





22
An. 22 num 192
1746, 56
18

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE

**TRANSACTIONE
IVDICIALI INVITA**

7450

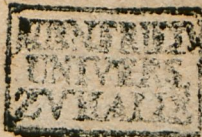
QVAM
SVB PRAESIDIO
IO. CASP. HEIMBURGII, D.
SERENISSIMI DVCS SAXO-GOTH. A CONSIL. AVL.
PROF. COD. ET NOV. CVRIAE PROVINCIALIS ET FACVL.
TATIS IVRIDICAE ADSESSORIS NEC NON
SCABINORVM COLLEGII SENIORIS

PRO LICENTIA
AC SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
CONSEQVENDIS

AD D. VIII. FEBR. A. O. R. MDCCXXXVI.
ERVditorVM EXAMINI SVBIICIT

AVCTOR
IOANNES DANIEL REINHARD
FRANCOFVRTENSIS AD MOENVM.

IENAE,
LITTERIS SCHILLIANIS
MDCCLXIX.



Handwritten notes in red and black ink at the top of the page.

DISSERTATIO INVADENSIUM
DE
TRANSACCIONE
IUDICIALI INTRA

IO. CASP. HEIMBURGER

PH. O. LITON

FRANCOFURTI AD M. MOEN.

MDCCCLXXXIII

MDCCCLXXXIII
LITON





CONSPECTVS
DISSERTATIONIS.

§. I.

Quid *transactio*.

§. II. *Quid res dubia.*

§. III. *Quid rem dubiam decidere.*

§. IV. *Quid decisio rei dubiae conuenta.*

§. V. et VI. *Transactio, in se spectatae, et rei iudicatae similitudo et dissimilitudo traditur et simul, quid sit cognitio caussae in actione rei persecutoria, explicatur.*

§. VII. *Docetur, arbitrium paciscentium, in transactionibus,*

);(2

❧ ○ ❧

nibus, pro earum varietate, mirum in modum variare.

- §. VIII. Exhibetur differentia arbitrii, in omni pacto occurrentis, ab arbitrio, quod transactione inuoluitur.
- §. IX. et X. Transactioni arbitrium commune et proprium inesse, et illud quidem certis regulis circumscriptum; hoc vero regulis magis solutum esse adfirmatur.
- §. XI. et XII. Vnde regulae et effectus aliorum contractuum onerosorum in transactione non semper obrinent.
- §. XIII. Nec arbitrium iudicis adeo liberum est, ac arbitrium litigantium.
- §. XIV. et XV. Cur transactio inualuerit, ex eius commodis ostenditur.
- §. XVI. Adseritur, arbitrium transigentium naturali et civili iure non circumscribi.
- §. XVII. Romanae et aliarum gentium leges transactiones initas tuentur.
- §. XVIII. Imperantes, ut ad transactiones ineundas a magistratu ciues inuitentur, volunt.
- §. XIX. et XX. Idque docetur sanctionibus iuris canonici, Recessuum Imperii et aliarum legum Germanicarum.
- §. XXI. Nexus dicendorum.
- §. XXII. Quid sit transactio iudicialis inuita.

§. XXIII.



- §. XXIII. *Quomodo transigere nolens compelli dicatur.*
- §. XXIV. XXV. et XXVI. *Inferitur a transactione inuita arbitrium transactionis proprium et commune abesse, et sic eam transactionis nomen non mereri.*
- §. XXVII. *Connexio.*
- §. XXVIII. *Quaestionem, an detur transactio iudicialis inuita? alii adfirmant, alii negant.*
- §. XXIX. *Argumenta negantium.*
- §. XXX. *Leges quaedam Germanicae, quibus sententia negantium confirmatur.*
- §. XXXI. et XXXII. *Rationes adfirmantium refelluntur.*
- §. XXXIII. *Quaestio: an negantium sententia exceptiones ferat? proponitur, et simul a nonnullis tres casus exceptos, ab aliis vero plures adferri notatur.*
- §. XXXIV. *Ex Harprechtii doctrina octo casus excepti recensentur.*
- §. XXXV. *Additur ex eadem doctrina Harppr. et aliorum Ictorum Pragmaticorum, transactionem iudicalem, ad quam iudex partes cogit, si id egit superior, per se subsistere, si inferior, superioris demum autoritate conualescere.*
- §. XXXVI. *Vitia, ab iis, qui octo casus exceptos enumerant, admissa reprehenduntur.*
- §. XXXVII. et XXXVIII. *L. 13. §. 3. D. de usufr. exhibemus,*

mus, et in tres partes dispertitur, quarum prima factum, secunda decisionem, tertia legis rationem continet.

§. XXXIX. et XL. Decisio, quae secundae parti legis inest, euoluitur et colligitur, duplex finiendae litis medium L. 13. §. 3. D. de usufr. praescribi.

§. XLI. De primo litis finiendae medio obseruatur, Ictum modo communis iuris regulam facto accommodasse.

§. XLII. Tres quaestiones, quae in altero finiendae litis medio occurrunt, a se inuicem separandas esse, docetur.

§. XLIII. Prima quaestio, num fructuarius ab altero fructuario conuentus, ad stipulationem, cuius lex meminit, cogi queat? ex rationibus adductis adfirmatur.

§. XLIV. et XLV. Secunda quaestio, vtrum vox stipulationis transactionem in se contineat? negatur, et dubium soluitur.

§. XLVI. et XLVII. Ratio legis 13. §. 3. D. de usufr. exponitur, et eam ad media, analogiae iuris contraria, pertinere negatur.

§. XLVIII. et XLIX. Quaestio tertia, an argumento, ex lege nostra desunto, ad trans. litigantes compelli possint? negatur, adductis adfirmantium et negantium rationibus.

§. L.

§. L. *Infertur, trans. inuit. iud. nec verbis, nec sententia legis 13. §. 3. D. de usufr. probari.*

§. LI. LII. LIII. et LIV. *Lex 21. D. de reb. cred. sstitur, et binae species, quae illi insunt, subiunguntur.*

§. LV. *Agitur de primo facto legis et quidem principio veterum Ictorum sententia adiectis eorum rationibus exhibetur. Deinde Iuliani iudicium adiungitur et ex regulis aequitatis defenditur. Postea, an hac lege generalis regula, quod per partes solutio fieri possit, comprehendatur? inquirimus, idque negamus, et rem ex institutis Romanorum explicandam esse existimamus.*

§. LVI. *Diluitur dubium.*

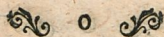
§. LVII. *Alterum factum legis consideratur, et, praemissa veterum Ictorum decisione, Iuliani sententia traditur.*

§. LVIII. et LIX. *Ratio L. 21. D. de reb. cred. explicatur et dubio occurritur.*

§. LX. - LXIV. *Argumenta, quae huic legi inesse videntur, sgillatim proponimus, et confutamus.*

§. LXV. *Argumentum a coactione ad vendendum, quibusdam casibus permessa, desumptum reiicitur et casum dari, ubi necessitas transactionem postularet inuitam, in dubium vocatur.*

§. LXVI.



- §. LXVI. et LXVII. *Praeter inuitam transactionem alia dirimendarum litium media, eaque praestantiora et certiora dari defendimus.*
- §. LXVIII. *Colligitur, transactioni inuitae in nullo casu locum esse.*
- §. LXIX. *Superioris iudicis auctoritate transactionem inferioris iudicis conualescere inficiamur.*
- §. LXX. *In quaestione, an maior hac in re autoritas sit superiori iudici, dissensus ICtorum adducitur.*
- §. LXXI. *Doctrinam de trans. inuita iudiciali Glossatorum commentis adscribimus.*
- §. LXXII. LXXIII. et LXXIV. *Argumentum, quod ex leg. 13. §. 3. D. de usufr. et L. 21. C. de reb. cred. Scilicet ducit, adfertur, et probatur rationibus allatis simulque binis sententiis illustratur.*
- §. LXXV. *Eorum, quae in hac dissertatione egimus, rationes redduntur.*





§. I.



ransactio est conventio (*) onero-
sa (**), qua res dubia (***) decidi-
tur (****).

§. II.

Res dubia hoc loco est, si non satis constat, quid

A

ex

(*) L. 1. §. 3. D. de pact. L. 3.
C. de in lit. iur. iuncta. L. 3.
Cod. Gregor. L. 17. C. de trans.
ubi *transactio* vocatur *placi-*
tum.

(**) L. 2, 17, et 21. C. de
trans.

(***) L. 1. D. de *trans.*

(****) L. 7. pr. D. *cond.*
furt. L. 19. et 33. C. de *trans.* l^o

Basil. lib. II. tit. 2. l. 1. trans-
actio definitur *ἀμφιβαλλόμενος*
πραγματος τομή. Apud Cice-
ronem pro Flacco c. 36. *trans-*
actio vocatur *decisio.* Ex qui-
bus liquet, a BEIERO ad
Pand. tit. de trans. pos. 1.
not. a. nomen decisionis in
transactionem convenire minus
recte negari.

ex quantitibus vel rebus vel iuribus ad singulos de re aliqua contendentes spectet. Cui nimis angusta videtur haec rei dubiae explicatio, is cogitet, nos in argumento particulari versari, quod quidem notiones speciales et determinatas postulat.

§. III.

Rem dubiam decidere nihil aliud est, quam statuere, quid ex quantitibus vel rebus vel iuribus ad singulos de re aliqua contendentes pertineat. Quae §. praec. in fin. obseruauimus, ea etiam hic tenenda.

§. IIII.

Decisio rei dubiae conuenta dicitur, si duo pluresue controuersiam inter se habentes, quid ex quantitibus vel rebus vel iuribus ad singulos pertineat, pacto arbitrantur.

§. V.

Transactio est rei dubiae et incertae decisio (§. I.). Res iudicata consistit in sententia decedendo confirmata (*), et sic pariter ac transactio
litem

(*) *L. 23. §. 1. D. de cond. cap. 5. VOET. in comm. ad indeb. Nou. 23. c. 1. et nou. 19. Pand. tit. de re iudic. §. 2.*

litern praeponit, eandemque inter litigantes finit. Sicut igitur decisio commune est rei iudicatae et transactionis attributum: ita quin vtraque eosdem, saltem quod ad firmitatem, effectus habeat, non est dubitandum (*).

§. VI.

Quomodo res iudicata differat a transactione ex proprietatum comparatione facile intelligitur. Sententiam causae cognitione praeuia oportet esse latam, et sine ea quicquid a iudice profertur, aut pronuntiatur, rei iudicatae vim consequi non potest (**). Et quidem *causae cognitio in actione rei persecutoria* fieri dicitur, si iudex actoris et rei iura plene audit, eademque rite contemplatur (***) . In transactione res aliter se habet. Cum enim ea sit conuentio (§. I.), et sic libera partium voluntate perficiatur: consequens est, vt transigentes iudicem adire, ibique ea, quae ad causae cognitionem pertinent, agere minime teneantur.

A 2

§. VII.

(*) L. 20. C. de trans.
SCHULT. in enarr. ad D. tit.
de trans. §. 3.

(**) L. 9. C. de iud.

(***) Arg. L. 9. C. de iud.

§. VII.

Et haec voluntas, qua rem incertam decidunt transigentes, tametsi quantitatem vel rem eiusdem pretii obiectam ponat, non semper vna eademque est, sed, *pro varietate transactionum*, mirum in modum, variat. Alii, vel concordiae studio, vel amittendae rei metu, lites execrantur, earumque euitandarum causa, magnam saepe debiti partem alteri remittere haud dubitant. Alii non adeo a litibus abhorrent, easque potius subire, quam de iure suo decedere malunt: sed aliis rationibus transactione litem finire impelluntur. Quid multa? certe modo dimidiam, interdum tertiam, aliquando quartam, vel quintam partem, et plus nonnunquam minusue a litigantibus, transactione rem dubiam componentibus remitti, usus, rerum docet.

§. VIII.

Equidem omnis pactio, consequenter etiam contractus onerosus, aliquid arbitrii inuoluit. Qui enim emit, vendit, vel de re permutanda
cum

cum altero paciscitur, de pretii, vel rei quantitate et qualitate arbitratur. Sed differt hoc arbitrium multis modis ab eo, quod in transactione occurrit. Siquidem in onerosis contractibus paciscentes, dum arbitrantur, aequalitatem semper intendunt, eamque communi rei aestimatione metiri solent. Longe aliter agunt transigentes: eorum enim princeps finis est, ut a lite, quae imminet, vel iam agitur, liberentur. Quam ob rem saepe fit, ut rem magni pretii dimittant, aliamque, quae longe minoris est, scientes accipiant (§. 7.).

§. VIII.

Duplex igitur in transactione adest arbitrium. *Alterum* transactioni et aliis contractibus onerosis, quin et reliquis pactionibus commune; *alterum*, quod ad transactionis proprietates pertinet (§. 7. et 8.).

§. X.

Arbitrium primi et secundi generis, siquidem ad pactiones refertur, in voluntate paciscentium consistit. In eo autem alterum ab altero

distinguitur, quod arbitrium omnibus pactis commune certas regulas agnoscat; id vero, quod transactioni proprium est, regulis et legibus magis fit solutum.

§. XI.

Vnde res transactione decisa, si in disceptationem venit, non semper ad regulas, quae in aliis onerosis contractibus seruantur, corrigitur.

§. XII.

Ex quibus porro obseruare licet, in transactionem, quamuis ea sit onerosae conuentionis species (§. I.), effectus, qui contractibus onerosis Romano iure adsignantur, non plene et omnes in partes conuenire.

§. XIII.

Si ea, quae de libertate transigentium (§. 7. - - II.) dicta sunt, cum potestate, quae iudici sententiam de lite ferenti competit, rite conferantur, noua adparet transactionis, et rei iudicatae differentia. Iudicis enim, dum de re dubia statuit, eamque sua sententia definit, partes

tes sunt, ita iudicare, quemadmodum legibus et moribus est proditum (*), et sic ea, qua transigentes vtuntur, libertate minime gaudet.

§. XIII.

Ex indole transactionis et processus, quantum illa habeat vtilitatem, haud difficulter intelligitur. Iudicis enim decisionem qui expectant, suum ius per longa saepe temporis interualla in incerto vident, multis impensis onerantur, et, si ea, quae litibus plerisque solent accedere, spectentur, certe auocatione a melioribus negotiis premuntur, odiaque incurrunt et animum exulceratum habent. Quod si autem mutuo partium placito incerta res finitur, multa omnino incommoda euitari exploratum est (**).

§. XV.

Quibus obseruatis, quare inter homines transactionis inualuerit negotium, sine labore iudicatur. Eam germanis iam pridem probatam fuisse vel ex paroemia illa: *ein magerer Ver-*

(*) *Pr. Inst. de offic. iud. L. 13. C. de sent. et interloc.*

(**) ZIEGLER. *in decis. concl. 22, §. 1.*

Vergleich ist besser, als ein fetter Process, satis constat ()*.

§. XVI.

Arbitrium, quo transigentes litem inter se componunt, naturae humanae praeceptis haud circumscribitur. Similiter Imperantes, in primis quod ad quantitatem transactione remittendam vel promittendam attinet, multa ad arbitrium paciscentium contulerunt, satius fore existimantes, si tot molestiae et difficultates, quibus litigantes premuntur, quavis tolerabili redimantur pactione. Ea certe, quae taedio litis gesta sunt, rata legibus haberi, testis est VLPPIANVS. *Non improbat Praetor, inquit, factum eius, qui tanti habuit re carere, ne propter eam saepius litigaret (**)*.

§. XVII.

Imperantes autem sicuti curae cordique sibi habent, ut sanctior sit custodia institutorum, quae multorum civium rationibus conducunt, et sic publicae inferuiunt salutis: ita quoque, ut
initiae

(*) HERT. de paroem. iur.
Germ. L. 1 par. 2.

(**) L. 4. §. 1. D. de alien.
iud. mut. caus. fact.

initae transactiones factae et tectae seruentur, Legislatores magnam semper fuisse sollicitudinem non solum Romanorum, sed et aliarum gentium, legibus edocemur.

§. XVIII.

Nec Imperantibus sufficere visum est, vt variis legibus, quo minus transactiones perfectae labefactentur, impedirent: verum etiam de mediis, quibus ad vtilissimam hanc conuentionis speciem inuitentur ciues, prudenter cogitarunt.

§. XIX.

Vnde variis legibus de lite amice componenda litigantes diligenter admonere illisque litium incommoda ob oculos ponere iudices iubentur. Extant eam in rem iuris Canonici praecepta (*). Idem quoque cauetur variis Germaniae sanctionibus (**): inprimis ex Recessu Imperii de anno 1654. §. 110. non modo in limine

B iu-

(*) *Cap. ult. X. de transact. sit. I. §. 2. num. 7. seqq. ZIG-*

(**) *Vid. Cod. August. Part. I. LER. in dicast. concl. 22. §. 7. p. 215. MARTINI ad proc. Sax. seqq.*

iudicii, sed etiam in litis progressu, quin et in secunda instantia, a iudicibus, amicabilis compositio inter litigantes tentari debet (*).

§. XX.

Quem quidem finem ut eo certius adsequantur Imperantes, ex nonnullis legibus, quibus ordo iudiciorum dirigitur, certus initio litis terminus dicitur, quo id vnice agendum, ut Aduocati ad amicabilem compositionem constituti conditiones, quibus lis amice extinguere queat, proponant, Commissarii autem ad hoc negotium speciatim designati taedia litis explacent, et partim nouas conditiones addant, partim oblatas accipere litigantes etiam atque etiam cohortentur. Eiusmodi normam in ordinatione processuali curiae prouincialis lenensis praescriptam legimus (**).

§. XXI.

Cum vero exhortationes iudicum, quamuis in id studiosissime incumbant, ut ad transactionem litigantium animi flectantur, haud raro in irri-

(*) III. BOEHMER, in iur. (**). C. 7. verb. *Es soll auch eccles. Prot. Lib. I. Tit. 32. - zu verfertigen.*

irritum cadant: inuestigandum, an partes consiliis et persuasionibus locum dare nolentes ad transigendum cogi publica auctoritate possint?

§. XXII.

Cui quidem tractationi transactionis iudicialis inuitae notionem merito praemittimus. Nimirum *transactio iudicialis inuita* nobis est transactio, ad quam consentire nolens a iudice compellitur.

§. XXIII.

Transigere nolens compelli a iudice dicitur, si iudex, quid ex quantitatibus vel rebus vel iuribus singulis litigantibus relinquendum sit, determinat idque arbitrium transactionis nomine insignitum sequi iubet.

§. XXIV.

Cum igitur placitum in hac transactionum specie a solo iudice dependeat: prono alueo fluit, arbitrium, quod speciatim transactioni inesse diximus (§.7.), in transactione iudiciali coacta litigantibus auferri.

§. XXV.

Ex eodem principio elucet, arbitrium quoque,

que, quod omnibus pactionibus est commune, in transactione iudiciali inuita prorsus cessare (§. 8. 22. et 23.). Vnde conficitur, in transactione iudiciali inuita a duplici arbitrio, quod in transactione occurrit, partes prorsus excludi.

§. XXVI.

A transactione iudiciali inuita igitur vi transactionis proprietates absunt primariae: ita transactionis vocabulum illi minus recte adcommodari, manifestum est.

§. XXVII.

Quibus praestructis adgredimur thema nostrum, in quo ita versari animus est, vt enarratis Ictorum sententiis, rationes et leges, quas in hanc rem allegant, rite perscrutemur.

§. XXVIII.

Quaestionem, *an detur transactio iudicialis inuita?* alii negandam, alii adfirmandam esse censent.

§. XXIX.

Negantes his rationibus vtuntur: 1) transactionem esse conuentionis speciem, et sic non nisi libero partium consensu contrahi; ideoque
ar-

arbitrium, quod omnibus pactis commune est (§. 8.), in ea requiri; 2) eandem fieri dato aliquo vel remisso vel promisso, inuitum autem dare vel promittere vel ius suum remittere haud teneri (*); 3) *in lite se abdicare* esse rem merae facultatis, inuitum autem ea, quae liberi arbitrii sunt, exercere minime compelli posse (**); 4) coactionem in transactione Legibus diserte prohiberi (**); quibus addi potest, 5) arbitrium speciale, quod quidem de substantia transactionis est, ab inuita transactione plane abesse (§. 7. et 25.).

§. XXX.

Hanc negantium sententiam diserte legibus probari videmus. Sic in ordinatione processuali Electorali tit. I., postquam iudices ad concordiam permouere litigantes iussi sunt, haec verba habentur: *jedoch mit der Discretion und Bescheidenheit, das gleichwohl auf allen Fall, und da gütliche Mittel endlich nicht verfangen wolten,*

B 3

nie-

(*) L. 5. C. de O. et A. L. n.
C. de contr. emt.

(**) Arg. L. vn. Cod. vt
nem. inuit.

(***) Nou. 124. c. 4. verbis:
aut cogere transactiones, aut
pacta quaedam cum suis aduersariis exponere.

niemand Recht - und Hülflos gelassen werde.
Eiusdem fere tenoris est textus ordinationis pro-
cessualis curiae prouincialis lenensis, (§. 20.) ex-
citatus, cuius verba sunt: *Sonst aber, und da
über angewandten Fleißs die Güte beydenen Par-
theyen nicht statt finden wolte, mögen sie dieselbe
alsdem zu Recht weisen, und rechtlich gegen-
einander verfabren lassen.*

§. XXXI.

Sententia eorum, qui cogendi potestatem
iudici adscribunt, argumento ex L. fin. D. fam.
herc. desumpto nititur. Putant nimirum iudi-
cem ad transigendum partes compellentem suo
omnino fungi officio, nec, introducto in odium
litium compromisso, magistratus iura circum-
scripta esse: cum Imperantes, compromittendi
libertatem permittentes, id minime egerint, vt
potestas, ex lege iudici competens, imminue-
retur (*).

§. XXXII.

Princeps ergo argumentum, quo rem do-
cere

(*) PARTHEN. *in disc. pol. lib. 2. cap. 4. num. 23.*

cere adfirmantes volunt, est ipsa thesis, quae disputatur. Probatur enim, quod iudex in transactione vi uti possit, dicunt certi ac indubitati iuris esse, quod ea potestas, de qua iam quaeritur, ad iudicem, communi iure, pertineat. Quod quidem probandi genus, quo idem per idem docetur, uti nullius momenti est: ita hanc sententiam merito repudiamus, illisque, qui imperium iudicis hac in re non admittunt, accedimus.

§. XXXIII.

Magis intricata est quaestio: *an regula, de partibus ad transactionem a iudice non cogendis (§ 32.) tradita, adeo generalis sit, ut nullas plane exceptiones ferat?* Sunt, qui in regulam illam plures adscribunt exceptiones: alii tres, alii plures enumerant. Et inter eos alii paucis rem expediunt: alii singulis causis multas determinationes addunt. Quae quidem uti prolixè persecutus est B. HARPRECHTIVS *in dissert. de transact. iudicial.* ita, in enarrandis exceptionibus, eundem sequi non dubitamus.

§. XXXIV.

§. XXXIV.

Causae, quibus litigantes ad transactionem compellere iudici integrum est, ex Harprechtii aliorumque Ictorum sententia, hae sunt: 1) si lis inter duos pluresue exorta cum publico vniuersitatis, vel integrae prouinciae scandalo coniuncta sit, maxime si eiusmodi conuentio ad personas publicas ita spectet, vt eorum officia cum damno reipublicae in periculo versentur; 2) si inter personas illustres vel alias insignes vel familias nobiles discordia nascatur, ex qua publica salus et tranquillitas detrimentum capere queat, eaque consistat in acerbis iniuriarum causis, vel actio ita instituatur, vt ex conuenta decisione actor idem, quod ex diuturno litigio sperari potest, consequi valeat, veluti si ex lege diffamari iudicis officium impleretur, vt reo silentium imponat, idque reus sponte promittat et iniurias aut verba, quae quidem in contumeliam prolata dicuntur, simul inficietur; 3) si metus subsit, ne ad arma partes veniant, et status reipublicae turbetur, vel ex rixa priuata aliorum quoque clades sequatur; et multo magis ad offi-

officium iudicis hanc cogendi potestatem pertinere existimant, si inter duas vniuersitates talis periculosa dissensio gliscat, argumento, eam in rem, a minori ad maius ducto vtentes; 4) si lis iam diu inter partes durauerit et tam intricata sit, vt propter perplexas eius difficultates certa decisio inueniri non queat; cuius rei rationem in eo ponunt, quod inter sit reipublicae, vt tandem litium, praesertim, si inter ciues agitentur, finis sit et vt hi ab expensis et litigijs liberentur; 5) si articulus controuersus de apicibus iuris et adeo subtilis sit, vt ob rationes hinc inde militantes, vtri parti assentiendum sit, non adpareat, id quod praepremis tunc obtineret, quando lis est inter personas coniunctas, vel vtraque pars de lucro captando certat; 6) si fauor causae, v. gr. alimentorum, coactionem suadeat, inprimis si talis causa sit intricata, nec non id obtinere putant in alijs priuilegiatis causis, e. gr. dotis vel sumtuum in studia; 7) si litigium inter personas valde inuicem coniunctas versetur; 8) si de tertij praecudicio agatur.

C

§.XXXV.

§. XXXV.

Iidem Icti monent, compulsionem ad transigendum, si ea fit a iudice superiore, nullo alio indigere auxilio, sed suis potius viribus omnino subsistere. Aliter vero de iudice inferiore sentiunt: siquidem transactionem, inferioris iudicis arbitrio contractam, tunc demum valere existimant, si superioris tribunalis auctoritate rata habetur et roboratur (*).

§. XXXVI.

In causis, quas (§. 34.) exposuimus, multa certe vides, quae emendatione indigent. Plures interdum in vnam causam coniecti sunt casus. Et determinationum moles nonnihil obscuritatis parit. In applicatione igitur si confusionem evitare velis: vt nonnulla partim refecentur, partim in ordinem redigantur, necesse est. Sed, ne frustra laborem infumamus, ante omnia in huius doctrinae fundamenta inquirere expedit.

§. XXXVII.

Et quidem in primis leges, quibus allatas
(§. 34.)

(*) HARPR. in *diss. de trans. iud.* §. 8. n. 79. CARPZ. *part. 1. const. 1. def. 11.*

(§. 34.) exceptiones euincere Icti conantur, examinandae sunt. Primo sententiae suae praesidium quaerunt in *L. 13. §. 3. D. de usufr.* ubi *sed si inter duos fructuarios*, inquit *VLPIANVS*, *sit controuersia*, *Iulianus libro trigesimo octauo Digestorum scribit*, *aequissimum esse, quasi communi diuidendo iudicium dari: vel stipulatione inter se eos cauere, qualiter fruuntur.* *Cur enim*, inquit *Iulianus*, *ad arma et rixam procedere patiatur Praetor*, *quos potest iurisdictione sua componere.* Quae quidem lex ut non solum factum, quod in contentionem venit eiusdemque decisionem, sed praeterea etiam rationem, qua *Vlpianus* nititur, continet: ita quoque haec tria ut seorsim a nobis spectentur, non inutile erit.

§. XXXVIII.

Prima pars dictae legis sistit speciem, quam decidendam sibi sumit *Vlpianus*. Nimirum ponit in vnus eiusdemque rei usufructu duos pluresue concurrere, inter eos autem super utendi modo et quoad cuiusque fruendi potestas se extendat, vel quod alter alterum impedi-

diat, controuersiam oriri eamque ad iudicem deferri. Altera pars legis praemissae quaestionis decisionem exhibet: Ictus enim existimat, si alter fructuarius limites in re communi egrediatur sibi que plus iusto arroget, alteri a communione discedere integrum esse, eo que fine quasi communi diuidendo iudicium dari. Idem Ictus porro addit, fructuarios mutua stipulatione inter se, qualiter fruantur, cauere et sic litem finiri posse. Tertia pars legis rationem ex fine status ciuillis imperiique, magistratibus adscripti, peritam subiungit.

§. XXXIX.

De *prima parte* nihil monendum ducimus. *Secundam legis nostrae partem* si rite contemplamur, satis adparet, litem inter fructuarios, de usu rei fructuariae communi contententes, duplici modo extingui, prout vel alter communi diuidendo actionem alteri intendere satagit, vel cum eo, qualiter quisque frui debeat, pacificatur.

§. XL.

Duplex igitur finiendae litis medium quin hac lege praescribatur, non est dubitandum.

§. XLI.

§. XLI.

Quod ad *primum litis finiendae medium*, nimirum communi diuidendo actionem, attinet, facile liquet negotio, ICTum nihil aliud egisse, quam quod ea, quae generatim in communione obtinent, modo repetierit et huic facto accommodauerit. Exploratum enim est, quod in communione manere nemo cogatur, ideoque communi diuidendo actio directa et utilis Romano iure sit prodita. Actione autem instituta et secuta sententia victus, si ius dicenti non obtemperat, executione, vt pareat iudicato, a iudice compellitur.

§. XLII.

De altero litis finiendae medio paulo curatius agendum. Quo fine plures quaestiones a se inuicem discernendae. Indagandum enim: 1) num fructuarius, in ius ab altero vocatus, ad stipulationem, cuius in lege nostra ICTus meminit, compelli iudicis autoritate queat? 2) vtrum vox stipulationis transactionis pactum in se contineat? 3) an, negata secunda quaestione, argu-

mentum a stipulatione duci et ex eo, quod iudex ad transigendum partes iure compellat, ostendi possit?

§. XLIII.

Et quidem *primam quaestionem §. praec. propositam* adfirmare nulli dubitamus. Rationes autem, quibus in hanc sententiam ire mouemur, eo redeunt: 1) verba legis, *aequissimum est*, aequitatem iure probatam indicant (*); 2) quod eiusmodi aequitas vim iuris praeceptiui habeat, ex aliis legibus liquet (**); 3) quod, intuitu actionis communi diuidendo, locutio illa legem denotet, extra dubium positum est; 4) ratio non suppetit, cur verba legis, quae ad primum litis finiendae medium, i. e. communi diuidendo actionem, extra omne dubium pertinent, ad stipulationem eadem functione propositam non referantur; 5) accedit ratio legi nostrae subiuncta, qua Ulpianus potestatem, quae magistratui hoc responso adscribitur, ex potentia, vi iurisdictionis competente, deriuandam esse censet.

§. XLIV.

De quaestione secunda §. 42. sic statuimus,
trans-

(*) L. 2. D. de L. Rbod. de iact. (**) L. 8. C. de iud.

transactionem sub ea stipulatione, quam lex nostra exhibet, minime comprehendit. Illa enim est onerosa conuentio (§. I.), ideoque semper supponit, vt aliquid promittatur, vel detur vel remittatur. In stipulationem autem, cuius Vlpianus mentionem facit, transactionis proprietates haud conueniunt: siquidem fructuarius, in ius vocatus, non de iure suo aliquid remittere, sed saltem per verba solemnia, qua ratione in posterum re fructuaria vti velit, cauere, et consequenter ad certum vtendi modum se obligare iubetur.

§. LXV.

At inquis, frustraneam esse hanc pac-tionem, qua fructuarius non magis obligatur et alter idem ius, quod antea habuit, modo retinet. Sed regero, id commodi ex tali pacto in stipulatorem redundare, quod turbatio, si qua fit ab altero, in oculos statim incurrat, et sic refractarius in viam facilius omnino re-ducatur. E contrario si inter fructuarios, qualiter fruantur, conuentione cautum non sit, multa homo rixosus habet, quae petitori obiiciat,

obiiciat, quibusque lis proteletur et in longum trahatur.

§. XLVI.

Antequam ad tertiam quaestionem deueniamus, legis, de qua hactenus disseruimus, ratio plenius erit indaganda. Scilicet iudicis officium ad varia litium genera referri potest. Quarumdam enim controuersiarum ea indoles non est, vt facile res ad manus venire inter litigantes soleat. Dantur porro lites illis longe grauiores, et vbi iudex iustam habet metuendi causam, ne ad rixam et arma partes procedant. Id contentionis genus citius extinguere, tranquillitas publica exigit. Iudici igitur vt circa eiusmodi litem paullo liberior potestas tribuatur, necesse est (*). De hac autem litium specie legem eiusque rationem accipiendam esse, partim ex casu lege deciso, partim ex sanctionis ratione satis liquet. IULIANVS enim ponit inter fructuarios, qualiter quisque fruatur, disceptationem oriri: de qua quidem lite, quin facile in rixas et verbera euadat, non est dubitandum. Deinde idem ICTUS, decisio-
nis

(*) *Arg. L. 1. D. de damu. inf.*

nis suae rationem redditurus, tradit, iudicis esse, vt prouideat, ne ad arma et caedes procedant litigantes. Bina igitur, quae nostra lege expressa sunt, remedia cur permittantur, ex ratione a Icto allata liquido intelligere licet.

§. XLVII.

Tantam autem esse huius rationis latitudinem, vt ad omnia, quae modo excogitari queant, media pertineat, adserere non ausim. Multo minus vis rationis ad media, quae a iuris analogia absunt, erit producenda.

§. XLVIII.

Ad *quaestionem tertiam §. 42.* quod attinet, dispiciendum, an argumento ex lege nostra defumto, ad transigendum litigantes compellere iudex valeat? Equidem hoc thema adfirmandum videtur: nam 1) ad stipulationem inuitum adigere ex lege nostra iudici ius fasque est (§. 43.); 2) non desunt aliae leges, quae iudici in stipulationibus similem cogendi copiam faciunt (*); 3) nihil impedit, quo minus stipula-

D

tio

(*) L. 18. pr. et L. 7. pr. D. de damn. inf.

tionis formam induat transactio (*); 4) pactum transactionis, quatenus stipulationis solennitatem habet, a regula, quam lex nostra tradit, haud eximitur; 5) nec iudex in transactionibus a compulsione abstinere et adhortatione tantum uti iubetur; 6) accedit, quod ratio legis, ex imperio magistratui competente desumpta, generalis sit, ideoque nihil obstat, quo minus omnes stipulationes et sic quoque transactionem, verbis solennibus contractam, complectatur.

§. XLIX.

Verum enim vero 1) lex nostra non in omni stipulatione, sed in certa saltem specie cogendi potestatem iudici largitur; 2) nec reliquae leges, quarum virtute compulsione iudex exercet, generaliter loquuntur, sed ad certum modo casum directae sunt; 3) finge etiam, hac lege caueri, quod in aliis quoque casibus iudici ad stipulationem compellere partes integrum sit; id tamen minus recte ad transactionem produci- tur: siquidem stipulatio, tametsi per eam omne pactum, et sic etiam transactio Romano iure firme-

(*) *L. 33. C. de trans.*

firmetur, genus contractuum non est, cum formae saltem, quam omnis pactio induere potest (*), indolem habet; unde 4) minus congrue infertur, pactum transactionis, quatenus stipulationis solennitatem habet, compulsio- nem recipere; 5) quod coactionem in trans- actione adhibere iudex hac lege non prohi- beatur, indicio plane non est, iudicis compul- sionem iure exerceri: cum enim Ictus regu- lam generalem de coactione in omni pacto ad- mittenda non dederit, nec opus fuit, vt trans- actionem speciatim eximeret; 6) nihil ad rem facit argumentum ex ratione legis nostrae pe- titum: quamvis enim providere debeat iudex, ne ad caedes et arma prorumpant litigantes; ex eo tamen in transactione compulsio- nem iudicis iure permittente fieri, minus recte con- cluditur (§. 46. et 47.).

S. L.

Quibus praestructis, prono alueo fluit, com- pul-

D 2

(*) L. 5. pr. D. de verb. Sent. lib. 5. tit. 7. §. 1. Add. obl. L. 2. §. 3. D. de dol. mal. SCHULT. de iurispr. anteu- et met. exc. PAVLL. rec. fin. ibid.

pulsionem iudicis in transactionibus nec verbis
nec sententia *L. 13. §. 3. D. de usufr.* probari (*).

§. LI.

Progredimur ad legem 21. *D. de reb. cred.*,
qua quidem etiam compulsiois, a iudice in trans-
actionibus faciendae, iustitiam euincere nonnulli
conantur. *Quidam existimauerunt*, inquit IV-
LIANVS, *neque eum, qui decem peteret, cogendum,*
quinque accipere et reliqua persequi: neque eum,
qui fundum suum diceret, partem duntaxat iu-
dicio persequi. Sed in vtraque causa humanius
videtur facturum Praetorem, si actorem compu-
lerit ad accipiendum id, quod offeratur: cum ad
officium eius pertineat lites deminuere.

§. LII.

Binas in dicta lege species coniunxit et ex
eodem principio definiuit Ictus. Quas qui-
dem sigillatim spectare operae pretium est.

§. LIII.

Primum factum in eo consistit: petit quis
cre-

(*) *Add. ANT. FABR. in oration. ad L. 13. §. 3. D. de usufr.*

crediti iure ab altero decem. Is, a quo petitur, quinque deberi adfirmat et hanc summam solvere paratus est. Creditor autem partem debiti sibi oblatam accipere recusat et integrum debitum soluendum esse vrget.

§. LIV.

Alterum factum, cui decisionem ICTus subiecit, est sequens: dominus fundum, qui ab alio possidetur, vindicare intendit. Possessor ad actorem fundi pertinere partem fatetur, eamque domino, rem vindicanti, offert. Hic vero integrum fundum tradendum esse contendit. Similis species in lege §. *D. si pars hered. pet.*, quae ex eodem *lib. 48. Dig. Iuliani* desumpta est, proponitur. Vbi adserit possessorem, cui facta est totius hereditatis controuersia, posse partem defendere, partem aliam cedere heredi scripto vel legitimo.

§. LV.

Non vnā eandemque, *quod ad primum factum*, fuisse ICTorum sententiam, initio legis

indicatur. Scilicet nonnulli putabant eum, qui, actione in personam instituta, decem peteret, ut quinque modo accipiat, et reliqua in iudicio perfequatur, iure non compelli. Igitur ad petitoris arbitrium contulerunt, utrum partem debiti oblatam acceptare, an repudiare, et petitioni totius insistere malit. Decisionis ratio procul dubio in eo est, quod eodem modo fieri solutio debeat, quo obligatio est contracta (*). Quemadmodum autem aequitati ius strictum haud raro postponitur: ita etiam Iulianus, diuortium ab illa Ictorum sententia faciens, humanitatis regulas sequitur, et creditorem, ut oblatam debiti partem a debitore accipiat, cogendum esse opinatur. Et aequum sane est, ut debitor, qui partem debiti offert, ab obligatione, pro ea parte, quam obtulit, liberetur, et eatenus creditoris ius, certo modo, extinguatur: cum id fieri, debitoris omnino interfit, nec ea res in praeiudicium creditoris vergat, quippe qui partem debiti negatam in iudicio petere, minime prohibetur. Sed inquirendum, an aequitas, de qua iam

(*) *L. 80. D. de solut.*

iam diximus, in lege nostra, ea ratione probata sit, vt generalis regula, *quod per partes fieri solutio queat*, inde conficiatur? Et putem, hanc legis interpretationem a mente Iuliani alienam esse. Res potius ex indole officii, quo Praetorungebatur, ita est explicanda. Cui civili iure cum aliquo dimicandi animus erat, is, facta in ius vocatione, ad Praetorem ibat, ibique postulabat actionem. Causa summatim cognita, actionem et, praescripta certa formula, iudicem Praetor dabat. Lite iudici demandata, nihil amplius apud Praetorem agebatur. Cum ergo Iulianus Praetori tribuit potestatem cogendi actorem, vt quinque a reo oblata acceptet, non potest non intelligi de eo momento, quo creditor aduersus debitorem actionem postulabat. Scilicet existimat Ictus, actorem, vt eam debiti partem, quam apud Praetorem fatetur debitor, accipiat, cogi omnino posse. Ex quibus manifestum est, generalem regulam, quod per partes solutio fieri queat, lege nostra minime constitui. Certe legis nostrae auctor ad Romanorum instituta respexit, et in ea sen-

sententia fuit, Praetoris officio eam omnino inesse potestatem, ut ad partem, quam debitor, cum litigantes adhuc in iure versantur, offert, accipiendam, compellere creditorem valeat.

§. LVI.

Quibus obesse quidem videntur varia Romanorum placita (*), quibus creditorem pecuniae sibi debitae solutionem per partes accipere haud teneri, cauetur. Sed recte observat E. M. MERILLIVS (**), eas sanctiones de parte debiti, quae vel extra iudicium vel apud iudicem delegatum offertur, commode intelligi posse.

§. LVII.

Haec de primo casu legis nostrae sufficiant. Iam de secundo casu §. 54. proposito di-

(*) L. 13. §. 8. D. de act. (**) In comment. ad tit. de
 emt. L. 19. D. de pign. et hyp. reb. cred. ad L. 21. D. de reb.
 L. 41. §. 1. D. de usur. cred.

dicendum erit. Et quidem, quod ad hanc speciem attinet, duplex decisio in lege nostra habetur. Altera iuri, quod strictum vocamus, altera aequi bonique praeceptis innititur. Illa, ut Iulianus refert, quibusdam ICTis placuit. Possessorem enim, qui rem, de qua conuentus est, integram actori cedit, ab actione liberari, ex actionis indole liquet. E contrario reus, si modo petita rei partem offert, non praestat id, quod petitur. Partem igitur petitor accipere actionemque, quam litis initio de integra re alteri intendit, mutare et loco totius nunc partem petere non tenetur. Argumentum autem, ut puto, ex eo inprimis duxerunt ICTi, quod recepta non est iure nostro particularis solutio, inuito creditore; sed totum, quod debetur, creditori, totum accipere parato, solui debet, nisi ab initio conuenerit, ut per partes solutio fiat (*). Idem in pignore obseruatur, quod pro parte hui non potest (**). Aliter rationes subduxit Iulianus. Putat enim

E
acto-

(*) GER. NOODT *in comment. ad D. lib. 5. tit. 4.*

(**) L. 25. §. 14. *D. fam. hercisc.*

actorem, vt oblatam a possessore fundi partem accipiat, cogendum esse. Et certe, si aequitatis praeceptis, quae quidem Ictus in mente habuit, rem vnice metimur, ratio reddi non potest, cur partem, quam cedere possessor paratus est, repudiare et de tota re aduersus reum experiri actoris arbitrio relinquatur. Siquidem frustraneum esset, eum de illa etiam parte litigare, in qua nihil iuris sibi adserit (*). Praeterea actor, si acceptat partem, intuitu partis alterius, iure suo non cadit, adeoque partem accipiendo conditionem suam minime reddit deteriolem. Hanc aequitatem in hereditatis petitione simpliciter probat Iulianus in *L. 8. D. si pars heredit. pet.* verbis: *permittedum erit possessori hereditatis partem quidem defendere, parte vero cedere.* Et cum dissensus veterum Ictorum in hac lege nulla fit mentio: sane in actione vniuersali liberior, quam in rei vindicatione facultas competiisse, ex Prudentum sententia, videtur.

§ LVIII.

(*) ANT. FABR. *in ration. lib. 5. tit. 4. ad L. 8. D. si pars hered. pet.*

§. LVIII.

Rationem, cur in binis nostrae legis casibus aequitas sit attendenda, in eo quaerit Iulianus, quod lites deminuere ad officium Praetoris pertineat. Nimirum iudicia ideo constituta sunt, ut publica autoritate, quam primum fieri potest, lites sopiantur. Cuius quidem rei cura summae potestati originarie incumbit, sed ab ea magistratibus demandari solet. Hi igitur ut omnem in litibus, vel penitus vel minimum pro parte finiendis, diligentiam adhibeant, necesse est. Quemadmodum autem officii partes explere facilius queunt, si non semper communes iuris regulas sequi tenentur: ita iuris subtilitatem posthabere et arbitrio aequitatis regulis temperato nonnunquam uti illis integrum est. Sane eiusmodi arbitrium Iulianus iis, qui iurisdictione gaudent, adscribere videtur. De speciebus enim in lege nostra propositis dum iudicium fert, humanius inquit Praetorem facturum, si ad partem, quam reus offert, accipiendam actorem compellat. Et huius sententiae rationem ex potestate, quae iudi-

iudicis officio continetur, deriuandam esse censet.

§. LIX.

Neque his aduersantur ea, quae supra (§. 13.) differuimus. Certum enim est, quod ab arbitrio abstinere iudex ordinarie debeat; sed in quibusdam casibus eam arbitrandi potestatem magistratibus Imperantes permisisse ex variis legibus constat.

§. LX.

Argumenta, quae *legi 21. D. de reb. cred.* inesse videntur, sigillatim spectare praestat. Et quidem ea huc redeunt: 1) ius deminuendi lites, quod iudici hac lege relinquitur, nullis circumscribi limitibus, adeoque tam late patere, vt omnes facultates, quibus finiri lis potest, sub se complectatur; 2) transactionem esse medium lites deminuendi vile, et sic ad eam quoque iudicis officium pertinere; 3) quae hac lege officio iudicis adscribuntur, ita comparata esse, vt compulsione vt iudex possit; 4) legi nostrae non officere, quod

quod alias in transactionem, generatim spectatam, coactio non cadat.

§. LXI.

Sed *prima ratio dubitandi*, quod nimirum potestas lites deminuendi, iudici adsignata, omnia litium finiendarum media contineat, merito negatur. Quamvis enim potestas minuendi lites, si media iudici negaueris, in effectum deduci non possit, et sic posito iure minuendi lites omnino media admittenda sint: minime tamen exinde colligitur, quod iudex quemcunque extinguendae litis modum eligere queat; siquidem argumenta, quae ex legibus ducuntur, ita semper formari debent, ut naturae negotii et iuris analogiae sint consentanea. Ab indole autem transactionis alienam esse coactionem ex eo adparet, quod in illa duplex concurrit arbitrium, alterum, quod omnibus pactis commune est, alterum transactionis proprium (§. 9.). A quo quidem litigantes, si eos ad transactiones compellendi iudici integrum esset, prorsus excluderen-

derentur. Nec analogia iuris fert eiusmodi coactionem, cum non solum a transactione, sed etiam ab aliis pactionibus vim abesse Imperatores iubeant (*). Ex legibus autem argumentando eousque saltem procedi potest, quousque ipse legislator operaturus videbatur, neque de contraria voluntate indicium extat (**). Ut taceam eiusmodi coactionem expressis prohiberi legibus. Siquidem verbis *Nov. 124. cap. 4. (§. 29.)* allegatis, ne litigantes ad transactionem cogantur, diserte sancitum est; lege autem nihil firmitus esse potest.

§. LXII.

Nec difficile est, *secundum dubitandi rationem* solvere. Quamvis enim transactio sit vtile litis finiendae medium: ex eo tamen minime consequitur, ad eam iudicis imperium pertinere. Ut magistratus transactionem partibus suadeat, leges volunt (§. 19.); sed coactio-

(*) *L. 41. C. de trans. L.* (**) *SLEVOGT. diff. de*
16. C. de iur. delib. *arg. leg. caut. form. §. 10.*

actionem, quae transactioni plane aduersatur, nullibi largiuntur.

§. LXIII.

Tertia ratio dubitandi rem minime conficit. Non inficiamur, ea, quae hac lege iudicis officio inesse dicuntur, ita comparata esse, ut iudex compulsionem adhibere queat. Sed conditores legis nostrae de transactione cogitasse et iudici cogendi potestatem dedisse, oppido falsum est.

§. LXIV.

Quartae rationis dubitandi fundamentum latet in brocardico iuris: nullam regulam adeo firmam esse, ut non patiatur exceptionem. Verum hoc brocardicon non in omnibus iuris nostri regulis locum habet (*). Deinde exceptionem allegare minime sufficit, sed eum, qui regulam in certam speciem haud conuenire tradit, probare id omnino oportet. Nostra autem lege in certis transactionum

(*) MANZEL. de decis., quae sunt pro autor. ass. 13.

num causis exceptionem praescribi, nec ex verbis, nec ex sententia eius euincitur.

§. LXV.

Non obest, quod ad emendum vendendumque variis ex causis dominus cogi queat (*). Nam primo a reliquis contractibus onerosis, ob rationes (§. 10. 11. et 12.) adductas, ad transactionem non semper valet argumentum. Deinde leges, quae eiusmodi potestatem impertiuntur iudici, quin ex singularium iurium numero sint, non est dubitandum. Nec minus iis saltem casibus admittitur coactio, vbi utilitas vel necessitas vniuersorum aut singularum cum privati commodis ita conflictaur, vt aliud medium, quo necessitatibus subueniatur, vel res explicetur, plane deficiat. Et praeterea dari lites, quarum quidem finiendarum medium vnicum et necessarium sit inuita transactio, merito inficiamur.

§. LXVI.

Quod autem praeter inuitam transactionem alia

(*) *L. 11. L. 14. C. de cont. emt. L. 16. C. de iur. del.*

alia dirimendarum litium media in promptu sint, nemo facile in dubium vocabit. Siquidem explorati iuris est, quod iudex non solum inter litigantes pronuntiare, sed etiam comminationibus interdictis et variis poenarum generibus, quibus in officio ciues tenentur, uti, quin, si necessitas postulat, in custodiam eos dare et sic pertinaciam eorum frangere omnino queat.

§. LXVII.

Quos cogendi modos, legibus praescriptos, si iudex prudenter factis accommodat obuenientibus, non dubito, quin finem, quem quidem sperare ex coacta transactione licet, longe certius adsequatur. Optime hanc rem diiudicat ZIEGLERVS nobiscum consentiens. *Si timor armorum subest*, inquit (*), *inhibitionibus et interdictis plus tribuendum est, quam concordiae per coactionem et sic tantum in speciem initae: processus longaeuitati, iudex ipse fibulam iniicere potest, certos cuique negotio sub poena praecclusionis statuendo terminos, eosque adhuc tum vi iurisdictionis suae. Nec talis vnquam ex coacta*

F

re-

(*) *Dicast. concl. 22. §. 15.*

reconciliatione expectare poterit fructus, quam ex sententia siue iuste siue iniuste prolata, dum ea vires rei iudicatae acceperit.

§. LXVIII.

Igitur ostendimus, transactionem iudicalem, quam inuitam vocant, i in se spectetur, omnino improbandam esse (§. 29.). Porro probauimus (§. 37.-64.), quod argumenta ex *L. 13. §. 3. D. de usufr. et L. 21. D. de reb. cred.* desumpta, quibus ICTi exceptiones (§. 34.) allatas suffulcire contendunt, non rite formata sint. Similiter docuimus (§. 65. 66. 67.), coactionem in transactione, etiamsi utilitas vel vniuersorum vel singulorum vel peculiaris causae qualitas eam suadere videatur, locum non inuenire; sed alia et quidem praestantiora ac certiora media dari. Ex quibus consequens est, vt omnes exceptiones §. 34. ad ductae iure meritoque negentur.

§. LXIX.

Illud adhuc quaerendum, an transactioni iudiciali, quae, iudice inferiore cogente, inita est, superioris iussu valor addi et sic coactionis vitium purgari queat? Adfirmant nonnulli, quos (§. 35.)
ex-

excitauimus. Nobis id negandum videtur. Cum enim illi, qui superioribus praesunt iudiciis, ea modo tueantur, quae legibus sunt consentanea, et e contrario actus legibus aduersos in nihilum redigant: certe multum falluntur, qui sperant fore, vt iudicium superius compulsionem, a iudice inferiore factam, ratam habeat. Potius, querela de eiusmodi coactione, ad superius iudicium delata, probatio iniungitur, eaque facta, transactio inuita irrita declaratur.

§. LXX.

Ordo nos ducit ad quaestionem, num superiora iudicia ad transactionem compellere partes possint? Negat GIPHANIUS (*) et praesertim vrget, quod, litigare aut non litigare, res merae facultatis sit (**). Eandem sententiam tuetur ZIEGLERVS (***) verbis: *qua ratione nullus dubito, etiam concordiam ita imperari posse, vt ab armis absteatur, et tranquillitas maneat reipublicae status: ita vero eam imperari posse.*

(*) *Comment. ad L. 9. C. ag. L. 4. §. 1. D. de alien. iud. mut. caus.*

(**) *L. 77. C. vt rem. iuu.* (***) *Dicass. concl. 22. §. 15.*

posse, ut coacte quis transigat, et ius suum remittat; nondum persuaderi potui. Aliter vero de hac re est LYNCKERI (*) et MEVII (**) sententia.

§. LXXI.

Caeterum, quod Glossatores transactionis inuitae iudicialis doctrinam sint commenti, verosimile videtur. Deprehendimus sane in Glossa huius rei vestigia (***). Et quemadmodum in foris inter ICTos pragmaticos magna semper fuit Glossatorum auctoritas (****); ita, quod permultos in suam sententiam duxerint, non est mirandum.

§. LXXII.

Cum hactenus transactionem iudicalem inuitam *L. 13. §. 3. D. de usufr. et L. 21. D. de reb. cred.* minime euinci posse docuimus, superest, ut in alia argumenta, quae ex his legibus nonnulli formant, inquiramus. Nimirum SCHILTERVS (****), postquam de transactione

(*) *Diff. de pot. Princ. in iud. emin. part. spec. sect. 2. cap. 2. §. 17.*

(**) *Part. I. Dec. 224.*

(***) *Vid. Corp. iur. Gloss. ad L. 13. §. 3. D. de usufr.*

(****) *B. BRVNQVELL. hist. iur. part. 3. memb. 2. cap. 5. §. 6. (*****) Exerc. ad D. 9. §. 25.*

actione inuita differuit, ex dictis legibus argumentando, obseruat, eam non tam videri transactionem, quam arbitrariam inter inuitos litis decisionem.

§. LXXIII.

Quae quidem SCHILTERI sententia *L. 13. §. 3. D. de usufr.* et *L. 21. D. de reb. cred.* nec non rationibus, quas (§. 46. et 59.) exposuimus, congruit ideoque nobis merito probatur. Est enim extra omnem dubitationis aleam positum, quod variae dentur causae, vbi vel fieri non potest, vt ex regulis communibus de causa iudex statuatur, vel pronuntiatum, si ordinarium iudicandi modum sequatur, durum et cum alterutrius litigantium damno foret coniunctum. Sicuti autem litem, in manus iudicis delatam, finiri oportet: ita aliquid omnino vt arbitrio iudicis detur, quarundam causarum conditio postulat.

§. LXXIV.

Et hanc doctrinam de arbitraria litis decisione sicuti speciebus, in foro ventilatis, illustrari non



inutile erit: ita binas sententias, a Dom. Praefide mihi communicatas, subiicio.

SENTENTIA I.

ILLVSTR. FACVLTV. IVR. IENENS.

MENS. IAN. ANNO CIO DCG XXXIII.

LATA.

Auf eingewandtes remedium restitutionis in integrum, darwider vorgeschluzte exceptiones und fernere Schriften N. N. Appellatus an einem, N. N. Appellatus am andern Theil, erkennen &c. vor Recht:

Das, es, des eingewandten remedij restitutionis in integrum ungeachtet, bey dem am 3ten Septembr. des 1743ten Jahres eröffneten, und sub num. Act. 17. enthaltenen Bescheide billig verbleibet &c. V. R. W.

RATIONES DECIDENDI.

Ob wohl Appellat anführet, was müssen 1) Appellant die in seinem Hof liegende Erde wegzuräumen, und die Körsetzungs-Mauer wieder herstellen zu lassen, auch sonst ihm gebetbener Massen zu befriedigen verbunden wäre, indem der Einfall des Berges ibme, Appellaten, auf keine Weise beygemessen werden könnte, da er so wohl sein Hauß schon anno 1709. mit Bemilligung des Amtes gebauet, als auch den Raum und Umfang, welchen er jetzt noch habe, und zwar mit der Befugniß sötbauen Platz zu Erbauung

bauung des Hauses und Hofes zu applaniren bekommen, nicht minder anno 1729., mithin noch vorher, ebe Appellant zu dem quaestionirten Garten gelanget, die Cammer gebauet, sowohl die Vorsetzung auf Gutbefinden des Magistrats schon vor 34. Jahren gemacht hätte; gestalten dam ls der Berg schon abgeschossen seyn würde, wenn durch sein, Appellatens, Abgraben der Berg in eine unbaltbare praecipice, wie Appellant vorgeben wolle, gesetzt und von der nöthigen Schrege am Fusse des Berges mehr Erde, als dessen Zusammenbang erforderte, genommen worden; 2) des Appellantens Vorgeben, als ob jährlich etwas Erde von seinem Garten abgeschossen und abgegangen seynsolle, ingleichen, daß er, Appellat, den Berg quaestionis unterminiret, und beständig abgegraben habe, falsch und erdichtet, folgar unerweislich sey, auch die Commissarii, nach dem bereits geschebenen Uebersebuß der Erde, davon zu urtheilen nicht vermocht hätten; sondern vielmehr 3) daß vom Appellanten der Einfall des Berges verurfacbet worden, am Tage liege, indem er, um seinen Garten zu erweitern, hinter der vom königl. Amte ihm zum Zaune angewiesenen Linie, ohne obrigkeitliche Erlaubniß, Terrassen gemacht, und derer diesfalls geschebenez vielen Verwarnungen obngeachtet, nicht allein von der Höhe des Berges, sondern auch hinter N. N. Hauffe 100. Futer Erde holen und anfabren lassen, und dadurch, daß der Berg die Schrege verlohren, und der Wall den Druck bekommen, veranlasset habe,

wel-

welches um so vielmehr dabey zu begreifen stehe, dass die Ein-
drückung der von ihm, Appellaten, 34. Jahre vorher gemach-
ten Vorsetzung, und der Einfall des Berges unmittelbar auf die,
nach den Gutachten derer Commissariorum, nicht dauerhaft
genug beschebene Anlegung derer Terrassen, erfolgt; hieraus aber
*) vom Appellaten, dass es bey dem vom hochlöbl. Iudicio ap-
probirten commissarischen Vorschlag nicht zu lassen, sondern,
davon vielmehr abzugehen, und auf das fol. 43. sub num.
act. 45. angemerckte petitum zu erkennen sey, gefolgert wer-
den will, da hingegen vom Appellanten urgiret wird, dass der
Appellat, durch vielfältige Wegnehmung der Erde und ge-
machte Aenderung der Schrege, mitbin der natürlichen Si-
tuation des Berges, den Einfall des Berges verursacht habe,
und die Vorsetzung von Appellaten eben um deswillen, weil
das Abgraben dem Berge schädlich gewesen, aufgeführt
worden sey, die Terrassen hingegen die molem des Berges
nicht vergrößert hätten; hieraus aber derselbe, dass er nicht
einnabl dem Appellaten vor den Platz etwas zu ge-
ben schuldig erachtet werden könne, zu folgern vermeinet:
D. a. u. d. 1) die zu dieser Sache verordnete Commissarii,
wie aus den Commissions-Protocoll und dem erstatteten Be-
richt erbellet; zwar befunden, dass die vom Appellanten
gemachte Vermahrung kein gehöriges fundament gehabt;
jedoch aber 2) von denenselben dabey angemercket wird, dass,
nach

nach der Lage des Appellatischen Hauses und nach der jetzigen Beschaffenheit des Orts der Raum nicht vorhanden gewesen, eine tüchtige Mauer oder Vorsetzung zur Befestigung dieses Berges machen zu lassen; nicht minder 3) der Bau solcher Hauses insonderheit der erst vor einigen Jahren angehängten Cammer, am allermeisten aber das von dem Appellaten und denen Seinigen geschriebene Graben mit verursacht, wenigstens ursprünglich dazu, daß der das jetzige obiectum litis ausmachende casus existiret, Gelegenheit gegeben habe; und also 4) derer Commissariorum Gutachten, daß beide Theile an dem Einfall des Berges Schuld hätten, in der Sache selbst gegründet, mithin hochlöbl. Regierung den gethanen Vorschlag, durch dessen Befolgung von beeden Theilen allerhand Schäden und besorgliche Unglücks-Fälle abgewendet, auch künftige Streitigkeiten vermieden werden können, zu billigen hinlängliche Ursache gehabt; in mehrerer Erwägung 5) bey der geschriebenen Beaugenscheinigung zwar nicht alle und jede circumstantiae facti, so beide Theile in actis gegeneinander angeführet, erörtert werden können; jedoch aber so viel am Tage lieget, daß nichtsdestoweniger, wenn man auch eine völlige Ausführung aller von denen Partbeyen angezogenen Umstände verstaten, und sie also mit ordentlichen Beweis und Gegen-Beweis hören wollte, endlich doch diese Sache, bey denen hierbey vorkommenden besondern Umständen, vermittelst eines Obrigkeitlichen arbitrii, welches in denen Rechten nachgelassen ist,

G

Arg.

Arg. L. 13. §. 3. Pand. de usufr. et L. 21. Pand. de reb. cred.
 SCHILT. in exerc. ad Pand. 9. §. 25.

zur Endschafft gebracht werden müste, gestalten auch die in diesem Rechtsbandel beliebte decisio litis arbitraria destoweniger angefochten werden mag, da dieser Rechts-Handel per appellationem ad superius iudicium gediehen;

ZIEGLER. in dicast. conclus. 22. §. 15.

über dieses 6) aus dem commissarischen Protocoll sich satzsam ergebet, daß Appellat durch gründliche Vorstellungen, besonders, daß sein, Appellatens, eigenes Haus in so grosser Gefahr stehe, zu einem mit dem Appellanten zu treffenden billigen Vergleich auf keine Weise zu bewegen gewesen, sondern sogar, laut der fol. 7. Protoc. commiss. enthaltenen Registratur, als ihm zur Erwekung anheim gegeben worden, was massen zu besorgen stehe, daß bey einem starcken Platz-Regen die oberste Spitze des Berges gar herunter, und auf sein, des Appellatens, Haus stürzen würde, kein Bedencken gehabt sich zu erklären, daß er es darauf ankommen lassen wolle; desgleichen 7) die Frage: ob Appellat die seinem Hause angehängte Kammer mit Obrigkeitlicher Bemilligung erbauet, und er nicht mehr Hof und Raum, als ihm von dem Amte nachgelassen worden, sich angemasset habe? noch nicht außer Zweifel gesetzt, das Gegentheil auch nicht unwahrscheinlich ist; dabey noch ferner 8) in Betracht kommen muß, daß dem Appellaten zu des Appellantens und seiner Vorfahren Schaden et-
 was

was zu bauen nicht einmahl von der Obrigkeit erlaubt werden können; und 9) denen Besitzern des Berges, daß sie nicht so fort sich darwieder gereget, keinesweges zur Last zu legen ist, anzuwenden 10) man nicht gleich anfangs bey solchen factis, die nicht auf einmahl, sondern nach und nach vorgenommen werden, die Gefabr und Schaden, so aus jeden facto entstehen möchte, vorhersehen kan; 11) dem Appellaten, daß er nicht alles Abgraben, dessen ihn der Appellant beschuldiget, auf sich kommen lassen, nicht zum Beufse gereicher, indem bey dieser Erkänntniß, nach Beschaffenheit derer dabey vorgekommenen Umstände binlänglich gewesen, daß er einiges Abgraben eingeräumet, auch anno 1737. deswegen Strafe erlitten zu haben, nicht in Abrede seyn mögen; im übrigen 12) auf des Appellants Suchen um deswillen keine Absicht zu nehmen, weil doch der Appellat von dem Platze, welchen er zur Zeit besitzt, vermöge des gerichtlich approbirten commissarischen Vorschlags, etwas entratthen, darneben die von der commission vorgeschlagene Verwahrungen auf seine Kosten zu Stande bringen muß, er Appellant, auch das Decretum, dadurch der commissarische Vorschlag von Hochlöblicher Regierung genehmiget worden, die Rechts-Krafft beschreiben lassen, einfolglich derselbe eine Aenderung des commissarischen Vorschlags und des darauf ergangenen Decreti, mit bestandte Rechtens, um so vielweniger zu suchen vermag; hieraus aber, daß von mebrgedachten Decreto nicht abzugehen gewesen, sich binlänglich veroffenbahret etc.

SENTENTIA II.

ILLVSTR. FACVLT. IVR. IENENS.

MENS. OCT. ANNO CID DCC XXXXIIII.

PRONVNCIATA.

Auf eingewandte Leuterung, deren Prosecution und ferneres Einbringen N. N. Imploratus, an einem, Actorn Syndicen der Gemeinde zu N. N. Imploratus, am andern Theil, etc. S. W. V. R.

Nunnebro aus denen Acten und derer Partbeyen Einbringen so viel zu befinden, das Implorat, der Schaf-Haltung des Winters über sich zu enthalten nicht schuldig, sondern demselben das er im Winter Schafe halten dürffe, jedoch dergestalt, das, nach seiner fol. Act. 177. geschebenen Erklärung, dessen Schaf-Vieh, daferne an denen Orten, wo die Imploranten ihre Trifften haben, solches angetroffen wird, verfallen seyn, und Implorat über dieses, vor jedes Stück Schaf-Vieh 5 Rtbl. Straffe entrichten solle, billich nachzulassen etc. V. R. W.

RATIONES DECIDENDI.

Obwohl, Implorat, Vermöge des fol. Act. 172. et seqq. enthaltenen und mit denen Imploranten errichteten Recesses, niemahls Schaaf zu halten sich ausdrücklich anbeischig gemacht, darneben, das er auch keine Schafe auf seiner Mühle auszuwintern,

tern, sich verbunden habe, eines Theils daraus erbellet, das er in dem mit Imploranten geschlossenen Reccess die Schafe, so er damabls gehabt, längstens zu Weynachten abzuschaffen laut des Reccesses §. 4. fol. Act. 172. ausdrücklich versprochen, andern Theils auch diese Auslegung des Vergleichs in der fol. Act. 177. enthaltenen Registratur gegründet ist, indem Beklagter damabls, als der extrajudicialiter getroffene Vergleich gerichtlich confirmirt werden sollen, vorgestellt, das ihm, wenn er keine Schafe überwintern dürffte, allzugrosser Schaden, in betracht er seine Felder nicht mit nöthiger Dingung versehen könnte, zugefüget würde, dabey derselbe der Gemeinde zu ihrer Sicherheit und damit sie keinen Mißbrauch der ihm zu Auswinterung der Schafe einzuräumenden Erlaubnis zu besorgen habe, zu verschiedenen poenis conventionalibus fol. Act. 177. b. sich offeriret, die damabls gegenwärtig gewesene Syndici aber nicht nomine der Implorantischen Gemeinde darein gemilliget, sondern ihm, der gantzen Gemeinde es vorzutragen, angerathen; Hieraus aber, das, in Betracht einem jeden sich von dem andern eine Sicherheit zu stipuliren in denen Rechten erlaubt ist, voriger Bescheid nicht zu ändern sey, es scheinen dürffte:

Dennoch aber und diemeil, pacta, mitbin auch transactiones, nur so weit, als der stipulator ein Interesse dabey hat, zu Recht beständig sind;

Arg. l. 15. ff. de Seruit.

G 3

L. pen.

L. pen. ff. de pactis, et Brunnem. ad hanc legem in comm.

ad ff. it. in comm. ad l. 2. ff. de aqua plu. arc.

Laut. Colleg. Theor. pract. Lib. 2. tit. 14. §. 53.

Colleg. argentorat. lib. 2. tit. 14. §. 71.

LVDQV. ad Pand. lib. 2. tit. 14. §. 6.

Pacta enim utilitatis non vexationis causa sunt introducta,

Tit. in Obs. ad Pand. tit. de pact. Obs. 59.

Hiernechst aber derer Imploranten Suchen, daß dem Imploraten nicht einmahl die Auswinterung der Schafe erlaubet seyn solle, in der That auf eine vexationem binaus läufft, indem Implorat fol. Act. 177. angeführet, was massen er, falls ihme des Winters Schafe zu halten verboten seyn solte, seine Felder nicht mit Dingung versehen könnte, und also in mercklichen Schaden gerathen würde, dabey derselbe sich anheischig gemacht, daß denen Imploranten, wenn sie an denen Orten, wo sie ihre Trifft hätten, seine Schafe finden und antreffen würden, nicht allein das Schaf-Vieh verfallen seyn solle, sondern er auch vor jedes Stück, so viel sie deren finden würden, 5 Rtbl. Straffe entrichten wolle, einfolglich die Imploranten wider alle besorgliche Betreibungen ihrer Trifft hinlänglich gesichert sind, indem gar nicht wahrscheinlich ist, daß Implorat die Hoffnung eines kleinen Nutzens, welchen er durch eine Betreibung derer Implorantischen Trifften erlangen kan, dem grossen Schaden, so er aus dergleichen facto zu gewärtigen hat, vorziehen, und also wider sein Versprechen handeln werde;
nicht

nicht zu gedencken, daß der Implorat alsdenn, wenn er an die im Urthel ausgedrückte Siraffe, dazu er sich selbst erbotben, sich nicht kehren, sondern nichtsdestoweniger mit seinem Schaf-Vieh die Implorantische Trifften betreiben solte, sich gefallen lassen muß, daß wider ihn, als einen rixosum litigatorem, per arbitrium iudicis noch härtere Mittel gebraucht werden; Darwider nichts thut, daß Imploranten vorwenden, wasmassen durch diese poenam neuen Processen und Irrungen nicht gnüglich vorgebauet werde, hingegen der Implorat, wenn er gar keine Schafe auswintern dürffte, hinfubro zu Processen Anlaß zu geben, gänzlich außer Stand gesetzt würde, in mehrerer Erwegung auch das Verboth der Auswinterung derer Schafe keinesweges ein Mittel ist, dadurch dem Imploraten, neue Prozesse zu veranlassen, alle Gelegenheit gänzlich abgeschnitten werden könnte, solchemnach das bey dieser Sache im Urthel gebrauchte arbitrium, welches in denen Rechten in gewissen Fällen einem iudici verstattet ist,

Arg. L. 13. §. 3. Pand. de usufr. et L. 21. Pand. de reb. cred.

SCHILTER. exerc. ad Pand. 9. §. 25.

um so viel mehr bestehen muß, da auf solche Weise denen Imploranten völlige Sicherheit verschaffet, hingegen von Imploraten augenscheinlicher Schade, darein er, falls ihm auch die Auswinterung derer Schafe schlechterdings untersaget würde, gerathen müßte, abgewendet wird etc. So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

§. LXXV.

§. LXXV.

Supereſt, vt eorum, quae haecenus quidem egimus, rationes reddamus. Nimirum principale diſſertationis noſtrae argumentum ita pertractandi animus fuit, vt *difficiliora modo eius capita* proponerentur. Quo fine de transactione in genere ſpectata, praemittenda erant nonnulla, quibus in themate noſtro diiudicando vteremur. Deinde, quid ſit transactio iudicialis inuita et an in eam transactionis proprietates conueniant, expendimus, ſimulque ſenſum *praecipuarum ſanctionum*, quibus illam doceri poſſe Icti putant, inueſtigauimus. Et cum, legibus, accurate examinatis, arbitrariam litis deciſionem iis inuolui liqueret, pauca quoque coronidis loco de hac re dicere ab inſtituto noſtro non alienum eſſe duximus.

F I N I S.



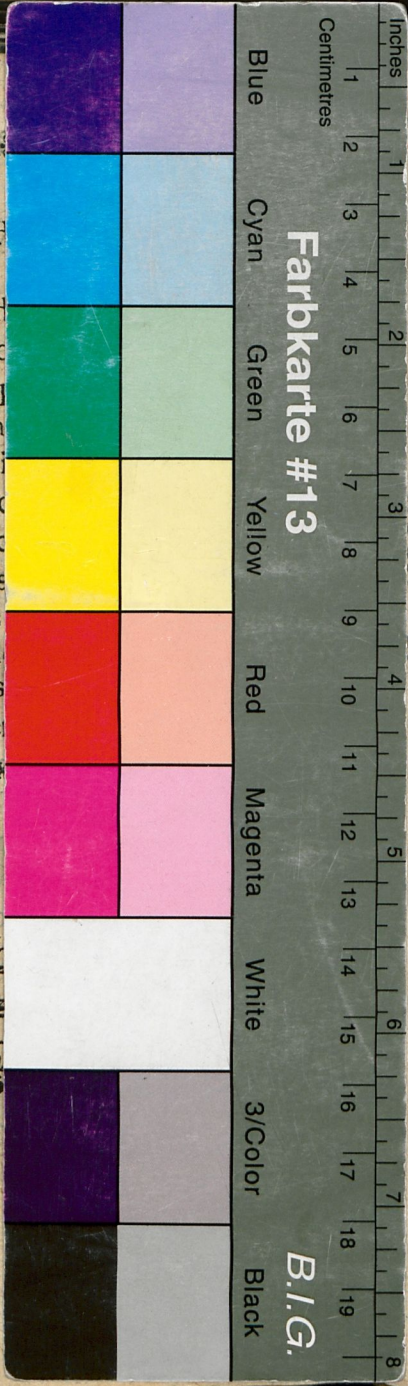
ULB Halle

005 360 803

3







Farbkarte #13

B.I.G.

Pr. 22. Nov. 1922

1746,56
18

DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA
DE
TRANSACTIONE
IVDICIALI INVITA

QVAM
SVB PRAESIDIO
IO. CASP. HEIMBURGII, D.
SERENISSIMI DVCIS SAXO-GOTH. A CONSIL. AVL.
PROF. COD. ET NOV. CVRIAE PROVINCIALIS ET FACVL.
TATIS IVRIDICAE ADSESSORIS NEC NON
SCABINORVM COLLEGII SENIORIS

PRO LICENTIA
AC SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
CONSEQVENDIS
AD D. VIII. FEBR. A. O. R. MDCCXXXVI.
ERVEDITORVM EXAMINI SVBIICIT
AVCTOR
IOANNES DANIEL REINHARD
FRANCOFVRTENSIS AD MOENVM.

IENAE,
LITTERIS SCHILLIANIS
MDCCLXIX.

