

g. 27
4

4

Q. D. B. V.
 DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA
 DE
**TRANSACTIONE, TESTAMENTI
 TABVLIS NON IN-
 SPECTIS,**

1703, 156

Quam
 RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
 SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
 DN.

FRIDERICO WILHELMO,
 REGNI BORVSSICI, ELECTORATVS BRANDEN-
 BVRGICI CETERARVMQVE PROVINCIARUM HEREDE,
 &c. &c.

Consensu Illustris FCTORUM Ordinis
 IN ACADEMIA REGIA FRIDERICIANA

PRO LICENTIA
 SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES
 capessendi,
 publice defendet

NICOL. HIERON. GUNDLINGIUS,
 NORINBERGENSIS,
 Ad d. XXI. April. MDCCIII. H. L. Q. C.

etc

HALÆ, Typis CHRISTOPH. ANDREAE ZEITLERI, Acad. Typogr.





CAPUT I.
CONSPECTUS.

§. I. Transgendi vocabulum in se facile. §. II. III. Sed ob-
scuratum Doctorum glossis. §. IV. De genere transactio-
nis diverse sententia. §. V. VI. Bachovius notatur. §. VII.
IX. Pacti vel decisionis vox substituitur. §. IX. & gene-
ralissime capitur. §. X. Pactum etiam de re dubia datur,
§. XI. Transactio definitur. §. XII. Definitio ex legibus
Romanis illustratur, Cicerone. §. XIII. Strauchius decisionis
vocabulum respuit; Schilterus item. §. XIV. Nimia Ju-
re Consultorum subtilitas. §. XV. Transactio non est con-
tractus innominatus. Wissenbachius defenditur. §. XVI.
Nec Nominatus. §. XVII. Que Disputationes hodie nulli-
us usus. §. XVIII. Transactio a pacto stricto dicto diffe-
rentia. §. XIX. Dubium in Jure quid? §. XX. Mos judiciorum
culpatus, ubi nulla transactio urgetur. §. XXI. Zafii &
Ventur. de Valent. opinio rejicitur. §. XXII. De re certa
non transigitur. Paciscimur tamen. §. XXIII. XXIV. Cau-
tela necessaria. §. XXV. Refellit Guttierrez juramentum
commendans. §. XXVI. Huberi observatio cum limitatio-
ne admittitur. §. XXVII. Valet transactio re modica ac-
cepta. §. XXVIII. Prohibite transactionis species. §. XXIX.
Nostra sententia proponitur. §. XXX. XXXI. XXXII.
XXXIII. XXXIV. XXXV. XXXVI. contra communem o-
pinionem & observantiam.

* (2) *

§. I.



Transfigendi vocabulum

ratione prælucente, & legibus præeuntibus facilis explicationis foret, omnique pene controversia careret, si Iureconsulti rem perspicuam obscura methodo, spinosoque tractandi modo involvere abstinuisent, & naturam rerum considerantes, subtilitates suas paulisper seposuissent.

§. II.

At posteaquam semel perversa consuetudo invaluit, ut nihil rectum putarent, nisi quod secundum Etymologiæ ac Homonymiæ apices probè disceptatum, vel secundum omnes Logicæ acutissimas leges ritè ventilatum esset, in partes diversas abiere plures, scribendo ac ita decertando, ut res, quæ nullis difficultatibus circumsepta, è Democriti puteo nunc videatur esse extrahenda.

§. III.

Hinc enim sudare videas magni nominis Viros, & quærere, an transfigere idem sit, ac *ab actione transigere*; aut an Metaphorica potius significatio attendenda, qua transigere pro *decidere* usurpetur: an generaliter & late capiendum vocabulum, quemadmodum Cicero *epist. 14. ad familiares n. 4. negotium quodvis ad finem quoquo modo perducere transigere dixit*, non sine Legum Romanarum fundamento, quæ in Titulis *ff. Locati l. 15. §. 4. & l. 229. de V. S.* eodem modo Ulpiano & Paulo Authoribus loquuntur.

§. IV. Qui-

* (3) *

§. IV.

Quibus argutiis nondum finis est, cum ad genus transactionis devolvuntur. Apparent hic aliæ & acriores disputationes. Pactum quidam, conventionem nonnulli, contractum innominatum aliqui, aliqui nominatum substituunt. Alii hæc omnia negant, ut quo Te veritas, quasve partes eligas, sine prævia deliberatione vix scias.

§. V.

Multa in his *Reinerus Bachovius* congeffit, qui ne *Treutlero* adfentiretur ac *Antonio Fabro*, quos oppugnandos sibi plerumque sumfit, inter ipsam transactionem & ejusdem modum distinxit, in hoc sibi felix visus, quod vocabulum decisionis invenerit, quo ipso quicquid controversiarum est, uno ictu convellere liceret.

§. VI.

Ita enim ille in *Protis hoc Tit. cap. 1. n. 1.* Revera transactio nihil aliud est, nisi ipsa decisio; sed modi transigendi sunt pactiones, & contractus; utcumq; communiter hæc confundant, & pariter cum *Fabro* & *Treutlero* hac in re offendant *Doctores*, de quorum opinione etiam attestatur *Antonius Dehrio ad l. 18. Cod. h. tit. n. 4. add. notæ ad Wesenb. h. t.*

§. VII.

Anxius primum hæsi, cui me tuto committerem, cum gladios utrinque districtos viderem, textus allegatos, rationes citatas; haud secus, quam cum *Philosophi* de genere *Logices* aciem instruunt, & de rebus non adeo magni momenti ad pugnam proruunt.

§. VIII.

Sed deprehendi tandem, me sine periculo generis loco vocabulum pacti retinere posse, nec reliquos etiam adeo culpandos esse, qui aut conventionis aut

decisionis nomen usurpant. Quod si secundum Juris Naturalis principia rem decisam vellemus, non multum credo laborandum esset. Ignorant hæc contractus omnes; nominatos, innominatos, bonæ fidei & stricti juris; defunt ibi acceptilationum & stipulationum solemnitates; aliaque subtilitatis Romanæ inventa, quæ ratio status plerumque invexit, & perpetua Patrum cum plebejis æmulatio.

§. IX.

Itaque jam majori cura ac consideratione opus est; ne impingamus, & Juris Civilis principia ignorasse putemur. Quod forte evitare facile licebit; si pacti vocem generaliter adeo, non sine legum adsensu, supponamus, ut æque late atque conventio pateat, cui vel stipulatio, vel acceptilatio eo sæpe sine adjugebatur, ut non tantum exceptio, sed etiam actio, quæ ex nuda pactione regulariter Romanis non dabatur, competeret.

§. X.

Neque nos tangunt, quæ communiter alias obijciuntur, quasi videlicet pactum de re dubia nunquam iniri possit, bene tamen de rebus aliis, quæ ad liquidum perductæ sunt, aut ultro patent. Nam valde dubito, an hæc tuto adferantur. Lex *f. Codicis de Pactis* alia omnia docet, in qua *liti renunciari posse* dicitur; *Lis autem* est res incerta seu dubia.

§. XI.

Unde transactio tale mihi pactum erit de re dubia pretio componenda, donec inconvenientia quædam demonstretur, aut quod liberum sit textu adversi è Jure Justiniano adferantur.

§. XII.

* (S) *

§. XII.

Non equidem in ea sum opinione, ac si Veteres
 Jureconsultos tam exacte omnia definitivisse arbitretur:
 Noti sunt eorum navi; nota infirmitas; *Accurate non
 semper agunt, & subtiliter inquit Bachovius ad Wesenbecium*
 n. 2. sed tamen si qui sint, qui nec nimium acuti esse
 volunt, aut quærere nodum in scirpo, aut auctoritates
 quasvis contemnere; ii *legem §. ult. h. t.* inspicere pos-
 sunt, ubi, *pacto transegit, iniquum est periri pacto*; item *L.*
15. Cod. hoc tit. Inse pacti exemplum & sola conventio. L. 17.
eodem: litem transactione decisam: de conventionione restituisse, pa-
cto stari; transactionis placito, exceptionem possi. l. 28. cod.
Transactio interposita est, convenisse te sine scriptura propo-
nis ex pacto &c. vid. Huberus Praelect. ad Pand. de transact.
 §. 2. De quibus tamen multis digladiari nollem; cum
 non nesciam nos posse; sed si moveri satis nequeas,
 Ciceronem adde, qui in *Oratione pro Roscio, transactionem*
Fannii & Roscii pactionem, & decisionem vocat Orator si-
mul & Jureconsultus. conf. Duaren. h. t.

§. XIII.

Ex quo apparet, me non sine ratione supra ad-
 struxisse, etiam decisionis vocem tolerari posse, nisi cum
Sirauchio differi. Theor. Pract. 26. apb. §. grammaticam mi-
 hi litem movere velis, qui *decessionem* dixit, quod nos *de-*
cisionem appellamus. Neque enim, ait, *definit litem pronun-*
ciando secundum alterutrum, alterius intentione reprobata,
quod est decidere, definire, vel condemnando vel absolvendo:
sed formaliter consistit transactio in abolitione litis, seu nuda,
vi sic dicam desistentia & abstinentia. Cui similis Schibteri
ad ff. l. iii. §. 1. nota est, qui decisionem non ad genus, sed ad
effectum transactionis pertinere arbitratur.

§. XIV.

* (6) *
§. XIV.

Fateor enim ingenue, Criticas aut Metaphysicas rationes vix deesse iis, qui talibus delectantur; nosque diu litigare posse de rebus nauci, aut Syllogismis decertare, qui nauseam adstantibus creabunt solidiora expectantibus, & magis utilia.

§. XV.

Unum restat, ut videamus, an *perverse neges Wissenbachius*, transactionem per contractum innominatum fieri posse; quæ *Domini Lynkeri* verba sunt, hanc opinionem nimium quantum tuentis. *vid. ejusd. Commentar. in Jus Civ. b. tit. §. 3.* Rationes *Wissenbachii* hæc sunt. In contractu innominato poenitentia locus est; in transactione non item. Datio autem, quæ subsequitur, pertinet ad consummationem & effectum transactionis. Quemadmodum in emptione, venditione rei traditio velut implementum contractus desideratur. In transactione quatenus pactum est nihil dum datur; sed conventio est de dando remittendæ actionis causa. Ex post facto eam pene in contractum innominatum degenerare, & *Wissenbachius* concedunt & *Huberus*, qui *Præceptorem* defendit. Ergo etiam actioni præscriptis verbis olim locus fuit, quæ in omnibus pactis ac transactionibus ab altera parte consummatis adhiberi poterat. Placet rem exprimere gravissimis *Huberi* verbis in *præl. ad ff. de pact. §. 2.* Recte *Aristo* apud *Ulpianum* l. 7. §. 2. h. 1. respondit, si causa facti vel traditionis subsit, esse obligationem, ut puta; dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias; hoc *ὁνομαστικῶς* id est contractum esse, & hinc nasci civilem obligationem. Secundum quæ *Imperatores* in lege *Cod. de pact. rescripserunt*, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci, tunc eo jure nos uti, cum pactum nudum est; alioqui cum pecunia

pecunia datur, (secus cum promittitur) & aliquid de reddenda ea convenit, utilem esse conditionem, neque enim pacto amplius, sed contractu innominato adversarium habent devinctum. l. 6. Cod. de Trans. Ex quibus intelligitur, omne pactum ab altera parte consummatum transire semper in obligationem innominatam, & actioni præscriptis verbis esse subjectam. Nec valde repugnabo laudato Lynkero, qui ex capite causæ non secutæ id, quod datum vel remissum est, condici poruisse adfirmat, dummodo in allegata à se lege 3. ff. de condict. caus. dat. observasset, sub hac conditione pecuniam fuisse datam, ut simul repromitteretur, aut caveretur de non eundo ad Judicem: quod cum factum non fuisset, conditionem, cadente transactione, concessit Ulpianus, Wissenbachio, & nobis nullo modo contrarius. add. Wissenb. ad ff. b. t. §. 4.

§. XVI.

Reliquis, qui contractum nominatum in transactione ex lege 7. Codicis de his que vimetusque causa & lege 17. Cod. de fide Instrumentorum sibi fingunt, cum eodem Wissenbachio dictum velim, transactionem propter quandam similitudinem, contractibus adjectam fuisse; non ut exæquaretur penitus, cum exæquationis fundamentum deficiat, & ut probè adnotavit doctissimus Huberus materia ad contrahendum habilis. Unde Wesenbeccius distractum potius voluit, quam contractum, magis sanus quam alii, qui clarissima verba crepant. Quod autem in legibus ita vocetur, mirandum non est, cum & precarium nominetur contractus, adnotante Bœckelmanno ad ff. b. t. §. 2. quod tamen ab illorum numero communiter excluditur.

§. XVII.

Sed satis de his disputatum est. Per me appelles
B trans-

transactionem, quomodocunque velis. Hæ tricæ maximam partem hodie inutiles sunt, posteaquam moribus nostris ex omni pacto actio competit; ita ut tanta sollicitudine non videatur opus, perlustrare Juris Romani abyssos, conciliare leges, distinguere, limitare, alterari, cum alterari non sit nostrum.

§. XVIII.

Ad rem ipsam accedendum est. Illa incerta esse debet, dubia; & ut à pacto specialiter & striete dicto rite discernatur, de pretio simul dando, vel retinendo aliquo conveniendum. Quæ conjunctim sumta transactionis formam videntur constituere. Jam si, per ambages ire placeret, ostendendum primo foret, quid Logice dubium, quid moraliter, quid Juridice. Explicandæ essent diversæ certitudinis species; ut contraria juxta se posita magis elucescerent. Separandum incognitum; refutandi Sceptici, ut excrescerent paginae, & tractatus primi speciminis loco conscriberetur.

§. XIX.

Sed salva res est. Dubium ac incertum vocant Jureconfulti, de quo vel lis movetur, vel probabiliter meruitur, vel aliqua saltem controversiæ futuræ suspicio adest; vel alia quædam causa, quæ amicabilem compositionem suadeat. Est enim transactionis finis, evitare litis molestias, & finire potius, quam inter spem metumque Rabulis se submittere, & si perdendum quidpiam, celeriter potius interire, quam inter perpe-tuos formularum ætus torrefieri. Pertinet huc egregius Grotii locus, qui in ejus adnotationibus ad Matth. cap. 5. §. 40. invenitur: *Si spectentur, inquit, quæ plerumque litibus solent accedere, animus exculceratus, vafra artes, sine sine ampli-*



* (9) *

ampliatio, impendia, avocatio à negotiis melioribus, odia denique, non dubium est, quin vir bonus & prudens multo, si posset libentius sit iurus ad Arbitrum, aut etiam quavis tolerabili pactione tot molestias redempturus. Non improbat Prætor, ait Ulpianus l. 4. §. 1. ff. de alien. Judic. mut. caus. fact. factum ejus, qui tanti habuit re carere, ne propter eam sepius litigaret. Hec enim verecunda cogitatio ejus, qui lites exsecratur, non est vituperanda. Et paulo post: Cicero de officiis II. laudat à litibus quantum licet, aut etiam paulo plus quam licet abhorrentem. Addo ego l. fin. ff. famil. erciscund. ubi Papinianus extollit fratres, quod lite renuntiata ultroneam transactionem inierunt.

§. XX.

Non itaque probanda est in aliquibus Judiciis consuetudo, secundum quam rarissime, imo nunquam amicable composio suscipitur, nisi eam urgeat ipse reus. Ad Judicis officium id pertinet; etiam si pars nulla inclinatione aut propensione quadam ad concordiam feratur. Pie ac recte Jodocus Dambouder in Praxi Civili c. 19. n. 4. Hoc omnibus inquit Judicibus ex Christiana charitate velim esse familiare, ut quoties coram ipsis ullus Processus intendatur, partes per se, aut per alios concordandas curent, si possint, priusquam ad odiosas & voracissimas lites descendant. Id enim facientes non tantum pii Judicis, sed etiam veri ac sinceri hominis Christiani officium referunt, apostolicam Doctrinam sequuntur, & ad Christi servatoris nostri ac Pacifici exemplum se componunt, idque imitatione exprimere curant.

§. XXI.

Est enim hic vanum & inane Uldarici Zafsi ad leg. 26. ff. de re judicata effugium, qui non decere, sibi persuadeat, Judicem partes ad Concordiam disponere, postquam merita causæ didicit; & absurdior multo Ventur.

de Valent. in Parthenio litigioso lib. 2. cap. 4. n. 9. adsertio, qui graviter eum peccare statuit, qui postquam ex actis intellexerit, quæ pars litigantium justam obtineat causam, illi persuadere velit, ut transactionem ineat. Quid enim? An falli nescii sunt Judices? an ab omni errore immunes? an cum publicata jam sententia est, lis statim finita? an cessant remedia suspensiva? an metus litis continuandæ remotus omnis? Miseret me horum hominum, qui dum subiles esse volunt, & justitiæ famam adfectant, ad extremum dilabuntur, aut pertinaces sine ratione, aut torte avari.

§. XXII.

Forma igitur, & sine transactionis, qui litium evitatio est, detectis, permultæ conclusiones, de quibus alias Doctores nimium decertant, ultro patebunt. Nam si in certa ac dubia res in transactione supponitur, non nisi Domitius quæret, an de re certa, & ubi nulla lis versatur, liceat transigere, aut an si facta proponatur, ipso Jure nulla & invalida sit. Non opus est ad hoc probandum præjudiciis, decisionibus, vel Jure Consultorum Responsis: licet è *Brunnemanni* Commentario ad digesta adferat aliquod *Schilterus* exemplum. Res ipsa clara est, nullam esse transactionem, ubi forma & finis transactionis deficit. Sed annon valere queat, ut aliud quoddam pactum, diversa quæstio est. Mihi sic videtur. Aut partes solennem celebrare transactionem intendant, aut non. Sin prius præter consensum utriusque partis in idem placitum, ad huc res incerta ob litem sive præsentem, sive instantem, seu alias dubia desideratur. Et ita respondisse *J.C. Kilonienses a. 1668. d. 21. Jan. & Francosurrienses a. 1669. d. 24. sbris Viri illustres Strykii & Schilterus* testantur. Hic exerc. ad ff. IX. §. IV. Ille de Cau-

* (11) *

de *Cautelis Conti. sect. 3. cap. 7. §. 2.* Sinvero posterius, va-
lebit sane conventio, ut aliud quoddam pactum, eti-
amsi jus certum ac indubitatum remittatur. Pacisci-
mur enim de re certa quoque, & transigimus de re du-
bia, pretio dato. Quæ duo conjungenda omnino sunt,
ne nobis etiam pacta de re dubia fieri, uti supra ostensum,
aut interdum pretium intervenire pactis posse objici-
ant. Nunquam enim in pacto rei incertitudo, & preti-
um erit simul; quæ genuina transactionis & pacti diffe-
rentia est, ad quam meum semper reflectere Lectorem
velim.

§. XXIII.

Quamobrem valde arrident, quæ laudatus Domi-
nus Ordinarius noster in dubio Cautelæ loco addenda
centet, ne dum finire lites volumus, novas seramus.
Solte auch dero jeso getroffene Vergleich in allen Pun-
cten als eine Transactio de Jure nicht bestehen können/soll
er doch gelten/ als ein pactum simplex, oder liberalis Re-
missio, und translatio Juris sui, oder wie er sonst zu recht
am kräftigsten bestehen kan. vide *Caut. Contr. sect. 3. cap.
7. §. 3.*

§. XXIV.

Quo ipso variæ disceptationes ac cavillationes uno
ictu præcinduntur; neque dubium est, etiam de re,
quæ in vim judicati transit, ita pacisci fas esse, nosque
quamplurimis limitationibus tuto carere, quas alii, non
consideratis his circumstantiis, excogitare habuere ne-
cessum.

§. XXV.

Sic plane inutile additamentum est, quod *Gutierrez Tract. de Jurament. Confirm. part. 3. cap. 4.* tam sancte
commendat, ut nempe transactioni super re certa, vel
judicata addatur *Juramentum*, in hoc falsus, quod no-
vam

* (12) *

vam ex iurejurando oriri obligationem Pontificiorum
more sibi persuaserit.

§. XXVI.

Eodem referenda *Huberi ad h. tit. §. 2. Observatio*; quamlibet præstationem non esse habendam pro pretio; sed hoc ejusmodi esse oportere, ut pretio, sive præstatione reali, non remittendi animo a lite desistatur. Vera enim hæc sunt, si solennis & omni numero absoluta transactio esse debeat: frustranea vero ac falsa, si ad quodvis pactum extendantur, quod tamen nec ipsum centuisse *Huberum* ex subiecto præjudicio constat.

§. XXVII.

Aliter vero judicandum est, cum quæritur, an rem minima seu modica accepta valeat transactio; aut an illa potius ob immoderatam læsionem rescindenda veniat. Nam positis semel principiis nostris, probabilior sane Negantium opinio videtur, qui ad transactionem nihil aliud requiri arbitrantur, quam rem dubiam, & pretium, quod hic etiam cum modicum datur, adest. Rem autem modicam & nullam æquiparari penitus, vix persuadebit *Gilkenius ad leg. 8. Cod. de Transact.* Habemus *D. Marci* orationem, quam *Leg. 8. ff. h. tit. Ulpianus* adducit, in qua modico accepto transactionem de alimentis invalidam pronunciare veretur, dummodo auctore Prætoris facta esset. Quod sane fieri non potuisset, si modicum & nullum in eadem semper classe rependum foret. Transactionum favor in finiendis litibus magnus est. Satis ille censetur lucrari, qui aliquo saltem accepto a lite discedit, cujus molestiæ viris honestis intolerabiles accidunt. *Conf. Anton. Faber de Erroribus Pragmat. dec. 8. Error. 10. & Schiffordegg. lib. 2. tract. 25. de Transact. quest. 1. Hottomannus Conf. 4. &c.*

§. XXVIII.

* (12) *
§. XXVIII.

Quibus observatis facilius quæstionum illarum excussio erit, quæ de prohibitis transactionibus agunt. Sunt enim res quædam apud Romanos exceptæ, veluti alimenta futura, Crimina non capitalia, adulterium, delicta privata futura &c. de quibus nulla valida transactio creditur, ob peculiare rationes, quæ in plerisque systematibus prolixè, sed interdum etiam confuse recensentur.

§. XXIX.

Nos iis controversiis hoc tempore non immorabimur: ne rerum mole obruti volumine scribere cogamur; cum brevem dissertationem moliamur: In hoc potius substituturi, an transigi possit de relictis in testamento, tabulis nondum inspectis.

§. XXX.

Decertandum hic nobis erit cum communi Doctorum schola, quæ negativam & legibus satagit defendere, & rationibus, pugnandumque cum illis, qui Carpzovio suo contenti, & Gailio, ad Responsa, Consilia, Definitiones, ac Decisiones suas provocant, & quicquid in contrarium dicitur, aut movetur, cum contemptu rejiciunt.

§. XXXI.

Quod dum profiteor, temperare mihi non potero, quin falsas illorum ratiocinationes detegam, quas ad inficetum emblemata Triboniani defendendum excogitarunt, & simul complurium Doctorum testimoniis stabilire satagere.

§. XXXII.

Satius enim credo ac consultius, in ipsas leges inquirere, ad quas proclamant, & earum rimari sensum, quam

* (14) *

quam sequi cæcos, quo pes fert, aut ampliacionibus
Causidicorum confidere, qui Pragmaticorum suorum
dumetis inerrantes satis habent, si absouam quandam
quæstionem, vel ampliacionem deprehendant, aut pro-
lixum ex Hispania & Italia nomen uentur.

§. XXXIII.

Bartolum, Baldum, Odofredum, Fasciam propter mille
annos veneramus; sed rationes eorum examinamus.
Judicia, in quibus ad leges simul, & naturalem æquita-
tem respectus habetur, ea qua par est obseruantia, coli-
mus; Ea uero ubi

Pistor qui fuerat diu.

Nunc causas agit, & ducenta querit.

non admodum moramur, nec Astrææ uel sapientiæ in-
juriam fieri credimus, si à fabulis eorum, quas uendunt,
permissa omnibus libertate, recedamus.

§. XXXIV.

Habemus jam Viros Magnos & acres, quibus mi-
sera & e communi bus opinionibus confuta Jurispruden-
tia incipit displicere; quibusue non poterit non no-
strum probari institutum, quo capitalem in transactio-
nis materia errorem in apicium producere allaborabi-
mus.

§. XXXV.

Nam leges, quas producunt aduersæ sententiæ Pa-
troni, non probabunt, quod intendunt. Confirmabunt
eandem nostras adsertiones potius, & ubi res dubia, ubi
pretium simul conuentum ualida transactionis placita
deklarabant iis, quibus ueritas pro Authoritate, non au-
thoritas pro ueritate sufficit.

§. XXXVI.

Quod ut ordine fiat, singula ab iis prolata perlu-
strabi-

❁ (15) ❁

frabimus, examinaturi caularum momenta ac pondera, quibus confidunt, ne se frustra refutari, aut lacerari intempestiue conquerantur.

CAPUT II.
CONSPECTUS.

§. I. *Communis opinionis fundamentum. l. 6. ff. de transact. §. II. III. qua nituntur veteres & recent. §. IV. Accursus notatus a Bachovio & Vinnio. §. V. l. 6. ad Codicillos extensa, ad Test. Nuncup. §. VI. Nec Judici concessum, ut sine tabularum inspectione judicaret. §. VII. Huic renunciare nefas. §. II. X. etiam interveniente Juramento. §. IX. Aliud in instrumentis aliis. §. X. Ratio I. ex favore ultimarum voluntatum desumpta. §. XI. Quae omnibus gentibus curae. §. XII. Et Juris Naturae dicuntur. §. XIII. Ratio II. exitum Testamentorum praetexit. §. XIV. Ratio III. ipsam naturam transactionis. §. XV. In qua dubium esse debet non incognitum. §. XVI. XVII. Rat. IV. a Legislatoria Triboniani potestate accersitur, & duplici legum sensu. §. XIII. quod e Graecis confirmatur. §. XIX. & ipsius Justiniani constit. §. XX. Rat. V. Communi Doctorum consensui vim legis tribuit. §. XXI. & interpretativam consuetudinem stabilit. §. XXII. limitationes Doctorum. §. XXIII. Schilteri. §. XXIV. Ruini, Lynckeri. §. XXV. Harimanni Pistoris. §. XXVI. Antonii Fabri. §. XXVII. An gratuita Remissio licita non inspectis Tabulis. §. XXVIII. An Fidei commissio renunciare concessum. §. XXIX. XXX. XXXI. XXXII. Caute lae duae adjectae.*

§. I.

Communis, quam adorimur opinio multis munimentis ac operibus circumvallata est, ne facilis sit accessus oppugnandi eam, aut perimendi. Unde Leges primum in aciem producuntur, ac textus, qui in causa maxime fuere, cur tantas radices egerit sententia, nulla alias ratione suffulta. Sic enim *Cajus l. 6. ff. de*

C

6. ff. de Transact. De his controversiis, quæ ex Testamento proficiuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis Testamenti. Cui lex i. D. Testam. quem adm. aper. statim subjicitur, cuius lacinia id quod in priori accisum magis est, apertius declarare & majori lumine videntur illustrare.

§. II.

Hiscæ nec scrupulum, nec difficultatem ullam obijci posse, Bartolus alique credidere, qui eum ad nostra usque tempora secuti sunt, & hanc velut illustrem in Transactionis materia exceptionem Commentariis, Systematibus ac compendiis suis inscripserunt.

§. III.

Ad ampliationes ergo atque extensiones prolapsi, quæ consueta Doctorum methodus est, id egerunt, ut plures conclusiones e clarissimis verbis elicerent, & in praxi, quo omnis collimare Theoria debet, sua auctoritate stabilirent.

§. IV.

Male erat *Accursio*, qui nescio, quo fato post inspecta verba Testamenti rem non amplius dubiam, & Transactioni aptam esse dixit: inanis propterea a *Bachovio in notis hoc tit. cap. 2. §. 5.* appellatus, jejunus a *Vinnio, quæst. jurid. cap. 7. p. m. 40.* qui multa adhuc dubia etiam post tabularum exactissimam considerationem obvenire posse, extra omnem disceptationis aleam posuere.

§. V.

In hoc plerique conveniebant, Leges adductas etiam

iam ad Codicillos pertinere, quia ut floridissime rem exprimit *Glossa*, codicilli se habent ad Testamentum, sicut scapha ad navim. add. *l. fin. Cod. test. quem. aperiātur*. De Testamento Nuncupativo, quia verbis ore prolatis absolvitur, nihil duxere monendum. Postea vero, cum viderent ejusmodi testamentum probationis gratia in scriptis saepe redigi, tam necessariam inspectionem voluere, ac est in iis, quæ primum scribuntur. Sin nudis verbis & voce tantum nuncupatum foret, hanc constitutionem *κατὰ τὸ πρῶτον* excludere; at testium, qui viderant & audiverant defunctum, examen ac depositionem omni jure esse præmittendam demonstrarunt, siquidem valida transactionis placita esse debeant, nec impugnationi locus concedendus. vid. *Bachov. ad Treutler. hoc tit. Vol. 1. th. IV. lit. E.*

§. VI.

Quod ipsum tam rigide observarunt, ut nec ipsi Judici facultatem aliter pronuntiandi concesserint; fatuumque appellaverint, qui non inspecto testamento, a quo tota vis causæ, & intentionis dependet ad ferendam sententiam properaret. Hinc novum *Accursius* periculum incurrit, & cum eo *Baldus*, qui Judicis libertatem relaxantes, tam arctis ejus autoritatem vinculis colligatam noluere, depexi propterea a *Jasone in cit. l. 6. col. 2.* qui mirari se istum errorem dixit, cum aperitissima verba legis *l. test. quem. aper.* obsistant, ubi nec apud Judicem aliter exquiri veritatem posse, expressissime inveniatur. conf. *idem Bach. l. cit.*

§. VII.

Nec mitiora fata idem *Accursius* habuit, postquam inspectioni huic renunciare partes posse putavit. Suscepere communem causam *Jason, Castrensis & Bartolus,*

multisque rationibus ostenderunt, huic prohibitioni renuntiare nefas esse, nec concedendum, ut legibus repudium mittatur, quæ publicæ utilitatis gratia latae sunt, nec merum favorem, sed odium eorum continent, qui occultatis tabulis cum aliorum detrimento non nihil lucri aucupantur.

§. IIX.

Treutlerus vero & cum eo per bonam consequentiam Guttierrez, Bachovio pœnas dederunt, qui iuramento interveniente renuntiationem validam pronunciarunt, & talem conventionem contra bonos mores civiles tantum esse pronunciarunt. *Quod insubtiliter, inquit Bachov. l. cit. & incongrue dicitur. Voluit aut debuit dicere, valere iuramentum, quia renuntiatione, cui accessit iuramentum, sit contra bonos mores Iuris Civilis. Videtur autem existimare Treutlerus, quod iuramentum hoc etiam Iure Civili sit obligatorium: quod secus videtur, tum per textum generalem in leg. 5. Cod. de Legibus; tum quia sicut Iure Canonico non valet iuramentum contra bonos mores Iuris Canonici, ita nec Iure Civili valere debet contra bonos mores illius Iuris.*

§. IX.

De instrumentis inter vivos factis nulla controversia est. Transigas hic licet iis inspectis, aut non inspectis; Nostra prohibitio ad Testamenta tantum pertinere, statuitur, quorum insignis in Iure Romano favor est, ne occultentur aut supprimantur.

§. X.

Horum enim curam majorem leges habent, ait *Clarissimus Lynkerus in Commentar. h. t. §. XI.* Qui autem Testamenta vel plane abolent, vel consulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiunt. Quo pacto illectantur legatarii aut fidei Commissarii ad transigendum, & mo;

& modicum forte præfens pro relicto alicujus momenti, quod ignorant accipiendum, per legem 8. ff. de Transactionibus. *Vinnius quest. sel. l. 1. cap. 8. p. 38.*

§. XI.

Quod non tantum ex speciali, & Romanis propria ratione descendere arbitratur *Schilterus exerc. ad ff. IX. §. 9.* sed ex natura ultimarum voluntatum generatim, quarum causa favorabilis videtur omnibus gentibus, quibus pietas erga defunctos cordi; inter quas etiam Germani haud postremi, de quibus *Tacitus cap. 17. Lamenta ac lacrimas cito, dolorem & tristitiam tarde ponunt. Faeminis lugere honestum est; viris meminisse.*

§. XII.

Unde Juris naturæ esse dicitur, ut testamentis & ultimis voluntatibus hominum autoritas sua constet, iisque fides habeatur, sed quot testes a testatore adhibendi sint, ut testamento credi tuto possit, constitutioni humanæ relictum est: *Horn. Phil. Moral. 4. c. 3.*

§. XIII.

Ex quo aperte altera, quam *Vinnius* urget *quest. Jur. l. cit.* ratio fluit, publice expedire, ut suprema hominum judicia exitum habeant, nec per transactiones hujusmodi facile circumveniantur. Quæ ratio ut in epra aliquibus visa sit, fundata tamen, secundum ejus opinionem, in D. Marci Oratione est, qua in senatu recitata effecit, ut ne super alimentis testamento transigi possit sine Præatore. *d. l. 8. pr. ff. de transact.*

§. XIV.

Quibus omnibus demum ipsa natura transactionum accedit, ad quam *Bachovius* & *Schilterus* respiciendum maxime censuere; quæ in eo potissimum sita est, ut res sit dubia & controuersa. Ante inspectionem

& aperturam tabularum res nondum dubia neque certa dici potest, sed neutro jure habetur. Vnde Cajus simpliciter ait; *Non potest transigi.* Quæ formula iis rebus adaptari solet, quæ ex natura rei sic sunt comparatæ, *l. fin. de Reg. l.* quemadmodum servus Reipublicæ causa abesse *non potest*, quum natura servitutis in priuatione libertatis Quiritium consistat & mortalitati fere comparetur *l. 209. eodem.* Fœminæ iudices esse *non possunt*, nec postulare *l. 2. eod.* per naturam sexus sui. Id quod nostrum est sine facto nostro, ad alium transferri *non potest l. 11. eod.* hoc est: nulla quacunque tandem ratione.

§. XV.

Dubium itaque est, sic pergit *Schilterus*, non quod nescitur in totum, sed cujus veritas & certitudo legitime inquisita exquiri, ob rationes sibi invicem contrarias non potuit. Qui vero omnem plane inquisitionem supine negligit, ille rem quidem nescit & ignorat, pro dubia habere non potest, quia rationes contrarias non expendit, nec pro certa, quia tabulas nondum inspexit. Atqui ratio formalis dubietatis consistit in cognitione, & comparatione argumentorum ex utraque parte æqualium, quæ ad sensum nostrum suspendant. Nam inepte dubitat, qui medio, quo veritas inquiri debet ac potest, uti detrectat.

§. XVI.

Quæ rationes si sufficere nequeant iis, qui contrariantur; ad legislatoriam Triboniani auctoritatem confugiendum esse idem suadet *Schilterus*. Hac eum semper adeo tutum esse, ut non tam amplius quærat, quid Gajus aut Paulus senserint, sed quæ mens Imperatoris sit, qui sententias jure consultorum suas sibi fecit, & leges esse iussit.

§, XVII.

In quem finem nonnulla quoque de duplici legum sensu adspersit, generali & speciali; quorum alterum Jureconsultus, alterum Imperator intendit. In foro autem non illum respici, sed hunc potissimum. Hinc esse, quod basilica, licet horum ævo commentarii jure consultorum integri adhuc extarent, tamen verba & sensum operis Justiniani *κατὰ πόδα* sequantur.

§. XVIII.

Nec dubito, quin ei hic rursus addendus sit *Vinnius quaest. Juris l. cit.* qui in nostra controversia ad Græcos provocat, Caji sententiam rectissime sic reddentes: *περὶ τῶν ἐν διαθήκῃ Φίλωνειαν ἔχόντων ἕτε διαλύεσθαι δύνατον. ἕτε ἂν ἀληθῆς ζητεῖσθαι, μὴ περιοριζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων.*

§. XIX.

Cui addi posset commune alias jureconsultorum nostrorum adfertum, abolitos esse veterum Jureconsultorum libros & falsi accusandos censuisse Justinianum eos, *L. 1. Cod. de Vet. Jure enucl.* qui inde circa legum emendationem, vel causarum decisionem præsidium caperent. Solis ergo legibus potius Imperatoris standum esse; illosque demum boni interpretis munere fungi, qui ex præscripto Justiniani, subtili animo quoad leges in speciem pugnantes diversitatis rationem excutiant, & ex earum visceribus dissonantiæ querelam dissolvunt.

§. XX.

Quæ magis adhuc speciosa evadunt, si, quod alii audacter affirmant, dicatur, gaudere adhuc hodie Jureconsultos interpretandi potestate, communemque eorum

rum consensum, vim legis, aut juris non scripti etiam-
num obtinere.

§. XXI.

Hæc enim est illa decantata observantia, illa interpretativa consuetudo, quam alii ex septenario Doctorum numero æstimant, alii aliter, & aliunde. Vid. *Schilt. Exerc. ad h. l. §. 4.*

§. XXII.

Quibus in speciem præmissis, nihil reliquum existimarunt communis sententiæ parata, quam ut limitationes suas adderent, ne quid inconcinni ipsis obijci possit, aut cum analogia juris directe pugnans. Addunt ergo hæc omnia obtinere tum demum, si modo tabulæ possint inspici: his extinctis recte transigi: Quæ enim inspectio, si casus aboluit tabulas, & scripturam intervertit? *Hoc casu, ita philosophatur sæpius citatus Schilterus, jam incipit res adeo esse incerta, ut exquisitis omnibus certa fieri vix possit, nisi transactione aut arbitrio judicis, qui v.g. legati quantitatem secundum patrimonii estimationem, & personæ petentis qualitatem definire potest.*

§. XXIII.

Sic Mevius *Part. 7. decis. 9.* ex testamento utut invalido, deberi putat legata ab eo, qui super isto transegit, ut valeret. Nam etsi testamentum impugnandi ratio non injusta videatur, tamen facultas excluditur, post transactionem super eo, per quam approbatur. In uno voluntatem defuncti agnoscens, in cæteris observare opus habet, etsi super iis non transegerit: Multo itaque magis si transegerit.

§. XXIV.

Neque in eo tam rigidi sunt, ac severi omnes, ut præcise omnium in testamento accuratam ex scripturis sci-

ris scientiam urgeant; sufficit iis aliunde hausta cognitio eorum quæ in testamento scripta sunt. *Lyncker. de Transact. §. 12. & ut Ruinus Vol. 2. cons. 14. n. 14. loquitur, si intellectus oculo conspexerint verba.*

§. XXV.

Hartmannus Pistoris vero *Observ. 132. n. 42.* tam facilis est ut hæredem ab intestato audiendum non esse statuat, qui cum hærede scripto transegit, si postea se legatorum exsolutioni in suum commodum vellet subducere, & allegare temere se tabulas non inspexisse. *Non enim in odium & destructionem Testamentorum l. 6. de Transactionibus posse torqueri, quæ in favorem testamentorum introducta est, ut ideo minus de Testamento cogitatum esse videatur.*

§. XXVI.

Nec favorabilius responsum ferunt, qui se aliter transacturos fuisse prætexunt, si totum testamentum vidissent. His *lex 12. ff. de Transact.* opponitur: *Non est ferendus qui generaliter in his, quæ testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit.* vid. *Schifferdegger l. c. quest. 8.*

§. XXVII.

Sed an, qui gratuito id, quod ex testamento debetur remittunt, non inspectis tabulis, aliquam movere querelam ex *l. 6. de Transactionibus* possint, Authorum diversa judicia sunt. *Siruvius, Vinnius, Lynckerus* negant; *Busius* dissentit, *Brunnemannus* dubitat. Illi existimant unicuique beneficium, quod ab alio in se collatum invito quoque eo, qui id dedit repudiare integrum esse; Hi autem in hoc se fundari credunt, quod renunciare legi 6, uti supra audivimus nefas sit; ad quod
D
tamen

(24)
tamen responsio vix deest dissentientibus; qui dictam legem 6. ad transactiones solum spectare prætendunt non ad pacta, seu gratuitas remissiones, quarum alia plane conditio sit, ac longe distincta ratio.

§. XXIX.

Unde quoque communis doctorum sententia enata, fideicommissio a Fideicommissariis contra expressam Testatoris dispositionem renunciari posse, si in simplicis remissionis terminis subsistatur. Vid. *Petr. Mulleri addit. ad Struv. h. tit. exerc. 6. §. 7. lit. E.*

§. XXIX.

Ex quo satis patere arbitror, quam sollicita eorum cura fuerit, qui communem illam de rebus testamentariis non inspectis Tabulis prohibitionem sategerunt defendere, ac stabilire. Vidimus leges, percepimus rationes, cognovimus extensiones, dicimus limitationes; neque nos credo pœnitebit, si & cautelas vulgatas adjiciamus, quas partibus nunquam non observandas magni nominis viri putavere.

§. XXX.

Prima hæc est; ut in ipso instrumento transactionis visi testamenti mentio fiat, daß nach dem das Testament gesehen und gelesen/ auch was ihme darinn vermachet genugsam überleget/ sie sich folgender Gestalt verglichen.

§. XXXI.

Secunda propterea excogitata est, quia corporalis inspectio, uti dictum, non semper creditur necessaria; consultum itaque ut in transactione contenta testamenti exprimantur, quo exinde, quod ea non ignoraverit transigens, constat e. g. Nachdem mir glaubhafte von denjenigen Personen/so das Testament selbst gelesen/ berichtet/ daß der Testator mit darinnen sein Wohn-Haus
ver-

vermachtet/ mir aber dasselbe anzunehmen wegen un-
terschiedenen Ursachen bedenklich fället/ so habe ich mich
mit Mevio dahin verglichen.

§. XXXII.

Mereretur materia ut Facultatis Francofurtanae
responsum subjicerem, nisi in eruditissimo de cautelis
Contractuum Tractatu *sect. 3. cap. 7. §. 7.* Illuffris Stry-
kius id tibi exhibuisset, nec mihi ad dissentientium mo-
menta ac rationes properandum foret: & quid mihi vi-
deatur dicendum.

CAPUT III.

CONSPECTUS.

§. I. & II. *Emylius Ferretus, Jacobus Cujacius &c.* commu-
nem opinionem oppugnant. §. III. *Triboniani imperitia*
ac precipitantia. §. IV. *Commentarii antiquorum sup-*
pressi. §. V. *accisi; Triboniani labor commendatus.* §. VI.
VII. *quem Glossatores venerati.* §. IIX. *Donec ex Gallia*
& Hispania nova subsidia. §. IX. *Antonii Augustini,*
Cujacii, Labitti opera laudabilis. §. X. *L. 6. de Transact.*
ad alium titulum pertinet. §. XI. *Ostenditur ex l. 1. Test.*
quemad. aper. §. XII. XIII. XIV. *Cujacii opinio pluribus*
improbatur. §. XV. XVI. XVII. *Labitti, Pancirolli, An-*
tonii Fabri interpretatio commendatur. §. XIX. *Gerhar-*
dus Nood laudatur. §. XIX. XX. XXI. *Cujus sententiae ex*
naturali equitate subsidium est. §. XXII. *quam nulla lex*
impedit. §. XXIII. *Sed confirmat l. 19. Cod. de Transact.*
§. XXIV. *Lex 3. de Transact. explicatur.* §. XXV. XXVI. &c.
Glossatores communis opinionis causa.

§. I.

ET si ergo ii, qui Tribonianum nihil superflue, ac
oscitanter, nihil imprudenter aut incuriose in pan-
dectis posuisse credunt, transactionem nullam
esse

esse defenderint, quibus tabularum inspectio præmissa non fuit, alii tamen inter quos Æmylius Ferrerus, Jacobus Cujacius, Ægydius Hortensius, Franciscus Balduinus, Antonius Faber &c. non magnifice adeo de ipsius ausibus sentiunt; sed hic etiam non levem eisdem errorem deprehendunt.

§. II.

Non enim uti communiter fieri solet, ex discerptis & male laceratis textibus, aut quibusvis legum apparentis aliquid concludere, sed ex integris potius, ubi fieri potest, veterum J. Consultorum commentationibus, firmi quidpiam deducere voluerunt; non ignari, alium & meliorem sæpe sensum hac ratione inveniri posse, nec tam facile in rectæ rationis, & Juris Romani regulas ac tenorem impingi.

§. III.

Fuit sane ut alii jam adnotarunt infinita ferme legum in statu Regio, populari, Imperatorio latarum moles: fuit ingens librorum a JConsultis scriptorum multitudo, cui postquam Julius Cæsar remedium adhibere frustra cogitasset, Triboniani ac sociorum manus imperita sanitatem dare non potuit, accedente immani præcipitantia, qua in duobus milibus Voluminum confusam Jurisprudentiam brevissimo triennii spatio extricandam sibi proposuere.

§. IV.

Unde aliter fieri vix potuit, quam ut leges, edita, scripta supprimerentur, abolitisque integris Commentariis cento scriberetur, qui non melius dicente *Hottomanno in Anti Triboniano Cap. 12. coherere cernitur, quam si quis loco Homeri & Virgilii Eustathii & Servii Commentario offerret.*

§. V.

Quod suum factum speciosius palliare non valere, quam veterum optima scripta ambitiose mordendo, ne desiderium subiret videndi ea, quæ interpolatione, arrosione, circumcissione semel facta, indignissima apparuere; Suis interim commentis ad cælum exaltatis, suoque labore immenso multis verborum phaleris cupidæ legum Juventuti ad nauseam commendato.

§. VI.

Quæ astutia eum habuit successum, ut primis temporibus, cum incita ac barbaries adhuc regnaret, & historiarum, linguarum, ac philosophiæ studia in tenebris contabescerent, nemo fuerit, qui miseram & perditam Juris æquique formam agnosceret; & armorum æreorum Glauci in felicem permutationem cum aureis Diomedis armis prehenderet.

§. VII.

Ex quo demum nova perniciēs; novique mali species emerit. Antiqui enim Glossatores, quibus iudicium sæpe cum sentiendi libertate, & aliis necessariis ad hoc opus subsidiis defuit, desperatum quidem in his interruptis sermonibus interpretandis laborem adhibuerunt: sed aliud saltem informe & male cohærens vās effinxere, ex diverforum generum asseribus & costis, quæ ex ingenti doliorum cuparumque numero, ac dissolutione naufragium effugere.

§. IIX.

Qui profecto errorum in praxi adhuc hodie observantium verus ac genuinus fons est. Nam ex Italia, ubi feracissima de Jure Respondentium seges fuit, ad alios quoque perlatae Jurisprudentiæ Civilis tabulæ sunt; & cum iis glossæ, explicationes, extensiones,

ampliationes, limitationes, cautelaë Doctorum, quibus ita acquieverunt reliqui, ut baliarent & exoscularentur dicta, quod peregrina essent ac nova: donec efflorescentibus undique litteris, Goveani exsurgerent, Antonii Augustini, Baldini, Duareni, Cujacii, Hottomanni, quibus melior mens, major rerum Romanarum cognitio, amplior libertas spissam ex oculis caliginem absterfit.

§. IX.

Itaque labascere Triboniani autoritas cœpit, applicatumque ulceri remedium, quod potuit, ut quantum ex antiquorum Romanorum scriptis reliquum esset, ad interpretationem legum sæpe obscurissimarum adhiberetur. Conquirebat *Antonius Augustinus* Modestini librum de excusationibus; *Cujacius* Africanum edebat, Papinianum integrum, Pauli ad Edictum libros, Quæstiones, Responsa &c. Juliani digesta & libros ex Minicio Natali; item ad Urfei Ferocis librum de ambiguitatibus, ad Responsa Scævolaë, Ulpiani, Marcelli, Neratii, Modestini Responsa. &c. Balduinus Scævolaam producebat; *Jacobus Lectius* Macrum & Modestinum; *Jacobus Labirtus* vero indicem legum omnium confecit, in quo singula ad Iureconsultorum libros, referuntur; Qui labor in ἀποσπασματίοις Pandectarum oppido utilis est, quorum dispersio, & nimia brevitatis sæpe facit, ut nec facile assequi possimus, qua intentione vel in qua materia prolata sint, nisi ea, quæ ab eorum Authoribus eodem loco dicta sunt conferas, ex iisque connexis iudicium formes.

§. X.

Per hæc subsidia multæ Glossatorum hallucinationes relectæ patuerunt; per illa lex etiam 6. de transactio

actionibus, aliam longe faciem induit, quam Bartolus existimavit, & cum eo multi alii, qui his instrumentis uti vel noluere vel non potuere. Nam hoc caput uti præclare animadvertere Cujacius & Labittus a suo avulsam titulo in locum plane alienum imperite transmissit Tribonianus. Utrique si ejus inscriptio capitis expendetur, quæ inscriptio habet, *Gajus lib. XVII. ad Edictum provinciale*, apparet, id pertinere non ad edictum de pactis ac transactionibus, sed ad Edictum de tabulis aperiendis.

§. XI.

Quod clarissime arguit *l. 1. in pr. §. 1. D. Testamenta quemadmodum aperiuntur*, quæ est ex eodem Caji libro XVII. ad Edictum Provinciale, quam Tribonianus quoad ultima verba discerptam repetiit in sæpe allegata L. 6. de Transact. Intererit id demonstrasse. Sensus Edicti talis est: Omnibus quicumque desiderant tabulas Testamenti inspicere, vel etiam describere, despiciendi describentque potestatem facturum se Prætor pollicetur. Hic Edicti tenor. Commendatio autem, quæ non Prætoris est sed Caji ejusmodi est: Ratio autem hujus Edicti manifesta est. Neque enim sine Judice transigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controversiis, quæ ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis Testamenti.

§. XII.

§. XII.

Sic verissime Cajus. In hoc saltem diversus est Cujacius in *l. 1. §. 6. h. tit.* ab aliis, quod *L. 1. testamenta quemadmodum aperiantur*, ad transactionem Judicialem referat, quasi male acceperit Tribonianus sententiam Caji in *Lege 6.* qui per translationem fuerit usus verbo transigendi, ille acceperit proprie de transactione conventa.

§. XIII.

Quod male habuit Bachovium, Vinnium, imo ipsum Antonium Fabrum in rationalibus ad *l. 6. h. tit.* quod alioqui verba illa neque sine Judice transigi in absurdam & stultam abirent sententiam. Quis enim ita loqueretur sine Judice judicari non potest, aut quis unquam de eo dubitavit?

§. XIV.

Unde etiam *Strauchius* in recitationibus publicis quas *Schilterus* allegat libere *Explicatio*, ait, *l. 1. Test. quem. ap. qualis a Ferreto, Cujacio & Hortensio proponitur, non potest probari; & tamen cardo tuende hujus sententiae in eo versatur.*

§. XV.

Meliorum vero *Labitti, Pancirolli, Antonii, Fabri* interpretationem ac medelam non potuit rejicere, nec rejecit. Nam hi eruditissime ostendere, non quæri in illo textu; An de Testamenti tabulis, non inspectis cognitisve verbis Jure Civili transigi possit: & si facta sit transactio, an infirmetur Jure Civili? Minime. De eo enim nihil edixit Prætor. Id inquam, vult Cajus, Edictum a Præatore summa ratione proponi. Quippe eo spectare, ut omnibus, quicumque desiderant, testamenti tabulas inspicere, vel describere fiat inspiciendi de;

di describendive copia; ut si de Testamento velint litigare apud Judicem, veritas facilius exquiri possit; sin malint transigere sine Judice, quam litigare, etiam controversia sine Judice componi aliquanto commodius possit.

§. XVI.

Igitur voluit quidem Prætor, iis Authoribus, præeunte simul Cajo eos qui hoc agunt ut litem de Testamento ortam, quacunque ratione dirimant, proditis & apertis tabulis testamenti juvare ne lædantur: sed non voluit transactionem, si nihilominus sit bona fide facta, non inspectis testamenti verbis rescindere ob causam non inspecti ante testamenti. Idem non cogitavit Prætor: Utique de eo verbum non addidit; neque adeo potuit Cajus ejus interpres nisi desiperet, dicere.

§. XVII.

Proinde si ex Caji mente, ut debet, cum verum quæritur, explicanda sit, sive *lex 1. Test. quemadm. aper.* sive *l. 6. de transact.* quæ ex illa descripta est, apparet, neutram resistere, quo minus valeat transactio de Testamento, etiam non inspectis ejus tabulis; quia Cajus cum ait, neque enim sine Judice transigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controversiis, quæ ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, tantum de facto locutus est, de jure loquutus non est. Adducam ea quæ habet *Schiffordeggerus in Disp. forens. ad Ant. Fabr. l. 2. tract. 25. quæst. 7.* Faber, inquit, *noster arbitratur, & vere, errorem Triboniani hac parte in eo tantum fuisse, quod Caji Sententiam pro ratione allatam sic accepit, quasi simpliciter, & absolute prolatam.* Quam rem etiam imposuisse
E inter-

interpretibus, ut ea sit relata ad jus, quæ a Cajo relata fuerat ad factum, ac si dixisset, non posse sciri, quomodo transigendum sit de controversiis, quæ ad testamentum pertinent, quin testamenti verba inspiciantur.

§. XII.

Cuj ultimæ sententiæ ac explicationi omnino accedo, quam omnium optime acutissimus apud Belgas IC. Gerhardus Nood in suo Iulio Paulo cap. 7. proposuit; cujus perspicuis verbis etiam hic maximam partem usus sum.

§. XIX.

Et sane si ad naturalem respiciamus æquitatem, quid æquius est, quam lites sine dolo, mutuo consensu sopitas non resuscitari, ne ob causam quidem non inspecti testamenti? Nullus futurus esset litium eventus, si suo semper liceret, contravenire facto.

§. XX.

Nam quæ quæso necessitas urfit legatarium ut ad transactionem procederet, testamento nondum inspecto? Suppressum inquis fuit & occultatum. Atqui, poterat ille perire ab hærede, ut sibi fieret ejus inspiciendi describendique copia, vel per interdictum de tabulis exhibendis, vel ex Edicto, quemadmodum testamenta aperiantur. Quod cum neglexit de læsione conquiri non potest, quia nemo eum impedivit, quo minus necessariam sibi notitiam compararet. Habet quod sibi imputet non quod adversario, quem aut plane non urfit, aut sufficientibus remediis ad exhibendum compellere potuisset. At quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire inquit Pomponius l. 203. de divers. R. Juris.

§. XXI.

Ergo nulla causa superest, cur velit rescindi, id quod sua voluntate est compositum. Prætoris hæc verba sunt *l. 7. §. 7. de pactis. Pacta conuenta, quæ neque dolo malo neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt servabo.* Quod si vero adfuerit dolus aut aliqua fraus generale remedium sufficit; nec hic peculiare quidpiam occurrit, aut novum.

§. XXII.

Ad cedo legem, aut constitutionem, aut Juris Regulam. Nulla in rota antiquitate extat nulla e naturalibus principiis eruitur, qua transactio de controversiis ex testamento proficiscentibus utique bona fide facta improbetur ideo, quod facta sit non inspectis testamenti tabulis.

§. XXIII.

Tu contra vide, quid Diocletianus & Maximianus resciperint *l. 19. cod. de transact.* sub *prætextu instrumenti postea reperti transactionem bona fide finitam rescindi jura non patiuntur.* Quod si in instrumento valet, & ante non cognito & post demum reperto, quid causa est, quod testamentum velis rescissum, quod cognovisti, etsi non inspexeris?

§. XXIV.

Nec juvat, quod *transactio propter fideicommissum facta codicillis postea repertis invalidari dicatur l. 3. §. 1. de transact.* Non enim rescinditur semel inita transactio; sed declaratur de codicillis non fuisse cogitatum. *Conf. l. 12. de transf. in fine.* De testamento sine dubio cogitasti, a quo aliquo dando vel retinendo resiliuisti: quemadmodum & de illa re ignorantiam pertexere non potes,

quam nova instrumenta saltem majori luci expo-
fuere.

§. XXV.

Itaque solus *Cajus* obstat, ad quem omnes suos
intendunt digitos; sed non obstaret, si *Cujacium*, *Anto-
nium Fabrum* aliosque prudentiores sequi maluissent,
quam *Bartolum* & *Baldum*, qui ne per somnium quidem
de vitio aut imperitia *Triboniani* aliquid rescivere.

§. XXVI.

Hi soli in causa sunt, cur huc usque *l. 6. de trans-
actionibus* tantis ambagibus veluti illustris quædam ex-
ceptio fuerit commendata; curque uno dato absurdo
plura fuerint admissa. Carere potuissimus tuto omni-
bus illis extensionibus, quas ex cogitarunt, & ratio-
nibus quas magno hiatu explicarunt, de casu seu chi-
mæra solliciti, quam in legibus non inveniunt; nec
quantum conjicio in Romanorum praxi.

§. XXVII.

Quod clarius elucescet, si nunc uti animus est al-
legatæ Doctorum objectiones & momenta excutian-
tur.

CAPUT IV.

CONSPECTUS.

§. I. II. Ostenditur ex favore ultimarum voluntatum ad prohibi-
tionem *Transact. tabulis non inspectis non valere consequen-
tiam* §. III. IV. V. Testamenta non esse *Juris Naturæ*; sed *positivi*.
§. VI. VII. Germanis nulla testamenta. §. IIX. IX. X. Ratio *Vinnii*
de favorabili Testamentorum exitu oppugnatur. §. XI. XII. Ar-
gumenta *Legum*. §. XIII. XIV. XV. XVI. Ratio *Schilteri* sine in-
spectione rem incognitam esse rejicitur. §. XVII. Nulla emphasis
in verbis: Non potest. §. XIX. XIX. XX. *Triboniani* jaçtantia
inanis. §. XXI. Ejus hallucinationes ex *Veterum* fragmentis
agnoscuntur. §. XXII. Non omnia in corpore *Juris Civilis* sunt
leges

leges. §. XXIII. Lex fm. Cod. de Rebus cred. explicatur. §. XXIV. Græcorum fides. §. XXV. Communis Jctorum consensus non est lex. §. XXVI. Quoad nostram controversiam communis consensus negatur. §. XXVII. XXIIIX. Communes opiniones quantæ efficacie. §. XXIX. Nec communis observantia est lex. §. XXX. Observantia variantes. §. XXXI. XXXII. Ratio nostræ inventionis. §. XXXIII. Cur nulla præjudicia allegata? §. XXXIV. Dissertat. Conclusio.

§. I.

Primus Doctorum color ille fuit Testamentorum favorem tam severam Triboniano prohibitionem expressisse, ne occultarentur tabulæ aut supprimerentur, & sic præcipitis deceptionis occasio foret. Sed fuit saltem color ac inanis prætextus, ut aliquid superesset ad semel arreptam sententiam defendendam. Nam age, fuerit aliqua apud Romanos voluntatum ultimarum cura, quod negare nec volo, nec possum, an necessarium propterea ut transactio bona fide facta rescinderetur. Ego vim consequentiæ desidero. Dolos fraudes ac rechnas occultantium tabulas aut instrumenta nemo est probaturus: sed hi alia plane ratione in ordinem redigi possunt, ut jam antea observavimus, vel per interdictum de Tab. Exhibendis vel per Edictum Prætoris testamenta quemadmodum aperiantur: vel denique per legem XIX. cod. sub prætextu. Hoc quicquid est ad glaucoma imperitis objiciendum videtur excogitatum. Decipi ac circumveniri nemo debet. In hoc assentior tibi. Sed an ignota est exceptio de dolo; aut doli actio?

§. II.

Quod si ulterius extendas favorem testamentorum, fac quæso ut probes: Illa lex Caji nihil ut vidisti tibi opitulatur; nihil de favore testamentorum in ea

dicitur. Tu vero argumentaris a baculo sæpe ad angulum. Testamentorum favor est. Ergo transigi de iis non potest sine illorum inspectione bono animo. Leges dolo non succurrunt; Ergo nec bonæ fidei, Ergo litium decisionem impedire volunt: Ergo diffensiones exposcunt, novas actiones, novas formulas.

§. III.

Cognoscis quo te falsæ ratiocinationes avertant. Ergo cum *Schiltero* ad gentium Jus recurris. Quid si dixerim ex jure naturæ præceptis non esse testamentis auxilium? In hac mecum opinione Illustres Coccejus est *disp. de Testam. Principum part. 1. §. 18.* In testamento transfertur jus transfertur ab uno ad alium. An sufficit declaratio unius se velle dare; an non requiritur alterius consensus, se velle accipere? An deditio atque donatio sine acceptione intelligitur? Unius ergo defuncti concessio sine alterius consensu sua naturæ imperfecta, nulla, & inutilis est; adeoque de jure naturæ nec certa nec stabilis.

§. IV.

Quocunque te conjicias videris captus. Nam testamentaria dispositio effectum suum exserit demum post mortem Testatoris. Hujus jus ac dominium non amplius durat, quam ad ultimum vitæ momentum. Res in patrimonio hominum existentes vivis inserviunt; ad mortuos res humanæ nihil amplius attinent. At ex mente Hugonis Grotii *lib. 2. cap. 16. §. 14. de J. B. & P.* forte disputas. Hic testamentum dicit alienationem universi patrimonii in mortis eventum ante eam revocabilem, retento interim jure possidendi ac fruendi. Permite mihi ut a Grotio dissentiam. Nam quomodo hic alienatio esse possit non video. Translatio domi-

dominii ab uno in alterum supponit utique duas personas eo tempore, quo alienatio fit; ita ut deinceps res dici possit aliena ei, a quo in alterum fuit translata. Atqui Testator quousque ei spiritus recipiatur, plenissimum jus in omnia sua bona sine ulla diminutione retinet. Nævus est Grotii, dum testatorem interim tantum retinere jus fruendi, possidendi & revocandi ait. Nihil magis ab ingenio ultimarum voluntatum abhorret. Quis enim nunquam credidit aut putavit proprietatem rei vivo Testatore transmitti ad heredem? ultimarum voluntatum vis post mortem demum incipit, nec ulla plane viventis est hæreditas; prout nec legatum intelligi potest nisi defuncto testatore. *l. 6. ff. pro legat. add. Puffend. J. N. & Gent. l. 4. cap. 10. num. 4.*

§. V.

Dico igitur, testamenta etiam quoad originem esse juris positivi, non quidem Romanis solum propria, sed aliis quoque gentibus, commnia, quarum catalogum recensere pro nostro instituto supervacaneum censeo.

§. VI.

Id tamen non possum non monere in hoc admodum falli Clarissimum *Schilterum*, quod Germanos nostros in eis esse voluerit populis, quibus ultimarum voluntatum cura fuerit. Verba e *Tacito* allata nihil aliud probant, quam eo luxisse mortuos suos, & dolorem sensisse ex eorum discessu. Clarius idem *Tacitus de moribus Germanorum cap. 20. Heredes, inquit, successoresque sui cuique liberi, & nullum testamentum: si liberi non sunt, proximus gradus in possessione: fratres, patru, avunculi. Quanto plus propinquorum tanto gratiosior sententia.*

nectus, nec ulla orbitatis pretia. Quæ ultima verba mo-
verunt virum eruditissimum Georgium Beierum, J.C.
Lipsiensem, ut crederet, usum testamentorum nullum
fuisse, licet sine liberis & propinquis aliquis decesserit.
Vid. *annotat. ejus ad ff. qui testamenta facere possint.*

§. VII.

Quæ omnia, ut verissima dicerentur, nihil tamen
adversariæ parti accedere posset, etiam si concederemus,
testamentis de Jure Naturæ favorem competere. Vacil-
laret enim adhuc consequentia; testamenta de Jure Na-
turæ favorem habent, ergo de iis transigi bona fide ne-
quit, non inspectis tabulis.

§. IIX.

Unde etiam sponte sua, quam *Vinnius* attulit, ra-
tio corrumpitur; publice interesse ut ultima hominum ju-
dicia exitum habeant. Quid enim sodes, addit trans-
actio illis judiciis, quid detrahit? Quod si omnem de-
testamentis transactionem rejiceres, majus forte argu-
mentationi tuæ inesset pondus: sed iis inspectis ac vi-
sis concedis; imo scientia aliunde hausta factam deci-
sionem aut pactionem approbas. Quid ergo te impe-
dit, quo minus omnia inspectione eandem facilitatem
ostendas? Lex Caji? At illa alia omnia loquitur. Do-
ctorum opinio? At illa erronea est nullique funda-
mento probabili superstructa.

§. IX.

Tædet me rationum male cohærentium. Nesci-
unt sane Doctores quid loquantur. Circa gratuitam
remissionem non visis ac consideratis verbis testamen-
ti nihil movent; illamque validam esse posse permit-
tunt. At si hæc ratio aliquid firmi in se contineant, et-
iam gratuitæ remissioni mittendum repudium foret.
Nul-

Nullus hic secundum eorum sententiam testamentorum exitus; nullum voluntatis defuncti implementum.

§. X.

Igitur illud *publice interest*, alium sine dubio habebit sensum. Nam alias nec repudiare liceret testamento oblatam hæreditatem; Alias invito res legata aut relicta acquiri deberet: & hominum libertas naturalis per illam male applicatam legem penitus censenda esset restricta.

§. XI.

At video sane, quod momentum eos egerit præcipites. Rationes omnes quas in prohibitionem Transactionis de Alimentis futuris ab *Vipiano* deprehenderunt allegatas, huc quoque sine iudicio traduxere. Quæ consuetudo quam plurimum malorum ac paralogis morum in Jure lerna est. A diversis ad diversa non valere consequentiam logici sciunt. Hic vero tam inanis ac fallax argumentatio occurrit, ut qui ad eruditionem illam justam, ac masculam bona fide enituntur, merito ab ea abhorreant. Alia enim in controversiis testamentariis reliquis conditio est, quam alimentis, ubi qui modico contenti transigunt, tandem redacti ad incitas in Rempublicam recumbunt: quod ut declinandum quadam prohibitionem putavit *D. Marcus*, ita in aliis transactionibus metuendum non est.

§. XII.

Habere hic locum communem de argumentis legum, & amplissimum simul campum eorum deceptiones ostendendi; nisi mihi otia accuratissimi viri fecissent, imprimis *Gerhardus Noodius* in pulcherrimo scripto, quod *Julii Pauli* nomen tulit. Id addo, esse hoc medium non plane ineptum ad nugas & somnia elicienda,

enda, de quibus in somno nihil viderunt Authores; esse occasionem, qua stultissima sententia scribentius affingi possit, Philosophis, si similis in eorum scriptis methodus teneatur, Theologis, Jureconsultis.

§. XIII.

Quæ tamen missa facio, quia nec corrigi possunt, sed relinquenda fatis sunt. Id urget *Bachovius* & cum eo magis aperte *Schilterus*, naturam transactionis inspectionem tabularum exposcere, quia sine illa res neque certa neque dubia sed neutro jure sit. Agnosce speciosam rationem & plus quam Philosophicam subtilitatem. Quid ergo? An transigis de re quam plane ignoras, & de qua nec agis, nec loqueris, nec tractas? An testamentum de quo sermo est, res videtur penitus incognita? Jam autem judica, an majus sub sit dubium si inspiciantur verba, quam si non legantur. Lecta certitudinem tibi dare sæpe possunt; De certis nulla transactio; Non inspecta in incerto relinquunt mentem testatoris, dato aliquo vel retento.

§. XIV.

Sed apage inquis tuam incertitudinem: nescis; nescis, non dubitas. Nescio, inquam, tenorem tabularum, latet dispositio, latet legati aut rei hæreditariæ determinatio, sed metuo interim lites, quæ in rebus testamentariis non sunt infrequentes; Metuo ergo non improbabiler. Quod ipsum dubitare in jure est. Tu vero si velis ostende propter metum lites, non posse transigi.

§. XV.

Alienum vero ab hoc loco est, quod subjicitur, eum inepte dubitare, qui medio quo veritas inquiri debet, uti detrectat. Quid enim prodest rogo te inquirere
in ver

in veritatem? ut tranfigas? Atqui ubi veritas in ap-
cum deducta, vix ac ne vix quidem ad transactionem
procedent partes. Sin ut dubites? dubitabis concedo
magis forte ac magis: sed tamen jam ante dubius fui-
sti; & verecundam de lite cogitationem habuisti. Quid
ergo hoc imprudentiæ est? quid ineptiæ? Percepimus
supra ex Ulpiano, non esse vituperandum execrantem
lites, aut habentem tanti, re carere.

§. XVI.

Sed pone & finge tibi, uti vis aliquam impruden-
tiam. Habebit ille qui tranfigit, quod sibi imputet.
Nulla hic Reipublicæ salus versatur: nullum onus in
eam devolvitur. Remittere si potest gratis impruden-
ter, poterit etiam tranfigere imprudenter. Audi *Schif-
fordeggerum l. cit.* *Nihil prohibet quo minus quis de eo
tranfigat, quod sibi testamento relictum est, etiamsi quale,
aut quantum sit ignoret. Absurdum siquidem est, eum qui
totum remittere potuit donationis cause, parte debiti con-
tentum esse non posse, re adhuc incerta.*

§. XVII.

Quamobrem frustra se folicitum præbuit idem
Schilterus in detegenda Emphasi verborum Caji: Non
potest tranfigi. Jurarem omnino talia in mentem nun-
quam venisse Cajo: quamvis decertare nolim cum
quopiam, *non posse* idem interdum in Juris nostri cor-
pore significare, ac contra naturam alicujus rei esse.
Hic saltem quæritur an in *lege 6.* ejusmodi Emphasis
fit, aut exclusiva significatio.

§. XVIII.

Verum enim vero hic, pergis, ille dignus te vin-
dice nodus. Audivisti quid de Legislatoria Triboniani
autoritate adseruerit *Schilterus*. Fac, non intellexisse

eum commentationes Caji, dilacerasse ejusdem sententias, in alienum locum detrufisse. Ille Legislator est: potuit hoc facere, & novam dare præceptionem quæ tibi adeo videtur inanis, absõna ac fallax. Ira est, amice suavissime, quisquis etiam ille fueris. Hoc factum nostræ Jurisprudentiæ est, ut quod intricatum obscurum, a ratione alienum, ab Analogia Juris diversum, spinis ac aculeis Triboniani oberant: Hæc non tantum Cascorum illorum superioris ævi interpretum, in quibus per parum sani, methodus est: sed & cultissimo hoc sæculo exortorum virorum magnorum ars, qua tenebris antiquis lumine suo conciliare splendorem annittuntur. Sed non terret hoc ex pelvi fulgur. *Nimis superstitiosi*, hic Bœckelmanni ad pro legomena digestorum gravissimus sermo est, *Pandectarum sunt admiratores, qui eas omni numero adeo absolutas putant, ut quodlibet verbum veluti e tripode profectum pertinacissime servandum, nec quicquam in illis desiderari, aut corrigi posse, putent. Inepti plane sunt, qui id sibi persuadere patiuntur verbis Justiniani, vel potius Triboniani laudibus hoc opus quasi in cælum evehenti, nunc elegantiam ostentantis, nunc methodum deprædicantis, nunc consonantiam asserentis, nihilque contrarium aut simile in eo reperiri testantis*

§. XIX.

Res ipsa loqui debet, non Justinianus aut Tribonianus, qui præscribere intellectui leges, nec potest, nec debet: aut efficere, ut oculis nostris fidem omnem denegemus. Novimus plus quam satis eum falsi crimen impingere iis, qui veterum libros revocare, aut ex iis vitiosam scripturam arguere auderent; sed novimus etiam Viros in utroque Jure præclarissimos, hoc quicquid est habuisse tanti, non minus, quam illud notiffi-

tiffimum assertum, Imperatorem esse Dominum mundi.

§. XX.

Digna gravi Jureconsulto verba sunt Bachovii ad Tr. Vol. 2. Diss. 13. Thes. 4. l. I. K. Jam pridem, ait; Tribonianus erroris, ne quid gravius dicam convictus est, & recte Cujacius puerilem heresim persuasionem illam appellat. Indignum scilicet est homine erudito, Imperatoris præsertim Latini, & Græci ita serviliter jura tractare. Ingeniorum hoc videtur imbecillitati damnatorum; & infra præstantiam humani acuminis demissorum. Quod semel ad excusationem mei dictum velim, si quid in hoc genere exciderit audacius: leges & decisiones Justiniani sequor, sed in rationes earum, quas sæpe ut colorem faceret, novis suis constitutionibus ipse sibi confinxit, inquirere & sub censuram veritatis revocare, piaculum non duco.

§. XXI.

Igitur & veterum Jureconsultorum fragmenta conquirimus, ut tanto clarius Triboniani insignes hallucinationes pateant; aut etiam appareat, eum sæpe nec legem dare voluisse, sed aliquod saltem relinquere ex antiquis excerptum, quemadmodum in Langii Polyanthea ex oratoribus Poëtis Philosophis, quædam cernuntur ἀποσπασµάτια.

§. XXII.

Nam illud quod de singulis Juris civilis partibus adfertur, quasi omnia in iis legum adhuc hodie observandarum nomine veniant, non persuadet. Definitiones, ac rationes in concinne allegatas nemo habebit pro legibus: nemo varias Pauli ac Ulpiani opiniones sine decisione relictas venditabit pro præceptis; nemo denique id quod in l. 6. de transactionibus dicitur aliter capiet, aut saltem capere potest, quam intellexit Cajus,

ex cuius libris est, nisi apertius Tribonianum desipuisse velis adferere.

§. XXIII.

Neque Romanorum in his praxis facile ostendi potest. Falsa Baldi, Saliceti aliorumque in lege finali *cod. de rebus creditis* decidendi ratio est, propterea legatarium id quod per perjurium acceperat restituerit fuisse coactum, quia *jusjurandum speciei transactionis est*; De testamento relictis vero non licere transigere, verbis testamenti non inspectis. Aliam jam in ipsa lege celebratissimus *Struchius in recitationibus publicis* invenit, quæ impium lucrum legatario voluit extorquendum, cum ocularis instrumenti inspectio eum apertissimi perjurii convinceret; ut taceam eam legem inter L. decisiones esse.

§. XXIV.

Verba e Græcis allegata nihil aliud ostendunt, quam illa Caji *ἢτε διαλύεσθαι δυνατὸν* eodem modo interpretari fas est, quam illud decantatum: *Non potest transigi*. Quod si vero aliud quid voluissent Basilica, applicarem hic ea, quæ illustris *Struyckius* alibi de Græcorum fide dixit, in additam: *tra&. de cautelis contractuum* p. 701. *Sane quam Tribonianus, inquit, in Veterum Jureconsultorum libris ad genuinum seculi Justiniani adaptandis sibi sumpsit, interpolandi licentiam, illam longe arrogantius sibi sumfere Græcanice Jurisprudentiæ compilatores, quibus plerumque gaudio fuit a Justiniano nostro discedere, ac concinnatam ab ipso Jurisprudentiam alio ordine, revera tamen tumultuario meliori parte neglecta, vel studio castrata sub specie novi corporis Basilicæ exhibere.*

§. XXV.

Id vero plane precarium est, quod ultimo urge-
tur

tur: Jureconsultorum communem consensum vim legis, aut juris non scripti etiamnum obtinere. Dolendum sane est Viros alias acres, & eruditionis laudem merito habentes, huic opinioni subscribere, quæ nulla probabilitate sese commendare apta est. Quomodo enim in Jure opinio, quæ erroris sæpe convinci potest, majorem potest efficaciam habere, quam aliorum in quibusvis disciplinis erroneæ sententiæ aut interpretationes? Quomodo error potest jus facere, inquit excellentissimus noster *Thomasius Diss. de Jure Consuetudinis §. 6. quomodo consuetudo, quæ a libertate utentium, quanta quanta est, dependet, libertatem aliorum in populo & parium quidem tollere poterit & vim legis habere.*

§. XXVI.

Communis hic, instas, Doctorum consensus eff. Ego vero ut scias id plane nego; vidimus quid *Ferretus, Cujacius, Balduinus, Labittus, Strauchius* aliique senserint, quid *Antonius Faber, & Noodius* observaverint; nisi quidem e pluribus communem æstimare consensum, aut veritatem ex docentium copia dijudicare velis.

§. XXVII.

At plures etiam pessime sæpe cæcutiunt, vacillant; labuntur. Nec mirum hoc frequentissime fieri, cum magna nomina reliquis præstringant oculos, & licet detegi veritas possit, nubem pro Junone objiciant, ne in ipsas leges, & earum rationes inquirent, sed ubi turba & amplissima Doctorum corona est, hic quoque subsistant; & cum errantium multitudinè eadem chorda, iisdemque fidibus ludant.

§. XXIII.

Non possum non locum egregium *Bachovii*, in quo contra *Treutlerum* disputat *Vol. 1. de Just. & Jure thes. 8.*

thes. §. huc referre: *Communibus opinionibus ad rationem Juris Romani exactis plus aequo tribuit: vel quia in exquirenda veritate numeri rationem habere rectum non est: neque enim numeranda, sed ponderanda sententiae sunt, vel quia Doctores, qui in communibus illis opinionibus familiam ducunt, utpote subsidiis illis, quae ad veram Juris Romani cognitionem necessaria sunt, destituti, non raro etiam in ipsa juris principia impingunt vel denique quia plerumque alii alios non judicio, neque ratione, sed auctoritate tantum ducti sequuntur; Et fit hac sententia, ut plerique quod vera ratio Et etiam textus juris suadent, securi, a communi tantum opinione pendeant.*

§. XXIX.

Quod ipsum etiam in judiciali observantia obtinet. Aut enim non omnium judiciorum uniformis sententia deprehenditur; aut si sit non omnis tamen rectius sentientibus libertas praecisa est, mutandi ea, quae immutabili fundamento destituuntur. Ipsi Judices sive unus sit sive plures nec legem sibi dixere, nec dicere possunt, se eodem semper modo, quo pronunciarunt velle perpetuo pronunciare. Possunt admitti errores corrigi, potest aliam induere sententia faciem, cum collegae mutantur, & per collecta vota, non per tacitum usum proceditur. Ipsa suprema judicia non raro ab observantia sua recedunt. Hic nulla lex est, nulla consuetudo, quae omnem correctionem impediatur.

§. XXX.

Hi autem decipi se videbunt clarissime, qui conformem e judicii jurisprudentiam sibi fingere adlaborant. Opera *Carpzovii* & *Finckelthufii* satis docent in una civitate oppositas dari observantias judiciales; A-
liter

lter in Marchia, in Pomerania aliter, aliter in Suevia
 saepe pronunciatur. Tu videtis quomodo hic conso-
 nantiam exculpas. Ubivis rationes sunt, leges citan-
 tur, Doctores allegantur; Hic Mevius est, illic Carpzo-
 vius; hic Gaius; ille Klockius, & si septem desideres
 nomina, invenes forte ubivis, communes opiniones
 contra communes, communes observantias, contra
 communes observantias.

§. XXXI.

Ergo hoc volumus, vitio nobis neutiquam dari
 posse, quod transactionem in rebus testamentariis, non
 inspectis tabulis validam dixerimus, contra maximam
 Doctorum partem. Rationes secuti sumus, non autho-
 ritates; leges ipsi inspeximus, & quod repertum a no-
 bis est, enunciamus, nostris oculis plus fidei attribu-
 entes, quam aliorum testimoniis, quæ ex cæca imita-
 tione profluxerunt.

§. XXXII.

Hac ratione limitationes a Doctoribus excogita-
 tæ sua male concident; Non opus erit illorum caute-
 lis ac ampliationibus, quæ ex falsis interpretationibus,
 ac ratiocinationibus augmentum cepere. Quod si ta-
 men ii qui in foro versantur, ubi communis opinio re-
 gnat, eo apparatu iisque subsidiis uti velint, ii, per me
 licet, iis omnibus utantur, dummodo non credant ex
Leg. 6. de transactionibus eas necessario deduci doctri-
 nas.

§. XXXIII.

Pro nobis vero tum demum allegabimus præju-
 dicia, cum apertis luminibus & Doctores & Judices
 hanc ostensam veritatem agnoscent. Habebunt
 imposterum, ex quo securius suadebunt, admo-
 nebunt.

G

nebunt, scribent, loquentur; neque spes omnis abest, fore aliquando, ut remoto auctoritas velo hæc omnia prudentissime mutantur.

§. XXXIV.

Qua spe fretus totam hanc disputationem verbis *Johannis Fabri ad §. III. Institut. de legat.* concludo: Quod appellamus Praxin, non est nuda ac circumforanea Praxis. Cujusmodi est Procuratorum Forensium, sed jurisprudentiam applicare negotiis.

FINIS.

Corrigas velim, ne scrupulus oriatur, §. IX. cap. I. circa finem hoc modo ut non tantum exceptio competeret, sed etiam actio, quæ ex nuda pactione regulariter Romanis non auferebatur, tolleretur.



COROL-



COROLLARIA.

I.

Rex Bohemiæ non est Status Imperii.

II. Rex Bohemiæ non conficit una cum reliquis Electoribus Capitulationem Cæsaream.

III. Falsum est Tutelam in Electoratu semper competere proximo Agnato.

IV. Possunt Electores dare in Testamento Tutores excluso proximo Agnato.

V. Su-

V. Superioritas territorialis non fuit incognita antiquis Germaniæ temporibus.

VI. Archi-Ducum Austriae Titulus Friderici III. tempore demum usurpari coepit.

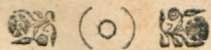
VII. Archivum in Controversiis illustrium parum probat.

IIIX. Competit Statibus Imperii Jus belli tam offensivi, quam defensivi.

IX. Errat tamen Limnæus, qui hoc ex Legibus imperii voluit probare.

X. Quæstio Domitiana est in *l. 7. §. 4. ff. de Jurisd.* An is, qui jussu Prætoris album corrumpit teneatur actione albi corrupti.

XI. Fuit Bartolus Jureconsultus doctissimus & acutissimus, quem & ego veneror.



Halle, Diss., 1703 C-R

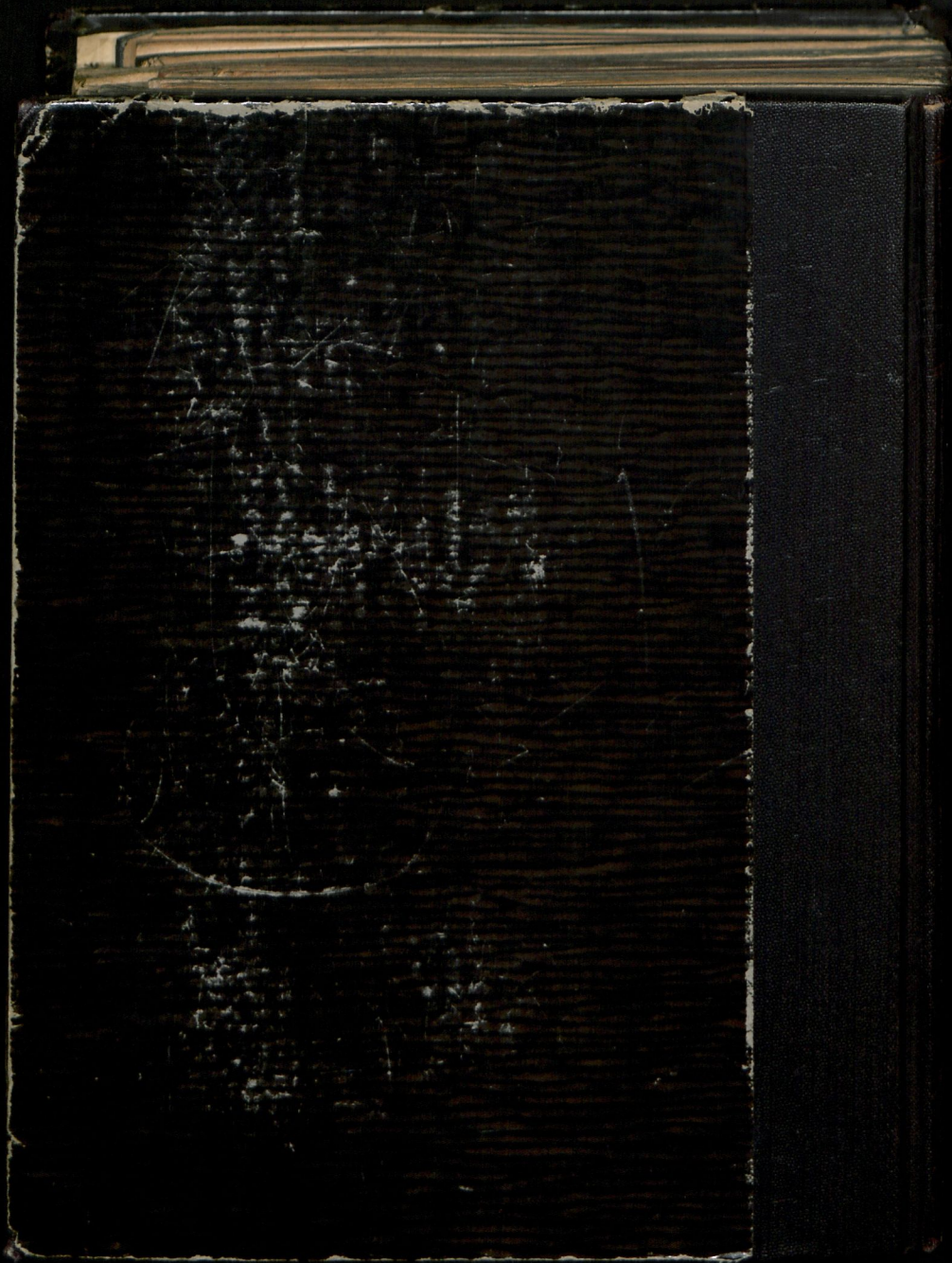
ULB Halle 3
005 303 427



SB

K078







g. 27
4

4

Q. D. B. V.
DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA
DE
TRANSACTIO-
NE, TESTAMENTI
TABVLIS NON IN-
SPECTIS,

1703, 15^b

Quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN.

FRIDERICO WILHELMO,
REGNI BORVSSICI, ELECTORATVS BRANDEN-
BVRGICI CETERARVMQVE PROVINCIARUM HEREDE,
&c. &c.

Consensu Illustris FCTORUM Ordinis
IN ACADEMIA REGIA FRIDERICIANA
PRO LICENTIA
SUMMOS IN UTROQVE JURE HONORES
capessendi,

publice defendet
NICOL. HIERON. GUNDLINGIUS,
NORINBERGENSIS,
Ad d. XXI. April. MDCCIII. H.L. 2. C.

DK

HALÆ, Typis CHRISTOPH. ANDREAE ZEITLERI, Acad. Typogr.

