

1.

1.

2.

3.

4.

5.

170

1.

20

342

=



12

1707. 6.

Problema Juridicum

DE

**NÆVIS QVIBUS-
DAM CIRCA MATE-
RIAM DE PACTIS,**

1707 3
25

U: &

EX CAP. V.

COMPENDII JURIS UNIVERSI,

Nuper editi, paragr. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Ad diem 6. Aug. Ann. M DCC VII.

Publico Eruditorum examini submitunt,

Duo Fratres Germani,

PRÆSES,

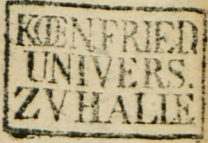
HENR. ERNEST. KESTNER,

JC. & P.P.

ET RESP.

HENR. CHRISTOPH. KESTNER,

Detmoldiâ Lippiacus.



P. 208



RINTHELII,

Typis HERMANNI AUGUSTINI ENAX, Acad. Typogr,



VIRO
Jure Consultiſſimo & Excellentiſſimo,
**DN. CHRISTOPHORO
PIDERIT,**

*Illuſtriſſimi & Celiſſimi Comitis Regentis Lippiaci
Cancellariæ & Conſiſtorii Directori Graviſſimo,
Patrono ſuo devotiſſimè ſuſpiciendo.*

Ut &
VIRO *Ampliſſimo & Conſultiſſimo,*
**DN. JOH. ERNESTO
KESTNERO,**

*Ejuſdem Celiſſimi Comitis Secretario Status,
Cancellariæ, & Feudalium per octo ferme luſtra
meritiſſimo, fideliffimo.*

*Parenti ſuo Optimo, omnique filiali reve-
rentiâ, cultu & obſequio æternum
devenerando.*

*Leviculum hoc ingenii monumentum,
devotione, quâ par eſt, ſummâ,
dat, dicat, dedicat, &, præter fau-
ſſiſſima omnigenæ felicitatis, lon-
gæ væ vitæ, omniſque proſperitatis
vota, ſe ſuaque ſtudia commendat*

HENR. CHRISTOPH. KESTNER.



S. L.

Pactorum vis & essentia, cum ex puris, claris, & perspicuis Juris Naturæ fundamentis constet, siquidem ipse Jctus, verò innutritus principiò, satis agnoscit in *l. 1 ff. de pactis* nihil tam congruum fidei humanæ esse, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servari, & grave esse, geminatam fidem fallere, secundum *l. 1 ff. de constit. pec.* fundamentum enim justitiæ est fides, id est dictorum conventorumque constantia & veritas, eaque de causâ fidem appellatam esse, quia fiat, quod dictum, graviter monet. *Cicero lib. 1. de Offic.* Id quod Germani exprimunt *ein Wort ein Wort / ein Mann ein Mann* / ita demirandum certe, quòd planissima hæc materia tot tricis, tot difficultatibus, tot cavillationibus, tot fallaciis, tot denique quæstiunculis aut nullam, aut certe exiguam utilitatem habentibus involvatur, & sic misera juvenus, quin & ipsa sæpius judicia inanibus torqueantur litigiis. Rectè ait *Illust. Stryk. in tr. de caut. test. cap. 1 & diff. de abbrev. proc. per pœnam mend.* consultum esset, maximeque expeditet, si judices id agerent, ut ad pactorum qualiumcunque fidem servandam, quo solo vinculo res Germana feliciter stetit, adigerent controvertentes, negantes autem promissam fidem in duplum condemn-

A 2

demna-

demnarent, idque publica lege sanciretur, *conf. Compend. nostr. Jur. Univ. cap. V. §. 1.*

§. II. Pactum esse duorum pluriumque in idem placitum consensum, tam notum est quam notissimum. Pactorum vis in liberrimâ, quæ in res & actiones nostras competit, dispositione consistit. Dispositio hæc 1. facultatem, 2. voluntatem, ejusque 3. idoneam declarationem requirit, quibus rite peractis plenissima obligandi vis exurgit. Hæc ut ut notoria, & luce meridiana clariora sint, mira tamen hic prima præstantissimæ hujus, per plurima juris capita excurrentis, materiæ principia tractaturis suboritur difficultas, mira confusio. Disputatur enim & acriter disputatur, an pactum & pactio differat, an pactum sub se comprehendat contractum, quomodo differat pactum nudum & contractum, an pacto nudo opponatur vestitum, quin de pactis adjectis in continenti aut ex intervallo vel contractibus bonæ fidei vel stricti juris, de pactis vel alterantibus, vel inmutantibus, vel detrahentibus latissima disputandi & cavillandi materia enascitur, non uno die terminanda, quibus verò omnibus promptissime consuli potest, si in simplicitate juris tum Gentium tum Germanici subsistamus, & id, quod cuique promissimus, religiosè servemus; Cautius longèque melius incedit Jus Canonicum, in praxi circa hanc materiam receptum, quando ex omni pacto deliberate, serioque ab his, qui paciscendi facultatem habent, inito plenissima obligatio, plenissimum nascitur robur & vinculum; ex quo consequens est, sub vocabulo pacti, contractus, pactum legitimum, adjectum sive in continenti sive

cx



ex intervallo, aut quodcunque demum pactorum nomen fingas & refingas contineri, neque enim in naturali æquitate, aut ulla puriori Jurisprudencia, fundatum est, ut pactum in continenti adjectum majorem efficaciam habeat, quam ex intervallo, sufficit enim illud, quod ex intervallo promissum, æque in foro peti posse, quam id quod prius aut, antecedenter in obligationem veniebat. Omnia quidem fiunt in tempore, sed tempus nullam varietatem inducere potest.

§. III. Equidem, quod nudum pactum concernit, inanis certe Juris Romani subtilitas primo statim intuitu semet sistit, describit fines nudi pacti *Hermogenianus* quando in *l. 45. ff. de pact.* inquit, divisionis placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit, ex quo sequentem Doctores regulam construunt, scil. quæcunque conventio in certum nomen contractus non transit, nec stipulatione aut traditione rei firmata est, & consequenter neque nominatum neque innominatum contractum involvit, illa est pactum nudum, prout docet *l. 7. pr. §. 1. 2. & 4. ff. de pact.* exempla istiusmodi nudi pacti esse possunt, v. gr. Si inter nos convenit, ut ego tibi stychum darem, tu mihi pamphylum, vel ut ego tibi darem equum, tu mihi tabulam pingeres, aut ego tibi meum, tu mihi tuum bovem commodares; quibus in casibus nec stipulatio, nec traditio, nec facti præstatio intercessit, nec etiam certum contractus nomen adest. Ex tali autem nudo pacto nul-

nullam, reluctantem Jure Naturæ, actionem dari abunde constat, & d. §. 4. sat evincit. Causam si inquiras, hanc habebis, quod Romani Juris Conditores honestius, & ad excitandum virtutis studium conducibilius existimaverint, si quædam spontaneæ hominum inter se fidei & probitati relinquuntur, ne adeo omnia tam severo legum & necessitatis vinculo coerceantur, ipsique cives Romani ex temerariâ, qualis in pactis nudis præsupponitur, promissione notabile incurrant damnum, prout iisdem ferme rationibus incedit *Commanus*. Verum vera hujus rei causa ex historicis Reipubl. Romanæ circumstantiis petenda; nimirum tempore liberæ Reipubl. perpetuæ patres inter & plebem erant lites, illis pro introducendâ Aristocratiâ, his pro defendendâ libertate sua acriter pugnantibus, uti ex *Livio* aliisque abunde patet, jam verò in istiusmodi rebusp. turbulentis inter rationes status refertur, multas lites, multa inter plebem disseminare odia, ut his turbata, nedum obruta, libertatis obliviscatur, quo ipso optimatibus optima suppeditatur ansa, jura sua magis magisque stabiliendi, & è contrario libertatem plebis opprimendi; optimum idcirco & aptissimum ejus rei instrumentum est, si leges condantur dubiæ, ambiguiæ, & multis tum explicationibus tum declarationibus obnoxiiæ, & ita obscuræ, ut plebs eas nec intelligat, nec per rerum naturam intelligere possit; sed in omnibus casibus, eos, qui legum peritiam profiterentur, consulere necessum habeat, id quod majori cum successu procedit, si hi cum optimatibus colludant,

dant, & spem habeant perveniendi in ordinem.
 Optimatum: hæc omnia verò circa Jurisprudentiam
 Romanam contigisse, historia docet, conf. *Dn.*
Brenneisen disp. de inutil. pact. divis. sect. II. §. 6. Quam
 verò à vero & sanctioribus Juris Naturæ principiis
 hæc ipsa doctrina de nudis pactis recedat, & plenis-
 simam decipiendi fraudandique segetem contineat,
 consequenter peccandi ansam suppeditet, castissima
 fidei humanæ indoles, & natura, quæ inviolabilis
 est, & istiusmodi fallacias respuit, evidenter satis
 commonstrat. Neque 1. obstat ratio *Huberiana*,
 quod scil. populus Romanus ita inter se convenire
 potuerit, ut nemo eorum ex nudâ conventionem sine
 adjectione stipulationis teneretur, Resp. naturalia
 præcepta, quæ fidem sancte servandam esse injun-
 gunt, apud omnes peræque tenent; nec civilibus
 legibus mutari, nedum convelli possunt; quare
 dogma hoc contortum in foris Germanorum nun-
 quam receptum fuit: neque 2. pro molliendâ hæc
 sententia obstat, quod tamen nudum pactum obli-
 gationem naturalem & exceptionem pariat. *l. 7. §. 4.*
de pact. Verum, quid juvat exceptio, ubi deficit
 actio, sicut inanis est actio, quæ per exceptionem in-
 firmatur, docente *l. 12. de R. I.* Ita inanis est exce-
 ptio, quæ nullum suo modo producit effectum, imò
 quod parit exceptionem, id quoque serium, & con-
 sultum est, quod tamen in nudo pacto secus est.

§. IV. Differentia ista, quod alter contractus
 sit nominatus, alter innominatus, alter realis, alter
 consensualis rationis simplicitati certe incognita est,
id

id quod Paulus agnoscere videtur in *l. i. §. f. ff. de C. B.* supposita enim pactorum efficacia ratione obligationis omnes in effectu, solam literarum obligationem si exceperis, consensuales esse, nulli dubitamus. Hoc unicum saltem restare videtur, quod ratione actionis instituendæ aliqualis intersit differentia, sic si v. gr. certus de pecunia mutuo danda consensus adest, firma ad pecuniam mutuo dandam obligatio & condictio ex moribus patet, actio tamen seu condictio certi ex mutuo competens prius institui nequit, antequam ipsa pecunia revera intervenerit, & sic in cæteris: Quod enim alii contractus nominati, alii innominati vocentur, ex diversitate formularum profluit: nominati erant, quod in illis certa actionum formula erat, quæ agi oportebat, innominati, quod cessantibus ejusmodi formulis, seu judiciis & vulgaribus actionibus, ut dicitur in *l. i. pr. ff. de P. V.* In factum ageretur, id est factum, prout gestum erat, conciperetur, & judici proponeretur, sicut intelligenda. *l. i. §. 2. ff. de P. V.* Postquam vero ipsis ipsius Imperatoris temporibus formulæ hæc abolitæ *i. r. C. de form. & Imp. subl.* quin istiusmodi formulæ nunquam in Germaniâ fuerint receptæ, nec salvo judiciorum ordine recipi potuerint, ita sponte operosa istiusmodi commenta corruunt.

§. V. Solennis est, & per omnes contractuum species excurrens distinctio contractuum in bonæ fidei & stricti juris, notabiles juris effectus ubicunque producens, siquidem in contractibus b. f. usuræ debentur ex morâ, pactum in continenti iis ad-

adjectum actionem inde format, exceptiones insunt, etsi non contestatae, aestimatio inspicitur tempore rei judicatae, locus est Jurijurando in litem, & quam plures alii, quod secus est in contractibus stricti juris. Differentia haec exinde suborta, quod praetor in quibusdam formulis, quae judici pedaneo praescribentur, adderet verba, ex bona fide, vel ut aequius melius ageretur, ut testis *Cicero 3. Offic. c. 15.* in contractibus stricti juris verò haec verba non adjiciebantur, in his enim iudex non poterat egredi terminos conventionis, neque formulam à praetore praescriptam. In illis adeo infinitam judici potestatem dabat, juxta prudentiam suam & aequitatem quaestionem decidendi, in his juxta probationem petitioni conformem, idque tam strictè, ut si is, qui centum solidos petierat, nonaginta novem in probationem deduceret, necessario totam summam perderet, nec imposterum ullam ad persequendum actionem haberet. *Hottoman. in Anti-Tribon. c. 9. p. m. 138.* Cum verò etiam haec distinctio contractuum in b. f. & Str. Jur., & omnium inde dependentium conclusionum à formularum diversitate dependeat, formulae autem istae, uti diximus, nunquam sint receptae, sponte adeo fuit, distinctionem hanc nullum in nostris foris habere usum. Neque haec materia, prout aliqui volunt, potest dici abrogata, cum nunquam fuerit recepta, aliud abrogatio, aliud non facta receptio est, sic v. gr. LL. Gallicae, Hispanicae, Danicae non valent in Germaniâ, non quia abrogatae, sed quia nunquam receptae. Ex quo facile spinosae istae quaestiones, quae Dd. mirum in modum divexant, num dolus b. f. an stricti juris contractibus causam dederit, adjudicari possunt; in priori casu contractus ipso jure nullus, & consequenter per 30 annos impugnari potest, in posteriori casu agitur tantum actione doli *l. 7. §. 3. in f. ff. de dol. malo* quae biennio praescribitur: Ulterius in contractibus b. f. dolus incidens

B

actio.

actione ex ipso contractu descendente purgatur, in stricti juris judiciis vero ad actionem doli recurritur. *Vinn. i. quæst. sel. c. 12.* Sed quare disputamus tam operose de umbrâ, postquam, formulis his, ex verborum superstitionibus subortis, non receptis, certum est, dolum sive causam dantem sive incidentem contractum quemcumque ipso jure reddere nullum. Cum enim liberrimus in omni contractu consensus esse debeat, dolus verò consensum excludat, & improbam, meritoque coercendam malitiam involvat, quis sanus de nullitate contractus hujus dubitabit, quadrat huc, quod eleganter monet Ulpianus in *l. 29. §. 4. ff. mandat.* Bonæ fidei non congruit de apicibus juris disputare. Deceptum verò electionem habere, an contractum nullum dicere, an verò contra adversarium agere velit actione ex contractu ad præstandum interesse, non potest non constare vid. *Hillig. ad Don. h. 12. c. 7. lit. d.* ex quâ nullitate manifestè apparet, rei ex tali causâ in tertium devolutæ dominium non transire, sed à decepto utique vindicari posse, quod enim nullum est, nullos producit effectus.

§. VI. Quod aliæ obligationes ipso jure, aliæ demum ope exceptionis elidantur tollanturque, inter meras Romani juris subtilitates referendum est. Duo enim modi erant solvendi aut distrahendi obligationes, alter apud prætorem ipso jure, alter apud judices à prætore datos, quem vocabant per exceptionem, ubi prætorem oportebat exceptionem addere, & judici committere, ut de eâ cognosceret, certe ratio & philosophia Pauli, quâ in *l. 27. ff. §. 2. de pact.* utitur, stipulatione quidem obligationes tolli ipso jure, pacto vero non nisi ope exceptionis, & quod in stipulationibus jus contineatur, in pactis verò factum versetur, lubrico sane insidit fundamento, cur enim in pacto non æque jus contineatur ac in stipulatione? nulla sane ratio firmâ dari potest, quare pactum nudum actionem injuriarum & furti magis ipso jure tollere possit, quam alias actiones, uti constitutum est in *l. 17. §. 1. ff. de pact.*

§. VII.



§. VII. Pacta de futura paciscentium hereditate ipso jure nulla reputantur vid. l. 61. ff. de V. O. l. 15. 19. C. de pact. adeo, ut nec naturalis inde obligatio oriatur: arg. l. 15. C. de pact. nisi inter milites, personas illustres, & conjuges hæc fuerint inita, rationem dant, quia hereditates jure publico, non pacto privato deferuntur, vid. l. f. ff. de suis & legit. & quoniam pactum tale contineat votum captandæ mortis. c. 5. X. de pact. c. 2. X. de conc. prebend. Quod primam rationem concernit, de ejus firmitate valde dubito, tametsi enim hereditates tum per testamenta tum per successiones deferantur, nulla tamen idonea ratio dari potest, quare id ipsum etiam per pactum fieri non possit, neque publico, aut Reipubl., aut Juri Publico per istiusmodi hereditatis delationem aliquid vel accedit vel decedit, quin utut hereditates per testamenta & successiones deferantur, eo ipso tamen pacta, quorum firmitas ex immotis naturæ principiis constat, non excluduntur, unius positio non est alterius exclusio, & quare istiusmodi pacta inter milites cæterasque personas commemoratas valere, apud alias verò corruiere deberent? quod vero ex voto captandæ mortis, velut re in se turpi aliqua prohibitio quærat, vix & ne vix quidem admitti potest, cum hæc ratione tota successio ab intestato, pacta confraternitatis, Ganerbinatus, & similia restringi, aut prorsus expungi deberent, imo admittitur tale pactum circa tertii hereditatem, modo, si de certi hominis hereditate fiat, ille quoque consentiat, & ad finem hanc voluntatem habeat. l. f. C. de pact. Carpzov l. 2. C. 35. d. 17. 19. annon vero & heic votum captandæ mortis adest?

§. VIII. Quod ex conventionem inita de re danda quis ad rem, si habeat, præcisè dandam, & ad transferendum dominium teneatur, evidenter docet l. 75. §. f. de V. O. In Obligationibus de faciendo vel facto præstando longe fecus semet habet, utut enim quis obligetur, ut præster
factum,



factum, attamen non potest præcise ad faciendum cogi, quin potius præstando interesse liberatur *l. 68. l. 72. pr. de V. O.* ratio in §. 3. jam quodammodo exposita, & in aprico est, putabant enim durum, & nimis abjectum, quin contra dignitatem esse, liberum hominem armis & violentiâ militari ad obsequium & contractus implementum adstringere velle, sufficere enim, quòd alteri, cui interesse præstatur, nihil decedat, imo factum, & id quod interest, unum idemque esse. Admitti aut quodammodo excusari posset hæc sanctio, si citra difficiles litium ambages & remoras hoc interesse illico præstetur; Cum verò hoc ipsum Juris Romani placitum à seriâ, quæ inter paciscentes facta fuit, promissione prorsus recedat. Siquidem paciscentes factum, non facti interesse, summa cum difficultate computandum, intenderunt, ita sententia hæc, moribus nostris explosa, nullum meretur calculum, quin potius limpidissimos pactorum fontes temerè inquinat: inde recte inquit *Grænovvegen ad l. 13. in f. ff. de re jud.* hodie in omnibus faciendi obligationibus præcise ad factum quis cogi potest, neque solvendo interesse liberatur promissor, qui faciendi facultatem habet, & ita judicatum refert *Christin. vol. 1. d. 323. num. 8.* Ita quoque distinctio factorum in nuda, quæ nullum juris effectum post se relinquunt, & non nuda, quæ jus tribuunt, & causam bonorum habent, inter otiosas Juris Romani speculationes meritò referenda erit.

Tantunl.



ULB Halle

3

004 173 341



sb.







B.I.G.

Farbkarte #13

12.

1707 3
25
v. Ant. 6.

Problema Juridicum
DE

NÆVIS QVIBUS-
DAM CIRCA MATE-
RIAM DE PACTIS,

Ut &
EX CAP. V.

COMPENDII JURIS UNIVERSI,

Nuper editi, paragr. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Ad diem 6. Aug. Ann. M DCC VII.

Publico Eruditorum examini submitunt,

Duo Fratres Germani,

PRÆSES,

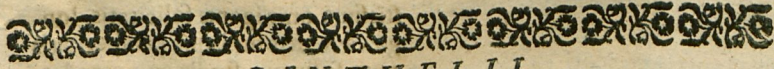
HENR. ERNEST. KESTNER,

JC. & P.P.

ET RESP.

HENR. CHRISTOPH. KESTNER,

Detmoldiâ Lippiacus.



RINTHELII,

Typis HERMANNI AUGUSTINI ENAX, Acad. Typogr.

P. 209