





18
DISSERTATIO IVRIS CIVILIS
DE

TRANSACTIONE
SVPER RELICTIS IN TESTAMENTO
TABVLIS NON INSPECTIS

Q V O D

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA

P R A E S I D E

P. 307
D. CHRISTIANO HENR. BREVNING

PROFESSOR. IVR. NAT. ET GENT. PVBLIC. ORDIN.

ET SOCIETAT. LITER. DVISBVRG.

S O C I O

IN AVDITORIO PETRINO

DIE XXIII. MARTII ANNO CIOICCLXVIII.

P V B L I C E D E F E N D E T

A V T O R E T R E S P O N D E N S

IOANNES ERNESTVS GOTTLOB STIEHLER

L I P S I E N S I S .

L I P S I A E

EX OFFICINA LANGENHEMIA.



Pri. 67 num. 5

1768, 26.

DISSERTATIO JURIS CIVILIS

DE
TRANSACCIONE

SVPR REIICIS IN TESTAMENTO

AVTENS NON TESTIGIS

QVOD

ILLVSTRISSIMO ITCVM OPTIMO GRATIA

FRANCISCO

D. CHRISTIANO HENR. BREYNING

PROFESSORIS IURIS CIVILIS ET HISTORICAE

IN UNIVERSITATE ALTAE SCHOLAE

ALTAE

IN AULICO PETERINO

DIE XXIII MARTII ANNO MDCCCLXXIII

AVTENS DEDICATA

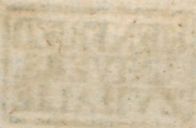
AVTORI ET PUBLICATA

IOANNES ERNESTVS GOTTLOB STEINER

LITVIAE

IN AULICO

EX OFFICINA TYPICORVM



SCABINATVS LIBRARIIS
V I R O
ILLVSTRI MAGNIFICO
AMPLISSIMO IVRIVM
CONSULTISSIMO
IACOBO HENRICO BORNIO
IVRIS CONSULTO
DOMINO HEREDITARIO IN
WILDENBORN
SERENISSIMO ELECTORI SAXONIAE
A CONSILIIIS
IN IVDICANDIS PROVOCATIONIBVS
EMPORII ELECTORALIS
LIPSICI
CONSULI H. T. REGENTI

ANTON T. RESPONDENS



SCABINATVS LIPSIENSIS

A D S E S S O R I

DE REPUBLICA MERITISSIMO

PATRONO
OPTVMO MAXVMO

D. P. P.

AVTOR ET RESPONDENS.



VIR
ILLVSTRIS MAGNÍFICE
AMPLISSIME CONSVLTISSIME

PATRONE SVMMO STUDIO COLENDE

Quamquam VIR ILLVSTRIS MA-
GNÍFICE ego haud dubitem, satis
inuerecundum esse, iuuenilem laborem meum,
videlicet ingenii non satis perpolitum, iudicii parum acuti
partum, TVO MAGNÍFICO ILLVSTRIS-
que NOMINI dicare, eundemque summae TVAE
tutelae commendare; tamen ingratissimus fuissem, nisi,
cum primum potuissem, deuoti animi et ob PATRO-
CINII GRAVITATEM et beneficiorum largis-
simam copiam, monumentum posuissem, meque meaque
omnia simul commendassem. Et cui sane magis me ob-
strictum sentiebam, quam TIBI PATRONE
SVMMO? Ingenui animi est, profiteri gratus ac-
cepta beneficia, eaque semper liberali animo recolere. Haec
iusta causa est, quae, licet verecundiam laeuisse videar in-
dignum

dignum laborem *TVO NOMINI* adscribendo, mihi
tamen spem facit, fore, ut a *SVMMA TVA*, quae
est in *Clientes TVOS*, benevolentia, comitate singula-
ri, indulgentiaque maxima veniam sim impetraturus.
Accipe ergo hoc pietatis, reuerentiae gratitudinisque
documentum ea benevolentia atque gratia, quam omnes,
qui *TE* norunt, venerantur ac colunt. Plus tribuas
voluntati meae, quam documento ipso, quod quamquam
exiguum sit, tamen a summa gratitudine et pietate pro-
uenit. Precor *DEVM*, velit *TE* ad vltima serua-
re tempora Patriae dulcissimae, cuius salus summa
TVA cura est, *TVA* vero salus sua sollicitudo. Pa-
tere vero, ut per omne vitae tempus, summo *TVO* Pa-
trocinio benignissime mihi frui liceat. *Sum*

*TVO ILLVSTRI MAGNIFICO
AMPLISSIMO CONSVLTISSIMO
NOMINI*

Lipſiae
d. XXIII. Martii
1708

ADDICTISSIMVS
IOANNES ERNESTVS GOTTLOB STIEHLER
LIPSIENSIS.



DE
TRANSACTIONE SVPER RELICTIS
IN TESTAMENTO TABVLIS
NON INSPECTIS.



PROOEMIUM.



ARDVVM quidem in se est, atque iuuenis excedit vires, de controuersa iuris aliqua materia conuenienter et docte scribere post tot eruditissimorum hominum Volumina, in quibus omnium ingenii vis consumpta, omneque iudicii acumen prope exhaustum; tamen temerarium magis est, eum suscipere laborem, qui summos in arte iam exercuit viros, scilicet controuersiam grauissimam aliquam recte decidere, quaeque ab aliis scripta vel corrigere, vel refutare, vel feliciori ingenio explicare. Ita sane inter tot controuersias ex testamenta-



mentariis causis petitas, vna ex grauissimis mihi semper visa fuit, quae de transactionis vi super relictis in testamento tabulis non inspectis agitata est. Suas habuere meditationes pragmatici, suas denique hilarioris famae ICTi. Dubitavi saepe, huncce meum facere laborem, atque vtriusque Iurisprudentiae, forensis et humanioris antistitum iudicia atque interpretationes examinare et inter se conferre, atque si fieri potest decidere. Et dubitavi diu, quippe imbecillitatis meae probe conscius, qui mihi tam graui labori ipse impar videbar. At cum semel virium examen instituendum esset, confusus Grauiorum Virorum humanitati ei, quae ab iis semper et sperari et expectari solet, non amplius dubitavi: Immo putavi potius, me veniam facilius iuuenilis laboris a Beneuolo Lectore impetraturum, quam reprehensionem meriturum, si, quod metuo, expectationi eorum haud faciam satis. Ita ad ipsam rem.

I.

De natura et indole transactionis generalia quaedam.

Differre *transactionem a pacto*, quamuis et transactio et pactum ad conuentiones tanquam ad summum genus referri debeant, satis cuique notum. Neque dubitandi causam dat Edictum Perpetuum, quo vno eodemque capite de pacto et transactione scriptum fuerat, vt est apud SCHVLTINGIVM *ad Pauli Recept. Sent. L. I. T. I. §. 1. n. 1.* De ea enim transactione egisse Edictum videtur, quae pacti forma fiebat. Inde vero diuersitas tamen extitit inter vtramque illam conuentionem, quod Digestorum artifices obser-



obseruabant, qui separatis capitibus de pactis deque trans-
actionibus agebant. ¶ Sicuti vero conuentio, solo consen-
su in idem placitum inita, *pacti* nomine compellabatur, ita
conuentio de re dubia incertaque vel dato, vel promisso, vel
retento aliquo inita transactionis naturam constituebat. Iam
ergo singularis conuentionum species est, quae suam habet
definitam naturam, quae vero vel forma *pacti* initur, vel
stipulatione siue *simplici* illa, siue etiam *Aquiliana* confirma-
tur. *Iuramentum* vero additum Transactioni, formam
haud immutat, sed quam obligationem iam habebat trans-
actio *pacti* forma inita, metu diuini numinis irae, iura-
menti vis augebat. ¶ Neque peculiaris forma transactionis
est, qua ex causa *innominati contractus* eandem diiudicant.
Omnis enim contractus innominatus in se nihil est, nisi
pactum, cui tamen ex praescriptis illis verbis: *do ut des,*
facio ut des, caet. obligatio robustior accedebat, vt vel
dato, vel facto promisso ab vna parte, aduersus alterum,
qui vel non dederat, vel non fecerat, ex his ipsis prae-
scriptis verbis actio daretur. Abire ergo facile transactio
pacti forma inita poterat in innominatum contractum, si-
mulae perfecta illa, vnus transigentium suae promissioni
fecerat satis vel dando, vel faciendo. Sed haec non no-
ua forma transactionis, at agendi, quod deerat in ea, nouum
remedium. Iam vero haud inquiri, an a transactione, quae
dato vel praestito eo, quod transigendo promissum fuerat, in
contractum innominatum abierat, recedi possit, si alter ex
sua parte promissis non staret. ¶ Est enim hoc iuris in hoc
contractuum genere, quae a dando initium capiunt, vt al-



tero non adimplente obligationem, vel actio concedatur
praescriptis verbis ad adimplenda promissa, vel poenitentia
 permittatur, instituta illa conditione *causa data, causa non se-*
cuta. Neque dubito, si haec quaestio ex Ciuili Romano Iure
 decidenda, idem obtinuisse in transactionibus, quod nunquam
 fiet inter nostrates, quibus pacti vis tam sancta est, vt poeni-
 tentiae locum haud relinquunt. Nihil vero de scriptura, quae
 super transactione conficitur addo, haec formam nouam
 haud inducit, sed probationem faciliorem efficit. Pa-
 ctum enim licet scriptura addatur, pactum manet, nec
 abit in litteralem contractum. Ita quoque de transactione
 sentiendum. Amplius conventionalem poenam, quae
 transactioni interdum accedit haud tango, quippe quae
 formam transactionis non mutat, potest enim illa conuen-
 tionalis poena, vel pacto transactioni adiecto constitui,
 vel stipulatione promitti. *De Obiectis transactionis.*
 Diximus conventionem super dubia causa transactio-
 nem conficere. Est ergo obiectum *dubia incertaque res,*
 i. e. de cuius vel iure vel obligatione, an vera sit, vel de
 cuius euentu nihil certi constitui potest. Iam vero, an de
 iis rebus transigere liceat, quae quidem incertae dubiae-
 que sunt, at mox certae liquidaeque fieri possunt, non
 aequae certum est. Putarem quidem, nihil obesse, quip-
 pe sufficere videtur, quod incerta dubiaque res sit tem-
 pore, quo transigitur. Sed de hac quaestione infra dica-
 mus, cum simul praesentem nostram causam tangit, de
 qua

fit tunc causa, quam certam habebimus definitamque ex ver-
 bis testamenti! Haec sane GAIUS mens fuisse non potuit, nisi
 eundem simul accusare velimus ignorantiae, quod contra
 omnem transactionis ideam naturamque quid affirmasset,
 quae tamen criminatio vix GAIUS citra falsi crimen obici
 posset. ¶ Constans vero sibi est GAIUS in *L. 1. pr. et §. 1.*
Testam. quemad. aper. Postquam enim verba Edicti
 Praetoris posuerat, qui tabulas testamenti inspicere atque
 describere, desideranti describendi inspiciendique potesta-
 tem promittit, ipse pergit: *Ratio autem huius Edicti manifesta*
est; neque enim sine iudice transigi, neque apud iudicem ex-
quiri veritas de his controuersis, quae ex testamento profi-
ciscerentur, ALITER potest, quam inspectis cognitisque
verbis testamenti. Est hoc fragmentum eiusdem Libri ad
Edict. Prouinc. ex quo *L. 6.* desumpta. ¶ Manifestissimum ita-
 que est, prohiberi transactiones super controuersis quae ex
 testamento proficiscuntur, sicque de relictis testamento
 quae litis et controuersiae sunt obiectum. ¶ Neque forsan
 est, quod tot iurgia mouerint Docti Homines, dummodo
 sciamus, ex qua Iuris specie vel lege Edicti sui rationem,
 quam manifestam vocat GAIUS hausert. ¶ *Opinio et labores quorundam, maxime Nouatij.*
 ¶ Haud omnes excitabo, qui de hac scripsere contro-
 uersa hasque leges interpretati, inter quos ANTONSCHVL-
 TINGIUS *Diff. super controuersis, quae ex ultimis volun-*
tatibus proficiscuntur, etiam non inspectis vel cognitis illa-
rum verbis recte inuenda. GVNDLINGIUS *de Transact.*
 super

super testamento relictis simul eminent. Memini quoque
 me legisse, de hac controuersia egisse Ictum Harderoui-
 cen. *ROEDERVM in Obseru. Iur. Civil. p. 51.* cuius
 tamen labore frui mihi haud contigit. Quorundam saltem
 opinionones adducere liceat, eorumque argumenta examina-
 re, antequam, quae nostra sit sententia dicamus. Ex-
 actius satis tractauit hanc causam GERH. NOODTIUS in
Tr. de Pactis et Transactionib. Cap. XVIII. Arbitratur,
 GAII tempore licitam fuisse transactionem de controuer-
 siis ex testamento proficiscentibus, non inspectis cognitis-
 que eius verbis, neque eam GAII mentem fuisse, quam
 praeseferant verba, et esse voluerint. Iuris Architecti.
 Sed quam vellem probasset hanc suam sententiam vel ali-
 qua autoritate; vix enim idonea probatio est, cum putet
non esse alienum a Iuris ratione, litis timorem vel in hac spe-
cie partium consensu bona fide sopiri, et sopitum non resusci-
tari praetextu testamenti ante non inspecti aut cogniti. Neque
 Edictum Praetoris promittentis, se seruaturum pacta, neque
 dolo malo neque aduersus leges, aut in fraudem legum facta,
 NOODTIO succurrere potest. Quid enim si eiusmodi trans-
 actionem, quam GAIUS improbare videtur, fraudem facere
 legi dicamus; Testamentum enim lex est, cui fraudem facile fa-
 cere transactio potest, quod efficit, ne ei legi pareatur. Quae
 ergo sit GAII sententia, si ea quam praeserunt verba non est?
 Fugitiuum GAII caput censet NOODTIUS Iurisque Archite-
 ctos accusat, quod incongruo loco ab iis positum sit. Cum
 enim *L. I. π. testam. quemad. aper.* ex eodem GAII libro desum-
 ta, consequitur pertinere ad Edictum *De tabulis aperiendis.* Et

haec bene. Sed quid amplius? Ergone hoc caput non pro-
 hibet transactiones testamenti tabulis non inspectis? Ita
 sane censet GERHARDVS, et quidem cum Praetor in-
 spectiendi describendique potestatem promississet, subsequen-
 tia verba non a Proconsule prouenientia esse, scilicet: *Ratio
 autem Edicti manifesta est caeteris*, sed ipsius GAIJ, quibus
 indicare velit, Praetorem ideo promittere potestatem in-
 spectiendi describendique, ut, si postea velint de testamento
 litigare, apud iudicem possit exquiri veritas; sin nolint, sine
 Iudice possit transigi controuersia. Satis ingeniose, dum
 modo cum ipsis verbis conspiraret haecce interpretatio.
 Equidem largior, GAIJ esse verba, quae interpretationis
 causa subiecerat Edicto, quod prioribus capitulis verbis recte
 lerat; sed de eo non constat, an finem, cuius causa Edictum
 proposuerat Proconsul, dederat GAIVS, an causam, quae
 mouerat Proconsulem, cur hoc Edictum ita proposuerit.
 Prior sententia NOODTIO placet, posterior mihi. Quid
 enim, si NOODTIUM sequamur, transigamus tabulis in-
 spectis cognitisque verbis, quum amplius dubiam incertamque
 haud habemus causam.

hoc

3

hoc

hoc argumentum moueret, vt NOODTIO subscriberem. Quis enim negat, ea quae ex scriptis Iuribus deducuntur a Icto priuato, iuris esse, quamquam certissimum sit, Iureconsultum nomothetam non esse. Non ergo adfirmarem, quod adfirmat *Ant. FABER in Rationalib.* GAIVM tantum de facto non de Iure locutum esse; seu quod idem forsitan, GAIVM suasisse tantum, ne quis transfigat, nisi inspectis testamenti tabulis. Prouocant qui consilium habent *L. 6. ad L. 12. 7. de transact.* inter quos *Alex. Arn. PAGENSTECHERS in Siciliment. ad Lauterb. Manip. IV. p. 60.* Sed audiamus ipsum CELSVM an a GAIO vere dissentiat. *Non est ferendus, inquit, qui generaliter in his, quae testamento relicta sunt, transegerat, si postea causetur, de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti; ac non etiam quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur, de eo duntaxat se cogitasse, quo illarum tabularum, quas tunc nonerat, scriptura contineretur.* Sane non peruideo, ex hoc capite transactum fuisse inter partes tabulis non apertis. Neque vero negat GAIVS transfigere super relictis in testamento, sed negat tantum tabulis non apertis testamenti. Neque disputat CELSVS de modo transfigendi super relictis in testamento, sed de transactione rite imita recte interpretanda, et confirmat potius contrariam opinionem, quippe putat, transactionem validam haud esse super relictis in codicillis, quae inspectae non fuerant, eum postea proferrentur.

Interpretatio Pragmaticorum quorundam.

Iam contrariam examinabimus interpretationem, cui et forum inhaerere videtur. Aijunt, prohibitam esse transactionem tabulis testamenti non apertis, inque suam aduocant causam GAIUM, e quorum numero est inter alios LAUTERBACH, in *Compend. Pandect. Tit. de transact.* MENCKEN in *Theor. et Prax. Pandect. tit. eod.* qui quo magis confirmet hanc interpretationem, ponderis causa addit iudicatum Curiae Supremae Prouincialis Lipsiensis, et alii etiam ex iis, qui non delectantur rebus iudicatis, sed qui magis ex legibus sapiunt, e quorum numero esse videtur BACHOV ad *Trentlerum Vol. I. Disp. VII. Th. IV. Lit. E.* Adducta enim sententia Aemil. FERETTI et Iac. CVIACII nec non ex parte ab Ant. FABRO quem supra adduximus refutata, qui tamen omnes consilium inuenerant in GAIL capite ytroque, ipsemet fori sententiam allegat, atque argumenta, quibus haec nitatur sententia adducit. De singulis videamus.

Rationes et argumenta huius interpretationis.

Ait BACHOVIVS: Esse hoc statutum. I. *Odio testamenti occultantium* et inde lucrum captantium. Forfan non improbabilis haec causa, modo probaretur fons iuris cui niteretur haec prohibitio. Vbi ergo nec lege, nec Scto, nec aliqua Constitutione id introductum, sequitur magis ex argumento iuris odio erga occultantes testamenta receptam fuisse hanc GAIL opinionem. Pergit ad

ad II. causam: *Quod publice intersit exitum habere supremas voluntates*, quae alias per huiusmodi transactiones circumue-
nientur. Sed non omnino veram esse hanc causam, vel
inde coniiicio, quod et transactione interposita morientis
ultima voluntas conseruari poterat, quae forsan exitum
haud habuisset si transactio interposita non fuisset. Quid
enim si causas impugnandi testamentum ex ipso testamento
petiisset legitimus heres, qui dein, transactione interposita,
heredi testamentario concedit successionem, quis dubitat,
transactione seruari testamentum, et sic exitum habere.
Deducit amplius BACHOVIVS argumentum ex prohi-
bita transactione super alimentis futuris, quam quidem
comparationem ego non peruideo. Nam in transactio-
ne super controuersis ex testamento prouenientibus haud
quisquam laeditur, nec quidquam forsan detrimenti exinde
patitur respublica, qualiter vel decidatur, vel transactione
finiatur lis. At si de alimentis quaestio, tunc non tantum
expressa adest prohibitio, verum si quis transigat priuatim
de alimentis, metuendum, ne postea oneri fiat reipublicae,
si parum curiosus fuerat in transigendo, qui, nisi transegisset,
nunquam grauis extitisset reipublicae. Sed haec tantum
his obiiicio rationibus, qui tamen non omnino sententiam
ipsam reprobabo.

VIII.

Transitio ad interpretationem.

Quid ergo faciamus GAIQ, cum nec eam senten-
tiam comprobemus, quae suaforiam legem facit vel confi-
lium, nec eam, quae prohibitium ius exinde efficit? Sed

C

non



non omnia improbamus, quae ad hoc caput interpretandum dicta sunt. Sane, omnibus ex omni parte excussis rationibus, arbitror, prohibitivam quandam sententiam defendisse GAIUM nostrum, atque negasse priuatas illas transactiones tabulis non inspectis validas esse. Quodsi enim verba ipsa et *Cap. 6. π. de transact.* et *Cap. I. π. testam. quemad. aperiant.* inspiciamus, tam plane loquitur ICTUS, vt nesciam, vnde vel aliqua coniectura, consilium in his latitare verbis, probari possit. Si enim verum est, quod recte mihi videntur adserere, egisse GAIUM de Edicto, quo praetor, vel proconsul promittit, se daturum facultatem inspiciendi describendique testamenti tabulas desiderantibus, quaero: quomodo dixisset GAIUS: *de his Controversiis, quae ex testamento proficiuntur, NEQVE TRANSIGI, NEQVE EXQVIRI VERITAS ALITER POTEST, quam inspectis cognitisque verbis testamenti?* Obseruavi, ICTOS veteres suas habere formulas, ex quibus statim apparere potest, an consilium dent, an de iure scribant vel respondeant. Sic saepe verba: *magis est, melius est, honestius fecerit,* et alia indicant, consilium dare ICTUM, non aequae ius referre. At GAII verba simpliciter prolata: *non transigi aliter potest, vt inde appareat, eundem monuisse, quid de iure sentiat.* Alteram addimus Legem. *Ratio huius Edicti est manifesta, neque enim sine iudice transigi, neque apud iudicem exquiri veritas, de his controversiis, quae ex testamento, proficerentur ALITER POTEST, quam inspectis cognitisque verbis testamenti,* Quis ex his verbis efficiat consilium. Causalis particula

NON

enim

enim abunde testatur, in his verbis latere rationem, quae vel mouerit Proconsulem ad edicendum, vel ad quem finem ita edixerit? nam cum neque possit transigi, quam inspectis testamenti verbis, neque exquiri apud iudicem veritas, hoc est secundum veram intentionem testatoris lis decidi, Praetor promisit, se daturum facultatem inspicendi describendique testamenti tabulas.

IX.

Accuratio opinionis expositio.

Dein utroque capite expresse GAIUS statuit *NON ALITER transigi posse, quam cognitis testamenti verbis*. Concludo ergo: Si non aliter transigi potest, quam inspectis testamenti verbis, sequitur, omnem transactionem ante apertas testamenti tabulas nullam esse. Confirmat hanc interpretationem LEO *Basilicōn Tom. I. Edit. Fabrott. p. 771.* qui eadem verba simpliciter prohibitive exprimit: *Περὶ τῶν ἐν διαθήκῃς Φιλωνειμῶν ἐχόντων οὔτε ΔΙΑΔΥΞΘΑΙ ΔΥΝΑΤΟΝ, οὔτε τὸ ἀληθὲς ζητεῖσθαι μὴ προκομισζόμενον τῶν τῆς διαθήκῃς ζημιῶτων. De controuersis ex testamento venientibus, neque transigi possibile, neque exquiri veritas, quam prolatis verbis testamenti. Et L. I. testam. quemad. aperiant.* LEO *Basilicōn Lib. XXXV. Tit. VI. Tom. IV. Ed. Fabrott. p. 781.* exhibet: *Χωρὶς γὰρ τοῦ προσεχθῆναι αὐτὴν (sc. διαθήκην) οὔτε ἔξω δικαστηρίου διαλύεσθαι περὶ τῶν ἐν αὐτῇ, οὔτε ἐν δικαστηρίῳ ζητεῖσθαι τὸ ἀληθὲς ΔΥΝΑΤΑΙ* i. e. *Nam absque prolato testamento, nec extra iudicium transigi de his, quae in eo continentur, neque in iudicio veritas exquiri potest.* Nullum in utroque textu consilium, bene vero prohibitio:



non possibile est transigi; neque extra iudicium transigi potest. Satis exprimunt, cum haud possibilis sit transactio non inspectis tabulis, neque ex facta tunc transactione obligationem oriri posse. Quae ergo, si accurate omnia attenduntur, facile patet, GAIUM mentem fuisse, impossibile fuisse et transigere et controuertere seu ligare de causa aliqua ex testamento veniente controuersa, priusquam tabulae testamenti apertae. Verba enim; *inspectis cognitisque verbis testamenti* vix aliud quidquam significare possunt, quam aperire testamenti tabulas. Confirmat me ipse GAIUS, qui statim subiicit; *Si quis neget sigillum suum agnoscere, non ideo quidem minus APERIVNTVR tabulae, sed alias suspectae fiunt.* Videtur SCHOLIASTES ad Basilicōn loc. prior, quasi in paratitlo vel magis epitome hoc quoque iudicasse. Verba sunt: *Ἦτοι πρὸ τοῦ ἀνοιγῆναι τὴν διαθήκην, οὐ δύναται τις διαλύσθαι. Antequam aperiatur testamentum, non potest quis transigere.* Verba enim *μη προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ἐρημάτων* apud scholiastem exprimunt *πρὸ τοῦ ἀνοιγῆναι.* Haec haecenus. Sed iam difficilior quaestio; quae videlicet huius prohibitionis causa?

X.

2 Argumenta pro interpretatione.

Difficile esse causam reperire, qua, quam dedimus interpretationeni verbis legum, vti quidem nobis videtur, admodum conuenientem, confirmare queamus, haud inficias eo. Diximus, negasse GAIUM, quemquam posse transigere tabulis testamenti non apertis inspectisque. Hanc quo-

quoque causam mouisse Praetorem, vt facultatem inspiciendi describendique desideranti promitteret, quod non posset, nisi prius apertis testamenti tabulis. Certum est, legem aliquam, aut Sctum, vel Constitutionem principis, haud adfuisse, qua prohibita, expressis verbis transactionis. At videamus, an adfuerint argumenta ex iure petita, quae potuerint mouere GAIVM, vt impossibilem transactionem putaret, non inspectis verbis testamenti. Poterat vel ipsa lex Papia Poppaea, eiusque, quae de Caducis agebat pars multam continere causam, poterant et aliae forsan legum causae prohibitiuae sententiae rationem continere. Omnis enim controuersia, quae ex testamento proueniebat, seu quae testatam hereditatem respiciebat, semper cum herede agitanda erat. Patet, heredem nunquam adfuisse, nisi prius apertis tabulis, cum hoc deinceps, vel causa in iudicio tractanda, vel propter euentum litis dubium, quem alter expectare nollet, transactione sopienda. Quam enim absurdum fuisset, transigere de lite ex testamento proueniente, cum nondum constet, quis heres sit, et cum quo transactio ineunda fuerit. Praeterea, qui fieri poterat, vt transactio valida fuerit, quae obiectum habebat legatum, fideicommissum, tabulis nondum apertis nec adita hereditate, cum vel illud posset caducum esse, vel vt indigno auferri. Debebat ergo ex tabulis inspectis prius patere, quis heres, maxime cum ex lege vicefimaria intra tres vel quinque dies tabulae aperiendae essent, propter hereditarium vicefimum.



XI.

Continuatio argumentorum.

Recte ergo dixerat GAIUS, non poterat transigi, nisi inspectis tabulis, de controuersia aliqua, quae ex testamento proueniebat, quippe his apertis demum litium causae oriebantur. De his enim tantum controuersis loquitur GAIUS, quae ex testamento proficiscebantur, quae ante eas apertas adhuc ignorabantur. Est et aliqua iuris ratio. Cum enim Romani vltimarum voluntatum conseruandarum studiosissimi essent, non poterat non fieri, vt prius ipsas tabulas inspicerent, an euitari controuersia posset. Re enim ex testamento aperto patefacta atque certa, nec lis aderat apud iudicem tractanda, nec ad eius euentum dubium euitandum transactio. Quod si vero apparet controuersia ex testamento aperto, tunc vel veritas ex tabulis ipsis coram iudice exquirenda, vel transactione lis sopienda. Ita, si sensum verborum capimus, plane contrarium esset regulis interpretationis, ex verbis GAII consilium efficere, quasi quidem concessisset, posse transigi de controuersis ex testamento proficiscentibus, sed rectius meliusque facturas partes, si prius tabularum testamenti verba inspicerent, quippe ex his statim ipsa veritas haberi posset. Repeto, sed tunc nec lis apud iudicem fuisset, nec transactio cogitari potuisset, cum de rebus certis, quales sunt, quae ex verbis testamenti apparent, nunquam transigimus, sed solum, si ita videtur, paciscimur.

XII.

Obiectio et refutatio.

Sed obiiciunt forsan aduersarii: Ita non minus certa est causa apertis tabulis ex vestra sententia. Repono. Non vtiq; nam loquitur GAIUS de controuersis ex testamento proficiscentibus, non in genere, de relictis in eo. Quod si enim ea, quae relictæ, certa atque indubia essent, quid opus iurgio, quidue transactione? Sed vult saltem, vt prius aperiantur tabulae, partim, vt ex his appareat, cum quo vel lis inchoanda, vel transactio incunda sit, partim, vt apertis tabulis contingat, vt controuersia oriatur. Non ergo in eum euentum verba testamenti inspici vult GAIUS, vt cuitetur lis vel transactio, sed quia prius lis esse ex testamento non posset. Et quo is, qui vel putabat, sibi quid relictum in testamento esse, vel quod audiuerat ex testibus, vel quod olim testator promiserat, quo denum sciret, cum quo ageret; et an melius sit transactione causam finire, promittebat Praetor inspiciendi describendique testamenti facultatem.

XIII.

Quid ex Iustiniani intentione sentiendum?

Cacterum non omnino nego, forsitan ex IVSTINIANI aetate, hoc GAII caput simpliciter, et prohibitionem habitam ob auctoritatem sanctitatemque vltimarum voluntatum morientium. *Testamentum* enim semper auctoritatem legis singularis familiae obtinuit, imagine populi Romani interueniente. Obsequium vero legibus praestare prima semper ciuium cura. Quid ergo mirum, si et generaliter



neraliter hoc G A I I fragmentum pro prohibitione intellexisset Imperator, qui vellet, ne a legibus familiarum priuatis, vel litigando vel transigendo recederent ii, quos obligatos ex testamento voluerat testator nomotheta. Potius ergo, si quae quaestio controuersa orta de bonis relictis defuncti, prius inspicienda verba testamenti, an ex his veritas exquiri possit, ad quae semper, lite orta, respiciendum, et si ex his forsitan dubitaret, tunc ad transactionem partes venirent. Et ita quoque mihi videtur sententia fori comparata, quae transactiones prius fieri non permittit, nisi inspectis testamenti tabulis.

XIII.

Transactio quaedam non extantibus tabulis in valida.

At quid! si quidem testamentum adfuerit, sed testamenti tabulae amplius non extent, neque ergo inspicere possint, an et tunc *prohibita sit transactio*? Hic equidem facile apparet, G A I I nostri prohibitionem tam vniuersalem haud esse posse, vt omnem transactionem et in hoc themate improbet, sed arbitrator potius, nihil ob stare, quominus iuste transactio fiat. Quod si enim aliunde constet, adfuisse testamenti tabulas, inque iis heredem scriptum legataque varia relictas, non dubitandum, diuersis causis transactiones valide iniri posse de controuersis circa relictas in testamento. At themata distinguenda videntur. Nam si quidem constet, adfuisse testamentum, sed omnes ignorare, quis in eo heres institutus fuerit, licet Titius legatum sibi relictum fuisse probet, tamen neque ipsi agendi ius erit, neque habebit, cum quo transigat. Sicuti enim tunc, cum
igno-

ignoretur heres, causa redeat ad successionem intestatam, legatario, contra eum, qui ex testamento non succedit, actio dari nequit; non enim ex ea lege obligatur, ex qua obligatus esse debebat, si Titio legatum soluendum esset. Deficere enim videtur heres, sicque testamentum quasi destitutum fit, quo simul legata corruunt, teste GAIUS nostro in *L. 17. π.* *si quis Omiss. causa.* Nullam igitur habet controuersiam, super qua transigere potest. At si velit heres intestatus conuenire cum eo, qui ex testamento legatum aliquod petere potuisset, eique aliquid concedere, liberalitas est, quae in se quidem prohibita non est, non vero transactio ea, quae ad nostram causam spectat.

XV.

Transactio valida tabulis amplius non extantibus ex quibus adita hereditas.

Sed si quidem adfit heres ex testamento, quiue adierit hereditatem, antequam vero legatarius legatum sibi relictum esse experiatur, tabulae testamenti intereant, an verbis testamenti haud cognitis liceat transigere cum herede testamentario: et dubitandum non est. Quod si enim ex eo testamento adierit hereditatem, obligatur simul adeundo legatariis fideique commissariis ad legata et fideicommissa soluenda. Si itaque alter probare possit, sibi in eodem testamento relictum esse legatum, cum salua eidem esse debeat actio ex testamento ad legatum petendum, si malit ambages litis dubiumue euentum euitare, transactione oblata consentiat, nulla causa est, quod vim transactioni interpositae negemus. Quamuis quidem testamentum inspicere non amplius valeat legatarius, cum tabulae non extent, tamen

D

antea



antea apertae sint illae ipsae tabulae; atque ex iis apparuerit, quis heres, quem conuenire possit, et sic dubitari non licet, recte de causa dubia transactum fuisse.

De transigendo cum bonorum possessore non extantibus tabulis. **XVI.**

Tandem aliud thema controuersum hoc erit, videlicet, si testamentum quidem testator condiderat, quod et eius morte extiterat, postea interierat, heres vero in eo testamento scriptus, autore Praetore bonorum possessionem obtinuerat, quam concedebat Praetor, si probasset, se in eo testamento heredem scriptum fuisse. Saltem ita testatur **PAVLVS** in *L. unica π. si tabul. test. extab.* Nam et si inquit, mortis tempore tabulae fuerint, licet postea interierint, competet et bonorum possessio; quia verum fuit tabulas extarre. Titio in eo ipso testamento amisso, ex quo Caius bonorum possessionem obtinuerat, legatum relictum erat. Hic Titius iis testibus, qui testamento interfuerant, probare potest, sibi legatum relictum fuisse, et iam quaeritur, an transactionem iniri possit, tabulis non inspectis, cum bonorum possessore? Si dicendum, quod res est, haud ambigendum, utique validam illam fore transactionem, nec **GAIVM** repugnare. Sicuti enim hic de eo themate agit, cum tabulae testamenti extant, ita ad praesens thema extendi nequit. Cum enim bonorum possessor Caius hoc amissum testamentum agnouerit petendo bonorum possessionem, simulque obligauerit se ad omnia praestanda, quae in eo testamento scripta fuerant, si postea Titius legatum sibi relictum in eo probet, dubitandum non est, vtiliter eundem ex testa-

testamento ad soluendum legatum conueniri posse. Habet ergo controuersiam ex testamento. Quod si vero malit, cum dubius sit adhuc euentus litis, an obtenturus sit legatum, transigere super illam litem cum Caio, sane nulla causa superest, ex qua amplius haec impugnari posset transactio.

XVII.

Epilogus.

Apparuit ergo, tabulis extantibus non licere transigere, nisi prius inspectis apertisque tabulis, neque errare forum, si hanc sequatur sententiam, quamuis forsan ex falsa causa; adesse tamen themata, quibus transactio valida, tabulis etiam non inspectis. Neque nego, posse et alia esse themata, in quibus, tabulis non inspectis, tamen transactio fieri possit. Sed nihil addo. Satis est, nos interpretatione vindicasse interpretationem et legis autoritatem, quam praetextu consilii infirmabant docti homines. Et sicut nec quod scriptum iam erat, repetere animus erat, ita vel praetermissa vel addenda sunt, quae diximus; sed Lector Beniuole, iuuenilem laborem, rogo, iudices non ex stricta arte, sed ex aequo, sed ex bono. Quidni huic quid indulgendum aetati iuuenili, vir aliquando meliora forsan dabimus.

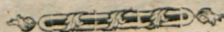
T A N T V M.

PRAENOBILISSIMO ET DOCTISSIMO
IOANNI ERNESTO GOTTLÖB
STIEHLER

S. D. P.

P R A E S E S.

Fateor, me summa cum voluptate animi percepisse, cum me comitem sociumque eligeres, qui in edendo doctrinae atque scientiarum specimine et in reddendis vitae Academicæ bene transactæ publicis rationibus TIBI simul praesto sim. Qui TVAE diligentiae quotidianus fere testis fui, eo lubentius hoc suscepi, quo certius eram, TE vtiq[ue] laudem et gloriam consecuturum. Obtulisti libellum proprio Marte scriptum, nec dubitavi eius defensorem simul agere, cum nihil invenirem quod non aliquo modo defendi posset. Ascende ergo Themidis cathedram, ostende TE eorum numero adscribendum, de quibus non patria tantum cuncta sperat, sed qui nati quoque patriæ videntur. Gratulor itaque ex animo hoc primum premium TVAE diligentiae TVORVMque studiorum, simulque DEVM O. M. precor, velit TE ad ea ducere, quæ ad veram felicitatem TVAM faciunt, Conseruet TE TVOSque Optimos Parentes vtrosque honestissimos antiquaque fide venerabiles omnemque TVAM familiam, quibus simul gratulor et filium et fratrem optime educatum et omnibus scientiis artibusque liberalibus bene exornatum, quo Tumet ipsè diuturna felicitate perfrui possis. Caeterum fac, vt me, quem hactenus amasti, cum nos patria iungit Lipsia, amor perpetuus iungat, TVque me amare non desinas: de me vero persuadeas velim, nihil mihi TVO amore TVAque amicitia suavius vnquam fore, imo nullum officiorum genus futurum, quod non lubens idque sponte TVI causa susciperem. Ita vale feliciter. Dab, Lipsiæ d. XXIII. Mart. MDCCLXVIII.



ULB Halle

3

005 880 491



VD18







18

DISSERTATIO IVRIS CIVILIS
DE
TRANSACTIONE
SUPER RELICTIS IN TESTAMENTO
TABVLIS NON INSPECTIS

Q V O D
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA
P R A E S I D E
D. CHRISTIANO HENR. BREVNING
PROFESSOR. IVR. NAT. ET GENT. PBLIC. ORDIN.
ET SOCIETAT. LITER. DVISBURG.
SOCIO
IN AVDITORIO PETRINO
DIE XXIII. MARTII ANNO MDCCCLXVIII.
PVBLICE DEFENDET
AVTOR ET RESPONDENS
DANNES ERNESTVS GOTTLOB STIEHLER
LIPSIENSIS.

L I P S I A E
EX OFFICINA LANGENHEMIA,



Pri. ~~63~~ num. 1
1768, 26.