

Johann Christian Brandenburg

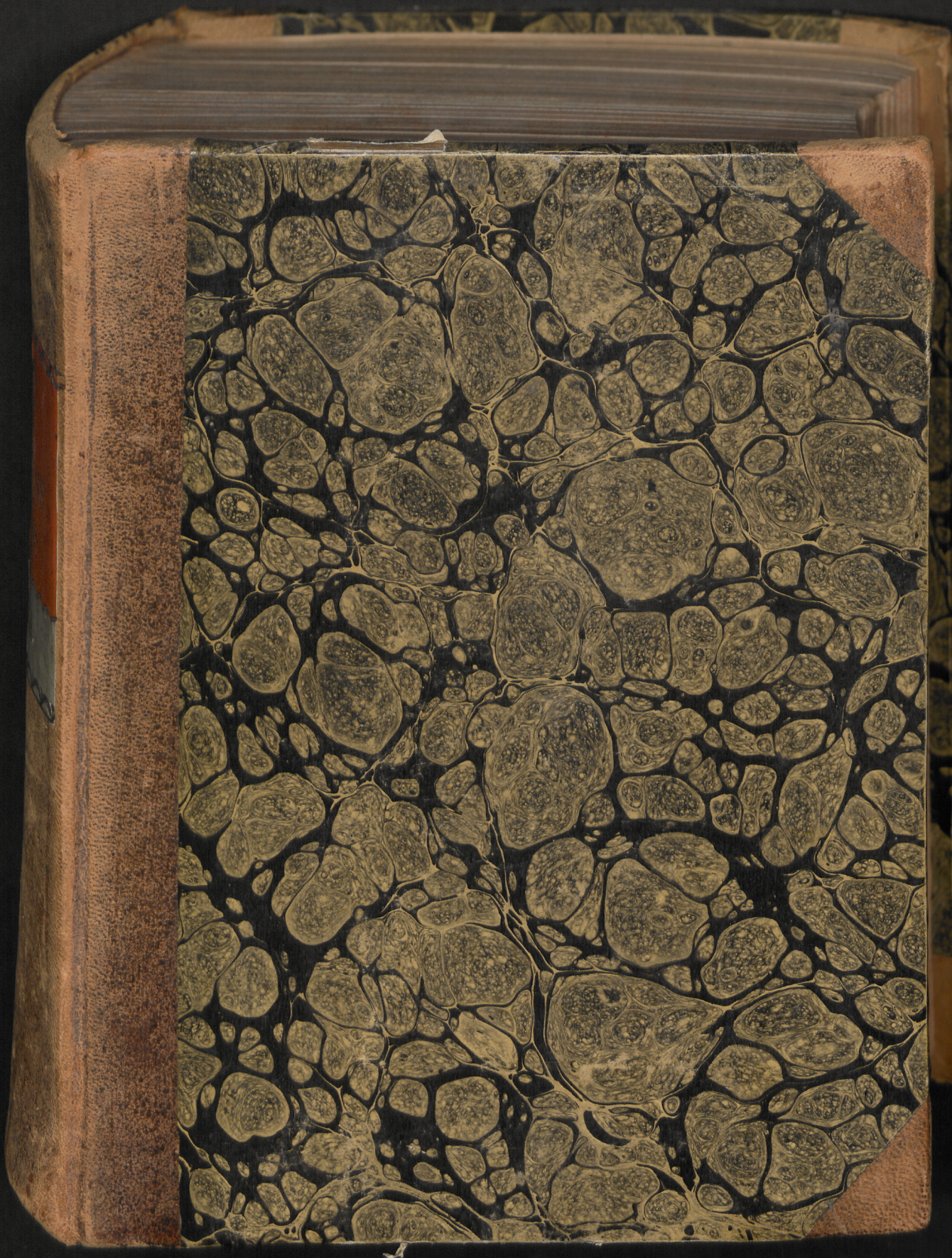
Specimen Jvridicvm Sistens Principia Qvaedam Generalia De Damno Casvali Eivsque Praestatione

Goettingae: Typis H.M. Grape, MDCCXCIII

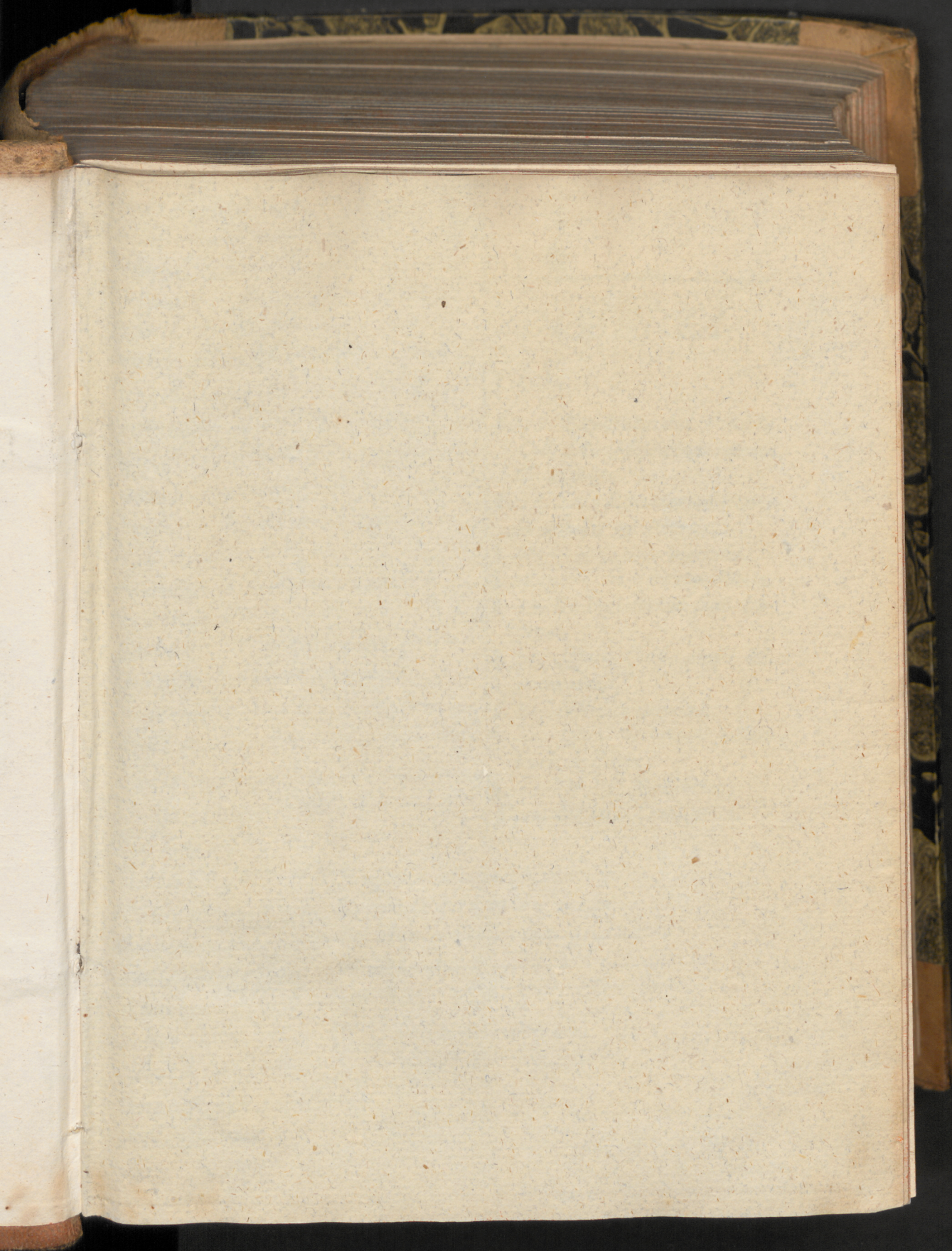
<https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1868820610>

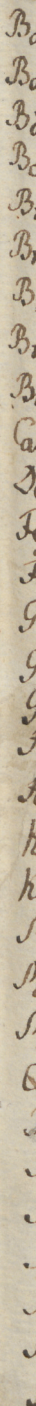
Druck Freier  Zugang





N. K. — 1 (28.)





161
SPECIMEN JURIDICVM
SISTENS
PRINCIPIA QVAEDAM GENERALIA
DE
DAMNO CASVALI
EIVSQVE
PRAESTATIONE

QVO
INCLYTO ACADEMIAE ROSTOCHIENSIS
IVRECONSVLTORVM ORDINE
CONSENTIENTE

AD
SVMMOS IN VTROQUE IVRE HONORES
VIAM SIBI PARARE STVDVIT

AVCTOR
JOANNES CHRISTIANVS BRANDENBVRG
ROSTOCHIO - MEGAPOLITANVS.

GOETTINGAE,
TYPIS H. M. GRAPE, ACAD. TYPOGR.
MDCCXCHL.

STECMEN SPIDICUM
SISTENS
PRINCIPIA QUADAM GENERALIA
DE
DAMNO CASVALLI
ELISGVE
PRAESTATIONE
OVO
INGLYTO ACADEMIAE ROSTOCHENSIS
IVREGONVALTORVM ORDINE
CONSENTIENTE
AD
SUMMOS IN VITROOVE IVRE HONORES
VIAH SEIT FARARE STENBIT
AVCTOR
JOHANNES CHRISTIANUS BRANDENBURG
ROSTOCHIO - NEGAPONTALIAE
GORTINGAE
TYPIS H. M. GRAFF, ACAD. TYPOGR.
ROSTOCHII.

CONSPECTVS.

De damno generalia quaedam.

- 1) ejusdem notio. §. 1.
- 2) — species. ratione
 - a) objecti. §. 2.
 - b) causae. §. 3.

Speciatim de damno casuali.

Praemissis quibusdam. §. 4. *disquiritur:*

A) Cujus sit damnum casu fortuito ortum? Cap. I.

1) in re si accadat. Sect. I.

- 1) principio generali stabilito, §. 5, id
- 2) speciatim applicatur ad damnum casuale

A) rei alicujus datum.

1) rei possessoris propriae,

- a) omni alieno nexu solutae. §. 6.

β) l. minus. Res juncta est alteri

- a) in genere. §. 7.
- b) in specie ipsa.
 - 1) nexu reali, ratione objecti.

a) quoad substantiam. §. 8.

b) — fructus. §. 9.

2) nexu personali.

1) ex contractu

a) nominato

α) bilaterali.

aa) titulo dominii translativo. §. 10.

bb) minus. §. 11.

β) unilaterali. §. 12.

b) innominato. §. 13.

2) ex alio quodam fundamento. §. 14.

II)

II) rei, vel

a) restrictione quadam adjecta, *alienae*. §. 15.

b) simpliciter alienae.

α) possessori jura circa rem competunt.

aa) jus utendi fruendi.

1) damnum casuale circa fructus sese exserit. §. 16.

2) circa ipsam rei substantiam, §. 17.

bb) alia quaedam, §. 18.

β) non competunt, §. 19.

B) rei nullius. §. 20.

II) Facto alicui praestando si casus obstitit. Sect. II.

1) praemisso principio generali, §. 21.

2) speciatim inquiritur: cujus sit damnum, factum si impediatur

a) l. gratuito alicui debitum. §. 22.

b) l. minus.

α) ex contractu

1) innominato. §. 23.

2) nominato.

a) locatione conduct: operarum. §. 24.

b) — — operis. §. 25.

β) ex alio quodam fundamento. §. 26.

B) Differitur de praestatione damni casualis. Cap: II.

1) Regula traditur. §. 27.

2) Exceptiones proferuntur. Quae nituntur. l.

a) immediate legis dispositione. §. 28.

b) mediate, puta interveniente facto obligatorio

α) bilaterali.

aa) conventionem expressa. §. 29.

bb) — tacita. §. 30.

β) unilateral.

aa) licito. §. 31.

bb) illicito.

1) simplici. §. 32.

2) delicto. §. 33.

DE DAMNO

GENERALIA QVAEDAM.

§. 1.

1) ejusdem notio.

Damnum, generaliori ut constat significatu, est *jactura commodi cujuscunque* (a).

§. 2.

2) ejusdem species.

a) ratione objecti.

Quot ergo bonorum sunt genera, tot, per eorundem jacturam, objecti ratione, cogitari possunt damnorum species. Sed, quot quomodocunque exinde nascantur diversae, omnes eo tamen complecti licet, prout vel spectant commodum jamjam acquisitum, vel demum acquirendum. Oritur exinde distinctio, omnibus sat satis cognita, nobisque praepriis notanda, in *damnum*, quod ajunt, *positivum* s. *emergens* & *privativum* s. *lucrum cessans*.

§. 3.

b) respectu causae.

Causae autem efficientis ratione damnum si spectes, id vel *dolo* aut *culpa* alicujus, vel denique *casu* datum fuisse videbis. *Hoc praefertim*

(a) 1. 2. §. II. ff. ne quid in loco publ.: Rem uberius explicuit G. A. STRUVE, praefide H. HAHN, in diss. de damnis, praecipue quae dolo, culpa aut casu proveniunt. (vid. huj. diss. select. n. I.)

fertim, sit positivum l. privativum est, *damnum eventu contingens, qui humano consilio nec praevideri, nec inde evitari potuit (a) aut debuit.*

Speciatim de damno casuali.

§. 4.

Praemittenda quaedam.

Posterius hoc, damnum vulgo casuale dictum, est demum, quod, scribendi quadam necessitate inductis, thema accuratiori paulo adhuc perscrutatione haud indignum nobis est visum. Nedum enim per omnia fere juris capita efficacem, magnique momenti sese exhibere quaestionem: quis sentiat damnum casu fortuito ortum, & cujus sit illud praestandi obligatio? — sane confitendum videtur, materiam omnibus jam numeris ita haud absolutam venire, ut desideranda vel emendanda adhuc plane deficerent. Potius in singulis quidem rerum argumentis speciatim sat satis enucleatam generalioribus tamen principiis eo magis indigere videmus, quo magis rei iuste dijudicandae sunt necessaria, & quo minus ea quae adsunt rem plane exhaustire videntur. Partim incerta nec rite determinata, partim vero iusto strictiora invenimus, ut vel addendo vel magis restringendo eadem si rei magis accommodata reddere studemus, haud ingratum nos suscepisse laborem finis persuasi.

De his igitur sollicitis duo praefertim, vulgo haud rite observata, nobis notanda erunt. I. ut jam monuimus, haud commiscendae videntur quaestiones: a) cujus sit damnum casu fortuito ortum, & b) cui incumbat illud praestandi s. refarciendi obligatio (b). Has a se invicem quam longissime distare, quis est, qui ignoret? — Prior regulae stabilendae inservit, quum haec exceptiones tantum administret. — Et sit

(a) l. 2. §. 7. ff. de administr. rer. ad civ. pert. l. 52. §. 3. ff. pro Socio l. 6. C. de pigner. act. l. 4. C. de peric. tut. Sensu latiori interdum etiam damnum negligentia ortum comprehendit. l. 9. ff. de incendio. CASP. ZIEGLER de casu fortuito (in ejus disputat. sel. cura G. BEYERL. Lips. 1712. n. 15.)

(b) HOEFFNER th. pr. comment. (1787.) §. 761.

fit quoque, in effectu demum, in casu quodam concreto, per indirectum easdem concurrere, quum is, qui restituit damnum, revera quoque sentiat: in abstracto tamen nihilominus separari possunt & debent adeo, quum hac distinctione neglecta, experientia teste, principia confundantur, difficultatibusque res, alias quibus caritura erat, innodetur. II. autem, quum casu aliquo fortuito diversis diversum modo damnum oriri possit, in generali illa disquirenda quaestione: cujus sit damnum casualiter datum? — non certa solummodo damni species considerata venit, cui haec ferenda incumbat; sed generatim, quod verba volunt, *cujuscunque ratio habenda erit, qui laesionem exinde accipit.*

Res igitur si casum subeat, non solum in id erit inquirendum, cui ipsa quoad substantiam pereat, quum casualis amissio vel laesio juris de hac disponendi unam fortasse speciem damni pluribus dati constituat; sed cujuscunque commodi casu intercepti, & sic lucri quoque cessantis ratio habenda videtur, quum diversa haec diversas saepissime personas ex uno eodemque negotio pati videamus.

CAP. I.

Cujus est damnum casu fortuito ortum?

SECT. I.

in re si accidat.

§. 5.

1) principium generale stabilitur.

Bonorum, quorum jactura damnum, sensu generali (§. 1. 2.), facere possumus, huc ea solummodo pertinere apparet, quae patrimonium spectant. Hoc vero partim *rei cujusdam* interitu vel laesione, partim vero exinde damno affici posse videmus, quod casus fortuitus impedimento est, *factum* quominus peragatur, ad ejus augmentum spectans.

A 2

spectans. Hisce convenienter res praeprimis, sensu specialiori acceptae (a), considerandae veniunt, ut determinetur: cujus sit damnum illis casualiter datum.

Secundum principia §. antec. praemissa haud incongrue res generaliter sic definienda videtur: *ut damnum in re quadam casu fortuito ortum quisque, cui jus circa eandem tanquam speciem competit, sentiat in tantum, quantum exercitium illius juris casus impossibile l. minus utile reddit.*

Regula haec duplici praesertim ratione sese commendat: I. ita generalis est, ut ad res nullius aequae ac alicujus, & has iterum tum omni alieno nexu solutas, tum vel reali vel personali tertio vel quoad substantiam vel etiam fructus conjunctas quadret. II. Autem omnes omnino complectitur, qui damno rei casuali laeduntur, simulque determinat quoad haec laesio cujusvis sese extendit.

Haec demum sunt, quae in principiis adhuc de re stabilitis jure meritoque desideravimus.

Vt fileamus enim principium illud: *casum fert dominus*, diu jam arctioribus clausum limitibus, & adhuc magis claudendum, noviora tantum, vulgo quae docta legimus & audimus, allegasse sufficiet. Sic de damno casuali ferendo regulas sat generales dedisse credunt, distinguentes inter res domino restituendas & debitas tantum ex contractu dominii translativo. Casum in prioribus ortum dominum sentire dicunt, loco, quo posteriores illi pereunt, cui eadem debentur (b). Nedum autem omnes res ejusdem haud qualitatis venire, ut vel domino sint restituendae vel debitaе alteri ex contractu dominii translativo, ut vel inde regula jam saepius fallat, nunc si applicamus eandem quoque ad res sic deo-

(a) Constat de triplici rerum significato juridico. HOEFFNER th. pr. comment. §. 259. Hic factis opponuntur.

(b) J. H. BOEHMER ad ff. L. 13. T. 6. §. 23. 24. HELLFELD jpr. for. §. 326. HOEFFNER l. c. §. 761.

denominatas, tamen confitearis necesse est, regulam totum haud, quomodo debuit, exhaurire, non determinare quis in tali casu damnum sentiat, vel saltem sentire possit, sed tantum quis jus perdat rem suam habendi. Sic in contractu pignoratitio, commodati &c. res domino restituenda venit, sed quis ex casuali ejus interitu hunc solummodo damnum sentire dicat? Perdit quidem jus dominii, ideoque rem repetendi, cujus exercitium casus impossibile fecit; sed nonne creditor pignoratitius simul amisit jus rem oppignoratam possidendi, commodatarius jus, re contractui convenienter, utendi fruendi, nonne omnes reliqui privantur jure, quod circa rem tamquam speciem ex obligatione vel reali vel personali fortasse quaesitum habent? — Similiter in contractibus dominii translativis res illi cui debetur in tantum quidem perit, ut jure destituatur rem ex contractu petendi, sed dominus nonne jus dominii etiam amittit, quo adhuc praeditus erat? —

Haec omnia eo certius sane considerata veniunt, ideoque regula a nobis stabilita eo justior videtur, quo clarius casualis rei interitus generaliter tamquam modus solvendi obligationes circa rem specialem in jure traditur (a).

§. 6.

- 2) Speciatim id applicatur ad damnum casuale A. rei alicujus datum.
I. rei possessoris propriae, α) omni alieno nexu solutae.

Supereft nunc, ut per singulas rerum species jam perducamus principium illud, & sic partim exemplis in applicatione id quoque probatum reddamus, partim vero specialia magisque determinantia adhuc, quae sparsim obveniunt, adiciamus.

Res si consideramus, nexus habita ratione, in quo erga hominesprehenduntur, partim in dominio alicujus, partim nullius invenimus. Priores quod attinet, casuali earum interitu semper jura dominii, vel unius l. plurium, in re jam quaesita laeduntur. An vero & alia amittantur,

A 3

(a) l. 23. & 49. pr. ff. de V. O.

tantur, simulque plures ex eodem negotio eodem haud damno afficiantur, ex eo dependet, utrum tertio adhuc jura circa easdem competierint, vel an omni alieno, ac dominii nexu, fuerint solutae. Posteriorum ratione ex principio illo generali sequitur: nullum nisi dominum damnum illis casualiter datum sentire; ita, ut huic regulae, alias iusto latius extensae, hic *praecipuus* (a) sit locus concedendus.

§. 7.

β) 1. minus. Res juncta est alteri a) in genere.

Res autem, quae casum subiit, si tertio, praeter dominum adhuc, juris vinculo tenetur; ante omnia eo respiciendum erit, utrum jura circa *rem in specie talem*, an circa eandem, tamquam speciem generis ipsi obligati competant. Hic iuste ut regulam applicemus: *genus perire non censetur* (b), iterum distinguendum erit, genus illud, determinatione quadam adjecta, sit aliquo modo ad certas species restrictum, an minus; ita, ut omnes quascunque comprehendat, quas ullibi invenire licebit. Huic posteriori regula illa latissimo certe venit significato, quum creditor, cui ejusmodi genus debetur, casuali speciei cujusdam interitu jus exigendi haud prius amittat, ideoque nec damnum sentiat, quam omnes sub genere comprehensae species fuerint exhaustae (c).

Nos vero quum de rebus debitori propriis ideoque de genere magis restricto loquamur, videndum erit, quis damnum in specie ejusmodi

(a) alterum videbis §. sequ. & §. 18.

(b) WERNHER T. I. P. 4. Obl. 214. n. 73.

(c) l. II. C. si certum petatur. HOEFFNER l. c. §. 571. Haec locum habent e. g. contractu reali inito, si dominium per eundem in accipientem transit; ita, ut is nonnisi obligationem ad genus restituendum contrahat. Inde recte asseritur in contractu mutui, §. 2. J. quibus mod. re contrah. oblig. l. II. C. l. c., nec non depositi irregularis l. 31. ff. loc. cond. l. 24. ff. depos. l. contra — debitoris damnum esse casuale. Eadem valent in iis contractibus, quibus res venditionis gratia aestimata traditur l. 5. §. 3. ff. commod. l. 54. §. ult. ff. locat. l. 10. C. de jure dotium.

modi generis obligati contingens sentiat. Quod autem genus quum iterum l. 1) tam generale esse possit, ut *omnes* species debitori proprias (a), l. 2) quasdam solummodo (b) sub se comprehendat; necessario eo quoque respiciamus oportet, an species casu fortuito laesa l. plane destructa ad eas pertineat, in quas tertius, ob genus, jura quae sita habet. Sin minus, regula §. antec. stabilita iterum pleno jure locum capit: casum sentit dominus, quum pro hypothese, nulli nisi huic ne in genere quidem jura circa eandem competant. Sed priorem quod attinet casum, res eo in totum est reditura, utrum plures ejusmodi adhuc supersint species, an, caeteris jamjam deperditis, haec ultima veniat. Hic, quum jus tertii ad unicam hanc rem, tanquam speciem, sit reductum, ideoque ejus interitu quoque perimatur (c), ex principio illo generali (§. 5.) sequitur, tertium praeter dominum adhuc casum in tantum sentire, quantum exercitium juris, ipsi circa rem competentis, impossibile l. minus utile redditur; loco quo priori in casu dominus tantum damno afficitur.

b) in

(a) e. g. hypotheca generalis omnium bonorum.

(b) v. c. legatum generis impositum ad species, in hereditate quae inveniuntur, restrictum.

(c) l. 34. §. 6. ff. de contrah. E. V. Lex de casu loquitur, quo res plures erant *alternative* venditae, & quidem determinat, ante electionem factam rei prioris periculum ipsius esse venditoris, posterioris vero deperditae emtoris. BOEHMER ad ff. L. 18. T. 6. §. 8. Ratio hujus dispositionis absque dubio in eo latet, quod ante electionem E. V. adhuc est imperfecta. Jam igitur, si *genus* alteri est venditum, pondere, mensura l. adnumeratione adhuc determinandum, analogice ex paritate rationis sequitur: ante determinationem illius factam, contractum quidem imperfectum manere, quum merx, aequae ac priori in casu, adhuc incerta sit; sed nihilominus damnum casuale, ultimae, quae restat, speciei datum, emtorem quoque sentire, ut ne pretium quidem l. retinere l. repetere possit. Huic adstipulatur l. 10. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend. simile constitutum legimus circa exemplum not. b. cit. cf. l. 30. §. 5. ff. ad leg. Falcid.

§. 8.

b) in specie ipsa, 1) nexu reali, ratione objecti, a) quoad substantiam.

Hoc tertii damnum magis adhuc elucescit, si casus in re contigit, quae ab initio in specie ipsa fuit objectum juris tertio quaesiti. Id reale, circa substantiam competens, si cogitamus; in tantum, quantum haec casu fortuito perit, illud quoque decrescat necesse est. Probantur haec hypotheca *speciali* in re propria alteri constituta. Solvitur rei interitu totali (a), ideoque & deterioratione illius deterius redditur. Creditum quidem, quum separatim constituat jus, salvum manet (b), & quantum haec dictis intelliguntur, subscribendum videtur legum (c), nec non J.Ctorum (d) doctrinae, pignus l. hypothecam debitori perire, sed non adeo, ut hic unice sentiat damnum exinde casu fortuito ortum.

§. 9.

b) quoad fructus.

Eadem fere valent de re speciatim fructuum causa alteri nexu reali juncta. In servitutibus rerum quoque, praepriis quae huc spectant, principium generale illud (§. 5.) eo magis sese probatum reddit, quo certius casuali rei servientis interitu totum hoc eadem utendi fruendi jus simul amittitur (e). Res igitur non solum domino perit, quatenus id ad pretium substantiae ipsius haud restringatur, sed simul usufructuario, & huic quidem in tantum, quantum in exercitio juris utendi fruendi inde impeditur. (f).

§. 10.

(a) l. 8. pr. ff. quibus mod. pign. l. hypoth. solvit.

(b) l. 6. C. de pign. act. §. ult. J. quibus mod. re contrah. obligat.

(c) l. 9. C. eod.

(d) VOET. ad ff. L. 13. T. 7. BOEHMER ad ff. l. c. §. 6.

(e) l. 10. §. 7. l. 24. ff. quibus mod. ususfr. l. usus amitt. l. 14. ff. quemadm. serv. amitt.

(f) Exinde quoque dijudicandum erit, quid statuendum sit, si res non in totum, sed pro parte solummodo est destructa. Quaestio an usufructuarius exinde quoque damnum sentiat, tum ex natura servitutis, tum qualitate damni erit decidenda.

- 2) nexu personali. 1) ex contractu a) nominato α) bilaterali.
aa) titulo dom. translativo.

Haecenus de rebus possessori propriis, in quas tertio *jura realia* sunt scripta. Eas quod attinet, quarum dominus proprie est obligationis objectum, ita, ut ipsae mediate tantum, in specie quamquam, tertio teneantur; in his, pro diverso ex quo debentur fundamento, diversos & damni casualis effectus esse constat. Partim enim quum ex contractu l. innominato l. nominato, & hic l. unilaterali l. bilaterali alteri debeantur, ita, ut is vicissim ad aliquid dandum vel faciendum sit obligatus; necessario, casuali earum interitu, non solum eo respicendum erit, quatenus dominus liberetur, sed etiam quatenus alterius l. solvatur l. perduret obligatio. In hisce vero dijudicandis quum eo redeant omnia, an res casu fortuito destructa titulo domini translativo l. alio quodam alteri debeatur, haec a se invicem bene separata justo jam pertractemus ordine.

Ex contractu igitur nominato bilaterali, titulo domini translativo, Emptione Vend. si tertius circa rem alicujus, in specie, jura quaesita tenet, & traditione nondum subsecuta, ipsa casum patitur, tunc ratione effectus, qui illum sequitur, distinguendum erit inter debitoris vel, exemplum ut teneamus, venditoris obligationem & illam emtoris. Prior evanescit (a), quum debitor speciei liberetur rei interitu (b), & principium illud iterum generale valet: damnum casuale quisque sentit, cui jus circa rem in specie competit. Dominus ergo quantum in dominio, fibi

(a) Ut moneamus fere superfluum videtur, haec de rei interitu totali semper intelligi. Si deterioris tantum conditionis facta, obligatio quidem ad rem tradendam manet, sed, ex iisdem principiis, in eadem qua restat qualitate.

(b) l. 23. ff. de V. O. l. pen. ff. de solut. l. 1. §. ult. in f. ff. de per. & comm. rei vend.

sibi adhuc competente, laeditur (a); emtor vero quantum jure rem a domino exigendi privatur. —

Sed ad illam emtoris si respicimus pretii solvendi obligationem, hic, contractu perfecto (b), specialior illa (c) obtinet regula: *res perit ei cui debetur*. Naturae igitur negotii aequae ac legibus ipsis (d) convenienter hanc si interpretemur, minime id denotat, emtorem solummodo damnum rei fatale sentire, sed hunc potius eo gravius tantum illud sentire, quod ne pretium quidem vel jam solutum repetere, vel debitum adhuc exceptione tueri potest. — Nonnulli id naturale quidem principii dicunt (e): debitor speciei liberatur rei interitu; sed quum rationem id contineat tantum, cur venditoris expiret obligatio, non vero cur ea emtoris nihilominus perduret, potius exinde deducere mallems, quod commoda quoque rei venditae sed nondum traditae ad emtorem pertinent (f).

§. 11.

bb) l. minus.

Alia plane, quam maxime diversa, in illa nunc autem contractuum *bilateralium* specie obtinent, qui dominii haud sunt translativi, in quibus alius commodi percipiendi gratia res alteri promittitur (g). In

(a) Hoc ne damnum quidem videtur, quum fructus rei haud amplius percipiat — l. 13. §. 10. ff. de act. emt. l. 44. ff. de R. V. l. 13. & pen. C. de act. emt. — Sed saepius id maximi sane momenti evenire posse, in concursu emtoris creditorum praepremis elucet. — Similiter rem explicat Coccejus j. c. L. 18. T. 6. qu. 2.

(b) Scilicet non solum ratione consensus, quae perfectio ad producendum actionem sufficit, sed & ratione rei, ut species debeatur.

(c) §. 3. J. de E. V. l. 8. pr. ff. de peric. & commod. rei vend. CARP. zov defin. for. P. 2. const. 26. defin. 10.

(d) l. 83. & 208. ff. de Reg. jur.

(e) Voet. ad ff. L. 10. T. 6. §. 1.

(f) l. 1. C. de act. emt. l. 7. ff. eod. l. 10. ff. de reg. jur.

(g) Pertinet huc 1) contr. locat. conduct. & 2) certa ratione contr. societatis *quaestuariae*, quantum de re in specie conferenda initur.

re ejusmodi tertio debita si casus contigerit, uterque quidem, pro ratione supra §. 5. stabilita, damnum sentit (a), quum debitor speciei & hic liberetur rei interitu, — sed respectu obligationis, quae creditoris ex contractu erat, haec magna adest differentia, quod re casu fortuito *in totum* (b) destructa, haec amplius non perduret, sed *dati* jam detur conditio, debitum autem exceptione tueri possit (c).

§. 12.

β) unilaterali.

Ultima haec consideratio, propter naturam rei, in illis contractibus deficit, qui unilaterales s. simplices in jure vocantur, in quibus unius tantum contrahentium nascitur obligatio. Haec igitur de re alicujus *in specie danda* (d), de qua loquimur, si fuerit contracta, de damno hic casuali ferendo principium generale illud normas sat certas praebet, ut quod addamus nil plane supersit.

§. 13.

- (a) Respectu domini id haud indiget probatione; sed & creditorem damno l. positivo l. privativo affici exinde patet, quod commodum de re speratum l. plane amittit, l. saltem minuitur.
- (b) Si non destructa, sed deterioris tantum conditionis facta, parvulum quidem incommodi sustinere tenetur, ut ne deductionem quidem ex mercede facere oporteat — l. 27. pr. ff. locati cond. — Sed majoris si evenierit momenti, omnino recedere licet. cf. l. cit. & l. 25. §. 2. eod. VOET. L. 19. T. 2. §. 23.
- (c) Sic societas solvitur rerum amissione l. 63. §. 10. l. 65. §. 1. pro socio. De locat. cond. id confirmatur l. 15. §. 6. l. 33. ff. locati cond. l. 30. pr. §. 1. l. 19. §. 6. eod.
- (d) Ex principiis *jur. rom.* huc solummodo spectat stipulatio. In contractu enim litterali, si ejus quoque existentiam defendas, cf. JOH. GOTTL. LANGSDORFF de pact. & contr. rom. & de vero hujus doctrinae nexu atque systemate; aequae ac realibus nominatis non tam de re danda, quam l. in genere, l. in specie *restituenda* obvenit quaestio.

§. 13.

b) ex contractu innominato.

Haec in contractibus nominatis valere, dubio caret. Sed in innominatis, quomodo in jure vocantur, quid statuendum sit, quaestio est, de qua sub judice lis. In genere quis damnum casuale sentiat, circa res ex iisdem tertio in specie debitas, & hic ex principio illo facile dijudicandum erit (a). Jam autem an ad exemplum Emt. Vendit., si res debita casu fortuito perierit, debitor nihilominus datum ab altera parte retinere possit, est quod eo magis disputatur, quo meliorem disputandi materiam legum incertitudo praebet.

Ante omnia Romanorum, quae de re servarunt, principia ab hodiernis, quae nobis placuerunt, in disquirenda hac lite erunt separanda. Priora quod attinet, certum est: 1) res si perierit, antequam & alter id, quod debetur, praestiterit (b), neutiquam actionem, sicuti ex contractu Emt. Vend., competere, ut hic nihilominus pacto satisfaciatur. Natura & indoles contractuum realium huic in totum repugnat. Obligatio enim, i. potius jus agendi, quam hic ex implemento tantum nascatur (c); hoc, pro hypothesi, deficiente adhuc, immo casualiter jam impossibili facto, sequitur: alterum nec esse, nec demum fieri posse obligatum. Dubiis id aequae ac 2) illud caret, alter si praestiterit jam, quod in conventionem erat deductum, hoc, si factum fuit, nec revocari posse ob causam a debitore non secutam, quum factum infectum fieri plane nequeat (d). Potius is, cum quo contraxit, tamquam debitor speciei quum liberetur rei interitu; casus adest, ubi ad analogiam Emt.

- (a) Creditor damnum patitur per amissionem juris rem a debitore exigendi. Fluit exinde nec actionem ad interesse ipsi competere — LAVTERBACH coll. th. pr. L. 19. T. 4. §. 28. — quia praestationem damni id involveret, ad quam e regula nemo tenetur. cf. §. 27.
- (b) Contractu igitur nondum perfecto si pactum solummodo adest.
- (c) I. 1. §. 2. ff. de rer. permut.
- (d) HYBER praelect. jur. civ. L. 12. T. 4. §. 2. I. 12. §. 2. ff. de captiv. & postlim. &c.

Emt. Vend. ille, cui res ex contractu reali innominato debetur, damnum casuale sentit adeo, ut & jus ex contractu quaesitum, & id, quod e contrario promissit, amittat. Sed 3) denique an idem quoque obtineat, si implementum a creditore secutum in datione consistit, an & hic rem datam perdat, vel, casu interveniente, conditione repetere possit, est demum, de quo proprie lis agitur (a). Ut fileamus diversas diversorum distinctiones, quibus legum, contraria quae sibi videntur, praecepta conciliare student (b), nobis quid optimum de re videatur proponamus.

In contractibus realibus innominatis conditionem ob rem dati, re non secuta, duplici ex fundamento locum habere constat (c). 1) Si accipiens noluerit obligationi satisfacere (d), ne cum detrimento alterius injuste locupletior evadat; 2) autem, etsi voluerit, si dantem poeniteat, isque datum repetere, quam rem consequi malit. Huic enim, pactum adimplendo quum alterum solummodo sibi, haud vero se ipsi obligaverit, poenitendi facultatem salvam manere voluerunt leges. — Vtrumque fundamentum bene a se invicem distinguere ex legibus patet (e). Ex priori

(a) Econtrario autem si non res debita, sed data potius casu perierit, accipienti tamquam domino perit, & creditori actio praesc. verbis ad consequendam rem invicem promissam salva manet. Cocceji J. C. L. 19. T. 4. qu. 12. LAVTERBACH l. c. §. 30.

(b) WISSENBACH ad ff. P. I. disp. 25. n. 3. HUBER l. c. §. 4.

(c) JOANNES V. NECK diss. de condict. caus. dat. causa non sec. Lugd. Batav. 1735, (OELRICHS thesaur. diss. novissim. belgic. Vol. 2, T. 2. p. 386.).

(d) l. I. §. 4. ff. de rer. permut.

(e) Sic pro re data si alter faciendum quid intra certum tempus promiserit, hoc antequam praeteriit, — quum nondum elucescat, an praestare nolit — leges conditionem dati quoque, nisi ex capite poenitentiae, haud concedunt, cf. l. 3. §. 3. ff. de cond. caus. d. c. n. f. Idem affirmat l. 3. §. 2. l. c. verbis: „sed si tibi dederō ut Stichum manumittas, SI NON FACIS, possum condicere: AUT SI ME POENITEAT.“

priori vero ut agamus quum certe necesse sit, per accipientem fletisse, quominus res sit secuta; sequitur jam, si casu fortuito, absque omni mora aut culpa sua (a), perierit, conditionem *ex hoc capite* cessare (b). Sed ex secundo, ob poenitentiam adhuc, secundum Romanorum principia, nihilofecius, e regula (c), locum habere, potius defendentibus (d), quam negantibus (e) subscribere mallemus. Nedum enim alia adhuc juris principia prioribus assistere, leges quoque not. b. cit., unicum contrasentientium propugnaculum, neque rejiciunt poenitendi licentiam, sed speciatim potius de conditione ex capite priori denegata loquentes (f) optime admittunt l. 16. ff. de condit. caus. dat. c. n. f., alias vix cum caeteris conciliandam (g).

Haec

- (a) Qua interveniente omnino tenetur, quum perinde sit, an expresse declaraverit, se nolle obligationi satisfacere, an facto ejusdem implementum impossibile fecerit. cf. l. 5. §. fin. ff. l. c. l. 8. C. eod.
- (b) Et de hoc casu interpretanda omnino videtur l. 10. C. de cond. ob caus. dator. nec non, ob controversias de eadem gestas, celeberrima illa l. 5. §. 1. in f. ff. de praesc. verb.
- (c) E regula dicimus; exceptiones enim jure meritoque tunc admittunt leges, si accipiens ex implemento modi, quod paravit, alias damnum sentiret. Huic quantum contractus innominatus causam dedit, tantum & de re data accipientem retinere posse statuerunt, l. 5. pr. in f. ff. de cond. caus. dat. Vulgo dicitur conditionem re adhuc integra licere. VOET. L. 12. T. 4. §. 5.
- (d) VOET. l. c. J. VAN NECK l. c. & certo quodam respectu HUBER prael. ad ff. L. 12. T. 4. §. 4. COCCETTI l. c. L. 19. T. 4. qu. 12.
- (e) BOEHMER ad ff. L. 12. T. 4. §. 5. HELPFELD jpr. for. loc. eod. §. 823. LAUTERBACH l. c. §. 29. Sed, quid quoque in contrarium dicant, nostrae sententiae eo securius insistimus, quo apertius in l. 5. pr. de cond. c. dat. restrictio illa: „*nisi forte tua intersit*“, non exceptionis instar a regula conditionem prohibente, sed potius concedente est tradita.
- (f) Ad culpam accipientis enim respiciunt, quae, poenitendi facultate semel concessa — prout in contractibus Romanorum innominatis negari nequit — nullius, hoc certe respectu: an liceat, momenti esse potest. Sic l. 3. §. 3. ff. de cond. caus. dat. poenitentia fuit permessa, licet culpa accipientis minime adsit.
- (g) Omne dubium certe removet saepius jam cit. l. 5. nr. de cond. c. d.

Haec de Romanorum principiis sufficiant. Hodierna quod attinet, ex vulgari, quae & iustior nobis videtur, Doctorum sententia, alia, plane diversa, moribus generatim formata, obtinent. Hodie enim, ex pacto civiliter ut obligemur, quum in genere haud amplius solennia quaedam requirantur, ita, ut ex pactis, mutuam quae involvunt praestationem, haud accedente quoque implemento ab alterutra parte secuto, uterque efficaciter obligetur, sequitur: 1) poenitendi Romanorum licentiam, hic in contractibus innominatis *eo solummodo fundatam* (a), quod ex praestatione deum promissi alterius oriatur obligatio, hodie in totum exulare; 2) autem hac exclusa, quum ipsa rationem contineat — ut in antecedentibus demonstratum — cur re ex contractu innominato in specie debita & casualiter perempta, nihilominus condictio dati, ob rem non secutam, patet, — hanc quoque cessare, nullo habito respectu, damno, alias quod accipiens forsan sentiret, hic contractus occasionem dederit vel minus (b). 3) denique, quamquam disputetur, id quoque exinde promanare credimus, si neuter contrahentium adhuc obligationi satisfecerit, & res alterius debita casu fortuito perierit, ad exemplum Emt. Vend. hunc nihiloscus promissum ab altera parte exigere posse, quum haec, aequae ac priori in casu is qui primum dedit, ex pacto teneatur, & implementum ibi jam secutum non ad dantis sed accipientis confirmandam obligationem, ipso jure romano, spectet (c).

§. 14.

(a) Minime igitur quatenus pacto speciatim adjecto fundamentum quaerit. Quo facto eadem omnino valent, quae contractibus *innominatis tacite* inesse Romani voluerunt; adeo ut in E. V. etiam tunc pateat condictio.

(b) VOET. l. c. §. 6. BOEHMER ad ff. L. 19. T. 4. §. 5. Nonnulli interim pactis nudis & hodie vim agendi denegare haud dubitarunt, immo pactis adhuc imperfectis s. Tractaten, quomodo vernacule vocantur, similes dicunt. vid. BODINVS in diss. vindiciae pactor. jur. rom. Sed Romanos jam bene haec separasse, exinde elucet, quod posterioribus nullam, prioribus vero excipiendi vim tribuerunt.

(c) Doctorum quidem qui major est numerus nostrae hic adversatur sententiae; — sed argumentum, quod viri, laude nostra longe ma-

§. 14.

2) ex alio quodam fundamento.

Restat ut videamus, quid tunc demum de damno casuali sit statuendum, si res propria alicujus non ex contractu, sed alio quodam fundamento, jure personali, tertio in specie debetur. Hoc pro variis causarum figuris l. immediate legis dispositione, l. facto interveniente aut unilaterali (a), aut bilaterali (b) fieri potest; sed in omnibus his nil speciale quoddam, quod huc spectet, notandum occurrit, ut res tota principio potius generali lat satis definita esse videatur.

§. 15.

II) Rei, l. a) restrictione quadam adjecta, alienae.

Ad eas nunc res transeamus, quae alieni juris in bonis cujusdam deprehenduntur. Quae vero quum iterum ejusdem conditionis esse possint,

jores, hic gravissimum in contrarium ducunt, eo absolvitur, quod pactis, mutuum quae involvunt praestationem, tacita modi insit conditio, qua non secuta nos minime obligemur. Sed nonne eadem ex ratione datum quoque condici liceret, si implementum alterius partis s. accipientis casus impossibile fecit? — Nonne tunc quoque modus, ob quem dedimus, deficit? — & nihilominus ipsi non secutum implementum modi s. causae futurae conditionis haud continere fundamentum, ipso jure romano, ob leg. pen. C. de cond. ob caus. dat., concedunt. Quae nunc autem differentiae adest ratio? Implementum enim jamjam secutum, prouti jam diximus, minime accipientis, sed dantis potius confirmat jus; — ideoque si tacitae modi conditioni quidquam tribuendum maluissent leges, certe conditionem ex hoc capite haud denegassent. Superest igitur, si vocari potest, differentia: in uno casu id verbis expressis esse constitutum, quod altero per analogiam immediate sequitur. Ratio enim cur hic illud est omissum, non in eo latet, quod majorem hic fortasse efficaciam tacitae illi conditioni concederent leges, sed quod aliunde, ex natura simplicis pacti, actio haud concedenda erat. — Quae autem ratio hodierno jure, ex veriori quae est sententia, cessat.

(a) v. g. pollicitatione.

(b) pacto v. c. donationis.

possint, ut partim simpliciter ad alterius dominium pertineant, partim autem, restrictione quadam adjecta, & possessoris esse dicantur, has quam maxime diversas diversim nos quoque pertractemus necesse est. Posteriores quod attinet, ratio, cur certo tantum respectu alienae vocari possunt, vel in condominio latet, quod possessori cum tertio in iisdem competit, vel in dominio minus pleno, l. utili l. civili, quod possessoris est, loco, quo directum l. naturale ad tertium pertinet. Dominio sic l. aequaliter l. inaequaliter inter utrosque diviso, damnum & casuale rei ferendum, *pro ratione juris cuilibet competentis*, dividatur necesse est. Evenit exinde, ut in societate, de sorte ipsa communicanda inita (a), damna fortuita inter socios communia ita dicantur, ut quisque aequaliter eadem sentiat (b). Alia jam ratio inter dominam directum & utilem, civilem & naturalem intercedit, quum pro diversitate jurium, quibus in re fruuntur, diversis & incommotis casu afficiantur. Ex principio igitur supra praemisso hoc iterum dijudicandum venit, & specialius id generatim eo minus definire licebit, quo certius mox alteruter eorum, mox uterque damnum sentit, prout hujus alteriusve juris exercitium l. impossibile, l. minus utile redditur. Sic damnum casuale in fructibus emergens ad dominum utilem solummodo spectat, quum huic tantum re utendi fruendi competat facultas; loco, quo casus circa ipsam rei substantiam contingens ad utrumque directum aequae ac utilem, sed pro diverso iterum in eandem jure competente, diversim pertinet.

§. 16.

- b) rei simpliciter alienae. α) possessori l. jura circa rem competunt.
aa) jus utendi fruendi. 1) damnum casuale circa fructus sese exferit.

Re vero, quam possidet quis, simpliciter aliena, quaestio de damno casuali ferendo exinde unice decisionem petit, possessor alia quaedam

- (a) Eadem valent in qualibet alia communione etiam extra societatis contractum constituta.

- (b) l. 52. §. 3. l. 58. §. 1. ff. pro socio. Nisi aliud partibus placuerit, l. 6. eod.

dam fortasse jura circa rem quaesita habeat, an iisdem sit destitutus. Priora re utendi fruendi si fingamus, & casus fortuitus fructus ipsos, a possessore *percipiendos* (a) destruendo obliterit, quominus *sic* usum rei conventum habere liceat; tunc, quamquam possessoris nondum sunt tacti, tamen huic pereunt (b), ita ut unice is damnum casuale sentiret, nisi & domini fundi, cujus sunt fructus nondum percepti (c), quoad dominium laesionem acciperet.

§. 17.

2) circa ipsam rei substantiam.

Haec de fructibus, salva rei substantia, casualiter pereuntis. Jam autem in hac ipsa, dictae qualitatis, si casus contigerit, tunc, domino si quando restituenda venit, omni ulteriori distinctione, levioris instar momenti, neglecta, brevius rem generatim regula absolvi censent: *casum fert dominus* (d). Quam vero si ita interpreteris, quasi hic unice damno afficiatur, iusto generalius certe reprehendas necesse est. Potius, legibus convenienter (e), dictis intellexisse videntur: quicumque convenitur a domino ad rem, quae casu perit, restituendam, exceptione interitus casualis tutus est (f); ita, ut ad damnum ipsi refarciendum

(a) De perceptis hic sermo esse nequit, quum de re *aliena* loquamur, illi vero possessoris sint proprii.

(b) Perill. G. L. BOEHMER de oblig. locator. ob usum impeditum. §. 21. (ejusd. elect. jur. civ. T. I. p. 310.) Pereunt scilicet, quoad lucrum exinde speratum, ideoque damnum constituunt privativum. §. 2.

(c) l. 78. ff. de R. V. l. 25. §. 1. ff. de usur. l. 13. ff. quibus mod. usufr. amitt. JAC. CUVJACIUS obs. jur. L. 26. obs. 32. Haud rite sunt definita igitur, si fructus generatim usufructuario perire dicuntur, ob dominium eorum ipsi quaesitum. vid. HÖPFNER l. c. §. 761.

(d) HELLFELD jpr. for. L. 2. T. 14. §. 326. HÖPFNER l. c. §. 761. n. 3. WESTPHAL von Kauf, Pacht &c. §. 932.

(e) l. 23. in. f. ff. de reg. jur. l. 13. pr. ff. commod. l. 9. §. 2. 3. 4. ff. loc. cond.

(f) cf. WERNHER observ. for. T. I. P. 4. obs. 214.

ciendum e regula haud sit obligatus. Sed & tunc quomodo huc spectent, ubi de damno *ferendo*, minime autem *resarciendo* sermo est, nullatenus videmus. Potius, si possessori jus re aliena utendi fruendi competat, & circa eandem casus contingat, non solum dominus, sed & fructuarius damno afficitur, pro ratione, qua jus illud simul laeditur, vel rei interitu plane amittitur (a).

§. 18.

bb) alia quaedam.

Eadem, generalius tantum expressa, valent de rebus ejusmodi alienis, ut possessor, loco juris utendi fruendi, aliis quibusdam — v. g. pignoris — in iisdem utatur. — Et hic principium §. 5. a nobis praemissum eo justius rem totam determinare sumus persuasi, quo certius quaestio de damno dato resarciendo minime hic, sed infra erit excutienda.

§. 19.

3) non competunt.

Jam autem si nulla plane in re aliena sunt possessoris jura, ut l. nudus rei detentor sit constitutus, tunc demum, *omni alieno nexu soluta* si casu perierit, principium §. 17. justo generalioris instar a nobis rejectum, plenissimo jure ac verbi significato capit locum: casum fert dominus; ita, ut unice is damnum subeat, quum ad exemplum §. 6. nullus praeter eum existat, cui objectum juris res ipsa constituat.

§. 20.

B) rei nullius.

Restant denique, omnia ut expleamus, pauca quaedam de casu fortuito circa res nullius adjicienda. Quae quum in nullius dominio existant,

C 2

(a) In contractu commodati l. precar. ubi res gratis utenda accipitur, haec dubio carent, quum damnum privativum quam maximum certe saepius exinde nascatur. Sed nonne idem in contr. quoque locat. oriri potest, quamquam hic, re destructa, nec merces amplius debetur? cf. §. II.

existant, ex casuali earum quoque interitu nemo damnum sentire videtur. Sed quum & alio modo, prout supra saepius vidimus, ac inde damno affici possimus, quod res dominio nostro eximatur; ratio sane, cur hic illud abesse, neminemque rei nullius interitu laedi dicamus, aliunde petenda erit. Principium generale est: damnum ille sentit, cuius jus circa rem in specie laeditur. Nunc autem jus, unice quod circa res nullius competit, & quod saniora juris principia adhuc hodie unicuique tribuunt (a), in jure occupandi, non circa rem aliquam nullius in specie, sed totum genus earum consistit, ideoque, quum genus id certe latissimum constituat, principia §. 7. stabilita hic quoque applicanda erunt. —

SECTIO. II.

Cujus est damnum, Facto

alicui praestando si casus obstitit?

§. 21.

I) principium generale praemittitur.

Quibus peractis, ordo libelli ad alteram nos ducit damnum speciem, objecti ratione a priori diversam, eam scilicet qua inde nos affici videmus, quod factum aliquod praestandum casu impeditur.

Exinde quis damnum sentiat, cui illud ferendi incumbat obligatio, non defuere quidem (b), qui principiis id iterum generalibus definire studuerint;

(a) RUNDE Grundsätze des allgem. t. pr. R. §. 182. ibique J. A. L. SEIDENSTICKER de genuinis fundamentis juris supremæ potestatis circa adespota, Gött. 1789.

(b) Instar omnium cf. HÖPFNER Com. ad Inst. §. 761. ubi rem ita explicuit: „Wenn Jemand ein Factum versprochen hat, und ein Casus passiret: So trifft er denjenigen, in dessen Person er sich zuträgt: das heisst, wenn ich ein factum verspreche, und durch einen Unglücksfall verhindert werde es zu leisten: so kann ich den ausbedungenen Lohn nicht fordern. &c.

studuerint; sed, salva quae iis debetur reverentia, quam plurimum & hic abest, ut sententiae eorum subscribamus. Nedum enim ex alia adhuc ratione, quam mox pluribus sumus docturi, eandem in dubium esse vocandam, inde jam principia generalia, quae vendiderunt, iusto strictiora quam longissime videntur, quia unice id damnum in computum duxere, quod ex amissione juris, adversus illum, cui factum erat praestandum, invicem ex eodem negotio competentis, fortasse nascitur. Nonne ex ipso facto casualiter impedito damnum jam oritur, quum obligatio ad peragendum illud casu evanescat? — Et praeterea nonne saepius unilateraliter alicui ad factum obligamur, ita, ut invicem is ne minimum quoque debeat? —

Haec omnia principia ista indeterminata relinquunt. — Iustius igitur, si quid videmus, res *generaliter* sic definienda videtur: ut

Facto alicui praestando si casus obstiterit, damnum quisque sentiat, qui commodo privatur, quod jure perfecto exinde speravit.

Sequitur exinde, quod & jure comprobatum invenimus, *eum, cui factum erat praestandum, semper damnum subire, quum obligatio ad peragendum illud, casu interveniente, cesset (a), ideoque commodo privetur, quod jure meritoque ipsi sperare licuit.* Sed an alius quoque, speciatim is, qui ad factum erat obligatus, damno afficiatur, pro diversis causarum figuris nunc sigillatim jam disquirendum venit.

§. 22.

2) *speciatim inquiritur: cujus sit damnum, factum si impediatur a) gratuito alicui debitum.*

Hic vero quum redeant omnia ad quaestionem praepjudicalem prius decidendam, an demum ex causa, ex qua debuit factum, ipsi quoque commodi acquirendi spes adsit; sequitur: eadem deficiente, ejusdem & damnum abesse. In negotiis igitur, quibus gratuito quis ad faciendum quid sese alteri obstrinxit (b), quod nec alia forsitan ra-

C 3

tionem

(a) l. 185. ff. de reg. jur.

(b) Contractum mandati huc pertinere constat,

tionem ad ipsius simul utilitatem spectat, damnum ex casuali impedimento ortum, huic solummodo, minime autem priori ad factum obligato nascitur.

§. 23.

b) l. minus. α) ex contractu 1) innominato.

Nunc autem si is, cui factum erat praestandum, invicem ex eadem causa aliquid debuit; praeprimis eo dirigenda erit attentio, utrum facto casualiter impedito hujus & perimatur l. perduret obligatio. Hoc demum est, in quo determinando regulae, §. 21. recensitae, unice subsistunt, quod vero nec illis eo, quo debuit, modo explicatum invenies. Loquuntur solummodo de locat. conductione, quid de *mercede* statuendum sit, quum necessario tamen hic iterum eo respiciendum erit, an contractus & tunc l. nominatus l. innominatus causam contineat obligationis ad factum aliquod praestandum. Si ex posteriori fundamentum quaerit, & casus, quominus adimpleatur, obsistit; tunc in decidenda quaestione, an *datum* ab altera parte repeti possit, absque dubio eadem principia valent, quae supra §. 13. tunc stabilita enucleavimus, si *res quaedam* ex contractu innominato debita casu perierit. Nulla enim differentiae adest ratio, quid quod expresse hic quoque eadem constituta invenies (a). Rejuncta igitur omni ulteriori distin-

(a) Sic l. 5. pr. ff. de cond. caus. dat. c. n. f. verbotenus in exemplo exhibet casum de quo loquimur. „Si pecuniam, dicitur, ideo acciperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis, vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficisceris: an condici possit, videndum? Et, quum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare. Sed quum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetitur id, quod datum est., Noviorum quidam applicationem hujus legis hodiernam reprobendam duxit — argumento usus: weil die Natur eines zweiseitigen Vertrags und die gesunde Vernunft mehr gelten müsse, als ein unrichtiger Gedanke eines alten römischen Juristen!! — vid. Sammlung juristischer, philosophischer &c. Aufsätze. Butzow und Wismar 1776. St. IV. p. 241.

distinctione, in cuius persona, sit vel creditoris vel etiam debitoris (a), casus contigerit, datum ab altera parte *iure romano* quidem *ex capite poenitentiae*, hodie, hac deficiente, autem nullatenus repeti potest. Haec omnia eo magis monenda duximus, quod celeberrima illa, cuius Jctorum praeprimis interest, controversia exinde decidenda videtur, quid de honorario advocatorum *l. annuo l. per aversionem constituto* sit judicandum, si aut anno nondum elapso moriantur, aut casu alio quodam fortuito impediuntur, quominus causam, cui patrocinantur, finiant. Ejusmodi enim contractus inter advocatum atque clientem quum de operis liberalibus praestandis, hinc non mercede, sed honorario solvendo ineatur, minime quoque naturam locat. conductio- nis admittit; sed contractum potius realem innominatum constituit. In id omnes consentiunt (b), nihilominus vero in quaestione ipsa de- cidenda mirifice dissentiunt Doctores. Mox argumenta a contracti- bus innominatis petunt, mox autem analogiam locat. conduct. addu- cunt, mox denique omni ratione sunt destituti. Sic nonnulli (c) ho- norarii in *anteceffum jamjam soluti* indistincte haud concedunt condi- ctionem, loco, quo alii (d) id ita restringunt, si casus non in per- sona advocati, sed clientis contingat. Denique autem honorarium si

(a) Lex citata loquitur enim de impedimento casuali in persona debito- ris orto; scil. si valetudine impeditus fuerit.

(b) BOEHMER ad ff. L. 19. T. 2. §. 9. HÖPFNER l. c. §. 882.

(c) Quam ipsi defendunt sententiam, qui alias in contractibus inno- minatis, si *res* propter casum fortuitum dari nequit, tunc solummo- do denegant conditionem, si accipiens in lucro non haereat. vid. BOEHMER l. c. L. 3. T. 1. §. 11.

(d) WESTPHAL Lehre des gem. R. vom Kauf, Pacht &c. §. 1001. Rem igitur secundum principia locat. conduct. dijudicare mavult. Sed injuste plane eadem applicari, jam exinde patet, quod soluti condi- ctio tunc certe concedenda foret, si mors advocati impedimento est, quominus obligationi satisfaciat, cf. §. 24. In ejusdem enim per- sona hic casus sese exerit, & nihilofecius soluti repetitionem leges clarissime prohibent. vid. l. 1. §. 13. ff. de extraord. cognit. „*Divus Severus ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem re- petere: quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret.*”

si *nondum sit solutum*, sed, casu interveniente, adhuc debeatur, maior interpretum dissensus vix cogitari potest. Alter actionem ad consequendum debitum indistincte (a), alter vero limitatione quadam adjecta (b) affirmat, quum tertius denique eandem eodem modo l. generatim (c), l. exceptione addita (d) deneget. Me iudice tot tantarumque controversiarum ratio inde quaerenda erit, quod ad naturam negotii, inter advocatum atque clientem hic intercedentis, iusto minus respexere. Consistit, prouti jam diximus, in contractu innominato reali; nunc autem rationi convenienter jam si dijudicemus, leges ambiguae forsan interpretationis secundum principia hujus generatim stabilita, minime autem ad analogiam loc. conducti erunt explicandae (e). Quibus praemissis, si rem ita consideramus, sequitur: in genere, nisi aliud quid expresse conventum, 1) honorarium l. annum, l. per aversionem in antecessum jamjam solutum, ex *juris romani* principiis, ob *poenitentiam* illis permissam, omnino, e regula (f), repeti potuisse, si per advocatum haud stetisse appareat (g), cur susceptam haud impleverit fidem (h).

(a) HELLFELD jpr. for. L. 3. T. I. §. 371.

(b) COCCERJ J. C. L. 3. T. I. qu. 9. CARPZOV L. 3. resp. 3. STRVV exercit. 7. §. II.

(c) BOEHMER J. E. P. L. 3. T. 5. §. 229. ejusd. dissert. de anno deservito (in exercit. ad ff. T. 3. p. 573.) STRVBEN T. I. Bed. 122.

(d) BOEHMER ad ff. L. 3. T. I. §. II. ubi advocatum fisci a regula excipit, ob l. 15. §. I. C. de advoc. divers. judicior: sed nonne de honorario jamjam soluto intelligi potest? —

(e) Id quod ipsae annuunt leges. cf. l. 38. ff. loc. cond. l. I. §. 13. ff. de extraord. cognit. — Quae principiis in loc. cond. operar. stabilitis. §. sequ. — directo repugnant.

(f) Exceptionem videlicet §. 13. not. c. pag. 14.

(g) Quod si contrarium probetur, si *culpa* ejus interveniat, ex alio jam capite condictio patet. arg. l. 10. C. de cond. ob caus. dator. l. 11. C. eod.

(h) Verbis legum quidem expressis haec probari nequeunt; sed illis non indigemus quoque, si analogia tam certa exstat, ac in l. 5. pr. ff. de cond. c. d. c. n. f. Hisce obstare videtur l. 38. §. I. ff. loc. cond.

„Advo-

E contrario autem 2) si non solum sit solutum, nec ipsi, nec heredibus ejus ad consequendum id competuisse actionem; regulae convenienter, quae in contractibus realibus ex implemento solummodo jus agendi tribuit (a). 3) denique haec omnia, ex principiis supra §. 13. traditis, jure hodierno in totum esse mutata, ita, ut contrarium potius obtineat.

§. 24.

2) nominato a) locat. conduct. operarum.

Haec de contractibus innominatis. — Ad nominatos nunc iterum respicientibus nobis, si quis locat. conduct. *ad operas* alicui praestandas sese obstrinxerit, principia a prioribus quam maxime diversa obvenire, ex illis analogice jam patet, quae supra §. 11. de locat. conduct. rerum praemittenda duximus. Hic, operae quominus praestentur, si casus sit impedimento; communis fere Ictorum doctrina, quamquam haud satis distincte formata (b): *casum sentit is, in cujus persona contingit*

„Advocati quoque, si per eos non stetit, quominus causam agant” honoraria reddere non debent, Nec non l. 1. §. 13. ff. de extraord. cognit. Sed magis certe non obstant, quam l. 10. C. de cond. ob caus. dator. theoriae generali de contr. innominat. supra §. 13. a nobis praemissae. Nisi apertam legum contradictionem explicationi earum sat naturali praeferre malimus, leges citatae, uti supra jam demonstratum est, de altero conditionis fundamento sunt intelligendae. Verbotenus easdem haud explicari posse, variis adhibitis distinctionibus jam indicarunt Doctores.

(a) Dissidentes huic iterum objiciunt l. 19. §. 10. ff. loc. cond. l. 4. ff. de offic. assessor. — Cocceji l. c. — quibus forte addenda l. 38. pr. ff. loc. cond. — Sed monuisse sufficiat: easdem loqui de locat. conduct., quam hic haud argumentum praebere ex dictis constat.

(b) 1) enim haud definit, quid tunc statuendum sit, si casus in nullius, nec locatoris, nec conductoris persona, sed aliunde contingit. 2) autem improprie sane conductor operarum inde damnum subire dicitur, quod operis haud praestitis, ad mercedem solvendam tenetur. Damnum ipsius enim non ex solutione mercedis, sed ex casuali operarum impedimento nascitur, quo & mercede haud soluta afficitur, —

D

tingit (a), ratione mercedis a conductore ex contractu solvendae (b), caeteris praeferenda videtur. Saltem, ex veriori quae est sententia, hoc certum est: 1) si ex parte locatoris casus existit, dum is morte e. g. praeventus promissum adimplere non potuit, huic non nisi pro rata operae praestitae merces debetur (c). 2) autem, si ex ejus latere, qui operas conduxerat, vel aliunde casus contingit, tunc integra totius temporis & operae solvenda merces (d), nisi medio tempore operam locator alteri elocaverit (e).

§. 25.

b) ex locat. conduct. operis.

Eadem necessario valent in locat. conduct. operis, si opus faciendum casu impeditur, quum speciem haec solummodo locat. conduct. operarum constituat. — Sed quam longissime diversa, quamquam dictis cohaerens, ea est quaestio: cujus sit damnum casuale in opere jam facto, vel demum inchoato, l. jam perfecto contingens? — Quaestio haec multoties disputata, nec non ob legum ambiguitatem variis difficultatibus innodata quum vulgo haud rite enucleata videatur, brevibus nostram de re sententiam adjicere liceat. Pro diverso quaestionis objecto, ante omnia hic distinguendum erit:

I) Cujus

(a) HÖPFNER l. c. HEINECCII Inst. §. 761.

(b) Damnum enim ex operis haud praestitis semper conductori manet.

(c) l. 15. §. 6. ff. loc. cond. VORT ad ff. L. 19. T. 2. §. 27. LAVTERBACH colleg. theor. pr. loco eod. §. 105. Ex cerebrina sane aequitatis ratione dissentit LEYSER spec. 212. m. 5. Ejusdem argumenta refutata leges in STRYVEN rechtl. Bedenk. P. 3. B. 69. Quamquam & ipse concedit, si modico tantum temporis spatio famuli aut ancillae valetudine impediti non per omnia operas promissas impleverint, non statim ea de causa deductionem ex mercede esse faciendam; cui ob arg. l. 27. pr. ff. loc. cond. lubentissime subscribimus, cf. VORT. l. c.

(d) l. 38. pr. ff. loc. cond.

(e) l. 19. §. 9. & 10. ff. eod. l. 4. ff. de offic. assessor.

I) Cujus est damnum materiae datum, ex qua opus conficiendum erat locatum? Ex principio generali §. 5. praemisso hoc, opere perfecto *jam tradito*, locatoris est, quum dominus factus casum sentiat. Ante traditionem vero ejus est, ad quem materia pertinet. Locatoris igitur, si ipsam suppeditaverit, ea conditione, ut ex *eadem specie* opus conficiatur (a).

II) autem, opere casualiter destructo, conductor operis nihilominus mercedem exigere, vel datam retinere potest? — Hic iterum, 1) opere jam tradito (b), periculum omne ad locatorem incipit pertinere; ita, ut mercedem debeat, etiamsi mox ex operis ipsius vitio illud collabatur (c). 2) traditione vero nondum subsecuta, me iudice, res eo redit: *utrum conductor operis materiam de suo suppeditaverit* — quo casu Emtio Venditio erit (d), & periculum, ex ejusdem analogia, ad conductorem spectat, quum genus adhuc debeat, ideoque Emt. Vend. periculum ut transferatur, nondum sit perfecta (§. 10), — *an materia locatoris sit*; hic, si conductor legibus contractus convenienter opus confecerit (e), nec ex interno vitio (f), sed casu mere fortuito

(a) l. 31. ff. loc. cond.

(b) Quod, opere per averfionem l. ad pedes mensurasve locato, per subsecutam approbationem l. admensurationem factum intelligitur. VOET l. c. L. 19. T. 2. §. 37.

(c) VOET. l. c. WESTPHAL von Kauf und Miethe §. 934. quamquam prudentiae legislatoriae id minime conveniens judicet.

(d) Plurimi Doctorum hanc omittunt quidem distinctionem, sed rationi aequae ac legibus expressis omnino respondet, vid. l. 2. §. 1. ff. loc. cond. §. 4. J. de locat. cond.

(e) Si quidquam deest, ita, ut locator opus approbare haud teneatur, ipsius nec periculum locatoris, sed conductoris est. Sic explicandam credimus l. 37. ff. loc. WESTPHAL l. c. quamquam aliis alia ejusdem interpretatio melior sit visa, vid. VOET. l. c. §. 37.

(f) Si vitium rei internum, ideoque culpa conductoris causam damni contineat; naturalius vix quidquam cogitari potest, quam quod nec merces debeat. l. 62. ff. locat. Exceptionis nomen igitur vix mereri videtur, si ad arbitrium domini vitiosum opus exstructum collabatur, quoniam tunc culpa conductoris deest, vid. l. 51. §. 1. in f. ff. eod.

to illud destruatur, periculum locatoris est, & ad mercedem solvendam omnino tenetur (a).

§. 26.

3) ex alio quodam fundamento.

Ex alio denique ac contractus fundamento quum saepius ad facta obligemur; restaret forte, de his quoque, casu fortuito impeditis, quid statuendum sit adjicere. Sed singularia quaedam quum hic haud notanda obveniant, & nostrum sit, non in singula quaevis jurium negotia inquirere, sed principia solummodo stabilienda curare, dicta, regula tantum in memoriam revocata, sufficiant: quod obligatio ad factum peragendum cesset, si ob casum mere talem adimpleri nequit. §. 21. —

CAP. II.

De

Praestatione damni casualis.

§. 27.

1) Regula traditur.

Dicta, ni omnia falluntur, quum certe sufficiant, ut, quovis obveniente casu fortuito, rite dijudicemus: *an, quis & quoad* denique in patrimonio exinde damnum patiat; nunc ad alterum jam hujus libelli

(a) Interpretum nonnulli — ob verba l. 36. ff. eod., — eo adhuc respicere jubent, an opus ita faciendum conductum, ut per mensuram l. approbationem praestetur. Quo posito, ante approbationem l. admensurationem periculum locatoris operarum, post conductoris credunt. BÖHMER ad ff. L. 19. T. 2. §. 32. HELLFELD loc. eod. §. 1055. Sed verba legis initialia: „periculo locatoris,“ de damno culpa dato explicanda esse demonstrant verba in fine adjecta: „si tamen vi majore — ideoque casu — opus prius interciderit — locatoris, scil. operis, periculo est, quae alias vix prioribus concilianda forent.

libelli caput tranſeamus, quod quaefione, a priori quam longiffime diverſa, abſolvitur: *quatenus quis ad damnum alterius caſuale praeflan- dum ſ. reſarciendum teneatur.* — Rationi convenienter quum quem- cunque, quod paſſus eſt damnum, ferre quoque, e regula (a), volue- runt leges; fundamentum certe obligationis ſpeciale requiritur, ſi per modum exceptionis alterum quis ad praeflationem ejusmodi damni juſte vult convenire. Tales autem exceptiones in jure noſtro haud de- ficere, ſed quam plurimas potius exſtare, cognitum eſt & illi, qui ju- riſprudentiae ſacris vix eſt initiatus. Hic intereſt ſolummodo, eaſdem non tam ſingulas allegare, quam principiis quibusdam potius compre- hendere. Haec autem eo magis fortasſe neceſſaria credimus, quo mi- nus iterum ea, quae exſtant, rem plane exhaurire videntur. Sic com- muniſ fere Interpretum doctrina *paſſum expreſſum, moram & culpam ad caſum ordinatam* tanquam unicas obligationis cauſas, ad damnum alterius caſuale reſarciendum, tradit (b). Sed errant ſane, — ſi hoc vocabulum decet — quum partim memoratae haud ſatis ſint definitae, partim vero quamplures aliae, veriores ſane, adhuc exſtent, in qui- bus eadem ſtatuer leges. Liceat igitur ſecundum generalem obliga- tionum theoriam, quam noviores, & inter eos praefertim *Vir tam ingenii, quam doctrinae laude excellens* (c) tradidit, examinare, quate- nus eaſdem obligationum cauſae hic quoque ſibi vindicent locum.

§. 28.

2) exceptiones proferuntur. Nituntur l. a) immediate legis diſpoſitione.

Legum diſpoſitiones quod attinet, utrum *immediate* iisdem ad damnum alterius fatale reſarciendum quis obligetur; exemplum certe

D 3

luculn-

(a) l. 23. in f. ff. de R. I.

(b) Inter alios quamplures vid. BOEHMER ad ff. L. 13. T. 6. §. 23. HÖFF-
NER l. c. §. 761. EVERHARD. OTTO de praeflatione caſuum ſolitor.
inſolitorum &c. §. 4. (in ejusd. diſſert. jur. publ. ac privat. T. 1.
diſſ. 6.). Qui, quod mirandum ſane, & quot erroribus doctrinam
implicatam eſſe demonſtrat, quartam adhuc §. 4. adjecit, regulam
ſcilicet debitor ſpeciei liberatur rei interitu! —

(c) III. ADOLPH DIET, WEBER von der natürl. Verbindlichkeit §. 31.

luculentissimum, quod quoad maximam partem quadrat (a), in *actione de pastu*, nec non *quadrupedaria*, tum directa tum utili, deprehendimus. Quae enim quum damnum, nullius interveniente culpa (b), ideoque calu fortuito illatum praesupponant, ad quod restituendum dominus bestiae, non accedente quoque conventionem l. alio obligationis fundamento, ex sola possessione tenetur, rejicienda omnino ea videntur, quae aliis aliena melius placuere (c).

Denique etiam ex nonnullorum JCtorum sententia (d) huc referenda foret furiosi — si quae adest — obligatio ad damnum id refarciendum, quo mente alienus proximum affecit. Delicti enim incapax quum culpa careat (e), damnum *ipsius intuitu* (f) casuale existit, ad quod praestandum alia, in genere (g), vix cogitari potest obligationis causa. Sed & hanc ex immediata legis dispositione negantibus (h) quin & nos subscribamus, haud dubitamus.

§. 29.

(a) Non in totum, quia dominus noxae datione sese liberare potest. l. 6. §. 1. ff. de re jud.

(b) BOEHMER ad ff. L. 9. T. 1. §. 5.

(c) Sic nonnulli e. g. factum ad quasi delicta referunt, quum alii id iterum ponunt in numerum obligationum, quae ex factis illicitis unilateralibus nascuntur. vid. v. TEVENAR Versuch über die Rechtsgelahrtheit p. 312. Sed quum pro hypothese nullum plane hominis factum, ideoque multo minus culpa obligati concurrat, jure meritoque ea reprobata invenies in WEBER l. c. Huc, re accuratius considerata, quoque actio in factum de effusis & dejectis contra inhabitatorem aedium referenda foret, quatenus in propria culpa haud versatur.

(d) SCHAYMBURG compend. ff. L. 9. T. 1. §. 3. SCHMIDT Instit. jur. civ. §. 423. QVISTORP Grundsätze des peinl. R. §. 38.

(e) l. 2. §. 3. ff. de jure codicillor. l. 40. de R. l.

(f) Non semper aliorum, qui negligentiam in custodiendo admisere. l. 14. ff. de officio praesid.

(g) Nisi in dilucido intervallo forsitan constitutus id pro praeterito l. futuro promiserit.

(h) LEYSER spec. 532. m. 1 — 3. WEBER l. c. p. 270. sequ. GLÜCK Comment. ad ff. L. 1. T. 1. §. 8. p. 71. sequ.

§. 29.

b) mediate, puta interveniente facto obligatorio l. a) bilaterali. aa) conventionem expressa.

Altera ad idem tendens obligatio est *mediata*, quae in facto scilicet interveniente obligatorio fundamentum quaerit proximum. Quod si cogitamus bilaterale, ab utroque tam obligante, quam obligato susceptum; praeprimis certe amplectitur *conventionem expressam*, qua quis casuum fortuitorum praestationem in se recepit. Pactum enim quum det legem contractui (a), haud dubitandum est, quin obligatio ad damnum alterius refarciendum exinde oriri possit (b). Dubia solummodo de interpretatione ejusmodi pacti moventur, an casus quoque insolitos in dubio amplectatur (c). Sed quum casus fortuiti sint l. maxime insoliti, qui praeter omnem expectationem contingunt (d); nescio, quomodo ex ipsa hac lege (e), quae casus insoliti demum praestationem injungit, exceptionem probare velint.

§. 30.

bb) tacita.

Hanc vero, de damno alterius casuali refarciendo, conventionem non solum expresse, sed tacite etiam inire possumus. Posterius id eo praesertim peragitur, si negotium cum altero subimus, quocum, requisiti naturalis instar, memoratam obligationem leges conjungere; ita, ut, si minus placuerit, pactum e contrario de non praestando adjiciatur necesse sit. Hujus rei varia in jure exstant exempla, & ex interpretum

(a) l. 23. ff. de R. I.

(b) l. 9. §. 2. ff. loc. cond. l. 8. C. eod. & aliae quamplures, quas videre licet in ZIEGLER diff. cit. §. 9.

(c) WERNHER T. I. P. 4. obs. 214. n. 80.

(d) STRVV syntagm. j. civ. exerc. 20. §. 44.

(e) l. 78. §. ult. ff. de contrah. emt. EVERH. OTTO diff. cit. §. 8.

PVFENDORF de remissione locarii ob casum plane non cogitatum &c.

T. 4. observ. 78. Nihilominus tamen limitationem in casu plane

inuitato & insolitissimo nonnulli admittunt. CARPZOV Jpr. for. P.

2. const. 26. def. 8. n. 3. sequ. & const. 37. def. 17. n. 5. WERN-

HER l. c. BOEHMER ad ff. L. 19. T. 2. §. 16.

pretum sententia plura adhuc allegare liceret. Sed fines hujus libelli, facillime in immensam hic protrahendi, quum minime permittant, omnes omnino Doctorum controversias enucleare, liceat notatu tantum dignissimas, eoque celebriores proferre.

I. quodammodo (a) huc referendam credimus quaestionem, multoties jam agitatam, de remissione mercedis conductori rei frugiferae ob sterilitatem indulgenda (b). Hanc ob sterilitatem magnam (c), non ex interno rei vitio (d), sed, conductoris haud accedente culpa (e) & praeter consuetudinem (f), externe in fructibus nondum perceptis (g) contingentem exigi posse, dubio caret (h). Sed idem an in fructibus quoque perceptis locum habeat, eo magis disputatur (i).

II. hic

(a) Quodammodo diximus. Minime enim omne hic damnum, casuali fructuum interitu enatum, refarcitur. 1) unius anni ubertas cum alterius sterilitate compensatur. l. 15. §. 4. ff. loc. l. 8. C. eod. 2) eousque solummodo damnum praestatur, quousque pensionem fructus non aequant; non computato damno privativo l. semine & impensis, quae frustra in culturam agrorum impendit. BOEHMER l. c. §. 21.

(b) BECMANNOR. consilia & decis. Tom. 2. p. 192. ALBRECHT de mercedis remissione ob sterilitatem. Gieslæ 1779. de RIEDESEL tract. de remiss. merced. ob calamitat. bell. Götting. 1760. cum praefat. perill. J.S. PÜTTER.

(c) l. 25. §. 6. ff. loc. cond.

(d) l. 15. §. 2. & 5. ff. eod.

(e) Tunc enim non casuale est damnum. LEYSER spec. 217. m. 2.

(f) l. 15. §. 2. cit.

(g) Quando pro perceptis habendi sint, quoque disputatur. Sed opinioni, eosdem jam trituros esse debere — BERGER oeconom. jur. L. 3. T. 5. §. 23. n. 5. — obstant l. 78. ff. de R. Vind. l. 25. §. 1. ff. de usur. l. 13. ff. quibus mod. ususfr. amitt. — CVJACIUS observ. jur. L. 26. observ. 32. VOET L. 19. T. 2. §. 24. Sufficit igitur si a solo separati exstant.

(h) Nec hic ad laesionem ultra dimidium, sed ad aequitatem, arbitrio judicis determinandam, respiciendum esse, quantumvis contrarium nonnullis placuerit — MEVIVS decis. P. IX. dec. 116. n. 5. GAIL L. 2. obs. 23. n. 1. — docet perill. G. L. BOEHMER in diss. de obligat. locator. ob usum impeditum §. 19. (electa jur. civ. p. 305). quum remedio ex l. 2. C. de resc. emt. vend. locus tantum sit ob laesionem, quae in ipso contractu resultat, non vero quae post contract. casu fortuito contingit.

II. hic locum concedamus l. 17. §. 1. ff. de praescr. verb. & in fact. act. cujus verba sunt:

„Si margarita tibi aestimato dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum: deinde haec perierint ante venditionem: cujus periculum fit? Et ait Labeo, quod Et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum Et culpam mihi praesles. Actio autem ex hac causa utique erit praescr. verbis.,,

Explicatione verba haud indigent. Is qui rem vendendi gratia ab altero petit, ejusdem periculum fert (k), ideoque damnum caluale

(i) Affirmativam sententiam praesertim defendunt: MEVIVS in resolut. singular. quaest. jur. in causis proprietariorum & pensionariorum. c. 1. n. 191. — 230. LEYSER Spec. 217. STRYBEN rechtl. Bed. T. 1. n. 95. C. G. WINCKLER von Kriegsschäden der Pächter und Miethleute. Sect. 1. c. 3. n. 93. Et inter noviores eminet G. L. BOEHMER diff. cit. §. 20. Argumenta sunt: 1) quod juxta bonam fidem, ex aequitate, res omnis decidenda sit, & in fructibus perceptis eadem, ac in percipiendis militet aequitatis ratio. 2) autem quod legibus hic incognitum sit illud fructuum perceptor. & percipiendor. discrimen. Dissidentes hisce opponunt: colonum fructus percipiendo suos facere, hinc ipsi tamquam domino perire. — FRANZKIVS ad ff. L. 19. T. 2. n. 130. BERGER oecon. jur. L. 3. Tit. 5. §. 23. not. 5. J. H. BOEHMER ad ff. L. 19. T. 2. §. 16. Sed quamquam certum est, eosdem conductori perire, alia jam quaestio est, vtrum locatoris damnum *resarciendi* non adfit obligatio. Fructus etiam non percepti certa ratione — cf. § 16. — conductori pereunt, & tamen remissioni locus est. — Immo nonne saepius quis ex lege tenetur damnum praestare, quod alius *in re sua* casu fortuito patitur? — Praesumenda quidem in genere haec haud est obligatio, sed nonne dictae rationis paritati, lege haud repugnante, quidquam tribuendum foret? —

(k) Nonnulli ex l. 11. ff. de reb. credit. limitationem addunt: nisi res talis accipienti vendenda data sit, quam dominus etiam non rogatus habebat venalem. VOET L. 19. T. 3. §. 2.

E

le domino refarcire tenetur. In casu enim, de quo lex loquitur, dantem s. rogatum rei dominum mansisse, nemo in dubium vocare conatur. Eo magis autem de eo disputari constat, an legis dispositio ad contractum aestimatorium sit extendenda, — quod illi defendunt, qui domini inde factam translationem denegant (a), — an de alia contractus specie, quo res vendenda datur, v. c. mandato, tantum sit interpretanda. Quae eorum est sententia, qui ex contractu aestimatorio accipientem dominum fieri contendunt (b). Sed quum lis nos aperte non tangat; hic meminisse sufficiet, eos, qui parti posteriori addicti, ob intervenientem taxationem venditionis causa factam, accipientis *semper* rei periculum dicunt, non satis distincte loqui, si nihilofecius hunc casum huc tamquam exceptionem a regula referunt (c): *casum nemo praestat*. Si enim dominium in ipsum est translatum, debitor generis est factus, ideoque casum non *praestat*, sed ipse est, qui eodem afficitur. cf. §. 7. not. b.

III. Analogice legi modo citt. respondet ea dispositio, quam constitutam legimus in l. 4. pr. ff. de rebus creditis.

„Si quis, dicitur, nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, Et tu emiturus praedia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisisses, crediti nomine obligatus esses; hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. Nam Et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit.“

Hic

(a) Cocceji J. C. l. 19. T. 3. qu. II. Voet l. c. J. H. Stvhlmann de dominio per contract. aestimat. ante solut. pretii non translato,

(b) J. H. Boehmer ad ff. L. 19. T. 3. §. 7. Idem de translato domini in contr. aestimat. (in exercit. ad ff. Tom. 3. p. 538. J. G. Müller vindiciae contract. aestimatorii, Lips. 1778.

(c) J. H. Boehmer ad ff. L. 13. T. 6. §. 23.

Hic solummodo monendum occurrit, nonnullis (a) hanc legem non de ejusmodi periculo interpretari placuisse, quod a casu simpliciter fortuito dependet, sed ex depositarii culpa provenit, quam is praestare tenetur. Pecunia enim alteri data quum, usque ad emtionem praedii subsecutam, depositum constituat, principiis hujus contractus generalibus repugnat, depositarium rei periculo in sensu strictiori subicere. — Sed quamquam vera sint, attamen ratio decidendi adjecta, desumpta ex analogia rei alteri vendendae traditae, cujus etiam dominum danti permanet, dubium vix relinquere videtur, hic singulare quidquam, exceptionem definiendi animum fuisse.

IV. denique hic locum meretur l. 52. §. 4. ff. pro socio, ubi Ulpianus ejusmodi casum proponit:

„Quidam sagariam negotiationem coierunt; alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit: servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit: dicit Julianus damnum esse commune, ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere, tam pecuniae, quam rerum caeterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur., &c.

Societate particulari, v. c. de certa negotiationis specie, de qua lex loquitur, inita, cogniti juris est: 1) de interitu casuali rerum ad societatem pertinentium neminem sociorum respondere, ideoque hunc nec praestare teneri (b); sed potius res, quoad dominium sociorum communis, si casualiter perierit; damnum quoque omnium sociorum esse commune, quum ipsi demum sint, quibus tamquam dominis perierit. (c). 2) autem res alteri sociorum propria, extra societatis nexum ab ipso possessa, si casum subiit, damnum ad ipsum unice spectat,

(a) WERNHER T. I. P. 4. obf. 214. n. 62 — 66.

(b) l. 52. §. 3. ff. eod.

(c) Haud satis distincte illi igitur loquuntur, qui nihilominus hos per restitutionem demum damno affici dicunt. J. H. BOEHMER ad ff. L. 17. T. 2. §. 19.

stat, ut neutri sociorum, principio §. 26. tradito convenienter, e regula refarciendi id incumbat obligatio (a). Hujus regulae in cit. l. 52. §. 4. exceptionem tunc autem admittendi aequitas est visa, si quis sociorum ad merces comparandas profectus in latrones incidisset. Ab his si fuerit spoliatus, damnum non solum rerum societatis — pecuniae (b) — sed & *proprium*, quas secum non tulisset, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur, commune est, ideoque posterius a caeteris sociis, pro rata, praestari debet (c).

Dicta nonnullis (d) analogice ad mandatum applicanda videntur, si mandatarius, in rebus ad mandatum exequendum necessariis, casum passus est; sed praeterquam alias juris rationes huic repugnare (e), a societate ad mandatum haud rite concluditur (f).

§. 31.

β) unilaterali. aa) licito.

Haec de obligatione ad damnum alterius casuale refarciendum mediata, ex facto interveniente *bilateralis*. Eam quod attinet, quae ex unilaterali nascitur, necessario servanda erit distinctio inter factum unilaterale *licitum* & *illicitum*. Prius quoque dictae obligationis fundamentum continere posse, vulgo haud observatur, quamquam certo certius sit, heredem eadem omnino teneri, si testator e. g. ratione speciei alteri legatae eandem ipsi injunxerit. Exceptione casualis interitus tunc sese tueri nequit, sed ex aditione hereditatis, quasi ex contractu, ideoque facto unilaterali licito obligatur pro lege testamenti pretium solvendo l. aliam rem tradendo damnum alterius casuale praestare.

§. 32.

(a) l. 58. §. 1. ff. eod. HELLFELD. l. c. §. 968.

(b) cf. l. 58. §. 1. cit.

(c) VOET L. 17. T. 2. §. 5. WERNHER l. c. n. 37.

(d) BRUNNEMANN ad l. 26. §. 6. ff. mandat. FRANZKIVS ad Tit. ff. mandat. n. 89.

(e) l. 26. §. 6. cit.

(f) WERNHER l. c. n. 52.

§. 32.

bb) illicito 1) simplici.

Eo magis nunc autem ad eam obligationis speciem provocant, quae ex facto unilaterali *illicito* oritur. Hoc si ad praestationem damni alteri injuste illati unice obligat, factum illicitum merito simplex vocamus, ut discernatur ab illo, quod *delicti* nomine agentem simul poenae subijcit.

Ex priori nunc generatim (a) ea enasci dicitur obligatio ad damnum alterius casuale refarciendum, cui

I) *Culpa* occasionem dedit (b). Sed re paullo accuratius considerata, veremur plane, ne exceptionem huc referendam minime, saltem improprie sic dictam, constituat. Culpa enim hic desideratur ad casum ordinata, siue quae in eodem negotio, ex quo obvenit damnum, praestanda incumbit (c). Qua nunc autem admissa, si diligentiae *debitae* omissio damno causam dederit, certe *casuale*, quod praevideri nec inde evitari potuit, aut debuit §. 3. amplius vix, saltem non in sensu proprio (d), vocari meretur. Non per modum exceptionis igitur, sed per regulam sat justam damnum, quod quis dedit, refarcire tenetur.

Eadem

II) valent de altero hujusmodi obligationis fundamento, quod vulgo *in mora* ponitur. Haec damni quidem restituendi obligationem involvit (e), sed eatenus tantum, quatenus eadem non admissa damnum

(a) Dantur enim delicta etiam culposa.

(b) BOEHMER ad ff. L. 13. T. 6. §. 23. HOEPFNER §. 761.

(c) l. 11. §. 1. ff. loc. cond. l. 5. §. 4. & 7. ff. commod.

(d) Improprie in tantum concedamus, quantum significatu generaliori damnum quoque negligentia ortum sub casuali leges comprehendunt. vid. not. a. §. 3. Quibusdam exinde damnum casuale in merum & mixtum dividere placuit. HELLFELD L. 2. T. 14. §. 325.

(e) l. 25. §. 2. ff. sol. matrim. l. 47. §. ult. ff. de legat. I. l. 5. §. ult. de cond. c. d. c. n. f.

num quoque subsecutum haud fuisset (a). Causam igitur ejusdem contineat necesse est, quae cum culpa iterum fundetur (b), damnum potius culposam, quam casuale dicere malleamus.

§. 33.

2) ex delicto.

Ad ultimum transeamus dictae obligationis fundamentum, quod ex delicto adest (c). Hoc veram regulae exceptionem constituit. Res enim furto e. g. ablata si casu quoque *mere tali* perierit, nihilominus condictione furtiva iuste repetitur (d). Ratio hujus dispositionis vulgo ea quidem allegatur, quod fer semper moram facere videatur (e); sed damnum quoque si causam minime in mora quaerit, si res etiam domino restituta eodem modo penes ipsum peritura fuisset, ut hac ratione fur omni culpa careat; nihilofecius, nisi dominus in mora accipiendi fuerit constitutus (f), ex mero jam casu ad refarciendum tenetur (g).

(a) Liberatur igitur, si res e. g. apud alterum, cui restituenda, quoque fuisset peritura. l. 14. §. 1. ff. de pos. cf. WERNHER l. c. n. 86.

(b) Mora est enim *injuncta* dilatio obligationis adimplendae.

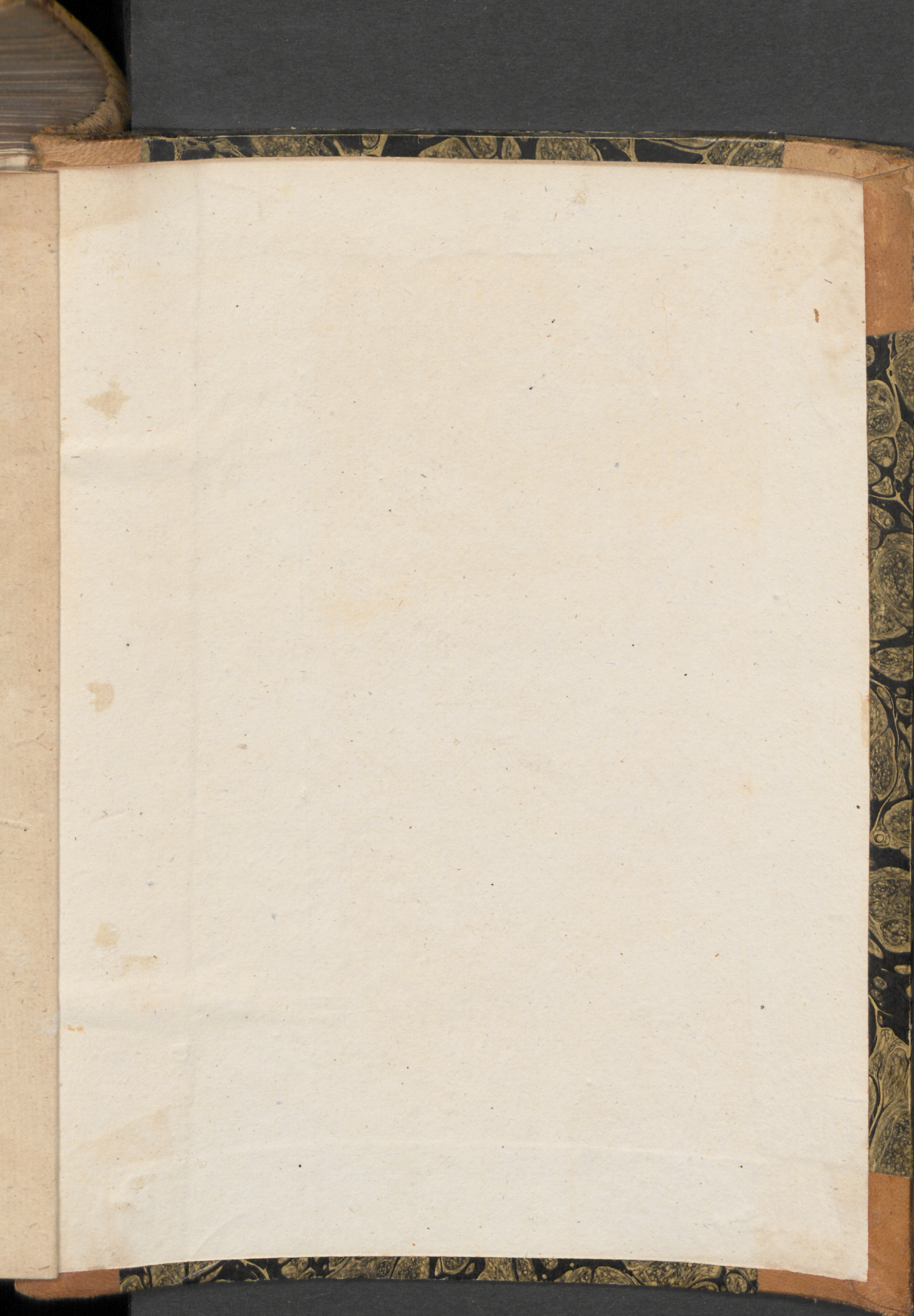
(c) Nonnulli, sed plane iniuste, hic quoque fundamentum in immediata legis dispositione quaerunt. BOEHMER ad ff. L. 13. T. 1. §. 2.

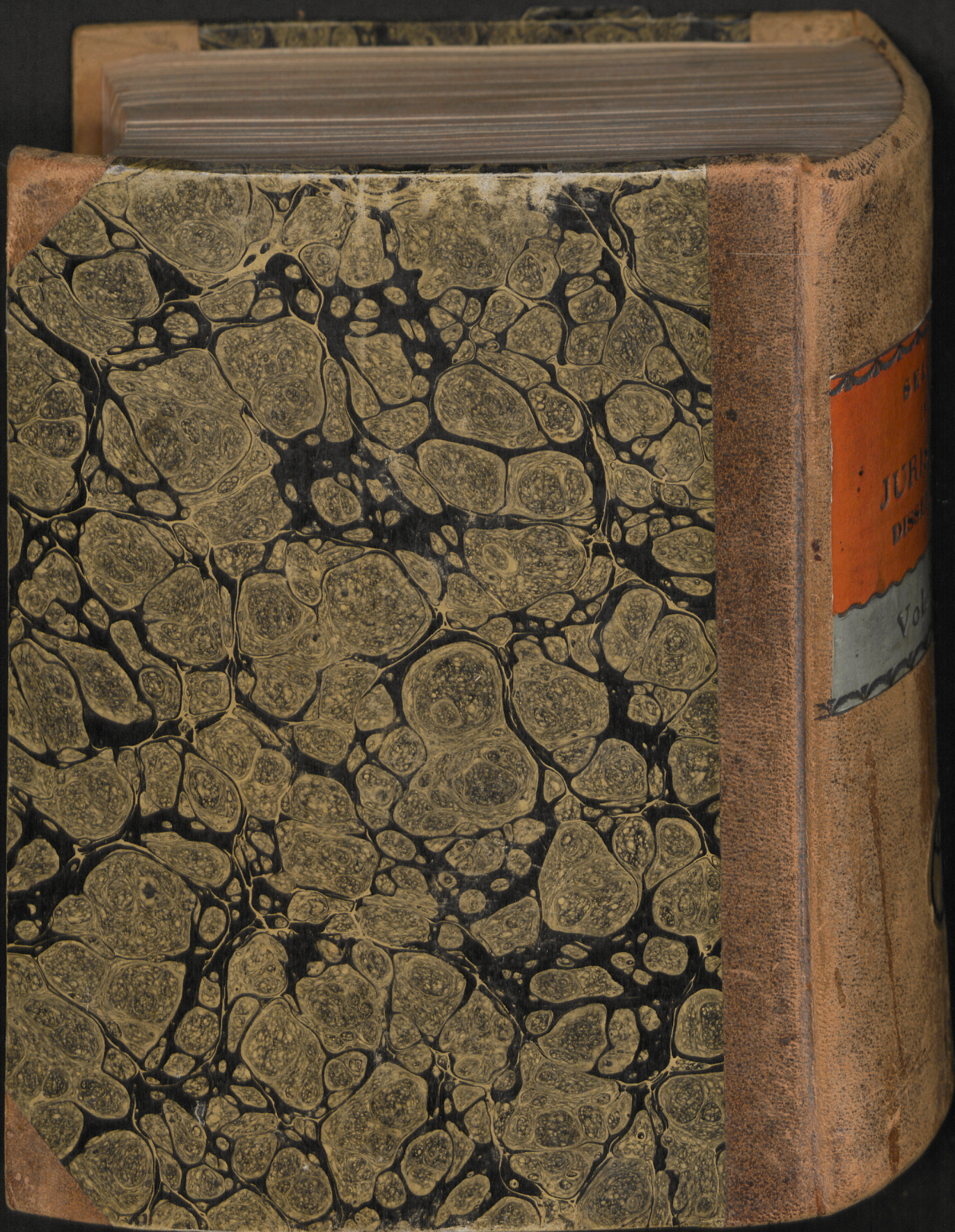
(d) l. 2. C. de cond. furtiva.

(e) l. 8. §. 1. ff. l. 20. ff. eod. BOEHMER l. c. §. 5.

(f) l. 3. pr. l. c.

(g) l. 16. ff. eod. l. 1. C. de his quae vi metusve caus. l. pen. ff. de vi & vi armat. VOET. L. 13. T. 1. §. 6. Vulgo autem aequitatis rationem haud excludendam credunt. BOEHMER ad ff. L. V. T. 3. §. 10.





quoque subsecutum haud fuisset (a). Causam igitur ejusdem
necesse est, quae cum culpa iterum fundetur (b), damnum
osam, quam casuale dicere mallems.

§. 33.

2) ex delicto.

transseamus dictae obligationis fundamentum, quod
Hoc veram regulae exceptionem constituit. Res
enim si casu quoque mere tali perierit, nihilominus
condictio repetitur (d). Ratio hujus dispositionis vul-
go ea quod quod fer semper moram facere videatur (e);
sed damnum sam minime in mora quaerit, si res etiam
domino restitudo penes ipsum peritura fuisset, ut hac
ratione fur omni nihilofecius, nisi dominus in mora ac-
cipiendi fuerit ex mero jam casu ad resarciendum
tenetur (g).

- (a) Liberatur igitur, d alterum, cui restituenda, quo-
que fuisset peritura. pos. cf. WERNHER l. c. n. 86.
(b) Mora est enim inju- onis adimplendae.
(c) Nonnulli, sed plane que fundamentum in imme-
diata legis dispositione q. ER ad ff. L. 13. T. 1. §. 2.
(d) l. 2. C. de cond. furtiva.
(e) l. 8. §. 1. ff. l. 20. ff. eod.
(f) l. 8. pr. l. c.
(g) l. 16. ff. eod. l. 1. C. de his q
& vi armat. VOET. L. 13. T. 1.
nem haud excludendam credunt. 5.
caus. l. pen. ff. de vi
em aequitatis ratio-
V. T. 3. §. 10.