

11.

Ms. 67



O. J. Dietz.  
Halle J. 5ten Mai.  
1821





Q. D. B. V.

DISSERTATIO IVRIDICA  
DE

CONFLICTV THEORIAE  
ET  
PRAEIOS IVRIS

QVAM

IN REGIA FRIDERICIANA

PRAESIDE

IOANNE TOBIA CARRACH, IC.

POTENTISSIMI BORVSS. REGIS CONSILIARIO INTIMO,

ET IVRIS PROFESSORE ORDINARIO

D. XXI. APRILIS ANNI CIO IO CC XXXVI.

H. L. Q. C.

PVBlice VENTILANDAM EXHIBET

IOANNES BERNHARDVS SCHVLTZE

ANCLAMO-POMERANVS.

---

HALAE MAGDEBVRGICAE

TYPIS IOANNIS FRIDERICI GRVNERTI.

RECUSA ANNO CIO IO CCLV.

(4)





AMPLISSIMO  
VRBIS TANGLYMENSIS  
SENATVI

VIRIS

PRAENOBILISSIMIS DOCTISSIMIS  
CONSULTISSIMIS PRVDENTISSIMIS*que*

DOMINIS DOMINIS  
CONSILIARIIS  
PROVINCIALIBVS  
CONSVLIBVS  
SYNDICIS  
CAMERARIIS  
SENATORIBVS

RELIQVISQVE

DOMINIS AC PATRONIS

SVMMA OBSERVANTIA COLENDIS

DISSERTATIONEM SVAM

DEVOTA MENTE CONSECRAT

IOANNES BERNHARDVS SCHVLTZE.





VIRI PRAENOBILISSIMI,  
CONSULTISSIMI, PRVDENTISSIMI,



ACRAE REGIAE MA-  
IESTATIS mandati vt  
me præbeam obseruantiffi-  
mum, &, dissertationem  
edam, ac publice defendam,  
me obstrictum arbitratus sum. Huic au-  
tem vili labori VESTRA AMPLISSIMA  
NOMINA præfigere, VOBISque illum

X 3

sacrum

sacrum facere, non ausus essem; nisi me  
subiret memoria insignis beneuolentiæ,  
qua me semper & perbenigne complexi  
estis. Gratissima enim mente in memo-  
riam reuoco, me plurima VOBIS debe-  
re, meæque salutis fundamenta in VE-  
STRO potissimum fauore ac Patrocinio  
collocata esse. Nunc vero cum hanc Mu-  
farum Officinam relinquere ac pedem in  
Patriam referre mecum constituerim, eo  
me Patriæ, quam summa cum pietate &  
fide semper colui, charitas trahit, nihil vt  
melius neque laudabilius neque honestius  
existimem, quam placere eiusdem PRO-  
CERIBVS CLARISSIMISque VIRIS,  
quorum iudicium est rectum bonisque  
probatissimum. Hæc inquam fuere inci-  
tamenta, quæ mihi addebant animum,  
VOBIS

VOBIS consecrandi studiorum meorum  
primitias, quas vt accipiatis tali beneuo-  
lencia, quali VOBIS porrigo obseruan-  
tia enixe precor atque demisse rogo. Non  
mediocre inde gaudium sentiam, si has  
plagulas tanquam pietatis erga VOS ar-  
gumentum interpretari dignemini; & tam  
huius quam industriæ præmii loco mihi  
sufficiet, si hoc exiguum specimen indul-  
gentissimo animo ac fronte serena admit-  
tatis. Quod reliquum, DEVM immor-  
talem implorabo, vt negotia VESTRA  
ad vota fluant, vt Ciuitas, cuius estis  
defensores, VESTRIS vigiliis illæsa su-  
stineatur, VESTRA prouidentia per-  
ennet, VESTRISque Officiis crescat,  
quo INCLYTI SENATVS augea-  
tur splendor, & OMNIVM denique

IOHANNEM BERNHARDUM SCHULTZEM VE-

VESTRVM Sapientiam, Virtutem at-  
que Decus nulla fileat ætas, mihi ve-  
ro liceat, in posterum quoque me pro-  
fiteri

VIRI PRAENOBILISSIMI  
CONSULTISSIMI PRVDENTISSIMI

AMPLISSIMORVM VESTRORVM  
NOMINVM

Dabam Hale Megdeburg,  
d. xix. Aprilis  
Anni MDCCLXXVI.

*obseruantissimum cultorem*

IOANNEM BERNHARDVM SCHVLTZE.



Q. D. B. V.  
DISSERTATIO  
DE  
CONFLICTV THEORIAE  
ET  
PRAXEOS IVRIS.

§. I.



em non nouam proponere forsan nonnullis videor, *de Conflictu Theoriae & Praxeos Iuris* tractaturus. Quotidie enim tam in Academicis quam in foris vtriusque mentio iniicitur, atque frequentissime, vtraque inuicem committit: nullam fere horam transire patiuntur Iurium Doctores Academici plerique, in qua non indicent discrimen aliquod theoriae & praxeos iuridicae; nulla instituitur disputatio, in qua de

Thema eius-  
que commen-  
datio.

A

vtra-

vtraque non fiat sermo & contentio; nullus fere liber conscribitur, in quo non agatur de diuortio harum rerum; nullum denique ferme disceptatur iudiciale iurgium, vt non simul theoria & praxis Iuris in ius vocetur. Vix ergo, operæ pretium esse, videtur, de re quotidiana, qua tam scholæ quam fora frequenter personant, adeoque vulgo nota, seorsim & speciali scripto exponere. Verum enim vero huic sententiæ ego quoque facile subscriberem, nihilque proferre auderem; si, quemadmodum res hæc quotidiana est & frequens, pariter quoque perspicua esset. Aliud autem & ipse experientia doctus sum, & in aliorum exemplis deprehendi: atque non solum in libris, sed etiam in doctrinis ex ore Doctorum Consultissimorum haustis, imo in scriptis iudicialiter exhibitis tantam obscuritatem & incertitudinem huius rei animadverti, quotiescunque de theoriæ & praxeos collisione quid adductum, vt incertior sæpe a lectione librorum & collegiis recesserim, quam accesserim; idemque de aliis quoque expertus sum. Et qui fieri posset, vt in perpetuo theoriæ cum praxi conflictu, notionibus tamen & rationibus collisionis atque principiis eam diiudicandi non expositis, iustum iurisprudentiæ nexum & ordinem quisquam sibi concipere queat? E contrario ista rerum facie, loco solidæ Iurisprudentiæ sibi constantis, confusum chaos opinionum dissonantium de iusto multi sibi acquirunt, & cæca obedientia credunt auctoribus, quid hi, in praxi valere, asserant, parum curantes, quam habeant asserti rationem. Quin inde fit, quod multi desiderent, ea tantum discere, quæ in praxi obtineant: dum tamen diiudi-

diudicandi ea principiis destituantur, nesciunt sane, quid velint, & sub theoriae fuga fugiunt omnem solidam Iurisprudentiam: alii ex aduerso in vitia contraria ruunt; dum vident praxin, quam vulgo adstruunt Icti, non raro contradictoriam & brutam esse, ratione sua abutuntur, & omnem praxin derident. Facile ex his efficitur; quod omnino operæ pretium, & quo magis res est quotidiana, eo magis necessarium sit, vt sollicitè expendatur conflictus theoriae & praeios Iuris, quo quilibet non solum intelligere possit, qualis sit illa quotidiana vtriusque contentio, sed etiam iustum de ea ferre queat iudicium, an & quando theoria praxi, an vero & quando hæc illi præferenda sit, vt vtrique suum tribuatur: alteram enim absolute repudiare, alteramque simpliciter amplecti, prorsus non conuenit. Quo ipso simul obstacula consonantis Iurisprudentiæ, ex isto vtriusque dissensu nata, facile removebuntur, atque constabit cuiunque, quid significet, *Iurisprudentiam practice tradere*, ac quale & docentium & discen-  
tium hac in re sit officium. Quoniam autem ab Academia dicessurus iam a *Theoria ad Praxin* Iuris animum adpellere debeam, prius tamen quam hinc recedam, Rescripto POTENTISSIMI ATQUE CLEMENTISSIMI REGIS obedientem me præbere, adeoque Dissertatione Academica specimen industriæ & studiorum publice edere, me oporteat; thema aliquod meditati in mentem iterum venit mihi, quem sæpe obseruavi, CONFLICTVS THEORIAE ET PRAEIOS IVRIS: idcirco breui & subitanea tractatione, qualem temporis angustia mihi tantum permittit, dum iter proxime instans me urgeat, de hac re

exponere constitui. Succincte itaque tantummodo & quasi in summa explicabo, quisnam sit iste Conflictus Theoriae & Praxeos Iuris & quotuplex, praeterea generalia quaedam monita tradam, ad diiudicandum, cui in isto discrimine standum sit, vnde postea facillime quilibet poterit applicationem ad singulas iurisprudentiae materias facere.

## §. II.

Quid sit conflictus theoriae & praxeos iuris.

Vt initio generatim constet, quid intelligam sub conflictu theoriae & praxeos iuris, vix opus est, vt prolixè declarem; quippe quod ex ipsis verbis statim liquet. Notum enim est omnibus, *confligere, conflictum, conflictationem*, idem esse ac *dinnicare, pugnare, collidere, pugnam, collisionem*, ita vt non solum de corporibus praedicetur, sed etiam de entibus moralibus, atque itidem de negotiis iudicialibus & iuridicis, quemadmodum ex CICERONIS *Catil. 2. atque pro Cecinn. Part. Orat. c. 16.* & QUINTILIANO *Institut. Orat. 7, 1.* ac ex ipsa *L. 7. C. Comminat. epist. program. subscript. auctoritat. rei iudic. non hab. & L. 17. C. de His qui accusare non poss.* apparet: ideoque palam est, *conflictum theoriae & praxeos iuris* denotare *oppositionem contrariae theoriae praxeos iuris*. Nam frequenti vtriusque inuicem discrepantis oppositione vtraque quasi inuicem colliditur, & pugna committitur. Oppositionem istam non solum in cathedris & scriptis Ictorum conspiciamus, dum tam in doctrinis ipsis suis autores huius differentiae sedulo & tantum non in quacunque pagina mentionem iniiciunt, quam in aliorum scriptis explicandis & diiudicandis dissensibusque doctorum dirimendis solennia fere semper occurrunt & notantur verba: *ista qui-*



quidem theoretice vera sunt, sed non practice, item: sententia hæc quidem verior est, sed in praxi contrarium obseruatur vel: diuortium hic facit praxis a theoria: item: istius sententia theoretice, illius vero practice verior est: sed præterea quoque prouerbia inde enata sunt vulgaria quidem & communi sermone trita, terribilia tamen, & talia quæ studiosos credulos in Academiis legitimæ scientiæ operam dantes aut reddunt desperatos desertores iurisprudentiæ aut negligentes doctrinarum iuris & solidæ legum cognitionis contemtores, omnia per praxin addisci posse existimantes. Sic vulgare est disterium quod transactis annis Academicis, nouam prorsus discere debeant iuuenes disciplinam iuris, & curriculum iurisprudentiæ quasi de nouo inchoare: sic porro fertur, & ex dictis simul colligitur, quod, quæ in Academiis interdum audierint iuuenes, in iudiciis & in foro ea dediscere oporteat, nisi risui se velint exponere; adeoque ea quæ in theoria perceperint, didicerint in spem futuræ obliuionis; sic quoque irascitur iis, qui antecessorum suorum decisa ad theoriam & disputata academica reuocant atque ambigua reddunt: sic denique sæpius Iurisconsulti ipsi, qui singulare aliquod dogma ab vsu vulgari recedens in disputationibus, compendiis & systematibus suis in medium proferunt, vel tale quid ab aliis factum esse vident, subiiciunt monitum: ista quidem in cathedris ita defendi posse, sed in praxi vsu non præbere, das liesse sich wohl auf dem Catheder disputiren aber in praxi habe es keinen Nutzen; & quæ sunt alia huius generis adhuc plura; ac præterea laudes eximias, quibus vulgo praxin præ theoria exornant. Quid ergo opus est,

A 3

diceret

diceret forte quispiam non sine ratione, tempus & sumtus frustra in studiis academicis consumere? Nilominus tamen dicta suo modo veritate nituntur; certo autem respectu omnino falsa sunt.

## §. III.

Transitio ad  
specialiorem  
eius conside-  
rationem.

Igitur nunc protinus specialius disquirendum est, quis sit conflictus theoriæ & praxeos iuris. Hoc vt rite fieri possit, ante omnia considerandum est, quod theoria & praxis iuris diuerso admodum significato sumatur, & vtrumque vocabulum non semper idem denotet, diuersa quippe est ratio & relatio, ex qua theoria & praxis denominatur. Hanc ob causam diuerso quoque respectu theoriæ & praxeos considerari potest conflictus, pro diuerso istorum terminorum significato. Quia si variæ istæ significationes probe inuicem distinguantur, omnis ambiguitas & incertitudo, facile amoueri & tota res ita perspicua fieri poterit, vt quilibet mox deprehendere queat, an & quatenus vera ac iusta pugna inter theoriam & praxin iuris existat, & quænam ex iis in tali discrimine alteram vincere debeat, atque in quam partem transire nos oporteat. Cum vero theoria & praxis hic inuicem committatur, & altera ad alteram referatur; hinc commodissime & breuiter studio in qualibet denotatione exponenda statim coniungam explanationem theoriæ & praxeos iuris, deinde de vtriusque contentione dicam, & tandem de singulis quatenus in iis discrimen aliquod occurrit iudicium de alterutrius prærogatiua adiciam.

## §. IV.

Theoriæ &  
praxeos iuris  
significatus  
primus.

Theoriæ & praxeos iuris variam significationem explicaturus curam non habeo verborum structura

Natura & definitionis verbalis, quippe quæ facilis: & cui-  
 libet per se satis notum est, theoriam esse ἀπό τῆ θεωρίας,  
 quod est *spectare*, & maxime *animo contemplare*, vnde  
 θεωρία est *contemplatio, meditatio*. Sic praxis verbale  
 est ἀπό τῆ πραξεως agere, vnde ἡ πράξις actio dicitur. Hæc  
 ad scientias applicantes diuersas, nomina quoque  
 inde iis imposuerunt diuersa: quare scientiæ quæ-  
 dam dicuntur theoreticæ seu speculatiuæ, quædam  
 vero practicæ, quæ in exercitatione & ipsa actione  
 consistunt, a quibus diuersæ ποιητικῆ seu quæ effectiuæ  
 dicuntur. Vnde etiam QUINTILIANVS *lib. II. cap. 18.*  
 diuersitatis eiusmodi artium mentionem facit: quum  
 sint autem artium aliæ positæ in inspectione, id est  
 cognitione & æstimatione rerum, qualis est Astro-  
 logia, nullum exigens actum, sed ipso rei cuius stu-  
 dium habet, intellectu contenta: quæ θεωρητικὴ voca-  
 tur. Aliæ in agendo, quarum in hoc finis est, &  
 ipso actu perficitur, nihilque post actum operis re-  
 linquit, quæ ποιητικὴ dicitur, qualis est saltatio.  
 Aliæ in effectu &c. Quodsi ergo animo voluemus,  
 Iurisprudentiam esse scientiam legibus dirigendi actio-  
 nes humanas, quodsi porro cogitemus directionem  
 istam fieri aut ferendo leges, vnde Iurisprudentia le-  
 gislatoria, aut legibus iam latis, vnde Iurisprudentia  
 iudicialis & consultatoria; facile patebit, eam ad scien-  
 tias practicas pertinere, eamque non in sola contem-  
 platione, sed directione hominis in agendis simul consi-  
 stere. Inde nascitur I) primus significatus *theoriæ & pra-*  
*xeos iuris*. Namque non solum ex dictis sequitur, sed  
 etiam inter omnes iuris cultores constat, iurispruden-  
 tiam consultatoriam & iudicalem, de qua mihi hic  
 præcipue sermo est, esse scientiam legibus iam latis di-  
 rigendi

rigendi actiones humanas, adeoque consistere ex duabus partibus, scilicet 1) solida legum & rerum cum iis connexarum cognitione, atque 2) prudentia eas applicandi ad negotia obuenientia: priorem igitur partem non raro theoreticam & theoriam iuris, posteriorem vero practicam & praxin appellari scimus.

## §. V.

Hoc sensu  
non est pugna  
inter theo-  
riam & pra-  
xin.

Quodsi hoc modo theoria & praxis iuris sumatur, tantum abest, ut contentionem & dissensum inter utramque tibi concipere queas, ut potius arctissimus nexus, quo iunctae sunt, ex §. *precedente* eo luculentius appareat, quo clarius inde constat, quod alterutra sublata, iurisprudencia consistere nequeat, sed utraque ad eam requiratur. Vti ergo non sola legum cognitione sed praeterea prudentia in iis ad facta applicandis perficitur, ita pariter nec haec sine illa concipi poterit, nisi quis forte vel speculationem vel ἐμπειρικὴν pro solida iurisprudencia falso venditare velit, aut iuxta comparationem THOMASII in *Orat. de Corpore & Anima Iurisprudenciae verae* &c. spectrum vel cadaver aut sceloton pro vero animato corpore Iurisprudenciae amet. Neque Iuris Romani conditoribus plerisque alia fuit mens, quippe qui tam ex intimis philosophiae penetralibus iuris dogmata hauserunt, quam ea ad negotia ciuilia applicarunt: qua propter Stoici Iurisconsulti prorsus alieni fuerunt a Philosophis Epicureis ἀνομιῶν: eamque ob causam *Vlpianus L. 1. §. 1. D. de Iustit. & Iure*: anxie inculcat, quod veram non simulatam philosophiam affectet; conferas in hanc rem SCHILTERI *Manud. philosoph. moral. ad Iurisprud. C. I.* EVERHARD. OTTON. *Orat. de Vera non simulat.*

*simulat. philosoph. Ictor. & THOMASII Orat. cit. HUBER. Auspiciis domesticis Orat. 7. 8. 9.* Qui ergo hoc modo solida legum in republica auctoritatem habentium cognitione, atque prudentia, eas ad negotia obuenientia applicandi, instructus est, non habet, quod metuat, ne, quæ in scholis didicerit, in foris dediscere debeat. Et si quidem non diffitear, quod habitus cum iudicio applicandi leges rerum vsu demum perficiatur, adeoque quotidie multa in praxi discamus: minime tamen inde pugna inter theoriam & praxin oritur. Neque enim sequitur, quod omnia in foris demum discere debeamus, nisi inertes & confusi rabulæ fieri velimus; quin nequidem prudentia applicandi leges aut solum in foris acquiritur, aut ad fora sola restringenda est: seu fundamenta eius & initium ex Academiis ad fora perferenda sunt, dum sane Philosophiæ principiis animum imbutum, exempla & casus docendo propositos eosque resolvendi modum attendendo, examinibus, disputationibus, elaborationibus sedulis, legendo & perpendendo responsa & decisa ab aliis edita, & pondus rationum in iis propositarum istuestigando, exercere, & aptum reddere possumus, applicandi prudenter leges ad negotia. Id quoque verum est, quotidie quid addisci posse: sed hoc non est beneficium praxeos præ theoria aut huius præ ista defectus; verum uti in omni re dies diem docet, ita quoque idem est in tota immensa iuris disciplina. Proinde ex his colligitur, egregie errare, qui putant, futuros iudices & aduocatos parum opus habere theoria iuris, eosque exigua industria subito studium iuris conficere debere: hi sunt ipsi illi, qui iudices & aduocatos semidoctos esse

esse posse volunt, simulque ex tam salubri & necessario reipublicæ nostræ officio iudicum & advocatorum rabulisticam efficiunt: neque iudicando, nec aduocando, nec cauendo, quicquam recti, nisi raro forte fortuito, in foris peragunt tales, neque testamentum, nec contractum aliquem vel alium actum legitime componere apti sunt, sed potius tale quid conscribentes innumeris litibus ansam præbent: breuius eiusmodi homines magis sunt dehonestamentum verorum iudicum & aduocatorum, quam iudices & aduocati. Porro sequitur ex dictis, quod, quemadmodum ICI, siue forenses, siue Academici, non a parte, sed tota Iurisprudentia dicendi, nec in solis scholis theoria iuris, nec in solis foris praxis subsistat: sed uti rite iudicantes & aduocantes legum cognitione gaudent, ita Academici docendo, cauendo, respondendo de iure leges applicant. Denique utriusque ICTorum ordini & veritatem inueniendi & diiudicandi competit facultas: atque negotiorum multitudo, affectus, incuria & abusus hominum forensium, *qui prius ad agendum, quam ad discendum, veniunt*, in causa est, ut ad Doctores Academicos, Scabinatus, Facultates, tanquam ad sacram anchoram confugere, necesse habeant forenses. Imo cum etiam, uti ARVMAEVVS *diss. ad L. Non omnium 20. D. de LL. in parergis* ait: *in respondendo sepe multa dentur Gratiis, plura Diti*; inde brocardicum natum est: doctori consulenti non æque fidendum est, atque legenti: præsertim cum hoc modo maior habeatur cura rationum & nexus legum, ideoque non raro facilius detegantur errores communes. Tandem quoque eo apertius falsum est, *docentes minori religioni sibi*

*sibi ducere posse, quid doceant, quam forenses, quid tractent, quo plures errantes & malos homines in fora mittit quotannis vnicus doctor peruersa docens.*

## §. VI.

Deinde II) saepe numero sub theoria iuris a Secundus significatus. Ictis indigitatur illa iurisprudentiae pars, quae occupatur legibus ius homini tam circa propriam suam personam, quam circa res extra se competens determinantibus, seu iure personarum & rerum; & praxis iisdem denotatur illa pars, quae proponit leges, media & modum determinantes, quibus ius istud persequi possimus in republica contra inuitos, seu ius actionum, iudiciorum ipsiusque processus. Vnde est, quod scriptores libros suos, quibus processum iudiciarium tradunt, inscribere soleant: *Practicas, Introductiones in praxin, &c.* Sic quoque in Academiis lectiones, quibus processum iuris exponimus, dicere solemus *collegia practica*. Neque mos iste loquendi ratione destituitur; quum ius, quod hominibus competit in republica, hoc modo in effectum deducatur.

## §. VII.

Pari modo neque, in hoc significato theoria & An in hoc significato pugna inter theoriam & praxin? praxi sumta, fieri poterit, vt inter vtramque statuere possimus pugnam. Diuersae enim haec quidem sunt partes iurisprudentiae, distinctaeque legum species, minime vero contrariae inuicem, quarum altera posita altera vt negetur, necesse sit; sed vtraque simul stare, non solum poterit, verum etiam id quod in actionem deducitur, de quo iudicium instituitur, & processus oritur, est ipsum ius personarum & rerum

rum siue competens, siue saltem apparens & probabiliter prætenfum. Quod autem ad cognitionem solidam legum, ius actionum, processus & iudiciorum determinantium attinet, atque ad earum prudentem applicationem ad negotia obuenientia, eadem repetenda sunt, quæ §. IV. & V. de tota iurisprudencia in genere iam sunt prolata. Sic quoque liquet, quod his positis neutiquam dici possit, quod theoriam in praxi dediscere debeamus. Minime in hac causa generaliter afferendum est, quod in foris prorsus ab initio incipienda sit doctrina iuris: inprimis si ipsæ leges, iudicia eorumque modum ordinantes, non solum in Academiis doceantur, sed & iuuenes simul in processu iudiciario elaborando probe exerceantur, atque frequentibus disputationibus ingenia ipsorum & iudicia acuantur. Quo facto mox quis ab Academiis ad fora se transferre poterit, & præter particularia iura suæ ciuitatis pauciora & iudicii eius, in quo versatur, vix quicquam discere incipere debet. Vbi vero hæc in Academiis negliguntur, ibi omnino res aliter se habebit, & quæ in Academiis neglecta sunt, alibi demum sunt addiscenda licet plerumque maioribus sumptibus & non sine detrimento aliorum fieri soleat, vt sero nimis sapere incipiant. Cætera, quæ hic moneri adhuc possent, iam ex §. V. colligi facile queunt.

## §. VIII.

Tertius significatus.

Denique III) sub theoria intelligitur sola Academica iuris doctrina, destituta obseruantia in foris, quam Doctores Academici siue in lectionibus suis docendo, siue in disputationibus, siue in aliis suis



fuis scriptis, proponunt, siue concernat ius homini circa se ipsum & alias res competens, siue pertineat ad persecutionem ipsius iuris in iudicio. Ex aduerso praxis in hac consideratione denotat vsus istius doctrinæ in foro defectum. Cum enim hoc modo doctrina Academica applicatione in foris destituatur, redigitur ea in statum talem, vt sit instar meræ speculationis; & quod forum seruat, eminenter & vulgo præcticum habetur.

## §. IX.

Si itaque rem nobis hoc sensu concipiamus sapissime pugna est inter theoriam & praxin, & qui discrimen vtriusque vrgent, maxime hoc intelligunt, quod plura in scholis doceantur, & plures tradantur regulæ de eo quod iustum sit, tam quoad iura homini circa se ipsum & alias res competentia, quam circa persecutionem eorum in iudiciis, quæ tamen in foris non applicentur, tum quod plane non occurrant, tum quod in omnem aduersam iis abeant sententiam, iura in foris reddentes, adeoque in causis in iudiciis tractandis & decidendis contrarium vsu & moribus seruetur ei, quod in cathedra doctum & disputatum sit. Et de hac theoriæ & praxeos accceptione dictæ ista proferuntur, quæ supra §. II. relata sunt. Quod si autem dicendum sit, quid de tali conflictu sentiendum; ego certe existimo, quod quidem generatim non possit dici, cui semper subscribendum sit; sed aliquando vsus fori iustum & legitimum facit diuortium a doctrina & disputatis Academicis; aliquando vero hoc diuortium illegitimum & rectæ rationi contrarium est, ac inepta est praxis a theoria discrepans. Opus igitur

In hoc sensu  
adest conflictus.

est, vt specificè magis constet, quando vsus præferendus sit discrepans a doctrina, quando vero iste huic cedere debeat. Hoc vt æstimari rite possit, necesse est, vt inuestigemus & consideremus diuersas huius discriminis causas, vna cum diuersis iterum in hac acceptione significatibus specialioribus dissidentis theoriæ & praxeos iuris: tota enim obscuritas & ambiguitas in hoc conflictu latet in obscuritate & ambiguitate terminorum & in neglectu causarum diuersitatis.

## §. X.

Consideratio  
eius prima.

Considerando itaque specialiora, & inquirendo in causas huius pugnae, atque diuersum eius significatum, tantum fori Germanici rationem habeo, & primo loco obseruo, quod causa diuersitatis huius quædam sit, doctrina perigrini iuris Romani in Germania, eiusque receptio, quæ tamen nec semper applicabilis, nec semper applicata est ad negotia in foris obuientia, nec absolute facta eius receptio. Quoniam autem historia Academiarum docet, quod in Germania Academiæ sint institutæ ad exemplum Academiarum Italicarum, inque iis Iuris Ciuilis Romani & Canonici Doctores Itali fuerint constituti; Patrii iuris autem in iis aut Iuris Naturæ prorsus non fuerit habita ratio, quo tamen vtroque Germania diu gauisa est feliciter, antequam Ius Romanum ad nos penetrauit: inde factum est, quod peregrini isti Doctores in Academiis nihil auditoribus suis traderent, quam Romani & Canonici Iuris scita, relicto Iure Naturali & Patrio. Quin nequidem pure iura ista tradiderunt; sed deficiente saniore philosophia, ineptas sæpe interpretationes & parum co-

haren-

hærentes confusiones loco genuinæ legum doctrinæ proposuerunt. Germanica fora vero nec statim, nec omnia æque frequenter secuta sunt leges peregrinas, earumque siue iustas siue iniustas interpretationes, neque receptione Iuris Romani, licet publica autoritate postea facta, id absolute, sed tantum in subsidium saluis & deficientibus demum Iuribus Patriis, receptum est, nec absolute recipi potuit: ideoque non potuit non oriri discrimen vsus fori & doctrinarum Academicarum. Patria ergo iura quondam in Academiis plane non potuerunt discere studiosi, sed vsu & exercitatione in foris conf. PERILLVSTR. DN. a LVDEWIG *Different. Iur. Rom. & Germ. in Titulo Imperiali differentia XVI.* Hinc 1) iura, quæ fora Germanica sequebantur discrepantiâ a legibus peregrinis, quæ in Academiis tradebantur, dicta sunt *mores, consuetudines, praxis*; quod pallium est ignorantia ICtorum Itatorum, CONRADVS SINCERVS *Dissert. epist. de Leg. Germ. autorit.* PERILLVSTR. DN. a LVDEWIG *cit. loc.* BEYER. *Delin. Iur. civ. secundum Pandect; Tit. de LL. posit. II. not. g.* Doctrinæ vero Academicæ istæ Romanæ inapplicabiles ex aduerso nomen theoriæ vel theoricæ acceperunt. Etsi quidem præsentî tempore, conditio Academicarum variarum Germanicarum melior sit, vt nec Ius Naturale amplius negligatur, nec Doctores in disciplinis suis prætereant prorsus iura quæ ifora conseruarunt; nihilominus recenti sunt termini theoriæ & praxeos, quos pristina produxit ignorantia, præsertim cum cura adhuc multis doctoribus exigua Germanici iuris, quin quod non desint, quos nec hoc tempore pudet negare, dari quoddam Ius Germanicum a Romano

mano distinctum, hi, vbi tamen discrimen hoc palpant, illud ius *praxin* dicunt.

## §. XI.

Huius fundamentum triplex.

Itaque hoc respectu theoriæ opposita praxis triplex habet fundamentum, scilicet a) Ius Naturæ eiusque actualem in Germania obseruantiam & applicationem, quod ipsum quoque non raro ideo, respectu Iuris Romani discrepantis a Iuris Naturalis simplicitate adeoque inapplicabilis, nonnullis recentioribus sub Iure Germanico quandoque comprehenditur. Diu enim ante receptionem Iuris Romani viximus secundum æquam Iuris Naturalis simplicitatem in plerisque: Romana autem iura plura continent ex subtili ratione contra istam simplicitatem introducta: his autem in foris Germanicis tute caremus; tum quod Ius Naturale ius sit vniuersale, adeoque ei tamdiu standum sit, quam diu ius ciuile ei nihil addidit vel detraxit, tum quod Ius Romanum tantum sit subsidiarium, saluis & deficientibus legibus in Germania iam vigentibus, adeoque saluo quoque vsu Iuris Naturalis, huc vsque vigentis, demum vtilitatem habeat. Hanc ob causam sedulo commendo tam rationi conforme effatum, simulque iuris ciuilis descriptionem, VLPANI in *L. 6. pr. D. de I. & I.* quam sat sapienter dictum SVRDI de *Alimentis Tit. 1. q. 45. n. 58: Legem querere, vbi est ratio naturalis, est infirmitas intellectus*; quæ sententia merito a BEYERO citato, adeo æstimata est, vt eam Positionibus ad Pandectas suis præmiserit. Porro b) secundum huius praxeos differentis a theoria fundamentum constituit ipsum Ius Germanicum ciuile siue scriptum siue non scriptum, siue vniuersale siue

sive statutarium & prouinciale; nam sæpe deprehendimus verba: *moribus ita est*, & tamen allegatos videmus Recessus Imperii. Existentiam eius & auctoritatem hic probare, nec tempus permittit, nec opus est post CONRINGII *de Origine Iur. Germ.* CONRADI SINCERI seu KVLPIII *cit. Diss. epist. STRYKII in Diss. prælim. Vj. Mod. THOMASII Diss. de Rite form. stat. contr. an Leg. Iuris Iustin. freq. vj. sit. in for. Germ. & PERILLVSTR. DN. CANCELLARII a LVDEWIG cit. loc. & passim. in diss. ILLVSTR. DN. GASSERI Diss. de Brocardico statut. ex Iur. comun. interpret. aliorumque diligentiam. Quapropter sufficiat ex Ordin. Cam. Part. I. Tit. 13. n. 1. & Tit. 58. Ordin. Iud. Aul. Tit. 1. §. und weilm. Recess. Imp. de ao. 1654. §. 105. rem notissimam supponere, etiam his iuribus saluis tantum, adeoque demum iis deficientibus, Iura Romana esse recepta. Tandem c) tertium fundamentum praxeos Germanicæ a Iure Romano differentis est, quod rationes reipublicæ Romanæ non raro propriæ fuerint, vnde leges Romanæ ortæ, istæque rationes ad Germaniam plane non possint applicari: hinc enim sæpe fit, vt locus sit in foris regulæ vulgari: *cessante ratione legis, cessat lex*: nisi forsân de negotio peregrino solenni, cum follenibus ex Iure Romano recepto, agatur.*

## §. XII.

Perpicuum fatis est ex dictis, quod in hac theoriæ & praxeos pugna hæc illi palmam omnino præripiat, eique standum sit præ illa. Exemplis ex quouis Digestorum titulo illustrare id possem, nisi res nimis proluxa esset: reuoca tantum in mentem pacta nuda, quæ moribus valere dicuntur, quodque contractuum & actionum bonæ fidei & stricti iuris differentia, discrimenque inter

Inde confictus hic dirimitur.

C

id,

id, quod ipso iure non competit, & quod ope exceptionis tollitur in praxi vsum non habeat &c. Hæc itaque si in Academiis docentur, non opus habes, vt in foris demum discere incipias, nec habes, quod in praxi dediscere debeas: iis autem vel a te vel a Doctoribus tuis neglectis, omnino inutilis es in praxi, nisi incipias supplere defectum. Ista si in cathedris disputantur & docentur, non inepta sunt, ad applicationem in foris. Licet inde non statim colligi possit, quod Iuris Romani meri quoque, theoria contemnenda & negligenda sit: cum enim saltem in subsidium receptum Ius illud, præterea non desint Icti forenses nimio eius amore & præiudicio receptionis ac obseruantia capti, vel etiam mala fide agentes, qui legibus Romanis vbique te irretire in foris student, hos laqueos vix evadere poteris, nisi, solida legum Romanarum cognitione cum hæctenus expositis coniuncta, de genuina autoritate earum legum in foris Germanicis iudicare possis: imo ex ipsis rationibus legum Latii sæpe dependet earum vsus vel non vsus in foris nostris per dicta *in fin. §. præced.* Proinde ex his æstimare poteris, *quis tibi tradet Iuris prudentiam practice? is, inquam breuibus, qui ex principiis naturalibus & civilibus tam Germanicis quam Romanis iura in foris Germanie vigentia docet: seu qui, supposito Iure Naturali, quid civile Germanicum, & hoc deficiente, Romanum nobis conueniens Iuri Naturali addiderit vel detraxerit, docet.*

§. XIII.

Eadem applicari possunt ad Ius Canonicum.

Eadem applicari possunt ad Ius Canonicum & ab eo differentem praxin tam intuitu protestantium quam intuitu Iuris Romani: sed ista latius deducere non vacat, præsertim cum ex dictis res facile confici possit, eaque iam acta sit: quam ob rem lectorem ablego

lego ad PERILLVSTRIS DIRECTORIS DNI BÖHMERI *Ius Ecclesiast. lib. I. Tit. 2. § 4.*

## §. XIV.

Succedat ergo alia 2) consideratio conflictus theoriae & praxeos iuris in significato §. IIX. proposito. Praxis, præter deducta hætenus, in hoc conflictu non nunquam denotat erroneas de iusto opiniones ex commixtione Iuris Naturalis, cerebrinique de eo conceptus, Germanici, Romani, Canonici natas, in foris autoritatem aliquando habentes. Quæ autoritas inde deriuatur quod, secundum eas aliquando, in foris iudicatum sit, vel quod saltem de earum autoritate in foris testimonium dicant scriptores, præiudicio muniti, quod fori vsus admodum calleant. Huic praxi autem aduersa theoria est detectio istorum errorum & confusionum, a Ictis cordatioribus facta siue docendo ore, siue in scriptis erudiendo, siue disputando, siue alio quouis modo.

Consideratio  
secunda.

## §. XV.

In hoc discrimine praxeos partes infirmiores esse, & theoria cedere debere, apertum est; si modo quis paulum perpendat definitionem Iurisprudentiæ, quamcunque ex vulgaribus quoque supponat: nemo enim dicere audebit, quod iurisprudentia sit notitia opinionum virorum magnæ autoritatis de iusto erronearum & confusarum, nec eiusmodi errores ad solidam legum cognitionem & prudentem earum applicationem referre poterit. Neque hos errores ius facere posse, tanto certius est, quanto magis constat, iuris consultos destitutos esse legislatoria potestate. Mitto, quam incerta res sit huiusmodi praxis, cum nec vllam vniuersalem eiusmodi

Iudicium de  
hac.

praxin quis docere possit & perpetuam sed variat pro diuersitate locorum & personarum, iudicia & collegia iuridica constituentium, quibus enim hæc imbutæ sunt principiis, secundum ea quoque ius reddere solent in foris, hisque mutatis, mutatur quoque praxis: cætera argumenta contra eiusmodi praxin excusata sunt a THOMASIO *diff. de Iure Consuetud. & Observantiæ* & GRIBNERIO *diff. de Observantiis collegiorum iuridicorum*, ita tamen vt cum has conferas dicta *supra* §. XII. præsidium quoque nullum ei esse in *L. Non omnium. 20. D. de LL.* docuit ARVMAEVS *cit. diff. ad hanc L.* atque *Legem. 23. D. eod.* adminiculum ignorantia esse, negavit BRVNNEMANNVS *Comm. ad Pandect. ad. cit. L. 23.* Deferenda ergo est insulsa eiusmodi praxis, si meliora edoceamur per theoriam, licet sæpe fiat, vt præiudiciis immerfi adeoque ad id, quod melius est, intelligendum hebetes, si errores eorum quoque sensibilibiter detegantur, ad praxin, tamquam ad ignorantia & insufficientia sua asylum, refugere communiter soleant. Quapropter cum PERILLVSTR. DN. BÖHMERO *Diff. de Seruitute triturae forensis* eiusmodi homines vix ingenue sed seruilis quasi conditionis moraliter æstimandi sunt, & si vlla vnquam capitis deminutio in Germania obuenerit, obuenerit certe in iis qui libertatem profundentes a sana theoria, qua initio imbuti sunt ad erroneam praxin desciscunt, qui inter seruos pœnæ morales merito collocandi sunt. Congruit cum dictis consilium ARVMAEI *cit. loc. §. 52. & 53.* propositum, quo a rabulismo & seruili praxi ad libertatem amplectendam his verbis incitatur: *At si qua subtiliter rimatur verum disputatio; aut validioribus pugnat argumentis, tantum abesse, vt in iure repro-*

repro-



reprobetur, Maranta, P. Rebuffus, Mar. Socinus, alii, iam  
 obseruarunt, ut probetur etiam summopere & exosculetur,  
 laudatis subtilitatis suae inuentoribus. Quid tamen si  
 noua fuerit, atque a nemine animaduersa? & verum puto,  
 tanti non fuisse iuris autoribus sententiam antiquiorum  
 ullam, ut non longe fuerit antiquior veritatis amica no-  
 uitas. Ex quo liquet, quid de moribus nostrorum tem-  
 porum existimandum sit, quibus ita comparatum, teste  
 Harm. Pistoris, ut eorum quae contra receptas Dd. sen-  
 tentias subtiliter afferuntur, exiguus esse soleat in foro  
 usus. Quin imo, statim atque opinio aliqua, dicitur in  
 iure verior, velle hinc audacter colligere quosdam, tra-  
 didit Neuzanus: ergo contraria seruat in practica.  
 Liquet etiam, quam recte praestantissimus vir, Dan.  
 Mollerus, huic mori aliquem ex iure colorem quaesierit.  
 Ac denique liquet, si quid fieri debeat, non quid Romae  
 fiat, intuemur, iudicem secundum nouam quoque &  
 subtilem vnius opinionem, dummodo veriolem iudicare  
 posse, contra quam Iason voluit. A quo & Felinus di-  
 uertit, & Claudius Sefellius & Wesenbecius, & Petr.  
 Lorichius. Quibus addatur famosus vtriusque iuris  
 monarcha, Matth. de Mattheslanis, qui secundum no-  
 uam ac subtilem opinionem in Italia consuli & practi-  
 cari vidit. Sequitur ergo quoque, quod quae hoc mo-  
 do in cathedra disputantur, ad fora omnino iidem  
 pertineant, aut enim vera disputas; cur non pertineat  
 disputatio tua ad forum, & cur non deseri deberent  
 errores fori? aut falsa; cur eam non omittis? Concludo  
 denique, quod Doctores, quorum primarius labor est,  
 conglomerare in collegiis vel scriptis suis practicum  
 opiniones minime sano sensu sint veri practici, aut  
 practice doceant, sed, si ex re denominandi sint, ra-  
 bulae

*bula cathedrarii* dicendi sint non practici Icti, nisi per abusum: ceterum confer allegatam THOMASII *orationem ibique citatum* FABRVM. Id tamen conduce existimo, vt in doctrina solida quoque iuris recenseantur errores practici, & non solum notentur, sed simul eiusmodi cautela suppeditentur, vt negotia quilibet sua ita dirigat prudenter, quo etiam secundum ipsam dissentientium erroneam opinionem subsistant, nec periculi quicquam inde metuendum sit, si negotia forsitan eiusmodi hominibus deferantur diiudicanda vel saltem disceptanda in foris.

## §. XVI.

Consideratio  
tertia.

Præterire non debui, 3) quod theoria nomine præterea designetur criticorum labor, vtpote qui ad negotia forensia nihil conferret. Enim vero hic labor non semper flocci pendendus est, dum sæpe plurimum conferat ad genuinam legum cognitionem, adeoque æstimandus secundum dicta §. XII. Posito etiam, quod quandoque inde nihil dependeat in litibus dirimendis: sufficet tamen, quod ei non obsit; adeoque nulla cum praxi adsit pugna; licet non dissimulandum sit, quod, qui ei vnice inferuiunt, integra Iurisprudencia nondum sint potiti.

## §. XVII.

Consideratio  
quarta.

Monendi adhuc sumus, 4) quod Doctoribus, qui inter auditores etiam futuros legum ferendarum consiliarios formant, curæ esse debeat prudentia legislatoria, eosque sollicitos esse oporteat, de emendandis defectibus legum existentium. Ideoque officio suo fungentes quandoque in doctrinis nãuos eiusmodi iurisprudentiæ & legum iam existentium & recenti ac frequenti vsu in foris vigentium, vna cum mediis

diis defectus corrigendi indicant. Quoniam autem Icti officium nihilominus distinctum est ab officio legislatoris, neque illi, in huius iura impetum facere, licet: adeoque eo, quod defectus legis indicauerit, non potuit nec debuit legem abrogare, sed eius in foris tam diu salua manere debet autoritas & in iurisprudencia iudiciaria, quam diu a superiore non est correcta, adeo vt & ipsum Ictum defectum indicantem, si ius reddere debeat, secundum legem parum prudentem, quam ipse antea arguit, ius pronunciare oporteat. Quemadmodum itaque fit; vt eiusmodi monita de emendatione legum non statim efficiant, vt ipsa lex mox actu emendetur: sic consiliis & monitis istis, quæ alii *ius constituendum* appellant, theoriæ nomen a quibusdam imponitur; leges vero quæ exstant & obseruandæ adhuc sunt, ante correctionem a superiore susceptam, seu, vt alias dicunt, *ius constitutum*, praxis dicuntur. De iis igitur disputatis & doctrinis verum est tam diu, quamdiu lex ab imperante non est sublata vel emendata, quoad prudentiam iudicalem, dictærum vulgare, daß lasse sich auf dem Catheder wohl disputiren aber in praxi ginge es nicht: verum quoque est, iudices & aduocatos in diiudicandis & disceptandis litibus huc respicere non posse, quorum est, leges ad facta applicare, non de legibus iudicare, quin ipsorum Doctorum eiusmodi monita proferentium officium est, vt sedulo moneant, ea pertinere ad *ius constituendum* non ad *ius constitutum*, ne aut parum providi auditores confusi reddantur, & peruersum de iurisprudencia iudiciali conceptum sibi forment, aut ipsi Doctores ius figendi & refigendi leges audacter sibi arrogent, vel certe arrogare videantur.

## §. XVIII.

## §. XVIII.

Conclusio.

Possent plura adhuc hac in causa in medium proferre, praesertim dicere de pragmaticis Ictis Romanis & de æmulatione inter hos & ceteros, uti & de astutia & causis pseudo-politicis, ex quibus quidam se practicos solos gloriantur, & de aliorum fama sub theoreticorum nomine, qui praxeos ignari essent, detrahunt, more etiam inter Academicos non parum, visitato, quo auditores hac vanitate inescunt, aliisque subducant, & praëiudicio autoritatis occæcent, ne ab aliis meliora edocti pristinatorum suorum Doctorum errores videant. Sed Machiavellistica huius praxeos vltior disquisitio est partim res odiosa, partim per temporis angustiam mihi iam non permissa. Inde sufficiat, quod, quantum necesse est, genuinam theoriae & praxeos conuenientiam & disconuenientiam, atque regulas vtramque æstimandi generales tradiderim: specialem applicationem ad singulos iuris titulos & in illis contentas materias quisque mox facere poterit.

DEO tantum adhuc TRIVNO deuota mente  
gratias ago, pro studiis Academicis & speci-  
mini huic faliciter imposito

F I N E.







Hd 3057

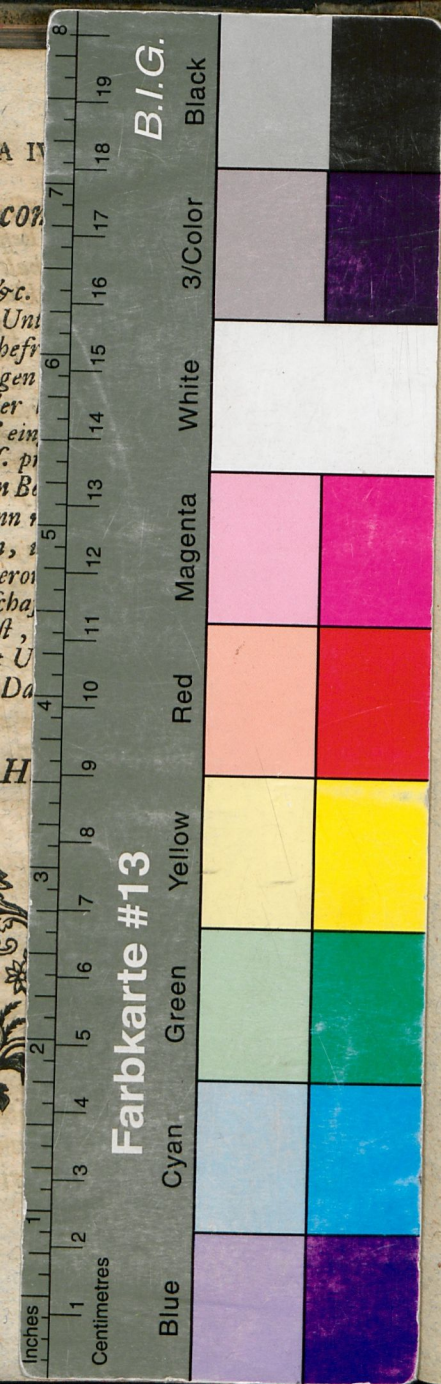
ULB Halle  
005 469 929

3









Q. D. B. V.  
DISSERTATIO IVRIDICA  
DE  
**CONFLICTV THEORIAE**  
ET  
**PRAEIOS IVRIS**

QVAM  
IN REGIA FRIDERICIANA  
PRAESIDE  
**IOANNE TOBIA CARRACH, IC.**  
POTENTISSIMI BORVSS. REGIS CONSILIARIO INTIMO,  
ET IVRIS PROFESSORE ORDINARIO

D. XXI. APRILIS ANNI CIO IO CC XXXVI.

H. L. Q. C.

PVBLICE VENTILANDAM EXHIBET  
**IOANNES BERNHARDVS SCHVLTZE**  
ANCLAMO-POMERANVS.

---

*HALAE MAGDEBVRGICAE*  
TYPIS IOANNIS FRIDERICI GRVNERTI.  
RECUSA ANNO CIO IO CCLV.

