

20
G. 30. num. 3. ~~Sta. 5~~ 17

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
DE
AMICABILI COMPOSITIONE,
ET IN SPECIE
DE TRANSACTIONIBUS,
NEC NON
DE DIFFERENTIIS,
QUÆ INTERCEDUNT
INTER
TRANSACTIONES ATQUE PACTA REMISSORIA,
QUAM,

88
SUB AUSPICIIS
ACADEMIÆ RECTORIS MAGNIFICENTISSIMI,
SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI,

DN. FRIDERICI,

HASSIÆ LANDGRAVII, RELIQ.
AUTORITATE ATQUE DECRETO
INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ IN CELEBERRIMA
MARBURGENSI ACADEMIA

PRO LICENTIA,

SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES ATQUE
PRIVILEGIA LEGITIME CONSEQUENDI,
MAGNIFICI ACADEMICI SENATUS PUBLICO EXAMINI

SUBJICIT
DIE XXI. SEPTEMB. ANNO. MDCCXLI.
JOHANNES CHRISTIANUS ZINK,
STUTTARDIA - WURTEMBERGENSIS.

MARBURGI CATTORUM,
TYPIS PHILIPPI CASIMIRI MULLERI,



DE JURE INSAURARIUM JURIDICA
AMICABILIS COMPOSITIONE

DE TRANSACTIONIBUS
D. DR. PHILIPPI CASIMIRI MULLERI

QUE INTERCEDUNT
INTER
TRANSACTIONES ATQUE PACTA REMISSORIA

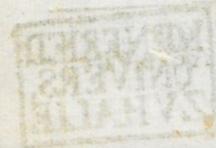
ACADEMIAE RECTORIS MAGNIFICENTISSIMAE
SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI
D. N. FERDINANDI VI

HASSIAE LANDGRAVIAE RELLIO
AUGUSTISSIMAE ATQUE DESERTISSIMAE
INCLYTAE FACULTATIS JURIDICAE IN CELLENBERGIA

PRO LICENTIA
SUMMUS IN UTROQUE JURE HONORIS ATQUE
REGALIA LEGITIME CONSERVANDI
MAGNIFICENTIAE ACADEMIAE SENATUS PUBLICI EXAMINI

SUBJICIT
DIE XXI SEPTIMAE ANNO MDCCCLII
JOHANNES CHRISTIANUS ZINK

STUTTGARDIAE - WURTEMBERGENSIS
THE MARBACHSCHEN BUCHDRUCKERIE
PHILIPPI CASIMIRI MULLERI



VIRO ILLUSTR,
CELEBERRIMO FCTO,

**D. JOH. ULRICO
CRAMERO,**

POTENT. SUEC. REG.

ET HASS. LANDGR.

**A CONSILIIIS AULICIS,
PROF. JUR. ORDIN.**

IN ACAD. MARP.

NEC NON

PRO TEMP. JUR. ORD. DECANO,

PATRONO ATQUE FAUTORI SUO

AD ARAS USQUE

PIE ATQUE SUBMISSE COLENDO.

VIRO ILLUSTRIS
CELEBERRIMO PTO.

D. JOH. ULRICO
GRAMERO,

POTENT. SUEC. REG.
ET HASS. LANDGR.

A CONSILII AULICIS.
PROF. JUR. ORDIN.

IN ACAD. MARP. ILLORIS MONTEN-
SINO, QUOD TA-
SIC NON
PRO TEMP. JUR. ORD. DECANO.
PATRONO ATQUE PATRONI
AD ARAS USQUE
PIE ATQUE SUBMISSA COELENDO.



VIR ILLUSTRIS!

Vix quidem apud omnes omnem temeritatis
maculam effugio, dum has vilioris momen-
ti pagellas TANTO NOMINI INSCRIBO, quod ta-
men pietatis ductus me iterum iterumque facere
juber. Uti enim ante exiguum temporis spa-
tium, certe felicissimo fidere, inter reliquos
TUOS auditores fidelissima æque ac solidissima
TUA sum gavissus instructione: ita nulli eorum,
quibus TANTO JCTO, multum supra meas cun-
ctas laudes posito, uti contigit, submissarum

AUTOR

);(3

gratia-

gratiarum studio cedam. Nec satisfacisse huic
meæ gravissimæ obligationi mihi videor, ubi
privata gratiarum actione contentus forem: im-
mortales TIBI debeo, immortales publice per-
solvam. Quare, cum flagranti huic desiderio
præsenti occasione oblata minime obluſtari pos-
sim, permittas, VIR ILLUSTRIS, ut Amplissimo
Nomini TUIO has primitias meas dicatas atque
submisſe conſecratas eſſe velim, utut eas utique
Tanto Ornamento indignas judicem: Suscipias
iſtas pro TUA eximia benevolentia, ac dimetia-
ris hanc meam audaciam potius ex animi pietate
quam ex ipſo facto. DEUS T. O. M. cujus
nutu omnia gubernantur, TE, VIRUM ILLU-
STREM per plurimos annos in unanime totius Or-
bis literati votum ſalvum incolumenque conſer-
vet, atque Te in perpetuo incremento ſplendoris
ampliſſimi contueatur, id quod ardentè preca-
tur, TIBI,

VIR ILLUSTRIS,

*Ad perpetuum atque ſubmiſſum
cultum addiſſimus,*

AUTOR.



Q. D. B.

SECTIO PRIMA.

DE

LITIS DECISIONE CONVENTIONALI.

§. I.

Causa est negotium, quo obligationes contrahuntur; jura adquiruntur.

Duo inde ad causam constituendam faciunt, primo, quod negotium quoddam adsit, & secundo, idem aptum sit obligationes atque jura constituendi. Consentit hæc causæ definitio cum illa, quæ in *l. 23. de Verb. Signif.* occurrit: quare *GORDIUS in Comment. ad Tit. de V. S.* legem hanc explicans sub rei vocabulo ejusdem substantiam, jus obligationis & actionis intelligit: differte insuper lex laudata indicat, ibidem rei vocem substantiam ejus, causam atque jura in se complecti; subtracta ergo rei substantia pro notione causæ obligationes atque jura negotio inducta remanebunt.

A

§. II.

§. II.

Certum in Jure vocatur, ubi constat, quid, quale, quantumve debeat. *Causa certa* est, cujus negotium jura & obligationes certa: *incerta*, cujus negotium obligationes & jura incerta.

Negotium sub factorum genere continetur, facta vero maxime dubio atque incertitudini subiecta sunt; deinde, licet factum quoddam intercesserit, ambiguum fortean est, quanam obligatio ex illo nata sit, & per consequens, quid alter negotii nomine ab altero possit exigere. Leges quidem in se certae sunt, atque sic ex earum atque negotii distincta cognitione jura atque obligationes negotii determinari possunt, quae ex illo, seu fonte, securiunt: nihilominus tamen ob diversas interpretationes Doctorum obligatio per se quidem certa fieri potest incerta, utut negotium in se clarum atque evidens sit; qua de re *in l. 1. de Trans.* transigentes super re incerta & quasi dubitata convenire dicuntur, bene quoque Non de Pactis atque Transact. cap. 3. animadvertit, ob *juris & facti* ambiguitatem litem metuentem esse.

§. III.

Causae ideo contrahuntur, quo jura adquiramus; (§. 1.) nemo tamen jus ab altero sibi quaerere potest, nisi determinatum sit, quid petat, quod deest causae incertae: (§. 2.) actu ergo opus, quo jura & obligationes negotiorum incertorum determinentur, atque constet, quid alter alteri causae incertae gratia praestare teneatur.

§. IV.

Actus, quo jura litigantium determinantur, *litis deciso* vocatur: lis tunc existit, quando alter contendit,

dit, jus sibi ab altero deberi, quod alter eidem abnegat.

§. V.

Causa certa non indiget litis decisione: (§. 2. 4. & 3.) *causa incerta non consequitur finem absque litis decisione* (§. 3.).

§. VI.

Conventione causa incerta decidi potest. Conventio est mutuus consensus in idem præstandum, quo si igitur litigantes sibi promittunt, quænam alter alteri ex causa incerta velit præstare, conventio adest, qua mediante determinantur jura & obligationes ex causa incerta; jam actus, quo litigantium jura atque obligationes determinantur, litis decisio vocatur, (§. 4.) *conventionem itaque causam incertam decidi potest*.

Propterea quidem judicia eriguntur, quo in istis causæ voluntariæ publicam auctoritatem obtineant atque fidem consequantur, & præterea litigiosa negotia vi jurisdictionis decidentur: at, quis adeo in ordine judiciario hospes, qui inficias eat, eundem cum nimio temporis tractu, expensarum erogatione, ambiguitatem victoriæ, aliisque injunctum esse incommodis? Reipublicæ autem interest, quo lites, quam primum fieri potest, dirimantur, quare his impedimentis januæ clausæ sunt litis decisione conventionali introductæ, per quam absque strepitu forensi aliisque judiciis ambagibus controversiæ componuntur.

§. VII.

Litis decisio conventionalis, absque judicis auctoritate facta, *amicabilis compositio* nominatur.

Vim quamcunque, etsi justa sit, ceu imperfectionem nobis repræsentamus, amicus vero omni modo nostram intendit atque promovet perfectionem, hinc

eum vix amicorum numero habemus, qui mediante iudicis potestate jus a nobis exigit. In restrictiori significato compositio amicabile sumitur de conventionibus super rebus Religionem concernentibus, quod defectui specialioris denominationis magis attribuendum esse puto, quam ut arctioribus includam limitibus amicabilem compositionem: sane non raro peculiare species in Jure exprimuntur generalioribus nominibus, ubi specialiores desunt denominationes, uti factum in materia de Possessione, Adoptione, Actionibus &c. Sane §. 110^{um} *Recess. Imp. noviss.* omnes accipiunt de amicabile compositione, in quo tamen ad eam referuntur alle dienstliche Mittel und Wege, wodurch die Partheien von einander gesetzt, und alle Kostspältige Rechtfertigungen verhütet werden können.

§. VIII.

Arbiter est, qui causam litigiosam secundum regulas ordinis judiciarii ex compromisso litigantium dirimit; decisio ejus *laudem* vocatur. *Arbitrator* ex mandato litigantium causas litigiosas absque cognitione iudici prescripta componit; decisionem ejus *arbitrium* nuncupare solent.

Hoc modo discernere poteris arbitratorem a proxeneta; hic inservit negotiis contrahendis atque conciliandis; ille eadem reconciliat atque litigiosis interpositione arbitrii finem imponit: per inconstantiam tamen loquendi arbitrator cum proxeneta iterum iterumque confunditur.

§. IX.

Laudum atque arbitrium ex compromisso pariter feruntur, quod quis autem per alium vult fieri, ipse id fecisse dicendus, quare per laudum atque arbitrium causæ conventionem litigantium deciduntur abs-

absque jurisdictione : *laudum atque arbitrium ergo species amicabile compositionis constituunt.* (§.7.) l. i. de recept. arbitr. l. i. C. de Jurisd. omn. Jud. & for. comp.

§. X.

Laudum fit antecedanea causæ cognitione, quæ arbitrum in ordinem judicarium attendere jubet, (§. 8.) *hinc si de meritis causæ non nisi ea penitus inspecta constat; laudum præponendum arbitrio, quod absque tam solide instituta cognitione fertur: (§.8.) Ubi autem qualitas causæ satis adperta, vel res sit vilioris momenti, laudo anteponendum arbitrium, temporis atque expensarum prodigo, in compensationem laboris arbitro faciendarum.*

§. XI.

Quoties sine maximis impensis judicem ordinarium adire nolumus, vel ob judicii nimis remotam distantiam; dubium jurisdictionis fundamentum; temporis dilationem; partium studii suspensionem, a strepitu judiciali reclinamus: toties de amicabile compositione solliciti sumus. (§.7. & sch. §.6.)

§. XII.

Arbiter atque arbitrator ex consensu litigantium jus dicunt (§.8.), sicque potestate publica atque auctoritate, proinde jure exequendi destituuntur, (§.7. & 8. 9.) *in causis igitur executioni proximis per compendium temporis ad judicem ordinarium confugiamus.*

§. XIII.

In antecedens consentiens, consentiat in consequens, utur inde quis causa laudo vel arbitrio finita plane excidat, nihilsecius ipsis standum: nec semel

facto compromisso penes litigantes positum est, quænam in specie sibi ex causa incerta dare, facere & remittere velint.

Instas forsan, a laudo ex inimicitia vel per sordem pronunciato, ab arbitrio reductione ad boni viri arbitrium tamen recedi! At responderetur, nunquam in dolum arbitri arbitratorisve litigantes consentire. Quæ de arbitris hic dicta, cave ne omnia promiscue intelligas de Austregis; horum enim alia est ratio, quin imo, cum post Ordinationem Cameralem in necessitatem abierint Austregæ, atque iudices primæ Instantiæ passim in legibus Imperii nuncupentur, illorum potestas non ex compromisso partium unice derivanda; quocirca ipsis etiam a nonnullis jus exsequendi adjudicatur, quod facere amant LYNCKER *de grav. extrajud. P. II. cap. 3. §. 57. n. 2.* TEXTOR *Dis. 3. ad Recess. Imp. nov. §. 84. in dubio hæret SCHWEDER in Compendio Juris Publ. Parte Spec. S. II. §. 16.* Ubi tamen plures vias, prolixum in modum in Supr. Imp. Cam. Jud. Ordinatione definitas, pervestigamus, ex ipsa Austregarum iudicii constitutione atque natura concludendum, in plerisque casibus Austregas jure exequendi destitutos esse. Verum hæc nimis a scopo præsentis deviant, sat quoque ampli sunt Scriptores Camerales ad Tit. de Austregis, atque SCHUBH. *Tract. sing. de Austregis.*

§. XIV.

Transactio est conventio super re dubia & causa incerta, qua lis dato, retento, seu remisso componitur.

Transactio fiat mutuo consensu, in litigiosis vero alter ab altero jus sibi quærit, quod idem alter ipsi denegat: (§. 4.) inde consensus mutuus in transactionem non concipitur, nisi eum sub motivo dati, retenti, remissi vel promissi a se invicem controvertentes impetrent,

rent, seu alteruter alteri jus gratuitum remittat, quod remissorium pactum (§. 22.). Nulla inde transactio sine dato remisso retentove concipitur. l. 38. *Cod. de Transact. atque ad eandem* BRUNNEMANN. n. 1. l. 1. *de transact.*

§. XV.

In transactione lites finiuntur dato atque retento, inde utrique concertantium ex causa per transactionem composita aliquid saltem remanet, contra in laudo atque arbitrio adquiescendum est, utut alteruter integra ceciderit causa; (§. 13.) quam ob rem, si fundamentum juris nostri admodum dubium, *transactio pinguior erit, quam ut causam arbitri arbitratorisve committamus iudicio.*

§. XVI.

Accedit & alia ratio in casu paulo specialiori transactionem consuadens præ laudi atque arbitrii decisionem: dantur scilicet res, dantur etiam jura, quæ pro alio atque alio possessorum statu atque vitæ conditione majorem ipsis præbent utilitatis fructum, quam quidem alii eadem detinentes ex iis perciperent: quare, si lis de ejusmodi rebus agitur, illorum remissione atque translatione absque damni sensu alteri plus concedere atque conferre possumus, sic crescente dandi ac remittendi motivo, eum ad remittendum promptiorem, ad dandum liberaliorem nobis conciliamus: cum e contrario, semel facto compromisso in arbitrum arbitratoremve, non amplius penes litigantes fit, quid sibi in specie dare atque remittere velint, (§. 13.) *ut ideo hoc in casu transactio præferri mereatur laudo atque arbitrio.*

§. XVII. Ar-

§. XVII.

Arbiter post causæ cognitionem secundum ordinem judicarium peractam laudum pronunciat, (§. 8.) quod sine temporis jactura nequit fieri: Per transactionem vero sola conventionem, absque temporis tractu atque ambagibus controversiæ dirimuntur: *sic & temporis intuitu transactum palmam præcipit laudo atque arbitrio.*

Sic itaque pro diversis litigiosæ causæ circumstantiis modo transactio, modo laudum, modo arbitrium, præ reliquis litem amice componendi modis eligantur; atque hanc ob rem leges plures litis decisionis conventionalis species permiserunt, ut earum quoque, instar mediorum, quibus in judicio experiendum, oprio datur. Tanto præterea favore digna viderur amicabile composio, ut ea non solum in *Recess. Imp. noviss. §. 110.* verum etiam in plerisque Constitut. Provincial. judici tentanda injungatur sub initio litis, daß gleich nach Einbringung der Klage vor allem anderen ein Termin zum gütlichen Vergleich anberaumer werden muß, atque ne hanc judices sportularum cupidi prætermittant, leges Provinciales quandoque eorum facundiam excitare nituntur solutione honorarii pro tentata amibili compositione. Hæc ita dicta de conventionibus litis decisionis mihi sufficiant; quæ enim de electione transactionis præ laudo & vice versa, laudi præ arbitrio &c. innui, ideo non prætereunda fuere, quod iis neglectis non adpareat, cur tot species amicabile compositionis, atque in quibusnam una altera utilior sit: colligitur id ex circumstantiis atque qualitate causarum controversarum, quare in Schol. §. 2. fontes exhibui incertitudinis causarum. Jam in

SECTIONE SECUNDA,
DE
DIFFERENTIIS, QUÆ INTER TRANSACTIO-
NEM ET PACTA REMISSORIA
INTERCEDUNT.

§. XVIII.

Remissio est declaratio, quod jus a debitore nostro nunquam exacturi simus. Unde alii eam abdicationem juris nuncupant, modo id explicatum fuerit, quid se jure abdicare vocetur.

§. XIX.

Remissione ergo in alterum ex nostro in tantum transfertur, in quantum exactioe juris nostrum adauctum fuisset patrimonium: alienare vero est, ex suo quid in alterum transferre, *alienatio igitur in remissionibus deprehenditur.*

§. XX.

Pactum remissorium est, quo debitori nostro jus remittimus. Quando remissio gratis facta, *gratuitum*: sin sub reciproca præstatione, *non gratuitum* dicitur.

§. XXI.

Super certis atque incertis paciscimur *l. 29. de don. §. 1. NOODI. de Pact. atque Trans. cap. 3. hinc pacto tum jus certum tum litigiosum atque incertum remittimus.*

§. XXII.

Pacto remissorio gratuito gratis in alterum jus transferimus, (§. 20. & 19.) jam jura sub rerum denominatione comprehenduntur, pactum autem, quo rem gratis in alterum transferimus, donatio salutaris,

B

adco-

adeoque donationis speciem pactum remissorium gratuitum conficit. MEV. P. II. decis. 148. n. 2. P. IV. decis. 44. n. 2. l. 82. de Reg. Jur.

§. XXIII.

Pactum remissorium non gratuitum, super incerta causa tamen initum, degenerat in transactionem: pactum remissorium non gratuitum de causa certa essentialiter discrepat a transacto. Ubi pactum, ibi conventio, (a) posito pacto non gratuito remissorio, ponitur reciproca datio cum remissione (§. 20.) & si super causa incerta confectum sit, in tantum litis decisio, in quantum remissum (§. 4. & 18.) adest igitur conventio, qua mediante dato atque remisso lis componitur, quod transigere audit (§. 14.) pactum remissorium non gratuitum ergo, super causa incerta tamen initum, degenerat in transactionem. q. e. 1.

Si pacto jus certum remittitur, conventio quidem adest, cum autem nec lis nec litis decisio in causa certa (§. 5.) pactum ejus modi litis decisorium adpellari nequit: jam transactum fit litem decidendi gratia, (§. 14.) id quod inter ejus substantialia referendum: (§. 301. Ont.) inde pactum remissorium non gratuitum super causa certa initum, in locum transactionis, salva ejusdem substantia, substitui nequit; adeoque pactum remissorium non gratuitum de re certa essentialiter a transactione discrepat. q. 2.

De quibusdam enim transigere possumus, quæ in litem ducta sunt absque decisione totius controversiæ: certe l. 31. Cod. de Trans. edocemur, si de re certa intelli-

(a) l. 1. §. 3. ff. de pactis.

telligas specificam) pactum transactionis interpositum de ceteris tamen, *eo nomine* quaestionibus movendis, integram permanere actionem: quamvis itaque pacto non gratuito jus totum non sit remissum, adeoque nec universa lis finita, tale pactum in transactionis locum, de re certa tantum interpositæ, salvis ceteris *eo nomine* quaestionibus, surrogandum erit.

§. XXIV.

Pactum remissorium non gratuitum igitur tunc demum transactioni contra distinguitur, si super causa certum factum fuit: atque hoc intelligas velim, quando in posterum pacti remissorii non gratuiti mentio fiet.

Qui transigit, quasi de re dubia atque incerta lite transigit: qui vero paciscitur donationis causa rem certam atque indubitam remittit, l. 1. ff. de Transact. immo & incertam l. 29. §. 1. C. de donat. ubi ergo non gratuito remittitur habes pactum remissorium non gratuitum, (§. 20.) quod de re incerta in transactionem degenerat; (§. 23.) de re certa tamen initum a transactione idem essentialiter differt. Sunt enim & alia rationes, quibus permoti jus certum non gratuito remittimus, ita creditor suo debitori, cui ex alia causa licet certa, debet, jus suum forsitan remittit in quasi soluti donationem, de quo nulla plane lis metuenda: aliud exemplum præbent *CONS. HALL. T. II. L. I. Conf. 105. n. 25.*

§. XXV.

Omnis ergo differentia inter transactiones atque pacta remissoria, ob diversam remissionis naturam sese exserit: Pone conventionem, qua gratuito remittitur, habes pactum remissorium gratuitum: ponas remissionem non gratuitam juris certi, redit pactum

remissorium non gratuitum: ponas denique remissionem juris incerti litis decisoriam transactio redundat. Quoties itaque rem gratis remittimus, toties pacto remissorio gratuito; (§. 20.) *sin sub mutua atque reciproca præstatione juris certi remissio fiat, pacto remissorio non gratuito; (§. 20.) si non gratuito atque litis sopiendæ gratia jus litigiosum remittimus, transactione opus erit. (§. 14.)*

§. XXVI.

Ex quo jus ff. restauratum, maximus ad Italicæ Academiæ Germanorum confluxus, qui Romanorum jura, quibus ibi imbuti fuere, ad nostra fora in decidendis controversiis, non absque mediocri Patriæ morum contemptu, protraxerunt adhibueruntque, uti BRUNQUELL. in *Histor. Jur. P. ult.* ostendit. Non potuit non inde confusio utriusque juris propullulare, ob quam demum ingentes exortæ lites, ubi jus Romanum atque Patrium in diversas abierunt sanctiones. Notò notior est, aliam esse rationem filiarum nobilium successionis in hereditatem, secundum Constitutiones Germanorum, quam successionis juris Romani; secundum priores enim exigua tantum accepta parte sint contentæ, utut pro æquali eas in hereditatem succedere voluerint Romani juris conditores; at, optime Germaniæ Nobilitas his dogmatibus haud institit, verum pactis familiæ atque renunciativis hac in re sibi prospexit: (a) quare, *pacta familiæ atque renunciativa ob discrimen juris utriusque, & ex illo renun-*

(a) *Vir Illustris CRAMER in Diss. de Pact. renunc. fil. nob. §. 12.*

metuendas lites, introducta vim transactionis jure meritoque habent, modo reciproca datio in ipsis concipi possit.

§. XXVII.

Dati, promissi, retenti adpellatione ea tantum præstatio venit in transactione, quæ litis decidendæ gratia facta, (a) & quæ non nimis modicam æstimationem habet. (b) Prius jam ex Schol. §. 14. patet; quoad alterum, consensus in transactum sub motivo dati atque remissi impetratur: (§. 14.) inde datum, promissum atque retentum rationem in se contineant, quod alter de suo jure destiterit; jam uterque litigantium de solidiori juris proprii ac alterius fundamento sibi persuadere solet, hinc neuter quicquam remittit, nisi alterius præstatio tantæ sit æstimationis, quanta hæc persuasio superari potest; cum tamen juris incerti nulla æstimatio detur certa, ea quoque præstatio in transactione admittitur, quæ alterum probabiliter convincere potest, atque sic non nimis modicam æstimationem habet: dati ergo, promissi & retenti adpellatione ea tantum præstatio venit in transactione, quæ litis decidendæ gratia facta, nec nimis modicam habet æstimationem.

Id ergo judicis relinquendum arbitrio, num præstatio dicit tantum gratia intervenerit, an vero sufficiens fuerit: ubi enim ob nimio opere variantes circumstantias singula per leges determinari nequeunt, ea judicis arbitrio committenda sunt, qui eadem ex circum-

B 3

stantiis,

(a) BÖHM. *Introd. ad Jus ff. L. II. T. 15. §. 12. ibi cit.*

(b) HARPP. *Conf. Ant. 24. n. 303. 306. BRUNNEM. ad l. 38. Cod. de Transact. n. 3.*

stantiis, quæ ausam obviam concomitantur, dijudicare valet.

§. XXVIII.

Si ergo nimis modica præstatio intercefferit, atque jus dubium litigiosumque remissum, neutiquam litigantes transgisse censentur, sed potius ejusmodi conventio pro pacto remissorio non gratuito habenda est. (a) per quod jure & incerto nos abdicamus. (§. 21.).

§. XXIX.

In majorem securitatem ergo instrumento transactionis inserendum, quod ob datum atque mutuo remissum litigantes destiterint a lite: quo facto, in re clara ad præsumptiones non descendendum; sin tamen forsan in fraudem creditorum id factum, ceu nullum, pro infecto habendum est, l. 21. Cod. de transact. licet contrahentes simulaverint contrarium. l. 1. Cod. plus val. quod agit. quam quod.

§. XXX.

Multo minus transactio præsumitur, si quis sub nimis modico dato jus indubitatum alteri remisit, cum duo transactionis requisita tum deficiant, præstatio nempe sufficiens (§. 27.) & causa litigiosa (§. 14.).

§. XXXI.

Nemo transigere, nec pacto quicquam remittere potest, nisi jure alienandi sit instructus. Transactio procedit sub dato atque retento, (§. 14.) quæ concipi nequeunt, nisi alter jus aliquod in alterum transferat, quod alienare dicitur, sic ergo in transactione & pactis remissorii (§. 20 & 19.) alienatio deprehenditur;

(a) HARPPR. Vol. Nov. Conf. 43. n. 207. & 210.

ditur; ponas ergo transigentem pacto remittentem, qui facultate alienandi non gaudet, alienare & is poterit, cui jus alienationis deest, id quod absurdum; nemo hanc ob rem transigere nec pacto quicquam remittere potest, nisi jure alienandi sit instructus.

§. XXXII.

Ibi terrarum igitur, in quibus alienatio immobilium invalida neglecta judiciali insinuatione, transactio circa bona immobilia actis insinuanda est: idem statuendum de transactio super rebus, quæ absque judicis decreto alienari nequeunt, adeoque sine illo non procedit.

§. XXXIII.

Nemo transigit, nec quicquam pacto remittit, nisi rerum suarum administrationem habeat: quicumque rerum suarum administratione pollent, transactiones atque pacta remissoria celebrant. Dominium est facultas de re sua libere disponendi, ut adeo jus alienandi effectui illius sit tribuendum: At in republica cavendum, ne quis perverſa rerum suarum dispositione sibi nimium obſit, quare iis, in quos ob intellectus imbecillitatem, animique fragilitatem sufficiens cadit suspicio de bonorum metuenda dilapidatione, alii adjungendi sunt, quorum arbitrium in dispositione circa res suas sequantur, atque sic etiam in alienandis iis; ut igitur nemo alienet in civitate, nisi absque arbitrio alterius rerum suarum intuitu sese valide obligare, atque ab aliis obligationes recipere possit, quod libera rerum suarum administratio audit: jam vero nemo transigere neque pacto remittere queit, nisi jure alienandi instructus sit: (§. 33.) nemo igitur transigit,

git, nec quicquam pacto remittit, nisi rerum suarum habeat administrationem. Q. e. 1um.

Quicumque libera rerum suarum administratione gaudent, ii absque alieno arbitrio res suas aliis obligare atque ab aliis obligationes recipere possunt, hinc determinare mutuo consensu, quæ sibi invicem ex causa incerta dare atque remittere velint, inde conventionem sub dato atque retento litem decidere, (§. 16.) quod transigere vocatur, (§. 14.) qui administratione rerum suarum gaudent, transigere ergo possunt. Q. 2dum.

Similiter hic se ad remissiones gratuitas atque non gratuitas obligare posse, ex ipsa rerum suarum administrationis notione patet, quare nullam remanet dubium, quin & pacta remissoria tum gratuita, cum non gratuita celebrent. q. 3. (§. 20.) Q. e. 3tium.

§. XXXIV.

Facultas transigendi ex administratione rerum suarum promanat, quæ liberum requirit arbitrium: (§. 33.) *nemo itaque ad transigendum remittendumve, nisi ob salutem reipublicæ, compellendus. Et in quantum res, de qua transigitur, nostræ subest administrationi, in tantum super ea transigimus, atque illam pacto remittimus.* Ex hoc dijudicandæ transactiones Vasalli, patrisfamilias circa peculium filii familias, immo & mariti circa bona dotalia atque paraphernalia.

§. XXXV.

Administratores rerum alienarum cum publicatum privata autoritate res ejusmodi gerunt; *limites ergo ejusmodi administratorum, quoad facultatem transigendi*

gendi atque remittendi, uti in reliquis, ex sine concessionis asseruntur.

Quæ de fonte administrationis bonorum (§. 33.) dicta, adeo vera sunt, ut administratores rerum alienarum dominorum nomine in legibus nonnunquam veniant. *Vid. l. 28. de peric. & administ. tut. l. 13. §. 1. de Pactis.*

§. XXXVI.

Tutor de bonis pupillaribus immobilibus mobilibusque majoris momenti, neglecto judicis decreto, non transigit: super bonis mobilibus vilioris momenti, modo inutilitatem pupilli id vergat, absque illo transigit. Tutori competit jus dirigendi actiones pupilli, ejusque bona administrandi quantum ad pupillarem perfectionem, (a) inde, cum olim tutoribus injuncta immobilium atque mobilium pretiosorum alienatio, ob pecuniæ paratæ facillimam dilapidationem multum adversa rei pupillaris providentiæ, (b) ea interdicenda fuit, nisi prævia sit judicis cognitio, atque decretum alienationis interponatur; (c) jam transactiones dato atque remisso perficiuntur, atque sic in illis alienatio (§. 31.) deprehenditur: (d) quare si tutor de pupillaribus bonis immobilibus, mobilibusque majoris momenti, transigere velit, adest alienatio, quæ judicis requirit decretum, ideoque tutor de bonis pupillaribus immobilibus mobilibusque majoris momenti, neglecto judicis decreto, transigere nequit (§. 31. n. 2.). Q. IMUM.

C

Quæ

(a) l. 56. §. 4. de furt. (b) l. 22. Cod. de per. tut. & Cur. (c) l. 22. cod. Cod. (d) LEYSER. in medit. ad 17. Sp. 46. sub in. thes. 2. GAIL. Obs. 72. Lib. 2. n. 2.

Quæ ratio cum cesser in immobilibus vilioris momenti, nec ob frequentiam ejusmodi alienationum tutor judicem semper adire possit; verum præterea administrationem bonorum pupillarium gerat, (a) tutor de bonis pupillaribus minoris momenti absque judiciali decreto transigit, (§. 33.) quantum id in pupilli vergit utilitatem, (§. 35.) Q. 2dum.

§. XXXVII.

Quoad administrationem bonorum tutores atque curatores pari hodie ambulare passu, (b) juris tralaticii est; imo ne nominibus quidem hos Germaniam veterem secernisse, ex voce *Pfleger*, de utroque sumto, quilibet animadvertit: (c) inde dicta quoque de curatoribus prædicanda sunt.

§. XXXVIII.

Num vero in utilitatem pupilli transigatur, cum uterque aliquid remittere teneatur, sane absque adcuratori non dignoscitur circumspectio: *Tutores igitur dubitantes, num in commodum pupilli transacturi sint, de responso prudentum sint solliciti*, quo mediante sese liberare possunt a doli culpæque præstatione, ubi administrantes tutelam curatelamve circa dubium actum versantur.

§. XXXIX.

Pacta remissoria gratuita tutorum de bonis pupillaribus eatenus valent, quatenus eorum donationes ex his rebus subsistunt: de bonis pupillaribus tutores pacto non

(a) l. 56. de f. citata. (b) HOPP. in *Uf. mod. ad princ. Inst. T. de auct. tut. & cur.* (c) HEINECC. *Diss. de tutor. & cur. uxor. legit. c. 2, §. 20. ibique laud.*

non gratuito nil remittunt, nisi mutuo receptum ad minimum tanti sit valoris, quantum pupillo adquiri potuisset exactione juris remissi. Etenim pacta remissoria gratuita donationis speciem conficiunt, (§. 22.) inde pacta remissoria gratuita tutorum de bonis pupillaribus eatenus valent, quatenus eorum donationes his de rebus subsistunt. Q. unum e.

Tutores in pupilli utilitatem tutelam gerunt, jam si pacto non gratuito quid remittitur ex bonis pupillaribus, jus certum adesse oportet, (§. 23 & 24.) inde cum mutuo acceptum vilioris sit pretii, ac exactione juris pupillo quæri potuisset, idem in pupilli detrimentum manifesto remitteretur, quod tamen fundamento tutelæ administrationis contrarium: sic tutores de bonis pupillaribus pacto non gratuito nil remittunt, nisi mutuo receptum ad minimum tanti sit valoris, quantum pupillo adquiri potuisset exactione juris remissi. Q. alterum erat.

Administratio tutorum non ad deminutionem rerum pupillarum sese expandit: l. 22. de adm. tut. verum, quum & id in obligatione eorum, ut quocunque modo statum sub tutela degentium perficiant, ita per pronam consequentiam pro conservando honore, dignitate, pietate in consanguineos pupilli, ejusdem nomine aliis donare poterunt. l. 12. §. 3. eod. BERGER in *Oecon. Jur. L. I. T. IV. §. 10. n. 6.*

§. XL.

Procurator in rem suam transigit: itemque procurator in rem alienam ex speciali mandato: neutiquam vero procurator in rem alienam ex generali mandato.

Procurator in rem suam in propriam utilitatem res
C 2 alienas

alienas gerit, (a) hinc instar domini ea administrat, atque de iis disponit, (b) sic quoque super iis transigit. (§. 33. 35.) Q. 1um.

Procurator in rem alienam est, qui ex mandato domini res alienas gerit, & quidem in specie procurator ex speciali mandato vocatur, cui omnes & singuli actus, quibus mediis expediat negotia, expressis litteris demandantur, adeoque (per hypothesein) & facultas transigendi ipsi specialiter confertur, quare procurator in rem alienam itidem transigit ex speciali mandato. (§. 35.) Q. 2dum.

Procurator in rem alienam ex generali mandato nuncupatur, in cujus mandato actus omnes & singuli non exprimuntur, quibus negotio finem imponat. Ubi ergo verba mandati silent, ejusdem potestas unice a mandantis utilitate dependet, (§. 35.) consequenter talis procurator remotus sit ab istis actibus, quæ facillime in principalis præjudicium degenerare possunt, (c) Transactionibus vero lis deciditur, (§. 14.) atque, cum dato atque retento lis componatur, alienationem in se complectuntur, (§. 31.) ut adeo sine discrimine utilitatis mandantis procurator non transigat, ideoque procurator ex generali mandato a transactionibus repellendus est. Q. 3tium.

§. XLI.

*Procurator cum libera transigit de causis ejusdem
sura demandatis: (a) sine libera de istis non transigit.*

(a) l. 4. Cod. de Procur. (b) l. 13. Cod. de Pact.

(c) Hoff ad Inst. princ. de Mand. (d) l. 60. de procur.
cap. 5. ibidem in Vlt. (a) l. 58. de Procur.

igit. (b) Quum plura negotia alicui gerenda demandantur, ob ingentem varietatem cuncta verbis nequeunt significari, quæ ad eorum exsequutionem faciunt, unde mandatum *cum libera* in usu esse coepit, vi cuius negotia ita alicui gerenda comittuntur, ut pro arbitrio ipsa ad finem usque administret. Quare Procurator cum libera omnia gerit instar procuratoris ex speciali mandato: cum tamen nihilofecius in utilitatem mandantis detur, procurator *cum libera* in singulis actibus, qui non adperite utilitati principalis adversantur, licet alias speciale desiderent mandatum, æquipollet isti, qui ex speciali mandato res alienas administrat: jam transactione lis ita deciditur ut utriusque aliquid ex causa reliquum sit. (§. 15.) sic transactio commodo principalis non adperite repugnat, adeoque, cum procurator ex speciali mandato transigat, (§. 40.) & procurator cum libera de causis ejusdem curæ commissis transigit. Q. e. u.

Procurator sine libera est, cui plures causæ absque recensione eorum expressa committuntur, quibus eas peragere possit. Æquipollet igitur isti, qui ex generali mandato res alienas administrat, quippe qui a transactionibus arceretur: (§. 40.) hinc Procurator sine libera non transigit de rebus ipsius administrationi creditis. Q. 2dum.

§. XLII.

Id vero disputari potest, num in casu obvio procuratorium requisita mandati *cum libera* exhauriat: quare, *in judiciis bene ordinatis nemo procuratorum ad*

C 3

(b) l. 63. de Procur. cap. 4. de Proc. in 6to.

transactiones admittitur, nisi peculiariter ad transigendum instructus sit, ad amputanda omnia, quæ causam retardare possent. BOEHM. in *Inst. Jur. Can. & Eccles. L. 1. T. 38. §. 5.* BERGER in *Oecon. Jur. L. IV. T. 34. n. 2. §. 2.*

Sunt, qui nec generalem procuratorem sine libera a transactionibus excludunt, contra disertam *l. 60. de Procuratoribus* dispositionem. Insistunt quippe *l. 58. de Proc. & l. 17. de Furej.* In priori procuratori totorum bonorum permittitur rerum permutatio, verum si liberam habet administrationem, inde pro generali procurator ibi vix accipiendus, & deinde in transactionibus non tantum permutantur, sed potius illo facto alteruter minus consequitur, sane *l. 63. de Procurator.* omnem alienationem procuratori omnium bonorum interdicit, nisi necessitas summa in rebus, quæ corruptioni obnoxia sunt, id suadeat, jam vero omnis transactio alienatione perficitur, (§. 31.) inde & hac lege procurator generalis a transactionibus removeretur. Vinus alique nullam quidem agnoscunt realem differentiam inter liberam atque simplicem bonorum administrationem; quum vero omnis procurator ex concessione domini repetat facultatem ejusdem res gerendi, profecto dominus quoque modum determinat, quo procurator easdem administrare tenetur: itaque pro hujus limitatione, administratio modo liberior, modo restrictior erit. Altera *l. 17. de Furejur.* agit de procuratoris juramenti delatione, ex qua argumentum ducunt ad transactionem: id in concessis est, hoc passu parem transactionis atque jurisjurandi esse rationem, cum utrumque litem decidat, resque ad alienationem pervenire possint. Facillima tamen erit responsio, ad est enim expressa *l. 60. de Procur.* dispositio, juxta quam nemo procuratorum, nisi liberam habeat administrationem, ad transactiones admittitur, inde non est, quod

argu-

argumento legis in contrariam commoveamur sententiam, sed potius l. 58. § 17. loc. cit. explicandæ sunt ex l. 60. § 63. d. l. atque tunc una earum consequentia atque concordia, quas reconciliare alio modo vix poteris. Eleganter inde LYNCKER in *Diss. de formul. Procur. cap. V. §. 38.* suspicatur, differentiam inter administrationem *cum & sine libera* Romanis non ignotam fuisse, utur nomen *procur. cum. lib.* in legibus non reperiat, atque post receptionem Canonum illius demum usus fuerit frequentissimus.

§. XLIII.

Si procuratores *cum libera* itemque ex generali mandato jus gratuito remitterent, liberalitas hæc contraria foret utilitati mandantis; inde *procuratores cum libera, itemque ex generali mandato, pacta gratuita remissoria de rebus, administrationi eorum subjectis, non celebrant.* Idem remissio non gratuita principalis commodo repugnaret, si præstatio mutua minoris valoris in compensationem remissi facta fuisset, quare *net pacta non gratuita subsistunt, quibus procuratores cum libera res principalis sub minori reciproca præstatione remittunt.*

§. XLIV.

Res commercio caussa arbitrio transigentium, pacto-ve remittentium subsint. Transactiones & pacta remissoria absque alienatione ne quidem concipiuntur, (§. 14. 31.) quæ dispositionem circa substantiam rei supponit, jam vero res commercio, caussa arbitrio ejus exemptæ dicuntur, de quibus libere quis disporre nequit; propterea de rebus commercio arbitrioque contrahentium exemptis neque transactiones neque remissoria pacta fieri possunt, hinc res commercio caussa

caussa arbitrio transigentium pactove remittentium
subint. Q. e. d.

§. XLV.

Justa divortii causa est, quæ conjugalem tollit
fidelitatem, quæ num^q adfit, cognitione judiciali de-
mum declaratur, *l. 105. de reg. Juris.* Jam porro
sponsalia de præsentibus sunt promissio ac repromissio de
matrimonio nunc jam ineundo, sic in ipsam coinci-
dunt matrimonium; *super divortio vel dissolutione
sponsaliorum de præsentibus ergo nemo transigit, pactove
remittit conjugale desponsatorumve vinculum, absque
judicis cognitione:* Sponsalia de futuro contra vocan-
tur pactiones de sponsalibus celebrandis, hinc nudis
conventionum nituntur terminis, quam ob rem *de iis
solvendis transigitur atque pacta remissoria celebrantur.*
C. 2. X. de Spons.

§. XLVI.

Persecutio criminum publicam intendit satisfac-
tionem; delictorum privatorum poenis læsiones at-
que damna privatorum expiantur, unde prior exem-
ta ab arbitrio privatorum, cui tamen relinquuntur
posteriores: adeoque *super publicis delictis neque trans-
igunt privati, neque eorum poenam paciscendo remit-
tunt: super ultimarum vindicta læsi privati transigunt,
privatamque poenam pactis remittunt.*

Unicuique sanguinem qualiterumque redimere li-
cet, *l. 1. de bon. eor.* qui sent. capitalia autem delicta vel
vitæ vel famæ periculum minantur, quare *l. §8. Cod.
de Transact.* transactionem super his permittit, quate-
nus delationem: ob summum autem salutis reipublicæ
discrimen omnibus incumbit, ne perduellionis crimen
reticen-

reticendo in absconditis esse patiantur, ut l. 38. cit. l. merito prohibitivæ l. 5. C. ad L. Jul. Maj. cedere oporteat, cui adjungas velim cap. 24. §. 10. Aur. Bullæ. De privatis delictis quoad privatum interesse transigunt ii, quibus læsio per delictum data; (§. 44.) inde nihilominus delinquens talis ad publicam obeundam poenam obstrictus manet. Recte tamen BEJER in del. Jur. Tit. de Transf. minus hodiernum usitam transactionem de criminibus publicis prædicat, ob rationes ibidem adductas.

§. XLVII.

Transactiones & pacta remissoria de non deferendo crimine futuro sunt invalida. (a) Etenim ideo a legislatoribus poenæ cum delictis connectuntur, quo improbi poenarum metu ab editione illorum refrenantur; (b) obligatio præterea in nexu inter motivum & actionem consistit, proinde obligatio legum poenalium in poena subeunda; quo remotior ergo poena erit, eo remotior atque debilior metus illius, sic, cum ignota delicta nulla insequatur poena, transactionibus pactisque remissoriis de non deferendo crimine futuro, obligatio legis poenalis ejusdemque virtus infringitur, in qua poena delictum commissuro dictata, quod (c) privatorum arbitrium abhorret; jam causæ arbitrio transigentium pactove remittentium subsint; (§. 44.) inde transactiones & pacta remissoria de crimine futuro non deferendo invalida sunt.

Idem etiam hoc modo cognoscitur: Quæcunque conventio requirit mutuum consensum, in illicita au-

D tem

(a) l. 8. de Pact. (b) l. 1. §. 1. de Inst. & Jure (c) l. 27. §. 4. de Pact.

tem nullus intelligitur consensus: jam si transactio fiat pactumve remissorium de non deferendo delicto futuro, alterutri saltem in mente est criminis commissio, in quam nullus consensus, adeoque conventiones remissoriae, sic transactio & pacta invalida de criminis in futurum perpetrandi non facienda delatione conf. l. 6. C. de Princ. Const. l. 17. Commod. nescio hanc ob rem, cur transactionem hanc ex parte remittentis aliqui defendere amant, quamvis omne pactum invalidum si reciprocus in idem praestandum consensus desit.

§. XLVIII.

Ratio hujus prohibitionis itaque hæc est, quo crimen meditati occasio delinquendi eripiat: *quæcunque igitur transactiones atque pacta remissoria invalida sunt, quibus alter alteri occasionem præbet in crimen coincidendi vel idem reiterandi.* GOTHOFROED. ad l. 17. §. 1. Comm. lit. Z.

§. XLIX.

Maritus adultero persecutionem adulterii neque per transactionem, (a) neque pacto non gratuito remittit: gratis vero eandem quoad privatum interesse remittere valet. (b) Transactio sub dato (§. 14. in Sch.) itemque pactum remissorium non gratuitum, (§. 20.) profiscuntur, si ergo adultero per transactionem pactumve non gratuitum adulterium maritus remittit, adulter, ad ulteriorem dationem quippe paratissimus, conniventiam hanc quæstuariam mariti & in futurum spera-

(a) l. 38. C. de Transact. BRUNNEM. ad l. 18. C. de Transact. n. 8. (b) l. 25. de Prob.

ſperabit, quare, cum adulterium marito ſilente facile in occultis latitare poſſit, tranſactione atque remiſſione ejuſmodi adultero offeruntur circumſtantiaſe favorabiles adulterium reperita vice committendi, ſic occaſio (§. 159. §. 160. *Phil. Praſt. Univ. P. II.*) delinquendi, quod tamen contrariatur: (§. 48.) hinc maritus adultero perſequutionem adulterii neque per tranſactum neque pacto non gratuito remittit. Q. unum.

Sin vero adulterium gratis adultero condonatur, liberalitas hæc non præſumitur, (c) ſic nec anſam maritus ipſi præbet indulgentia in futurum abutendi, atque, quum ſuper privatis delictis eorumque vindicta læſus, quoad privatum intereſſe tranſigat: (§. 46.) maritus perſecutionem adulterii quoad privatum intereſſe gratis remittere valet. Q. alterum.

Ratio l. 33. C. de *Transf.* igitur hodiernum conſideranda eſt, ideoque minime iſtis accedo, qui ejuſ diſpoſitionem ſub colore fucato emblematis Triboniani ſublataſe eſſe contendunt, utut cæteroquin jura Romana de tranſactionibus in cunctis admittant, quæ principiis Juris Naturæ atque Patriæ morum conſentanea ſunt. Quænam enim naturalis ratio ſuadet ut conventiones ratiſhabendæ, quibus delictis paſſæ adperiuntur januæ. Nec majorem adulterii licentiam apud Germanos reperies, quin penes eos, autore Tacito, nulla publicatæ pudicitiaſe venia, nec corrumpere ac corrumpi ſæculum ab ipſis dictum fuerit. Reliquum quod eſt, cum poena adulterii tum ob privatam conjugis, cum publicam læſionem aggravata ſit, remiſſio privatæ ul-

D 2

tionis

(c) l. 2. §. 2. ad l. *Ful. de Adult.*

tionis ordinariam mitigat, atque in extraordinariam convertit, BERG. *Oec. Jur. L. III. T. XI. §. 3. n. 11.* modo remissio non in gratiam nocentis solummodo conjugis facta. LUDOVICI *Diss. de intercess. innoc. §. 28. & seqq.*

§. L.

Transactio super re judicata nulla (a). Si ergo judicatum gratuito remittatur, pacto remissorio gratuito: sin minus, pacto remissorio non gratuito opus erit (b). Res judicata est præsumtio juris & de jure, vi cujus sententia judicis pro vera decisione litis habetur (c), inde res judicata causam incertam reddit certam, (§. 4 & 2.) jam id ad substantiam transactionis pertinet, ut lis decidatur, (§. 14 & 301. Ont.) inde transactio super re judicata, utpote causa certa, in substantia transacti peccat, quæ conventiones nullæ: transactio super re judicata ergo nulla. Q. e. 1um.

Quod si ergo judicatum gratis pars victrix condemnato velit remittere; adest remissio liberalis juris certi, quo casu pacto remissorio gratuito, (§. 21 & 25. n. 1.) opus: sin non gratuito, redempto quodam ex judicato, reliqua remittantur, remissio juris certi non gratuita adest, quæ per pactum remissorium non gratuitum fiat. (§. 25. n. 2.) Si itaque judicatum gratis, pacto remissorio gratuito: sin minus idem non gratis remittatur, pacto remissorio non gratuito opus erit. Q. 2dum & 3tium.

Omni

(a) l. 32. C. de Transact. l. 13. Condit. Indeb. (b) BERGER in *Oecon. Jur. L. IV. t. 34. §. 3. n. 1.* STRYK. in *Caut. Contr. S. II. Cap. 7. §. 4.* BERL. P. H. *Decis.* 163. n. 25. 26. & 30. (c) l. 207. de Reg. Jur.

Omni enim litis metu absente rebus nostris forsitan consulitur, si iudicatum ex aliqua parte condemnato remittimus: ita ob amicitiam, consanguinitatem, dignitatem condemnari ab executione peragenda forsitan relinamus, quamvis iudicatum integrum remittere detretemus, qua rerum facie remissione ex aliqua parte cætera redimere possumus: unde & hi, qui transactionem super iudicato respuunt, eiusmodi conventionem in vim pacti remissorii defendunt,

§. LI.

De rebus testamentariis ante adperturentiam testamenti transactio nulla: (a) neque illa in vim pacti remissorii sustineri potest. Res testamentaria dicitur; quæ alicui ultima dispositione relicta, inde earum certitudo dependet ab inspectione tabularum, ceu quibus ea inducitur, (§. 1. in Sch.) actus autem, ex quo constat, quid in tabulis testamenti contineatur, adperturentia tabularum vocatur, inde ante adperturentiam testamenti res testamentariæ neque certæ neque incertæ adpellantur: (b) transactio autem semper fiat super causa dubia & litigiosa, (§. 14.) inde transactio nulla de rebus testamentariis ante adperturentiam testamenti. Q. e. unum.

Finge transactionem factam esse super causis testamentariis, remissio ponitur non gratuita, (§. 14. & 25. n. 3.) quæ tamen sub titulo transactionis defendi nequit, (§. 51. n. 1.) neque sub titulo pacti gratuiti, (§. 22. & 25. n. 1.) inde necesse est, ut valeat tanquam pactum remissorium non gratuitum, (§. 25.)

D 3

quod

(a) l. 6. de transf. BERG. in Resol. Leg. T. de Transf. Vinnius L. 1. Select. Quæst. cap. 7. aliam reddunt rationem.

(b) l. 201. de Reg. Jur.

quod jus certum supponit, (§. 24.) res autem testamentaria ante adpertas tabulas neque certa neque incerta nuncupari potest: (§. 51. n. 1.) inde transactio super rebus testamentariis neque in vim pacti remissorii sustineri potest.

Ex his sua sponte fluit, transactionem ejusmodi in vim pacti remissorii non ratihabendam, ceu quidam sibi persuadere solent. Equidem substantialia conventionione contrahentium quidem immutari possunt, ut in aliam contractus transeat conventionis speciem, at, tum & novi negotii substantialia observanda, quæ omnibus negotiis necessario insunt.

§. LII.

Titulus est ratio adquisiti dominii vel possessionis: lucrativus, quando res nobis gratuito remittitur; onerosus, si rem nobis sub mutua præstatione comparavimus. Is, a quo jus possessionis vel dominium repetimus, autor vocatur.

§. LIII.

In conventionibus onerosis ergo ideo aliquid præstamus, ut alter rem suam nostram faciat, quare auctor ex titulo oneroso rem nobis ita tradat, ut jus nobis in eam esse possit, (a) inde, quum rem nobis alienam ceu suam tradit sub titulo oneroso, contra jus deminuit nostrum patrimonium, sicque nobis damnum infert, quilibet tamen damnum datum alteri resarciat, inde damnum ex ejusmodi traditione emergens, autor ex titulo oneroso nobis resarcire tenetur.

§. LIV.

Autor ex titulo lucrativo rem nobis gratuito tradit,

(a) l. 167. de Reg. Jur.

dit, nec aliquid ex nostris adeum ob rem traditam pervenit; inde *autor ex titulo lucrativo nos ratione dominii vel possessionis rei traditæ non præstat securos.*

§. LV.

Eviçtio est adjudicatio rei a nobis detentæ, illi facta, cui jus potius, nostram antecedens possessionem, in re ista competit, Præstare eviçtionem idem est, ac damnum ex eviçtione subnatum reparare.

§. LVI.

Transigentes atque non gratuito remittentes ratione dati atque remissi sibi invicem ad præstationem eviçtionis tenentur. (a) Remittens gratuito non præstat eviçtionem juris remissi: (b) Eviçtio fit ob firmitus jus evincentis, nostram antecedens possessionem, (§. 55.) jam jus nostrum ab autore reperimus, (§. 52.) inde ejusdem culpa dolove damnum ex eviçtione rei nobis infertur, quod autor ex titulo oneroso nobis reparare tenetur, (§. 53.) sic eviçtionem præstare, (§. 55.) jam transigentes pacto remittentes non gratuito sibi sub titulo oneroso remittunt, atque res tradunt: (§. 14. in Schol. 20. & 52.) inde transigentes pacto non gratuito remittentes ad eviçtionem sibi invicem præstandam tenentur. Q. e. unum.

Remittentes autem gratuito rem alteri ex titulo lucrativo tradunt, (§. 20. & 52.) inde nec ratione dominii vel possessionis nos securos reddunt; (§. 54.) quare remittens gratuito eviçtionem remissi nobis non præstat. (§. 55.) Q. 2dum.

§. LVII.

(a) l. 33. de Don. BERL. P. I. Conclus. 25. n. 45. conf. l. 46. de Solut. (b) l. 18. in f. de Donat.

§. LVII.

Transactiões atque pacta remissoria quoad datum retentum atque remissum restringenda: quantum ad decisionem causæ interpretatione adjuvanda. Datum retentum atque remissum absque alienatione non intelliguntur, alienatione autem patrimonio nostro incrementum fit, sic odiosis datum remissumque accensenda, quæ restringenda; (a) transactiões atque pacta remissoria ergo quoad datum, remissum, promissumque interpretatione restringenda. Q. 1mum.

Interest autem reipublicæ, ut, quam primum fieri potest, lites finem sortiantur, inde transactiões atque pacta remissoria favorem merentur, quantum ad decisionem litis faciunt, favorabilia autem extendenda; (b) inde transactiões & pacta remissoria, qua litis decisionem, adjuvanda interpretatione. Q. 2dum.

§. LVIII.

Quod pacto non gratuito promissum, conditione ex moribus: quod transactiõe, præscriptis verbis persequimur. (c) Pactum remissorium non gratuitum, ceu nudum, nullam secundum Jus Romanum actionem producebat, (d) cum e contrario hodiernis moribus ex quacunque ejusmodi deliberata conventione actio concedatur, quam conditionem ex moribus vocant; (e) inde promissum pacto remissorio non gratuito etiam hac conditione persequimur. Q. 1mum.
Trans-

(a) C. 15. de Reg. Jur. in Vltio. (b) ibid. (c) l. 7. §. 4. de Pactis. (d) l. 6. in fine C. de Transact. (e) M. v. P. V. Decis. 407.

Transactio omnis dato atque remisso absolvitur, nec tamen specialem contractus nominati formam accepit, adeoque in transactione semper contractus innominatus deprehenditur, ex quo actio præscriptis verbis exoritur, inde transactionis promissum actione præscriptis verbis persequimur. Q. 2dum.

Pristinis temporibus sapius transactioni, stipulatio adiciebatur, quam in majorem securitatem Romani fere omnibus negotiis adnectebant, v. l. 88. *de Solut.* cum autem omnium deliberatorum pactorum hodie eadem vis atque potestas, quæ stipulationis olim fuerant, his schematibus non opus. Hanc ob causam l. 6. C. *de Transact.* distinguit, num stipulatio intercesserit, nec ne, atque in priori casu actionem stipulati: in posteriori actionem præscriptis verbis utilem movendam esse præcipit. Severior poena illi imminet, qui ea præstare detrectat, quæ ex transactione juramento confirmata alteri dare tenetur, *de qua l. 41. Cod. de Transf. & ad illam BRUNNEM.*

§. LIX.

Mutuo dissensu transactiones atque pacta remissoria retractantur: ob dolum metum mutuumque errorem impediuntur. Negotia retractari dicuntur, quæ in statum pristinum restituuntur, in quo ante conventionem causas inducentem fuerant, jam transactiones atque pacta remissoria sub conventionis genere continentur, conventiones autem, uti mutuo consensu constituuntur, ita dissensu eodem resolvuntur; (a) inde transactiones atque pacta remissoria mutuo dissensu resolvuntur. Q. 1mum.

Negotia impediuntur quæ initium capeffere nequeunt, E

(a) l. 153. *de Reg. Jur.*

queunt, jam essentialis determinatio conventionum, ut mutuo conficiantur consensu; dolus autem, metus errorque mutuo consensui repugnant: unde conventiones, sic quoque transactiones pactaque remissoria, metu, dolo atque mutuo errore impediuntur. Q. alterum.

§. LX.

Conventiones tantum jus faciunt inter contrahentes, quamobrem transactiones atque remissoria pacta itidem paciscentibus tantum legem dicunt, sic, cum in tantum retractentur, in quantum consensu eriguntur paciscentium: *illorum retractatio in prejudicium tertii non tendit*, cujus rei exemplum est in l. 62. de *Pactis*.

§. LXI.

Remissum gratuitum donato æquiparandum, (§. 22.) *inde gratis remittentem, postea petentem is exceptione donati repellit, cui remissio facta: & cum donatum ob supervenientiam liberorum, ingratitude graviolem, læsionem in legitima revocari possit, remissum gratuitum quoque ob has causas revocari potest.*

§. LXII.

Lesio ultra dimidium in Emptione Venditione concipitur, quando merx pretium pretiumve mercem ultra dimidium, secundum æstimationem communem, superat.

Emtor pretium solvit, ut rem suam faciat, venditor mercem exhibet, quo pecuniam solutam accipiat, inde merx atque pretium æstimationis æqualis sint, posito igitur, quod merx pretium, vel pretium mercem ultra dimidium superet, is, cui præstatio minoris valoris facta, ultra dimidium læditur. De jure Naturali qui-

li quidem unusquisque sibi prospiciat, ne contrahendo lædatur, sic sibi notitiam compareret, quo genuino pretio res veniant, ut adeo emens pro majori pretio, vendens pro minori sibi met ipsis potius læsionem impurent, quam quod ab altero læsi sint, cum pro varia utilitate atque voluptate, quas ex rebus percipimus, pretia rerum mirum in modum varient. At in civitate ejusmodi quoque læsiones impediuntur, atque evitandum, ne fraudulentis conventionibus anfa detur, ut adeo ex æquitate leges rationem habeant ejusmodi læsorum: interim maximus emti venditi usus in vita civili, ut adeo ob omnem læsionem emtiones venditiones rescindi nequeant, inde ea tantum rescissione legibus digna visa est, quæ alterum tantum excedit veri pretii.

§. LXIII.

Remedium l. 2. C. de Resc. Emt. Vend. est, quod læso ultra dimidium ex contractu emtionis venditionis ad recuperandum damnum datur.

§. LXIV.

Emtor igitur probaturus læsionem ultra dimidium docere tenetur, quod pretium solutum mercis communem transgrediatur estimationem: venditor eandem probaturus exhibeat, pretium ne quoad dimidium quidem mercis veram estimationem exhaurire. Sic læsio ultra dimidium semper probanda ex relatione mercis ad pretium, atque ex differentia eorundem deducenda demum est.

§. LXV.

Querela ex l. 2. C. de Resc. Emt. Vend. utiliter competit ex pari ratione, hinc ex omnibus conventionibus, in quibus læsio ultra dimidium concipi potest.

§. LXVI.

Remedium ex l. 2. C. de Resc. Emt. Vend. utiliter non competit ex conventionibus gratuitis; nec ex onerosis, quarum alterutra præstatio incertæ estimationis. Læsiō enim oritur exinde, quod is, qui alteri ad præstationem reciprocā & æquipollentem obligatus est, alteri minus præstitit, quam ab altero accepit; (§. 62. in Schol.) in gratuitis vero negotiis res ex liberalitate in alios, neutiquam sub mutua præstatione, transferuntur, (§. 52.) unde læsiō hæc in conventionibus gratuitis nequit concipi, quod tamen remedii hujus utilis fundamentum, (§. 65.) atque sic remedium utile ex l. 2. C. de rescind. emt. vendit. ex conventionibus gratuitis non competit. Q. e. unum.

Remedium utile l. 2. C. de resc. emt. vend. datur ob læsiōnem ultra dimidium in reliquis contractibus præter emtionem venditionem, (§. 65.) quicumque igitur læsiōnem ultra dimidium probare potest, illi tantum remedium hocce utiliter concedendum: jam vero læsiō ultra dimidium tunc adest, quando alteruter ad præstationem æquipollentem obstrictus, alteri tale quid præstitit, quod præstationem alterius quoad pretium infra alterum tantum non exhaurit, (§. 62. & 64.) sic quicumque hoc remedio experiri cupit, eidem competit læsiōnis enormis probatio, atque ideo ex differentia præstationum deducat, se ab altero ultra dimidium circumventum esse, (Sch. §. 62.) ponas autem alterutram præstationem incerti esse valoris, relatio inter eam atque mutuū exprimi nequit numeris, nec differentia eorundem pretii, adeoque læsiō ul-

fio ultra dimidium in conventionibus onerosis, quarum alterutra præstatio incertæ æstimationis, probari nequit, (§. 64.) quæ tamen sola utilis hujus remedii ratio, (§. 65.) quam ob rem remedium utile ex *l. 2. C. de de Resc. Empt. Vendit.* non competit ex conventionibus onerosis, quarum alterutra præstatio incertæ æstimationis. Q. alt.

§. LXVII.

Transactio atque pacta remissoria gratuita remedium ex l. 2. C. de resc. empt. vend. respiciunt. Directe id ex transactione non competit, (§. 62.) hinc si competat, extensive id ex transactione competit: (§. 63.) jam utiliter non datur, si præstatio alterutra sit incertæ æstimationis: (§. 66. n. 2.) transactio autem fit de rebus dubiis, (§. 14.) quæ certo æstimari nequeunt: inde transactio neque directe neque utiliter hoc remedio rescinditur, sed idem respicit. Q. e. r. m. m.

Si ex pacto gratuito remissorio quis experiri hoc remedio velit, id utiliter fiat necesse est; (§. 63 & 65.) jam utiliter non datur, si præstationes gratuita sunt, (§. 66. n. 1.) pacta autem remissoria gratuita sub titulo lucrativo procedunt, (§. 54.) adeoque præstationes beneficas in se continent, ac proinde pacta remissoria respiciunt querelam enormis læsionis ex *l. 2. C. de resc. empt. vendit.*

Neque hæc cum iis pugnant, quæ supra de computatione probabili dati atque promissi in transactione tradita sunt; (§. 27.) ibi enim neutiquam de rescissione transacti ex capite læsionis ultra dimidium sermo fuit, sed tantummodo num conventio in vim transactionis an vero pacti remissorii gratuiti sit sustinenda: in læsione autem ultra dimidium requiritur læsio, quæ ad præ-

E ; (statio-

stationis reciprocae aestimationem referri, atque certis numeris exprimi potest, (§. 63. & 64.) Titubant quidem atque in diversas labuntur Ddres sententias in resolvenda quaestione, num laesionis enormis querela locum contra transactionem sibi vindicet, quorum argumenta profert GAILIUS *L. II. obser. sing.* negativam tandem suam faciens, quibus addantur, quae VINNIUS *L. I. Q. S. 57.* observat: Verum quamdiu jus incertum nequit aestimari, tamdiu laesio enormis deficit in transactione. Immo repugnaret ejusmodi rescissio transactionum fini, compositioni nimirum causarum litigarum, quin etiam effectui, de quo (§. 69.) agendum erit.

§. LXVIII.

Quodsi vero jus certum remissum non gratuito, v. gr. ut remissione juris debitum ex alia causa persolvamus, laesio enormis in hac remissione concipi potest, (§. 62.) *quare hocce remedium laeso ultra dimidium non denegatur in pactis remissoriis non gratuitis.*

Quare GAILIUS *d. l.* Straviusque in Jurispr. fo-
rensi tit. de trans. querelam laesionis ultra dimidium permittunt in transactione, modo laesio haec probari atque sic taxari queat. Sane id impossibile, ubi jus in certum vel sub titulo lucrativo sit remissum, quum tunc nec ultra dimidium, nec alia laesio alteri inferitur; (§. 66. & 67.) quamobrem non potest non remissio non gratuita juris certi adesse, ubi haec querela eandem rescindat, quae pacto remissorio non gratuito tantum fit (§. 25.) V. hanc in rem *Cons. Hall. 235. n. 29. T. I. Lib. I.*

§. LXIX.

Transactiones effectum rei judicatae sortiuntur. (a)
Eum in finem in judicio certantes causas judici committunt,

(a) l. 20. § 2. C. de Transact.

mittunt, quo ab eodem justam causæ decisionem impetrent, ac uterque suum consequatur, sententia injusta autem executioni non demandatur, adeoque finis litigantium id postulat, ut sententia lis juste decidatur, hinc leges sententiam dictam, nec intra decendium remedio suspensivo impugnatam per præsumtionem juris & de jure pro vera decisione habent, quæ præsumtio res judicata vocatur. (b) Jam vero idem transigentium finis, (§. 14.) nec alia inter amicabilem atque judicialem compositionem, nisi ratione temporis atque impensarum sit differentia, (§. 6.) quare ad eundem finem tendunt, atque sic transactiones effectum rei judicatæ fortiuntur.

Quæ ne obscura videantur, dicendum est, quid præsumtionis juris atque de jure fundamentum: habent id facta singulare, quod semel peracta eorum certitudo difficulter extorqueatur, cui defectui leges præsumtionibus subvenerunt. Præsumtionem voco adsertionem facti ob rationem probabilem. Plures nimirum circumstantiæ factum circumdare solent, quæ ad actualitatem atque moralitatem facti aliquid conferunt, ut adeo ex iis facti existentiam probabiliter conjiciamus, cum circumstantiæ facti accidentales tantum ejusdem determinationes sint. Præsumtiones igitur a probatione artificiali mirum distant, utpote quæ ex determinationibus facti intrinsicis conficitur, atque sic plenam fidem inducit. Quotiescunque inde veritas facti evidenter haberi nequit, licet circumstantiæ denudatæ sint, quæ factum maxime probabile reddunt: roties præsumtiones locum sibi quærunt. Præsumtio juris est, quando leges ipsæ factum probabile dicunt, cum igitur

(b) l. 25. de Stat. Hom.

tur gradus dentur probabilitatis, differentia interna inter præsumptiones juris deprehenditur: Præsumtio juris & de jure vocatur, quæ maxima probabilitate subnititur: præsumtio juris simplex inferiori gradu contenta. Non ignota hæc sunt legibus, licet nomen barbaricum easdem fugiat. Consequens ex hisce traditis est, præsumtionem juris & de jure sibi toties locum vindicare, quoties circumstantiæ maxime probabiles adsertionem facti tuentur, nec tamen ejusdem veritas abscisse probati potest: neque ea infirmabitur nisi evidenti contrarii probatione. Contra præsumtio juris simplex quacunque fortiori præsumptione eliditur ac tantummodo sufficit, ubi nec veritas nec major probabilitas habentur. Tres excellentiores præf. Jur. & de Jure species reperiuntur in sententia per decendum non impugnata, juramento a parte altera delato, atque transactione. Certe judex publica auctoritate constitutus sententiam dicit, ut adeo de illius peritia atque in utrumque litigantium æquali animo vix dubitari possit; adeoque gravior ratio adest, sententiam ejus pro justa decisione reputandi, nihilofecius nonnisi repetita causæ cognitione certo constabit, num sententia justa sit. Quare, cum sententia injusta executioni non demandetur, alio modo controversiæ dirimi nequeunt, nisi decisio judicis intra decendum non suspensa per præsumtionem juris & jure pro justa habeatur. Ex his quoque intelligitur, quænam sententiæ in rem judicatam non abeant, quotiescunque enim præsumptionis juris & de jure fundamentum deficit, toties nulla res judicata concipi potest, per modo adserta.

§. LXX.

Quibuscunque ergo mediis contra sententiam agitur, iisdem quoque transactiones infirmantur; quare
l. 29.

l. 29. C. de transact. transactum sub prætextu novorum instrumentorum non rescindi vult, licet ex peculiari ratione causa pupillorum atque universitatum ex hoc capite rescindatur: alias enim secundum jus Romanum ob auctoritatem rerum judicatarum sententias atque lites retractare non licet, l. 4. C. de rejud. Hinc est, quod merito Perill. Frider. Canc. PET. a LUDEWIG T. I. miscel. L. 3. Op. I. c. 2. p. 974. contra transactum nullitatis querelam defendat, si ex noviter repertis instrumentis indubitata negotii qualitas elucet. Transactio enim effectum rei judicatae sortitur, (§. 69.) quod si autem sententia nullitatis infecta sit, querela nullitatis competit, ponas igitur transactionem celebratam esse super causa, cujus ex instrumentis noviter repertis & quorum nullam antea habere potuimus potestatem, plane alia certa atque indubitata negotii qualitas probari potest, adest defectus essentialis determinationis transacti, (§. 14. & Ont. 301.) hinc transactio nulla, inde instrumenta ejusmodi operantur quoque querelam nullitatis contra transactionem. Conf. Hall. T. II. L. II. Conf. 110. n. 38. P. I. L. I. C. 177. n. 6.

In Scholio (§. 69.) jam monui, sententias in rem judicatam abire non posse, in quibus præsumtionis juris & de jure fundamentum deficit; sic ubi nullitas sententiæ probari potest, evidenter de injusta sententiæ decisione constat, adeoque in præjudicium veritatis præsumptioni juris & de jure nullus locus. Inde non est, quod hæc ceu auctoritari præsumtionis juris & de jure dissona vendites, quodsi enim contra transactionem ejusmodi (*abusivam*) nullitatis querela moveatur, transactio ceu nulla impugnatur, neutiquam ve-

F

ro re-

ro rescindenda petitur: unde nec restitutio in integrum ex clausula generali hoc casu obtinebit, quæ negotium in se validum stricto jure supponit, atque non nisi in subsidium competit.

§. LXXI.

Transactio effectu rei judicatæ prædita est, (§. 70.) ex judicato autem exceptio judicati datur, *inde transactionibus reluctans & judicati exceptione repellitur.* Id quod coronidis loco adnectere volui.

TANTUM.

ERRATA EXTANTIORA.

P. 7. l. 2. (§. 22.) l. (20.) p. 12. l. 17. notior l. notius p. 15. l. ult. (§. 33.) l. (§. 31.) p. 16. l. 9. (§. 16.) l. (§. 6.) p. 16. l. 22. nullam l. nullum. p. 17. l. ult. ad 17. l. ad ff. p. 28. l. 26. Condit. l. Condict. p. 40. l. 23. & jure l. & de jure.



Marburg, Diss., 1741-43

ULB Halle

3

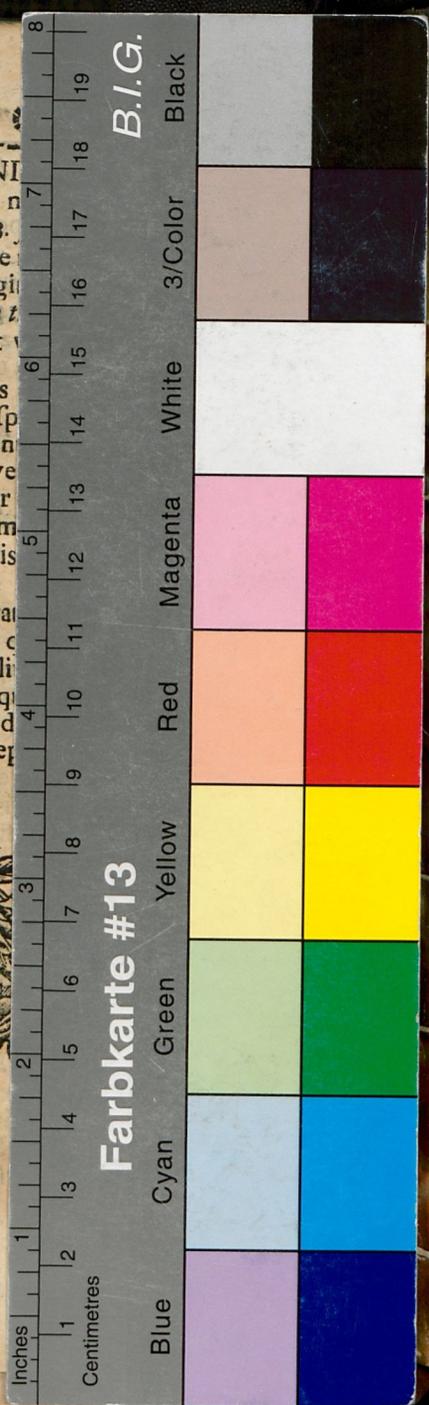
005 034 809



TA → OL

1+ 8 Shill rathlyoff





20
P. 68
G. 30. num. 3. ~~Sta. 3~~ 17
1741, 6.

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
DE
AMICABILI COMPOSITIONE,
ET IN SPECIE
DE TRANSACTIONIBUS,
NEC NON
DE DIFFERENTIIS,
QUÆ INTERCEDUNT
INTER
TRANSACTIONES ATQUE PACTA REMISSORIA,
QUAM,
SUB AUSPICIIS
*ACADEMIÆ RECTORIS MAGNIFICENTISSIMI,
SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI,*
DN. FRIDERICI,
HASSIÆ LANDGRAVII, RELIQ.
AUTORITATE ATQUE DECRETO
INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ IN CELEBERRIMA
MARPURGENSI ACADEMIA
PRO LICENTIA,
SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES ATQUE
PRIVILEGIA LEGITIME CONSEQUENDI,
MAGNIFICI ACADEMICI SENATUS PUBLICO EXAMINI
SUBJICIT
DIE XXI. SEPTEMB. ANNO. MDCCXLI.
JOHANNES CHRISTIANUS ZINK,
STUTTARDIA - WURTEMBERGENSIS.

MARBURGI CATTORUM,
TYPIS PHILIPPI CASIMIRI MULLERI,

