

Nr. 44,

Q. D. B. V.

DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA
DE

**TRANSACTIO-
NE, TESTAMENTI
TABULIS NON IN-
SPECTIS,**

Quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

**DN. FRIDERICO WIL-
HELMO,**

CORONÆ BORUSSICÆ, ET ELECTORATVS
BRANDENBURGENSIS HEREDE, &c. &c.

Consensu Illustris Electorum Ordinis

IN ACADEMIA REGIA FRIDERICIANA

PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES

capessendi,
publice defendet

NICOLAUS HERON. GUNDLINGIUS,

NORIBERGENSIS,

Ad d. XXI. April. M DCCII. H. L. Q. C.

Hale, typis Christophori Andreae Zeitleri, Acad. Typogr.

Ill. diss. A
8

8)

DISSENTATION AN DER UNIVERSITÄT ZU LEIPZIG

TRASSACIO

NE TESTAMENTI

TABULIS NON IN

SPEROTIS

ELECTORIS MAJESTATI

REVERENDISSIMO



DR. PHIL. CO. WILH.

HEIMHOFF

CORONAE BORVSIENSIS ET ELECTORATVS

BRANDENBURGICIS

CAESARIS AUSTRIACAE

IN ACADEMIA REPTA LEIPZIGANA

PUBLICITATE

SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIS

PROBATIONE

NICOLAUS HERON GUNDELINGUS

LEIPZIG

1788

8. 2. 1788



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. Superioritas territorialis non fuit incognita antiquis Germaniæ temporibus.

VI. Archi-Ducum Austriæ Titulus Frederici III. tempore demum usurpari cœpit.

VII. Archivum in Controversiis illustrium parum probat.

IIIX. Com-

III. 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 corripit teneatur actione albi corrupti.

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





CAPUT I.
CONSPECTUS.

§. I. Transigendi vocabulum in se facile. §. II. III. Sed obscuratum Doctorum glossis. §. IV. De genere transactionis diversa sententia. §. V. VI. Bachovius notatur. §. VII. IIX. Pacti vel decisionis vox substituitur. §. IX. Et generalissime 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 Jure Consultorum subtilitas. §. XV. Transactio non est contractus innominatus. Wissenbachius defenditur. §. XVI. Nec Nominatus. §. XVII. Quae Disputationes hodie nullius usus. §. XVIII. Transactionis a pacto stricte dicto differentia. §. XIX. Dubium in Jure quid? §. XX. Mos judiciorum culpatus ubi nulla transactio urgetur. §. XXI. Zafii Et Ventur. de Valent. opinio rejicitur. §. XXII. De re certa non transigitur. Paciscimur tamen. §. XXIII. XXIV. Cautela necessaria. §. XXV. Refellitur Guttierrez juramentum commendans. §. XXVI. Huberi observatio cum limitatione admittitur. §. XXVII. Valet transactio re modica accepta. §. XXVIII. Prohibita transactionis species. §. XXIX. Nostra sententia proponitur. §. XXX XXXI. XXXII. XXXIII XXXIV. XXXV. XXXVI. contra communem opinionem Et observantiam,

A

§. I.

§. I.



Transfigendi vocabulum ratione prælucente, & legibus præeuntibus facilis explicationis foret, omnique pene controversia careret, si Jureconsulti rem perspicuam obscura methodo, spinosoque tractandi modo involvere abstinuissent, & naturam rerum confiderantes subtilitates suas paulisper seposuissent.

§. II.

At posteaquam semel perversa consuetudo invaluit, ut nihil rectum putarent, nisi quod secundum Etymologiæ ac Homonymiæ apices probe disceptatum, vel secundum omnes Logicæ acutissimas leges rite 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 transire*; aut an Metaphorica potius significatio attendenda, qua transfigere pro *decidere* usurpetur: an generaliter & late capiendum vocabulum, quemadmodum Cicero epist. 14. ad familiares n. 4. negotium quodvis ad finem quoquo modo perducere transfigere 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. Qu

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 vertas, quasve partes eligas, sine prævia deliberatione vix scias.

§. V.

Multa in his *Reimerius Bachovius* congescit, qui ne *Treutlero* adsentiretur ac *Antonio Fabro*, quos oppugnandos sibi plerumque sumsit, 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 hæc in re offendant Doctores, de quorum opinione etiam attestatur Antonius Delrio ad l. 18. Cod. b. tit. n. 4. add. nota ad Wesenb. b. 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 instruuunt, & de rebus non adeo magni momenti ad pugnam proruunt.

§. IIX.

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; desunt ibi acceptilationum & stipulationum solennitates; 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 fine adjungebatur, 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 tutò 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 demonstratur, aut quod liberum sit textus adversi è Jure Justiniano adferantur.

§. XII.

* (5) *
§. XII.

Non equidem in ea sum opinione, ac si Veteyes Jureconsultos tam exacte omnia definivisse arbitrer: Noti sunt eorum nævi; nota infirmitas; *Accurate non semper agunt & subtiliter inquit Bachovius ad Wesenbecium* 2. 2. sed tamen si qui sint, qui nec nimium acuti esse volunt, aut quærere nodum in scirpo, aut authoritates quasvis contemnere; ii *legem 9. §. ult. b. t.* inspicere possunt, ubi, *pacto transegit, iniquum est perimi pacto*; item *L. 15. Cod. hoc tit. Invere pacti exemplum & sola conventio. L. 17. eodem: litem transactione decisam: de conventionem resiliisse, pacto stari; transactionis placito, exceptionem pacti. l. 28. eod. Transactio interposita est, convenisse te sine scriptura proponis 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 pactiorem, & decisionem vocat Orator simul & Jureconsultus. conf. Duaren. b. tit.*

§. XIII.

Ex quo apparet me non sine ratione supra adstruxisse, etiam decisionis vocem tolerari posse nisi cum *Strauchio dissert. Theor. Pract. 26. apb. 5.* grammaticam mihi litem mouere velis, qui *decessionem* dixit quod nos *decisionem* appellamus. *Neque enim, ait definit litem pronuntiando secundum alterutrum, alterius intentione reprobata, quod est decidere, definire, vel condemnando vel absoluendo: sed formaliter consistit transactio in abolitione litis, seu nuda, ut sic dicam desistentia & abstinentia.* Cui similis *Schilteri ad ff. b. tit. §. 1.* nota est, qui decisionem non ad genus, sed ad effectum transactionis pertinere arbitratur.

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.

Vnum restat vt videamus, an *perversè neget 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* hæ sunt. In contractu innominato pœnitentiæ 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. b. tit. respondit, si causa facti vel traditionis subsit, esse obligationem, ut puta; dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias; hoc (ὁράδαιγμα id est contractum esse, & hinc nasci civilem obligationem. Secundum que Imperatores in lege Cod. de pact. rescripsere, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci, tunc eo jure nos uti, cum pactum nudum est; alioqui cum*
specunia

* (7) *

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

§. XVI.

Reliquis, qui contractum nominatum in transa-
ctione ex *lege 7. Codicis de bis qua vi metusque causa & lege 17. Cod. de fide Instrumentorum* sibi fingunt, cum eo-
dem Wissenbachio dictum velim, transactionem pro-
pter quandam similitudinem, contractibus adjectam
fuisse; non ut exaequaretur penitus, cum exaequatio-
nis fundamentum deficiat, & ut probe adnotavit *doctis-
simus Huberus* materia ad contrahendum habilis. Unde
Wesenbeccius distractum potius voluit, quam contra-
ctum, magis sanus quam alii, qui clarissima verba cre-
pant. Quod autem in legibus ita vocetur, mirandum
non est, cum & precarium nominetur contractus ad-
notante *Bækelmarno ad ff. b. t. §. 2.* quod tamen ab illo-
rum numero communiter excluditur.

§. XVII.

Sed satis de his disputatum est. Per me appelles
transa-

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

§. XIIIX.

Ad rem ipsam accedendum est. Illa incerta esse debet, dubia; & ut à pacto specialiter & stricte dicto ritè discernatur, de pretio simul dando, vel retinendo aliquo conveniendum. Quæ conjunctim sumta transactionis formam videntur constituere. Jam si per ambages ire placeret, ostendendum primò foret, quid Logice dubium, quid moraliter, quid Juridicè. 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 Jure Consulti, de quo vel lis movetur, vel probabiliter metuitur, vel aliqua saltem controversiæ futuræ suspicio adest; vel alia quædam causa, quæ amicabilem compositionem svadeat. Est enim transactionis finis evitare litis molestias, & finire potius, quam inter spem metumque Rabulis se submittere, & si perdendum quidpiam, celeriter potius interire, quam inter perpetuos formularum æstus 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 exulceratus, vafra artes, sine fine ampli-*

ampli-

ampliatio, impendia, avocatio à negotiis melioribus, odia denique, non dubium est, quin vir bonus & prudens multò, si posset libentius sit iturus ad Arbitrum, aut etiam quavis tolerabili patientia tot molestias redempturus. Non improbat Prator, ait *Vlpianus l. 4. §. 1. ff. de alien. Judic. mut. caus. fact. factum ejus*, qui tanti habuit re carere, ne propter eam sæpius litigarct. Hac 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 renunciata ultroneam transactionem inierunt.*

§. XX.

Non itaque probanda est in aliquibus Iudiciis consuetudo, secundum quam rarissime, imo nunquam amicabilis compositio suscipitur, nisi eam urgeat ipse reus. Ad Iudicis officium id pertinet; etiamsi pars nulla inclinatione aut propensione quadam ad concordiam feratur. Pie ac recte *Jodocus Dambouder in Praxi Ciuili c. 19. n. 4.* Hoc omnibus inquit Iudicibus 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 Iudicis sed etiam veri ac sinceri hominis Christiani officium referunt, apostolicam Doctrinam sequuntur, & ad Christi seruatoris nostri ac Pacifici exemplum se componunt, idque imitatione exprimere curant.

§. XXI.

Est enim hic vanum & inane *Vldarici Zafii ad leg. 26. ff. de re iudicata* effugium, qui non decere, sibi persuadet, Judicem partes ad Concordiam disponere, postquam merita causæ didicit; & absurdior multo *Ventur.*

B

de Va-

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 iustam obtineat causam, illi persuadere velit, ut transactionem ineat. Quid enim? An falli nescii sunt Judices? an ab omni errore immunes? an cum publicata iam sententia est, lis statim finita? an cessant remedia suspensiva? an metus litis continuandæ remotus omnis? Miseret me horum hominum, qui dum subtiles esse volunt, & justitiæ famam adfectant ad extremum dilabuntur, aut pertinaces sine ratione, aut forte avari.

§. XXII.

Forma igitur, & fine transactionis, qui litium evitatio est, detectis, permultæ conclusiones de quibus alias Doctores nimium decertant ultro patebunt. Nam si incerta 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 intendunt, 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 *JC. Kilonienses a. 1668. d. 21. Jan. & Francofurtenses a. 1669. d. 24.* sbris Viri Illustres *Strykius & Schilterus* testantur. Hic exerc: ad ff. IX. §. IV. Ille
de Cau-

* (II) *

de Cautelis Conti. sect. 3. cap. 7. §. 2. Sin verò posterius valebit sane conventio, ut aliud quoddam pactum, etiam si ius certum ac indubitatum remittatur. Paciscimur enim de re certa quoque, & tranfigimus de re dubia pretio dato. Quæ duo coniungenda omnino sunt, ne nobis etiam pacta de re dubia fieri, uti supra ostensum, aut interdum pretium intervenire pactis posse objiciant. Nunquam enim in pacto rei incertitudo, & pretium erit simul; quæ genuina transactionis & pacti differentia est, ad quam meum semper reflectere Lectorem velim.

§. XXIII.

Quamobrem valde arrident, quæ laudatus Dominus Ordinarius noster in dubio Cautelæ loco addenda censet, ne dum finire lites volumus novas seramus. Solte auch dero jeyo getroffene Vergleich in allen Puncten als eine Transactio de Jure nicht bestehen können / soll er doch gelten / als ein pactum simplex, oder liberalis Remissio, 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 præscinduntur; neque dubium est, etiam de re, quæ in vim judicati transiit, ita pacisci fas esse, nosque quamplurimis limitationibus tutò carere, quas alii non consideratis his circumstantiis excogitare habuere necessum.

§. XXV.

Sic plane inutile additamentum est, quod *Guttierrez Tract. de jurament. Confirm. part 3. cap. 4.* tam sanctè commendat, ut nempe transactioni super re certa, vel judicata addatur *juramentum*, in hoc falsus, quod no-

vam ex jurejurando oriri obligationem Pontificiorum
more sibi pervaserit.

§. 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 censuisse *Huberum* ex subjecto præjudicio constat.

§. XXVII.

Aliter vero judicandum est, cum quæritur, an 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 pervasdebit *Gilkenius ad leg. 8. Cod. de Transact.* Habemus *D. Marci orationem*, quam *Leg. 8. ff. b. tit. Ulpianus* adducit, in qua modico accepto transactionem de alimentis invalidam pronunciare veretur, dummodo auctore Prætore facta esset. Quod sane fieri non potuisset, si modicum & nullum in eadem semper classe reponendum 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.*

§. XXIX.

* (13) *
§. XXIX.

Quibus observatis facilius quæstionum illarum excusio 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 confusè recensentur.

§. XXIX.

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

§. XXX.

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

§. XXXI.

Quod dum profiteor temperare mihi non poterò, 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 sequi cœcos, quo pes fert, aut ampliationibus
Causidicorum confidere, qui Pragmaticorum suorum
dumetis inerrantes satis habent, si absconam quandam
quæstionem, vel ampliationem deprehendant, aut pro-
lixum ex Hispania & Italia nomen venentur.

§. XXXIII.

Bartolum, Baldum, Odofredum, Jasonem propter mille
annos veneramus; sed rationes eorum examinamus.
Judicia in quibus ad leges simul, & naturalem æqui-
tatem respectus habetur, ea qua par est observantia, co-
limus; Ea vero ubi

Pistor qui fuerat diu.

Nunc causas agit, & ducenta querit

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

§. XXXIV.

Habemus iam Viros Magnos & acres, quibus mi-
fera & è communibus opinionibus consuta Jurispruden-
tia incipit displicere; quibusve non poterit non no-
strum probari institutum, quo capitalem in transacti-
onis materia errorem in apricum producere allabo-
rabimus.

§. XXXV.

Nam leges quas producunt adversæ sententiæ
Patroni non probabunt quod intendunt. Confirma-
bunt eæ dem nostras ad sertiones potius, & ubi res du-
bia, ubi pretium simul conventum valida transactio-
nis placita declarabant iis, quibus veritas pro Autho-
ritate, non autoritas pro veritate sufficit.

§. XXXVI.

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

strabimus, examinaturi causarum momenta ac pondera, quibus confidunt, ne se frustra refutari, aut laecrari intempestive conquerantur.

CAPUT II.

CONSPECTUS.

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

§. 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*

6. ff. de Transact. De his controversiis quæ ex Testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis Testamenti. Cui lex 1. D. Testam. quem adm. aper. statim subjicitur, cujus laciniæ id quod in priori accisum magis est, aperitius declarare & majori lumine videntur illustrare.

§. II.

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

§. III.

Ad ampliaciones ergo atque extensiones prolapsi, quæ consveta Doctorum methodus est, id egerunt, ut plures conclusiones è 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 à *Bachovio* in protis hoc tit. cap. 2. §. 5. appellatus, jejunus à *Vinnio*, quest. 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

tiam

tiam ad Codicillos pertinere, quia ut floridissime rem exprimit *Glossa*, codicilli se habent ad Testamentum, sicut scapha ad navim. add. *l. fin. Cod. test. quem. aperiantur.* De Testamento Nuncupativo, quia verbis ore prolatis absolvitur, nihil duxere monendum. Postea vero, cum viderent ejusmodi testamentum probationis gratia in scriptis sæpe redigi, tam necessariam inspectionem voluere, ac est in iis, quæ primum scribuntur. Sin nudis verbis & voce tantum nuncupatum foret, hanc constitutionem κατὰ τὸ ἐπιτόν 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. tb. IV. lit. E.*

§. VI.

Quod ipsum tam rigide observarunt, ut nec ipsi Judici facultatem aliter pronuntiandi concesserint; fatuumque appellaverint, qui non inspecto testamento, à 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 auctoritatem vinculis colligatam noluerunt, depexi propterea à *Jasone in cit. l. 6. col. 2.* qui mirari se istum errorem dixit, cum aper-tissima 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,*

C

mul-

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

§. IIX.

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

§. 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 Jure Romano favor est, ne occultentur aut supprimantur.

§. X.

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

& modicum forte præsens pro relicto alicujus momenti, quod ignorant accipiendum, per legem *8. ff. de Transactionibus. Vinnius quest. j. 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. Fœminis lugere honestum est; viris meminisse.*

§. XII.

Unde Juris naturæ esse dicitur, ut testamentis & ultimis voluntatibus hominum authoritas sua constet, iisque fides habeatur, sed quot testes à testatore adhibendi sint, ut testamento credi tuto possit, constitutioni humanæ relictum est: *Horn. Phil. Moral. 4. c. 3. 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 epta aliquibus visa fit, fundata tamen, secundum ejus opinionem, in D. Marci Oratione est, qua in senatu recitata effecit ut ne super alimentis testamento transigi possit sine Prætore. *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. I.* quemadmodum servus Reipublicæ causa abesse *non potest*, quum natura servitutis in privatione libertatis Quiritium consistat & mortalitati fere comparetur *l. 209. eodem.* Fœminæ judices 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 detrahet.

§. XVI.

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

§. XVII.

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

§. XVIII.

Nec dubito, quin ei hic rursus addendus sit *Vinnius quest. Juris l. cit.* qui in nostra controversia ad Græcos provocat Caji sententiam rectissime sic reddentes: περι τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἔχόντων ἕτε διαλύεσθαι δυνατόν, ἕτε τὶ ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων.

§. XIX.

Cui addi posset commune alias Jureconsultorum nostrorum adsertum, 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 excutiunt, & ex earum visceribus dissonantiæ querelam dissolvunt.

§. XX.

Quæ magis adhuc speciosa evadunt, si quod alii audacter affirmant, dicatur, gaudere adhuc hodie Jureconsultos interpretandi potestate, communemq; 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 b. l. §. 4.*

§. XXII.

Quibus in speciem præmissis, nihil reliquum existimarunt communis sententiæ Parastatæ, quam ut limitationes suas adderent ne quid in concinni ipsis obijci posset, aut cum analogia juris directe pugnans. Addunt ergo hæc omnia obtinere tum demum, si modo tabulæ possint inspicere: 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 æstimationem, & 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 intellectu oculo conspexerint verba.*

§. XXV.

Hartmannus Pistoris vero *Observ. 132. l. 42.* tam facilis est ut hæredem ab intestato audiendum non esse statuat, qui cum hærede scripto transegit, si postea se legatorum exsolutioni in suum comòdum 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. *Struvius, 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 tamen

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 à Fideicommissariis contra expressam Testatoris dispositionem renunciari posse, si in simplicis remissionis terminis subsistatur. Vid. *Petr. Mulleri addit. ad Struv. b. tit. exerc. 6. §. 57. lit. E.*

§. XXIX.

Ex quo satis patere arbitror, quam sollicita eorum cura fuerit, qui communem illam de rebus testamentariis non inspectis Tabulis prohibitionem fategerunt defendere, ac stabilire. Vidimus leges, percepimus rationes, cognovimus extensiones, didicimus 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 er das Testament gesehen und gelesen / auch was ihme darinn vermachtet 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, constet e. g. Nachdem mir glaubhafte von denjenigen Personen / so das Testament selbst gelesen / berichtet / daß der Testator mir darinnen sein Bohn-Haus
ver-

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

§. XXXII.

Mereretur materia ut Facultatis Francofurtanæ responsum subjicerem, nisi in eruditissimo de cautelis Contractuum Tractatu *sect. 3. cap. 7. §. 7.* Illustris Strykius id tibi exhibuisset, nec mihi ad dissentientium momenta ac rationes properandum foret: & quid mihi videatur dicendum.

CAPUT III.

CONSPECTUS.

§. I. & II. *Æmylius Ferretus, Jacobus Cujacius &c.* communem opinionem oppugnant. §. III. *Triboniani imperitia ac precipitantia.* §. IV. *Commentarii antiquorum suppressi.* §. 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, Antonii Fabri interpretatio commendatur.* §. XIIX. *Gerhardus Nood laudatur.* §. XIX. XX. XXI. *Cujus sententiæ 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 pandectis posuisse credunt, transactionem nullam esse

D

esse

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

§. II.

Non enim uti communiter fieri solet, ex discerptis & male laceratis textibus, aut quibusvis legum apparentiis 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 millibus Voluminum confusam Jurisprudentiam brevisimo 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 phalaris cupidæ legum Juventuti ad nauseam commendato.

§. VI.

Quæ astutia eum habuit successum, ut primis temporibus, cum inscitia ac barbaries adhuc regnaret, & historiarum, lingvarum, 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 deprehenderet.

§. VII.

Ex quo demum nova pernicies; novique mali species emerfit. Antiqui enim Glossatores, quibus iudicium sæpè 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 vas effinxere, ex diversorum 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, cautelæ Doctorum, quibus ita acquieverunt reliqui, ut basiarent & exoscularentur dicta, quod peregrina essent ac nova: donec efflorescentibus undique litteris, Goveani exurgerent, Antonii Augustini, Balduini, Duareni, Cujacii, Hottomanni, quibus melior mens, major rerum Romanarum cognitio, amplior libertas spissam ex oculis caliginem absterfit.

§. IX.

Itaque labascere Triboniani authoritas 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 Scævola, Ulpiani, Marcelli, Neratii, Modestini Responsa. &c. Balduinus Scævola prodebat; Jacobus Lectius Macrum & Modestinum; Jacobus Labittus vero indicem legum omnium confecit, in quo singulæ ad Iureconsultorum libros, referuntur; Qui labor in ἀποσπασματῶν 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 avulsum titulo in locum plane alienum imperite transmisit Tribonianus. Utique si ejus inscriptio capitis expendatur, 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 quicunq; 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.

Sic verissime Cajus. In hoc saltem diversus est Cujacius in *l. 1. § 6. b. tit.* ab aliis, quod *L. 1. testamenta quemadmodum aperiantur*, ad transactionem Judicalem 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. b. 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 tuenda 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 cognitivisve verbis Jure Civili transigi possit: & si facta sit transactio, an infirmetur Jure Ciuili? Minime. De eo enim nihil edixit Prætor. Id inquiunt, vult Cajus, Edictum a Præto summa ratione proponi. Quippe eò spectare, ut omnibus, quicunque desiderant, testamenti tabulas inspicere, vel describere fiat inspiciendi de-

di 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. Id enim non cogitavit Prætor: Utique de eo verbum non addidit; neque adeo potuit Cajus ejus interpretes nisi desiperet, dicere.

§. XVII.

Proinde si ex Caji mente, ut debet, cum verum quæritur, explicanda sit, sive *lex I. 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 *Sbiffordeggerus in Disp. forens. ad Ant. Fabr. l. 2. tract. 25. quest. 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 Interpretibus, ut*
ea sit

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

§. XIX.

Cui ultimæ sententiæ ac explicationi omnino accedo, quam omnium optime acutissimus apud Belgas IC. Gerhardus Nood in suo *Iulio Paulo* cap. 7. proposuit; cuius 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 factis.

§. XX.

Nam quæ quæso necessitas urfit legatarium ut ad transactionem procederet, testamento nondum inspecto? Suppressum inquis fuit & occultatum. Atqui, poterat ille petere 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 conqueri 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, que 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.

At cedò legem, aut constitutionem, aut Juris Regulam. Nulla in tota antiquitate extat nulla è naturalibus principiis eruitur, qua transactio de controuersis ex testamento proficiscentibus utique bona fide facta improbetur ideo, quod facta sit non inspectis testamenti tabulis.

§. XXIII.

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

§. XXIV.

Nec iuvat, 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 resiluisti: quemadmodum & de illa re ignorantiam prætexere non potes,
E
quam

quam nova instrumenta saltem majori luci exposue-
re.

§. XXV.

Itaque solus *Cajus* obstat, ad quem omnes suos intendunt digitos; sed non obstaret, si *Cujacium*, *Antonium 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 transactionibus* tantis ambagibus veluti illustris quædam exceptio fuerit commendata; curque uno dato absurdo plura fuerint admissa. Carere potuissemus tuto omnibus illis extensionibus, quas ex cogitarunt, & rationibus quas magno hiatu explicarunt, de casu seu chimæra solliciti, quam in legibus non inveniunt; nec quantum conjicio in Romanorum praxi.

§. XXVII.

Quod clarius elucescet, si nunc uti animus est allegatæ Doctorum objectiones & momenta excutiantur.

CAPUT IV.

CONSPECTUS.

§. I. II. Ostenditur ex favore ultimarum voluntatum ad prohibitionem *Transact. tabulis non inspectis non valere consequentiam*. §. III. IV. V. Testamenta non esse *Juris Naturæ*; sed *positivi*. §. VI. VII. Germanis nulla testamenta. §. VIII. IX. X. Ratio *Vinnii* de favorabili Testamentorum exitu oppugnatur. §. XI. XII. Argumenta *Legum*. §. XIII. XIV. XV. XVI. Ratio *Schilteri* sine inspectione rem incognitam esse rejicitur. §. XVII. Nulla *emphasis* in verbis: Non potest. §. XVIII. XIX. XX. Triboniani *jaclantia* inanis. §. XXI. Ego hallucinationes ex *Veterum* fragmentis agnoscuntur. §. XXII. Non *omnia* In *Corpore Juris Civilis* sunt *leges*. §. XXIII. *Lex fin. Cod. de Rebus* & *ed.*

bus cred. explicatur. §. XXIV. Grecorum fides. §. XXV. Communis §. Ctorum consensus non est lex. §. XXVI. Quoad nostram controversiam communis consensus negatur. §. XXVII. XXIIIX. Communes opiniones quanta efficacia. §. XXIX. Nec communis observantia est lex. §. XXX. Observantia variantes. §. XXX. XXXII Ratio nostrae intentionis. §. XXXIII. Cur nulla præjudicia allegata? §. XXXIV. Dissertat. Conclusio.

§. I.

Primus Doctorum color ille fuit; Testamentorum favorem tam severam Triboniano prohibitionem expressisse, ne occultarentur tabulae 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 technas 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 aperiuntur: 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

E 2

dicitur,

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 dissensiones 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 Illustris 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 natura 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-

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 recipitur, 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 hæredem? 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, communia, 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 eos 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 senectus, nec ulla orbitatis pre-*

ris pretia. Quæ ultima verba moverunt virum eruditissimum Georgium Beierum, JC. 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, utut verissima dicerentur, nihil tamen adversiæ parti accedere posset, etiamsi concederemus, testamentis de Jure Naturæ favorem competere. Vacillaret enim adhuc consequentia; testamenta de Jure Naturæ favorem habent, ergo de iis transigi bona fide nequit, non inspectis tabulis.

§. IIX.

Unde etiam sponte sua, quam *Vinnius* attulit, ratio corrui; publice interesse ut ultima hominum judicia exitum habeant. Quid enim sodes, addit transactio illis judiciis, quid detrahit? Quod si omnem de testamentis transactionem rejiceres, majus torte argumentationi tuæ inesset pondus: sed iis inspectis ac visis concedis; imo scientia aliunde hausta factam decisionem aut pactionem approbas. Quid ergo te impedit, quo minus ommissa inspectione eandem facilitatem ostendas? Lex *Caji*? At illa alia omnia loquitur. Doctorum opinio? Ast ista erronea est nullique fundamento probabili superstructa.

§. IX.

Tædet me rationum male cohærentium. Nesciunt sane Doctores quid loquantur. Circa gratuitam remissionem non visis ac consideratis verbis testamenti nihil movent; illamque validam esse posse permittunt. At si hæc ratio aliquid firmi in se contineat, etiam 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 prohibitione Transactionis de Alimentis futuris ab *Vlpiano* 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 prohibitione putavit *D. Marcus*, ita in aliis transactionibus metuendum non est.

§. XII.

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

enda,

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

§. XIII.

Quæ tamen missa facio, quia nec corrigi possunt, sed relinqvenda fati 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 fit. 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 relinqvunt 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 improbabiliter. Quod ipsum dubitare in jure est. Tu vero si velis ostende propter metum litis, 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 ve-

in veritatem? ut transigas? Atqui ubi veritas in apri-
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 transigit, quod sibi imputet.
Nulla hic Reipublicæ salus versatur: nullum onus in
eam devolvitur. Remittere si potest gratis impruden-
ter, poterit etiam transigere imprudenter. Audi *Schif-
fordeggerum l. cit. Nihil, prohibet quo minus quis de eo tran-
sigt, quod sibi testamento relictum est, etiamsi quale, aut quan-
tum sit ignoret. Absurdum siquidem est, eum qui totum re-
mittere potuit donationis causa, parte debiti contentum esse non
posse, re adhuc incerta.*

§. XVII.

Quamobrem frustra se sollicitum præbuit idem
Schilterus in detegenda Emphasi verborum *Caji*: Non
potest transigi. 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
sit, aut exclusiva significatio.

§. XIIX.

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

F

eum

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

§. XIX.

Rēs 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 notissi-

tissi-

tissimum assertum, Imperatorem esse Dominum mundi.

§. XX.

Digna gravi Jureconsulto verba sunt Bachovii *ad Tr. Vol. 2. Disp. 13. Thes. 4. l. I. K. Jam pridem, ait; Tribonianus erroris, ne quid gravius dicam convictus est, & recte Cujacius puerilem heresin persuasionem illam appellat. Indignum scilicet est homine erudito, Imperatoris praesertim Latini, & Graeci ita serviliter jura tractare. Ingeniorum hoc videtur imbecillitati damnatorum; & infra praestantiam 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 saepe ut colorem faceret, novis suis constitutionibus ipse sibi consinxit, 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 saepe nec legem dare voluisse, sed aliquod saltem relinquere ex antiquis excerptum, quemadmodum in *Langii Polyanthea* ex oratoribus Poëtis Philosophis, quaedam 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 praecipis; nemo denique id quod in *l. 6. de transactionibus* dicitur aliter capiet, aut saltem capere potest, quam intellexit Cajus,

ex cujus libris est, nisi apertius Tribonianum de si quis-
se velis adserere.

§. 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 restituere fuisse coactum, quia *jusjurandum species transactionis est*; De testamento relictis vero non licere transigere, verbis testamenti non inspectis. Aliam jam in ipsa lege celebratissimus *Strauchius 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 è Græcis allegata nihil aliud ostendunt, quam illa *Caji* $\epsilon\delta\eta\ \delta\iota\alpha\lambda\upsilon\epsilon\sigma\theta\alpha\iota\ \delta\upsilon\nu\alpha\lambda\omicron\upsilon\gamma$ eodem modo interpretari fas est, quam illud decantatum: *Non potest transigi.* Quod si vero aliud quid voluissent *Basilica*, applicarem hic ea, quæ illustris *Stryckius* alibi de Græcorum fide dixit, in *additam: tract. de cautelis contractuum* p. 701. Sane quam *Tribonianus*, inquit, in *Veterum jureconsultorum libris* ad genium seculi *Justiniani* adaptandis sibi sumsit, *Interpolandi licentiam*, illam longe arrogantius sibi sumfere *Græcæ 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 *Basilici* 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 Disp. 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 est, Ego vero ut scias id plane nego; vidimus quid *Ferretus, Cujacius, Balduinus, Labittus, Strauchius* alique sentierint, quid *Antonius Faber, & Noodius* observaverint; nisi quidem è 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 multitudine eadem chorda, iisdemque fidibus ludant.

§. XXIX.

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

tbes. 8. huc referre : *Communibus opinionibus ad rationem Juris Romani exactis plus aequo tribuit: vel quia in exquirenda veritate numeri rationem habere rectum non est; neq; 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 sit hac sententia, ut pleriq; 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 fit 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 admisi 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 impediat.

§. XXX.

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

liter in Marchia, in Pomerania aliter, aliter in Suevia sæpe pronunciatur. Tu videsis quomodo hic consonantiam exculpas. Ubivis rationes sunt, leges citantur, Doctores allegantur; Hic Mevius est, illic Carpzovius; hic Gailius; illic Klockius, & si septem desideres nomina, invenies 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 auctoritates; leges ipsi inspeximus, & quod repertum a nobis est, enunciavimus, nostris oculis plus fidei attribuentes, quam aliorum testimoniis, quæ ex cæca imitatione profluxerunt.

§. XXXII.

Hac ratione limitationes a Doctoribus excogitatae sua mole concident; Non opus erit illorum cautelis ac ampliationibus, quæ ex falsis interpretationibus, ac ratiocinationibus augmentum cepere. Quod si tamen ii qui in foro versantur, ubi communis opinio regnat, eo apparatu iisque subsidiis uti velint, ii, per me licet, iis omnibus utantur, dummodo non credant ex *Leg. 6. de transactionibus* eas necessario deduci doctrinas.

§. XXXIII.

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

* (43) *

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

§. XXXIV.

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

F I N I S,

* * *

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.



Coll. class. A. 284, musc. 8