Rostocker Dokumentenserver
Dieses Werk wurde Ihnen durch die Universitätsbibliothek Rostock zum Download bereitgestellt.
Für Fragen und Hinweise wenden Sie sich bitte an: digibib.ub@uni-rostock.de

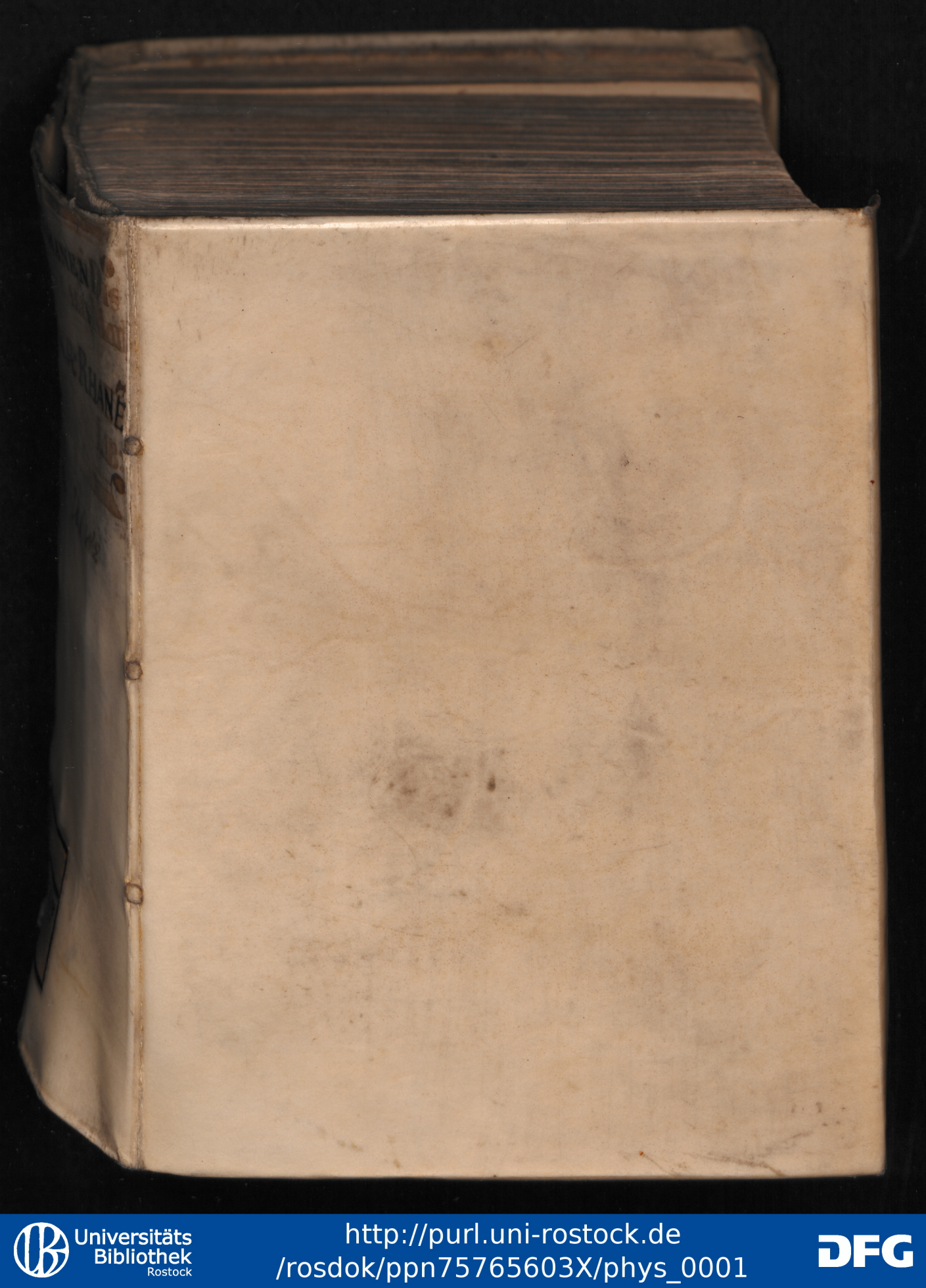
Heinrich Rahn

Collegium Iuridicium De Materia Contractuum quatuordecim Disputationes continens

Rostochi[i]: Reusnerus, 1636

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X

Druck Freier Zugang PUBLIC DOMAIN


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn75765603X/phys_0001
DFG

Ja - 1143 1–58.
<16.7>

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0002
DFG

Universitäts-
Bibliothek
Rostock

42.13

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0003
DFG

COLLEGIUM JURIDICUM
DE
MATERIA
CONTRACTUUM
quatuordecim Disputationes continens
PRÆSIDE
HENRICO RAHNEN,
J. D. & Prof.
publicè habitum
in Academia Rostochiensi



ROSTOCHI,
PRÆLO REUSNERIANO.
ANNO M. DC. XXXVI.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0005
DFG

I. Disp.

De contractibus in genere, Mutuo & indebitè soluto.

2.

De Commodato & Deposito.

3.

De Pignoribus & Hypotheca.

4.

De Emptione & Venditione.

5.

De Locati Conductione & Emphyteusi.

6.

De Societate & Mandato.

7.

De Literarum obligatione.

8.

De Stipulationibus.

Universitäts-Bibliothek Rostock

9.

De Fidejussoribus.

10.

De Contractibus innominatis.

11.

De Quasi Contractibus.

12.

De variis tollendi obligationes modis.

13.

De Convenientia & discrepantia Contractuum & Pactorum ratione potissimum effectus.

14.

De Præscriptionibus Jurium & Actionum hujus Collegij.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0006
DFG

IN NOMINE IESU.
Disputatio Prima.

RESPONDENTE

MARCO BERGA Silesio.

PROOEMIUM:

COntractuum materia quâm sit utilis, frequens, & tamen tricis implicata, non opus est verborum anfractu longiori: Testantur opera ab antesignanis Juris nostri plurimis super ijs edita: testantur controversiæ in foro exercitæ, ut planè soli facem præferre videamur, si in eâ commendandâ longiores simus. Itaq; ut brevibus dicamus, digna nobis visa fuit, quæ sub disputationis incudem vocetur. Quia tamen absolutissimi de eâd. habentur tractatus â multis passim editi, ne actum agamus & cacoëthen amplectamur, nudas theses & paucas è multis exercitij solummodò gratiâ super contractibus omnibus & singulis conscribere & conscriptas ad ventilandum proponere publicè maluimus. Quas ut benignè quilibet æstimet, etiam atq; etiam rogamus.

THES: I.

Dividuntur aliàs contractus in eos qui sunt bonæ fidei & stricti Juris: Sed quia passim in ll: alias actiones vocari ex bono &

æquo videmus, *ut in l. 11. §. 1. d. injur.* quàm quæ sunt *in §. 28. J. de A.* relatæ ab Imperatore, quæritur an soli sint illi bonæ fidei contractus, qui in d. §. enumerantur, & an nulli alij dentur? Resp: Solos eos esse, & præter eos nullos alios dari 1. quia Imp. in libris Juris nostri, quoties certi alicujus generis species quasdam tantum recenset adjicit verba hæc (& aliæ) §. *jus a. Gent: v. ex hoc J. d. J. N. G. & C.* item, (complures aliæ, §. *5. J. d. act.* quibus omissæ species significantur. Quod cum *in d. §. 28.* non sit factum, putamus omnes relatas esse. 2. quia ut eò clarius appareat, Imper. omnes actiones bonæ fidei indigitare voluisse, etiam illas adjecit de quibus dubitabatur: quod sanè intermisisset, si exempli tantùm gratiâ quasd. adduxisset. Ad objectionem verò propositam respondeo, quod differant, actio est bonæ fidei, & actio ex bonâ fide datur. Illud enim denotat qualitatem actionis hoc verò rationem causæ impulsivæ, quare scil. detur.

2. Alij contractus ineuntur purè, alij etiã obligationi diem adjiciunt, vel conditionem; Et quidem quod purè promissum est, statim, quod sub conditione v. antè ejusdem existentiam non debetur, quod quidem minus videtur dubium: Sed de obligationibus in diem major est controversia: Nos distinguimus, inter adjectum diem certum & incertum: Ibi statim debetur id, quod in obligationem deductum est, non secus, ac si purè promissum sit: verum antequam dies extiterit, exigi nequit *l. 213. d. V. S.* Hic verò antè diei existentiam nullum est debitum, cùm dies ejusmodi habeat se instar conditionis, in testamentis quidem semper *l. 30 §. 4. de leg. 1. l. 75. de condit. de dem.* In contractibus verò ita demum, si planè sit incertus, ita ut dubitetur, non quidem quando, sed an extiturus sit *l. 56. de condict. indeb.*

3. Ratione subjecti, quia scil: omnis contrahere potest, nisi qui naturâ vel lege prohibetur ll. vulg. quærimus num etiam minor *25.* annis rectè contrahat, & contrahendo obligetur? Et quidem Cujac. distinguit inter obligationem & alienationem, illam valere ait, hanc non: verùm, quia nulla est ferè personalis obligatio, quæ nihil detrimenti realis respiciat & alienationem quãpiam importet per *l. f. de Prætor. Stip. & §. non solum J. de v. o.*

ub

ubi etiam nudo facto promisso, tacitè succedit obligatio, ad id quod interest, meritò eam opinionem rejiciendam putat Dn. Valentinus Riemer JC. Jenensis, nuper morte (heu) immaturâ Juris Studiosis ereptus, Præceptor meus venerandus *in dec. 3. t. 9* Distinguo itaq; aut minor est sine curatore constitutus, & rectè contrahit *l. 101. de V. O.* aut habet curatorẽ, & ipso jure est contractus nullus *l. 3. C. de restit. in int. min.* Quod si propter voculam (suis) *in l. 101.* aliquadantenus dura videatur distinctio (quæ tamen emolitur dicendo quod eo verbo generalis tantum respectus curatorum & minorum, tanquam correlatorum natura exprimatur) prorsus aliam in discursu adferre conabor.

4. Contractus dicuntur aliàs informari & modificari per pacta in continenti adjecta, quâ de re in bonæ fidei contractibus non dubitamus, sed an & in stricti juris contractibus ita insint, ut actionem pariant, admodum controversi juris est. Sunt qui id negant *per l. 7. §. 5. de pact.* â quibus tamen, putamus secessionem fieri posse *per l. 27. C. de pact.*

5. Ad effectus contractuum pertinet, quod quidam, ut contractus emptionis, dotis; sint idonei ad transferendum accedente traditione dominium ll. vulg. Sed si errent partes in genere contractus p. Si tibi pecuniam quasi donaturus dedero, tu verò quasi mutuam eam accipias: an ejusmodi error impediat dominij translationem, dubitatur, propter apparentem contrarietatem *l. 18. de R. C. & l. 36. & A. R. D.* verùm si dd. ll. penitius inspiciantur, nihil obstabunt, de quib, in discursu, Deo dante, videbimus.

6. Quæ culpa præterea in singulis contractibus præstetur, diffusa est controversia, & quæ sola sufficiens est replendis hisce pagellis, sed brevitatis studio defendemus *l. 23. de R. J.* primariam utpote hujus controversiæ sedem, ex quâ unum vel alterum membrum veritatis eruendæ causâ poterit adduci.

7. Tandem, quia in contractibus casus fortuitus regulatèr non præstatur, nisi ex conventione *l. 13. §. ff. 5. Locati.* quærimus, an qui suscepit in se casum fortuitum, teneatur etiam de insolito? Negat cum multis aljs *Everhard in top. loc. 9 n. 2.* tanto verborum applausu, ut legentem in partes suas facilè trahere videatur, sed tamẽ affirmantibus adhæremus per ipsum dissentientium fundamen-

mentum *in l.78.§.f.d.contr.empt* quæ lex utut primâ facie illis adstipulari videatur, intento tamen oculo si adspiciatur, magis pro nobis pugnabit.

8. Utrum mutuum sit verus & proprius contractus, an verò impropriè ita vocetur dubium movent rationes & leges, quæ à dissentientibus afferri solent. Sed adhuc putumus, quod propriè sit contractus *per § f.I.de O. & pr sit.I. quib.mo.re contr.O.*

9. Circa personas, quæ mutuum contrahere possunt notandũ, quod SCtũ Mac. phibeat mutuas pecunias dari ijs, qui in potestate parentis sunt *l.1.ad SC.Mac.§.7. Inst. Quod cum eo, qui in al.po.* nisi fortè castrense peculium habeant, quo casu cessat SCtum, usq; ad dicti peculij quantitatem cum in eo vice patris f. fungantur *l.1.§.f. l.2.ff.d.t.* vel nisi fortè bonâ fide & non in fraudem SCti aliæ res præter pecuniam numeratam datæ sint *l.7.§.3.d.t.*

10. Quod si autem solvendo sponte agnoverit debitum in suâ potestate constitutus, utrum condictione indebiti solutum repetat, controvertitur: *Et Neg.per l.40.ff.d.condict.indeb.*

11. Porrò controversi juris est, utrum filius f. possit SCto Macedoniano rẽnunciare? Neg. *1.arg.l.11.d.t.* 2. quia dictum SCtum in odium fœneratorum, nec non ob publicam utilitatem est inductum, ne corrupti adolescentes, ante fatum patrios in annos inquirant *l.1.ad SC.Mac.Motz tit.qui mutuar.poss. Dissent. Zasius lib.2. sing.resp.c.18.*

12. Sed an sub juramento, renunciatio hujus SCti recte fiat? Dd. communiter negant *Fachin.lib.2.c.62.* Canonistis acriter repugnantibus *in c.quamvũ de pact.in sexto.*

13. Utrum verò & civitas ex contractu mutui obligetur, nobilis & quæstio. Et sanè constat, ex delicto civitatem obligari *l.9. §.1.d.dol.mal.* videtur ergò & ex contractu obligari, cum argumentum à delictis ad contractus probabile & frequens sit *Everh.in top.à delict.ad contr.* Ita ergò distinguimus aut administratores Reip. nomine ejus pecuniam mutuo sumpserunt, & tunc obligatur de in rem verso: *l.27.d.R.c.* ne scil: civitates passim administratorum culpâ damnum sentiant contra *l.f.c.d.vend.rer.civ.* aut contractus est initus ab ipsis tribubus in unum convenientibus & tenetur. *Baccov.ad Tr.vol.1.disp.20.th.5.*

14. Ma-

14. Materia mutui sunt tantum res fungibiles, quæ pondere, numero, mensurâ constant. *l.2.§.1.de R.C.* quæ à domino dandæ sunt *l.2.§.f. de R.C.* Aliàs si is, qui non est dominus, dederit, ab initio non consistit mutuum, sed ex consumptione *l.13.pr.§.1.d.t.*

15. Forma autem consistit in ipsâ pecuniæ numeratione, quæ in tantem requiritur, ut ultrà id quod datum est, non contrahatur *l.11.§.1. de R.C.* ac proinde decem datis, ut undecim reddantur, non nisi in decem contrahi obligationem JCtis placuit *in l. 17.pr. de pact. & d.l.11.* hâc ampliatione subjunctâ, ut residuus nummus ne quidem in vim donationis debeatur. Diss. *Joh. Borchold. tr. de pact. c.2.n 28.*

16. Si tamen in instrumento confiteatur debitor pecuniam fuisse datam, nec intrà biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ (cujus numeratę probationem adfert creditor) opponat, vi literarum obligationis tenebitur *§. un J. de lit. ob.*

17. Putant tamen multi Dd. quos inter est *Schneidevv. J de lit. O n.11. Vultej. eod. tit. in f.* ac si exceptio non numeratæ pecuniæ post biennium nihilominus opponi queat, si reus onus probandi in se recipere velit: at quid tam claro textui *l.8. in f. C. & except. non num. pec.* reponi possit à dictis Dd. nondum liquidum fecerunt. Statuimus itaque, nisi intrà biennium opponatur, eam omnino evanescere *d.l.* præterquam quod testatione interpositâ à debitore perpetua fiat *l.14.§ f. C. d.t.*

18. Ad effectum mutui pertinet, quod licet dominium transferatur tamen intelligendum hoc sit de revocabili dominio: creditori n. datur certi condictio *ll. vulg.* unde quærimus, an mutuum particularem admittat solutionem? quod ut ut placeat Hunnio, contrarium tamen, quod totius solutio requiratur, verius est per *l.d.41.§.1. de usur.*

19. Quod si verò debitor sit in morâ solvendi an usuras præstabit? Neg. quia enim mutuum est contractus stricti juris à tempore moræ usuræ non venient *arg. l. 32.§.1.l.3.pr. de usur.* de recessibus tn. Imperij aliud inductum putat Majerus *in coll. Argent. de usur.* ut & de jure Saxonico recentiori *Val. Riem. dec. 9.θ.6.*

20. Num v. à tempore litis contestatæ usuræ venient? Et sanè stante hoc principio, quod in stricti juris contractibus usuræ

debeantur, omnino dicendum videtur quod sic. Sed dicunt dissentientes, probandum poni ut probatum. Non enim conceditur à magni nominis JCtis, quod in stricti juris contractibus usuræ debeantur à lite contestatâ: sed brevitatis studio unico argumento tamen id demonstramus hoc modo: In stricti juris judicijs post litem contestatam omnis causa & accessio debetur *l. 38. §. 7. de usur.* Jam verò negari nequit, quod nomine omnis causæ, etiam usuræ veniant *per l. 34. d. t* quæ lex non potest ad solos b. f. contractus restringi, cum Ulp. *in d. l.* expresse idem statuat de omnibus judicijs. E.

21. Ad media coactiva mutuum solvendi non putamus referri debere obstagium (vulgò die Leistung) quod erat obligatio, ut nisi statuto die solutio facta sit, debitor in locum præstitutum veniat, & ibi sumptus faciat, imò & creditoris sumptus sustineat tamdiu, donec solverit, *Dn. D. Joh. Strauch Ordinarius facult. Jurid. Witteb. dignis. Præceptor æternum honorandus in annot. suis ad proceſſ. Reygeri disput pen.* Est enim à Carolo V. & deinde Rudolpho II. Impp. abolitum & prohibitum Reichs Abscid *de Anno 1548. 1578.*

22. Repressaliæ, quando scil. unus pro alio & res unius pro reb. alterius apprehenduntur *c. 1. de injur. in sexto*: utrum sint licitæ? Negat *per recessum Imperij anno 1570.* Unde Elector Saxon: cùm cognovisset, quosd. subditos suos cives Lipsenses pro debito aliorum Lipsiensium, detentos esse Moguntiæ, gravitèr increpare Electorem Moguntinum cepit, & dehortari ut absisteret à facto contrà recessus Imperij tendente. *Dn. D. Joh. Strauch. d. loc.*

23. Præterea de remissione debiti, utrum id videatur remissum ex redditione chirographi quæritur propter *l. 2. de pact. & l. 24. de probat.* apparentem contradictionem: Probo autem responsionem *Consultißimi D Riemeri*, quâ aliquando ipsum usum fuisse recordor, quod sc. *l. 2. de pact.* id solummodò dicat, præsumptione juris liberatum esse debitorem reddito chirographo, sed *d. l. 24. de probat.* restringat *leg. 2.* dicendo, probationem in contrarium admitti.

24. Nunc de condictione indebiti. *Donell. l. 14. comm. jur. Civ. c. 16.*

c. 16. & 17. Speciosis quidem rationibus defendit, quasi indebiti solutio, sit verus contractus, non v. quasi contractus. verùm plurimorũ JC. inter quos sunt *Giphan. Baccov. Ungepauer in tit. quib. mo. re contr. O.* opiniones sunt in contrarium qui *per §. 6. J. de O. quæ q. ex Cont. & l. 5. §. 3. de O. & A.* defendunt probabilius, quod tantùm ad quasi contractus referatur.

25. Utrum autem solutione indebiti transferatur dominium, quidam JC. Jenensib. litem movit, & imprimis b. m. *Dn. D. Riemero*: verùm sententia D. Riemeri verior est, quod transferatur. Quia 1. In condictione indebiti, quoniam non datur vindicatio, sed condictio sive personalis actio: utiq; dominium erit translatum: nemo n. rem suam condicit, sed translatam. *Wes. de cond. indeb. n. 10. in π.* 2. quia condictio indebiti competit tantùm adversus eũ cui solvitur, non verò quibus proficit *l. 49. de cond. ind. Oldendorp. c. 6. act. 6. n. 3.* Si v. rei vindicatio esset, adversus quemcunq; possessorem daretur *l. 25. pr. de O. & A. t. t. D. & C de R. V.*

26. Diximus in condictione indebiti transferri rei Dominium, & nunc explicamus mentem nostram de revocabili dominio, si errore facti sit solutum *l. 9. C. ad L. Falcid.* non verò irrevocabili. Acris verò est controversia: Utrum errore juris solutum transferat rei Dominium irrevocabile? *Aff. per l. 10. C. de jur. & fact. ignor.* quæ cum sit perspicua non videmus quâ fronte negari queat, licet concedamus dari quosdam casus, in modo exceptionis *ut in l. 1. ut in possess. leg.* ubi etiam errore juris solutum repetatur.

27. Sunt etiam causæ ubi etiam licet non interveniat error juris tamen cessat indebiti condictio: Ut si solutio facta sit 1. ex causâ rei judicatæ; Si enim is qui non debitor est, condemnatus fuerit, & solverit, repetitionem non habet *l. 1. C. de re jud.* propter authoritatem indubiè rei judicatæ, qua status Reip. continetur. 2. ex causâ jurisjurandi, quando creditor putativus juravit debitum esse *l. 36. l. 9. §. 1. de jurei.* 3. ex causâ transactionis *l. 65. §. 1. de condict. indeb.* 4. Ex causis in quibus lis inficiando crescit §. 7. *J. de O. ex q. contr.* 5. Ex causâ pietatis *§. 7. infin. Instit. de ob. quæ quas ex cont.* Quò refertur dos indebitè soluta *leg. 32. §. 2. de condict. indeb.*

28. Sed

28. Sed si quis tantũ dubitet de debito suo, & ita solvat, an danda ei condictio indebiti? Aff. *per l. f. C. de cond. indeb.* quia dubitatio ignorantiam imitatur *l. 1. pr. de leg. 3. l. 15. qui testam. fac. post.* & in re obscurâ favendũ potius ei, qui certat de damno vitando quàm qui laborat de lucro captando *l. 41. §. 1. d. R. J.*

29. Si ob causam detur & ea non sequatur, solutum ut indebitum quoq; repetitur ubi & pœnitere possum *l. 3. §. 1. & 2 l. 5. pr. & §. 1. de condict. causa dat.* Etsi enim is cui dedi mihi obligatus est, quia rem meam habet, tamen ego illi nullâ æquitatis ratione sum obstrictus, cùm nihil ab ipso mihi sit præstitum *Wes. π. n. 4. d. t.* nisi tamen aliquid præstiterit: tunc n. vel inhibenda repetitio non modò facto impleto, sed & affecto aut inchoato: vel indemnitas præstanda ejus quod impendit. *l. 5. pr. d. t.*

30. Ex solutione ob turpem causam an detur condictio indebiti? Dinsting: Aut est solius dantis turpitudo, aut solius accipiendis, aut utriusque. Primo casu cessat repetitio: Unde qui aliquid meretrici dat ut sui corporis faciat ipsi copiam non repetit solutum: Meretrix n. etsi turpitèr faciat quod sit meretrix, non tamen turpitèr accipit, cùm sit meretrix *l. 4. §. 2. & §. 3. de condict. ob tur.* causam. Secundo casu habet locum condictio indebiti etsi causa secuta sit propter quam datum fuit. p. si dedi tibi pecuniam, ut reddas mihi depositum: Turpitèr enim sumis, qui quod virtutis amore & legum reverentiâ adductus, præstare debueras, pretio venundaris *l. f. de cond. ob turp.* Tertiò casu non repetitur *l. 3. d. t.* In pari enim causâ potior est ratio possidentis *l. pen. d. t.* Et hæc sunt, quæ pro brevitate temporis adferre volui & potui.

SOLI DEO GLORIA.

Disputatio Secunda.

RESPONDENTE.

Gotschalco Tilenio Lemgo-Westph:

THES: I.

IN antecedenti disputatione excusso contractu mutui & indebiti condictione, sequitur commodatum, quod est contractus realis, quo res gratis, certum ad usum, eâ lege conceditur, ut eadem ipsa in specie restituatur. *§. 2. Inst. quibus mod: re contrat: obl. l. 17. §. 3. ff. commod. l. 5. §. 8. eod.*

2. Contrahere possunt commodatum, qui consentire legitime possunt: quæritur ergò: An pupillus ex hoc contractu sine tutoris authoritate obligetur, ita ut conveniri possit? Et respon: cum *Vlpian: l. 3. princ ff. h. tit.* Si locupletior pupillus factus est, dandam adversus illum utilem commodati actionem, secundum Divi Pij rescriptum, cujus rescripti etiam fit mentio *in l. 3. §. 4. de negot. gest. l. 5 pr in fin. de auth. tuto.*

3. Materia commodati consistit, non solum in rebus mobilibus, corporalibus, proprijs, sed etiam immobilibus. *l. 1 §. 1 ff. commod. Wes. in π. n. 4. commod. Gomez: resolut: tom. 2. c. 7. n. 1.* Incorporalibus *l. 3. ff. de precar. l. 15. §. 2 ff. eod:* Hinc quærimus? An habitatio possit commodari? quod affirm: ex *l. 1. §. 1. ff. commod.* Et alienis *l. commodare 15. ff. com.* attendimus enim usum tantùm rei commodatæ, nàm quo ad proprietatem & possessionem nihil ad commodatarium transit *l. rei commodatæ ff. com:* Hinc fur vel prædo rem alicui ablatam, possunt commodare *l. ita ut. 16. ff. com:* ita tamen ut suo domino res sua non commodetur, argumento legis *bona fides 31. §. 1. vers. si tamen ff. depos.*

4. Ideoque rerum, quæ usu quotidiano consumuntur, commodatum nullum esse potest, *l. sed mihi. 3. §. fin. ff. com.* Ratio est promptissima; Nam cum eadem species seu res commodata debeat restitui, absurdum esset dicere, easdem res commodatas in specie posse restitui, si fuerint consumptæ: Hoc tamen limitatur in eo, qui res ejusmodi, quæ usu consumuntur, commodato accipit, forte ad pompam vel ostentationem, E. g. sponsus ut dives apparere possit, pecuniam vel alias res fungibiles, dicis gratia h e. simulate, sine voluntate abutendi (*ut explicat ea verba Wes. in π. hic n.4.*) commodato accipit, (quod semel vidi practicatum à sponso mercatore, ut haberetur dives, tempore nundinarum, à suis consanguineis, commodato sumpsit merces, quas, dicis causa, venales exposuit, sponsa spectatum veniens, gavisa est, quod nupsisset tàm locupleti negociatori) quo casu commodatum contrahitur *l. sed mihi 3. §. fin. & l. 4. ff. com. Schneid. in Com. Inst. §. item is cui: n. 11. quibus mo: re con: obl.*

5. Forma commodati substantialis, consistit in eo, ut res gratuito concedatur. *§. item is. 2. in fin. Inst. qui mo: re con: obl:* ad certum aliquem usum; Undè quæritur: Annè commodatum videretur degenerare, si vel merces in pecuniâ numeratâ, vel in aliâ re data sive promissa fuerit? Affirm: priori enim modo contrahitur locatio conductio, posteriori verò contractus innominatus *l. 1. §. si quis 9. ff. depos: l. naturalis 5. §. at cum do. ff. d. præs. verb: Schneid: ad inst. §. item is. n. 8. quibus mod: re co: obl:* quippe non debet consistere in contrahentium beneplacito, ita confundere contractus, ut depositum vel commodatum sit locatio conductio, & vice versâ. *l. nec ex prætorio: 27. ff. de reg. jur.*

6. Porrò si commodatarius utatur re commodata contra tenorem conventionis, quæritur: Annè hoc modo maneat commodatum, vel an furtum committatur à commodatario? Posterius rectè quidem affir: *ex §. 1. ibi vel etiam usus & §. furtum. 6. Inst. de obl. quæ ex del. nas. l. 40. l. 54. §. 1. ff. de furt.* sed cum forsan nimis durum videretur, ita indistinctè commodatarium gravi judicio pœnali & famosâ damnare, itaq; limitata illa assertio fuit hoc modo, si commodatarius putaverit, dominum non permissurum, si v. fuerit in eâ opinione, dominum non esse contradicturum,

rum, etiamsi falsò hoc sibi persuaserit, non committitur furtum *§. 7. Inst. de obl. quæ ex del. nas. l. qui re. 76. in princ. & l. inter omnes. 46. §. rectè 7. ff. de furt.* quid: si fraudulenter & dolosè hoc simulaverit? Dicimus absque omni dubio committi furtum, quippè nemini debet suus dolus patrocinari *l. 1. §. ideo autem. 2. ff. de dol: mal: & met: except: l. non fraudantur. 134. §. fin. ff. de reg: jur.* Et quid multis? Adest hic contrectatio fraudulosa, adest animus lucrifaciendi, quæ furtum faciunt, etsi quis saltem usum alienæ rei in suum lucrum convertat, ut inquit *Vlp. l. 54. §. 1. de furt.* Maleficia autem voluntas & propositum delinquentis distinguunt *l. 53. prin: dict. tit. l. Divus 14. ff. ad L. Cor. defica.* hinc vulgatum, DD. Tolle voluntatem & omnis actus erit indifferens, Notandum tamen, quod hoc modo commodatori fraudem alleganti incumbat probatio, dolus enim non præsumitur facilè, sed debet vel expresse probari, vel ex perspicuis & indubitatis indiciis colligi. *l. dolum 6. C. de dolma.* quippe à dolo malo quævis causa facilè excusat. *Borch c. 6. n. 14. in tract. de pact.*

7. Accidentalis forma in eo consistit: quod sæpissimè ipsi commodato pactum aliquod adiiciatur, ut si conveniatur, commodatarium rem debere alibi restituere, ad exemplum depositi, de quo *l. 5. in prin ff. depos.* vel debere præstare latam culpam, vel etiam casum fortuitum, tum enim servabitur, quod initio convenit, *l. 23. ff. de reg: jur: junct. l. 1. C. h. t.* De quo alias regulariter non tenetur, quia humano consilio non potest præcaveri *l. 2. §. 7 ff. de adm: re in ad civ. pert.* ex quâ ratione in nullo bonæ fidei judicio præstatur, *l. 6. C. de pig: act.* allegans tamen se defendendo casum, probare eum tenetur, est enim facti, quod non præsumitur, nisi probetur *l. sicut iniquum 5. c. de fide instrum.* Prædictorum tamen dari potest hæc limitatio: Nisi casum fortuitum præcesserit culpa *§. 2. vers. si modo. Inst. quib: mod. re con obl.* qui enim occasionem præstat, damnum dedisse videtur *l. 30. §. 3. ff. ad L. Aquil.* vel moram commiserit in restituendo, quippe mora perpetuat obligationem *l. 91. §. 3. vers. nisi si. ff. de V. O.* & unicuiq; sua mora nocebit *l. 173. §. 2. ff. de reg. jur.*

8. Sed quær: ad quodnam regulariter commodatarius teneatur? Resp. Illum teneri de dolo, lata, levi & levissimâ culpâ *l. in*

rebus 18. in princ. ff. com. l. 1. §. 4. ff. de obl. & act. Scneid ad d. §. 2. Inst. quib. mod. re tont. obl. Et rationem tradit JC. *in l. situt certo 5, §. nunc videndum 2. ff. com.* quod nimirum commodatum fiat gratia accipientis, de quo etiam *vid. Gometz. resolut. tom. 2. c. 7. n. 1. & 3. in fin.*

9. Commodati finis est, ut cōmodatarius uti queat re commodata, ad utilitatem vi conventionis, quo usu finito, rem illæsam tenetur restituere, quod si hoc recusaverit, competit commodatori actio directa, qua rem suam repetit, quæ etiam extenditur ad interesse ratione deterio rationis, quando res redditur deteriorata *l. sed mihi. 3. §. 1. & 2. ff. com.* quæ etiam transioria est in heredes, adversus heredes *l. 3. §. heres ejus l. 17. §. 2. ff. com.*

10. Commodatario viciſſim competit actio contraria, quæ extenditur (1.) ad repetendas impensas necessarias & magnas, quas fecit in rem commodatam, non verò cibaria & modica impendia *l. in rebus 18. §. possunt 2. ff. com.* (2.) si impestivè commodator velit revocare rem commodatam, pati enim debet, ut libere utatur ad eundem modum & finem, inquem accepit *l. incom. 17. § sicut. 3. ff commod.* Contractus quippè in initio sunt voluntatis, ex post facto verò fiunt necessitatis *l. 5. C. de act. & obl. (3.)* si commodatur sciens vasavitiosa alteri commodaverit, & vinum, seu alia materia infusa corrupta sit vel effluxa, commodatarius hac actione experiri potest ad resarciendum damnum *l. in rebus. 18. §. item. 3. ff. commod.*

11. Videamus etiam aliquod differentias, quæ segregant cōmodatum ab alijs vicinis contractibus. (1.) Differt commodatum à mutuo, in hoc dominium & possessio transit in mutuatarium *l. 2. §. 2. ff. de re. cred. princ. & §. 2. Inst. quib. mod. re con. obl.* In illo dominium & possessio manet penes commodantem, *l. rei commodatæ. 8. ff. commoda.* (2.) In mutuo non redditur eadem species, sicuti in commodato. (3.) Mutuatarius tenetur regulariter de casu fortuito, non item commodatarius: vide de his tribus differentijs, *§. 2. Inst. dict. tit. & jung. Wes. h. t. n. 7.*

12. Differt quoque à precario: (1.) quod hoc non ad certum usum vel tempus detur, & inde semper ad arbitrium concedentis revocari potest, *l. 1. prin. l. 2. §. 2. ff. de precar.* etiamsi pactum, ne intrà certum tempus revocetur, sit adjectum *l. 12. princ. d. tit.* (2.) In

(2.) In precario in utentem transit possessio *l.4.§.1.l.15.§.2.l.ult. ff.de precar.l.7.§.4.Com.divid l.13.§.3.ff.de Publ.in rem act.* Inde evenit, ut precario utentibus detur interdictum possessorium. *l.2.§.2. l.qui precario 17.ff.de precari*, quod non detinentibus, sed possidentibus præstatur. *l.3.§.creditores ff.uti possid.* (3.) In precario tantùm dolus & lata culpa præstatur. *l.8.§.3 & §.6.de precare:* quæ omnia aliter se habere in commodato, patet ex præcedentibus.

13. Nunc breviter attingamus. Depositum, quod generaliter dicendo fit, quando aliquid alicui custodiendum traditur. *l.1.ff. depos.* Depositum verò, quod simplex vocant, DD. & de quo agitur *in §.3.Inst.quib.mod.re con.obl.* definitur, quod sit Cõtractus realis, quo res alicui gratis custodienda committitur, sub fide restituendi *argumento dict.§.3.Inst.* Ut autem verè depositum contrahatur, requiritur ut res expresè sit tradita causa custodiæ, & ille penes quem deponitur, recipiat custodiam, quippè in contractibus debent contrahentes ab utraque parte consentire. *l.3. ff.de obl.& act.* & passim.

14. Quærimus; si depositarius pecuniam depositâm sub hâc lege, ut tantundem reddatur, si opus habuerit & in suos usus converterit voluntate depositoris, anne maneat depositum? Resp. & dicimus, manere & adhuc esse depositum. *l.25.§.1.h.t.* sed abusive sumptum & irregulare, licet enim hoc notissimos depositi terminos excedat, non tamen planè & omninò in aliunde contractum abire, sed quadam ratione adhuc depositum manere voluere JCti, inspecto initio & voluntate contrahentium.

15. Depositum, cujus hic fit mentio, vel contrahitur voluntariè vel invitè: Illud promanet ex liberâ voluntate deponentis; hoc ex urgente aliqua necessitate vel ruinæ, vel naufragij, vel tumultus, vel incendii *l.1.§.1. & 2.ff.depos.Harp.ad §.præterea: n.11.in com.ad Inst.qui.mo.re Con.obl.*

16. Res ipsæ sunt materia depositi, tàm propriæ, quam alienæ, hinc etiam fur vel prædo res furtivas penes alium potest deponere *l.1.§.si prædo.39.l.31.§.1.vers.quod si ego.ff.depos.* si tamen fur vel prædo cum domino rei depositæ posteà concurrant, in exactione ipsius dominus præferatur depositori *d.l.bona fides 31. §.1.ff.depos.*

17. An depositum etiam consistat in rebus immobilibus, quæri solet? Exercitij gratia, affirmativam tuebimur, quippè in immobilia custodia cadit, quæ est inter requisita principalia. *l. si vendita. 11.* in verbis, *in insulâ custodienda. ff. de peric. & com. rei vend.*

18. Forma depositi præcipuè consistit in eo, ut gratis res custodiatur, nam si pretium intervenerit, fit locatio, si verò res, contractus innominatus *l. 1. §. 8. ff. depos.*

19. Actiones, quæ oriuntur ex hoc contractu, dicuntur directa & contraria: Illa competit ad repetendam rem depositam, & quidem in simplum, si versemur in terminis voluntarij depositi, in duplum vero, quando depositarius propter necessitatem rem apud se depositam inficiatur, aut dolosè denegat depositori *l. 1. §. 1. 2. 3. & 4. ff depos. §. 17. in fin. §. 23. & 26. Inst. de act.* sed quær: ad quodnam depositarius regulariter teneatur? Resp. de dolo & latâ culpâ. *l. quod Nerva. 32. ff. depos. l. 1. §. 5. ff. de obl. & act. l. 1. C. eod.* Et quamvis solius doli fiat mentio *in §. 3. Inst. quib. mo. re con. obl. & l. 23. ibi dolum tantum depositum de R. Jur.* tamen loca illa supplenda & explicanda sunt ex suprâ *dict. ll.*

20. An vero hoc modo depositarius opponere possit, exceptionem compensationis, si forsan aliquam prætensionem habeat adversus depositorem? Negamus *ex l. fin. C de compens. c. fin. extrà depos.* quippè depositum in jure aliâ atque alia prærogativa atque favore gaudet, propter exuberantiam fidei, quam depositor habuit, in depositarium: De quibus *Schneid. ad §. 3. Inst. quibus mo. re cont. obl.*

21. Si vero jam contigerit, depositarium esse in mora restituendi, annè teneatur ad inter esse? Aff. Talem fingamus casum: Sempronius deposuit penes Caium aliquot fruges, in quibus restituendis committit moram, ita ut deinceps vendantur minoris valoris, quo casu Cajus erit condemnandus, in quod fruges majoris fuerint pretij, commissa mora, quippè depositum illico, sine obstaculo, primâ fronte quam celerrimè & ocissimè restituendum *l. pen. in verbo, illico. C. depos.* Unicuique enim sua mora nocet. *l. in condemnatione. 173. §. 2. de reg. jur.* Et ità pronunciatum memini.

22. Quod

22. Quod si duo depositores, diversis temporibus, penes Titium deposuerint, qui postea nummos depositos consumit & vergit ad inopiam, ut in totali exsolutione deficiat, utrum nummi à priori depositi prius erunt deducendi, propter prærogativam temporis, quam habemus *in l. 2. in fin. C. qui pot. in pig. hab.* an verò ambo pro ratâ concurrere debeant? Post: affirmamus, nimirum ambos esse admittendos, nulla attenta prærogativâ vel privilegio temporis. *l. si hominem. 7. §. fin. ff. depos.* & ità memini quendam obtinuisse.

23. Contraria depositi actio, datur depositario ejusque heredibus, adversus deponentem & ipsius heredes, ad recuperandos sumptus, in rem depositam necessariò factos *l. ei apud quem. 5. in princ. l. si in Asiâ 12. & l. 23. ff. depos.* quia nemini suum officium sit damnosum *l. 7. ff. quem test. aper. l. 61. §. 5. immed. ff. de furt.*

24. An verò depositarius, ob impensas necessarias, possit restitutionem depositi recusare, valde solet controverti? Nos affirmantium castra sequimur, quippe necessariæ impensæ partem quasi rei faciunt, & jus in re, constituunt *arg. l 38. ff. de pet. hered. l. 5. in princ. ff. de impens. in res dot. fact.*

25. Hæc de vulgari seu simplici depositio; Est etiam species depositi, quæ vocatur sequestratio. *l. 5. §. 1. l. 7. princ. l. 12. §. 2. l. 17. ff. h. tit.* quæ est duplex, voluntaria sive conventionalis & necessaria sive judicialis; Illa fit extrà judicium partium litigantium spontaneâ voluntate *l. 5. §. 1. ff. depos. l. licet. ff. eod. l. 110. de V.S.* Hæc verò decernitur à judice, adhibitâ sufficienti causæ cognitione *l. si fidejussor. 7. §. si sadisdatum. ff. qui sat. cog. ibiq;* Costal. Mynsi. *cent. 5. obser. 35.*

26. Sequestratio necessaria regulariter est prohibita *l. un. C. de prob. sequest. pec. in vocabulo necessitatis*, quippè nemo debet in suâ possessione turbari *l. 1. §. 1. ff. uti possid.* Voluntaria vero est licita *l. 5. §. 1. & 2. l. proprie 6. ff. depos.* Cujus rei ratio est, quod quilibet sit moderatòr & arbiter rerum suarum, *l. in re mandatâ. 21. C. mand.*

27. Præ-

27. Prædictam tamen sequestrationem judicialem judex certis de casibus decernere potest, exempli causa, si litigetur de re mobili. & is qui rem possidet sit suspectus de fuga *l. si fidejussor. 7. §. fin ff. qui satisd. cog.* vel rem quam penes se habet manifestè dilapidaturus vel dissipaturus est *l. si cum 22. §. 8. ff. solut. mat. c. fin, de sequest. pos. & fruct. vid. Mynsi. Cent. 5. Obs. 35. num. 4. Geil. 1. Obs. 147. num. 3.*

28. Qui vero recipit rem sequestratam, tenetur de dolo & lata culpa, argumento *l. ei apud. 5. §. 1. ff. depos.* Hinc est DD. vulgatum: sequestrem teneri ea præstare in re sequestratâ, quæ alias vir bonus in re custodiendâ solet facere. Ad quæri solet: An in sequestrem transeat rei litigiosæ depositæ possessio? Quæ quæstio, licet mirum in modum tractetur, nos tamen sequemur eorum opinionem, qui statuunt, indistinctè non transire possessionem, nisi expresè ac nominatim id à partibus litigantibus actū & conventum fuerit, idque textu expresso & indefinito *l. interesse. 39. ff. de acqu vel amittend. posses.* Hac enim in lege deciditur: utrum possessio rei depositæ litigiosæ continuetur? quod affirmJCtus hoc modo: si nimirum simpliciter sub custodiâ tantum res fuerit deposita, non verò, ut transiret possessio, utique victori debere prodesse tempora custodiæ sivè detentionis, quod esset falsum, si possessio transiret in sequestrem, hoc enim modo interrumperetur illa, quâ interrupta, possessio continuari nequit *l. 3. ff. de usucap.* in tantum, ut ne momento quidem possessio interrupta dici debeat. *l. 5. ff. de usucap. Schneid. in com ad Inst. in princ. de usucap. num. 53.*

29. Sed quæritur: An ita decreta sequestratio debeat relaxari sufficienti præstitâ satisdatione? Affirm. *ex l. 7. §. fin. ff. qui satisd. cog. Mynsi. cent. 5 obs. 35. n. 7. Geil lib. 1. obs. 148. n. 5.*

30. An vero juratoria cautio in casu necessitatis, si nimirum pignora vel fidejus sores haberi non possint, pro relaxatione sequestrationis possit admitti? Affirm. *ex l. 1. §. 2. C. de assert. toll: & Novel: 112. c. 2. in fin. princ. Mynsi. cent. 2. obs. 11.* Si modo persona, à quâ cautio exigitur sit honestæ & bonæ famæ *Sichar: in Cod. tit. de prohib: seq: pec. num. 14.*

Proœmium.

SI unquam verum, vino vendibili hederâ suspensâ opus non esse, sanè in præsentiarum id meritò pronunciari potest, nihil enim in vita hominum pignorum materiâ, præsertim hoc cõclamato seculo, ubi græcâ mercamur fide, & oculatas habemus manus, utilius, nihil sedulâ hujus cognitione in societate humanâ conducibilius, quapropter missō prolixori præloquio, tertiam hanc, bono cum Deo, aggrediar disputationem de pignoribus & hypothecis, quæ licèt propriè loquendo differant, uti cum *Rittersh. ad §. 7. Inst. de act.* notat *Gothofred. ad l. 5 §. 1. ff. de pign. & hypoth. lit. mihi c.* Sæpiculè tamen alterum pro altero sumi, & in ll. confundi, & præsertim quoad hypothecariam act. nihil differre ex *a. l. 5 & a § 7.* patet *Wesenb. in π. de pign. act. n. 1 & de pign. & hypoth. n. 3.* Cum itaque ea, quæ communibus præceptis constant, non debent in varia dispartiri, ne idem sæpius contra artem inculcetur, ut eruditè docet *Bocer. p. 1. cl. 2. D. 12. th. 1. lit. c.* & tam in C. quam ff horum tractatio est conjuncta, de hisce hâc vice pro ingenij mei tenuitate & instituto nostro conjunctim agam, eaq; quæ maximè ad usum faciunt, ex innumeris seligam.

1. Pignus diversimodè à Dd. distribuitur; communiter autem in prætorium, judiciale, & conventionale, *Cujac. in π. C. si ex caus. judic. it. S. o. 30. Fult. in J. R. L. 1. c. 34. n. 29. Negus. de pign. Tr. vol. 2 D. 1. th. 3. lit. c. & D. Bacho tr. de pign. L. 1. c. 3.* hoc, quod consensu partium constituitur, istud quod rei judicatæ executor, jussu Magistratus vel ejus, cui jubendi jus est, ex bonis condemnati in causâ judicati capit, *l. 1. C. si ex caus. judic.* illud, quod à Prætore ex Edicto constituitur, daturq; creditori, ob contumaciam debitoris ad vocationem Prætoris, vel judicis ab eo dati, aut planè non comparentis, aut non satis dantis *l. 1. & t. t. ff. quib. ex caus. in poss eatur, ibiq; Wesenb. in π. n. 2.* Sed cum nostrum non sit, novas contra mentem Imp. confingere pignorum species, & nusquam in jure judicialis pignoris fiat mentio, sed prætorio rectè includatur *Wesenb. in π. de pign. n. 3. Donel. c. 6. de pign. & ad Rub. C. de præt. pign. Connan. 4. com. 16. Hunn. ad Tr. d. l.* tutius erit duas tantum cum Justiniano *in l. 2. C. de præt. pign.* conventionale vid. & prætorium, hoc necessarium illud voluntarium, constituere summas pignorum species.

2. Constituitur a. pignus tam expresse, quam tacitè ex præsumptâ volũtate vel privilegio: *t.t.ff. & C. in quib. caus. pign. tac.* quæ n. in prædium Urbanum ab inquilino inducta atq; illata, animo, ut ibi sint & maneãt *l. 7. §. 1. ff. d. t.* tacite pro pensione vel deterioratione obligata sunt *l. 2. cũ seqq. eod.* quod idẽ pign9 tacitũ rhedarium in reb. in vehiculũ conductum illatis pro mercede habere vult *Cujac. 9. O. 8.*

3. Illud a. omninò non liquet, num supellex studiosorum pro locario Musei tacitè sit obligata, & licet magni nomis JCti, cum quibus noviss *Bacho. ad Tr. U. 2. D. 4. th. 4. lit. c. & in tr. de pign. lib. 1. C. 11.* negativam propugnent, eaq; æquissima, & favorabilis nobis videri possit, in tantum, ut *P. Peck.* ex Rebuffo referat, quosdam fuisse ad laqueum damnatos, quod studiosorum recentium libros retinuerant *de Iur: fisk. c. 5. n. 1. & seq.* Hodie tamen cotidianâ experientiâ edocemur, quod huic ipsorum privilegio derogetur per contrariam consuetudinem, adeò, ut etiam possit studiosorum supellex pro locario arrestari *Virg. Pingitz:* qui hanc quotidianam experientiam dicit, *Colerus, Berlich Maranta & alij*, quæ etiam abæquitate & ratione non omninò videtur aliena *arg. 25. ff de jud.* quo respexisse videtur *Dn. Hunn. in tr. suo de priv. studios. c. 2. q. 12.*

4. Et hæc quidem de Urbanis prædijs, in rusticis contra observatur, ibi n. propensione fructus ipsius fundi tã naturales, quã industriales tacitè locatori sunt oppignorati *l. 7. ibiq; Gothofr, lit. mihi d ff: in quib. caus. pign. tac:* Invecta autẽ & importata, quomodo Domino Locatori possint obligari, maximè controvertitur. Non certè tacitè, ut in prædio urb. *l. 4. pr. d. t.* nec sola scientia Domini sufficit, ut illa pignoris nexu teneat, uti volunt *Dd. cõm. Br. Bl. Jas. Ang. Fab. Tr. & novissime Hunnius ad Tr. & in resol. ad instit.* specioſissimis argumentis, quæ facile quem movere possent, nisi *d. l. 4.* apertissane simè reclamaret, ubi non ratione scientiæ sed pignoris R. & V. P. sibi opponuntur, & neutiquam tacitè, vult invecta esse obligata, persolam a. scientiam non effici, quo minus hypotheca tacita sit, ac maneat ipsi dissent fateri necesse habent. Expresse itaque illa locatori per conventionem vel pactionem de pignore interpositam obliganda esse, ut pignoris nexu teneantur cum *Duar. Cuj. Donell. Wesenb. Rittersh.* & alijs arbitramur.

5. Ex privilegio tacitum quoq; inducitur pignus, quod Dd. nostri

nostri legale vocant; idq; habet pupillus vel adolescens in bonis tutoris vel curatoris sui *l.20. C.de administ.tut.* nec demum constitutione illâ Constantini inductum, sed tanquam summopere æquum etiam jure ff. non incognitum fuisse, contra *Ant.Fabr.in ff. Papin.de tut.* rectè monet *Bachov.ad Tr.V.2.D.1.th 4.lit G.*

6. Uxori quoque in bonis mariti, non modo pro dote *l.un. §.1. C.de Rei Ux. Act.* sed & donatione propter nuptias *arg. §.3. Inst. de Donat.l.29.C.de i.dot.Mynsi.5 obs.4.n.4.* ubi asserit hanc sententiam in Camerâ receptam esse, licet, non sanè inelegantibus rationibus, dubiam eam sibi semper visam fuisse, dicat *Bachov.in tr de pign. L.1.c.10.n.3.* Imo pro bonis Paraphernalibus *l.f.C.de pact. convent.Mynsi.d.l.* quæ maritus administrando consumpsit, nam quæ extant adhuc, mulier jure dominij vindicat, *Kopp. decis.28.n.3.* legale hoc pignus non denegamus.

7. Sed quid? num tum demum, cum maritus adultus sit? quod volunt *GL.Br. & alij* cum quibus etiam *Wesenb. in π.* sane absque solido fundamento. nos itaq; etiam in bonis minoris 25. annis pignus hoc, in tam favorabili causa, quo dotes salvæ sint, lege contra non distinguente, constituimus.

8. Sic quoq; tacitam quis habet hypothecam, in illo ædificio, in cujus collapsi restitutionē pecuniam mutuavit *l.1.ff.in quib. caus.tac.* Et licet quidē Magnus ille JC: *Cujac.L.3.not.ad animadv. Roberti c.14.* inter refectionem & restitutionem distinguendū putet, ut hoc casu hypotheca locum habeat, illo secus, quæ distinct: nouissime quoq; propugnatorē invenit *Hunn.ad Tr.* nolumus tamē (si modò pecunia expressim & nominatim ad refectionem fuerit mutuata & res actualiter ex eâ refecta, quod pro probato habetur, si probatum fuerit, pignus opus habuisse refectione, eamq; realiter esse secutam *Kopp. decis.28.n.35.*) à communi in camera teste *Mynsi.i.o.60.* approbatâ recedere, cum & ipsum *Cujac.8.ad Afric.in l.9.ff qui pot. in fine fere*, sibi contrarium, nobiscum consentientem reperiam.

9. Illud magis in diversas traxit Dd. opiniones, num tacitum pignus ex *d l.1.* quis habeat, qui ad refectionem & instruct: navis, aliamve rem conservandam credidit? Quod magni nominis JCti: affirmandum putant, & in pronunciando observari non inficior, quamq; sententiam acriter defendere video *Magni*: Dn

ordinar. Jenens. Dn. Domin. Arum. Præceptorem meum observandum Disput. π. 14 th. 4. Sed nullius addictus jurare in verba Magistri, nescio, anne contraria Donell Connan. & alior. magis defendi possit, cum nullibi hujus taciti pignoris fiat mentio, sed tantum illo casu jus prioritatis in suo ordine concedatur l. 5. ff qui pot. l. 26. l. 34 ff. de reb. auth. jud. poss. nisi quis propter rerum judicatarum, & Gl. autoritatem Nov 97. c. 3. generaliter absq; omni restrictione accipiat.

10. Et ut plura alia hujus pignoris exempla præteream, cum ea omnia hic adcharaxare circumscripta disp. brevitas non permittat, prolixè de illis Neguz. in elegant: tr. de pign. & alij: qui sufficientis: inquirent satisfacient: Illud non prætereundum, jure quoq; statutario tacitas hyp: induci posse arg. l. 9. ff. de J. & J. Sic in territoriis Saxonico & Brandenb. nec non ubi jus Lub. observatur pro mercedibus servorum & mercenariorum tacita hypotheca datur, & jure consvetudinario ferè per totam German: inductum arrestum Sax: bona rei taciti pign: nexu afficit, quod alij statim à tempore interpositi arresti, alij postquā quis illegitimè prosecutus fuerit, accipiunt Wesen. in π. de priv. cred. Moller. Coler. & passim Dd. j. Sax. idq; posterius in pronunciando observari, audio.

11. Diximus pignus constitui tàm tacite quàm expresse, per expressam contrahentium voluntatem pervulg. unde porrò elegās hæc oritur Q. num tacita vel legalis tollatur per expressam conventionalem hypoth: ? & sanè non simpliciter id cum Cyn. Ang. Salic. affirmamus, nec purè, cum Jas. Fab. Tr. & Hunn. negamus, sed potius distinguimus, si statim ab initio in aliquo negotio, cui tacita hypotheca annexa est, de pignore conveniat, legalis hypotheca nusquam extitisse videtur, cum satis per hominem provisum sit l. fin. C. de pact. convent. Si verò hypoth. tacitæ, ex post facto, expressa supervenerit, illam per hanc non tolli statuimus, ne creditor amittat jus prioritatis, cui nemo facilè renunciare censetur, ut ita hic propter jus quæsitum cesset regula ex d. l. f. à Dd. tradita. Bach. ad Tr. V. 2. D. 1. th. pen. lit. D.

12. Conventionale a. constituitur pignus vel generale vel speciale, illo modo non venire ea, quæ credibile nō sit quempiam specialiter obligaturum notissimum l. 6. cum seqq. ff. de pign. num verò merces venales sub generali omnium bonorum comprehendan-

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0026
DFG

dantur dubitatum fuit & adhuc disceptatur, & quidem tanto argumentorum pondere, ut cui subscribendum hæream, placet tamen exercitij causâ negantiũ sententiã *per l. 73. §. 4. ff. de Legat: 3. l. 32. § 4. ff. de arg. auro, mund.* defendere, cum hæc mens contrahentis non fuisse præsumatur, nisi expresè ita conveniat, præsertim si negotiator sit debitor, cui eũ *Menoch.* contradicunt *Covarr. Pinell. Tr. & alĩ.*

13. Non a. sufficit, convenire de pignore: aureum n. est illud Divi Antonini; Nemini debet jus suum aufferri, quod refert *Iust. in §. f. instit. de his, qui sui vel al: jur.* sed suam rem petentib. nunquam actio denegatur, hinc Germani, da ich daß meine finde / da sprech ichs an / *fac. famos. l. 2. C. de furt.* Quapropter in pignore maximopere attendẽdum, ne res aliena, vel alienari prohibita accipiatur, hæc n. de jure nostro justinianeo pignoris nexu non tenetur *t. t. C. si res alien. pig. dat.* Si modo dolus veri domini argui nequeat l. 2. d. t. à quo plane discrepat Reg. illa, quæ passim vulgo circumfertur, Hand waret Hand / quod nimis durum.

14. Si a. rei oppignoratæ dominium postmodum debitor cõsecutus fuerit, quid juris sit? non est certè de lanâ caprinâ quærere, varij hic variè juris interpretes respondent. Non poterit nobis displicere distinctione nodum solvere, si vid: creditor insçius fuerit, rem oppignoratam alienam esse, ex æquitate cõtra rigorem juris pignus subsistere, & ita tàm contra debitorem, quàm etiam quemcunq; possessorem actionem utilem dari *l. 5. C. si res alien. l. 41. ff. de pign. act.* Si verò notitiam ejus habuerit creditor, cum æquitatis ratio cessat, tam contra tertium possessorem, quam contra ipsum oppignorantem, cum sine ullâ turpitudine quæstio dominij ipsi creditori, qui sciverit rem esse alienam, referri possit *arg. l. 27. C. de Evict.* actionem hypothecariam denegamus *l. 16. §. 1. ff. de pign. act.* & per solam retentionem in pignore tradito, se defendere posse per *l. 1. pr. ff. de pign.* statuimus.

15. Laborarunt & adhuc laborant juris Antistites, quid pronunciandum judici, si verus rei oppignoratæ Dominus, Titio, eam oppignoranti, hæres extiterit? an creditori hoc casu pignoris persecutio concedi debeat? Affirmat id Modestinus *in l. 22. de pign.* Negat contra Paulus JC. *in l. 41. ff. de pign. act.* næ plurimum hic Dd. hæc difficultas torsit, ut, pro rectâ ejus intelligentiâ, non

minus palpitaverint quàm Hercules in Lernæo conflictu. Quidam textui manum admovent violentam, quidam aliter atq; aliter diversa JC. responsa accipiunt, quæ omnia si afferre animus esset, hæ paginæ non sufficerent, sc. ut *Taubman. VVitteb. suæ decus.*

Cuiq; suum caput est, ut Pileus, approbat Hermes,
Improbat Hermogenes, nec voto vivitur uno.

Quidam nullo ingenioso commento hanc JC. dissensionem tegi posse clamitant: Quid mihi hic faciendum? haud multum abest, quin cum veteribus Rom: pro suffragio duas has literas N.L. ponam; Verum, quia in re difficili vel conatus laudabilis, videbimus, anne Modestinum de æquitate loquentem, Paulum v. primum de stricto jure, quod non sufficiat eundem esse dominum qui pecuniam debet, respondentem, postmodum v. si penitius inspiciatur, & ipsum de æquitate, ne sc. ex mendacio suo defunctus, cum quo hæres eadem persona, arguatur, Modestino assentientem accipere possimus.

16. Solent a. pignori legitimè constituto, pacta invicem adjici, quæ omnino, si modo justa, observari debent, quale est, ut cætera missa faciam, famosissimum illud pactum, ut creditor fructus rei oppignoratæ pro usu pecuniæ retineat, quod pignus JC. ἀντίχρησιν appellant *l. 11. §. 1. ff. de pig. l. 33 ff. de pign. act.* Num a. pactum tacitum quoq; esse possit, ut tacitam ἀντίχρησιν constituat, non immerito, propter textus & rationes, quib. *Hotomannus* id acerrime negat, quis dubius esse possit: Sed cum violenta plane subtilissimi alias JCti sit *ad l. 8 ff. in quib. caus. tac.* responsio, libens in *Cujac.* id affirmantis sententiam transeo.

17. Quid autē? fructusne hi legitimum usurarum modū excedere possunt? quò tevertas propter text. utriq; parti patrocinantes, incertus esse potes. Nituntur JCti, viam rectā monstrare, hinc variæ prodiēre distinctiones, nobis præ alijs ea, quam affert JCtorū Coryphæus *Cuj. 8. o. 17.* probatur: in tacitâ vid. Antichresi legitimū usurarum modum servandum, reliquumq; in sortē imputandū *l. 8. ff. in quib. caus.* In expressa v. modum non servari *l. 17. C. de usur.* Sed hoc sane cū grano salis, in urbanis quidem prædijs, cū vacua relinqui possent, indistinctē *l. 14. C. d. t.* In rusticis v. tum demum, si excessus non nimis magnus, & dubium planè sit, quantum variatis vicib, fructuum percipi possit. 18. Illi-

18. Illicita quoq; pacta pignorib. pravi fœneratores adijcere consueverunt, quale est pactum L. Cōmissoriæ, ut, si intra certum diē nō solvat debitor, res pignori data in cōmissum cadat, & creditori pro pecuniâ addicatur Germ. verſtanden / verwircket / eorum a. pravitati obviam itum, adeò, ut ejusmodi pactum infirmetur, & omnis ejus memoria aboleatur *l. fin. C. de pact. pign. & novissime etiam contra judæos.* in der Policey Ordnung zu Franckfurt *an. 1577.* gebessert *tit. 20. §.* Vñ dieweil man / Subijciunt nihilominus Dd. commun. huic regulæ 3. Except. seu limitationes puta *si* (1.) ex post facto fuerit interpositū (2.) si cum tertio, veluti inter debitorē & fidejussorem initū, vel (3.) juramentò confirmatum, quibus casib. valere hoc pactum pluribus probare nituntur: Sed, pace illorum, consentanea ea juri nostro vix esse videntur.

19. Cum a. pignora creditorib. dentur, ut eis in tuto sit creditū *§ f. inst. quib. mod. re contr.* duplex inde sese præcipuè prodit effectus in pignoris vid. persecutione, & postmodum distractione *l. 14. C. de distr. pign.* persequimur n. pignus nostrum actione reali Servianâ vel qs: Serviana, quæ hypothecaria dicitur *§. 7. instit de act* adversus quoscunq; possessores *l. 14. C. de pign.* Cum onere enim pignus transire *l. 12. C. de distr. pign.* adeo ut creditori nihil præjudicetur *l. 3. C. de remiss. pign.* incerti nō est juris: Hoc a. jus cum mire labefactatum à Justin. in *Nov. 4. c. 2. pr. auth. hoc si debitor C. de pig* ut sc. possessor tertius non possit cōveniri, nisi excusso prius, personali actione, debitore vel etiam fidejussore: LL. C. v. satis apertæ & jus fundatum contineant, ut facile jus antiquum reduci possit, non ineptè quærunt interpretes, anne hoc posteriori *Nov. 112. c. 1. §. ab hoc a.* factum sit? Diversimode omninoDd. ut *d. N. 4.* sustineant, respondēt, quemadmodum videre est apud *Rittersh. in Expos. Nov. p. 2. c. 2 n. 34.* Quidam eam tātum in generali, N. *112.* autem in speciali hypotheca obtinere volunt, quod licet valde plausibile, placet tamē nobis Nov. post: *112.* de speciali hypoth: litigiosa tantū, c ū eam, lite contra se contestata, debitor vendiderit, accipere, quæ respons. præ reliquis placet quoq; *Præceptori meo CL Dn. Riemero b. m. Antecessori Jenensi benè merito dec. 13. quæst. 6.* nec multum ab ea abest *Rittersh. d. loc* plures *d. N. 4.* limitationes, ut in pignore tradito & postmodum precario à credite concesso &c. videri possunt apud *Neguz. de pign.*

20. Hic

20. Hic jam alia nobilis suboritur controversia, num propriâ authoritate quis possit invadere hypothecam? sunt, qui id strenuè affirmãt *gl. & Dd. ad l. 3. C. de distr. pign.* licet urbanius & tutius faciat, si auth. judicis adhibeat: quidã cõtra distinguunt inter detentionem simplicem & possessionem, ingredi posse, possideri autem absq; Magistratus authoritate non posse, *Br. citante eum Sichard. & Giph. ad d. l. 3.* Nos ne quidem tum, cum speciali pacto id permissum, licere *per d. l. 3.* statuimus *fac. 176. de R. J.* quãvis hic nõ ordinaria actione, sed tãtũmodo imploratione judicis & summaria cognitione opus sit, ut rectè monet *VVes. in π. de distr. pign. in fin.*

21. Alterum diximus effectum esse in potestate distrahendi, si debitor morosus non solverit, ubi tamen cautè progrediendũ, cum hæc cotidiana & necessaria, distinctim de eis agendum, Et primo quidem, ponamus, pactum adjectum esse de distrahendo, si certo tempore non solvatur, hic *Bachov. ad Tr. V. 2. D. 1. th. 8 lit. E. it. in tr. de pign. post Castr. VVes. in π. & alios* unicam denunciationem, antequam ex normâ conventionis ad distract. perveniatur, requirit, Sed cum dies satis pro homine interpellet *l. 12. C. de contr. stip.* cum comm. Dd. Scholâ nullam denunciationem necessariam putamus *l. 3. § 1. C. de jur Dom. imp l 8. § 3. ff. de pign. act.*

22. Si autem nihil actum de vendendo? Hic quidam cum *VVesen in π. d. l.* trinam requirunt denunciationem, sed cum nullibi ex jure verè id probari possit, verius est, unicam testatò factam sufficere *l. 4. C. de distr. pign. l. 3. § 1. C. de jur. Dom. impetr.*

23. Quid juris si expresse pactum adjectum ne distrahatur? Hoc casu multis nobis persuadere conatur *Pinel. ad l. 2. C. de resc. vend p. 2. c. 2.* pignus distrahi non posse, sed pactum illud servandũ *arg. l. pen. C. de pact.* Verùm, cum contra naturalia & substantialia ipsius pignoris sit, si non distrahi possit, cõtrarium nobis per text. expr. *in l 4 ff. de pign. act.* verius probatur, modo trina præcesserit denũciatio *d. l 4.* & quidem per intervallum, quod alij unius diei, alij trium, alij decem dierum statuunt, alij arbitrio judicis committunt. quod non displicet *Schneidvv. ad §. 1. Inst quib. alien lic.*

24. Illud non prætereundum, acriter inter Dd. disceptari, nẽ post denunciationem biennium adhuc (excepto casu *th. 21.*) antequam distrahatur, expectandum sit? *Donel. cũ suis in tr. de pign c. 10.* & passim

Disputatio IV.

RESPONDENTE.

BENEDICTO SCHRÖTERO Saltzung. Hasso-Thuring.

THES: I.

CONtractibus Realibus præcedentibus disputationibus excussis, sequuntur consensuales.

2. Contractus solo consensu perfici dicitur, ad cujus perfectionem solus consensus, de re quadam certâ interpositus sufficit: Unde neque verba, neque literas, neque contrahentium præsentiam ad sui formationem regulariter desiderat, itaque inter absentes per epistolam vel nuncium quin imò solo nutu, etiam à mutis & surdis fieri potest *l.2.§.1.& 2.l.48.l.52.§.9. & 10.de oblig. & act.Inst.de oblig. ex consens. l.2.§.1.ff.d.contrah.emt.l.si stipulor.35.in fin.d.V.O.*

3. Hujus autem contractus species sunt hæ: Emtio venditio, locatio conductio, Emphyteusis, societas, mandatum *Inst.d. obl.quæ ex cons.* Cum hi contractus non multum â nudis pactis differre videantur, & summa, inter conventiones quæ nudo consensu fiunt nominatas & eas quæ vulgò nudæ dicuntur, similitudo sit, non ineptè forsan hic quærimus: An emtio venditio, locatio conductio, societas, mandatum propriè loquendo sint contractus, an nuda pacta? Prius nos cum Excell. Dn.D.Ungepaur. *Exerc. Justin. Disp.12.quæst.1. in Nego*, affirmamus, moti omnibus textibus in quibus illæ conventiones contractus dicuntur. *Dissent.* Giphan. *ad l.jurisgentium.7.§.sed cum nulla.4.ff.de pact.*

4. Sufficiant hæc de contractibus consensualib. in genere, videamus nunc in specie de Emtione venditione, quæ meritò primum inter hos contractus locum sibi vendicat, cum illâ nihil

in commerciis humanis frequentius sit *Wesenb. in tit. ff. de contrah. empt.* cujus usus tam latè olim patuit, ut alienationibus & actibus quibusdam venditio imaginaria adhiberi solita fuerit *vid.* Ulp. *fragm. tit. 19. §. 2. 3. 4. & 5. Id. tit. 20. §. 2. 3. 4. & 8. Caj. lib. 1. tit. 6. §. 3. §. 6. §. 1. Inst. de testam. ordin.*

5. Origo ejus à permutatione cœpit *l. 1. pr. d. contrah. emt.* Quæritur 1. non inconvenienter: an differat permutatio & Emtio? Id quod affirmamus. 1. Ut permutatio utrinq; fit rebus, emtio vero ex parte una re, altero precio interveniente. 2. In emtione aliud est vendere, aliud emere, aliud precium, aliud merx, quod in permutatione secus, in qua non potest discerni quis venditor, quis emtor, quid precium, quid merx *d. l. 1. §. pen. l. 1. in pr. ff. de rer. permut.* 3. Emtio nudo consensu contrahitur, permutatio verò ex re traditâ initium obligationi præbet *d. l. 1. §. 2. de rer. permut.* Plures differentias vid. ap. Schneidevv. *ad §. item, pretium 2. n. 3. & 4. Inst. h. t.*

6. Verùm quia in nonnullis magna horum contractuum adhuc affinitas, ut sæpe dubitetur an sit permutatio, an emtio venditio ad discutiendum se offert hæc controversi juris quæstio? Si ex unâ parte res, ex alterâ res & precium simul detur, an sit permutatio an venditio? Resp. cum Schneidevv. *ad d. §. item precium 2. n. 6. & trib. seqq.* distinguendo: Aut constat quid principaliter agere voluerunt contrahentes & secundum horum conventionem aut venditio erit aut permutatio *arg. l. 34 d. l. de contr. emt. ibiq; Dd. communit.* Aut non constat & incertum est, ad quod genus contractus respexerint contrahentes tunc *per l. 1. 2. & 3. ff. de præscript. verb. & l. 1. ff. de æstimat. act.* in dubio contractus innominatus justificetur secundum regulam generalem ibi propositam, quotiescunque de nomine contractus alicujus ambigitur, dandam esse actionem præscriptis verbis & consequenter contractum innominatum esse accipiendum Gomez. *lib. 2. var. resol. cap. 2. n. 10.* Quod si tamen in incerto illo casu res à precio, vice versa precium à re longè superetur, ibi emtionem, hic permutationem factam & ita ex eo quod prævalet, contractum denominandum esse statuimus cum Schneidevvin. *d. loc. n. 8.*

7. Ab-

7. Absolutâ origine, videamus de personis quæ hunc contum celebrare possunt, circa quas sequens hæc movetur quæstio Num omnes emtionem venditionem peragere possint? Ad quam quæst: negativè respondemus: quia sunt, qui simpliciter non possunt emere & vendere, in quorum numero est infans § 9 *Inst. de inutil. stipul.* & furiosus ut furiosus *l. 2. C. d. contr. emt.* Prodigus *l. 49. ff. R. J. l. 6. J. V. O.*

8. Sunt etiam quib. ob officium ac qualitatem aliquam, & cū certis tantùm personis contrahere non licet: veluti tutori cum pupillo *l. 34. §. ult. h. t.* nisi palam v.g. ex auctione vel sub hasta venum expositas res pupilli bonâ fide emat tutor *l. 5. C. eod. l. 5. §. 4. d. autorit. tut.* vel nisi contutor adsit *d. l. 5. §. 2. de aut. tut.* Patri cum filio extra castrense vel quasi castrense peculium *l. 2. ff. h. t.* in quo vice patris famil. filius fungitur *l. 2. ad SCt. Maced.* & extra peculium adventitium, in quo ususfructus non pertinet ad patrem *de quo pecul. vid. Nov. 117. c. 1. l. 7. l. fin. pr. v. sive è contrario C. d. bon. quæ lib.* Item domino cum servo *l. 14. de obl. & Act. 1. §. Item inutilis 6. Inst. d. inut. stip.* Sic quoq; magistratus nec per se ne per alium à subdito emere quicquam sine pœna potest *l. 46. l. 62. ff. h. t.* præterea, quæ ad alimoniam & vestes pertinent *l. 2. §. 2. C. d. contr. jud. vel eor. qui sunt circ. eos l. pen. C. d. his quæ vi met. tauſ. vid.* Cujac. *16. Obs. 13.* Sed hæc ita se habere ait Marcian: JC. *in d. l. 46. in fin. h. t.* nisi specialiter quibusdam hoc concessum sit. Similiter ad evitandam suspicionem Advocatus durante lite caveat sibi ne cōtractū cùm cliente ineat *l. 6. §. 2. C. d. postuland.* Deniq; non subsistet contractus emtionis, quem forsan medicus morbum dolosè augendo, vel periculum sanitatis inferendo ægroto extorsit *l. 3. ff. d. extraord. cognit. & arg. l. 9. C. de Profeſs. & Med.*

9. Hæc de personis quæ emere possunt sequuntur Res quæ emivendi possunt & quæ non possunt. Emivendi potest quælibet Res quæ in commercio hominum est *l. 34. §. 1. ff. h. t.* etiam incorporalis, ut nomen & actio *l. 4. 17. & passim l. 1. l. 3. ult. & tot. tit. C. d. hær. vel act. vend.* Sed quæritur hic: An res quæ nondum in rerum natura exiſtit vendi possit? R. quod sic si modo speretur extitura. Rerum enim quæ non extant, si neque omninò postea extent, ut maximè speratæ fuerint, emtio inde ab initio nulla fuisse videtur,

tur, utpote sub conditione, si res extiterit contracta quæ nunc deficiat: at verò quæ extat revera eo tamen quod incertum nobis sit, de ejus corpore quantitate & qualitate non extat, emtio quam primùm valet *argum. lig. 73. d. V. O.* Fab. de Mont. *hic q. princ. 4. num. 46.*

10. An & aliena res distrahi seu vendi possit, non incommodè hîc quæritur? Affirmamus cum Ulp. *in l. 38. h. t. & l. 11. §. 2. ibi. Si non fuit ff. d. act. emt. vend.* Limitationem admittimus ex *l. 34. §. 3. h. t. vid.* Fab. & Mont. *d. q. 4 num. 7.* Ulterius quæritur, Num feudum possit vendi? quod *per c. imperialem in pr. vers habito 2. F. 55* negamus Mynſ. *6. Obs. 30.* Vasallus enim non tantùm feudo privetur si illud sine domini consensu vendiderit, sed etiam precium ei auferatur *c. imperialis §. si quis v. 2. F. 52.* Excell. & Clar: Dn. D. Ludvvell. *Professor Norico Altorphinus celeberrim. præceptor meus honorandus lection feudal. c. 17.*

11. Circa materiam Emt: venditionis lubet & hanc apponere quæst: Rem furtivam emens an teneatur domino vero restituere? R. quod sic *p. l. 2. C. d. furt. junct. l. 5. & 6. Eod.* Quapropter in bene constitutis Reb. publ. optimè & æque cautum est, ne res à militib. (subintellige illos nebulones qui vi bona & res illas rapuerunt) emantur, aut si emantur sine refusione precij restitu ere cogantnr, nam ab hujusmodi emtionib, ut vulgus se abstineat, summa æquitas svadet gravissimeque postulat, *d. l. 2. C. d. t. d. furt.*

12. Porrò, res quæ licitè vendi potest vel 1. ut corpus & species venditur: v, g. hic eus, hæc domus qvi vel 2. ut genus (quemadmodum JC. vocant) v g. equus, vel 3. ut quantitas h. e. ad pondus numerum, & mensuram venditur, aut deniq; venduntur multæ res unius vel diversi generis simul atq; acervatim uno precio venduntur sine adjectione numeri ponderis aut mensuræ, quod per aversionem vendi dicitur in *l. 4. §. 1. & 2. de peric. & comm: rei vend.* In hac postrema specie statim post perfectam consensu emtionem ante traditionem admensionem, & c. periculum petinet ad emtorem *l 35 §. 5. vers.* nam si *d. contr. emt. d. l. 4. §. 1. & 2. ff. d. per: & commod. rei vend. junct l. 2. v. cum a. C. eod. Wesenb. in π. d. t. num. 5.* In secundo casu, genere scilicet vendito contrarium obtinet; periculum

ticulum videlicet est venditoris ante traditionem: quia genus haud facile perit. v. Schneidvv. *ad §. cum autem 3. n. 3 in fin. Inst. h. t.*

13. Circa jam dictum primum membrum quæstio illa multis difficultatib. intricata ventilanda erit: An periculum rei venditæ ante traditionem pertineat ad emtorem? Immotis rationibus *§. 3. Inst. hic l. 7. l. 8. pr. & l. 11. ff. l. 1. l. 4 l. 5. C de peric. & comm. rei vend. & plur. tx.* juris alijs, freti affirmativam amplectimur cũ Bachov. *ad Tr. 1. Disp. 28. th 8. lit. c.* Graviter huic sentiæ refragatur *l. 33. ff. locat.* Ad quam resp. disting. aut res perijt planè & emtor ferat damnum, & tamen solvat venditori precium: de quo casu supra adducti tex. pro nostra assertione exaudiantur, aut res non perijt quidem sed ex potestate venditoris exijt, ut tradi non possit v. g. si servus venditur aut animal aliud, aliave res fugerit, corrupta, amissa vel surrepta sit. Et sic & re & precio nõ careat emtor. Quamvis n. securus sit venditor *(ut loquitur §. 3. v. quod si fugerit Inst. h. t.)* ut sc. actione ex emto conveniri nequeat ad tradendum aut interesse tenetur tamen actione ex emtô ut emtori cedat quas habet actiones *d. §. 3. inf.* quas si non habet aut sua culpa inefficaces habet, hoc ipso nomine damnãdus est *l. 35. §. 4. in f. ff. hic* ut videl. precium saltem restituat, quod non præstat eam rem, quam per naturam præstare potest, si quæ aliena est, emere, aut fundi publicati precium ijs quib. assignatus est præstare velit & d. hoc cas. loquitur l. oppos. *33. ff. locat. jung.* Bachov. *Inst §. 3. h. t.*

14. Quid a. statuendum erit si secũdum tertiam supra in th. 12. traditam speciem, res, in quantitate consistens, ad certum numerum, pondus, mensuramve emta fuerit, anne periculum ante adnumerationem, admensionem, adpensionem etiam ad emtorem pertinebit? R. quod non ex *l. 1. pr. & §. 1, ff. d. per: & comm. rei vend. l. 2. C. eod. l 36 §. 5. & 7. d. contrah. emt.* ad perfectam enim emtionem requiritur ut appareat, quid quale & quantum sit, quod venerit *l. 8. pr. d. per. & comm. rei vend* quæ sane omnia ante mensuram, &c. nondum patent.

15. Secundum substantiale emtion: venditionis est Precium certum sine quo emtio nulla est *§. 1. Inst. hic l. 2. §. 1. l. 72. ff. d. t. d. contrab. emt. l. 9. C. eod.* Precioitaq; collato inarbitrium contrahetinum, contractus non valet *l. 35. §. 1. h. t. l. 13. C. eod.*

16. Si vero inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rē æstimaverit, tanti sit emta, quæritur: Utrum precium certum an vero incertum appellari debeat, anque valeat venditio nec ne? Præsens hic casus ab Imp. Justin. in §. 1. *Inst. l. ult. C. h. t.* distinctione decisus est: Ut si Titius precium justè definiverit, vires acquirat emtio venditio, sin autem arbitrari recusaverit, vel etiam si nō potuerit pro nihilo sit venditio, qs. nullo precio statuto *dd. ll.* Quid autem si arbitratus quidem sit Titius, sed inique & nimis magno vel parvo precio rem æstimaverit? Et locum non statim hic habere arbitramur speciale aliquod remedium restitutorium, sed adhuc arbitrium boni viri s. judicis officium requirendum esse per actionem ordinariam ex emto ad exemplum societatis *in l. 78. & seq. ff. pro soci.* ad implendum contractum, iniquitatem corrigendam. Bachov. *ad §. 1. Inst. h. t. & alij cum gl. in l. f. C. eod.*

17. Ulterius de precio quæritur: An in precio emtionis contrahentibus se invicem circumvenire liceat? Resp. Affirm. *per l. 16. §. penult. ff. de minorib. l. 22. §. f. ff. locat. l 8. C. de Rescind. vend.* Circumventio autem s. circumscriptio ea tantum intelligi debet quæ tolerabilis est & modica citraque fraudem vitio ipsius rei & in curia contrahentium contingit ut puta si res paulò minoris plurisve justè vendi potuisset. Sed quid ad dictum D. Pauli *ad Thessalon. c. 4. v. 6.* dicendum erit? quo prohibetur ne quis circumveniat fratrē suum in negocio cum vindex sit dominus de his omnibus. Verum Resp. Eximius ille Theologus Hunnius, quod Paulus negocia & contractus Thessalonic, concedat dummodo sibi à violentâ oppressione & defraudatione aliorum temperent. Circūscriptio verò hæc quæ hic permittitur industria quædam œconomica est, studiu mq; aliquod rei familiaris augendæ Gothofr. *in not. ad. d. l. 16 §. 4. ff. de minorib.* Ob hanc enim nimiam inæqualitatem si recedere à contractu liceret quotus quisq; contractus calumniæ non esset proximus ut ait Wesenb. *in t. d. Resc. vend. n. 4.*

18. Forma emtionis venditionis substantialis consistit potissimum in consensu, qui consensus occupatur circa precium & res in emtionem deductas, quæritur autem: An invitus quis cogi queat rem emere aut vendere? Negativam regulariter veram putamus per *l. 21. h. t. l. nec emere 16. C. d. jur. delib. l. 70. de Rei vindic. l 9. ff. d. act. rer.*

act. rer. amot. Quamvis negari non possit, quod interdum quis emere vendere cogatur, exempla habemus de emtione *in l. 66. de Legat. 1. l. 13 §. 17. d. act. emt.* de venditione *in § f. Inst. de his qui sunt su. vel alim. jur. 2. ff. eod.* sic tempore caritatis annonæ potest quis à magistratu cogi ut justo precio vendat frumenta. Similiter & is qui exponere solet res ad victum necessarias venales compelli potest ut vendat *l. 1. § cura carnis 11. ff. de offic. præf. urb.* Plures casus vid. apud Dd. & præsertim apud Socin. *Reg. 435.* Fab. de Mont. *hic q. 3. n. 38. 39. & 40.*

19. Ad formam accidental. emt. vend. pertinent pacta, quæ adjiciuntur huic contractui, qualia sunt pact. L. commiss. de quo *t. t. ff. d. L. comm. l. 3. ff. de pact. int. emt. & vend.* Pactum addit. in diem *l. 1. & t. t. de in die addict.*

20. Ejusmodi pactum etiã est si cõvenerit, ut emtio vend. in scripturam redigatur, & absque ea non valeat tum enim non ante obligantur quàm scriptura confecta est *l. 17. C. de fid. instrum. pr. Inst. de emt. vend.*

21. Sed quær. an eundem habeant effectum illæ scriptutæ quas hodiè plerumque partes præsertim in venditione rerum immobilium confici curant per Notar? N. quia ijs non conficitur contractus, sed adhibentur ut rei antea gestæ & perfectæ facilior sit probatio *l. 4. de fid. instr. l. 26. §. ult., depos. l. 4. de pign. & hyp.* Schneidevv. *Inst. hic in pr. num. 14.*

22. Hactenus egimus de ijs quæ perficiunt contract. emt. vend. jam pauca de ejus rescissione invitati celebri illo remedio *l. 2. C. de R. V.*

23. Sed q. posset: An hoc benef. competat etiam emtori vltra dimidium justi precij læso? Affirm. hoc naturâ correlatorum & ratione æquitatis v, Arum. *D. ad ff. 14. th. 8.*

24. Videamus, act. quæ ex Emt. vend. perfectè celebrata oriantur. quarum duæ altera ex emto ex vendito altera.

25. Ex emto, competit ei qui emit adversus venditorem ad præstanda promissa & ad ea quæ veniunt ex natura contractus *l. 11. § 1 & passim ff. & C. de act. emt.*

26. Datur 2. & actio ex emti judicio re venditâ vitiosâ, quod vitium emtor ignoravit, venditor vero scivit, sed dolosè reti-

reticuit. Tunc enim si propter vitium rem emtam in expediat, vel usus rei impediatur emtor agere potest ad resolvendam venditionem. *act. redhibitoriâ l.1. & pass. in t.d. Ædit. edict.* quæ licet contineatur in emti judicio *l.11. §.3. d. act. emt.* tamen est honoraria: quia Ædiles illam introduxerūt *v. tit. ff. d. Ædil. ed. & t. C. d. Ædil. act jun. §.7. Inst. d. I. N. G. & C.*

27. Sed res aliter se habet si fuerit tam leve vitium ut expediat rem habere emtam, vel si emtor eam aliàs retinere velit, competit actio quanti minoris *l.13. §.44. d. t.* ut restituatur de precio quanti res minoris valuit, cum emeret unde æstimatoria h. actio dicitur *l.34. §.6. & l.44. §.d.t.* quia rem ipsam æstimat. Wes. *in π. d. t. num. 10.* Si quoq; res non vitiosa sed falsâ commendatione pluris justo vendita sit eadem actione quæ hîc quanti pluris dicitur agat emtor ut quanti pluris res emta est, reddatur *l.13. §.4. d. act. emt. l.43. d. contr. emt.*

28. Competit 3. actio ex emto contra venditorem pro evictione rei venditæ daß gekauffte Gut zu gewehren/ *l.11. §.2. ff. d. act. emt.* Etiamsi de evictione nihil fuerit actum *l.6. C. d. evict.*

29. Actio venditi competit 1. venditori contra emtorem, ejusq; hæredes *l.152. §.3. d. R. J. l.49. d. O. & A.* ad consequenda ea, quæ ei ab emtore præstari oportet *l.13. §.19. d. act. emt.* 2. Competit ad rescindendum contractum si res fuerit vendita sub pacto L. commiss. *l.4. in pr. ff. d. L. commiss.* ita tamen ut in arbitrio sit venditoris in eventum retardatæ solutionis, an velit exercere L. commissoriam an v. precium petere *l.4. §. eleg. d. t. ad L. commiss.* quippe favorem venditoris respicit hæc pactio *l.2. & 3. ff. h. t.* quilibet favori pro se introducto renunciare potest *l.29. circ. fin. C. d. pact.*

30. Finem faciat hæc q. si emtor certum diem solutionis precij apposuerit huic contractui vel promiserit se fide habitâ statim post traditam sibi rē sequenti horâ velle numerare: postea v. fuerit in mora exsolvendi anne teneatur ad usuras de quibus nihil dictum fuit inter partes? Aff. idq; indubitato textu *l.f. d. per: & comm. rei vend. leg. 13. §.20. d. t. d. act. emt. vend.* etiamsi non sit interpellatus à venditore: quia dies solutioni adjecta interpellat pro homine *l.12. C. d. contrah. & committ. stip.* ut ita certioratus amplius non sit certiorandus.

Disp. V.

Disputatio V.

RESPONDENTE.

Heinrich Hefftter / Lusat.

THES: I.

POstquam actum est in disputatione præcedenti de Emptione & Venditione, subnectendus nunc erit cōtractus locationis & Emphytevseως, utpote, qui sunt Vicini contractus & magnam similitudinem cum eâ habent, *ll. Vulgat.* Est a. locatio Contractus nominatus, in quo personarum, vel rerum usus pro certâ mercede concedi tur *pr. §. 1. & 2. & 4. J. h. t. Wesemb. π. h.t. n 3.*

2. Circa causam efficientem occurrunt considerandæ personæ, quæ hunc contractum inire possunt; Ubi putamus omnes contrahere posse, nisi qui vel naturâ, vel Lege prohibentur. *ll. Vulg.* Referimus a. inter prohibitos, 1. Milites, qui alienas ab officio res conducere nequeunt, ne armorum usu omisso, ad opus ruresire se conferant, & præsumptione cinguli militaris vicinis graves existant *l. 31. l. f. C Locati. jun. l. 15. C. de re milit.* Quod tamē ad stabula pro Equis, & alia necessaria non esse extendendum, dicit *gl. ad d. l. 31. Boer. el. 2. disp. 4, §. 49.* 2. Clericos, ne sc. secularium conductores sacra negligant ministeria, *c. 1. Ext. ne Cleric. vel Monach. secul. neg. se immisc. Mozz. de his qui possunt Loc. num. 6. & 7.* 3. Guriales *l. 30. C. h. t.* nisi fortassis alicui in cōductione succedāt, tunc n. jure concedente in eâ remanent. *l. 4. ff. de decurion.*

3. Materia locati sunt res omnes, quarum commercium nō est prohibitum inter homines, & ergo res tam corporales, quam incorporales locari poterunt: Cæterum hâc occasione indagannum venit, utrum & servitutes locentur? Ad quam q. respondet *l. 44. ff. h. t.* Locare servitutem nemo potest. Quam tamen legem

de realibus servitutibus explicandam esse probat *l. 12. §. 2. de usuf.* Personalium ergò servitutum quædam locari possunt utputa usus fructus *d. l. 12. §. 2. de usufr. l. 9. §. 1. ff. loca. pr. in fin Inst. de usu & hab* & habitatio §. *5. Inst. de usu & hab. l. 13. C. de usufr.* licet usus ædium alteri concedi nequeat §. *2 Inst. de usu & hab.*

4. Porro an res alienæ locari possint non dubitam, *p. l. 7. & l. 9. §. f. ff Locat.* quia enim in locatione non transfertur rei dominium *l. 39. ff. h t.* nihil prorsus obstabit quo minus sc. locatio respectu conductoris effectum sortiatur. Nam permissum erit conductori uti re istâ locatâ tam diu, donec verus dominus prohibeat, & si prohibuerit, agere contra locatorem ad interesse ipsi integrum est *l. 15. §. 8. ff. Locat. Ant. Faber. Conject. lib. 5.*

5. Hoc ita probato, sequitur res proprias multò magis locari posse, quæ tamen non possunt conduci, *l. 9. §. f. ff. & l. 2. C. h. t. l. 45. de R. J. l. 20. C. h. t.* de qua re minus quidem dubitatur. Verùm plus negocij nobis facit hæc quæstio; an sc. conductio rei suæ, sit generaliter id est sine omni exceptione, anverò tantum regulariter id est cum exceptione suâ prohibita? R. Dd. communiter, quod tantum unicus casus *l. 37. ff. de pignerat act. & l. 37. de acq. pos.* detur, quo permissa sit suæ rei conductio. Consentit *Hunn. super Treutl. de locat.*

6. Forma locationis in duobus potissimum consistit, sc. in consensu, & quod non fiat gratuito: Unde controvertitur, quinā consensus ad eam requiratur? R. Distinguendo, ad ineundam de novo locationem requiri consensum expressum *pr. J. locat.* Ad initam v. renovandam, vel potius extendendam, elapso sc. tempore constituto sufficit & tacitus *l. 13 §. f. & l seq. ff. h t. l. 16. C. eod.*

7. Num autem ejusmodi tacito consensu renovata locatio ad idem & tantum tempus redintegrata intelligatur, quamdiu anterior vigore expressæ conventionis duravit, elegans est quæstio? Negamus tamen statuendo, quod in prædijs rusticis in annum facta intelligatur, *l. 13. §. qui impleto. ff.* Locat. in Urbanis v. tamdiu subsistat, donec alter renunciet, *d. leg. 13. in fin. & argum. l. 4. in f. de Precar.*

8. Diximus supra locationem non gratuitò fieri, sed mercedem requiri; quæ debet esse certa ac definita, si enim, puta fulloni

loni quid curandum dedero, nullâ statim mercede constitutâ, sed postea tãtum daturus, quantum convenerit, actio præscriptis Verbis datur. §. 1. J. locat. l. 22. de præs. verb.

9. Docent tamen Interpp. eum, qui fundum, aut domum certâ mercede vel pensione locari solitum conduxerit, & nullam mercedem constituerit, illam præstare debere, quæ pro domo, vel fundo communiter dari solet, l. 18. C. Locat. quæ tamen expresse hoc non omnino probat, sed tamen â Dd. teste Gomez. tit. locat. n 4. ad hanc controversiam allegatur. Hinc sufficit mercedis certitudinem consvetudine saltem definiri, ut perfecta intelligatur locatio, licet verbis disertis statim mercedis quantitas expressa non sit, Heigius J. Locat. §. 2. per tot.

10. His ita præsuppositis nostrates docẽt ad muneris publici functionem, salario non expresso vocatum, solitum & consuetum dari, percepturum & operarium simpliciter acceptum, ne gratis servijsse intelligatur consuetum salarium & mercedem petere posse, per ea quæ tradit Bl. ad. l. 18. C. Locati. Heig. d. l. n. 13.

11. An vero merces hæc debeat consistere tantùm in pecunia numerata, vel an in quâvis etiam re fungibili constitui possit, satis intricata, & vexata quæstio est, cum ab utrâque parte rationes & ll. è diametro videantur pugnare, & JCti magni nominis interse dissentiant: Nos putamus posse quidem in pecuniâ numeratâ eam consistere, sed inde non sequi; non consistit in pecuniâ numeratâ, Ergò non est locatio; Siquidem in re fungibili contingere potest. l. 8 l. 21. C. h. t.

12. Quædam locatio fit in perpetuum, quædam etiam ad tempus l. 10. C. h. t. Ubi illi male sentiunt, qui locationem ad longũ tempus factam transire in aliud genus contractus opinantur. Principium enim unius cujusq; contractus inspiciendum est. l. 8. pr. Mandat. & tempus per se non est modus mutandi, vel constituendi obligationem leg. 44. §. 1. de O. & A. Wesemb. Consil. 3. num. 75. Dn. D. Valent. Riemer. dec. 11. ℓ. 12. Sed an etiam operarum locatio instar rerum immobilium possit in perpetuum iniri, non expeditum est. Verum an negativa defendi possit videbimus. In jure enim omnis conventio irrita est, quæ servitutem aliqualem introducit, ac liberrati quodammodo præjudicat

l. 71. §. 2. de Condit. & demonst. Jam v. in nostrô casu id fieri animadvertimus *per l. 2. de Liber. hom. exhib.*

13. Ad effectus pertinet, quod locator conductorem elapso nondum constituto tempore ejicere nequeat *ll. Vulg.* Nisi in 4. Casibus. 1. Quando conductor pensionem non solvit. 2. Quando de novo emerserit necessitas (quæ prævideri non potuit) locatori habitandi in ipsâ domo: 3. Quando ædes reficiendæ sunt: 4. Quando reconductâ male utitur, *l. 3 inf. C. h. t.* Ubi jucundè quærimus, utrum locans domum suam studioso propterea eum possit expellere, si quotidiè in eâ helluetur, vel meretrices inducat? Negat. *Everhard. in top. loc. 182. num. 9.* referendo hæc inter communiter accidentia; cui tamen adstipulari, cum exemplo grave sit, affirmativam cum *Schneidevv. §. f. n. 10. J. Locat.* amplectimur.

14. Verum an Locator vendendo domum conductori præjudicare possit, ita ut præfixo tempore locationis nondum finito recedere cogatur, quotidiana est controversia: Nos Affirm. Quoniam non Emptor, sed venditor domum locavit, & sic contractus & pacta conventa non nisi contrahentes obligant. Unde Vulgo dici solet, Kauff gehet vor Mithe. *Schneidevv. §. f. n 2. J. h. t* Sed tradit cautelam Johan de Imolâ, qualiter succurratur conductori ne ab emptore ante præfinitum tempus expelli possit: sc. ut super hoc contractu conficiatur instrumentum, in quo locator promittat alij non vendere, pignore domo illâ constituto. Tunc enim propter jus pignoris ab emptore non poterit expelli.

15. Præstat quoque conductor regulariter latam & levem culpam *l. 23. de R. J. l. 5 §. 2. v. sed ubi utrius q; ff. commod.* de levissimâ culpâ, ut & de casu fortuito non tenetur *l. 28. C. h. t. §. pen. J. h. t.* de quo minus dubitatur. Sed hoc non usq; quaq; expeditum, cujus damno sit incendium factum in ædibus locatis, an sc. conductor damnum inde resultans domino ædium resarcire teneatur? Nam licet incendium annumeretur casibus fortuitis *l. 5. §. quod vero 4. ff. commod.* tamen culpa inhabitantium ejusmodi casui causam præbuisse præsumitur *l. 3. §. 1. de off. præfect. Vig.* Sed his non obstantibus negativam tuebimur, *per l 11. ff. de Peric. & com. rei Vend.* nisi de ipsius inhabitantis culpâ expressè constet *l. 9. §. Si colonus. ff. h. t. l. pen. ff. de incend. ruin. naufr. Gail. 2, Obs. 21.* 16. Ad

16. Ad adjuncta locationis referimus, quod statutum loquens de Emptione possit extendi ad locationem; Et quod beneficium *l. 2. C. de Rescind. Vend.* etiam hic locum habeat *Don. d. l. 2. num. 19. Schneidew in Inst. hic num. 6.* Locatio enim ijsdem, quibus Emptio juris regulis nititur *pr. J. h. t. l. 2. ff. eod.*

17. Ad contratia referimus, quod propter sterilitatem colono pensio remitti soleat *l. 25. §. 6. ff. h. t.* Sed exinde non licet arguere â contrario, quod propter immodicam utilitatem, pensio conductoris augeri debeat; cum dispositio facta in casum sterilitatis favore coloni, citra textum expressum, in ejus odium non facile convertatur. Hoc tamen concedimus, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contingat ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem, etiam ejus anni quo remisit exigi posse, *l. 15. §. 4. ff. h. t.*

18. Nunc de Emphyteuseos cõtractu quædam subijciamus Est autem contractus nominatus, & quidem ex consensu, quo dominus prædium suum alteri utendum fruendum, eâ lege concedit, ut is prædium colendo melius reddat, & certam pensionem, quam canonem vocant; Domino in dominij recognitionem annuatim solvat, *l. 1. Si ager. Vectig. §. 3. J. de Locat. l. 2. l. 3. C. de Jure Emphyt. Treutl. Vol. 1. disp. 29. th. 9.*

19. Dividitur Emphyteusis in secularem & Ecclesiasticam: Illa est quam Princeps, universitas, vel privatus quisq; constituit de rebus suis non etiam alienis, §. *adeo J. de Locat. l. 2. l. 3. C. de J. Emph.* in perpetuũ, quoad Emphytevtale posteritas durat. *Wesemb. π. ff. Si ager. Vectig. n. 2. lit. a. & b.* Hæc vero est, quando de rebus Ecclesiæ â Prælato, ex consensu capituli, diligenti prius cum eo deliberatione habitâ, & jurantibus coram Oeconomis, quod ex eâ Ecclesia nullum damnum incurrere possit prædium aliquod in Emphytevsin concceditur *Nov. 120. C. 6. §. 1. auth. perpetua C. de SS. Eccles. c. 2. pr. Ext. de Rebus Eccles. non alien. Bocer. c. l. 2. disp. 14. th. 21.*

20. Ratione materiæ quærimus, an sicut prædia rustica, ita etiam urbana possint in Emphytevsin concedi? Negat Donell,

ſpecioſis admodū rationibus, cui tamen hâc vice nō adhæremus, moti non ſolum *arg. d. l. 15. §. f. Locat.* quæ indefinitè mentionem prædij vectigalis facit: Indefinita vero in Jure regulariter æquipollet univerſali, *Everh. in top. loc. 46.* Sed & per textum expreſſum, *in l. 15. §. 26. ff. de damno infecto, jun. d. Nov. 120. C. §. fin. d. Auth. ſi quæs de SS. Eccl.*

21. Ad effectus pertinet, ut ſi ſimpliciter alicui detur fundus in Emphytevſin, nullâ factâ mentione filiorum, nec heredum, nihilominus tamen ad Emphytevtæ deſcendentes filios, nepotesque, imò etiam ad extraneos heredes pertineat, teſte *Claro. lib. Receptarum ſentent. §. Emphytevſis quæſt. 28.*

22. Si verò Emphytevſis data ſit, mihi & filiis meis, tacitè etiam videtur, ut filiabus meis conceſſa ſit, cum appellatione filij & filia veniat *l. 84. & ibi Gædd. de V. S.* ut ita concedenti poſſit obijci, quare legem contractui non dixerit apertius. Sed an eo modo & nepotibus videatur promiſſa? Negamus *arg. §. 5. v. Quod ſi nepotes J. Qui teſtam. tut. dari poſſ. l. 84. & 201. de V. ſig. Boer. el. 2. diſp. 14. θ. 77.*

23. Cum autem dominium rei Emphytevta non conſequatur, niſi in fundo conceſſo patrimoniali, ſive ſpectante ad patrimonium ipſius Principis, *l. 12. C. de fundo patrim.* non in commodè quæritur an invito & inſcio domino meliorationes ſuas, ſeu jus ſuum emphyteuticum poſſit alteri donare? hujus q. affirmativa nobis placat, cum *Magnifico Dn. Arumæo, Ordinario facult. Jur. & Anteceſſore Jenæ 14. θ. in Exerc. 14.* Et *Conſultiſſimo Dn. Valent. Riemer b. m. ibidem P. P. Præceptoribus meis Venerandis decad. 11. θ. 4.* quia enim poteſt legare, *l. 71. §. f. de Leg. 1. l. 1. C.* de fundo patri, utiq; & donare, cùm legatum ſit donatio. *l. 36. de Legat. 2.*

24. Amittitur Emphytevſis, vel omittendo, ob non ſolutum canonem; & quidem Eccleſiſtica, ſi per biennium integrum ceſſaverit in ejus ſolutione. *Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 8. Authen. qui rem. C. de SS. Eccleſ.* Civilis vero, ſi per triennium *l. 2. C. de jur. Emph. Treut. v. 1 diſp 29 θ 12. lit. a.* & omnia hæc ipſo jure non vero privativâ demum ſententiâ accedente fieri putamus cum Treutl. d. loc. quanquam quod ipſam expulſionem attinet propriâ authoritate, ſine imploratione officij judicis dominus eandem

expe-

expedire non poterit, cum nemo sibi ipsi ipsi jus dicere debeat. *ff. Vulg.*

25. Utrum autem is, qui ob canonem non solutum ejicitur teneatur de pensione præteritâ non incongruè disputari putamus? Et disting. Aut Emphytevta est Ecclesiæ qui integro biennio nihil præstitit, & in hoc casu ait *Auth. Qui rem de SS. Eccl.* emphytevtam repelli posse eâ lege, ut tamen solvat totius temporis pensionem. *jun. Nov. 120. C. 8.* Aut est Emphytevta laici vel privati, & tunc dominus recipiat non canonem præteritum, ipsum & simul emphytevtam expellat, sed alterutro sit contentus *arg. l. 2. §.* Sin autem, *ibi, Volent. C. de ju. Emph.*

26. Ut autem caducitatis pœna evitetur indagandum venit, quo tempore canon solvi debeat? R. Disting. Aut pactæ sunt partes de certo tempore, & pactioni standum; Aut si nihil conventum, mos regionis spectandus: *l. 34. de R. J.* Sin vero nec hoc appareat, solutionem canonis in tres vices singulis annis distinguere potest. *l. pen. C. de collat. fund. patrim.* Quod si autem offerat jam, & per quempiam casum fortè non acceptetur canon, utrum sola oblatio liberet â pœnâ privationis, an vero requiratur insuper depositio, & obsignatio, confligunt inter se Dd. nos tutius & melius ipsum acturum opinamur, si simul deponat. *l. 2. in f. C. de jur. Emph.* hoc enim modo effectus solutionis est plenus *l. 9. C. de solut.*

27. An vero canon ejusmodi si magna contingat ubertas augeri possit, ita ut consueto canone non liberetur Emphyteuta, utilis est quæstio? Et putamus quod domino non competat facultas majorem exigendi, argumento petito â ratione casus conversivâ, ubi quis non debet petere id, cujus contrarium in casu converso non esset postulaturus. Sicut igitur dominus in casu deteriorationis, vel sterilitatis canonem non diminuit, ita si industria Emphyteutæ prosperitatem fortunæ eliciat non debet eundem augere. *argumen. eorum quæ tradit Everhard. in locis legal. loc. 94.*

28. Vel etiam committendo amittitur, puta si dolo, vel culpa deterioret valde arbores frugiferas incidendo; *Auth. qui rem*

rem C. de SS. Eccl. l. f. C. de ju. Emph. Vel etiam rem irrequisito domino vendat, d. l. f. Quod quidem indubium existimamus: Verum an Emphytevta, si alienationem revocet, eo ipso caducitatem evitare queat acriter disceptari videmus: Nos negativam amplectimur, cum *Sichard. in l. f. num. 3. C. de jur. Emph.*

29. Coronidis loco, Locationi & Emphytevsi affines & vicinos contractus breviter adjungamus, qui sunt 1. Contractus superficiarius: 2. Libellarius: 3. Contractus precariæ: 4. Censualis. Primus est, cum Titius transfert in Cajum superficiem, puta domum ut ex d. superficie ipsi certum quid annuatim solvat, vel fundum, ut possit ibi ponere domum, annuo dando et pretio, & hoc pacto, ut post certum tempus ad eum revertatur. *Everh. in loc. legal. loc. 29.* Secundus est, quando jure Venditionis res transfertur in alium, scripturâ interveniente certâ pecuniæ summâ pretij nomine ab initio data, & quotannis certâ mercede constitutâ, & ut contractus certis temporibus, prout convenerit, renovetur, *Everhard. d. loc. & Vultej J. de Locat.* Tertius est maximè cognatus Emphyteusi, præterquam quod annua pensio de quinquennio in quinquennium, vel novennio, in novennium solvatur & constituatur, *c. 1. de precar. Everhard. & Vultei, d. loc.*

30. Quartus contractus etiam interdum vocatur Emphytevticus, ut in *c. constitutus de Religio domi.* ita ut in multis ab uno ad alterum licitum sit argumentari, sed tamen multis modis differunt. In censuali enim contractu in recipientem omne dominium transit, ita ut sola annua pensio concedenti reservetur. Unde dictum est, censum de nostris rebus, pensionem de alienis damus. Imo propter non solutum censum res non cadit in commissum, *dict. c.* secus omnia in Emphytevsi. *Everhard. in top. loc. 31.* Sed quia ab initio toti collegio ita placuit ne ultra quaternionem singulæ disputationes extendantur; præscindere fila discursus rogor, longè licet plura ubertas materiæ desideret: A lege n. quæ æqua, utilis & ab omnibus comprobata fuit facile non est recedendum.

Disp. VI.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0046
DFG

Disputatio VI.

RESPONDENTE.

Abraham Käyser / Susat. Westph.

PROOEMIUM:

QUam exuberans utilitas sit materiarum Societatis & Mandati, neminem, qui saltem limina juris salutavit, latet, tractatur enim de iis nō solum compendiosè in sacratissimi nostri Imperatoris Institutionibus, & susius in latioribus digestorum libris, verum etiam amplæ negotiationes mercatorum, & frequens judiciorum processus, de illis nos edocent. De fertilibus & fœcundis hisce materiebus cum pro instituto & ordinis & temporis mihi respondendum sit, sine longiori præfatione, me ad illas accingo; In genere præmittens, duplicem esse societatem, unam rerum alteram vitæ, nempe conjugalem, de hac quamvis non incommodè quæstiones aliquot necessariæ & frugales hîc proponi possent, tamen cum Methodus & ratio hujus nostri collegii velint, ut intra ejus terminos me contineam, & illam tantum tractem, quæ de rebus contrahitur, omissâ postremâ, priorem aggredior.

THES: I.

Definio a. eam, quod sit contractus, quo unius rei aut pluriū communionem mutuo consensu quidam concipiunt, lucri inde faciendi gratiâ, germanicè, eine Gewerbsgemeinschafft / *l 31. & seqq. h t.* vel cum *Cujacio* Quod sit damni & lucri ex consensu facta communicatio honesta & justa *in parat: ff. h. t.*

2. Personæ, quæ Societatem inire possunt, sunt illæ omnes, quæ ex contractu obligantur, vel ll. nō prohibentur *per vulg.* Hinc fratres & sorores item conjuges Societatem inter se contrahunt *l. 52. §. 8. ff. h. t l. 1. C. qui testam: fac pos: l. 16. §. fin. ff. de alim: & cib: leg. l. 32, §. 24 ff. de don. int. vir & uxor:* An autem pater & filius hoc recte faciant? Negamus, cum omne illud quicquid acquirit exceptis Castr: q. Castr: & eo Adventitio peculio in quo filius plenam habet proprietatem, non ad ipsum sed ad parentem spectet &

pater filio obligari non possit §. 12. vers. quia nec ex. Inst. de oblig: quæ ex delict: nasc: l. 38. §. 1. & 2. ff. de cond: indeb: Idem juris esse in Clericis dico, hi etiam ut societatem contrahant non idonei sunt cap. peu: & ult: de vit: & honest. Cler: quod etiam de Prodigo, §. 3. Inst. de curat: l. 1. & t. t. ff. de curat: fur: dat: l. 6. ff. de verb. obl: Ebrio arg. e. Sane, Caus. 15. q. 1. & cap venter dist. 35. Ut & furioso § 8. Inst. de inut. stip l. ult. c. h. t. l. 5. & 40. ff. de R. J. affirmamus. Cum incerta etiam persona Societatem contrahi non posse evincitur, Arg. §. 5. Inst. h. t. Neq; invitus ad hunc contractum compelli potest l. 65. §. 11. h. t. Cum materia communionis etiam inter propinquos soleat discordias excitare l. 77. §. 20. in fin. ff. de leg. 2. Tractatui personarum, quæ societatem rectè ineunt, non incommodè illa quæstio subjicitur: An homo Christianus cum Judæo, alioq; infideli societatem contrahere possit? quod tam ex Jure civili, quam canonico ipsi permissum arbitramur arg. l. 8. C de Judæis cap. 6. ext: de Judæ: & Saras: Hoc tamen observato, ut tales res sint, in quibus nobis datur cum eis commercium, & ne in celebrando tali contractu constitutiones Imperii In recessu de An. 1551. Sanctæ, circa §. diesem zu begegnen, posthabeantur.

3. Res, & operæ autem omnes, quæ commercio nostro non sunt exemptæ, materiam societatis rectè constituunt l. 83. §. 5 de V. Ob. Si modo sint honestæ & licitæ. Quia rerum turpium, ut furti, Monopolii, & Aleæ, nulla est Societas l. 53. & 57. ff. h. t. l. unic. C. de Monop: Wesenb: in part: h. t. num. 5. & 8. Hinc jam illa controversia exoritur: An etiam omnium bonorum societas tacitè contrahi possit? Quamvis aliqui hoc affirment, & rationibus & fundamentis non destituantur, tamen cum Arumæo, Treutl: & aliis in negantium sententiam descendimus. Nam ut generalis societas contracta dicatur, expressè de eo inter contrahentes actū esse debet l. 3. §. 1. l. 7. ff. h. t. In quibus legibus circa generalem seu universalem societatem distinguitur, quod scilicet universorum bonorum societas simpliciter contrahatur, sine mentione lucri, aut quæstus: aut ita distinctim & specialiter, ut omnia omninò cōmunicentur. In illa tantum id communicatur, quod ex quæstu venit l. 7. 8. 9 12. 13. ff. ht. In hac vero omnia, sive ex quæstu, sive ex lucrativa causa obvenientia, sine exceptione in communionem sunt redigenda d. l. 1. §. 1. l. 3 §. 1. l. 52. §. 16. & l. 73. ff. h. t.

4. Nega-

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0048
DFG

4. Negamus etiam quod sors, sive pecunia ab uno solo in societatem collata communis sit sociis, rem vel operam conferentibus, & quod finitâ societate cum illis dividi debeat. Nam ex mente contrahentium usus, non proprietas communicatur *Arg. l. 52. §. 2. ff. h. t. Sich. ad l. 1. n. 4. C. h. t. Gail. 2. obs. 24. num. 6.* Et hoc procedit nisi initio in Societatis lege, in der Gewerbsverschreibung, aliter conventum & provisum sit, eò quod contractus ex conventione legem accipiant *l. 1 §. 6. ff. depos: l. 23. ff. de R. J.* dicuntur enim illi modificari & informari per pacta in continenti adjecta *l. 7. §. 5. de pact. jun. Coll: nri. disp. 1. thes. 4.*

5. Cum a. proprietas istius pecuniæ non communicetur, haud inutiliter hoc loco controvertitur, si illa pereat, an solus qui eam contulit, an verò omnia membra societatis damnum hoc sentire debeant? & stamus â partibus eorum, qui illud soli Domino adscribunt: Quia omnis res suo Domino perit *l. 9 C. de pign. act.* Hunc tamen pacisci posse, ut salvum sibi semper sit capitale, lucrū verò commune, non negamus, quamvis Gail: & alii dissentiant.

6. His finitimæ sunt & illæ quæstiones: 1. An operas cōferens, propriis sumptibus eas præstare teneatur? 2. Unde istæ expensæ sint deducendæ: Utrum ex sorte, an ex quæstu, sive lucro? Ad primam dicimus: Omnes expensas in emolumentum societatis collatas, de communi fieri debere *l. 67. §. 2. h. t.* Secundam quod attinet, rectè notavit *Gothfr. in additionib. ad Schnedevv. in §. 2. Inst. h. t. lit. B.* Non ex sorte principali sociorum, sed ex lucro, si quod factum erit, eas desumendas esse, cui & nos assentimur.

7. Conventionem & pacta in hoc contractu locum habere in *th: super 3. in fin.* diximus. Valet ergo conventio, ut unus duas, alter tres partes lucri percipiat, item ut aliquis nullā partem damni sentiat, aliquam tamen partem lucri consequatur *l. 29. ff. h. t. §. 2. Inst. eod.* quæ inæqualitas recepta est, si tanti fuerit opera unius socii, quanti verisimiliter damnum esse possit *d. l. 29.* Pactum a. ut alter lucrum, alter vero damnum sentiat, cum hæc leonina sit societas, valere negamus, per *l. 29. & 30. ff. h. t.* Sicut & illud, quod ad hæredes societas transeat, nullas vires habet *l. 35. & 59. ff. h. t. Cujac. 10 obs 25.* Morte enim socii solvitur societas *§. 5. Inst. h. t.* & heres socii meus socius non est *l. 35. l. 52. §. 9. l. 59. l. 65. §. 9. h. t. Wesenb. in par: h. t. n. 11. Hakelm: illust: quæst. thes 19. disp. 9. lit. D.*

8. Quid autem statuendum sit, si parens filio sumptus studiorum gratiâ subministraverit, vel unus ex sociis filiam, ex bonis in societatem collatis, dotaverit, an hæc imputetur societati omnium bonorum; maximè adhuc controversum est. Prius cum distinctione asserimus. Posterius vero, cum absque peccato vix affirmari possit negamus. Quoniam impensæ quæ non pro communi utilitate factæ sunt, societati vix imputari debeant *arg: l. 52. §. 18. ff. h. t.* Interim tamen non diffitemur, quin aliter sentientium opinio recte defendi possit, si speciatim de hoc convenerit. *per l 81. & l. 72. §. 1. h. t.* Ita enim illas accipiendas esse, cum aliis nobis videtur.

9. Superioribus, hasce etiâ duas quæstiones subiicimus. An socius socio damni infecti nomine cavere teneatur? Et quia non raro accidit, ut socii per institorem negotientur. An eo casu omnes socii in solidum sint obligati? cum *Clariß: Dn. Affelm*: conterraneo meo observandissimo primum negandum censeo, ductus *l 32. in fin. & 33. junct. l. 18. §. 2. 4. & 9. ff. de damn. inf.* Ad alterum membrum hujus thesi descendentes, variant hic Dd. multipliciter: Nonnulli singulos non in solidum teneri opinantur, sed tantum in eam summam quam contulerunt, ein jeder für sein Antheil/ vnd so hoch sich eines jeden Capital vnd eingeworffene Häupt-summ erstrecket. Nos tamen illorum sententiæ subscribimus, qui contrarium sentiunt *per l 4. § 1. ff. de Exercit: Act*:

10. Antequam ad modum dissociationis perveniamus, operæ pretium esse duximus, de culpa in hoc contractu præstanda agere, ultra dolum autem latam & levem culpam socium regulariter non teneri *l. 52. §. 2. l. 72. ff. h. t. §. fin. Inst. eod. l. 23. ff. de Reg. Jur. l. 5. §. 2. ff. commod.* ostendunt.

11. Hactenus actum fuit de ipsa societate, ejusque effectu. Superest ut videamus de modis finiendæ societatis: Dissolvi autem eam ex persona, rebus voluntate, & actione statuimus *l. 63. §. fin. ff. h. t.* Ex persona, cum mors naturalis vel civilis intervenit. *l. 52. §. 9. d. l. 63. §. fin. h. t.* Quod adeò verum existimamus, etiamsi societas ad certum tempus contracta sit, eam tamen dissolvi, si tempore durante mors interveniat: nam ad hæredes non transit.

12. Ratione rerum dissolvitur societas, Re, cujus causa est con-

contracta, postquam nimirum illa perempta, vel è commercio humano exempta, vel à socio, mole debiti prægravato, cessa est, *d. l. 63. §. fin. h. t.* Circa quod non ineleganter controvertitur. An etiam absque cessione, sola decoctione, solvatur societas, hæc quæstio, quamvis ab utraq; parte ventilari potest, tamen nos in hanc sententiam inclinamus, solo lapsu facultatum, societatem non dissolvi: Nisi specialis cessio antecedat. Si a. expresse constiterit socii res ad restim redactas esse, ipsumq; verè ad egestatem perveniisse, illam omnino tolli *l. 4. §. 1. h. t.*

13. Voluntate finitur societas, vel omnium, vel unius socii renuntiatione, *l. 17. §. 1. l. 63. §. fin. h. t.* Quæ & tacitè fieri potest. *l. 64. h. t.* Requiritur autem, ut interponantur tempestivè, & bona fide. *l. 14. & 17. §. fin. l. 65. §. 3. & 5. ff. h. t.* Cui enim Intempestive renunciatur societas, habet pro socio Actionem *l. 14. h. t.*

14. Actione denique distrahitur, cum societatis contractus in novam obligationem commutatur, vel judicium ad societatis dissolutionem instituitur. *Vult ad §. 4. Inst. h. t. l. 65. in pr. h. t.* Ex hoc contractu Actio oritur pro socio dicta, quæ utrinq; directa est: Nam æquivalens interesse inter omnes socios versatur, de quo nemo ambigit. De eo autem adhuc dubitari potest. An dissoluta societate reliquis contrahentibus idipsum significari debeat? quod affirmamus.

15. Colophonem huic materiæ imponant duæ hæ quæstiones de societate publica, An pro libertate & Relligione, Principes & status Imperij, quibus tutela Ecclesiarum demandata est, cum exteris Christianis rectè fœdus inire: Et an fœdus Civitatum Hanseaticarum, justum censeri, & legitimum judicari possit? De quibus an utrumque non rectè affirmetur, in ipsa disputatione videbimus, convertentes nos ad Materiam mandati.

16. Inter contractus, qui solo consensu perficiuntur, ultimus est Mandatum, quod definiri potest; contractus, quo quid alicui gratis committitur gerendum *§. ult. Inst. h. t. l. 1. §. fin. eod.* Hinc jam primò quæritur: An etiam Mandati actio locum habeat, & nihilominus Mandatum maneat, si honorarium remunerandi gratia promissum sit? quod affirmamus *per l. 6. pr: ff. h. t.*

17. Nec ineleganter hoc loco in veritatem hujus quæstionis

indagatur: Quanam actione salarium peti possit? ad quod respondemus, de salario non competere mandati actionem, sed illud extra ordinem exigi *l.7.ff. mand. l.1.C. eod. l 1. §. 10. de extr. cog.* Quod tamen non nude, sed cum distinctione, de quo in ipso discursu, cum Dd. asserimus.

18. Dividitur Mandatum multifariam, imò tot sunt ejus divisiones quot sunt negotia *Bocer: disp.6 thes.8. & seqq. class.2. Mejer: in colleg. Argent, h.t.th.6.* Inter ceteras a. divisiones & hæc locum habet, quod aliud sit Generale, aliud Speciale; Generale hanc subdivisionem cõtinet, ut aliud sit cũ libera, aliud simplex sine libera.

19. Ex quibus ita positis elegans hæc quæstio exoritur, quam hic omnio non tangendam, dedecus reputavi: An etiam sub divisio mandati generalis, jam in thes. præced. tradita, in jure fundata sit? Quamvis *celeberrimus & subtiliß: JC. Bachov. in not. ad Treutl. disp.27.th.5.* eam in dubium vocet, tamen communi opinioni stamus, probata est enim à *Dd. per l. 58. & 63. ff. de procurat. l.9.§.4.ff.de acquir. rer. dom. c.qui ad agend de procur. in 6.*

20. De personis ut agamus ordo postulat, Mandare, & Mandatum suspicere omnes possunt, quibus contrahendi potestas nõ est adempta. Mandatarius etiam extrajudiciale negotium susceptum, libere & indistinctè, quandocunq; voluerit, alteri demandare potest. *l.8 §.3.ff h.t c 1. §. fin. de procurat. in 6.* Quod secus se habet in judicialibus, nam ibi Procurator ad litem aliũ suo nomine, ante litis contestationem, substituere nequit. *l.8.l.11 l. 23. C. de procurat.* Nisi illi hoc à Domino specialiter concessum sit. *c.1.c.3. de procur: in 6. Gail. lib 1.obs:74. n 11. Mynsl. lib. 1.obs 43.*

21. Verùm, an mandatum suscipere prohibitis indistinctè annumerandus sit minor 25 annis, dubitatur. Jure civili nobis videtur probabiliter defendi posse, minorem 25. annis, qui saltem implevit decimum septimum annum, legitimum procuratorem, non saltem ad negotia, sed etiam ad judicia esse, *per §. 5. Inst. qui & ex quib. causis man. non lic. l.5.ff. de procurat.* quam sententiam ex recentioribus sequuntur *Cujac. 22. obs: 16. Bocer. disp. 6. thes. 30. class. 2. Lind. Exerc. Inst. lib 1. tit. 6. th 3.* Jure vero Canon: In procuratore ad litem 25. anni requiruntur, ad negotia 17. sufficiunt. *c. qui generaliter 5. de proc. in 6.*

22. Simi-

22. Similiter quid de deportato sentiendum controversi adhuc juris est, hunc enim mandatū contrahere non posse, quidam magni nominis JC. opinantur; à quibus tamen, cum propter rationes, tum propter textus *in l. 22. §. 5. ff. h.t. l. 14. & 15. ff. de Interd. & releg.* salvâ illorum existimatione, secessum facimus.

23. In materia Personarum duæ adhuc quæstiones discutiendæ occurrunt; Num etiam inter absentes mandatum recte cōtrahatur? &, an mulier rectè mandare possit? prius purè affirmamus *l. 1. §. 1 ff. h.t l. 2, §. 2. de oblig. & act. l. ult. C. si quis alteri vel sibi.* Et huc etiam facit. *l. 16. ff. ad Sc. Mac:* Secundam quæstionem, distinctione adhibitâ, nullam controversiam mereri *ex tot. tit. ff. & Cod. ad Sc. Vellej* patet.

24. Non possum etiam, quin hic brevibus & hanc quæstionem attingam. Utrum Dd. & causarum Patroni ex consilio suo teneantur, assensum quidem damus statuentibus consilium aliàs non contracturo datum, obligare *l. 6. §. 5. ff h.t.* tamen illos regulariter nisi dolum adhibuerint, non teneri arbitramur, *l. 2, §. fin. ff. h.t. l. 47. l. 79 ff. de R. J. c. nullus 62. eod. in sexto.*

25. Progredimur jam ad objectum mandati, & dicimus omnia negotia honesta, & licita, bonisq; moribus non contraria, item futura, non præterita, mandari posse *l. 12. §. 14. l. 6. §. 3. h.t. l. 26. ff. de V. O.* Turpis verò & illicitæ rei mandatum adeò nullum est, ut nec juramento firmari possit. Cum juramentum præstitum super eo, quod turpitudinem redolet, non sit obligatorium *c. 58. de R. J. in 6.* ne fiat vinculū iniquitatis, *contra c. 22. c. 22. q. 4. c. 1. v. Quia vero de jurejur. in 6.* Quippe in malis promissis fidem non expedit observare *Cap. 69. de R. J. in sexto junct. caus. 22 q. 4. ferè per tot.* Unde ejusmodi mandato impleto, mandans & mandatarius pari pœnâ afficiuntur *l. 11. §. 3. de Injur. l. 1. §. 13. de vi & vi arm:* Et mandatarius in istis atrocibus delictis ob id, quod fuerit subjectus potestati mandantis, nō excusatur, *l. 20. ff de ob. & A. l 21. §. 1. ff. de act. rer. amot:* Secus se res habet in levibus delictis, quæ in se non continent atrocitatem *l. 37. in pr. ff. ad l. Aquil. l. 157. & l. 169. ff. de R. J.* Quomodo autem irroganda sit pœna ex commissis istis delictis, non est mei instituti, hic disputare, sed ad materiam publicorum judiciorum, elegantem & utilem istam quæstionem, (si Deo ita visum fuerit) reservabo.

26. An

26. Non levis etiam controversia est, an Procurator in causis criminalibus admittatur, quam quæstionem ut distinctione solvamus, in ipsa disputatione videbimus.

27. Mire è se torquent Dd. quærendo, si quis hominem vulnerare mandat, inhibendo expresse, ne occidat, & mandatarius fines mandati excesserit, an ille homicidii reus erit? Nos ipsum ut homicidam plectendum non esse, existimamus. *arg. l. 2. C. de pœn. l. 26 ff eodem.* Non n. in tali mandante est animus occidendi *l. 26. C. ad Sc. Vellej. l. 1. §. 3 ff. ad l. Cornel. de sic*: quamvis culpâ non careat *c. fin. de homic. in 6.*

28. Solvitur mandatum certis quibusdam modis, quos huc *ex §. 9. 10. & 11. Inst. h. t.* referre, pagellarum angustia prohibet.

29. Accedimus ergo ad actiones, quæ ex hoc contractu oriuntur. Sunt illæ duplices, directa & contraria. Illa datur mandanti ejusque hæredibus, ad id, quod interest *l. 8, §. 6. l. 7. l. 27. § 1 ff. & l. 16. C. h. t.* Sed q. an levissima culpa veniat in hanc actionem, de levi enim dubium non est, per *l. Contractus de R. J. & l. 8. § ult. vers sed etsi servus ff. h. t.* R. Mandatarium teneri etiam de levissima culpa probat præter *l. 13. l. etiam 41. C. h. t.* quæ eum ad majorem, quam rebus suis adhibet, diligentiam, teneri ostendit. Hæc datur mandatario *leg. 12. §. 7. & 9.* ad id quod ei ex causa suscepti officii abest, seu quod bona fide, in exequendo Mandato, impendit *leg. 10. § 9 l. 27 § penul l. 54. in fin. ff l. 4. C. h. t.* Cum a. fines mandati diligenter custodiendi sint. *§ 8 Inst. l. 5 ff. l. 12. C. h. t.* quæritur hîc an Mandatarius pro eo, quo fines mandati expresse designatos excesserit & utilitatem mandantis promoverit, habeat Mandati, vel negot: gest: actionem? Nos utramque denegandam esse arbitramur: Illam per expressum textum: *in leg. 4, ff. & d §. 8. Inst. h. t.* Hanc quia ultra expendi noluit mandans, nam aliud plane mandatarius talis agere videtur, *l. 5 pr. h. t.*

30. Coronidis loco hanc materiam & totam disputationem finiat, quod in publicis negotiis fines mandati stricte sint observandi, ut si quis præter vel extra instructionem aliquid gesserit, quod optimum fortitum fuit exitum, illum tamen nihilominus non excusari, cum omnium rerum exitus sit dubius. Ex causa tamen aliqua superveniente motus, si aliquid feciſſet, quod in ipsa Instructione non comprehensum esset, veniret excusandus. *Argum. l. 30 ff. mand. Gail. de pac. pub: cap. 4. num. 26.* Eodem pacto, qui in bello prohibita fecit, sive fines mandati Capitanei, sive Ducis supremi excessit, & transiliit, quamvis re bene gesta, tamen ipsum capite puniendum, leges & jura innuunt *leg. 3 § 15. ff. de re milit. vid. Gail. de pac. pub. cap. 4. num. 26. & 27.*

Disp. VII.

Disputatio VII.

RESPONDENTE.

Johanne Niebuer / Butzovio-Megapolensi.

THES: I.

EXpositis contractibus jurisgentium veris & proprijs, quiq; â certa forma, & specie, quam habent, certum quoque & distinctum ab alijs nomen acceperunt, rectè atque ordine facturi videmur, si prius, quam deveniamus ad quasi contractus, & eos, qui certo & speciali nomine carent, ac proinde innominati dicuntur, instituamus tractationem de ijs contractibus, qui juri civili originem suam, & formam acceptam ferunt.

2. Appellamus autem contractus civiles, eas conventiones, quas non gentium, sed jus civile invenit, & forma donavit, quæque vi sua, & natura, non aliena civilem producunt actionem *Goedd. de contr. stipul. c. 2. concl. 1. num. 1. & seqq.* â quibus contra dissent. *Wesemb. in par. ff. de pact. num. 4.* separamus pacta legitima, quæ non constituunt civilem obligationem, nisi accedente confirmatione legis *Goedd. loc. all. n. 1. & 2.* Ejus generis duo potissimum in jure habentur: Verborum scilicet & literarum obligatio *pr. Inst. de V. O. tot. tit. Inst. de lit. obl. Vult. J. R. lib. 1. c. 39. in pr.* De posteriori hoc loco agendum.

3. Iure antiquo literarum obligatio nominibus fieri dicebatur. *pr. Inst. de liter. obl. & ibi Theoph.* ideò quod nomina debitorum, aut qui ex alia causa debebant, vel in tabulas quotidianas referebantur à priscis Romanis: *Wesemb. in Isag. Inst. h. t. n. 19. & seqq. Mynsi. Inst. h. t. ad verb. Quæ nominibus*, vel per argentarios

Calendarijs, seu libris rationalibus in tibebantur. Prior credendæ pecuniæ modus dicebatur de domo fieri. *l. lecta. 40, ff. de R. C.* sive ex arca *leg. 26. ff. de constit. pecun.* posterior ex scriptura mensæ. *Borcholt. Inst. h.t. Cujuac, lib. 22. obs. 4.*

4. Cæterum hæc tabularum antiqua ratio etsi postea in usu esse desiit, *pr. Inst. h. t.* attamen res ipsa, eademq; ratio contrahendi per Instrumenta, & literas, mercatoriosque libros in more hominum perduravit. *arg. l. non figura 38. ff. de O. & A.* E. g. quoties contractus vel quales cunq; tractatus in scripturam rediguntur, *l. contractus 17. C. de fid. instr. d. l. 40, ff. de R. C. l. 135. § pen. ff. de V. O. l. reos. 11. § 1. & 2. ff. de duob. reis.* aut cum quis spe futuræ numerationis, vel solutionis scripsit se debere, vel sibi solutum esse re non insequutâ *leg. 1. & seqq. C. de non num. pec. leg. 14. C. de solut. vers. plane Inst. de liter. obl.*

5. Priori sensu locum habet scriptura in quibusvis negotijs & causarum figuris exemplo stipulationis. *Paul. 5. sent. 7. in pr. l. 5. in pr. vers. conventionales ff. de V. O.* estque in multis causis accessio & confirmatio principalis contractus magis, quam contractus ipse. *Vult. J. R. lib. 1. c. 39. in pr. d. l. 135. § pen. ff. de V. O. d. l. 11. § 1. & 2. ff. de duob. reis stipul.* adeò ut hac ratione non tam ad substantiam contractus, quam ad ipsius probationem conferre videatur *l. 4. ff. de pignor. l. 4. ff. de fide Instr.*

6. Posterior consideratio est hujus loci propria: definiturque cautio literis confecta, quam quis dedit creditori futuro, sperans fore, ut sibi petitam pecuniam numeraret, nec ea tamen postea numerata est *l. 1. 2. 3. C. de non num. pec. d. vers. plane Inst. h. t.* Ubi commodè quæritur: An aliqua sit & detur obligatio ex literis. Affirmativam cum Frantzkio. *Exerc. 10. Quæst. 9.* contra negantem Bachovium *vol. 1. Treutl. disp. 20. th. 2. lit. b.* rectè defendimus.

7. Efficientem hujus obligationis, ut supra dictum est, constituimus jus civile, nihil hic, ut in alijs contractibus, juri gentium tribuentes. *leg. 5. in f. ff. de Iust. & jur. ubi gl. Schneidvv. Inst. hoc tit. num. 5.*

8. Forma, qua perficitur, est scriptura, seu literæ; adeò ut ad sub-

ad substantiam hujus contractus necessaria sit scriptura, *vers. idem autem &c. Inst. de obl. ex consensu, Schneid. hic num. 3.* Ita tamen, ut oriatur non ex meris & simplicibus literis, sed junctis cum intellectu & sensu verborum. *l. non figura 38 ff. de O. & A.*

9. Sed & causam debendi, hoc est pecuniam esse creditam expressam esse oportet: aliàs inutilis erit cautio *l. generaliter 13. l. 14. C. de non num. pec. juncta l. 25. §. ult. ff. de probat & ib. Gotofr. in not. lit b.* nec lapsu biennij eadem vires adsumit. *Hilliger Donell. enucl. lib. 14. c. 37. lit. c. not.*

10. Effectus est, ut ex hac scriptura statim, simulatq; ea concepta & consummata est, tametsi nulla subsequatur numeratio, oriatur obligatio literarum merè civilis, deturq; ex ea actio, vel condictio ex lege adversus eum, qui ejusmodi cautionem exposuit. *d. vers. plane Inst. h. t. jun. l. unic. ff. de condict. ex lege. Schneid. Inst. hic num. 8.*

11. Diximus obligationem statim ex hac causa nasci: neque enim post biennium ea demum oritur, ut volunt nonnulli, cum tempus non sit modus inducendæ obligationis. *l. 44. §. 1. ff. de O. & A. Goedd. de contr. stipul. c. 1. concl. 1. num. 61. & seq.* quâ ratione moti post biennium oriri ex hac causa naturalem obligationem rectè negamus cum *Schneid. Inst. h. t. n 7.*

12. Porrò ad excludendam hanc actionem, intra biennium comparata est imprimis, exceptio non numeratæ pecuniæ, *tot. tit. Cod. de non num. pec. d. vers. plane Inst. de lit. obl.* Quamvis enim statim à tempore, quod in chirographo forsan expressum est, aut, si nullum adjectum est, secundum communem usum temperato, possit actio ista exerceri; efficaciam tamen non habet ante biennium elapsum: quoniam interim opponi potest hæc exceptio *dd. textib. Olden. class. 4. act. 30. n. 9.*

13. Hujus exceptionis ea est natura, ut onus probandi, scilicet numerationem esse factam, reus in actorem devolvat contra naturam aliarum exceptionum, in quibus reus excipiens vicem actoris, quoad onus probandi sustinet, *l. adseveratio 10. C. d. t.* juncta *l. 1. ff. de except. l. 19. ff. de probat.* unde etiam dicitur à jure privilegiata *Schneid. h. t. n. 10. Inst.*

14. Eam constat non à Justiniano primùm inventam; sed ante ipsius tempora perpetuam. *Borcholt. ad §. omnium. Inst. de obl. in fin* mox quinquennio inclusam: postea ab ipso ad biennium redactam *vers. planè Inst. de lit. obl. l. 14. C. de non num. pec. Hillig. Donell. enucl. lib 14. c. ult. lit. a. not.*

15. Datur autem hæc exceptio ex solâ causa mutui *l. 4. l. 13. C. de non num. pec.* sive illud consistat in pecunia numerata, sive in alia re, quæ constat pondere, numero, mensura. *leg. 14. in pr. in verb. & aliæres C. de non num. pec. & ib. gl. & Dd.* ex cautione alterius contractus non datur *gl. in fin. Inst h. t. Sichard. ad pr. d. l. 14. num. 3. C. d. t.* ubi addit, verum esse hoc, quatenus exceptio illa operatur suum privilegium, hoc est, ut transferat probationem in creditorem.

16. Nec, si quis debuit ante ex alia causa, & postea convenit, ut pecuniam crediti nomine retinere liceat, competit hæc exceptio, *leg. 5. C. d. t.* origo enim obligationis, non titulus actionis spectandus, *l 3. C. ad S. Ct. Maced. l. 8. in pr. ff. Mand.*

17. Eadem locum habet non saltem in debitore principali, sed in ipsius quoq; heredibus & successoribus, *l. 8. C. d. t. l. 14. in pr. eod.* nec non fidejussoribus. *l. 12. l. pen. C. d. t.* & creditoribus debitoris *d. l. pen.*

18 Quemadmodum autem exceptio illa competit debitori, qui chirographum, h. e. scripturam seu libellum, quo pecuniam se debere scripsit, creditori tradidit; Sic etiam datur creditori tradenti apocham, seu ut vocant quietantiam, qua creditor se pecuniam recepisse fatetur spe sequuturæ, nec tamen subsequutæ numerationis *leg. 14. §. 2. C. de non num. pec.* Sed illi intra biennium continuum à tempore contracti mutui *l. 14. in pr. l. 8. C. eod.* huic non nisi intra 30 dies ex omnibus causis, certis quibusdam exceptis, in quibus creditor per confessionem seu apocham sibi præjudicat, ita, ut ne quidem intra 30. dies possit illam exceptionem opponere *l. 14. §. 1. & 2. C. de non num pec. & ib. Sichard. jung. l. ult. C. de Apoch. publ.*

19. De

19. De dote, ratione hujus exceptionis idem videtur sentire Schneidevv. *num. 15. Inst. h. t.* quod de mutuo. Verum nos distinguimus inter Instrumentum dotale, in quo scriptum est, dotem integram, vel partem dotis numeratam esse: & inter apocham, qua præter instrumentum dotale cavit maritus, se dotem accepisse: illo casu admittimus exceptionem, habita nihilominus ratione temporis, quo duravit matrimonium, personarum mariti, & ejusdem defuncti heredum juxta *leg. ult. C. de dot, caut non num. jnncta Novell. 100. & ibi Cujac* hoc casu nullatenus eam habere locum decimus *per leg. in contractibus 14. §. 1. C. de non num, pec.*

20. Eandem quoque obtinere inter mercatores contra *Vasq. 1. illustr. contr. 33. num. 24.* statuimus cum Fachin 2 contr. 86. cùm ob legum generalitatem, quæ generaliter intelligendæ, *arg. leg. 8 ff. de Public. in rem act.* tùm quod à mercatoribus ea originem suam traxisse videatur, nullisque magis sit necessaria. *Fachin. d. l.* Schultz/ *Synopsi instit. hoc tit. lit. a. in fin.*

21. Utrum autem civitas perpetuo eam possit opponere, quæstionis est. Affirmativam sequimur ducto argto ex *l. civitas 27. ff. de reb. cred.* Si enim perpetuo tueri se civitas potest exceptione pecuniæ in suam utilitatem non versæ *d. l civitas. junct. l. 5. §. fin. ff. de dol. & met. exc.* multò magis defendere se poterit non numeratæ pecuniæ exceptione: quemadmodum enim creditor, probata numeratione, versionem quoque probare debet, exceptione scilicet opposita: ita multò magis probare tenebitur numerationem factam eadem civitate excipiente pecuniam numeratam non fuisse. *Mozius tract. de contract. tit. de mutuo §. venio ad primam columnam post. num. 18.*

22. Nihil etiam impedit, quo minus hæc exceptio possit opponi, tametsi instrumentum sit paratæ executionis, vulgo guarentigiatum *Gomez 2. var. resolut. 6. num. 3.* aut publicè per Tabellionem confectum *Schneidevv. hic num. 13.* nisi Notarius scripserit pecuniam esse vere numeratam se præsente, & testibus. *Hillig. Donell. enucl. lib. 14, cap. 37, lit. f. not.* aut quis ante chiro-

graphum confessionis se pecuniam accepisse viva voce testatus sit. *leg. generaliter. 13. C, de non num, pec.*

23. Solet quoque controverti : si nimirum lege municipali, quæ statuta civitatum vulgò vocantur, cautum sit, certas duntaxat exceptiones, utputa solutionis, compensationis, rei judicatæ, & similes contra Instrumentum opponi posse, num exceptio non num. pec. videatur exclusa. Nos negamus exinde, quod ista exceptio insit ipsi obligationi & confessioni, quam confessionem lex præsumit spe futuræ numerationis factam *arg. l. ult. C. de non num. pec.* unde intra biennium hanc exceptionem concedit, quam denegari cuiquam à jure municipali iniquum esset & injustum. *Andr. Fachin. contr. 2. cap. 84.*

24. Idem juris est, tametsi huic exceptioni renunciatum sit : cum quis æquè facile induci possit spe accipiendi ad renunciandum exceptioni, quam ad cautionem scribendam : eâque ipsa conventione id agatur, ne dolus futurus præstetur quod bonæ fidei contrarium *leg. contractus 23. ff. de R. J. Hillig. Donell. enucl. d. lib. 14. c. 37. lit. f. circa princ. in not. Sichard. ad l, 3. num. 10. C. de non num. pec.* Secus si mediante jurejurando ista renunciatio facta sit : nam licet jure civili idem cum nonnullis dicendum videatur per *l. ult. C. d. t.* tamen ut diversum ab ijs sentiamus, facit sacramenti religio *c. quamvis 2. de pactis in 6. c. etsi Christus 26. vers. & quamvis c. cum contigat, 28. in fin. extr. de jurej. Sichard. ad d. l. 3. in fin. C. de non num. pic.*

25. Cessat porrò hæc exceptio lapsu biennij ex nova Iustiniani constitutione *vers. sed ne creditores &c. Inst. de lit. obl. leg. in contractib. 14. in pr. C. de non num. pec.* vel agnitione debiti, quæ fit solutione partis ipsius debiti, seu usurarum *leg. 4. C. d. t.* aut denique si transctionis causa debitor certam pecuniæ summam sposponderit *l. si transactionis 11. C. eod.* non autem pignoris datione *l. 1. C. d. t.*

26. Sed

26. Sed si reus molem probationis in se velit recipere, audieturne? Sunt, qui hoc affirmant, inter quos est *Schneidew. Instit. hic num.11* & alij à quibus nos discessum facientes simpliciter istud negamus persuasi tum claris & apertissimis textibus juris, *leg. 8. in fin. verb. omnimodò leg. 14. pr. v. nullo modo. d. l. 14. §. 2. in fin. C. de non num. pec.* tum fundamentis & rationibus evidentissiis: Si enim admitteretur post biennium probatio, nec scriptura ad obligationem quicquam faceret, sed tantum ad probationem: nec esset hoc novum obligationis genus, cum quis hac ratione diceretur non literis, sed re obligatus; id quod expresse est contra mentem nostri Imperatoris *tot. tit. Inst. de lit. obl.* Plures rationes vid. apud Donell. *comm. jur. civ. lib. 14. c. 38. & ibi Hillig. in not.* Ubi & hæc quæstio incidit. Num post factam exsequutionem ordinario judici liceat solutum ex hac obligatione, ceu indebitum probata negativa repetere. Affirm. *Hillig. Donell. enucl. loco citata in not. lit. a.* Quod tamen nobis non fit verisimile per tradita à *Franzkio Exerc. 10. qaæst. 10. num. 42. & seqq.*

27. Adversus abusum hujus beneficij juris, ne videlicet improbi & obærati creditores, qui plerumque omnia mala nosse dicuntur, *gloss. in l. ab Anastasio 23. C. mandati* negando numerationem intra biennium creditorem probatione onerent, hæc cautela introducta est, ut mutuans non confidat chirographo debitoris; sed adhibeat testes, qui videant numeratonem juxta *Novell. 90. c. 2.* ut si usus veniat, actualem numerationem per testes docere possit. *Schneid. Inst. h. t. num. 20. Sichard. ad pr. C. de non num. pec. n. 7.*

26. Hactenus de remedio primo. Alterum est, ut si creditor exceptionem hanc eludere velit intra biennium non agendo, Querela non numeratæ pecuniæ instituatur, qua denunciamus creditori numerationem non esse factam: eaque fit in scriptis, si præsens sit adversarius; si verò sit absens, aut difficilis aditu, per judicem, aut Magistratum *l. 9. l. 14. §. ult. cum auth. seq. C. de non numer. pec.* quæ si ritè sit delata, exceptionem antea tempora-

temporalem, id est, biennio inclusam, reddit perpetuam. *l. 8. d.l.14.§.ult.C.d t.*

29. Est & tertium remedium, nimirum cautionis condictio, qua debitor chirographum suum non insequuta numeratione intra biennium repetit *l.8.C.d.t.* vel etiam condictio indebiti quasi indebitum per errorem expensum esset *l,4.C. de condict. indeb.* aut denique condictio ob causam, ubi quis spe futuræ numerationis se debere professus est. *Donell. comm. jur. civ. lib. 14. c.37. & ibi Hilliger. in not. lit. g. & h.*

30. Pœna negantis scripturam suam, vel injustè objicientis exceptionem dupli est, *auth. contra. C. de non num. pec.* nisi idem delato juramento, vel ultro fateatur, quod initio litis negaverat: quo casu non nisi in expensas circa probationem factas condemnatur *d. auth. contra.* At si reus post numerationis inficationem prætendat solutionem, omnimodò solvere compellitur nec prodest ipsi jam facta solutio: idq; in vindictam mendacij. *Auth. eod. Novell. 18. c.8.* Idem quoque obtinet in auctore, qui apocham, seu professionem solutæ pecuniæ falsò negat â se conscriptam: nam & summam apocha comprehensam, debito reputare cogitur, & tantundem pœnæ loco præstare, adhibita tamen superiori distinctione, utrum ipsum pœnituerit, nec ne *d. auth. contra. C. d. t. d. Nov.18.c.8. juncta l. quamvis 11. ff.de in jus voc. & ibi Cujac.* Tantum de hac materia pro ratione instituti & ejusdem materiæ qualitatis dixisse sufficiat.

Disp. VIII.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0062
DFG

Disputatio VIII.

Respondente

MARCO BERGA Silesio.

Thesis I.

Considerati contractibus, qui re, consensu, literis constant, subnectimus tandem stipulationis contractum, qui verbis fit. Quæ quidem stipulatio, licet dividatur in judicialem, Prætoriam, Conventionalem & Communem *t.t.ff. de divis. Stip.* tamen ubertas materiæ & paginarum angustia prohibet, quo minus de omnibus agere queamus. Agamus igitur de Conventionali in specie, quam ita definimus: Stipulatio est responsio congrua ad interrogationem præcedentem, verbis facta, ut aliquid detur aut fiat. *Baccov. I. de V. O. n. 1. in f.*

2, Caussam efficientem stipulationis statuimus jus Civile, non etiam jus Gent. adhærentes *Cujac. ad l. 7. in pr. de pact. & lib. 5. observ. c. 36.* Pro qua sententia facit, quod deportatus ex stipulatione non obligatur, *l. 14. in f. ff. de novat.* qui tamen ex contractibus juris Gent. obligatur. *l. 15. ff. de interd. & releg.*

3. Circa personas notandum, quod non solùm unus stipulari vel promittere, sed & duo pluresvê rei stipulandi & promittendi fieri possint, *t.t. I. de duob. re. stip.* quod quidem commune habet cum cæteris contractibus, ubi & plures rei debendi & credendi rectê fiunt. *l. 5. C. si cert. pet. l. 4. C. de duob. re.* Constituuntur autem duo rei promittendi: 1. Si uni eidem promittant, 2. Si unam eandemq; rem (licet unus purè, alter sub conditione). 3. Si singuli solidam. 4. Si ita solidam, ut tamen una eademq; res in utrinsq; versetur obligatione. Idem judicium sit de duobus reis stipulandi, hoc addito, ut post ipsorum interrogationem promissor respondeat, utriq; dabo. *pr. I. de duob. re.* Hunn. *super Treutl. vol. 3. disp. 27. th. 9.*

4. Sic itaq; constitutis duobus rei promittendi, quilibet ex iis tenetur in solidum, unus verò si solverit, cæteros liberat, quia

una & eadem res vertitur, Wesenb. *π. de duob. re n. 7.* ubi utiles se offerunt quæstiones: 1. An creditor partem debiti ab uno ex correis accipiens, divisisse actionem censeatur, ut eundem semel conventum amplius convenire nequeat? Resp. *ex l. 18. C. de pact.* non quidem liberari petitione, sed solutione hoc modo factâ, si ita dixerit, se pro sua persona vel ratâ solvere, & creditor in ea acquiescat. 2. An etiam duo rei promittendi de jure Novellarum teneantur in solidum adhuc? Aff. cum Dn. D. Frantzkio *in exercit. 10. q. 3.* 3. Utrum unus solvens post solutionem factam possit petere â Creditore, ut sibi cedantur actiones? Neg. quia creditor, eas amplius non habet. Arum, *disp. 23. super. ff. th. 3.* 4. Si non sint petitæ actiones, utrum solvens adversus correum habeat regressum nihilominus? *Aff. ex l. 2. C. de duob. re.*

5. Utrum verò si unus ê duobus correis credendi obligationem novarit, hæc novatio anteriorem obligationem, non solum respectu ipsius novantis extinguat, sed & alterius correi? Aff. Cujac. *22. Obs. 6. in f. per l. 31. ff. de novat.* quia enim unius acceptilatione tota perimitur obligatio, etiam unius novatione extinguetur: quia utriusque hic parvidetur ratio *d. l.*

6. Materia stipulationis consistit in dando & faciendo *l. 2. l. 25. §. 7. de V. O.* ubi in utrâmq; partem exagitata est quæstio, an, qui factum promisit, possit ad id præstandum præcisè urgeri, ita, ut liberari nequeat præstando interesse? nos neg. per *l. 84. d. V. O. l. 13. in f. & ibi* Duaren. *de re jud.* Et ejus rei manifesta ratio, quod ejusmodi facta, de quibus hic agitur, mera sc. & pura, quæ perficiuntur operâ membrorum corporis, veluti Romam ire, fossam fodere, insulam ædificare &c. nulla ratione possunt obtineri ab invitis, neq; legislator Romanus, violentam quasi impressionem in corpus fieri voluit, & ut verisimè Duar. *in. l. stip. 72. h. t.* ser vile esse existimavit præcisè quem ad faciendum cogi, cum nec res exitum habere possit in pervicaci debitore. Idemq; alia remedia suppeditavit, quibus obviam iretur debitori non servanti fidem; ut videlicet quantum interest creditoris, præstare teneretur, vel pœnam, quam providus creditor stipulatus est, cujus metu promissor factum impleret, ut docet Just. *in §. ult. Inst. h. t.* qui locus vel solus huic sententiæ confirmandæ

mandæ sufficere potest. Alia ratio est obligationum dandi, vel quia post moram commissam ad dandum agitur, non ad faciendum, vel quia in contumacia evidentiori citra impressionem in corpus manu militari res auferri potest debitori, *l. 68. de rei vind.* Baccov. *in Treutl. Vol. 2. disp. 27. th. 1. lit. L.* Et hoc intelligimus de facto proprio; si verò fiat alieni facti promissio non tenet stipulatio regulariter, nisi promiserit, se effecturum, ut alter faciat, *l. 83. h. t. §. 3. Inst. de inutil. stip.* quo casu tenebitur vel ad interesse vel ad pœnam subjectam. *Arum. exercit. 13. sup. I. th. 10.*

7. Requirimus autem, ut res deducta in stipulationem sit in commercio hominum, ubi tamen non putamus vitiari stipulationem quando res quidem non in promissoris, sed stipulatoris tantùm est cõmercio *per l. 34. de V. O.* Qui ergo rei commerciũ non habet eam utiliter promittit, *inutiliter* stipulatur. *d. l.* ibiq; Cujac.

8. Quid autem attinet, si rem meam stipuler? inutilis est stipulatio, nec convalescit, si postea mea esse desierit §. 2. *J. de inut. stip.* nisi vel aliquid juris in eâ mihi absit, vel stipulatio sub conditione fiat, si mea esse desierit. *l. 31. l. 98. de V. O.*

9. Res litigiosæ quoq; *t. t. D. & C. de litig.* ut & res dotales *t. t. de fundo dotali* cum effectu in stipulationem deduci prohibentur.

10. Sponsio verò (eine wette) rectè in stipulationem deducitur, & vim conditionis habet, ut quod sponsionis causâ promissum est, commissâ stipulatione omninò peti possit, modò sit res licita per *l. 108. de V. O.* & ita Scabinos Lipsenses pronunciasse accepi.

11. Quando verò decem aureos stipularis, quinq; verò tibi promittuntur, an valeat stipulatio, admodum controvertunt Dd. nos cum Dn. D. Ungepauero *exercit. 11. q. 5.* affirmamus, quod valeat respectu summæ concurrentis *l. 1. §. 4. de V. O.* negamus verò respectu summæ excurrentis *§. 5. J. de inut. Stip.* Frantz. exercit. *10. q. 6.* Ibi enim summa minor ita majori inest, ut pars inveniri possit, inquâ responsio conveniat interrogationi. *Ungep. d. loc.* hic verò ea confertur cum illa stipulatione, quæ non congruit in conditione. *Fr. d. loc.*

12. Si ita stipuleris decem aureos annuos quoad vivam

dare spondes. Et sic facta obligatio intelligitur & perpetuatur, quia ad tempus non potest deberi: Sed heres petendo pacti exceptione submovebitur *l. 3. §. de V. O.* Licet enim ipso jure tempus obligationem nec tollat nec constituat, quia tamen servari pacta æquum est: conventionem ejusmodi Prætor ope exceptionis tuetur, *l. 56. §. 4. ff. d. V. O.*

13. Si verò alternativè res instipulationem sit deducta, p. Stichum aut Pamphilum dare spondes, cujus erit Electio? R. promissoris *l. 95. de solut.* In alternativis enim Electio est debitoris *c. in alternativis de R. J. in 6to.* quod tamem axioma non caret fallentiis suis inprimis non procedit *1.* in pœnis alternativis per legem aut statutum impositis: tunc enim judicis est Electio, quam velit reo irrogare. *2.* quando alternativa ponitur inter duo, quorum unum solummodò est in obligatione; alterùm verò apponitur ad cautelam creditoris: ut promisisti mihi solvere decẽ intra mensem vel dare fidejussorem, elapso mense si te convenio, oportet te solvere, nec in arbitrio est tuo, dare potiꝰ fidejussorem. Bart. *l. 6. de pigner. act.* aliud exemplum extat *in l. 44. 1. §. 5. h. t.* Plura vide ap. Everhard â. Middelb. in *loc leg. â natura alternativ.*

14. Forma Stipulationis ꝙsistit in sequentibus. 1. ut uterq; loquatur & præsens sit *l. 1. d. V. O. l. 48. d. O & A.* unde concludimus, quod neq; oratione scriptâ, neq; interveniente nuncio, neq; nutu, neq; epistolâ rectè contrahatur, imò sic contracta, nec vim utilis pacti habeat arg eorum, quæ habet Everhard. *in loc. leg. â defectu formæ*, creditur tamen instrumento dicenti partes in stipulatione initâ fuisse præsentes, donec contrarium liquidò â negante probetur *l. 18. l. 1. p. h. t. §. 11. Instit. de inutil. stip. C. de prob. §. fin. Instit. de fidejus.* Licet verò per nuncium absentes nequeãt contrahere, possunt tamen præsentes Interpretem ad exponẽda sivè declarãda verba sua prolata adhibere. *l. 1 in f. d. V. O.* nt& nihil interest Linguâ Latinâ vel Græcâ fiat vel alia § *1. I. d. V. O.*

15. 2. Interrogatio debet præcedere, responsio sequi ut innuatur exjudicio & præmeditato consensu ad contrahendam obligationem promittentem accedere Duar. *ad tit. de V. O. in f.* ubi insuper in eâ actus continuus esse debet, nullo negotio extraneo interveniente *l. 137. de V. O.* Continuus autem putatur à Bart. & Jas. *in l. 1.*

in l. 1. §. d. V. O. si vel modicum sit intervallum, vel etiam eod. die fiat p. si manè interrogem, tu sero eodem die respondeas, dum modò neuter nostrum ad aliud negotium divertat. *arg. d. l. 137.* Et sic continuus appellatur actus, non ideò, quia intervallū medium quodpiam non patiatur, sed quod actum alium Extraneum non intervenire necessum sit. Deliberaiionis enim maturioris gratiâ responsionem distuliſſe quis existimari potest. Baccov. *sup. Tr. Vol. 2. Disp. 27. §. 1. lit. H:* Si verò sequenti die respondeat reus, non est contracta stipulatio *l. 12. pr. de duob. re* ubi negatur constitui duos reos, si die sequenti responsio contingat.

16. 2. Stipulationis congruitas debet in utriusq; contrahentium personam conferri, ita ut quis se daturum facturumvè promittat & alter sibi dari fierivè stipuletur. *§. 1. d. inut. Stip.* ubi quidē varia se offerunt 1. nobilis illa controversia, utrū qui impersonaliter promisit, obligetur? Affir. Hillig. *in Donell. Enucl. l. 14. comment. c. 36.* non obstante illo, quod personam suam quis debeat obligare, ex quo concludunt dissentientes quod impersonaliter non possit fieri Obligatio. R. enim ut ut concedamus argumentum à contrario sensu, non solum in legis dispositione, sed & suo modo in contractibus procedere, attamen hoc intelligi debet, quando sumitur à contrario sensu rationis, non etiam (ut hic) nudæ literæ. Everhard. *in Loc. leg. 74.* In stipulatione enim præcedit interrogatio, secundum quam responsio interpretanda est, ita ut contenta interrogationis in responsione repetita esse cēseantur *arg. l. 9. §. 5. ff de interrog. in jur. fac.* & sic licet quoad corticem verborum sit impersonalis obligatio, tamen quoad vim internam, & interpretationem legalem est omninò personalis.

17. Si quis sibi & alij, cujus juri subjectus non est, dari decem aureos stipulatus sit: valet quidem stipulatio, sed utrum totum debeatur stipulatori, an verò pars dimidia? Sed placuit non plusquàm dimidiā partem ei adquiri *§. 4. v. si quis J. de inut. stip.* ne scil. utilis stipulatio per inutilem vitietur, quia separari summæ & quantitates possunt *l. 1. §. 4. de V. O. ubi Dd.*

18. Sed si non sibi simul, verum alteri extraneo stipuletur, nihil agit. Solutio tamen in extraneam personam conferri potest. p. si quis ita stipuletur: Mihi aut Sejo dare spondes: ut obliga-

tio quidem stipulatori adquiratur soli. Solvi tamen Sejo etiam invito eo rectè possit, ut liberatio ipso jure contingat. Sed ille stipulat. scil cõtra. Sejũ habet mandati actionem *§. 4. de inut. Stip.* Ubi adjectus non potest exsuâ personâ contra promissorem agere *gl. §. 4. jung. l. 7. de pecun. constit.* cum nihil juris adjecto quæratur, sed tantum solutio, quæ facti est, in ipsum conferatur.

19. Adjecto tamen non rectè solvitur. 1. Si cum promissore stipulator litẽ sit contestatus *l. 16. in fin. princ. l. 57. §. 1. de solut.* 2. Si stipulator conditionem suam postea fecerit deteriorem, ut si ex divite pauper, aut inimicus sit factus stipulatoris, unde voluntas ejusdem mutata præsumitur; quia contractus sub illâ clausulâ rebus ita stantibus initus intelligitur. *l. 38. de Solut.* 3. Si adjectus moriatur, ejus heredibus solvi non debet, mandato quippè per mortem expirante ll. Vulg.

20. Per extraneam personam autem, quæ in potestate nostra non est, nihil stipulando nobis adquiri constat *§. 4 I. d. inut. stip.* Sed hæc in dubium vocat Francis Hotom. *4. obs. 8.* an ex stipulatione personæ sangvine nobis cõjunctæ acquiratur nobis obligatio? nos neg. regulariter per *l. 26. ff. de pact. dotal.*

21. Quid verò si servus vel sibi vel conservo suo, vel impersonaliter stipuletur, cui acquiret, cum non sit habile Stipulationis subjectum? R. quia servus ex persona domini stipulari potest, ideò indifferenter domino acquirit ea, quæ sunt juris *§. 1. I. de stip. serv.* Si verò factum stipuletur, ipse solus illud exequi debet. *§. 2. d. t. l. 38. §. 6. de V. O.* quos textus ita conciliat Baccov. *I. d. t.*

22. Ad effectus nonnulli referunt, quod stipulatio sola absque alio contractu, cui utplurimum accedit, ex vi verborum efficacè producat actionem: alij verò id negant fundamentis exquisitis: Cui igitur parti adhærendum? Præceptorem meum venerandum Dn. D. Valent. Riemerum JCtum Jenensem sequor pro affirmativa concludentem, 1. quia ut cæteri contractus perficiuntur suo consensu rei datione, &c. ita & stipulatio verbis *§. fin. I. de O. l. 1. §. de Ob. & Act.* 2. quia traditione sequenti per stipulationem dominium ad quirimus, *l 10. §. 1. de A. R. D.*

23. Quamvis verò conditionale legatum ad heredem suum legatarius non transmittat, *l. un. §. 7. C. de caduc. toll.* stipulatio tamen sub conditione facta rectè ad hæredem & in hæredem transit, si

ante

ante existentem conditionem mors stipulanti contigerit, §. 4. I. de V. O. §. penult. Inst. de inut. stip. quod tamen Gail. 2. obs. 2. putat in casuali, non etiam potestativâ conditione locum habere, cui consentit Arum. exerc. 13 superI. th. 3 per l. 46. §. 1. de V. O.

24. Ad effectus quoq; pertinet, quod cum obligatio semel contracta sit perpetua, l. 44. de O. & A. §. 1. 2. 3. I. de perpet. & temp act. defunctiq; bona cum commodo & incommodo, onere & favore ad heredem, l. 59. de R. I. l. 1. C. de hered. act. bonorumq; possessorem transeat, l. 1. l. 2. l. 3. ff. de bon. poss sequitur heredem non minus quam ipsum defunctum teneri. l. veteris 13 ubi Sichard. & l. ult. C. de contr. & commit. stip. Et licet olim circa faciendi stipulationes dubitabatur, utrum in heredes debitoris transmitterentur: quippè electam personæ industriam habere videbantur, l. inter artifices 31. ff. de solut. Justinianus tamen in l. 13. C. de Contr. Stip. veterum dubitatione sublata constituit, indistinctè transire; nisi nominatim actum sit, ut sola persona promittens, non ejus quoq; heres obligaretur, quo casu ope exceptionis juxta l. 68. d. R. I. defenderetur.

25. Quâ occasione quærimus, utrum censeatur in rem facta conventio vel in personam, ut scilicet in heredem transeat, vel non transeat obligatio, si vox aliqua taxativa addatur, ut si promittatur: Ego solus, vel ego duntaxat dabo decem? Resp. cum Baldo in l. fin. col. fin. vers. sed pone C. de action. empt. quod propterea non statim merè videatur personalis obligatio, sed heres nihilominus teneatur arg. l. 8. § 4. ff. de pign act. Dictio enim taxativa non solet excludere casus similes, eandem rationem habentes Everhard. à Midd. in top. legal loc. 111. à nat. taxat. Ut igitur hæc conventio sit personalis, aliis quoq; verbis vel circumstantiis opus esse, ex quibus de verisimili contrahentium mente constet, putamus. Regula enim est, quod non facilè censeatur cõtractus in personam absolute & mere conceptus l. 9. de probat. l. veteris 13 C. contr stip. Borchold. c. 2 d. pact. in tertia dibis. pact. n. 22. Quare igitur à tali juris præsumptione tot locis confirmatâ recedamus, cũ fortior sit præsumptione ex voculâ taxativâ resultante? Sæpius enim ornamenti causâ, vel ex more loquentis ejusmodi voculæ solent adjici.

26. Utrum verò si una eademq; res sæpius sit promissa ab eodem eidem sæpius debeatur, & sic diversæ sint obligationes utiliter quæritur? Et negativa placet per l. 18. & ibi Dd. de V. O. nec interest an in continenti, an ex intervallo sæpius hæc facta sit promissio Castrens. ad d. l. 18. quamvis enim eadem res ex pluribus causis nobis deberi & ad nos pertinere possit, non tamen nisi ex una causa nostra fiet l. 3. § ex pluribus de A. P. Cætetum an illa res sæpius promissa ex priori, an verò ex posteriori conventione peti debeat, nõ satis liquet; Habetur tamen eorum, quæ dicta sunt, distinctio apud Zas. & Alciat. in l. 18. §. d. V. O. quam ita inducimus; Aut prior promissio omni ex parte firma est, ut nequeat aliquâ exceptione debilitari; & tunc ex eâ tantùm nata dicetur

dicitur obligatio & actio: posterior erit solummodò repetitio semel contractæ obligationis, ut argumentum sit perseverantiæ & deliberatæ voluntatis. Aut prior actus aliquo casu infirmus videri poterat, aut non satis clara conventio vel dictum, ita, ut in dubium venire posset; tùm posterior obligatio potior erit priori.

27. Ad contraria referimus, quod inutilis sit Stipulatio, si partes contrahentes errent in corpore *l. 36. §. 1. l. 137. §. 1. d. V. O. §. 22. Inst. de inut. stip.* Sed si errent in materiâ corporis, ut si quis massam æream stipuletur, quam auream putet, non vitiarur stipulatio *l. 22. ubi Dd. d. t.* quâ in re differt ab emptione *l. 9. de contra empt. Cujac. & Donell. ad d. l. 22.*

28. Conditiones impossibiles dicuntur vitiare stipulationem *l. 1. §. 11. l. 31. de Ob. & act. l. 35. de V. Ob.* non etiam ultimas voluntates, *§. 10. Inst. de inutil. stip.* sunt autem hæ conditiones in duplici differentia, vel enim sunt naturâ tales, vel lege. Conditiones naturâ impossibiles adfirmativè conceptæ & in facto consistentes vitiant Stipulationes, quibus adjiciuntur. *l. 7.* ubi Donell. *de V. O. l. 31. de O. & A. §. 10. I. de inut. Stip.* si tamen conditio simpliciter non sit impossibilis, sed modò difficilis, valere stipulationem putamus arg. eorum quæ habet Eberhard. â Middelb. *in top. loc. 125.* si verò negativè concipiatur conditio impossibilis, statim firma est stipulatio. *d. §. 10. Inst. de inut. stip. l. 7. & l 8. in fin de V. Ob.* Quando enim V. g centum te mihi daturum promittis, si digito cœlum non attigero, nihil certius est, te mihi obligatum esse Borch *de V. O. c. 6. n. 116.* Aut lege seu jure impossibiles sivè adfirmativè sivè negative concipiantur p. si quis ob maleficium quodpiam ne fiat, promittat, semper inferunt vitium stipulationi *l. 7. §. 3. de pact. l. 2. de Condict. ob turp. ca. l. 61. de V. O. l. 2. & 4. C. de inutil. stip.*

29 Si verò purè sit inita stipulatio, & aliquid impossibile ipsi adjiciatur, utrum & ipsa vitietur, altius inquirunt Dd. Distingu tamen, aut impossibile illud adjicitur per modum accessorium, & tunc principalis obligatio non tollitur *l. 97. de V. O.* Aut illa impossibilitas adhæret ipsi principali obligationi, & tunc licet accessoria sit possibilis, totus actus vitiatur. *l. 69. d. t.* Philipp. Matth. *ad l. 135. de R. J.*

30. Licet initio res aliqua utiliter in stipulationem deducta fuerit, si tamen, antequam detur aut tradatur, in eum casum inciderit, sine facto vel fraude debitoris, â quo incipere non potuisset, evanescit obligatio §. *item contra J. de inut. stip. l. 83. §. 5. c. de V. O.* & ibi Cujac. Donell. Undè si homo, qui servus est, dum promittitur, postea antequam detur, in libertatem pervenerit: quia stipulatio in eâ causâ esse incipit, â qua incipere non potuit: extincta censeri debet obligatio; neq; ex post facto vires recipiet, si idem homo in servitutem revertatur.

Disputatio IX.

Disputatio IX.

RESPONDENTE.

Gottschalco Tilenio, Lemgo Westph.

THES: I.

DE fidejussoribus discursurus, possem multa proloqui de materiæ præstantia & utilitate, imô merito (ut in explicandis magis quotidianis fieri decet) deberem, si rite hanc rem explicare vellem, plures concipere theses, sed illud supervacaneum esse arbitror, certem quemadmodum Anacletus *in c. 7. c. 6. q. 1.* loquitur, solem facibus adjuvare, hoc verò impediunt methodus & leges nostri collegii, secundum quas ultrà quatuor folia & 30. theses nemini disputationem extendere licet, cui stare ut fas est, ita etiam fidei humanæ congruum *l. 1. ff. de pact.*

2. Proprium fidejussoris est, pro alio intercedere, sivè spondere, quo sumpto vocabulo in generaliori significatu, non solum fidejussorem, qui pro alio obligato & quidem obligato manente per solennem stipulationem intercedit (de quo nobis jam sermo est) sed etiam mandatorem, constitutorem & expromissorem sub se comprehendit *Ferd. Vasq. par. 1. illust. quæst. c. 33. num. 1. Wes. π. num. 2. h. t.*

3. Unde se offert quæstio illa quotidiana: An sub vocabulo hoc generali sponsoris contineatur etiam commendator, ita ut ex commendatione sua, in defectum solutionis possit conveniri? Negamus apertissimis textibus juris *l. 12. §. 12. ff. mand. l. 19. in prin. ff.*

de ædil. edict. l. fin. C. quod cum eo qui inalie ex quibus omnibus manifesto manifestius elicitur, ex nuda & simplici commendatione nullam suboriri obligationem.

4. Sed quid si ex calliditate commendet (vel ut possit ab aliis mutuo sumere pecuniam, vel ut in contractibus fides commendato de pretio habeatur) satis esse locupletem & fide probatum, Daß der Schuldener gnugsam were possessionirt, daß er endlehnte Gelt zu erlegen/oder der Keuffer das Kauffgelt zu zahlen? quo in puncto intrepidè concludimus, commendatorem firmiter teneri *arg. leg. consilij 47. ff. de reg. jur. l. 8. ff. de dolo l. 2. in fin. de proxenet*, cum dolus & fraus ab omni honesto atque gravi viro debeat abesse & ei duntaxat nocere, qui eum admisit *l. 9 ff. quæ in fraud. credit. Borch. c. 5. n. 10. in tract. de pact.* sic quoq; dicimus, etiamsi nulla adhibita fuerit calliditas, commendatorem ob nudas litteras aut verba commendatitia, vi statuti ita disponentis obligari *cum Hering. de fidejus. c. 18. num. 13.* ubi adserit ita jure municipiali Lubecensi lib. 3. tit. 10 esse dispositum, quod etiam in aliquibus locis terræ Westphalicæ scio usu servari.

5. Sub inhabilitate personarum intercedere prohibitarum, frequens est illa quæstio vulgata? An mulier sit idonea ad subeundam fidejussionem? Dis. Aut mulier intercedit, pro causa utilitatis propriæ, ut si pro procuratore suo fidejubeat, vel alias prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipiat *l. 3. l. 13. l. bona fide 27. §. ult ff. ad Sc. Vellejan.* casum ponimus talem: Mulier videt maritum graviter obæratum conveniri & molestari à creditoribus, ad evitationem molestiarum & liberationem vexæ, paciscitur cum creditoribus sub hac conditione, ut nomen sive obligationem mariti sibi vendere velint, pro certâ pecuniæ parte, quam vicissim velit consequi ex bonis mariti, hoc ita approbato à creditoribus, nihilominus postea mulier vult contra instrumentum super hoc contractu erectum, & simul ipsos creditores excipere, tuendo sese SC. Velleiano, se nimirum intercessisse prò marito suo, jam quæritur: An mulier possit esse tuta, opposita exceptione intercessionis ad repellendos creditores? Negamus mulierem intercessisse, sed potius cõtraxisse dicimus singularem contractũ, qui etiã taxandus est ex personâ contrahente

à qua

à qua hoc in puncto initium & firmitatem sumit, jam vero mulier nō prohibetur contrahere, ideoq; gerendo suum negotiū, firmiter obligatur *l.11.l. si domina 25. §. ult. l. bona fide 27. §. ult. ff. ad Sc. Velleia. l. 6. C. eod. tit.* Aut pro aliis intercedit, & tunc negamus fidejussionem esse validam, propter prohibitionem & beneficium SC. Velleiani *l. 2. ff. de R. J. l. 1. & tot. tit. ff. ad Sc. Vellia.* quod tamen in quibusdam casibus cessat, quibus annumeramus eum, si mulier legitimè SC. renunciaverit, quod fit, quādo priusquam renunciavit, certiorata & bene instructa est de beneficio & jure ex hoc Scto sibi competente *Geil. 2. obs. 77. n. 2. & 3. Her. de fidejus. c. 7. num. 473.* quod etiam jure Lubecens. expresse constitutum reperitur. *lib. 1. tit. 5. art. 7. in fin.* & consuetudine receptum esse testatur *Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 2. l. B.*

6. Sed quæritur hic: si in instrumento publico intercessionis inveniatur clausula renunciationis, quæ revera non præcessit, sed Notarius eam ex consuetudine quadam Tabellionum adiecit, anne hoc casu mulier obligetur? Negamus, quia non intelligit tacitam verborum vim, ideoq; habeat locum, quod alias aperti juris est, videlicet non figura literarum sed mente & consensu nostro, quem per earum interventum expressimus nos obligari *l. non figura. 38 ff. de obl. & act.* quod idem statuimus in ficta illa certioratione, si nimirum inveniatur etiam in prædicto instrumento, mulierem esse de beneficio SC. Velleiani ante renunciationem certioratam, posteà vero si judex devenerit ad examen, quærere de vi atq; efficacia hujus Sc. Velleia, quo neq; mulier intercedens, neq; Notarius qui confecit instrumentum, interrogati respondere valeant, quia requiritur ut realiter & effectivè mulier certioretur, jam vero non potuit ab illo certiorari & edoceri, ipse qui ignoravit *Vasq: lib. 1. illust. quæst. c 30. n. 26. Geil. 2 obs. 77. n. 7, Bac. disp. 28. th. 2. lit. B. vol. 2. ad Treutl.* Et hoc modo memini mulierem ab intercessione esse liberatam, sibi itaq; creditor imputet, quod Notarium, qui quidem oravit causas, sed jus ignoravit in quo versatus *leg. 2. §. 23. ff. de orig. jur.* adhibuerit.

7. Porrò in omnibus obligationibus, sivè reales sive verbales sive chirographariæ sive consensuales fuerint initæ, fidejus-

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0073
DFG

sores dari sive constitui possunt §. 1. Inst. de fidejuß. l. 1. l. 8. §. 1. & 6. ff. eod. nec illud interest, utrum sit obligatio principalis, an accessoria l. 8. §. fin. l. 27. §. fin ff. h. t. sit tamen honesta, licita & authoritate juris corroborata, pro obligatione enim turpi & legibus improbata, nullus fidejussor intervenire potest l. 46. l. 70. §. ult. ff. de fidejuss. l 7. § 3. de pact. l. 26. ff. de V O. Hering c. 10, n. 35. & 36. hoc. loc.

8. Quid sentiamus de periculosa illa quæstione: An obligetur qui fidejussit pro illo, qui ex vi & metu juramento alicui promisit aliquam summam pecuniæ, vel aliud se facturum pollicitus est, quod honestum licitum ac nō contra bonos mores est? Quod tutius affirmamus, plusquam enim manifestum est, fidejussionem esse accessionem obligationis principalis §. 5. Inst. h. t. jam vero principalem, propter juramentum & periclitationem animæ, in foro poli teneri, non est dubium, omne enim juramentum, quod absq; dispendio salutis æternæ, cum dispendio bonorum potest servari servandum, eritq; obligatorium c. 2. de pact in 6. c. cum 6. ext. de iis qui vi met, caus. c. si 8. ext. de jurejur. vid Ceil. 2 obs. 42. n. 4. 5. & 6. Inprimis cum etiam coacta voluntas sit voluntas. l. 21. §. pen ff. quod met. caus. ca 1, c. 15. q. 1. consequens itaque erit, fidejussorem etiam efficaciter teneri.

9. Controversi juris quæstio est: An fidejussor accedens civili obligationi teneatur? Obligationi civili nudæ, quæ vinculo æquitatis naturalis seu obligationis destituitur, fidejussor efficaciter accedere non potest, sed si de facto accesserit, tutus erit exceptione quæ ipsi, reo competit l. 7 §. 1. ff. de except. Ferd. Vasq. illust. quæst. lib. 1 c, 40 n. 9, secus tamen atq; aliter dicimus esse, in obligatione non mera civili, quæ alias mixta dicitur, & in illa obligatione civili, quæ à jure pro tali, ex justa causa non habetur, ideoque præsumptive mixta dicitur à Baccov, Inst. hic ad §. 1. quia lex præsumit veram & naturalem quoq; subesse obligationem, quæ oritur ex re judicata, hæc enim producit actionem efficacem Schneid. §. 1. Inst. n. 4. de fidejuss Wes. π. n. 4. eod.

10. Nullum dubium sapit, quin naturali obligationi fidejussor accedere possit l. 6 in fin. l, 7. l. 16. §. 3. & 4. ff. & §. 1. Inst. de fidejuss. Borch. c. 6. num 62. de pact. Exemplum habemus evidens in nudo pacto, quod in naturalitate sua non permanet, sed de jure positi-

positivo habet suos effectus & operationes, impedit enim condictionem indebiti & soluti retentionem producit *l. 10. ff. de ob & act. l. naturaliter 13. ff. de cond. indeb. Bacc. § 19 in fin. Inst. de legat.* In compensationem venit *l. etiam 6. ff. de compens Borch. loc. alleg.* potest constitui *l. 1, § 7 ff de const. pecun.* si itaq; aliquis det fidejussorem pro tali naturali debito, efficacius obligatur fidejussor, quã principalis, qui nullam habet actionem civilem adversus suum debitorem, quia ille duplici vinculo & naturali & civili est obligatus *Schneid. ad §. in omnibus 1. n. 2. & 3. Inst, h. t.*

11. Porro non solum obligatio ex contractu vero vel quasi, sed etiam ex delicto vero vel quasi descendens permittit fidejussorem intercedere, si nimirũ civiliter ad pœnam pecuniariam agatur tunc enim pœnæ solvendæ causa fidejussor dari potest, quod etiam puto esse extra ullam disceptationem *l 8. § 5. ff. h. t* Exempla habemus in furti actione *leg. 56. §. fin l. 70. § fin. ff. eod,* item in eo qui in L. Aqui. comm. sit *d. l 56. in fin.*

12. Sed, quid si criminaliter, ad pœnam corporalem irrogãdam agatur ? Dic: si pro pœna solvenda fidejussor offeratur, nullo jure admitti potest, nec debet, cum pœnæ debeant tenere suos authores *l. sancimus C. de pœn.* si v cautio offeratur de judicio sisti seu de præsentando reo, hunc in finem, ut reus ex carcere relaxetur & salvum conductum habeat, ad se defendendum, si nondum judici certo constat de delicto ejusq; circumstantiis : Et hoc in casu puto committendum esse discretioni judicis, an consideratis circumstantiis, personæ conditione & qualitate delicti, fidejussor admittendus sit vel non *l. 1, 2 3, 4. 5, ff. de cust. & exhibi reor. l, 6. § 3. l. 12. C. de appel :* Schultz *in synop. Inst. de fidejus. l. A. Wes. π. num. 4. h. t. Harp. Inst. § 1. n. 23. & seqq. eod.*

13. Occasione præcedentium quæritur ? si fidejussor qui cavit de judicio sisti, semel sistat reum, an unica illa præsentatio fidejussorem liberet ? Nego, quia si simpliciter promiserit fidejussor reum sistere, toties quoties opus fuerit, usq; ad finitum judicium & latam sententiam definitivam, reum tenetur præsentare, & ita sentit *Treutl. vol. 2. disp. 28. thes. 2. l. A.* quod etiam ita Marpurgi scio pronunciatum.

14. Tradito nunc ita criminis reo fidejussoribus, si effugerit,

qui se obligarunt de præsentando, vulgo **Auffeine wiederstellung**/tenentur de pœna pecuniaria determinate obligata, nulla vero quantitate expressa judex eam arbitrabitur *l. 4. ff. de cust. & exhib. reor.* si vero dolum & fraudem adhibuerint, & sic opem & auxilium præstiterint ad effigiendum reo, bene ponderatis circumstantiis, ne plus justo graventur, etiam extraordinariè & corporaliter, non tamen pœna quæ mortem infert, possunt puniri *d. l. 4. ff. de cust. & exhibit. reo. Scneid. §. in omnibus i. n. 9 Inst. h. t.* Verum de hoc fidejussore, in primis respiciendum est ad consuetudinem locorum *d. l. 4. cit. fin. de cust. reor.* & stylum curiarum, qui in hoc solent variare, stylus enim curiæ & judicij pro lege est observandus *arg. l. ult. in fin. C. de in jur. l. generaliter 12. §. 5. C. de reb. cred. Geil. obs. 1. num. 1.*

15. Forma fidejussionis essentialis consistit potissimum in stipulatione *l. 12. C. de fidejus.* qua omissa fidejussio ipso jure corruit. Animadvertendum tamen, cū in instrumento fidejussionis, vocula fidejussisse inveniatur, præsumptionem militare pro valida fidejussione, quod solenniter stipulatione intercesserit *§. fin. ibiq; Scneid. n. 1. Inst. de fidejus, l. 30. ff. de V. O.* verba enim cum effectu sunt accipienda *arg. l. 1. §. 2. ff. quod quisq; jur.* Hæc tamen præsumptio eliditur, per probationem in contrarium *l. 7. §. 12 ff. de pact.* statur n. scripturæ & instrumento, donec contrarium manifestissimis documentis probetur, *§. 11 Inst. de inut. stip. ibiq; Scneid. l. 4. C. de jur. & fact. ignor. l. 18. C. de probat.* quod etiam in instrumento publico obtinet per generalia verba *in alleg. loc. Scneid. alleg. loc. n. 3. Sich. ad l. 18. C. de prob. in fin. & ad l. 14. n. 17. & 18. C. de cont. stipulat.*

16. Hodiernis tamen moribus etiam nudo pacto, absq; stipulationis vinculo, fidejussio firmiter contrahitur & hoc ita in cōmuni Germaniæ practica & stylo receptum esse testatur *Wesenb. in π. num. 9. de pact.*

17. Ad formam fidejussionis pertinet quoq; ne fidejussores in duriorem causam, seu in plus, quam principali obligatione cōprehensum, obligentur *§. 5. Inst. l. 8. l. 34 ff. de fidejus. Wes. π. n. 5. eod.* quod illustro tali casu: Cajus qui debet Sempronio 50. fidejussorē offert Titiū, jam Sempronius creditor stipulatur illa 50. a Titio, qui promittit 100. hic fidejussio valet quo ad cōcurrentem summam in 50.

in 30. *l.1.§.4. ff.de V.obl.* quia minor summa continetur in majori; si vero Cajus suo creditori Sempronio esset obligatus ad 100. & hic stipularetur a Titio fidejussore 200. nulla erit fidejussio.

18. Sed quæritur. An arctius & efficacius fidejussores obstringi possint? Affirmamus, exemplum habemus sup. in th. 10. quando scilicet quis pro naturaliter obligato intervenit *l. 6. in fin. h. t. plura vid. exemp. ap. VVes. hic n. 5.* sed exinde non sequitur, quod in eventum retardatæ solutionis, tam ad arresta realia quam personalia de jure fidejussores se obligare possint, cum illa regulariter sint prohibita, excepto (in casu denegatæ vel protractæ justitiæ *cauſ. 23. quæst. 2 c. 2. Geil de arrest. imper. observ. 9. n 13.*

19. Forma accidentalis (1) in eo consistit, si fidejussio tantum concepta fuerit in leviorem causam vel minorem summam §. 5. *Inst. l. 9. l. 34. ff. de fidejus.* sic etiam fidejussio concipi potest ad certum tempus, quo elapso fidejussor ulterius non tenetur *l. si cum. 7. C. locat. VVes. n. 5 in fin. de fidejus.* alias fidejussio simpliciter facta, sequitur naturam principalis obligationis, & concepta intelligitur, in summam in obligitione contentam, perduratque durante principali obligatione.

20. (2.) Si conventum fuerit, ut fidejussor ante reum principalem, qui alias adhuc est solvendo possit conveniri, *de quo infra.*

21. Verum cum hunc in finem fidejussio introducta sit, ut creditores reddantur securiores *prin. Inst. h. t. § ult. in fin. inst. de replicat.* quæri solet: An qui promiserit dare fidejussores, offerendo pignora liberetur? Neg. quia aliud pro alio invito creditori præstari nequit, neq; aliter desiderio creditoris satis fit, quam si id fiat, quod fieri debeat *l. 2. § 1. ff. de reb. cred.* (2) quia creditor habens fidejussorem, onere custodiendi pignora non gravatur, qui alias tenetur de lata & levi culpa *l. 7. C. de pig. act. l. 23. ff. de R. J. l. 5. §. 2. ff. commod. vid. Harp. de hac quæst. ad princip. tit. inst. de fidejus. n. 65. Gæd. ad l. 61. num. 2 ff. de V. S. disc. Hyp. à coll. ad l 24. ff. de reg. jur.*

22. Si verò nunc constituatur principalis in mora solvendi, creditor eventualiter potest convenire fidejussorem, qui si ordine turbato conveniatur ante principalem, competit ipsi de jure novo exceptio ordinis sive excussionis *auth. præsente C. de fidejus. Nobel. 4. C. siquis 1.* qua opposita exceptione, principalis prius conveniatur & excutiatur, antequam fideiussor realiter & effectivè, de solutione interpellari possit *Rosb. in sua pract. cib. tit. 43. n. 2. Geil. 2. obs. 27.*

23. Hoc tamen beneficium inter alios casus cessat in eo, si reus difficulter conveniri possit, vel propter absentiam *Nob. 4. c. 1. vers. si vero intercessor*, vel propter alias causas, ut si reus principalis est rixosus vel potentior, princeps vel comes, tum enim habetur ad instar non esse solvendo, cum non

tantum

tantum quis dicatur idoneus ad solvendum ex facultatibus, sed etiam ex fide & facilitate conveniendi *l, siquis. 112. § 1. ff. de Verb. obl. arg. l. 2. ff. qui sententiæ. cog. Geil. dict. obs. 17. n 25. Scnid. ad § si plures 4. n. 6. Inst. de fidejus.*

24. Sed quæritur. An ille qui tanquam principalem als selbschuldiger se obligavit, adhuc gaudeat beneficio excussionis *cum Lindeman. disp. 21. th. 2. qut allegat Cothman. resp. 22. & 77.* affirmantium castra sequemur.

25. Plurium fidejussorum, qui pro uno intervenerunt, quilibet ipso jure est in solidum obligatus *§ 4. Inst. l. 3 C. de fidej.* si itaq; unus illorum non fuerit solvendo, reliqui ipsius portionem & quotam exsolvere tenentur *d § 4. Inst. l. 28. & d. l 3. C. de fidejus.*

26. Sed quid statuamus, si creditor cum uno fecerit pactū de non petendo, annenihilominus à reliquis totam summam pecuniæ efficaciter petere possit? Neg, quia ubi omnes sunt solvendo, introductum est beneficium Epistolæ Divi Hadriani, quo is qui ex plurib fidejussoribus in solidum convenitur, per exceptionem *l. 26 ff. h. t.* petere potest, ut creditor dividat debitum, quod continetur in obligatione fidejussoria, & quemlibet fidejussorum tantum cōveniat, pro portionibus virilibus *§ si plures 4. Inst. h. tl. 3. in fin. l 10. in fin. C. h. t. VVes. π. num. 6. eod.*

27. Si vero creditor fecerit pactum de non petendo cum uno & quidem inope fidejussore, der nicht zuzahlen hat/ anne habebit efficacem exactionem solidi seu totius debiti adversus reliquos. ? Neg quia creditor fidejussori parato solvere, si hoc petierit, tenetur ad cessionem actionum adversus confidejussores (de quo infra) jam vero nulla actio cedi potest, ubi nulla relicua est, quia per pactum de non petendo, actio, quam creditor habebat, adversus illum confidejussoem, est sopita, quia desiit esse debitor, qui tutissimam exceptionem nactus est *l. 66. de reg. jur. Bid. l. 7. § 4. de pact l. 7 § 2. eod.*

28. An vero fidejussores, quorum quilibet in solidum obligavit, einen vor alle/ vnd alle vor einen / prætendere possint exceptionem divisionis, controverti solet? Nos cum pace aliorum affirmativam defendemus

29. Aliquibus ita fidejussorum conventis, omnibus non existentibus esse solvendo, qui conveniuntur habent beneficium cedendarum actionum, cujus beneficio tenetur creditor paratis solvere, actiones quas competentes habet adversus reliquos fidejussores cedere, ut possint repetere viriles portiones, quas pro suis confidejussoribus solverunt, cum alias nullam habeant actionem contra illos *l. ut fidejus 39. ff. & l. cum alter. 11 C. de fidejus. VVes π n. 6. eod.*

30. Finaliter pro optima cautelâ fidejussores solventes, ut salvum retinere possint regressum habent animadvertere, ut prius petant, antequam solvant, vel in ipsa solutione cessionem actionum, nam si post solutionem vellent petere, repellerentur, quia creditor nullam amplius habet actionem, quam cedere possit, non enim enim nullæ sunt qualitates, cum solutione unius cæteri liberentur, & tota obligatio tollatur *pr. Inst. quib. mod. tol. obl. Bid. l. 76. ff. de sol. VVes. π, in fin. de fidej.* Schultz *Inst. de fidej. l. 6. & ita scio in praxi contigisse.*

Disp. X.

Disputatio X.

De CONTRACTIBUS INNOMINATIS

RESPONDENTE.

BENEDICTO SCRÖTERO Saltzungenſ.

THES: I.

ABſolutis Nominatis contractibus, devenimus nunc ad abſtruſam, & in toto jure hinc inde velut reconditam, utiliſſimam juxta ac perplexam illam Contractuum Innominatorum materiam, quæ cum ſatis ſpecioſè ſe oſtẽdat, tamẽ ordine ita efflagitante noſtrũ erit pro ingenij facultate quantum pagellarum exiguarum cancelli patiuntur, de ea impræſentiarum agere.

2. Sunt a. contractus innominati conventiones quædam, quarum obligationibus initium præbent rerum dationes vel facta ſed quibus nullæ Jur. Civili appellationes ſpeciales & propria nomina prodita ſunt *l. 1. §. 3. verſ. adeo a. l. 7. §. 1. & 2. d. pact. l. 3. d. Præſ. Verb.* Innominati dicuntur reſp. habito ad nominatos qui ut certi & definiti ſunt, ita nomen habeunt ſpeciale & diſcretim, per quod unus contractus in ſpecie diſcernitur ab alio, contra, innominatorum vaga aliquatenus & incerta eſt natura, ut loquitur *Bach. ad Tr. diſp. 20. vol. 1.* utpote ad quos omnia & quævis negotia, quæ incidunt & ad contractum aliquem nominatum referri non poſſunt remittuntur. Vel ita: Nominati ſunt cujus natura ll. conformata certis limitib. definita eſt: Innominati qui certam naturam à legib. non acceperunt, ſed in generali illa appellatione cõſiſtũt, & quãvis cauſam & συνάλλαγμα habeãt ut contractus nominati, non tamen habent certum nomen neq; cauſa illa eſt certo & ſpeciali nomine inſignita. Æquum interim eſt, & juſtum ut datio vel factum, quod intercedit, etiamſi certo nomine deſtituatur contractus, actionem pariat, eo quod à me aliquid ad te ſub certa pactione profectum eſt.

3. Cum n. per rerum naturam ita comparatum ſit ut plura

sint negocia quàm negociorum vocabula *l. 4. d. t. d. P. V.* & fieri non potuit quin negocia singula, singulis appellarentur nominibus ideoq; necesse fuit, nomen commune accommodari singulis speciebus, certum nomen non habentibus cum nomen commune ejusmodi sit, ut cœteris omnibus & quidem diversissimis negociorum speciebus accommodari possit.

4. Circa hos contractus quæritur: An nudum pactum innominatus contractus dici possit? N. per *l. 7. §. 4. de pact.* pactis n. nudis pacisscentes nihil aliud agunt, quàm ut de dictis & factis saltem conveniant, quæ ex solo conventu valent & æstimantur, contra quod fit in contractib. innominatis in quibus semper aliquod negocium certum seu synallagma geritur, *d. l. 7 §. f. 2. de pact.*

5. Ulterius hoc loco quæritur? an Transactio rectè referri possit, sub innominatos contractus. Nos respondemus quod sic, quia parit actionem præscriptis verbis *l. 6. l. 33. C. de Transact. conf. Bach: ad Tr. vol 1. disp. 7. th. 1. l. f.* & *th. 2. l. A*

6. Jam accingimus nos ad innominatos illos contractus, quos Pandectæ nostræ tribus ordine sequentibus titulis in fin libri 19. exhibent. Primus ibi est Contractus Æstimatorius, qui describitur, quod sit contractus innominatus *b f.* cum res æstimata cuipiam, vendendadatur, ut res ipsa aut incorrupta, aut æstimatio de quâ convenit reddatur *l. 1. h. t.*

7. Finis est ut res vendatur vel æstimatio præstetur, ad quem hæc operosa & accuratiori indagine non indigna pertinet disceptatio: Si res æstimata perierit apud accipientem, an ad illum an verò ad dantem periculum spectare debeat? *Treutl. 1. D. 30. th. 2. li. E.* per distinctionem rem expedire vult, quod *Bachov. in not. ibid.* displic. Nos accipiēti tribuimus damnū *l. 1. §. 1. h. t. l. 5, §. 3. Commodat.* Æstimatio enim possessorem dominum facit, ergo de periculo ejus tenebitur *l. 10. pr. ff. de jur. dot.* ibiq; *Gothofr. in not. lit. f.* Deinde quia hic contractus cum emtione venditione in hoc convenit, ut periculum ejus faciat, qui suscepit, perinde ac in re vendita *l. 51. ff. solut. matr. d. l. 10. Wesemb. in π. h. n. 5.* Deniq; quia per traditionem illam, dominum in accipientem, transfertur *d. l. 1. §. 1. h. t. n. l. 5. §. 3. ff. commodat.* Sed quid, si æstimatio certo pre-

to precio definita nō fuerit? R. Tunc quia non statuto precio certo, æstimatio verè facta dici non potest, ad dantem pertinere dicimus *Bachov' d. loc.*

8. Proximi tatis nexu superiori hæc disquisitio adhæret: Quod si res pluris sit vendita, quàm æstimata fuerit, an hoc plus recipiens habeat, an v. restituere danti debeat? R. & hoc plus accipienti adscribimus seqq. rationibus moti. 1. quod contrahentes ac paciscētes ultrà id quod convenit non obligentur, sed in cōtractu æstimatorio expressè nihil aliud agitur quam ut res aut reddatur, aut æstimatio rei certo precio restituatur *E.* præter æstimationem non amplius tenetur aliquid restituere, qui rem vendendam suscepit. 2. ut periculum in illum transferatur patet ex traditis super. th. iniquum en. foret si lucrum illud fortuitum eidem non relinquatur *l. 10, de R. I.* ut illud quasi pro compensatione habeat operæ pollicitæ.

9. Advolat nobis hic ventilanda & illa quæstio. An qui rē vendendam accepit ipse æstimationem præstare & sibi retineri possit? Et omninò posse putamus, in arbitrio namq; recipientis hoc est, an rem alij vendere, an verò sibi retinere velit, quoniam hæc est voluntas domini, ut pro re velit habere precium, quicunq; etiam ille sit qui emat: quo circa ratio penitus est nulla, cur ab alijs æstimationem rei sibi præstare malit, quam ab accipente. Deinde non tenetur recipiens ad aliud quam ut vel rem restituat, vel æstimationem de qua convenit præstet *d. l. 1: §. 1. h.* quod si itaq; rem vult retinere & precium determinatum solvere, ex suâ parte satisfeciisse contractui concludimus.

10. Hæc de cōtractu Æstimatorio sequitur Permutatio quā hic non ita generaliter sumimus qt, omnia cōmercia in se includat & quibusdā contractibus nominatis, quatuorq; illis contractuū innominatorū articulis conveniat, sed in quantū Emt. venditioni vel aliis contractibus opponitur *Vid. l. 1, pr. de rer. permut.* & civilem producit actionem *d. l. 5. §. ist. De præscrb. 6. l. C. de rer. permut.*

11. Definitur quod sit contractus innominatus, ex Jur. gēt. descendens b. f. quo certa res pro re certâ permutandi causa datur *l. 7. pr. §. 2. d. pact. l. 1. pr. §. 1. d. contrb. emt. §. 28. I. d. act. l. 5. §. 1. d. P. V.* Quibusdam placuit per consensum definire Wesemb. in

t. h. t. 6. 10. Vult. i. I. R. c. 41. quos sequitur Tr. quod tamen sequentem ob rationem nobis non placet (quamvis pace illorum dixerim quin incomparabilium istorum virorum manes allatrare, multò magis vellicare religio duxerim nam, non solum n. iis quorum opiniones sequimur sed etiam â quibus dissentimus gratia habenda est, cum & isti aliquid in medium contulerint) quæ talis: Quia in usu juris illi contractus ex consensu constare dicuntur qui ad sui perfectionem nō nisi consensum desiderant, in permutatione a. rei traditio contractum perficit & obligationem constituit E. non consensus. Bachov: *d. l. ad th. 4. lit. B.*

12. Per rem hic in definitione positam intelligimus tammobilem quam immobilem, personis etiam comprehensis, sic permutari possunt fundi *l. 1. C. h. t.* æs. ferrum, pelles, boves *l. 1. §. 2. ff. d. contbr. emt.* oleum & frumentum *l. 7. C. ht.* mancipium & ancillæ *l. 4. C. d. dolmal.* Pecunia, quæ non ut precium intercedit cum re æstimata *l Vlt. ff. d. cond. caus. dat. iun. Cujac. 23. ob. 29.* (provincias)

13. Hodiernis nostris moribus ob infinitam per singulas nummorum varietatem, pecuniæ alterius cum pecuniæ permutatio facta est necessaria. Quamvis enim proprius usus & finis sit nummorum, ut constituant mensuram seu æstimationem & pretium rerum *l. 1. de contr. Empt. iun l. 42. de fidei. Arist. 1. Polit. 6.* tamen vel urgente necessitate vel rerum conditione exigente hominum solertia usum nummi ultra primæ invertionis limites extendit, & hanc pecuniæ permutationem invenit, quod Cambium dicitur: Cujus sanè magnus in vita Communi est usus, præsertim hoc afflictissimo seculo, quo pecuniæ traductio admodum est periculosa, & perpetuò fere Martis clietes insidias auro machinātur. Sed instituti nostri ratio non concedit ut multa de hoc permutationis genere verba faciamus.

14. Ut igitur ad id, unde paulum digressi sumus, revertamur, queri mus: Num res aliena veniat in permutationem? Et R. quod non, nam in hoc differentia maxima inter emptionem venditionem posita est rem alienam in emrionem quidem venire posse *l. 28. d. contrah. emt.* permutari v. non utiq; *l. 1, §. 3. h.* quia natura & verbum permutationis ipsum rei ac proinde proprietatis & domini imutationem præ se fert, quæ, si is qui dominus non est qui permutat, fieri non potest quod enim alterius, est dominium,

nium, ei ignoranti aut invito auferri non potest, neq; ab eo qui dominus non est, in alium transferri valet: ob idq; hoc casu permutatio nulla contrahitur. *Cujac. 23. obs. 28.*

15. Sufficiant hæc de permutatione, & æstimatorio contractu Ordo nunc postulat, ut de speciebus seu articulis innominatorum contractuum quos refert JCtus Paulus in *l. 5. de Præs. verb.* quædam subjiciamus.

16. Primum inter hos locum tenet Do ut des, in quo maximè requiritur, ut res quæ datur sit propria & â domino suo in accipientem transferatur *l. ult. d. con. caus. dat. l. 13. §. si tibi areæ. 1. de Pr. Ver.* dare enim in speciali significatione est dominium rei in alium transferre *§. 14. J. d. act. Olden. clas. 4. act. 40. v. verbum dare* ad differ. hujus contractus cum aliis in quibus dare non semper idem importat *l. 18. pr. § 2. l. 22. d. P. V. l. 75. d. V. Ob.* & hæc datio in hoc do ut des & do ut facias, ut & factum in facio ut des & facio ut facias initium præbet obligationi ut supra docuimus proindeq; causa dicitur *d. l. 7. §. 2. d. Pact.* item negotium. Quod non sit gestum absq; Verbis aut conventione. Ita enim nudum erit factum, quod nudā actionem in factū pariet. Vide exemplum in *l. 15. in. fin. de præs. Verb.* Cujus medium concludendi est: Peto adversarium condemnari, quia hoc factum est. Sed circumscribatur conventione quadā. Quæ conventio alias si causa seu negotium illud non interveniret, pactum duntaxat esset *l. 7. §. 2. & 3. de pact. l. 3. C. de rer. perm. l. 15. d. P. V. Wesemb. de pact. n. 9.* Exempla hujus contract. vid. apud Bocer. *1. Class. Disp. 13. th. 6.*

17. Sed controversia hic occurrit famosa sanè & explicatu perquàm difficilis atq; intricatara: An hic contractus idem sit cum permutatione? R. Nos eum *Cujac. in l. 7. d. pact. Bach. ad 12. hic th. 6. l. a. Coras. 2. Mis. 15. & Vaud. 1. Var. quæst. 25.* affirmativam amplecti non erubescimus. *per. l. 5. §. 1. d. Præscr. verb.* Quicquid ergo supra de permutatione posuimus, id quoq; de hoc articulo seu contractu dodut des dictum volumus.

18. Succedit jam secundus articulus qui est Do ut facias, qui similis est, locationi conduct. cum quid faciendum locatur *d. l. 5. d. P. V. §. 2.* differt tamen ab eo quod in locatione pœnitere non liceat ut indo & facias, item quod in hoc veniant ea quoq; facta quæ locari non solent *d. l. 5. §. 2. l. 26. l. 65. d. contr. empt. §. 4. Inst. locat.*

tùm quod merces certa, qua factum æstimetur non constituitur *§. 1. 2. I. d. locat. Bocer. d. l. th. 8. ubi th. 7. vid.* exempla.

19. Peogredimur ulterius ad articulum facio ut des, qui etiam certo modo comparari posset cum locatione, cum non tantum locatio sit si do mercedem, ut facias, verum etiam si quid fecerim, ut des mercedem v. g. vestimenta custodienda, vel merces vehendas nō rogatus suscipio, ad docendum filium alicujus, operas sponte exhibeo, ut mihi præstetur merces. Sed hoc respectu non videtur ille articulus tractari in *l. 5. §. 3.* Cum enim ex facto quod promisi non semper perinde alteri obliger, atq; ex datione: quia utilitas ex illo aliqua ad alterum qui dare debet pervenire potest aut secus, in illo casu verum sy nallagma videtur quod comparationem admittit cum locatione: Hoc casu v. g. servum meum manumittā, ut mihi des decem. Hic cōstat nihil ad te commodi pervenire ex libertatis datione quo mihi civiliter obligari possis, Ideoq; ratione effectus s. actionis, expresse distinguitur hic â reliquis articulis ut ex seqq. patebit. Et de hac specie loqui JCt. *in d l. 5. § 3 ht.* probant Wes. *in π. hic. n. 5. Bach. hic th. 10.*

20. Ultimus nun restat, qui est: Facio ut facias, & assimilatur mandato *d. l. 5. §. 4. & 5.* commodato *§. 2. I. locat. cond. l. 17. §. 3. h, t.* in quibus ejus rei egregium habemus expl. quod si placuerit inter nos ut ego tibi meum bovem tu mihi tum aliquot dies commodandum dares, commodatum quid. videtur, tamen cùm non sit gratuitum neq; omninò conventio talis cum locatione conveniat, meritò in hunc contractum innominatum incidit. *d. §. 2.*

21. Quandoq; articuli possunt confuncti, & duplicari contractus innominati, ut promitto dare ac facere, ut des & facias, aut promitto dare ut tu des & facias, item non solum affirmando sed interdum & negando concipiūtur ut in *l. 3. pr. d. condict. caus. dat.* Sed illos comprehendi sub simplicib. putamus cum Oldendorp. *cl. 4. act. 40. n. 7. verb. item contractus & seq.*

22. Absolutis cōtractib. dispiciemus modò de actione quā pariunt. Oriuntur e. exinde actiones quæ præscript. Verb appellantur, quia hi contractus ex quib. proveniunt proprium & distinctum nomen non habent. Actio a. unaq; ex negocio unde nascitur

nascitur certum suum nomen accipit quo à reliquis distinguatur utis videmus in actionib. quæ ex nominatis proveniunt : Hi v. articuli cum in generalitate suâ stent nec nomen aliquod speciale habeant, impossibile erit negotium non nominatum nominatam gignere actionem.

23. Generale huj. action. nomen est. pluribus aliis in jure appellationib. in signitum, dicitur enim interdū actio in factum *l.1.§.1.h.t.* Præscr. Verb. in factum *l.24.cir.f.h.t.* incerti civilis *d. l. 7.§.d.pact.* incertum judicium *l.9.C.d.donat.* Præscr. verb. incerti *l. 8.in f.h.t.* Vtilis *l. 21. h.t.l.3.C.d.donat* Vtilis actio in id quod interest. *l. 11. in pr. d. minor. vid. pl. Meier. d. loc. th. 2.*

24. A quib. tamen interd· usu juris distinguitur una equid. & eadem est cum actione in factum. Actio n. factum nomen generale est sub se complectēs actionem in factum in specie sic dictam, & actionem in factum quæ P. V. appellatur. Et inde fit quemadmodum in th. præced. dictum, ut de actione P. V. prædicetur *d.l.1. in pr.l. 24.circ.f. l.h.t.* Interdum etiam ab act. P.V. discernitur, eidemq; opponitur ut apparet ex *l.25.§.per.p.o. & A.l.1.h.t.*

25. Deinde actio in factum se ad ea negocia extendit, quæ conventione destituuntur, vel sine verbis gesta sunt *l. 14. §. f. h.t. l. 15. §. 34. verb. proinde. d. damn. inf. jung. l. 20.§.8. d. nov. oper. nunc.* ut latius se diffundat quam P. V. actio, cum in hac, verba ut plurimum interveniant. quid itaq; de hac q. an actio P. V. sit actio in factum ? statuendum, ex modò dictis facile colligitur.

26. Ne autem prætereamus vnde hæ actiones appellentur, dicimus actioni P. V. ex eo nomen esse, quod detur ex præscripto conventionum, & eò tendat ut is, cum quo contraxi fidem suam liberet, sicut verba, quibus inter nos contractum est postulant. *Cujac. in Jnst. d. loc. cond. ad Verb. Præscr. verb. actio* Oldendorp. *d. class. 4. act. 40. in Princ.* Actionem verò in factum inde nomen obtinere, quod alio & proprio nomine destituatur, seu quod concipiatur in factum, quod specialem non habet nuncupationem *Cujac. ad. d. l. 7. d. pact.* Oldend. *d. l.* Vnde & exceptio in factum composita dicitur *in f. §. 1. J. d except.* in factum, composita replicatio *l. 15. pr. ad L. Falc.*

27. Datur hæc actio P. V. ei, qui sibi aliquem ex aliqua superio-

superiorum contractuum causa obligavit, ad id vt ille fidem exhibeat s. promissa præstet, vel ut dammetur mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit accipere *l. 1. §. ult. l. 5. §. 1. l. 9. in f. h. t. l. 5. C. d. rer. permut.*

28. Non verò datur, ad rescidendum contractum, ut sc. reddat alter quod accepit, *d l. 5. §. 1. Wes. in π. h. t. n. 3.* Hoc enim si recipere velim, repetatur, condictione, qs ob rem datam re non secuta *d. l. 5. §. 1. h. l. vid. txx.* in hanc rem passim *sub. tit. d. cond. caus. dat.* ibiq; *Wes.* in π. Oritur hæc condictio vel ex pœnitentia (pœnitere enim licet parti in contractibus innominatis antequam utrinq; impletus sit) vel ex cessatione s. morâ ejus qui dare vel facere debet *d. l. 5. §. 1. & 2. l. 5. pr. §. 1. & 2.*

29. Sed ut redeamus ad act. P. V. est illa personalis, semper enim contra eundem instituitur qui ex contractu mihi obligatus ad faciendum vel dandum *§. 1. J. d. act. l. 25. in pr. ibi. in personam d. O. & A.* & quoniam ut modò diximus, ex contractu est, ideò datur etiam hæredi & adversus hæredem *l. 5. C. d. rer. permut. l. 6. C. d. transact.*

30. Colophonem imponat hoc dubium, non minus intricatum & subdifficile, qualis actio detur ex articulo facio ut des, an P. V. an de dolo? quo enodando omnes propè ætatis docti elaborasse vrdentur, adeó ut Castrens. exclamare non sit vsus, esse hanc de apicibus juris disputationē & JCtum Paul. si reviviseeret laborem habiturum, verùm cum utraq; pars Affirm. & Negans admodum ponderosis sit instructa argumentis, ut nesciamus quo & quomodo in hoc bivio tutius progrediendum, opus itaq; erit in hac pugnâ ad horum transire castra qui fortioribus dimicare videntur argumentis quos esse putamus qui dicunt dari actionem de dolo subsidiariam hisce rationibus moti: I. Nitimur express. II. txb. *np. d. l. 5. §. 3. l. 16. §. 1. h. t.* qvi si puro acceptentur sensu, nihil contrarietatis cum aliis habent. 2. Hoc effatum probatur *p. l. 4. C d. dol. mal.* ubi expl. habetur celebrati contr. Innom. facio ut des, expressum, quando inquit JCt. solúm desiderare debes de dolo tibi decerni actionem. Non igitur hoc casu actionem P. V. dari dici poterit, dictio enim *solùm* taxativa est, quæ omnes alias action. excludit, & negativam habet implicatam *Eberh. in top. loc. à nat. dict. taxat. n. 1. & 2.* 3, Cōfirmamur in nostrasent quod actio de dolo in defectum aliarum actionum detur *l. 1. l. 7. §. nō solùm ff. d. dol. mal. l. 2. C. eod.* (nisi personæ, contra quem agere volo parcendum est tū enim subsidiariam in factum sine mentione doli instituenda est *vid. expl. in l. 11. d. dol.*) sed hic omnes deficiunt. E. 4. Stabilitur hæc sententia per magnam disparitatem, quam hic contract. cum reliquis habet, hi enim conditionem admittuntisse verò non.

Disp. XI.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0086
DFG

Disputatio XI.

Respond. Heinrich Hefftet/ Lusat.

Thes: I.

ABsolutis veris Contractibus, offert se nunc genus quoddam Contractuum, quod quodammodò à natura Contractuum hactenus expositorum recedere, quodammodò etiam eorum essentiam retinere videtur; quodq; cum non ex maleficio substantiam capiat, neq; etiam ex vero Contractu ejus obligatio proveniat Quasi Contractus nomen sibi vendicat *pr. I. de Obl. q Quasi ex Contr. nasc.* Licet vix soleant appellari quasi contractus, hæc negotia; sed potius dicantur in ijs obligationes nasci quasi ex contractu. *vid. Rubr. pr. §. 2. 3. & 5. Inst. h. t.*

2. Quasi Contractus autem (sive improprij Contractus, ut quibusdam placet) exiudè dicuntur, & veris Contractibus opponuntur, quod non tantùm specie ab ijs differant, *Vult. pr. I. h. t.* sed insuper etiam, quoad substantialia sint debiliores. Quippè quod ad consensum attinet, ille in Contractibus verè, & per conventionem, vel expressam, vel tacitam *l. 16. C. locat. Wesemb. per l. 65. ff. de Proc. in n. d. l. n. 4.* intervenire necesse est; hic verò non re ipsâ, sed præsumptivè tantum, & fictione juris contrahitur. *Vult. d. l. n. 5. in f.* quia & ignorans obligatur *l. 2. h. t.*

3. Sub rubricâ Instit, Sex de his contractibus recensentur. 1. Est negociorum gestio; 2. Tutelæ administratio. 3. Rerum cõmunio. 4. Hæreditatis communio. 5. Hæreditatis aditio. 6. Indebiti solutio. Hos ordine videbimus.

4. 1. Quasi contractus est negociorũ gestio. Hic constituitur, cũ quis sine mãdato, alteri⁹, & quidẽ absentis (qui forsan rerũ suarũ curã nulli demandavit, negocia administrat *§. 1. l. 1. l. 2. ff. h. t. l. 5. pr. v. Ideò 2. de Obl. & act.* Ratione personarũ quærimus hic quinã in hoc contr: admittantur? Et sanè, cũ hoc sit de genere permissorum omnes ex hoc contractu teneri arbitramur, *l. 3. ibi, & quis. ff. h. t.* pro qualitate tamen personæ, ita, ut quidam omnimodò ex hoc contractu obligentur, quales sunt, qui legitimam habent ætatem, etiamsi sint mulieres *d. l. 3. §. 1. h. t.* Quidam tamen eatenus tantum teneantur, quatenus locupletiores facti sunt, ut pupillus, *d. l. 3. §. 4.*

5. Forma est, ut gerantur alterius negocia, sine mandato & gratuito. Hic jam dubia quædã oriuntur. 1. Dictum fuit negocia alte-

rius: Undè Quæstio est; Utrum etiam is, qui hæreditatis jacentis negocia gerit, hac actione teneatur, cum bona hæreditatis jacentis nullius in bonis sint, *l. 22. pr. ff. h.t. Wesenb. per l. 68. de furt. in π. ff. exph. hæredit.* Et utrius an defuncti, an verò hæredis futuri? Sanè quod obligetur illud quidem minus videtur dubium, idq; patebit, probato eo, quod alterutrius negocia fuerint gesta. Pro ijs, qui putant defuncti geri negocia faciunt omnes illi textus, qui dicunt, hæreditatem defuncti sustinere personam *ll. Vulg.* Pro ijs, qui putant hæredis negocia geri, facit *l 54. ff de Acq. & Omit. hæred. l. 138. de R. J. l 24. in f. de Novat.* Pro ijs, qui eum omninò non teneri existimant, militat *l. 3. §. 6. ff. de Neg gest.* Nos adductis minimè obstantibus, ijs adstipulamur, qui hæredis negocia geri autumant considerato casu & eventu aditæ hæredit: cujus respectu rectè dicitur hæreditas futuri hæredis personam repræsentatasse: cui etiam hac consideratione ritè stipulatur hæreditarius servus *l. 28. § f. l, 35. de stipul. serv.* contraria fortè in ipso discursu videbimus.

6. Deindè dictum fuit negocia absentis, unde iterū quæritur; Utrum etiam negociorum gestio sit, eaque actio competat, quando quis præsentis administrat negocia? R. Disting. Aut sciente aut ignorante domino geruntur: priori casu non est negociorum gestio, nec hæc nascitur actio, quia cum sciens prohibere possit, nec prohibet tacitè mandasse præsumitur. *l. 6. §. 2. & l. 18. Mandati l. 60. de R. J.* Posteriori casu est negociorum gestio. *Vult.* ex mente *Fabri & Angeli I. §. 1. n. 8.*

7. In th. præcedenti dictum est, quod si quis præsentis & ignorantis negocia gesserit, obligetur de negociis gestis. Nunc quæritur, quidnam dicendum sit, si quis absentis & scientis negocia susceperit, an etiam hac actione experiri possit? Affirm. cum *Treutl. Vol. 1. disp. 10 §. 1. lit. C. in not.* Idque probari putamus *per §. 1. I h.t.* in verbis, ex quâ causâ, ij, quorum negocia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur; ubi ponitur dictio implicativa *etiam*, quæ denotat idem esse in casu contrario, *Everhard. in Top. loc. 110. n. 1.* Idem apparet *ex l. 2. ff. h.t.* ubi etiam ponitur particula *licet*, quæ, cum similiter implicativa dictio sit, amplius quid implicat & inducit, quam in oratione verbis exprimitur.

8. Tandem superius dicebatur sine mandato: Verùm, cum rati habitio soleat æquiparari mandato, *l. 60 in f. de R. J.* Quæstio hic exoritur, Utrum ratihabitio domini accedens immutare possit

possit negociorum gestionem, ita, ut mandati detur actio? R. Disting. Aut post perfectum negocium demum supervenit ratihabitio, & nascitur actio negociorum gestorum *l.9.C.de Neg.gest.* Aut concurrit ratihabitio quodammodo in ipso actu gestionis & tunc oritur mandati actio: ratio est, quia voluntate domini negocium gestum dici potest. *l.6.§.2.ff.mandati.*

9. Quid verò dicendum erit, si alius, quam verus dominus, cujus principaliter interest, mandaverit, utra ibi, an negociorum gestorũ, an v. mandati actio domino principali, gestoriq; competat. Et sane, cum & hoc casu alterius ignorantis negocia sine mandato domini gerantur, utique tanquam ex negocio gesto, & quasi contractu rectè agetur, *l.6.§.1.& l.3.§.f.de Neg.gest.Heig.l.h.t.§.1. n.9.* Quanquam non negamus, quod respectu mandantis etiam mandati competere actio possit, si forsitan ipsius interesse quodammodo in eo versetur *d.l.3.§.f.*

10. Discutienda etiam hic venit quæstio illa de curatore aliisq; necessariis negociorum gestoribus, qui necessitate quadam, vel etiam magistratus mandato compulsi alterius negocia administrant, an hi etiam hac actione uti, & conveniri queant? Nos quicquid alii dissentiant affirmativam amplectimur opinionem, moti *l.6.l.17.C.de Neg.gest.& l.3.§.5.ff.h.t.& §.10.* Ubi simpliciter dicitur, quod tàm voluntarius, quam necessitate, vel etiã ejus suspicione ad negocia alterius curanda inductus hac ratione teneatur.

11. Ad effectum pertinet anceps illa Quæstio, quamnam culpam præstet negociorum gestor anne etiam levissimam? Sunt qui negant per *§.1.Inst.& l.20. C. h.t.* Verum nos discessum ab iis facimus, & *d.§.* contrariã opinionem manifestè stabiliri putamus tùm quod ibi habeantur verba superlativi modi, quæ suâ vi & efficacia, æque tàm comparativum, quàm positivum inferunt & præsupponunt, argumento eorum, quæ tradit *Everhard. in Top. loc.98.n.1.* cum etiã, quod requiratur major in *d.§.* diligentia, quam quis suis rebus adhibet, *Baccov. super l.h.t.* Accedit *l.24. C.de usuris*, ubi ducto argumento â minori ad majus fortissimè sententia nostra corroboratur. Si enim mater omnem præstat culpam, utiq; etiam extraneus & quidem masculus. idq; propterea, quia si illud ibi inest, ubi minus inesse videtur, etiam ibi ineritu, bi magis *Everhard. in Top. loc.15.n.1.* in muliere enim minor, quam in aliis, obligationis

ad leviſſimam culpam apparet ratio, utpote quæ imbecillis reputatur judicii. *ll. Vulg.* Sed hæc ſufficiant de primo.

12. Alter Quaſi-Contractus eſt Tutelæ adminiſtratio, quæ propterea quaſi contractib? annumeratur, quia tutor pupillo obligatur; cum quo tamen nunquā contraxit, *l. 5. §. Tutelæ 1. de O. & A.* cum & ignoranti, & invito tutor detur *l. 6. ff. de Tutor. & Curat. dat.* Ex his autem tutor obligatur, quæ officium ejus concernunt, ſi in iis dolum, aut culpam, admiſit, *l. 7. C. arbitr. tutel.* p. ſiante ſuſceptā adminiſtrationem inventarium conficere neglexerit, nec ſatis dederit, vel etiam perſonam & ſalutem pupilli non rectè tuitus fuerit, *arg. l. 7. de Curat. fur.* & quidē adeò, ut ſuper earum rerum quantitate, quæ, dolo tamen ſeu contumaciā *l. 1. l. 4. §. fin. & l. ſeq. §. 3. ff. de In lit. jur.* tutorum, eorumvè hæredum, non reſtituuntur vel perierunt contra eos, in litem jurare liceat *l. 7. pr de Admin. tut. l. 1. 2. & 4. C. de in lit. juran. Heig. Inſt. h. t. n. 3. & 4.*

13. Effectus hujus quaſi contractus eſt, quod mutuæ exoriantur tutelæ actiones, §. 2 *Inſt. h. t.* Harum una, directa ſc. competit pupillo contra tutorem *d. §. 2.* quæ iterum ſubdividitur in directam tutelæ actionem in ſpecie ita dictam *l. 1. §. in tutel. 21. ff. de tutel. & ratio diſtrah.* quâ petit pupillus id, quod ex tutelâ dari fierivè oportet, & ſolam rei perſecutionem continet. *l. pen. ff. rem pupil. ſal for,* daturq; demum finita tutelâ, *§. ult. l. d. Attil. Tutel. l. 18. in fin. l. 9. §. 4. & §. ult. & l. 10. de tut. & rat. diſtrah.* Et in actionem de rationibus diſtrahēdis *d. l. 1. §. in tutela 21. & tot. tit. ff. de tut. & ratio diſtrah.* de quâ paulò inferius, ubi etiā contrariam annectemus.

14. Hic jam dubitari poſſit, cum in 8. præcedenti dicatur actionem finitâ tutelâ pupillum habere, annē etiam finitâ tutelâ demum de ratione adminiſtrationis reddendâ teneatur? Et quidem ſi ad jus civile reſpicimus, tunc omninò dicendum quod ſic; Idq; per textum expreſſum *in l. 1. §. fin. l. 4. ff. de tutel. & ration. diſtrah. l. 2. C. de admin. tut.* Si verò Receſſus Imperij, & jus Saxonicum attendimus, tunc deprehendimus à jure civili quodammodo recedi, vel potius aliquid ſuperaddi, cum eo jure tutor ſingulis annis ad rationes reddendas obſtrictus ſit, non quidem pupillo, ſed magiſtratui, Policey Ordnung zu Augſpurg Anno 1548. tit. von den Pupillen. §. Item daß Er. ibi vnd jährlich auff foderung der Obrigkeit gebührliche Rechnung thue/ vmb ſeine Verwaltunge Rede vnnd Antwort gebe/ alles

bey

bey verpflichtung seiner Haab vnd Güter. Imò licet non sit requisitus à magistratu, sponte tamen rationes offerre debet, Reformirte Policey Ordnung de Anno 1577. tit. 32. in verbis vnnd Jährlich nicht allein auff foderung der Obrigkeit/ sondern auch selbst vermöge seines anbefohlenen Amts auch geleister Pflicht vnnd Eydes gebührliche Rechenschafft anbieten vnd thun/ Jus Saxonicum verò etiam ab hoc discrepat in eo, quod ratio reddi debeat quotannis quidem, non verò magistratui, sed proximis pupilli hæredibus, Landrecht *lib. 1. art. 23. 41. 44. 45. Wesemb. π. ff. de Tut. & rat. distr. n. 3.*

15. Si v. plures fuerint tutores, tunc omnes pupillo tenentur, & quidem in solidum, *l. 6. C. Arbitr. tutel.* sub hac tamen distinct, quam tradit *Pacius in Isagog. sup. ff. de Admin. & peric. tutor. & C. de divid. tut.* Aut tutela est indivisa, aut est divisa: Si est indivisa subdist. Aut nemo gessit, aut quidam, aut omnes. 1. Casu omnes æqualiter tenentur, ita ut pupillo detur electio conveniendi unum ex omnibus, nec convento, cum is ob suam contumaciam condemnetur, actiones cedere tenetur contra contutores, *l. 38. in fin. de admin. tutor. l. 1. § plane. 14. ff. de tut. & rat. distr.* 2. Casu qui gesserunt conveniendi sunt prius, si modò sint solvendo, *l. 2. C. de hæred. tut. l. ult. C. de divid. tut.* 3. Casu pupillus habet electionem conveniendi, vel omnes vel aliquos. Si aliqui conveniantur, possunt illi petere, ut actio dividatur, inter eos, qui tempore institutæ actionis sunt solvēdo *l. 1. §. 10. 11. & 12. de tut. & rat. distr.* vel ut ipsis cedatur à pupillo actio *l. ult. in pr. ff. Rem pu. vel ado. sal. for. l. 6 in fin C. arb. tut.* vel etiā possunt in casu non petitæ cessionis, utili à contutoribus portiones repetere, *d. l. 1. §. & si forte. 13. ff. de tut. & rat. distr.* Si v. tutela est divisa, tunc sub disting. Aut à testatore, aut à judice, aut tutorum conventione divisa est; 1. & 2. casu quisq; pro sua parte tenetur tantum, nisi dolo vel culpa contutorem suum suspectum, omninò non, vel serius removeri curavit. *l. 2. §. indivisionem. C. de divid. tut.* 3. Casu omnes æqualiter tenentur, ac si esset tutela indivisa, *d. l. 2. vers. fin.*

16. Nunc actio de rationibus distrah. perpendenda venit. Hæc verò ita appellatur, quasi de rationibus jam distractis & conturbatis, *Heig. ex Cujac. l. 6. t. n. 9.* & ortum suum trahit *ex l. 12. Tab. l. 55. §. 1. ff. de admin. tut.* & competit pupillo adversus tutorem propter id, quod ex bonis pupilli amovit, *d. l. 55. § 1. l. 2. pr. de rat. distr.* in duplum; ita tamen, ut duplo simplum insit *l. 2. in f. ff. de tut. & rat. distr.* & duplum etiam precij tantum intelligendum

est, non v. etiam ejus, quod pupilli interest *l. 1. §. 20. d. t.* Si vero animo furandi fecerit, etiam furti tenetur. *d. l. 2. §. 1. l. 33. de furt.*

17. Sed sufficiant hæc de directâ actione tutelæ. Nunc quædam de contraria actione adponantur. Est a. contraria tutelæ actio, quæ tutori adversus pupillum datur, in id, quod in rem pupilli bonâ fide impendit, vel si quid in rebus suis damnum propter administrat: sensit. §. 2. 6. *non tantum. Inst. de Obl. quæ q. ex contr.* Ut n. lucrum facere ex tutelâ tutor non debet, sic nec damnum sentire, *l. 58. de admin. tut. l. 7. ff. testam. quemadm. aperi. l. 6. §. 1. ff. Com. divid.* Atq; hanc ob caussam prætor proposuit hanc actionem, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoq; sibi obligatum fore ex suâ administratione, & se recepturos, quod impenderent. *l. 1. ff. de Contr. tut. & util. act.*

18. Ubi 2. utiles Quæstiones se obferunt, 1. quo tempore competat? Ubi. R: Eam competere, non statim post impensas factas, sed demum finito tutoris officio. *l. 1. §. 3 de Contr. & util. act. l. 4. eod.* 2. Quo tempore finiatur? Ad quam quæstionem respondeo, eam, cum sit rei persecutoria, perpetuam esse, & hæredibus contra hæredes dari. *l. 3. §. fin. l. 5 ff. eod.* Nec tantum competit, quando realiter tutor impensas, pro pupillo facit, sed & quando tantùm pro pupillo se obligavit, ut expressè loquitur *l. f. eod.*

19. Quomodo verò ratio ineatur impensarum factarum, an scilicet tantùm restituendæ sint impensæ realiter erogatæ? An v. etiam eorum habeatur ratio, quæ tutor pupillaribus negociis impeditus lucrari non potuit? Nos cum *gl. & Dd.* putamus etiam lucri cessantis haberi rationem. Quia *gl.* in deficientia textus potest allegari ut textus, *Everh. in loc. leg. loc. 82. n. 42. Alexand. Consil. 64 & 75. n. 24. lib. 4.* Nec contrarius textus dari potest, merito igitur d. glossæ adhæremus, moti insuper hac ratione, quod iniquum videatur, si quispiam alteri jactura propriæ utilitatis inservire debeat.

20. Cessat autem hæc actio ad impensas recipiendas, si tutor injustam litem moverit, *l. 6 C. de admin. tut.* Aut si non omnino bonâ fide sumtus fecerit, ut si eques cum comitatu iter ingrediatur, cum in propriâ solus & pedes ire sit solitus. *VVesemb. par. de Contr. tut. n. 4.* Uti nec illud venit in restitutionem, in quo persequendo, plus sit detrimenti, quam in obtinendo futurum emolumenti, *arg. l. 9 C. de annon. & tribut. VVesemb. d. loc.*

21. 3. Qua Contr. est Rei communio sine societate verâ originem ducens, *l. 31, pro Socio.* ubi alter horum tenetur, quia solus fructus percepit, vel quod socius ejus (ita si dicendum) solus in eam rem necessarias impensas fecerit, *§. 3. de J. O. quæ q ex contract.* quod Dd. etiam ad utiles impensas extendunt. *Heig. I. h. t. n. 6.* Ubi notandum, quod in *d. §. Imp.* faciat mentionem fructuum & impensarum tantùm, non etiam ipsius rei principalis; ipsæ enim res principales, non petuntur ex quasi Contractu, sed rei vindicatione, ut ita tantum propter præstationes personales hoc judicium sit ex quasi contractu. *Bacco6. I. h. § jun §. 22. Inst. de Act.*

22. Materia sunt res omnes, quæ non sunt exceptæ partium conventione, *l. 13. ff. com. divid.* Res omnes dixi, ne quis eas res exclusas esse existimet, quæ nullam omninò admittunt divisionem, ut sunt homo, Equus &c. hoc

enim

enim casu nihil ominus judicio Comm. dividundo experiri potest, *l.19.§. Iudex.3.ff.Com.dibid.* licet pro parte quidem ea res petita, non nisi integra solvatur, *l.85 §.4 de V.O.* siquidem tota res uni adjudicanda venit, qui scilicet plures in ea partes habet, *l.3.ibi majoris precij C. comm. dibid.* vel ubi partium jura sunt æqualia, sorti res committenda est, *l.2.pr.in verbis, Electio ex sortis felicitate.C. Quando,& quibus quarta pars.* Ita tamen, ut is cui res adjudicatur in æstimationis partē alteri condēnetur. *§.5.I.de O I l.10.§.f.ff com.dibid.*

22. 4. Quasi contractus est hæreditatis communio, quæ contingit, quando testator plures hæredes scribit, sæpius etiam ignorantes. Illos enim propter defectum expressi consensus (sicut in superioribus, ita & in hoc) quasi contraxisse jus fingit. Possit autem videri, ac si hic contractus idem sit cum proximè præcedenti: verùm cum eum *Imp.in Inst.* à superiori expresse separare voluit, ac insuper etiam separatam habet naturam, separatamq; producit actionem, ut patet *ex ff. & C. tit. fam.ercis. & tit.comm.div.* utiq; etiam separati erunt contractus *Vultej l.5.4. h.t.*

23. Ad effectum hujus contractus pertinet, quod cohæres, cohæredi non tantùm dolum, sed etiam culpam præstet, in rebus hæreditarijs, *l.16.§.4. l.25.§.16 ff famil.hercisc.*

24. Circa hos duos Contractus duas annectere libet quæstiones: 1. Quamdiu competat actio communi divid. & famil. hercisc? Et an 30. annis expiret? R. Distingv. Aut actione famil.hercisc. vel comm.divid petitur res vel hæreditas dividi; Aut petuntur impensæ ab uno factæ, vel fructus ab altero percepti, restituí. 1. Casu subdistingv. aut alteruter ad divisionem provocavit, & hoc casu 30. annis expirat, *l. 3. pr. C. de Præsc.30.vel 40.ann.* aut neuter provocavit, sed uterq; in possessione permansit fortè 50. annis & hoc casu tempus 30. annorum non excludit actionem, sed ijs semper divisionem postulare licet. *Heig.l.do Act. §. Quædam. n. 16.* ratio manifesta est, quia eo ipso, quo alter divisionem jam petiit, actio nata est, quando verò à neutro flagitatur divisio, utiq; nec actio nata, nec præscripta dici potest. 2. Casu, quando impensæ vel fructus repetuntur, tunc 30. annorum præscriptio effectum suum sortiri potest. *Heig d.l.n.18.*

25. Deindè quæritur; si pactum interveniat de standō in communi re perpetuo? Vel si pater, vel testator prohibeat in testamento suo, ne liberi, vel hæredes bona sua post mortem ejus dividant, sed in communione permaneant, num etiam hisce casibus communi divid. vel famil. hercisc. agi poterit? Nos affirmamus, utroq; casu hanc actionem obtinere. Et quidem prius per textum expressum in *l.14 §.si conveniat.2 ff comm.dibid.* Posterius v. asserimus ducto argumento à contractibus ad ultimas voluntates, quod etiam optimè procedit, *§.un.I.de L.Fusiâ Can. toll. ibiq; Mynsing. n.5.* si modò eadem subsit ratio. *l.f 6 cum enim C. de Leg. Eberhard in Top.loc.36.n.1.* quæ hic utrinq; apparet, dum communio censetur discordiæ mater. *l.77 §.20 ff de Leg 2.bid. Schneid.in Inst.ad §. Quædam acti. 20. sub tit. de act. com.div.n.21. & seqq.*

26. 5. Quasi Contractus est hæreditatis aditio, quâ heres legatarijs legatorū nomine tenetur, utpote, cum quibus adeundo contrahere videtur, *l.3. §.f. ff. Quibus ex causis in poss.eatur jun.l.9.de Reg.Iur.* qui alias ipsum nullo obli-

obligationis vinculo obstrictum habent, siquidem neq; cum defuncto, neq; cum hærede ullum gesserunt negocium, *§.15.l.h.t.* Undè necessariò legata perirent, nisi ex testamento legatarij haberent actionem. *§.2.in f.l.de Legat.& ibi Bacco§.n.3. Idem §.4.l.h.t.n.*

27. Dictum fuit, quod hæres legatariis legatorum nomine ex q. contractu sit obligatus, nonnè etiam ex eodem creditoribus bæreditariis? Neg. cum *Magnif.Dn.Arum. Exercit.super Inst.15.th.13.* moti Rubrica *& tot. tit.C. Ut actiones ab hæredibus & contra hæredes incipiant*, ubi non solùm textus integer expresè opinionem nostram corrboorat, sed insuper etiam ipsa rubrica, quam secundum *Eberh.in Top.loc.92.n.2.* allegare licet, ad decisionem causarum dispositivè, quando scilicet perfecta est oratio, & ut pergit *eod. num.* quandocunq; rubrica incipit per ut vel ne, tunc habet vim textus expressi, ex eaq; oritut actio, sicut ex Lege *d.loc.n.4.* His accedit, quod ex persona successorum & heredum, qualitas obligationis, quâ defunctus tenebatur, non soleat immutari, *l.2.§.ex his 2.ff.de V. O.* & aditâ hereditate creditores hereditarij scriptum heredem convenire debeant, non ex novo quasi contractu inducto ex aditione hereditatis, sed magis ex antiquo contractu, quo defunctus tenebatur, *l.61.de R.I.Heig.I.§.hæres.4.h.t.* cujus personam hæres sustinet. *ll. Vulg.*

28. 6. Quasi Contractus est Indebiti solutio. *§.pen.l.h.t.* Indebitum autem hic non tantùm id dicitur, quod omninò non *l.65.§.fin. l.26.§.3.h.t.* sed etiam quod saltem non jure naturæ vel gentium debetur, *l.47.h.t. VVesenb.par.h.t.n.4.* quodq; exceptionem perpetuam, quâ sublata vel infirmata est naturalis obligatio, peti nequit. *d.l.26.§.3.h.t.* Si quis ergo ejusmodi indebitum errore solutum ab aliquo acceperit, condictione indebiti conveniri potest. *l.1.h.t. VVesenb.d.l.*

29. Dixi indebitum errore solutum, per *§.6.I.h.t.* ubi per vocula errorem denotari putamus condictionis hujus causam finalē quâ cessante licet arguere à contrario sensu *Eberh.in Top.l.82.n.4.* Et indè cōcludere, quod si quis solvat id, quod se, non debere novit, repetere illud non potest, *l.1.in f.ff.de Cond. indebiti*, idq; propterea, quia ita solvens donare videtur, *l.53.de R.I.*

30. Tandem quærimus, num etiam id, quod elapso biennio, nec opposita exceptione non numeratæ pecuniæ, ex literarum obligatione, solutum est, hac condictione repeti possit? Videtur quidem aff. *per l.47.* quia indebitam jure gentium pecuniam solvit. Sed Neg verior est, licet in *d.l.* indefinitè ponatur ea adducta ratio, quæ in jure regulariter æquipollet universali, *Eberh.in Top. l.46.n.5.* Attamen, cum generalibus derogent specialia, nec generalitas L. quæ per aliam legem restringitur, retineri debet, *Eberhard.in Top.l.78.n.5.* utiq; & hic restrictâ illius L. generalitate opinio nostra firmabitur per text. expressum *in l.26.§.indebitum.2.l.54.ff.h.t.* Siquidem, quando plura conjunctim ad esse alicujus rei requiruntur, tunc non sufficit unum adesse, *Eberh. in Top. loc.22.m.1.* undè licet quis errore solvat, non indifferenter illud repetit, quia ad repetitionem ulterius illud quoq; requiritur, ut habeat perpetuam exceptionem. *dd.ll.ff. h.t.*

Resp. Alberto Willebrandt/ Rostoch.

Prooemium.

SI ea, quæ cotidiana plenius tractanda secundum JCtum Paulum *in l. 25. vers. plenius rogo ff. de liberat. leg.* Sane vererer, ne, obsequens moni-to ICti, iterum immerito, ut in disp. meâ tertia de pign. & hypoth. Dnn. meis Collegis, me contra conventa (quæ tamen adhuc mihi incognita) pro-lixius tractasse inclamandi ansam darem, quare complacitæ studens brevitati, & summa tantũ carpens vestigia rerũ, duodecimã hanc, de modis tollendi obli-gat: (cujus materiæ utilitas neminem latere potest qui modo hujusmodi a-liquo vinculo obstrictus, ab eodem liberari cupiat) disputationem bono cum DEO hac vice aggrediar.

1. Et ut hinc exordiar: Tollitur omnis obligatio legitimè constituta, vel purè in totum, vel ita, ut causam det novo juris vin-culo: Hoc modo, ut sc. priorem sublatam excipiat, & subsequatur alia obligatio, fit vel Novatione vel delegatione. *Vult. I. Rom. L. t. c. 56. n. 1.* Sed ne statim in principio peccem?, sciendũ, duplicem Dd. facere NOVATIONEM aliam voluntariam, quæ fit extra judici-um per stipulationem *t. t. ff. & C. de nov.* aliam necessariam, quæ fit in judicio, quod etiam in invitum redditur *l. 83. ff. de V. O.* per litis contestationem *l. 29. ff. de nov. VVesenb. in π. d. t. n. 3. Cujac. Donell: Duard. Godd. & præceptor meus Axum. Disp. π 27. th. 7. imò Dd. comm.* Quæ certe divisio scrupulo non caret, gravissimè n. eam impu-gnant. *Accurs. Vult. ad §. 3. Inst. h. t. n. 7. & ex Neotericis Bach. ad Tr. V. 2. D. 29 th. 5. lit. E.* sed cum nõ facilè à comm. recedendũ, ad intel-ligendos Dd. terminos, divisionem hanc sustineri posse rectè pu-tamus, licet cõcedamus, in pl. has species differre, & litis cõtestat: Obligationem non quidem Novare in substantiâ, sed tamen in forma v. g. quod ex temporali faciat perpetuam *l. ult. C. de præsc. 30. ann. Obrech. de lit. contest. c. 10. num. 22. & seqq.*

2. Volũtaria a NOVATIO, de qua nos exaudiẽdos volumus, constituitur, cum prius debitum in aliam transferimus obligatio-nem *l. 1. ff. de Nov.* Si a. aliud debitum in obligat. deducitur, non erit novatio, sed alia separata obligatio *l. 26. §. 4. ff. de Cond. indeb.* nisi id actum sit inter contrahentes *Wesen. in π. de nov. n. 2.* Præsup-ponenda itaq; obligatio quocunq; modo cõtracta, sive sit natur: sive civ: *per jura vulg.* sive pura vel in diem, & tunc statim, sive conditionalis, & tunc demum conditione existente *l. 8. §. 1. ff. de nov. §. 3. Inst. h. t.* Modo sint personæ, quæ liberam rerum suarum habẽt

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0095
DFG

administrationem, legitimæ ætatis, & sui sint juris, ad hoc, ut propriam novent obligationem; Num a. procurator novare possit? Propter diffid: Ll. dubitatum fuit. Nos, si omnium bonorum vel specialiter ad hoc constitutus, posse *l.20. §.1.ff.d.t.* Si a. simpliciter ad exigendum, & solutionem accipiendum datus, contra putamus *l.4 C. h.t.* ne cum *Hotom 8. O.19.* negat. *in d.l.20.* deesse statuamus.

3 Maximus a. est novationis hujus effectus, ut nō modo principalis obl. sed etiam accessoria & usuræ liberentur *l.18. de nov. l.43.ff. de sol.* etiamsi posterior obligat. inutilis *§. 3. I. h.t.* Hinc cauti sint creditores, ne, dum magis sibi prospectū volūt, minus effeciſſe videantur, nec etiam facilè fingenda est novatio, quæ regulariter nō præsumitur, ut tradunt *Dd. comm.* Olim quidem conjecturis animus novandi colligebatur, hinc in JCtorum responsis, si hoc agatur, si hoc actum, occurrere cum *Cujac.* notat *Rittersh. ad § 3. I h.t.* Et hoc adeò verissimum, *ex d. §. 3. & l.f. C. de Nov.* elicitur, ut mirari satis nequeamus *Charond. ad l.58.ff. de V.O. cum sequacib.* nec antiquo jure novationem inductam, nisi apertè id expressum sit, statuisse.

4. Cum a. animus cujusq; multis tegitur simulationum involucris, & qs: velis quibusdam obtenditur, ut ait *Cic. Ep ad Q fr.* ut obscurum sit, quid actum, Justin. Imp. primus omnium *per l.ult. C. de nov. & §. 3. Inst. h.t.* non aliter novationem esse voluit, quàm si nominatim id expressum sit, quod propter novat: prioris obl. convenerunt, unde & ad illam in foro & scholis satis vexatam ac agitatam Q. Num & hodie adhuc novatio per conjecturas apertiores, quarū quasdam affert *Menoch. 3. præsumpt. 134. n. 39. & seqq.* probari, fieriq; possit, quando manifestis argumentis liqueat contrah. novare voluisse, etsi nominatim non testati fuerint? responsio desumenda: Sanè nō desunt pondera argum: præsertim *Salycet: ad d. l.f.* quæ subtiliter more suo inducit *Dn. Fransk. Exerc. 11. q. 10.* ipse in fine eo inclinans, sed contrariam mentem Imp. verba *d. constit.* apertissimè declarant.

5 Hic non possum præterire aliam non minus necessariam, quam intricatam controversiam, anne ope Except. hodie novat. fiat eis in casibus in quib. olim ipso jure & tacite introducebatur? pro utraq; parte stant Dd. numerosi, uti videre est apud *Dn. Ernest. Cothm. Academiæ hujus quondam Papinianum cons. 6. vol. 3. quod tot. eleg. agit de nov.* cujus negat: sententiæ quam optime firmat ac probat, ne ma-

ne malam ejus censuram *n. 15. 16. 17* incurramus, contra Backov, & alios, meritò & nos subscribimus.

6. Et hæc de Novatione, DELEGATIO est mandatum quo creditor jubet debitorem, ut quod ipse debeat promittat alij vel per stipulationem vel litis contestationem *l. 11 ff. de nov. & deleg.* Et licet quidem maximam affinitatem cum novat: habeat, uti probat *Vult. ad §. 3. j. h. t. n. 5.* cum ejusdem effectus sit & per hanc prior obligatio tollatur ac substituatur alia *d. §. 3.* in multis tamen differre diffiteri nō possum⁹, præsertim cū ei semper insit novatio, vel potius eam si valere debet, subsequatur *l. 3. C. de nov.* (quod & jure, noviss: obtinere asserit *Geil. 2. O. 30. n. 9 Wes. in π. hic n. 8.*) non a, ediverso in Nov. cum inter eosdem, sine personæ novæ interventu, novatio recte constituatur *jur. vulg. Vult. d. loc.*

7. Quo posito, non possumus cum illis facere qui *d. l. f. C. de Nov.* in delegatione quoq; obtinere severè asserunt, præterquam n. quod constit: ea correctoria & odiosa strictè accipienda, hic quoq; de mente contrahentium, quin novare oblig: priorem voluerint, dubitari vix potest. Quamvis totam hanc Q. indigere Cæsarea decisione *cum Sichard. & Tr.* dicat *Dn. Riem. p. m. dec. 11. q. ult.*

8. Personæ a. in delegatione ad minimū tres esse debent, Creditor delegans, Debitor delegatus, & Delegantis Creditor, qui delegatum pro satisfactione accipit *Mantic. de tac. & ambig. conv. L. 17. tit. 8. n. 5.* Sed hoc minimè prætereundum, etsi quidem nominis venditio seu cessio invito etiam debitore fieri possit *l. 1. C. de nov. l. 3. C. de her. vel act. vend.* cum nova obligatione hic non implicetur debitor *Wes. hic in fin. vid. Hunn. V. R. L. 4. part. 7. q. 4.* Delegationem tamen, altera parte invita, perfici non posse *l. l. l. 6. C. de nov.* & hoc in tantum ut *Cyno & Sich. ad l. 1. C. d. t.* debitorem eo casu officio judicis cogi posse, ut, ubi nihil ejus interest, delegari se patiatur *arg. l. 2 ff sol. matr.* assensum nostrum dare non possimus.

9. A quib: non est aliena elegans & vere nobilis hæc Q. quam idem movet *Sichard. d. loc. n. 6.* Num comes vel princeps vasallum suum, it: nobilis proprium hominem, invito eo, alteri possit delegare? Et hic iterum quidam distinguunt, num interest vel non, forsan quod proprius homo duriorem dominum, vasallus protectorem non adeo potentem consequatur, nos tamen cum *com. Dd.* eos invitos ad alium dominum transferri nō posse, si ri-

gorem juris inspiciamus *arg. c. 1. §. 1. vers. præterea de prob. feud. alien. per Frid. & arg. l. 5. ff. de adopt.* simpliciter arbitramur.

10. Tantum de priori modo: in totum porro tollitur obligatio vel ipso jure vel ope Exceptionis, de quib: cõcisè agendum, præcipuus a, modus ipso jure toll: obligat: est SOLUTIO ejus rei quæ debetur *pr. inst. h. t. VVes. in π. de sol. n. 2* sed ne peccetur in illa, sit is qui solvit major, sui juris, liberamq; bonorum habeat administrationem *jur. vulg.* sive ipse sit debitor sive alius qui & pro invito & ignorante solvere potest *pr. Inst. h. t.* Sed hoc discrimine, si pro ignorante & utiliter dabitur negot. gest. actio *l. 43. ff. de neg. gest. l. f. C. cod.* Si pro invito, ea, ut & omnis alia denegatur, *d. l. f. l. 6. §. 2. l. 40. l. 53. ff. mãdat. Dn. Arum. Exer. 16. th. 1. Bach ad inst. h. t.*

11. Magis cavendum est, ut ei solvatur cui verè debetur, sed sanè cum superiori cautelâ, furioso n. nec authore curatore solvi potest *l. 5. ff. de R. I.* pupillo vel adolescenti hoc modo potest *d. l. 5. l. 15. ff. de sol.* nec sic tamen tuto, Nam si pecunia consumpta aut perierit, postea restitutionem in integrum *l. 1. C. si adv. solut.* etsi tutor intervenerit *l. 2. t. t. C. si tut. vel cur. interv.* pupillo vel adolesc. superesse contra violentas & contortas expositiones *A. Fabr. ICti ingeniosiß*: recte defendit *Hillig. ad Donell. 16. comm. 10. lit. f.* cui & merito subscribimus, cum periculum hoc effugere possit, si prius sententia judicis præcessit *l. 25. C de adm. tut. §. ult. Inst. quib. al: lic. Vid. Donell. d. loc.*

12. Et ut multa tempore & brevitate excluſi silentij castris involvamus, non tam parum habet difficultatis, quam eximiam utilitatem, scire, quomodo alij loco creditoris efficaciter solvatur, Et quidem procuratori solvimus si generale vel speciale adexigendũ habet mandatum *l. 12. ff. de sol.* etiamsi ignorantib. debitorib. revocatum *l. 12. §. 2. l. 34. §. 3. d. t.* fictitio a, procuratori creditore ratum non habente, recte non solvitur *l. 58. h. t.* sicut nec procuratori ad litem *l. 86. h. t. Wes. in par. n. 4.* cui tamen mandatũ est ad contrahendum, v. c. vendendum, locandum, eidem & pretium & merces solvi potest, *Ben. Straccha de mercat. t. mandat. n. 23.* Et in genere cuivis ex creditoris voluntate *l. 4. C. de sol.* de nuncio maximam ante habuit difficultatem, hodie tamen obtinere, eidem, da er dessen einen beständigen gnugsamen Befehl vnd Vollmacht/ cũ omnimoda securitate solvi posse, etiamsi nuncius vel alius ejusmodi

modi mãdatum habens, pecuniam in suos usus conversus, aufugiat vel in latrones incidat, testatur *Virg. Pingitz q. 48. Schaltz Synops. Inst. h. t. lit. B.*

13. Ad alia me convertã, si modo hoc paucis attigero, quomodo solutio fieri debeat, si potestas solvendi à creditore in ipsâ stipulatione v. c. mihi aut Titio dare spondes, cõcessa? Et quidem hoc casu adjecto etiã pupillo *l. 11 l. 95. §. 7. h. t.* hæredi a. minimè *l. 81. pr. h. t.* nec domino servi *l. 9. pr. d. t.* solvi potest *l. 12. § 1. l. 59. h. t.* cũ habeat stipulator adversus Tit. mandati act. *§. 4. I. de inutil. stipul.* dum tamen in eodem statu, in quem consensisse stipulator videtur, adjectus permanserit *l. 38. pr. ff. de solut.* quo posito, num expressa propter *l. 95. §. 6, h. t. l. 56. §. 2. de V. O.* statuenda sit antinomia vel quænam melior firmiorq; solutio dari possit, in ipso discursu videbimus.

14. Missis personis, ad ipsas res progressum facimus, ubi sciendum, eãdem quæ debetur, solvendam esse, *jur. vulg.* volenti quidem *l. 17. C. h. t.* sed non invito *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* nec ignoranti *l. 50. h. t.* alia quam quæ debetur res obtrudi potest, Hinc illa quæ maxime Dd, omnis ætatis exercuit controv. inq; foro quotidiè occurrit, utrum nummis mutuo datis debitor alterius generis nummos solvendo liberetur? Dist. si specialiter in obl. expressum q. Ioachimici stück für stück gute ganze wolgeltene vollwichtige harte Reichsthal. fuerint crediti, tunc non æstimatio, sed corpora certa credita censentur, ut quis aliam monetam etiam probam recipere non teneatur *Myns. I. O. 65. 5. O. 83. Edict. monet. Ferd. I. Augustæ promulg. an. 1559. §.* die jetzt gemelte 12. Si v. nihil adjectum unde intelligi possit de certâ specie reddenda actũ fuisse, æstimatio ejus, non v. in eâdem materia & forma præcise restitui debet *l. 65. §. 1. ff. de V. O. l. un. C. de coll. cer. l. 94. §. 1. ff. h. t.* modo solutio non fiat in nummis minutis, cum exindè creditor damnum sentire posset cõtra *l. 99. ff. h. t.* quo *fac. d. §.* die jetzt gemelte.

15. Ex quibus & alia non minus proficua, quã perplexa pullulat Q. an si contrahentes certum quidem genus monetæ expresserint, verùm illius æstimationem subjecerint, species conventa vel æstimatio adjecta sit solvenda? Ubi simul disting. putamus, anne æstimatio demõstrativè v. c. thaleros creditos deren ein jeder 33. ß. wol werth oder gültig sey/ anne taxativè v. c. jeder zu 33 ß. gerechnet/ adjecta? Ut priori casu cum valor adjicitur, ut thaleri à se invicem distinguantur, certa corpora credita in corporib. esse restituenda, ita posteriori, valorem verũ adjectũ præstando debitorem liberari, arbitramur.

16. Non possumus hic nisi invitis planè lubentiis illam controversiam, quæ totum requirit tract. & implicata magis, quam explicata, intractam relinquere, moneta sc. mutata vel prorsus sublata quomodo solutio fieri debeat, varie hic varij resp. Dd ut passim videre est, quidam inter intrinsecam & extrinsecam bonitatem distinguūt, sed ut paucis multa dicamus, Nos mutatâ bonitate, quæ verè est intrinseca, monetæ sive majoris sive minoris, ita ut vel materia ejus deterior vel pondus sit levius, sive certa nummorum corpora, sive certa quantitas in florenis, libris, seu Marcis credita, non attento, anne extrinseca ut vocant, bonitas (valor sc. impositititius) mutata, cum nummi substantia cōsistat in ipsâ bonitate intrinseca cum bonitate extrinseca, justâ proportione correspondente *Lindeman. tr. de mutuo c. 2. th. 173.* nec valor incerto & variante, phantastico augmento, sed LL. Imperial. ad tessam seu pedem thaleri æstimandus *Lindem. d. loc. th. 176. 180* Semper tempus obligationis, seu contractus inspiciendum, & in judicando attendendū cum *Dn. Ern. Cothm. p. 1. Consil. 36. it. Consil 50. vol. 4* statuimus, donec moniti meliora sequamur.

17. Sed ne hisce planè immergar, redeo ad generalia, & ut diximus qualiter obligatus, rem præstare debitor tenetur, & ita sæpius responsum, debitores sc. audiendos non esse, qui pro pecunia, quam debent, fundos aut domos, aut alias res creditoribus offerant, testatur *Dan. Moller. ad const. Elect. 22, p. 2. n. 9.* Si a. pecuniam planè non habeant, & tamen carceris pœnam ut eviteot, bona alia sive mobilia sive immobilia etiam nomina, è quibus sortes solvi possint, insolutum dare creditoribus velint, accipere illi ea, initâ prius æstimatione, tenentur *per tex. in N. 4. c. 3. auth. hoc nisi C. de sol* & ita in scabinatu Lipsensi pronunciatum ex *Coler*: refert *Schultz synop. inst. h. t l. A.*

18. Hinc jam porro ad efficacem solutionis effectum consequendum non ineptè quæritur num debitor jus habeat offerendi partem debiti, ita, ut creditor eam, nisi in mora constitui velit, accipere teneatur? sane perplexam satis eam nobis post *Coras:* & al: noviss: fecit *Hunn.* ut tamen in certis casibus particularem admittimus solutionem, ita eam, cum multa incommoda secum ferat *l. 3 ff. fam. ercisc.* regulariter invito creditori obtrudi posse pernegamus. *l. 41. § 1. de usur. l 9. C. de solut &c. eleg. Riem. dec. 11. q. 8.*

19. Sic de rebus certiorati, consequens est, ut etiam congruè debitum offeratur, legitimo sc. tempore convenientiq; loco *jur. Bulg. l. 39 h. t. VVesenb. hic n. 5. Donell. 16. comm. 11.* Num a. ante diem obligationi adjectum solutio fieri possit? maximam meretur dubietatem, propter fundamenta, quibus Cujac: & alij id maximè negatum eunt, attamen, si non expressim constet, diem gratiâ creditoris, quod raro fit, adjectum *l. 17. de R. I.* Contrarium verius esse non incelebres juris interpp. optimè tradidere *per l. 70. l. 98. § 4. h. t. l. 38. § 16. leg. 41. § 1. l. 137. § 2. de V. O.*

20. Et tantum de verâ solutione, sequitur jam alia, quam ipse Imp. imaginariam vocat. *§. 1. I. h. t.* quæ fit p ACCEPTILATIONEM cum creditor, tanquâ solutione facta, acceptum se habere dicit, & debitorem liberat *jur. Bulg.* hæc a. cum tantum verborum oblig. tollebat *§. 2. d. t.* à Gallo Aquilio stipulatio Aquiliana, per quam contingit, ut qualiscunq; obligatio instipulatum deducatur

ducatur, & ea per acceptilationem tollatur §. 2. d. t. adinventa. Sed cum tali imaginariâ solutione hodie vix, ac ne vix quidem nostri contenti sint, nolo prolixus hic esse, & diu immorari, cum summam dementiam dicat Seneca in tanta temporis egestate supervacanea discere.

21. Pergimus E. ad cæteros modos tollendi obligationes, inter quos non est postremus COMPENSATIO. quæ cum pro solutione habetur *leg. 4. C. de Compens. l. 76 ff. de V.S.* ex omnibus act. sive in rem, sive in personam, sive b. f. sive stricti juris *l. f. C. d. t. § 30. Inst. de act.* regulariter ipso jure, non demum per except. ut cum Dd. putat ac disputat *VVes. in π. de compen. num. 8.* fieri volumus *l. 10. pr. l. 21. h. t. Cujac. 8. O. 16.*

22. Diximus regulariter, ut n. depositum compensatione retardari nequit *§ 30. de act. l pen C. depos.* inq; momentaneâ possessione improbata *l ult. § f. C. de comp* etsi qui sunt alij casus specialiter excepti, ita quoq; speciei vel quãtitatis ad speciem nullam putamus admitti posse cõpensationem, ex rat: quas affert *VVes. in π d. t. n. 6.* quo firmo posito fundamento, quid ad arduam illam Q. num in commodato locus compen. responderi possit, desumendum, Sanè magnæ authoritatis JCti, inter quos etiam Cujac. id simpliciter affir. nos a, pace tantorum virorum disti: num species commodata perierit, ita, ut adæstimationem agendum, & tunc cum *Cujac. & Dd.* facimus compensationi locum *§. 30. de act. l. f. C. de Comp.* num v. extet, ita, ut ipsa species petatur restitui, quo casu, licet retentionem concedamus *l. 15. §. 2. h. 59. ff. de furt.* compensationem tamẽ propter fundamentũ superius minimè approbare possumus.

23. De debito generis non inconvenienter sed maximo cum usu quæritur, an in eo compensatio admittenda, quidam aff. quidam neg. res sanè perplexa, liber tamen tentare hoc modo Si ejusdem generis (ut JCi vocant) res utrinque debentur v. e. homo & homo, equus & equus hic cum in arbitrio debitoris sit solvere quam velit, cum utrobiq; tãtum mediocris debeatur *l. 37. De leg. 1.* compensationem admittimus. Si a. res diversorum generum forte ab una parte equus ab altera bos, debeatur, cum hic res planè diversæ veniant, quæ in genere subfunctionem non recipiunt *arg. l. 2, §. 1. de R.C.* compensationem admittere non possumus *Bach. ad Tr V. 1. D. 25. th. 8. lit. C.*

24. Inter requisita compensat: ad effectum consequendum debitum liquidum omnino requiritur *l. f. C. de comp. §. 30. I. de act.* Nec patimur n. nobis persvaderi, liquidum cum illiquido compensari posse, licet brevi tempore liquidandum admittamus *Schneid. ad d. §. 30 n. 18. & 19.* quando a. intra breve tempus liquidandum dicatur? magis sollicitos habuit juris interpp. Nos cum comm. Dd. id arbitrio judicis (licet quoad Fiscum 2. menses præfiniti *l. 46. §. 4. ff. de I. fisci*) pro diversitate circumstantiarum vel latius vel angustius indulgendi tempus, relinquimus *Schneid. d. l. Bach. ad Tr. d. loc.*

25. Cum a. compensatio pro solutione tam ex naturali quam civ: æquitate oriatur *VVes. in π. de compens. n. 3.* Non inepte quærunt Dd an is, qui sub juramento solutionem promisit, compensare possit? non desunt profecto fundamenta cum authori: pro & contra satis gravia: medium tenuere beati, quare disti. Num debitũ, quo volumus compensare, ante juratam promissionem

con-

contractum, num v. jus opponendi supervenerit post promissionem illam juratoriam, posteriori casu, ut perjurū non possumus dicere eum, qui compensat, cum LL. authoritate ita satisfaciat, & liberetur *jur. Vulg.* ita priori casu compensationem non possumus admittere, cum de illo debito sensisse creditorem, & eo, suum quod crediderit, tolli noluisse conjici possit.

26. Ut maximam cum solut: affinitatem habet OBLATIO ET OBSIGNATIO rei debitæ, ita quoq; ejusdē esse effectus ut sc. obl ipso jure tollat cū *Donell. 16. comm. 14. & Dd.* statuimus *l. 9. C. de sol.* modo solenniter *d. l. 9.* oblatione sc. testato facta, oportuno loco & tempore totius debiti & si tergiversatur creditor obsignatione & in locum publicū vel quem judex demonstraverit depositione perficiatur *l. 19. C. de us. Arum. de mor. c. 7. n. 7.* adcursum usurarū inhibendū, fidejuss: liberandū & periculū interitus declinandū *d. l. 19.* Nisi receperit hoc modo depositum Debitor, tunc n. eum rursus teneri, non quidem directa sed utili actione *d. l. 19.* cum *Donell. d. l.* arbitramur.

27. Famosiss: quoq; est modus ipso jure toll oblig qui CONTRARIO fit contrahent: DISSENSU §. 4. *I. h. t. ibiq; Pac. in not.* in consensual: contractib. re nondum insecuta, alias ut contractum, ita debet dissolvi *l. 35. ff. de R. I. l. 80. ff. de solut.*

28. INTERITU porro speciei nō generis *l. 11. C. si cert. pet.* nō tā dissolvitur obligatio quā ad irritū reducitur qs: q̄ nō fuerit & tam naturali *l. 23. de V. O.* quā civili si v. c. fundus sacer, servus liber fiat *l. 83. §. 5. d. t. § 2. de l. inut. flip.* sed hoc sanè salutari hac cautela, si culpa vel mora debitoris non intervenerit *l. 82. §. 1. l. 91. § 3. de V. O.* Hic amp ff: esset discurrendi campus sed intra terminos me contineo & ad aliud tempus reservo, contentus utiliss: hac Q. mortuo homine petito post moram quousq; ratio fructuum haberi debeat? ut antehac ita adhuc mihi placet, salvo cæt: judicio, dist. *præcept. mei Dn. Arum. Jcti Jenens.* an sine dolo & culpa possessoris mortuus sit, ut tunc ratio fruct. ad mortem usq; duntaxat haberi debeat *l. pen. de R. V.* an dolo & culpa interierit ut sic rat. fruct. habeatur usq; ad tempus sententiæ *l. 33. eod.*

29. Sunt reliqui pl: modi, quos omnes enumerare pagella non permittit, CONFUSIONE n. cum sc. debitum & creditum in unam transit personam, pro ea parte qua confunditur, oblig: tollitur. Addunt quidām etiam MALEFICIUM creditoris *ex leg. 7. C. unde vi.* Sed absurdius Bonorum cessionem, cum per eam oblig. non tolli plus quam manifestum sit *leg. 1. C. qui bon. ced. poss.*

30. Ne quid contra promissa omittamus, diximus omnes obl. tolli vel ipso jure vel OPE EXC: quales à Dd. referuntur quod metus causa, doli mali, §. 1. *Inst. de except.* de errore, quæ in factum dicitur *d. §. 1.* non numeratæ pecuniæ §. 2. *Inst. d. t.* testamenti §. 13. *Inst. de leg. l. 3. § 3. ff. de lib: leg:* quæ doli dicitur *d. l. 3. §. 2.* jurisjurandi § 4. *I. de Exc:* rei judicatæ *§. 5. d. t. l. 60. pr ff. de cond. indeb.* acquisiti rei dominij ex causa lucrativa §. 6. *Inst. de leg. Briss: L. 3. de solut* quib. etiam pactum conventum merito annumeramus §. 3. *I. de exc. l. 17. §. 2. l. 27. §. 2. ff de pact.* quamvis subtiliter dissentiat

Dn. Riemer. dec. 14 q. 3.

Sed manum de Tabula.

Disputatio XIII.

RESPONDENTE.

Johanne Nieburt / Butzovio-Megapolensi.

THESIS I.

SUperioribus disputationibus actum est de Contractibus tàm nominatis, quàm innominatis, itemq; de quasi Contractibus, nec non de variis tollendarum obligationum modis: posthæc operæ precium visum fuit ostendere, in quibus pacta cũ Contractibus conveniant, & in quibus vicissim ab iisdem discrepent: id quod ex illorum utriusq; effectu facilè deprehendi posse existimavimus. Quod ut eò fiat commodius, priori loco videbimus variam Pactorum acceptionem, cui mox eorundem subjiciemus divisionem.

2. Pacta modò accipiuntur generaliter, modò specialiter: in generaliori significatu omnes contractus, transactiones, & conventiones quascunq; sub se complectuntur. *l. 1. § 1. 2, 3. ff. de Pact. Wesemb. par. eod. n. 2. Donel. ad Rubr. de pact. n. 11. & 12.* Qua ratione pactum idem est, quod conventio. *Paul. recept, sent. lib. 1. tit. de Pact.* & à contractu differt tanquam genus à sua specie. *arg. l. 5. 6. 7. ff. de Pact.* Quod licet non admittere videatur Cujacius *2. Obs. 15. & ad l. 1. h.t.* verum tamen esse pluribus ostendit Forsterus *tract. de Pactis c. 2. q 3.* quam & nos sequimur.

3. Pacta generaliter sic accepta commodè dispescuntur in publica & privata: Illa ex causa publica oriuntur, quoties nimirum inter se duces belli quædam paciscuntur *l. 5. §. 1. ff. de pact.* quæ etiam specialiori appellatione vocantur Pacificationes vel Fœdera: de quibus latè *Waremund. ab Ehrenberg. Tract. de Fœderibus. Bodin. 5. de Republ. c. 6.* Eaq; à Contractibus eodem modo differre statuimus, cum *Wesenb. par. de pact. n. 4.* quo jus publicum à privato *Videatur idem Wesenb par de just. & jur. n. 14.* hæc verò ex causa privata inter privatos constituuntur: sunq; in du-

duplici differentia: aut enim lege aliqua confirmantur, & dicuntur legitima. *d. l. 5. l. seq. ff. de pact.* aut ex jure gentium descendunt, & communi pactorum nomine gaudent tantisper, dum quædam illorum abeant in pacta nuda, quædam in non nuda, seu, ut vocant, vestita, *arg. l. 7. §. 4. ff. de pact. l. 10. C. eod. l. 1. C. de pact. convent.* caussaria appellat Hot *de pact. n. 5.* Quæ pactorum divisionem, ut ut eā velut insipidā atq; insulsam, & â commentatoribus confictam rideat Corasius *1. Miscel. 1.* nos tamen velut in jure fundatam *ll. supr. alleg. adde l. 15. ff. de præscr. verb. l. 8. in f. ff. eod. l. 10. C. de pact.* & â pluribus ll. Interpretibus receptam Costal. *ad. d. l. 7. §. 4. ff. d. t. Lagus Method. jur. civ. part. 3. c. 4. n. 15. & seqq.* commodè retineri posse & debere putamus cum *Helffr. Hunnio. tr. de pact. c. 2. q. 10.*

4. Horum quædam vestiuntur speciali aliqua forma & certo nomine, atq; sic in proprium nomen contractus transeunt, efficiunturq; Contractus ipsi, quales sunt emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, & similes; de quibus supra in disp. præcedentibus. *d. l. 7. §. 1. ff. de pact.* unde ex his certæ quoq; & speciales nascuntur actiones nominibus Contractuum conformes *d. §. 1. l. alleg.* quæ generali nomine Conditiones vocantur. *§. apellamus 15. Inst. de Action.*

5. Quædam â nuditate sua liberantur per caussam, v. g. dationem vel factum, quæ ipsis subest, ob quam valida sunt ad producendam obligationem: qua si destituerentur, essent ad contrahendam civilem obligationem prorsus in efficacia. *d. l. 7. §. 2. ff. d. t. VVesemb. par eod n 9.* Nam ut nudo consensu constituatur obligatio, in his duntaxat receptum est, quæ suum nomen habent. *l. 1. §. 2. ff. de rer. perm.* Huc pertinent omnes Contractus innominati, ut sunt do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias: de quibus prolixè in disputatione hujus nostri collegij 10.

6. Ideò autem hæc pacta non ex se & vi sua civilem producunt actionem, quia carent certa & speciali natura, ac nomine proprio & discreto: Jus namq, civile nullam agendi facultatem tribuebat, ubi certa nominataq; actio non erat expressa *arg. l. fin. C. de Interd. l. 3. C. de edend.* attamen ob civile negotium, quod ipsis subest, in defectum actionis nominatæ datur actio, quæ præscriptis

scriptis verbis appellatur *l. 1. 2. 3. & seqq. ff. de præscr. verb.* quo ipso & hæc â natura & conditione pactorum nudorum eximuntur *l. 7. §. 2. junct. §. 4. ff. de pact.*

7. Reliqua pacta, quod nec speciale nomen, aut formam certam habent, nec causam vel συνάλλαγμα continent, propriè & specificè dicuntur pacta simpliciter *d. l. 7 §. Quinimò 5. in verb. ne ex pacto nascatur actio*; vel etiam pacta nuda. *l ead. §. 4. in verb. Ideò nuda pactio obligationem non parit &c.* sic dicta, quod consistant in nudo placiti fine. *l. si tibi 27. C. de Locato.*

8. Ea constat regulariter & jure civili ad agendum non prodesse, sed saltem ad excipiendum *ll. vulg.* qualia sunt pacta, quæ quidem intentione ad dandum vel faciendum sunt directa, non tamen continent causam obligandi: unde resultat exceptio ad retinendum id, quod datum est *l. naturales 10. ff. de O. & A. l. si quod dominus 64. ff. de condict. indeb.* & ea, in quibus nec causa, nec intentio ulla est dandi vel faciendi, sed sunt eò directa, ut res danda vel facienda remittatur *l. Labeo. 2, §. 1. ff. de pact.*

9. Qualis autem sed ista exceptio, utrum nimirum sit privilegiata, h. e. impediat litis ingressum, an verò sit peremptoria, dubitatur. Posteriori sententiæ subscribimus moti argumento *l. si unus. 27. §. pactus ne peteret. 2. & §. si stipulatus. 6. ff. de pact. §. præterea. 3. Inst. de Excep.*

10. Deinde circa hujusmodi pacta duplex incidit quæstio 1. An ex nudo pacto oriatur naturalis obligatio. 2. Num eodem possit constitui ususfructus. Prius affirmamus cum Cujac. *ad. l. 1. de pact in pr.* Wesemb *in tit. eod. n. 9. in pr.* exinde, quod propter usuras pacto promissas pignus obligari possit *l. 3, 4. & 22. C. de usuris.* at pignus non potest accedere, nisi obligationi. *l. 5. ff. de pignor. adde l. 1. ff. de Pact. l. 5. §. Imperator. 2. ff. de solut.* Et hanc opinionem ut communem, ita tutiorem esse dicit Bach. *in lib. disput. miscel. c. 3.* Posterius negamus ideò, quod ex pacto nudo non nascatur actio, *jurib. vulg.* ususfructus verò pariat actionem. *l. 2. ff. si servitus vind. §. æque. 2. Inst. de Act. Forst. tr. de pact. c. 8. n. 6. & seqq.*

11. Sed anne hodie in nostris judiciis, inquibus jus civile observatur ex nudo pacto detur actio, & qualis non omnium

eadem est opinio. Nos indistinctè ex omnibus pactis seriò & deliberatò initis, modò ne honestati & bonis moribus adversentur in foro quoq; civili hodiè dari actionem, quæ vocatur Condictio ex lege vel Canone statuimus cum *VVesembecio w.n.10.v. Quãquam autem hac de re ff. de pact. per c.1, & 3.extr.de pact.* & Sichard. *ad Rubr.n.14.C.de pact.* Jus enim Can. æquitatẽ tantũ cõsiderat, ut Sich. *d.loc.* ait: Et in hoc passu consentit Can. *12.22.q.5*, cum Jure divino, quod sententiæ nostræ adstipulatur *Matth.5.v.37, Jacobi.5.v.12.*

12. Est tamen, ubi pacta istiusmodi faciunt aliquid non tàm ad producendam, quam ad formandà seu præparandam actionem *l.3.C.de act.empt.l.10.C.de jur.dot* ut ecce, si fit stipulatione munitum: quo casu non quidem ex pacto, sed ex stipulatu juxta illud pactum datur actio *l.7. §.quod forè 12. l. rescriptum 10. §. si pacto. 1. jun. l 45 ff. l.14.17. & 18. C. de pact.*

13. Nonnunquam etiam hæc ipsa proficiunt ad actionem, si sint jurejurando confirmata, aut rei traditione impleta: nam priori casu exipso pacto jurato non secus ac contractu nominato nascitur actio. *arg.l,si quis major 41.C.de transact.l.56.ff.de re judic. l. 7.in pr.ff.de oper.libert*, posteriori casu similiter, quod de est pacto, suppletur rei traditione, ut possit ad agendũ prodesse. *l.45. & 48,ff. de pact. Cujac.11 Obs.17.* sic pactum quoq; operatur actionem quoties fit in judicio *l.40.§.1. ff.de pact.* cum quia in judiciis quasi contrahitur. *l.3.§.11.de pecul.* tum quod quæ in judiciis fiunt, omnem solennitatem contractuum experant. *arg. l.2. l. 19. C. de testam.* & ita usu & praxi hodierna observari testatur Dan. Moller. *lib. 4. sem. c., 40.*

14. Hic quæritur: Utrum iteratum seu geminatum pactum valeat ad agendum. Resp. affirmativè: quandoquidem verba geminata ostendunt enixam & latissimam voluntatem disponentis, mentisq; perseverantiam *l ult. C. de plus. petit.* & inducunt diversitatem juris ab actu simplici. *l.12.ff.de prob. Eberhard. in loc. Legal. loco à vi geminat. n. 1. 2. 3. & 8.*

15. Red & si adjiciantur aliis contractibus, eoq; legem ijs præscribunt. *l.contractus 23.ff.de R.J. l.1.§.si convenit.6.ff.depos.* aut obligationum causas mutant. *l.nec ex prætorio. 27. ff. d. R.I.* non stant in nuda conventionis æquitate; sed formant & instruunt actionem

nem ex contractu promanantem addendo aliquid, vel detrahendo, vel certum aliquem modum, aut qualitatem adjiciendo contractui. *d.l. 27. ff. de R. J. d.l. 7. §. quinimo. 5. ff. de pact. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt.*

16. Hic prius accuratè distinguendum r utrum hujusmodi pacta in ipso contractus limine & ingressu, an verò ex intervallo sint interposita *l. 7. § quinimo 5.* ibiq; Cuja. *ff. de pact. 2.* an detrahant vel adjiciant aliquid contractui: non attenta illa distinctione inter contractus honæ fidei, & stricti juris: his enim æquè atq; illis pacta tam ex parte rei, quàm actoris in esse credimus moti evidentia *l. lecta. 40 ff. de R. C. l. petens. 27. C. de pact. vid. supr. disp. 1. th. 4.* licet res sit clarior in bon. fid. contractib. quoniam in libris nostris, ut loquitur Hot. *de pact. n. 41.* ubi regula illa (puta de pactis adjectis) traditur, hæc ferè adjectio adhibetur: in bonæ fidei contractibus *l. 7. §. ff. l 13. C, 5 Pact. l. 3. ibi: quia bonæ fidei. ff. de rescind. vend.* & aliis nonnullis.

17. Detrahere dicimur ex mente Cujacij *lib. 14. Obs. 28. & 10, Obs. 24.* quoties immutamus naturam & substantiam contracti, quod fit, ubi à contractu recedimus: quemadmodum adjicere dicimur, quando de adminiculis, seu accessionibus salva eorum substantia agitur. Hoc sensu quod auget precium non minus detrahit emptioni, quam quod idem minuit: & quo convenit, ne caveatur de evictione, non minus, quam illud, quo convenit, ut satisdetur de evictione, adjicit emptioni, manente eadem substantia emptionis: quæcunq; enim extra naturam & substantiam contractus sunt, sive sint de cavendo, sive de non cavendo, contractuum sunt adjectiones. *l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt.* Cujac. *d.l.* jung. Hot. *de pact. n. 40.*

18 Quoties igitur interventu pactorum Contractibus in cõtinenti, h.e. tempore contractus *l. penul. C. de pact. int. Em. & ven.* vel, antequam contractus sit perfectus & absolutus aliquid adjicitur, toties pacta intelliguntur in esse contractui, *d.l. 7. §. quinimo. 5. ff. de pact. l fundi 79. l. qui fundum 75 ff de contr. empt. l. in bonæ fidei. 13. C. de pact.* ita ut licet ex contractu principali non tamen juxta naturam contractus, sed secundum legem formamq; pactionis instituatur actio. Exemplum extat in *l. si dictum 56. ff. de Evict. & in l. si sterili 21. §. 4. ff. de act. empt.*

19. Ex his quænam detur actio non æquè expeditum est. Sunt qui putant præscriptis verbis agendum esse per *l. si vir. uxo. ri. 12. ff. de præscr. verb.* Sed nos contrarium rectius defendi posse, dari nimirum actionem ex contractu principali, veluti si emptioni adjiciat pactum, actionem empti dandam esse firmiter contra dissentientes persuasum nobis habemus cum *Donel. ad l. 13. C. de pact. n. 28.* & Cujac. *in l. 7. §. quanimo de pact.* & per *l. 4. ff. de leg. commiß. l. 16. ff. de in diem addict.* Unde etiam apparet, pacta incontinenti adjecta contractui istius partem non esse, licet cum ipso magnam habeant affinitatem. *Forst. tr. de pact. c. 8. part. 2. membr. 1. p. 307. & seqq.*

20. Eadem si quid ex intervallo adjiciant, proficiunt quidem reo ad excipiendum. *l. 3. ff. de rescind. vend. l. 13. C. de pact.* actori verò ad agendum minimè prosunt, cum sint ipsi prorsus ad hoc inutilia: quale est pactum de non præstanda evictione *d. l. pacta. conv. 72. ff. de contr. empt. vid. Cujac. 2. Obs. 15.*

21. At verò pacta, quæ detrahunt contractibus, h. e. contractuum substantiam mutant, ipsumq; contractum quasi reformant, & renovant, non ita contractu continentur; sed si integris omnibus, id est, nondum impletis, quæ utrinq; præstari debent, rursum convenerit e. g. de augendo minendove precio, recessum à priori emptione, novoq; pacto nova constituta & quasi renovata emptio videtur. *l. ab emptione 58. ff. de pact. l. 7. §. adeò 6. ff. eod. l. 6. §. ult. ff. de contr. empt. l. 2. C. quando licet ab empt. disced.* Quoties enim pactum ait Hot. *de pact. n. 40.* de prioris contractus substantia fit, toties novus contractus efficitur *l. 47. de pact. ad l. 72. in fin. pr. de contr. Emp.* Datur ergo ex eo actio non tàm vi pacti novi, quam contractus novi, cui pactum occasionem seu principium dedit, *arg. l. 72. ff. de contr. emp. jung. Hot. d. loc. n. 38.*

22. Hucusq; de pactis jurisgentium: Pactum legitimum vocamus, quod, cum idem sit jurisgentium, lege tamen aliqua, confirmatur *l. 6. ff. de pact. Vult. J. R. c. 29.* Hinc constat, nos hic non loqui de illis conventionibus, quæ jure civili introductæ, sunt: nam hoc modò stipulatio, & literarum obligatio legitimæ conventiones, seu pacta legitima dicerentur, utpote quæ ex mero jure civili originem suam & substantiam deducunt: unde

easdem

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0108
DFG

easdem meritò, quemadmodum supra *disp. 7. th. 1. & 2.* à Contractibus jurisgentium, sic hoc loco â pactis legitimis diversa esse contendimus cum *Huun.tr. de Pact. c. 2. q. 6.*

23. Sed quo nomine pacta legitima veniant, utrum pactorum nudorum, an verò non nudorum, quæstionis est. Nos ea quicquid alij dicant, nudis pactis accensenda esse non dubitamus per *l. 30. ff. & l. fruenti 12. C. de usur. ff. jun. Nov. 134. c. 4. Cujac. ad l. 6. de pact.*, quandoquidem nomen proprium & certum non habent. *d. l. 7. §. 1. ff. de pact.* nec causam, sive negotium continent, *d. l. 7. §. 4 ff. d. t.* nec deniq; vi sua producunt actionem, sed beneficio legis. *l. 6, ff. eod. Gocdd. tr. de contr. stipul. c. 1. concl. 3. n. 39. & seqq. Cujac. 11. obs. 17. in fin.*

24. Illorum quædam producunt actionem, quædam eandem ipso jure, tollunt: *l. 6. de pact:* illa dicuntur obligatoria; hæc liberatoria *VVesemb. par. de pact. n. 4.* Et hoc ipso à reliquis pactis nudis differunt, quod hæc, ut supra dictum est regulariter, non tollant actionem, nisi opposita exceptione *l. tale pactum: 40. ff. de pact. junct §. præterea. 3. Inst. de Except.* Regulariter dico, quia exceptionem admittit. v. g. Obligatio nudo consensu constans per nudum etiam pactum ipso jure dissolvitur *l. 6. §. adeo 6. l. 27. §. 2. v. idem dicemus l. 58. pr. h. t. l. 72. in fin pr. de contr. Em. t. t. C. Quan. lic. ab emp. dis jun. Donel. ad l. 13 n. 50. & 51. C. de pact.*

25. Ad exempla si descendamus, quædam invenimus descendere ex ll. duob. Tabularum, quædam ex jure Prætorio, nonnulla ex constitutionibus Principium. Pacti verò ex Scto legitimi nullum ex tat exemplum: extitisse tamen ex vestigiis *l. 6, ff. de Pact.* apparet.

26. Ex ll. 12. Fabb. descendunt potissimum ea, quæ sunt de membro rupto, de quibus multa Gellius *Noct. Attic. lib. 20. c. 1.* Item pactio de furto *l. 7. §. si pacucar. 14. in fi. ff. de pact.* de injuria illata. *l. si tibi 17. §. 1. ff. de Pact. l. 17. §. si ante judicem. 6. ff. de injur.* si de delictis jam perpetratis idipsum intelligatur *l. si unus 27. §. 4. ff. de pact.* de lite *Cuja. l. 6. de pact. Vult. J. R. lib. 1. c. 29.* Recte huc refertur etiam pactio, qua æris confessi judicatus ni cum creditore intra triginta dies paciscitur. 60. diebus in vinculis retinetur, & tertiis nundinis capitis pœnam luit; de qua vide Gellium *Noct. Attic loco supr. cit.*

27. Ex

27. Ex jure Prætorio legitima sunt hæc: 1. Constitutum, cum quis constituit se soluturum, quod ipse, vel alius debet. *l. 1. in pr. & tot. tit. ff. & C. de constit. pec. §. de constituta. 9 Inst. de Act. 2.* Pactū pignoris, quod nuda conventione constituitur, ita ut possessio ad creditorem non transeat, & propriè hypotheca appellatur, facitq; locum actioni, quasi Servianæ jure, seu Edicto Prætorio. *§. item serviana. 7. Inst. de Action. l. 17. §. 2 ff. de pact.*

28. Deniq; ex PP. Constitutionibus veniunt 1. promissio dotis *l. ad exactionem. 6. C. de dotis promiss.* De qua controvertitur, an sit legitimum pactum, an verò contractus innominatus. Prius affirmamus propterea, quod qualiscunq; promissio dotis valeat, tametsi stipulatio nulla intervenerit *d. l. 6. & tot. tit. C. de dotis promiss.* posterius negamus, cū quod pactio tū facit contractū innominatū, ubi cū ipsa simul factū intercedit: hic autē nuptiæ, ex quibus contra promittentē actionem dari putant, cū ipsa promissione nō concurrūt, adeoq; pactio illa nuda manet, tū quod etiā post cōtractas nuptias dos efficaciter promittitur. *Bachov. in Treul. part. 2. disput. 7. th. 3. lit. g.* Hodiè, postquam actio ex stipulatu simpliciter introducta est in quavis dotis promissione *l. jun. C. d. eri ux. act.* non ampliusopus erit constitutione *d. legis. 6. C. de dot promiss.*

29. Secundum Pactū donationis, seu donatio simplex. *l. si quis argentum 35. §. ult. C. de donat. Nov. 162. c. 1.* de qua quid habendum sit, & quatenus interdum inter modos adquirendi dominii, nonnunquam inter cōtractus, & tandem inter pacta legitima referatur, in ipso discursu videbimus.

30. Tertiò pactum de usuris frumenti, hordei, aliarumq; rerum fungibiliū præstādis. *l. 12. C. de usur.* cum enim aliàs pecuniæ usuræ non debeātur, nisi exstipulatione. *l 3 C. eod. ex* singulari ratione receptū est, ut in rebus fungibilibus pacto nudo usuræ cōstitui possint; si quidem vini, olei, & frumenti, cæterarumq; rerū fungibiliū non est perpetuo certum precium, sed æstimatio & preciū subinde mutatur, locis temporibusq; varietatem afferentibus *l. precia. 63. §. fin. ff. ad L. Falcid. l. 17. C. de usur. l. 3. ff. de eo quod certo loco,* id quod facit, ut majores stipulemur usuras in frugibus, quā in pecunia. *l. oleo. 23. C. de usur. Gothofr. ad. d. l. 12. C. eod. Borch. de pact. c. 2. n. 31. & 32.* Atq; hæc pauca è multis seligere præter pagellarum
augustiam suasit pro positi institu
tiq; ratio.

Disputatio Vltima.

RESPONDENTE.

Abraham Keysern Susatensi Westphal.

PROOEMIUM.

REs ipsa loquitur, & pro rostris se ostendit, quam necessaria sit materia præscriptionum; nam in omnibus pœnè contractibus, & in quavis actione de hac quæritur, & tam in foro Canonico quam Cæsareo frequentatur. Risui me itaq; exponerem, si illam commendando in præloquio longior essem. Verum cum juris utriusq; materiam teneat, magisq; canonica, quam civilis censeatur; Necessarium duxi nutu quasi indigitare quomodo nobilissimam hanc materiam, aliás diffusè traditam, pro ratione pagellarum pertractare, apud animum meum constituerim. Laterem a. quod ajunt, me non lavaturum vidi, si pace Dominorum Collegarum in genere, & dein de præscriptionibus Jurium & actionum nostri collegii in specie sollicitus essem, eamq;, pro ingenii mei tenuitate, secundum ordinem habitarum disputationum, examinarem; quod ut feliciter aggrediar, tu Deus annue cœptis.

THES I.

Ne autem illotis quasi manibus ad propositum accedam, à Definitione Præscriptionis actionum meritò initium faciens, eam definiendam censeo: quod sit Exceptio, ex tempore substantiam capiēs, quæ actioni personali vel in rem opponitur *Cujac. in parat. ff. & C. h. t.* Nomen verbale esse unicuiq; constat, à præscribo etenim derivatum, quod idem significat q. præfigo, statuo, præfinio limito, Vnde dicitur Præscriptio q. temporis præfixio, propterea q; omnis terminus potest appellari præscriptio. Hinc etiam dicitur præscriptio multiplex, ut horarum, dierum, hebdomadarum, mensium & annorum de quibus omnibus videatur summus Ille JCtus Cujacius *in operib. priorib. subtit. de diverſ. & temp: præſcr.*

2 Nolumus hic præterire, quod præscriptionis vocabulum, dupliciter considerari possit, vel quatenus removet agentem jure longæ possessionis, & nihil est aliud quam Exceptio, de qua dictū: vel quatenus ipsam rei seu juris in re acquisitionem denotat, & tum plus est quam Exceptio, quia non tantum Exceptionē sed etiam actionem possidenti parit, jure veteri utilem *l. 19. ff. si ſerv.*

serv.vindic. l. 13. §. 1 ff. de Jurejur. l 8. pr. C. de præs. 30. vel 40. an. jure nov. directam, cum sine dubio jam plenum dominium transferat *Vult. 1. Jur. R. 71. n. 1. 2. & 3: Bach. ad Tr. hic th. 7. lit. b.* jung. *th. 4.*

3. Præscriptio olim in tribus maximè distabat ab Vsucapione in specie sic dicta. Vsucapio enim 1. erat rerum mobilium *pr. Instit. de Vsucap. l. Vnic. vers. cum autem C. d. Vsucap. transfer.* sine discrimine loci *dd. ll,* sive essent res mancipi sive nec mancipi *Vlp. frag. tit. 19. §. 7.* Imò & Immobilium in Italico solo *d. prin. Inst. h. t.* Præscriptio vero erat rerum immobilium provincialium seu quæ non erant soli Italici, videl. prædior. tributariorum, & ad eorum exemplum ut loquitur Imperat: Alexand. *in l. 2 C. de servit. & aq.* rerum incorporalium *junc. l. 10. si ser vind. l. ult. in fin. C. de præscript. lon. tem,* Et ita prima hæc differentia desumitur à rebus, secunda à tempore, quia Præscriptio longius tempus requirit, nempe 10. vel 20. annos vid. passim *tit. C. de præscrip. lon tem. d pr. Inst h. t.* Tertia differentia ab effectu desumebatur: Per usucapionem enim acquirebatur dominium plenum & Quiritarium, Præscriptio contra tribuebat tantùm jus quoddam dominio proximum, exquo possidenti exceptio, vel amissa possessione, utilis actio nascebatur, ut dict. *in thes. præc. cir. fin.*

4. Postquam a. Justinianus distinctionem prædiorum soli Italici & Provincialis, rerum mancipi & nec mancipi, dominii bonitarii & Quiritarii sustulit, atq; usucapionis & Præscriptionis. longi temporis jura, confudit *§. 40. Instit. de rer. div. in pr. Inst. h. t. l. vnic. C. de Vsuc. transf. l. ult. C. de præsc. long. temp. l. unic. C. de nud. Jur. Quir. tol.* sustulit quoq; differentias supra traditas.

5. Similiter in aprico positum est, illam ex jure civili ortam *pr. Inst. h. t.* & bono publico introductam, ne rerum quarundam diu & ferè semper incerta essent dominia *l. 1. ff. h. t.* & ut aliquis litium finis esset *l. 3. pr. pro suo* Neq; potest conqueri de damno contra quem usucapitur, cum illud propria culpa sentiat *l. 203. ff. de R J.* & vix est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi ait Vlp. *in l. 28. de V. S.* Hinc quoq; juri naturali eam non contrariari putamus cum *Mynsing. ad Rub. hic in Inst. n. 21. & 22. Donel. 5. Comm. 30. & alii.*

6. Hic non ineleganter quæritur an Præscriptio ipso Jure, an ope Exceptionis tollat actionem. Quamvis plurimi Dd. in hac q. se mirè torqueant, plurimi etiã posterius affirmẽt, Nos tamẽ cum

cum Bacho. *vol. ult. ad Tr. disp. 29. th. ul. li.b.* & Riem *decad. 14. quæst. Iurid. 4.* stamus à partibus eorum, qui prius, nempe ipso jure per præscriptionem extingui actionem, asserunt. Quid a. sit ope Exceptionis & quid ipso jure tolli vid. apud Bach. *d. disp. th. 1. lit. A. & B.*

7. Verùm antequam ad ipsam naturam præscriptionis, & quinam inde resultent effectus perveniamus, quæstionem & hanc videbimus, An Præscriptio à consvetudine & in quibus differat? Nos eas inter se invicem differre omninò statuimus: & possent sanè differentiæ aliquot elegantes pro hac quæstione dilucidius enodandæ afferri. Verum angustia chartæ inpræsentiarum hoc prohibet, & nos, ut illas ad ipsum disputationis actum reservemus, jubet.

8. Sequitur, ut solliciti simꝰ de iis quæ ad præscriptionem requirantur. Præscriptionem a. principaliter quinq; exigere constat, nimirum, ut res ad præscribendum sit habilis. Hinc non possunt usucapi res, quæ sunt extra commerciũ, & quæ in nullius dominio esse possunt, veluti res sacræ, liber homo, & quæcunq; tandem lege prohibitæ sunt usucapi *l. 24. h.t. junct. §. 1. 2. 4. & 5. Instit. & l 4. §. 6. & seqq. Eod.* Præter hoc requirit Præscriptio titulum *l. 27. h.t. l. 4. C. de præsc. lon. tem.* bonam fidem *pr. Inst. h.t. l. Vnic. vers. cum a. C. de Vsuc. transf.* traditionem & possessionem continuatam *l. 3. l. 25. h. t. c. 3. de R.I. in sexto. l. 2. C. de long. tem. præscr.* Vbi in Definitione tituli, quod nimirũ sit causa habilis ad dominii translationem & justa causa possessionis dicãtur, admodum curiosum esse supervacaneum duco. Illud a. non ineleganter quæritur: Qualis titulus requiratur? ad quod respondemus, talem requiri, qui ad transferendum dominiũ sufficiens sit, modo tradens dominus existat *§. 40. Inst. de rer: divis:* si a. ille Dominus habeatur, revera tamen non sit, conditionem usucapiendi seu præscribendi transfert *l. 74 in fin. ff. de cont. Empt.* Illud enim in jure nostro perpetuum est, ut titulus, qui tradente domino operatur dominium in persona accipientis, operetur ius usucapiendi, si tradente non domino bonâ fide res accipiatur, inquit *Bach. ad Tr. hic thes. 5. lit. e. & f.* Neq; sufficit titulus putativus *l. 27. h.t. §. 6 Inst. cod. l. 2. & 3. ff. pro legat.* nisi quis justam habuerit putandi causam *l. 11. pro Empt. l. 4. pro legat. l. ult. §. 1. pro suo.*

9. Bonam fidem in præscriptionibus necessariam esse diximꝰ: est a. illa justa opinio, qua quis existimat eum, à quo rem accepit, esse

esse Dominum, vel habuisse jus distrahendi aut alienandi, & ita se quoq; Dominum esse effectum *l.109. de V.S.Bach. Inst.b. t. ad pr.n 30.* An a, in omni præscriptione necessaria sit dubitatur, Nos distinctione adhibita inter jus civile & Canonicum, tum inter præscriptionem longi & longissimi temporis,rem claram esse existimamus, nam de jure civili in præscriptione longi temporis videl. 10. annorum inter præsentes & 20. Inter absentes requiritur titulus & bona fides,& in hoc utrumq; jus concordat.

10. In præscriptione a. 30. vel 40. annor. de Jure civili non requiritur titul9 nec bona fides,sed sufficit sola possessio,cum cursu tanti temporis, nam ejus spatio omne jus & omnis actio tollitur, cum & prædones & fures hoc modo præscribant. *l.3,4. 7. & 8.§.1.C.de præscript.30 vel 40. annor.*Hic enim solum tempus possessorem tutum facit, utcunq; nec bona fides nec titulus probetur. *Bach.§ 2.Inst h.t.*Contrâ jus Canonicum,ut in superiori,ita in hac quoq;,imò in omni præscriptione bon. fid. requirit. *C. fin. ext. de præscript.C.2.deReg. Jur in 6o.*Quod&in foro civili observandũ esse statuimus cumMynſ. *4.obſ.6.Coth.resp.63.n 26.& n. 54.* ubi ait: Jus Can. hoc casu magis respondere cum lege divina. Quam sententiã certo modo tẽperandã esse putatBach.*ad Tr.disp 22.thes.6. lit.B.cumCovar.inC.possessor 2.Relect.§.8.n.3.& aliis.* idem distinctione Juris Canonici & civilis hanc quæstionem solvendam putamus: Quo tempore bona fides in præscriptione exigatur.

11. Traditionem quod attinet, illa vel vera & propria vel ficta, & impropria dici potest. Priorem omnino necesse debere statuimus,in iis nimirum casibus, quando talis est titulus,ex quo, & res est talis, sine cujus traditione non transfertur dominium. *l. 20.C,de pact.* nam tunc verus titulus, quamvis intervenerit, per se tamen non sufficit absq; traditione ad translationem dominii *l.50. ff.de re, Vend.*Vti è contrariò nuda traditio non transfert dominiũ sine præcedente titulo *l,31.de aqu.rer dom.*

12. Posterior non minus possessionem transfert quam illa prior: Ideoq; & Præscriptionem inducit.Quamvis enim revera & propriè traditio non sit, attamen ejus loco habetur: & partim necessitate introducta est, ob qualitatem rerum, quæ propriam traditionem non admittunt,veluti sunt res incorporales & immobiles: partim commoditate, ut expeditiori via & modo re-

trans-

transferrentur. Exempla sunt obviam: In servitutibus patientia domini traditionis vicem obtinet *l. 1. in fin. de serv. rust. prædior. l. 3. pr.* ibi, *Eumve patitur ff. de Vsuf.* Sic quoq; traditionis corporalis Vim & locum habent rei emptæ signatio *l. 14. in fin. de peri & com. rei vend.* Clavium traditio § 44. *Instit. de rer. divis.* Custodis appositio *l. 51. de acq. poss.* Instrumenti traditio *l. 1. C. de donat. & alia. Junc. §. 43. Inst. de rer divis.*

13. Restat ut de possessione paucis agatur, sine qua Vsucapio contingere non potest. *l. 25. ff. h. t.* sit a. legitima cum animo Domini conjuncta Cujac. *ad l. Non solum 33. princ. h. t. Bach. in Inst. §. 7. pr. Inst. Eod.* Sit etiã ut antea quoq; diximus, continua, secundum tempus à lege definitum *l. 3 h. t.* Sive in una sive in diversis personis, Quod contingit vel in Successore Universali, vel singulari. *§. 7. & 8. Inst. h. t. l. unic. 16. Etiam anteriorũ C. de Vsuc. trans.* in utroq; enim accessio possessionis ex æquitate locum habet, *l. 14. ff. de diverſ. temp. præscript:* quoniam citra medium ab uno in alterum res transfertur: licet summo jure diversa possessio in autore & successore videatur, non denig; sit interrupta aut interpellata *l. 2. ff h. t. l. 10. C. de acqu. poss. Wesenb. in π. h. t. n. 15.*

14. Præludiis hisce etiam effectum præscriptionis annumerandum censemus, qui est, quod dominium possessori plenum adjiciat. *l. 20. C. de pact.* tolltaq; obligationem & actionem, sive sit in rem, sive in personam. *l. 1. C de Annal. præscript. l. 3. C. de præscrip. 30. annor.* Et hæc in genere de præscriptione dicta sufficiant, Quia, ut longiores hîc simus, angustiæ pagellarum vetant.

15. Progredimur jam ad disputationes collegi nostri Ubi se, primò materia indebiti soluti offert: Ex qua nõ inelegãs hæc quæstio resultat: An tutus Præscriptione longissimi temporis, si solvit illud tanquam indebitum repetere possit? quod affirmamus, Quia obligatio quæ fuberat ante præscriptionem sublata seu infirmata jam est per jus præscriptionis, unde & ita solvens, tutus Exceptione perpetua dici potest, cui tribuit jus nostrum repetitionem soluti per errorem *l. 40. ff. de Cond. Indebit.*

16. Vtrum a. statutum hoc valeat, quod si creditor non petierit debitum intra certum tempus, cadat à Iure suo, & ulterius nõ audiatur, intricatissimæ est controversiæ: nos illud omnino valere puta-

putamus, hoc tamen considerato, ut secundum jus commune interpretetur, concurrente titulo & bona fide, ne possessor cum aliena jactura locupletetur, & alius indebitè damnum patiatur. Debitum a. Iuratum præscriptione statutaria non tolli, patet *ex l. 9. ff. de Iujrjur.* Nam statutum vel alia dispositio simpliciter loquens, nunquam trahitur ad actum Juratum, nisi de Juramento faciat expressam mentionem *arg. c. constitutus de rescript.*

17. Ad materiam Commodati & depositi accedentes rem planam esse, omniq; dubio carere arbitramur, si priora de titulo & bona fide dicta rumi-nentur: statuimus itaq; Actioni tam depositi, quam commodati, his deficentibus, spatio longi temporis præscribi non posse. De jure a. civili hæc jura spatio 30. vel 40. annorum absq; titulo & bona fide præscribi posse, solamq; possessionem ibi sufficere putamus *l. 3. 4. & 7. C. de præscript. 30. Annor. l. 1. §. 1. C. de annal. Except. l. 5. C. quibus non obj: long. temp: præscrip.*

18. Circa materiam pignoris & hypothecæ, cum plurimæ & difficiles quæstiones sese offerant, aliis relictis, sequentes pertractare libet: Quanto tempore Actioni hypothecariæ, qua creditor contra possessorē pignoris experitur §. 7. *Inst. de act. l. 17. de pig. & hyp.* præscribatur? Vbi respondendum censemus, quod tertius possessor præscribat Juri hypothecæ contra creditorem spatio 10. annorum inter præsentes, & 20. Inter absentes, cum titulo & bona fide *l. 1. & 2. C si adverſ. cred. præſc. opp.* Sin verò is nō habeat titulū & bonam fidem, præscribit contra hypothec: spatio 40. annor. *l. cum notissimi 7. in pr. C. de præscript. 30. annor. l. 1. §. 1. C. de Annal. Except.* Ex quibus etiam recte infertur, quod præscriptio pignoris currens contra debitorē ratione dominii non noceat creditori qvoad hypothecam *l. 5. C. de pignoribus & hypoth. l. 7. C. eod.*

19. An a. mala fides autoris alteri noceat in præscribenda hypotheca seu jure pignoris? & utrum præscriptio contra hypothecam impediat rei hypothecatæ venditionem quæ vendi poterat ante præscriptionem, non ineptè quæritur. Ad primam quæstionem respondemus, quod non: nam licet mala fides authoris noceat singulari successori rem etiā bona fide possidenti in præscriptione longi temporis, quoad præscriptionē dominii, si modo dominq sciens rem suam ab alio possessam, contestatus id non sit possessori. Nov: 119. c. 7. & inde desumpta *Auth. malæ fidei de præſ. lon. tem.* tamen non nocet in præscribenda hypotheca, seu præscribendo jure pignoris, quod est inferius Dominio *Balb.* Secundam quod attinet, affirmamus ducti *l. 7. C. de obligat. & Act.*

20. Pignoratitiam actionem spatio 30. Annorum præscribi posse notum est *l. 1. §. 1. C. de Annal. Except.* Cum a. pignoratitia est sequela Juris offerendi, superioribus confinis est elegans hæc quæstio: An præscribi possit Juri offerendi, hoc est, an possit præscribi à creditore contra debitorem, quominus offerendo debitum actionem pignoratitiam, ad repe-

repetendum pignus sibi acquirat? quod affirmamo, & quidem spatio 30. vel 40. annor *l. 7. § 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* limitatione tamē hac adhibitâ: Si competat per modum actionis: Si vero competat per modum exceptionis, puta sit creditor agat hypothecaria contra tertium possessorem, & debitor velit offerre debitum ad excludendum eum, quemadmodum cuilibet possessori rei pignoratæ licet debiti oblatione removere creditorem hypothecaria agentem, *l. 12. §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* tum certe huic nunquam præscribitur, ob hanc rationem, quia, quæ sunt temporalia ad agendum, censentur perpetua ad excipiendum *l. 5. C. de Except. seu præscript. l. 5. §. fin. de dol. mal. except. vid. Covar. Var. Resol 9 n. 3. Bach. ad Tr. de pign. & hyp. th. ult. lit. h.* Non tamen contradicemus Henningo Göden, qui *cons. 109. n. 311. & seq.* probat contrarium communi Germaniæ consuetudine receptum esse.

21. Eodem pacto Actioni ex empto spatio 30. annorum, ut cæteris actionibus, præscribitur; ubi tamen notandum, eam non evanescere, licet post multa spatia res emptori evicta sit, quia in hoc casu ante evictionem non fuit nata, ideo nec præscribi potuit. *l. 21. C. de Evict.* Similiter eodem etiam tempore præscribitur remedio Legis 2. *C. de rescind. Vend.*

22. Anceps & gravis est controversia: An, & quanto tempore pacto de retrovendendo (puta si inter emptorem & venditorem simpliciter convenerit, nullo tempore constituto) ut venditor possit rem venditā restituto pretio quādocunq; ei licebit, recipere) an inquam huic pacto præscribatur, quamvis plurimi Dd. sint in ea opinione, ut tali pacto præscribi nō possit, tamē nos recessum ab iis facimus & putamus cum Tiraq. *de retract. conv. §. 1. gl 2.* Covar. *Var. resol. 1. cap. 9.* Franc. Zoannet. *ad l. 2. de pact. Int. Emp. & Vend.* & Bach. *ad Tr par. 1. disp. 29. th. 10. lit. D.* probabiliter defendi posse affirmativam, quamvis in Camera negativā obtinere testetur, & probet aliquot exēplis. Mynsing. *1. Obs. 16.*

23. Ut etiam de retractu, qui ex proximitatis Jure, quod & Jure divino, *Lebit. 25. & 25.* Ruth. *4. 14.* Jerem. *22. & 7.* & Canon. *c. 8. in med. de restit. in integ.* approbatur, unum atq; alterum verbum adjiciamus, dicimus illi præscribi anno ex quo scivit alienationem, & tacuit is, cui eam infringere seu retractare concessum est *2. Feud. 9. §. 1. & Porro. 2. Feud. 26. §. 5. in fin.* Wesenb. *in π. de rei. vend. n. 6.* Jung. *Constit. duas Imp. Friderici de Jure ἀπολήψεως lib. 5. seu cir. fin.* An a. Retractus illud Ius, quod competit propinquis, pugnet cum Jure civili, & præsertim cum l. *dudū 14. C. de contrab. Empt.* disputat Tiraq. *in Præf. fol. 1. de Retr. n. 16. & multis. seqq.*

24. In Ordine sequitur disputatio de locatione Conductione, & Emphyteusi, circa quam discutiendam venit, An colonus vel conductor præscribere possit contra actionem personalem, quæ ex contractu locationis oritur, quod affirmamus *l. 3. C. de præscript. 30. vel. 40. annor.* Conductorē a. prædii non præscribere jus propietatis contra Dominū, quamvis mille annis possedisset, ex quo illum Dominum recognovit & canonem solvit *l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Covar. *in cap. possessor. par. 2. § 9.* Bach. *ad Tr. hic th. 4. lit. k.*

25. Non a. levis est controversia, si colonus Domino ignorante fundum conductum vendidisset, & tamen à quo conduxerat pensionem solvisset. Emptor a. 30. annis possedisset, & tum colonus in præstatione debitæ pensionis cessaret

ceſſaret, An Dominus contra Emptorem rei vendicatione agere poſſit? quod negandum putamus, quia Colonus tradendo fundum, Dominum poſſeſſione privavit, *l. 44. §. 2. ff. de acq. vel amitt. poſſ. l. 29. ff. qui mod. Uſuf. amittatur.*

26. Illam quæſtionem, Ex jure Emphyteutico attingere lubet: An res Eccleſiæ alicui in Emphyteuſin data, ad tempus, (ut dari poteſt *Nobel. 120. cap. 6. §. 1.*) poſſit præſcribi? Quamvis Iuſtinianus primo voluerit, ut contra res Eccleſiarum tantum centenaria curreret præſcriptio *l. ult. C. de SS. Eccle.* tamen poſtea id mutavit, & centenariam præſcriptionem, in quadragenalem commutavit. *Nobel. 111. & Nobel. 131. c. 6. Cujac. 5. Obſ. 5.*

27. Seriem continet materia ſocietatis & Mandati, ubi videndum, quanto tempore præſcribatur actioni pro ſocio, ſeu juri petendi redditionem rationis inter ſocios? Dicimus actionem illam, ut adminiſtrationis ratio reddatur, durante ſocietate regulariter non competere, ſed demum eâ finitâ, *ex l. 65. in pr. ff. pro ſocio. l. 5. C. eod. Oldendorp. cl. 4. Act. 21. n. 8.* ideoq; etiam tum demum incipit currere ejus præſcriptio. Et cur hic non præſcribatur ſpatio 30. annor. cum non excepta reperiatur á conſtit: *l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. vel 40. annor?* In Judicio a. diviſorio, dum ſocii ſtant in communione, nullam currere præſcriptionem arbitramur, ob rationem: quoniam, donec incommunione ſunt, & ſimul poſſident, & alter alterum in ſocium cognoſcit, impoſſibile eſt præſcriptionem currere.

28. Mandato cum accedat ratificatio, Inveſtigandum nobis eſſe cenſuimus quanto tempore Juri ratificandi præſcribatur? nos cum iis facimus qui opinantur quod illi, ſicut ceteris juribus *in d. l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. ann.* præſcribatur.

29. De Minore dubiũ nõ eſt, quod ſi major factus, poſſit id ratihabere quod in minorẽni ætate, vel ipſe vel alius ipſius nomine egit *t. t. C. ſi major fact. rat. hab.* ſed de eo quæritur: Si major facto taceat ad ea, quæ in minorẽni ætate geſta ſunt, an ſemper ſub hoc colore, quod lœſus ſit & ea nũquam rata habuerit, poſſit beneficio reſtitutionis uti & revocare id quod antea geſtũ eſt. Sive an certo quodã temporis ſpatio ei revocatio & reſtitutio ſit præcluſa & præſcripta? Reſp. *ex l. ult. C. de tempreſt. in integr.* Si poſt completam ætatem minorennem, ſeu poſt 25. annum abſolutum tacuerit quadriennium continuum, præſcriptum eſſe beneficio reſt. Vt amplius eo non poſſit uti. Ordinarias a. actiones, aliquanto diutius ſalvas ipſi manere, nempe vel quinquenninũ vel decenniũ *l. fin. C. ſi maj. fact. al. fin. dect. rat. hab. VVeſenbec. in ff. C. ſi maj. fact. rat. hab.*

30. Ad finem nunc properare oportet, ideoq; unicam tantum hanc ex ſeptima diſputatione quæſtionem Coronidis loco adponam. Quanto tempore Exceptioni non numeratæ pecuniæ præſcribatur? Ad quam reſpondemus, quamtumvis ſecundum Dd. Juri excipiendi nunquam præſcribatur Bald *in repet. l. fin. C. de Except. 30. ann.* tamẽ Exceptionem non numeratæ pecuniæ biennio præſcribi *l. 14. in pr. de non num. pec. Inſt. de lit. Obl. in fin.* Subſiſto & Deo ter O. M. gratias ago.

Cui in æternum ſit Laus honor & gloria.

Errata.

In Disp. I.

In proæm. lin. 12. *lege* cacoëthes. Th. 1. *lin.* 10. pro §. 5. lege § 8. Th. 3. lin. 16. in prin. pro emoliturlege emollitur. Th. 14. *lin.* 3. pro l. 25. fin. *l.* 2. §. 4. *Th.* 21. in fin. pro1578. *lege* 1577. *Th.* 30. lin. 3. in pr. pro piendis *leg.* pientis, Ead. *lin.* 11. pro venundaris, lege venundas.

Disp. 2.

Th. 3. lin. 8 in fin. pro vel lege & Th. 4. lin. 9. pro volunta, voluntate *Th.* 6. in. 7. pro famosa, famoso *Th.* 9. *lin.* penul. lege transitoria Th. 10 lin. 4. pro impestivè leg. intempestivè Th. 18. lin. 2. post pretium addatur vel merces *Th.* 28. in fin pro l. 5. de usuc. leg. l. 6.

Disp. 3.

Th. 1. lin. 7. pro C. si ex caus. lege C. si in causa th. 4. lin. 10. dele sane, *Th.* 20. lin. 3. pro distr. pign. lege C. d. pign.

Disp. 4.

Th. 5. lin. 4. pro altero leg. ex altera Th. 6 lin. 8. post. l. 34. dele. d. l. Ead. lin. 12. pro justificetur, judicetur Th. 7. in fin. pro l. 49. lege 40. Th. 8. lin. 13. pro *l.* 2. C. *lege l.* un. C. Th. 10. lin 2. pro *l.* 38. leg. l. 28. lin. 4. pro & Monte, de Monte Th. 12. lin. 2. pro eus leg equus lbiq; post vocem domus dele qui lin 9. pro petinet lege pertinet Th. 13. lin. 14. & 15 pro interesse interesse Th. 17. lin. 15. pro nimiam, minimam. Th 26 lin. 3. pro in expediat leg. non expediat. *Th.* 27. lin 3. pro *s.* 44. lege l. 44. Ead lin 5. pro §. dit. leg. *s.* 2. d. t.

Disp. 5.

Th. 19. lin. 4. lege Emphyteutæ.

Disp. 6.

Th. 20. lin. 2. pro suspicere lege suscipere.

Disp. 7.

Th 19. in fin. pro decimus leg. dicimus. Th 20. lin. penul. pro necessarias, necessaria. th. 25 lin. pen. pro spospenderit spoponderit *Th.* 26. lin. pen: pro verisimili, verisimile *Th*: 27. lin: 2. pro creeitores creditores. Th. 29. lin 4. pro l. 4. C. leg. l. 3 C. Th. ul. lin. 6. in pr. pro inficationem lege inficiationem. Ead. th. lin. 8. pro Auth. cod. leg. Auth. ead. ibid. pro arctcore, actore.

Disp. 8.

Th. 12. lin. 2. pro 20 jure leg. Et purè. Th 18. lin. 5. & 6. pro sed ille stipulat scil. contra Sejum, lege sed ille stipulator scil. contra Sejum. Th. 22. lin. pen. leg. l. 1. §. 1. Th. ult. lin. 4. pro C. de V. Ob. leg. ff. de V. Ob.

Disp.

Disp. 9.

Th. 6 lin. 11. in fin. pro quærere, lege & quæsiverit. lin. seq. dele quo. Th. 9. lin. 10. pro obligationem, quæ lege oblegationem: talis est, quæ. Th. 22. in pr: dele nunc Th. 28. lin. 1 in fin. lege einer Th 29. lin. 1. & 2. dele omnibus non existentibus esse solvendo.

Disp. 10.

Th. 2. lin. 6. pro habeant lege habent pro diseretim discretum. lin. 9. lege. ad Tr. vol: 1. disp. 20 th 10. lit. D. Th. 4. lin. 3 lege paciscentes Th. 5. lin. 2. in pr. post possit dele, Th 9 lin 2 in fin. pro retineri, retinere Th. 10. lin. ult. lege. 5. 1. de præsc. verb l. 6 C. Th 11. lin. 8. deleatur nam. lin ult. in pr: lege stituit. Th. 13. lin. 2. in fin. post singulas adde provincias. lin. 7. pro invertionis inventionis. Th. 17. lin. 2. pro intricatara, intricata. lin. 3. in fin. lege Bach ad Tr. Th. 20 lin. 4. pro mihi tum, mihi tuum Th. 21. lin. 1 pro confuncti confundi Th. 22. lin. 4. pro unaq; , unaquæq; Th. 23. lin. 4. in pr: lege 7. 5. 2. d. pact. Th. 27. lin. 3. pro dammetur, damnetur. Th. 28. in fin. pro dedet, debet. Th. 30. lin. 10. pro expres: 11. txb: np: lege expressis textib. nemp: lin. 19. pro subsidiariam subsidiaria Et in fin. pro conditionem, condictionem.

Disp. 11.

Th. 4 l. 3. post demandavit ponatur) Th. 5 lin. 13. pro mllitat, militat Ead. lin. antepen pro repræsentataſſe, repræsentasse. Th. 11. lin. 13. pro ineritu. bi, lege inerit ubi.

Disp. 12.

Th. 23. lin. penul. pro sub functionem lege suo functionem.

Disp. 13.

Th 2 lin. ult pro quam lege quem Th 3. lin. 9. pro sunq; suntq; lin. seq: pro læge lege, lin. 13. post vocant pro. pone, Th. 9. lin. 1. pro sed sit Th. 13 lin. antepen pro experant, exuperant. Th. 15. in pr: pro Red lege Th. sed 17. lin 3. in pr. pro sit fit. Th. 21. lin. 6. pro minendove, minuendovè Th. 23. lin. 4 pro frunenti, frumenti Th 25. lin. 3. pro principium principum Th. 27. lin. penul. post Servianæ pone, Th. 28. lin 6. post. tum dele, Ead. lin. penul. pro l. jun. C. de eri ux lege l. un. C. de rei ux. Th. 30 in prin. pro secundum. , secundo.

Disp. 14.

Th. 9. lin. 3 pro n. 30 leg. n. 3. Th. 10. lin. antepen. pro idem, itidem. Th. 18. lin. 8. pro spacio 40. spacio 30.

Cætera candidus & æquus lector facilè corriges.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0120
DFG

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn75765603X/phys_0121
DFG

ıando quis obſcuro loco natus, fraudu-
ıtatione, nobili alicui familiæ ſe inſere-
ub titulo cognationis ab aliis, vel ejus-
amiliæ, nobilibus pecuniam, vel aſſud
licet, vel alio modo eosdem fallat.
o 1615. vagabundus quidam homo cõ-
ıuelem Phocam, Palatinum Conſtanti-
cupans, & ex familia illuſtri Græcorum
ı jactans, adjumẽto interceſſionũ, quas
ıtè impetraverat, in plurimorum prin-
ıs, & civitatibus ingentem pecuniæ
& emendicavit; cui poſtea, ob delicti
pœnam dictaverunt Scabini Lipſien-
ıno 1629. Menſ. Martio fœminæ cui-
, ex nobili familia ſe natam & bonis
mutato nomine à Nobilibus pecuni-
, pœnam temporalis relegationis in-
runt. *Carpzov. prax. criminal. part. 2.*
ıam ſequenti *num. 41.* adducit exem-
ı aſſumpto nomine Advocati cujus-
ejus publicè jactaverat, quem poſtea
ıdiæ Senatus virgis cœdi, & exilio
rinent & huc exempla relata à *Valer.*

XVI.

ıus eſt, quando quis, perſonâ ſua pla-
ıen ſuum mutat, & ſe pro alio ſuppo-
ma apud Hiſtoricos aliosq; ſcripto-
inter quæ notiſſimum eſt illud Plau-
ptâ forma Amphitruonis, adverſus
, nocte quadam, velut è bello rever-
ncubuit. Plura vide apud *Johannem*