis non provectæ ante ipsos mori, & solent insuper avari in senectute magis avari fieri. Quodsi igitur captati voluntatem captantium & conditionem illam adimplevissent, habebant hi, quod volebant, & nefariis suis artibus procurabant, ut hi captati ante ipsos morerentur, & ii sic desiderata hereditate fruerentur, quod secundum mores illos Romanorum haud dubie variis insidiis vitæ structis fiebat. Non ferenda erat hæc fraus legibus, utpote qua omnis cura a legibus adhibita, cives suos adversus captatorum insidias defendendi, aperte & efficaciter eluderetur, ergo S^Cto cautum fuit, ut ejusmodi captatoriæ institutiones infirmentur, quod erat demonstrandum. *vid. supra §. 18.*

§. XXXIII. Demonstratione vero hac peracta, optima & evidens est connexio legum, quæ de prohibitis institutionibus captatoriis agunt, nec ulla amplius difficultas remanet, quæ communem sententiam tam Glossatorum quam noviorum premebat, quod omnium optime ex legum distarum Periphrasi, aut exegefi, quam jam dabimus, patebit. Sequemur autem ordinem, quo supra §. 3. eas posuimus. Captatoriæ scripturæ, ait Gajus *l. 64. de legatis 1.* simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent. Locutum erat SCtum de institutionibus heredum. Ut & illud eluderent captatores, clausulam illam captatoriam in legatis adhibebant, v. g. Titio do lego ædes meas, si ostenderit, probaveritque, quanta ex parte me hæredem scripserit in testamento suo. Sed cum aperte hic fraus fieret SCto & ejus rationi, recte responderunt JCTi, *captatorias ejusmodi scripturas*, (quia *institutiones* captatorias dicere non poterant) neque in legatis valere. Et quamvis militum in testando varia & ampla sint privilegia, captatorias tamen institutiones etiam in militis testamento nullius esse momenti manifestum est, rescribentibus ita Philippis Imperatoribus. *l. ii. Cod. de testam. milit.* quasi nulla subsit dubitandi ratio, cum privilegia nemini data sint, ut iis licentiam delinquendi venetur.

§. XXXIV. Jam ad Papiniani *l. 70. de hered. instit.* cujus intuitu interpretes occasionem errandi sumserunt. Ita vero eam circumscribo. Dum captatorias institutiones SCto interdicebant Romani, non putandum est, ac si omnes captationes, aut saltem omnes captationes in testamentis & captatorias institutiones infirmas esse ac irritas voluerint. Nam non eas Senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, v. g. qua ex parte me Titius heredem instituerit, ex ea parte heres esto, aut Titius heres esto, si me heredem instituet, sed saltem tales institutiones.

stitutiones captatorias reprehendit senatus, quatum conditio illa formula, qua ex parte me Titius heredem scriptum ostenderit vel simili, confertur in secretum alienæ voluntatis, ut scilicet alterius voluntas in testamento occulta manifestetur.

§. XXXV. Vides ergo, Doctores communiter, qui omnem captatoriam institutionem esse prohibitam censerent, in eo etiam fuisse deceptos, quod per institutiones, *quæ mutuis affectionibus judicia provocarent* intelligerent tales institutiones, in quibus nulla esset captatio, ac si Papinianus dixerit; *captatorias quidem institutiones prohibuit Senatus, sed minime prohibuit eas quæ captatoriæ non sunt, ut quæ mutuis affectionibus judicia provocant*, cum tamen sit trajectio verborum, & Papinianus dixerit: *Captatorias non eas* absque commate, pro: *non eas captatorias*. Hinc etiam est, ut B. Brunemannus in loco *supra* §. 14. descripto videatur eo inclinasse, ac si quidem extra testamentum proprium captatores potuerint blanditias adhibere, at in testamento ipso captatio sit interdicta, quod necesse etiam est, ut statuant Dd. qui *d. l. 70.* de omni captatoria institutione exponunt, postquam in *dissert. de injust. heredip. jure* probavimus satis, captationes extra testamenta captantium fuisse impunes & permissas. Quo supposito tamen ego rationem diversitatis hujus, & adeo ipsius S^Cti desiderarem, quæ certe, quantum deprehendi, nec ab aliquo Dd. data fuit, nec etiam commode dari potuit.

§. XXXVI. Quamvis vero non opus habeamus ulterius probare, per S^Ctum non omnes captatorias institutiones fuisse prohibitam, sed res ex antiquitate historiæ Romanæ jam satis sit deducta, vel ex ipsis tamen legibus Romanis insuper alia argumenta poterunt adduci, dicta confirmantia. Sic leges § 4. recensitæ id non loquuntur, sed clamant. Annon enim aperta captatio est: *Titius & Sejus, quanta quisque eorum*

eorum

eorum ex parte me heredem habuerit scriptum, heres mihi esto?
 Et tamen in *l. 29. ff. de hered. instit.* Labeo istam institutionem tanquam rite factam & subsistentem præsupponit. Neque expectamus, ut quis cavillator nobis objiciat, casum illum pertinere ad tempus præteritum, & vocem *habuerit* capret, quæ præterito conjunctivi cum ejus futuro communis est. Ostendit enim tota connexio legis illius, esse in illa voce æque significationem futuri temporis, uti est in casu captatoriarum institutionum, si Titius *probaverit, ostenderit, recitaverit, &c.* Eadem est ratio *l. 20. §. 2. de condit. instit.* ubi idem Labeo, institutionem ejus, qui alterum instituerat, *si se heredem instituisset, aut quid sibi legasset* tanquam legibus convenientem considerat, cum tamen hic æque captatio sit aperta. Et quamvis *instituissem* sit evidenter nota plusquamperfecti, facilis tamen est permutatio plusquamperfecti cum futuro, & integer legis contextus ostendit, illud *si se instituisset*, reddendum esse: wenn du ihn würdest eingesetzt haben. Ratio vero, cur hi casus non sint Scto adversi, (ne quis forte urgeat, hoc textus Labeonis esse, qui verosimiliter ante Scti istius tempora vixerit, *conf. supra §. 17.*) non est difficilis, cum hac institutione testator non inquirat in secreta alienæ voluntatis, sed sufficiat, si heres institutus post mortem demum captantis, ubi ulterius de ejus insidiis nihil timendum habet, apertis suis tabulis, vel alio modo probet, se captatorem illum instituisse.

§. XXXVIII. Sed & ipsa phrasis in *d. l. 70. mutuis affectionibus judicia provocare*, ostendere poterat, sermonem ibi esse de captatoriis institutionibus, iisque tamen a Scto non prohibitis, cum non infrequens fuerit ista phrasis in doctrina de captatoribus. Sic enim & Diocletianus Imperator in *l. fin. C. si quis aliquem testari prohibuerit*: *Judicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone, non esse criminofum. Confer. dissert. de injusto hereditate jure §. 28.* Nec obscura est captatio & captatoria institutio, quando conjuges se mutuo insti-

instituant in uno testamento, quales & a Theodosio & Valentiniano refertur in *Novella Valentin. 4.* ubi *Leonius & Jucunda uxor ejus, tanta vicissim, ut loquitur Imperator, charitate certarunt, (Papinianus dixisset: mutuis affectionibus judicia provocarunt) ut suis simul precibus jus poscerent liberorum, & propter incertum sortis humanæ superstitem conjugem precarentur heredem, quamvis in unius chartæ volumine supremum votis paribus condidere judicium, septem testium subscriptionibus roboratum.* Sed decepit forte cum Alciato (de quo vide supra §. 10. & 11. in fine,) Doctores reliquos, quod Valentinianus ibi dicat, quod nec captatorium dici possit, cum duorum fuerit similis affectus, & simplex religio testamenta condentium, adeoque istæ mutuæ institutiones conjugum nequaquam sint captatoriæ. Debuissent tamen cogitare, quod post S. C. tum captatoriæ institutiones eminenter dictæ fuerint eæ, quæ a Senatu essent prohibitæ, adeoque vocem illam a Valentiniano hic in significato famosiore esse usurpatam, aut, si ita distinguere malis, in sensu magis Juridico quam Philosophico.

§. XXXVIII. De l. 71. ff. de hered. instit. jam quædam anticipavimus supra §. 13. quæ nunc, intellecta mente & sententia S. C. ti, facilius intelligentur. Illæ institutiones, ait, captatoriæ non sunt; Quæ ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Mævius heres esto, quia in præteritum, non in futurum institutio collata est, hoc est, ut ego intelligo, quoniam Titius jam mortuus erat, ejusque testamentum post mortem ejus apertum, & sic constabat nec occultum erat, quæ ex parte Titius testatorem heredem instituisset. At vero captatoria institutio erat concepta de testamento alterius in futurum aperiendo. Sunt & illa jam satis perspicua, quæ apud Paulum sequuntur. Sed illud quæri potest, an idem servandum sit, quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit, h. e. si loco alterius captaverit hereditatem, veluti si ita scripserit.

G

pserit.

pferit. Titius, si Mævium tamen tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit, probaveritque, heres esto: Hic enim haud dubie Titius, seu is, qui heres instituitur, captatur, at vero testator hic non pro se captat, sed pro Mævio, qui eum subornavit, ut Titium sub hac conditione institueret, quo ipse Mævius certior fieret, utrum & qua ex parte Titius ipsum instituisset. Quod in sententiam S^Cti incidere non est dubium, cum hac ratione Mævius captator occasionem nanciscatur, insidias Titio struendi, ut hereditatem ejus nanciscatur, & si huic fraudi non occurrissent Magistratus, vis & efficacia S^Cti inanis fuisset reddita, cum facile captator, praesertim dives, aut in dignitate constitutus, potuerit hominem invenire, loco ipsius Titium captantem.

§. XXXIX. Patet etiam ex dictis sententia ejusdem Pauli in *l. 81. ff. 1. eod.* Si ita scripserit testator: quanta ex parte mea Titio heredem institutum recitassent, ex ea parte Sempronius mihi heres esto, querebatur vel quaeri certe poterat annon hæc institutio sit contra S^Ctum de captatoriis institutionibus, quia istud prohiberet similes formulas: *Quanta ex parte me Titius heredem recitaverit &c.* Respondit Paulus: Non est captatoria institutio, quia ratio S^Cti deficit, etsi verba formulæ videantur casui quaestionis affinia, quia nulla plane in casu isto est captatio, nullus hamus alliciendi vel heredem vel alium ad pandenda secreta voluntatis suæ. Inde vero sua sponte sequitur, quod plane nullo recitato testamento ab ipso Testatore, inanis videbitur institutio, non quasi captatoria fuerit, & ob hanc causam ex S^Cto inanis, sed remota suspicione captatoriae institutionis, quia non constat, quanta ex parte Sempronius hæres esse debeat. Incerta vero voluntas nulla est. *l. 2. ff. de his, quæ pro non script. l. 4. l. 10. pr. l. 27. ff. de reb. dub. & quia ejusmodi formulis, quanta ex parte &c. creditur inesse condi-*

condi-

conditio *l. 2. ff. de hered instit.* qua deficiente expirat etiam ipsa institutio. Dixi in periphrasi, de isto casu quæsitum esse Paulum, vel certe quæri potuisse. Neque enim ista lex est ex Responsis Pauli, sed ex libris Quæstionum. Scilicet in expositione legum, uti & adhuc moris est, Jcti solebant multos casus fingere, nullo respectu habito, an ii revera in ipsis rerum argumentis obtinuerint, an minus, & utrum facile obvenire possint, an raro, imo per hypothesein aliquando etiam impossibiles, unde & hodie formula Scholasticis consueta: *Fingamus per impossibile*, & notum proverbium: *Exemplorum non requiritur veritas*. Jam si casum istum paulo attentius consideres, vix ac ne vix quidem verosimile est, ita stultum aliquem apud Romanos fuisse, ut eo modo alterum instituerit. Neque enim solitum erat, recitare testamenta aliena, nec in publicatione & apertura heredes recitabant, sed Magistratus curabat recitari. Accedit quod in casu illo supponatur, testatori fuisse notum, in qua parte ipsum Titius instituerit, eo videlicet jam mortuo & testamento ejus publicato, unde & aliis id notum erat, certe esse poterat. Cui ergo usui foret illa *recitatio*. Non erat illa absurditas in casu *§. preced. Quanta ex parte me Titius heredem instituit, &c.* ibi enim institutio pura erat, non conditionalis, ut hic, & determinatio partis certa, quia & certum illud est, quod ad aliud jam præsens se refert, ut vel exemplo sententiarum judicialium ad libellum se referentium notum est. Ergo habes exemplum eorum, quæ diximus *in fine §. 21.* Tribonianum voluisse etiam in suo corpore juris referre Historiam stultitiæ Romanæ, eique inserere casus, quæ semel aut bis vel vix semel obtigerunt, contra proprium monitum *in l. 3. 4. 5. 6. de LL.* Ne quis latret, ac si Triboniano aut Sacratissimo Imperatori Justiniano, (qui tamen nunquam, Germanorum intuitu sacratus fuit,) faciamus injuriam. Observamus etiam ex *d. l. 81. recitassent* ibi poni in plusquamperfecto pro futuro *recitavero*, ut etiam habeas exemplum eorum, quæ diximus *in §. 36.*

§ XL. Tandem & de lege Juliani videndum in *l. 1. ff. de his quæ pro non scriptis habentur*. Incepimus equidem ex illa lege in propositione sententiæ nostræ §. 18. *seqq.* formulam captatoriarum institutionis enucleare. Restat tamen, ut de sanctione S^Cti & quid circa captatorias institutiones disposuerit, secundum mentem Juliani differamus. Si quis sibi hereditatem vel legatum adscripserit, quæritur, an hereditas vel legatum pro non scripto habeatur, an vero fiscus ei ut indigno auferat, & quid si substitutum habeat ejusmodi institutio, an substitutus succedet? Respondit: Pars hereditatis de qua me consuluisti, ad substitutum pertinet, & sic hereditas illa pro non scripta habetur, ac idem esse censetur, ac si heres ille scriptus heres non esset, quia esse non potest. Nam Senatus, cum pœnas legis Corneliæ constitueret adversus eum, qui sibi hereditatem vel legatum scripsisset, eodem modo improbasse videtur, quo improbatæ sunt illæ: Qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto, ut perinde haberentur, ac si insertæ testamento non fuissent, & hoc est quod supra Gajus dicebat, *l. 64. de leg. 1.* institutiones captatorias non valere, aut ut Imperatores loquebantur *l. 11. C. de testam. militis, nullius esse momenti*. Cur vero illud? & quomodo hac ratione coercita fuit captatorum malitia? Neque enim horum seria intentio erat, captatum instituere, sed potius eum hereditate defraudare, & postquam ipse testamentum suum recitasset, vel proprium testamentum mutare, vel alteri insidias vitæ struere. Annon ergo illa S^Cti annullatio captatoriarum institutionum fuit ridicula? Annon fuit ita comparata, ac si quis canerum morte affecturus in vivo immergat? Cur non potius captati institutionem annullabant, captantis vero confirmabant? Hoc modo sane captator punitus fuisset, si nihil ex captati here-

hereditate accepisset, iste vero captatoris hereditatem, si huic supervivere ipsi contigisset, lucratus esset. Nunc cum captatoria saltem institutio annulletur, non captator punitur, sed captatus, qui nihil deliquerat. Quid ergo dicemus? Mallem audire responsionem a Doctoribus, qui omnem institutionem captatoriam putant in Legibus Romanis ex Scto esse prohibitam, nam & his æque illa obstat objectio, & non video quomodo ex illa se possint expedire, uti nec memini, me legisse, quod vel dubium hoc ab illis aut motum, aut sublatum fuerit. Mihi vero ex nostra hypothese ita respondendum videtur. Captati nihil deliquerant, ut, si animo adimplendæ conditionis captatoriæ recitassent testamentum suum, institutio ipsorum pro non scripta fuerit habita, & sic voluntas ipsorum in pœnam irrita censeretur. Captatores ipsi non poterant graviter coerceri, quia delictum magis in animo atque occulto consistebat, quam in actione externa, cum aperire suum testamentum, idque recitare non esset prohibitum, aut crimen, & quia, ut diximus, etiam ex curiositate innoxia id poterat postulari, & in conditione poni. Quia tamen frequens erat istud occultum crimen, & naturæ humanæ gnari probe cognoscerent, multas suspiciones contra hereditas ex institutionibus ejusmodi frequentatis oriri, non poterant melius illud detrimentum, quod exinde in Rempublicam redundabat, coercere, quam si institutiones ejusmodi captatorias plane redderent irritas, ut captatores scilicet amplius in hoc hamo nullam ponerent fiduciam. Neque putandum est, quod hoc modo lucratus fuerit aliquid captator, aut punitus is qui captabatur. Postquam enim hic ex Scto illo cognosceret non valere plane ejusmodi institutionem captatoriam, simul ipsi tollebatur omnis spes lucrandi aliquid ex captatoris testamento. Hac spe sublata, stultus fuisset, si testamentum suum antea occultatum recitare voluisset. Recitatione illa cessante multum lucrabatur, vitam nempe, quæ alias recitatione facta pericu-

lo insidiarum a captatore ipsi struendarum erat exposita, parum autem vel nihil perdebat, cum alias recitatione facta, & insidiis ipsi structis moreretur ante captatorem, & sic neque ad ipsum aliquid, neque ad heredes ejus transfiret. Ipsi etiam captatores deterrebantur, conditiones ejusmodi amplius ponere, cum viderent omni effectu eas destitui, & pro captatore per leges eum haberi, qui iis uteretur. Est enim sic comparatum captatorum genus, ut crassissimi etiam captatores nolint pro captatoribus haberi.

§. XLI. Nunc videndum est, quem usum habeat doctrina hactenus exposita in praxi? Ubi separandæ sunt erroneæ expositiones a nostra. Quod primo expositionem glossæ attinet, etiamsi supponamus, captatoriam institutionem esse, quæ confertur in alienam voluntatem, nec sic tamen consentiunt pragmatici, utrum ea doctrina usu sit recepta, & utrum hodie liceat ultimam voluntatem in alienum arbitrium committere. Placet summatim conclusiones eam in rem adducere, quas collegit industria Petri Peckii *de testam. conj. l. 1. cap. 27.* ut appareat, quod ipsi Doctores nesciant, quid velint, ita contradicens est eorum assertio. Et meminisse hic saltem debebis ea quæ Peckius de conjugibus hic immiscet, valere debere ex generalitate rationum, quas affert, & in aliorum testamentis. Conclusio negativa prima, *quod maritus non potest dare uxori suæ facultatem, ut ipsius nomine, proprio arbitrato testetur.* Secunda: *Maritum non posse dicere: Instituo illum heredem quem uxor mea voluerit.* Conclusio affirmativa prima. *Si maritus bona sua omnia committat uxoris vel alterius dispositioni, censetur eam sic instituere heredem, ut in pias causas omnia bona sua distribuatur.* Secunda. *Maritus potest uxori suæ committere electionem certarum personarum ex incertis designatis, puta si dicat: Instituo pauperes Christi, vel fratres meos, quos uxor mea elegerit.* Tertia. *Maritus potest præcipere notario vel tabellioni, ut scribat testamentum ad dictamen uxoris, cuius forte prudentiam perspectam ha-*
bet

bet, sicut potest mandare notario, ut scribat testamentum ex consilio sapientis. Quarta. Potest testamentum conferrri in tacitam vel velatam alterius voluntatem hoc modo: instituo te, si uxor aut Titius Capitolium adscenderit. Quinta. Quodsi maritus instituat uxorem suam heredem, & confisus sola ipsius fide sine aliqua solennitate legatum relinquat, cogitur ipsa solvere aut iurare. Sexta; Per statutum fieri potest, ut voluntas ipsa captatoria momentum habeat. Ultima. Si quis alteri dederit potestatem testandi, valet talis dispositio non ut testamentum consentientis, sed ut testamentum testantis. Hic conclusiones affirmativæ prima, tertia, & ultima conclusionibus negativis in effectu contradicunt, ultima insuper inepta est, & quinta impertinens. Et tamen in singulis Peckius leges vel Doctores qui apud Pragmaticos sunt magnæ autoritatis, ut Baldum, Franciscum Zabarellam, Andream Siculum, Guilielmum Benedictum, Raphaellem, Paulum Parisiensem, Bartolum, Joannem, Calcaneum, Panormitanum, Innocentium Abbatem, Alexandrum, Imolam, Rodericum Suarez. Cynum, Angelum, Rodericum, & alios adducit. Ita Jcti Jenenses in responsio quod Anno 87. mense Martio Henrico Wilhelmo Naekio Erfurtensi dederunt, inter rationes dubitandi, sequentia afferunt, da der Notarius Keyl den Knaben gefragt, ob er geständig wäre, was in dem Testament geschrieben stünde, habe er mit ja geantwortet, daß es also schiene, was dem Knaben vorgesagt worden, daß habe er beliebet, und ihm gefallen lassen. *Voluntas vero testatoris ab alieno arbitrio dependere non debet.* L. illa institutio 22. ubi glossa ff. de hered. instit. Socin. Jun. Cons. 163. n. 32. Vol. 2. Regn. Sixtin. II. Consil. Marp. 10. n. 136. & id procedere nedum in institutione heredis sed etiam in legatis ex L. Captatoria 64. ff. de Leg. I. I. nonnunquam 52. ff. de Condit. & demonstr. docet Paris Consil. 89. n. 42. & 43. Vol. 3. adeo ut voluntas illa, quæ ab alieno dependet arbitrio, vel quæ actu captata fuit dicatur esse captatoria, atque adeo invalida & nulla. L. Captatoria 70. ff. de hered. instit. &c. Sed hæc omnia cum
suppo:

supponant captatorias institutiones esse eas, quæ committuntur in arbitrium alienum, & vero istud erroneum esse supra ostenderimus, nolumus in istis tricis ulterius nos detinere.

§. XLII. Quodsi tamen duobus verbis quædam adijcere liceat, videtur quoad usum fori in Germania tres non ita plana esse, quod apud Germanos non committere, liceat testamentum in alienum arbitrium. Operam dabo ut multa paucis verbis includam, quæ peculiari dissertationi materiam forte præbitura sunt. Repugnat aliquo modo juri naturali, ut quis transferat in alium plus juris, quam ipse habuit, aut ut juris translationem conferat in id tempus, quo nullum jus sit habiturus. At in testamentis effectus dispositionis, transfertur in id tempus, quo amplius testator non est dominus. *Antonius Faber. error. Pragmat. decad. 36. err. 2. p. 552. & omnino Pufend lib. 4. de J. N. & G. cap. 10.* Unde non mirandum, quod Bertrandus Argentæus in *Comment. in Consuetud. Britann. ad Rubric. tit. 22. p. 1902.* statuatur, Testamentum condere conscientia periculosum esse & justitiæ contrarium. Oritur enim plerumque, ita ut inter centum testamenta vix tria reperturus sis, de quibus aliter pronunciare jure possis, testandi prurigo ex avaritia, aut ambitione, ut vindictam exerceamus erga eos, qui nobis cum viveremus, non placuerunt, aut ut beneficiamus amicis quibus insatiabilis habendi cupido ut vivi beneficia præstaremus non permittebat, aut ut demum mortui laudemur, & beati prædicemur, quos vivos detestatus est populus ob crudelitatem vel sorditiam aut immisericordiam, & Paganismum adeo sapit illud Quintiliani *Declamat. 308. Non aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem. Alioqui potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet. Et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.* Hinc & apud gentes vere moratas, quas barbari mores nostri sub titulo decori aut gloriæ omnia tegentes vitia, barbaras

baras

baras vocant, testamentorum nullus aut rarissimus usus. Ita apud Hebræos moris erat, ut vel ex iis quæ Seldenus collegit in cap. 24. de success. Hebr. in bona defunct. & quod autor colat. legum Mosaicarum cum Romanis nullum caput habeat de successione testamentaria, patet. Fabulam enim sapit, quod Seldenus *ibid.* p. 82. de testamento Noachi ex Eusebio & Cedreno profert. Neque Autores isti bonæ fidei sunt, ut iis cordatus credat. Et ex iis haud dubie fabulam illam in libellos suos transtulit Pseudo Berofus, contra quem disputat Dn. Præses in *instit. Jurispr. div lib 2. cap. de Dominio.* Apud Athenienses ante Solonis legislationem jus testamentorum plane erat incognitum. Moriens aliquis poterat aliquid amicis dare, heredes autem instituere, atque bona sua aliis quam ad quos lege redibant, relinquere, id vero jus non erat. Nec aliter Solon permisit, quam liberis non existentibus. *Plutarchus in Solone, Meursius in Solone cap. 17. p. 58. Heraldus quest. juris quotid. lib. 1. cap. 17. §. 6. f. 143. seqq.* Nec Germani quamdiu vitæ integritate & simplicitate olim, sed olim, gaudebant, testamenta erant cognita. *Tacit. de moribus German. c. 10. Conring. de judic. German. §. 18. p. 226.* A Græcis jura sua Romani acceperunt. Deducunt equidem primam eorum originem Jcti ex L. XII. Tabb. tanquam oraculum prolocutus esset Pomponius *l. 120. de V. S. Verbis legis XII. Tabularum his: uti legasset rei suæ, ita jus esto. latissima potestas tributa videtur, & heredis instituendi & legata & libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel autoritate jura constituentium.* Cum tamen ipse Pomponius rem saltem ut verosimilem narret, & ea quæ diximus de Græcis, ut & illi errores historici plures, quos in Pomponio notant Commentatores *ad ejus l. 2. de O. I.* verosimilitudinem contrariam suadeant, legandi vocem in lege XII. tabularum testamenta faciendi & heredes instituendi licentiam non intulisse. Testamentorum origo apud Romanos verosimiliter a Jctis cepit & Potentibus ac Divitibus, quibus etiam restrictiones antiquæ legandi libertatis, &

H

solen.

solennitates testandi vel ipso Pomponio fatente debentur. Alias enim, supposito, quod testamenta condere liceat, nihil est, quod magis hominibus debeat, quam ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stilus & licitum, quod iterum non redit, arbitrium, uti Constantinus loquitur l. 1. C. de SS. Eccles. (quamvis alia intentione, neque enim omnimodam testandi licentiam ibi introducere voluit Imperator. Jac. Gottofr. in Cod. Theod. ad d. l. quæ est ibi lex 4. de Episcopis. Adde l. 35. C. de inoff. testam. Sed Juri ut omnes actuum humanorum formulas, ita & ultimarum voluntatum ad se traxerunt. Huc pertinet illud Crassi apud Ciceronem lib. 2. de oratore. Nam sic nullum erit testamentum rite factum, nisi quod tu scripseris, omnes ad Te cives cum Tabulis veniemus, omnium testamenta Tu scribes unus: & Suetonii in Nerone 6 32. Deinde ut ingratorum in Principem testamenta ad fiscum pertinerent, ac ne impune esset Studiosis juris, qui scripsissent, vel distulissent ea. Dignissima est lex 88. §. ult. ff. de leg. 2. quæ ab omnibus juris studiosis memoriæ mandetur. Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo juris perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam & miseram diligentiam, (nimiam scilicet & miseram legum prudentiam;) etsi minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. Sapienter nonnemo ille, quisquis fuit apud Joh. Brandes de vera & simulata Juris Philof. cap. 6. p. 137 seq. Die Römische Rechte haben die Heydnischen Römer als ihre Erfindung Gottes Gesehen, und der Christlichen Liebe zu wieder auf die Leisten ihres gemeines Nutzens, und zu dessen Ergrößerung gericht, dazu wie Mausfallen listige Formeln angehenckt, wer darein gefallen, der ist ärger, als in Garnsträngen verworren, und hat sein Recht alsobald verlohren. Solche verrostte Mausfallen hat man vor Jahren umgeschmiedt, und mit so viel Dornhecken umzäunt, das fast niemand in den wilden Wald zu seinen Rechten kommen kan. Plura suppediabant Sigonius de jure antiquo civium Romanorum. Brissonius lib. 7. Formul. Dd. ad LL. XII. Tab. & ad d. l. 120. de V. S. Huber

rus

habent, uti se habent, deberet ubique in Germaniæ usu præctico receptum esse, ut quis alii possit committere, ut pro ipso Testamentum faciat. Sic enim Innocentius III. cum interrogatus esset, an illi, qui in dispensatione & voluntate alterius suam committunt ultimam voluntatem, nil per se penitus ordinantes, nec determinantes, cui loco vel personæ conferri debeat, dicantur decedere intestati, respondit, *eos non videri decedere intestatos cap. 12. de testamentis, junct. cap. 18. de V. S.* Sed vereor ut ita receptum sit, ob prævalentem auctoritatem eorum, quorum interest, simplicitatem & integritatem non recipi. Interim non omittendum, quod Desiderius Heraldus *d. c. 17. quest. juris quotid. n. 3.* notaverit, in Gallia Jus Pontificium circa testamentorum confectioem in plerisque regni provinciis, quæ moribus reguntur, nec non aliis, quæ jure scripto, receptum esse.

§. XLIII. Quod alteram opinionem eorum, qui omnes captatorias institutiones Scto prohibitas esse, opinabantur, attinet, video pragmaticos varie errare, præsertim circa testamenta conjugum mutua, quæ jam supra inter captatoria retulimus. Et initio quidem in loco §. 14. exscripto B. Brunnemannus Gailii & Mevii opinionem, ac si præsumptio captationis ab amore conjugali excludatur, approbat, vel iis concedit, quod concedendum non arbitraret, aliud testante natura hominum & quotidiana experientia. Deinde quod addit, *si maritus expresse ea conditione institueret, si ab uxore institueretur, hic non tantum esse mutuam provocationem affectionis conjugalis, sed expressam captationem pecuniæ conjugalis. Expressa sæpe nocere, non expressa non nocere, & ita decisum esse Mens Decembr. Anno 1653.* ad id varia notari possunt. Nam omnia testamenta conjugum mutua sunt ea conditione, si iterum instituatur conjux a conjuge, ergo omnia erunt captatoria, ut diximus. Porro notavimus jam supra §. 6. illud brocardicum juris, *expressa nocere, non expressa non nocere*, haud esse omni exceptione majus. Denique si ita judicatum foret, ejusmodi captationem expressam non valere, judicatum

dicatum fuisset contra jus Romanum & ejus rationem, & contra mores nostros, ex falsa hypothese, quod omnes captatoriæ institutiones in l. 70. de hered. instit. sint prohibitæ. Sed forte ita judicatum non fuit. Deprehendo enim in Brunnemanni decisionibus centur. 2. decis. 24. quæ isti loco parallela est, quod d. Mens. Decembr. Anno 1653. judicatum sit saltem, testamentum reciprocum morte mariti confirmatum posse ab uxore revocari, quia nemo facere possit, ut testamentum suum mutare nequeat, (quamvis arbitrer istam rationem moribus Germanorum, quibus per pacta licet transferre successionem, parum esse convenientem,) & hac occasione additur, quæri solum potuisse, quid si eo sine expresse maritus uxorem instituisset, ut ab ea institueretur, an possit superstes voluntatem suam mutare? Id negare Struvium. Sed non apparere rationem exceptionis, (rationem vero nos modo dedimus,) & alius captationem alienæ voluntatis prohibitam esse per l. 70. de hered. instit. (habes fontem erroris.) Ipsum testamentum mutuum conjugum in una charta confectum moribus haud dubie receptum, utrum congruat moribus Romanorum æque dissentiunt. Prius defendit Peckius de testamento conjugum lib. 1. c. 19. Posterius Huberus ad Inst. de test. ordin. n. 19. p. 211. & ad ff. qui testam. facere possunt n. 18. p. 322. omni studio id agens, ut ostendat eum modum subtilitati juris Romani omnino fuisse adversissimum: Quamvis hic immisceat quædam minus persuadentia, ut dum d. p. 322. addit, absurdum esse, tabulas altero testatorum adhuc superstite publicari, cum testamentum nisi post mortem effectum habere non possit, & incivile sit, de vivente palam fieri, quid post ejus fata sit futurum, atque eo nomine olim Augustum male audivisse, quod Antonii, quamlibet inimici Testamentum pro Concione recitaverit. Valerent enim hæc, si invito conjugate superstite herede institutio publicatio institueretur, & si non statim, in una charta cum conjugate condens, in id consentiret, item si captator tempore publicationis superstes esset. Quæ omnia cum in testamento conjugum aliter se habeant, ista quidem non debebant afferri. Interim si sententia Huberi

vera est, uti defendi extra has rationes potest, apparet nos non erroneè modo asseruisse quod in Germania etiam in testamentis non observemus principia juris Romani.

§. XLIV. Et quid multis ac prolixis verbis opus est, omnino dispositio legum Romanarum, & SCtum de captatorii institutionibus vere expositum, apud nos nullum usum habet, quia ejus ratio & causa impulsiva non habet usum. Merentur verba Huberi quæ habet *ad ff. tit. Testamenta quemadm. aper. §. 5. p. 389.* ut apponantur integra. *Ex his, ait, intelligi potest, quam solliciti veteres fuerint in evitandis falsitatum occasionibus; quæ pleraque hodiernis moribus negliguntur. Nam primo totum testamentum scribitur, antequam testes subscribant, etsi illis non prælegatur. Signacula non solent addi. (scilicet, ut intelligo secundum morem pristinum.) Nullo lino perforatur, nequidem circumligatur ut plurimum, quo cera sigillisque muniatur. Etsi hoc modo fieri posse, nihil vetat, & fit a sollicitioribus aliquando. Hinc etiam moribus hodiernis nulla fit apertura testamenti, quandoquidem non est clausum & obsignatum, nec si quando tale reperitur, opus est adhibitis Magistratibus. Sufficit coram testibus fieri, (nec hoc tamen necessario) atque ut plurimum ea res elato funere inter amicos administratur. Etsi possunt aut heredes, aut hi, quorum interest, si quid dubii subsit, aut majoris securitatis ergo testes ad judicem curare vocandos, ut ibi manus suas agnoscant, rei que gestæ seriem exponant. Sed fit raro apud nos. Tu vide Carpzovium Part. 3. Const. 5. def. 24. & 25. Mæv. part. 3. def. 405. Describendi copiam petere possunt, & quotidie petunt hi quorum interest, eadem publici instrumenti libertate, quæ legibus est prodita. Sed cautio celandi annum & diem non adhibetur: Segnioribus, ut videtur, hominum in hac frigidior parte mundi, ingeniis ad gubernandas falsi subtilitates, quam olim fuerint in Italia. Etsi cupiditas forte hereditatum non est minor. Scilicet heredi petæ nostri non ita truculenti sunt, non ita audaces, ut frequenter insidias vitæ struant testatoribus. Ergo quemadmodum jam dictum, cum vel ob hanc solam rationem mores nostri admittant pacta de successione alterius ju-*

re

re Romano illicita, quis cum ratione opinari possit, hodie moribus Germaniæ: si quis alterum instituat: *Quanta ex parte me Titius in testamento scriptum heredem recitaverit ex ea parte heres esto*, institutionem hanc tanquam captatoriam non valituram, cum deficiat apud nos prohibitionis ratio; quamvis & quantacunque sponsione certare quis possit, intra aliquot secula nullum casum ejusmodi in Germania obtigisse, nec facile intra aliquot secula eum datum iri. Illud equidem, quod in *L. 1. §. 38 ff. de positi* constitutum esse supra attulimus de actione injuriarum, contra eum, qui testamentum alienum, præsentibus pluribus contumeliæ causa recitaverit, & ita alterius secreta judicia divulgaverit, moribus etiam nostris obtinebit, ut pote qui nefandam illam & principiis omnis Christianismi repugnantem, aliisque populis incognitam actionem injuriarum Romanam, non nisi ad vindictam privatam tendentem, vitio communi omnium omnis status & conditionis Germanorum in succum quod ajunt & sanguinem converterunt. Sed hoc nihil vel parum ad captatoriarum institutionum usum facit, nec multa doctrina aut subtilitate juris Romani hac parte opus est, cum, etiamsi leges Romanæ tacuissent, sola ratio naturalis suadeat, injuriam esse, si quis talia perpetret. Sed illud tamen iterum extra usum fori Germanici ponendum erit, quod *l. 38. §. 7. de pænis* eum qui vivi testamentum aperuerit, jubet ad metalla damnari vel deportari, partim ob rursus cessantem rationem supra traditam, partim quod hodie non detur deportatio vera & ad metallum damnatio.

§. XLV. Nil restat amplius, quam ut duo adhuc moneamus. Primo, incidisse nos dissertatione hac prope absoluta in Antonii Fabri Pragmaticorum, ibique deprehendisse, quod *decad. 51. error. 4. seqq. & dec. 52. err. 5. seqq.* multa tractet de captatoriis institutionibus, quæ si prius visa fuissent, dedissent occasionem, multa addendi meditationibus nostris, partim dicta a nobis illustrantia, partim ad objectiones Fabri, quas hinc inde spargit, respondentia. Sed quia jam quidem tem-
pore

pore & otio excludimur, reservamus id vel discursui, si quis ex Fabro nobis quædam oppositurus sit, vel secundis curis.

§. XLVI. Deinde ut capitali objectioni respondeamus, quam forte plurimi adversus exercitium hoc inaugurale movebunt. Cui usui, inquit, tanto apparatu disquirere de re, quam ipsi fatemur, nullum in praxi habere usum? Magno equidem, dicimus nos, si non practicis, saltem docentibus profuturo, imo & Practicis, ne praxin erroneè exerceant. Initium sapientiæ omne a cognitione errorum. Sunt capitales duo in juris studio errores, iique sibi adversi, nescio tamen qua arte sæpe in Academiis infeliciter uniti, ut studiosa juvenus persuadeatur, magnum usum esse legum Romanarum in foris Germaniæ, & tamen juris studioso non dandam esse operam studio antiquitatum Romanarum, sed ea saltem discere debere, quæ in praxi obtinent. Atqui hoc revera est, ac si quis doceat sermonis Gallici peritiam necessariam esse Germano, qui exactam linguæ Germanicæ notitiam sibi parare velit, ad eam tamen acquirendam non opus esse Lexico aut Grammatica, sed eam saltem discendam esse ex consortio & confabulatione cum hominibus provinciarum Gallicarum, male loquentibus, aut cum Germanis, qui forte Galliam obiter salutarunt, & formulas quasdam male cohærentes memoria mandarunt. Erit ergo vel dissertatio præsens exemplo, quam turpiter isti errores connectantur. Si enim captatoriæ institutiones & reliqua capita affinia nullum in Germania habent usum, uti non habere ostendimus, ostensum erit, ne quidem in doctrina testamentaria tantum esse juris Romani usum, quantum volunt isti juris Justinianeï encomiastæ, cum tamen Germani antiqui testamenta ignoraverint. Si vero usum haberent aliquem, quod ponimus, non affirmamus, iterum disputatio nostra ostendet, quam erroneus sit ille usus, si ignorantia antiquitatum Romanarum laboremus.

SOLI DEO GLORIA.



