

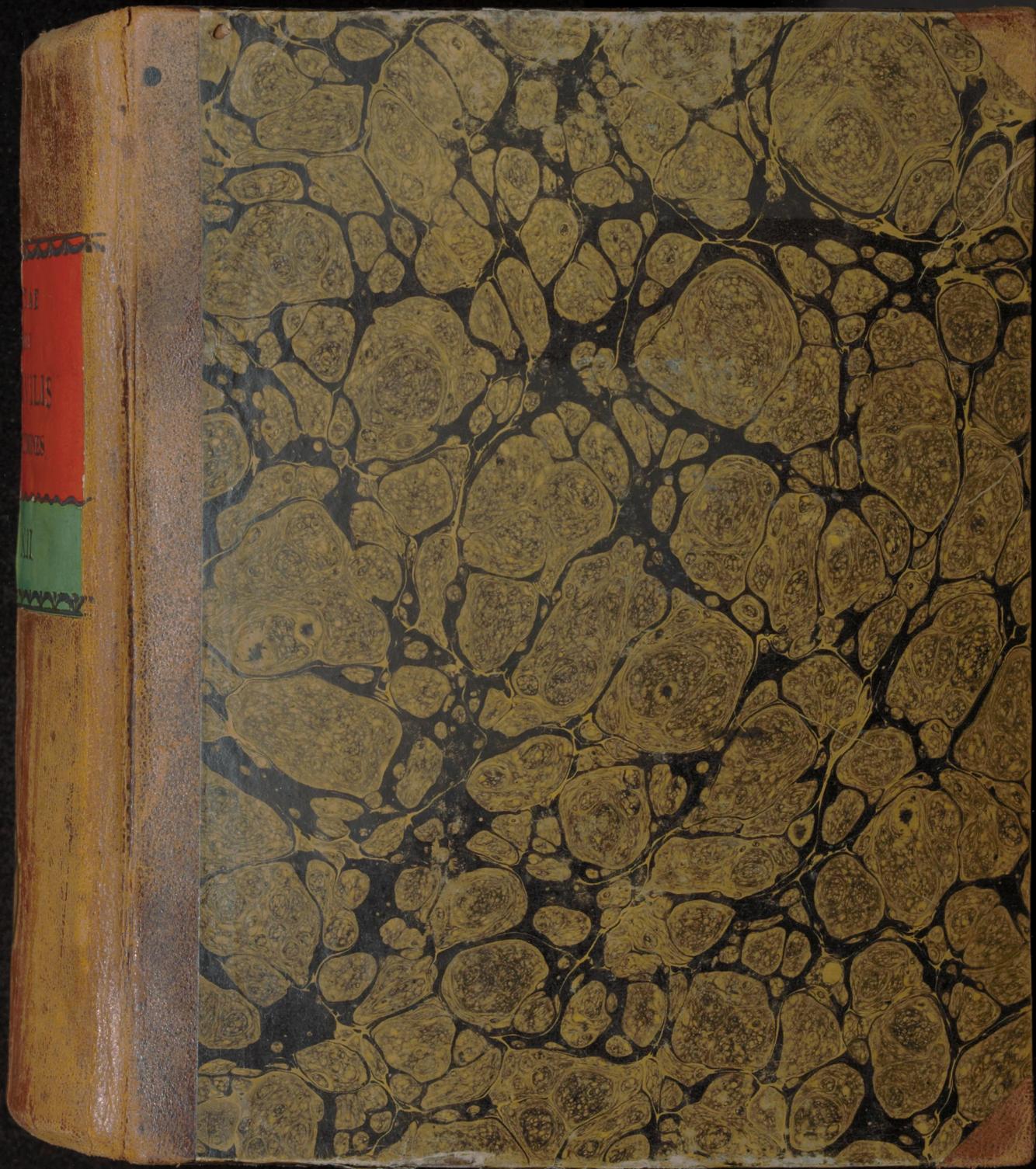
Dissertatio Inavgvralis Ivridica De Indole Actionvm De Pavperie Et De Pastv

Rostochii: Literis Adlerianis, [1794]

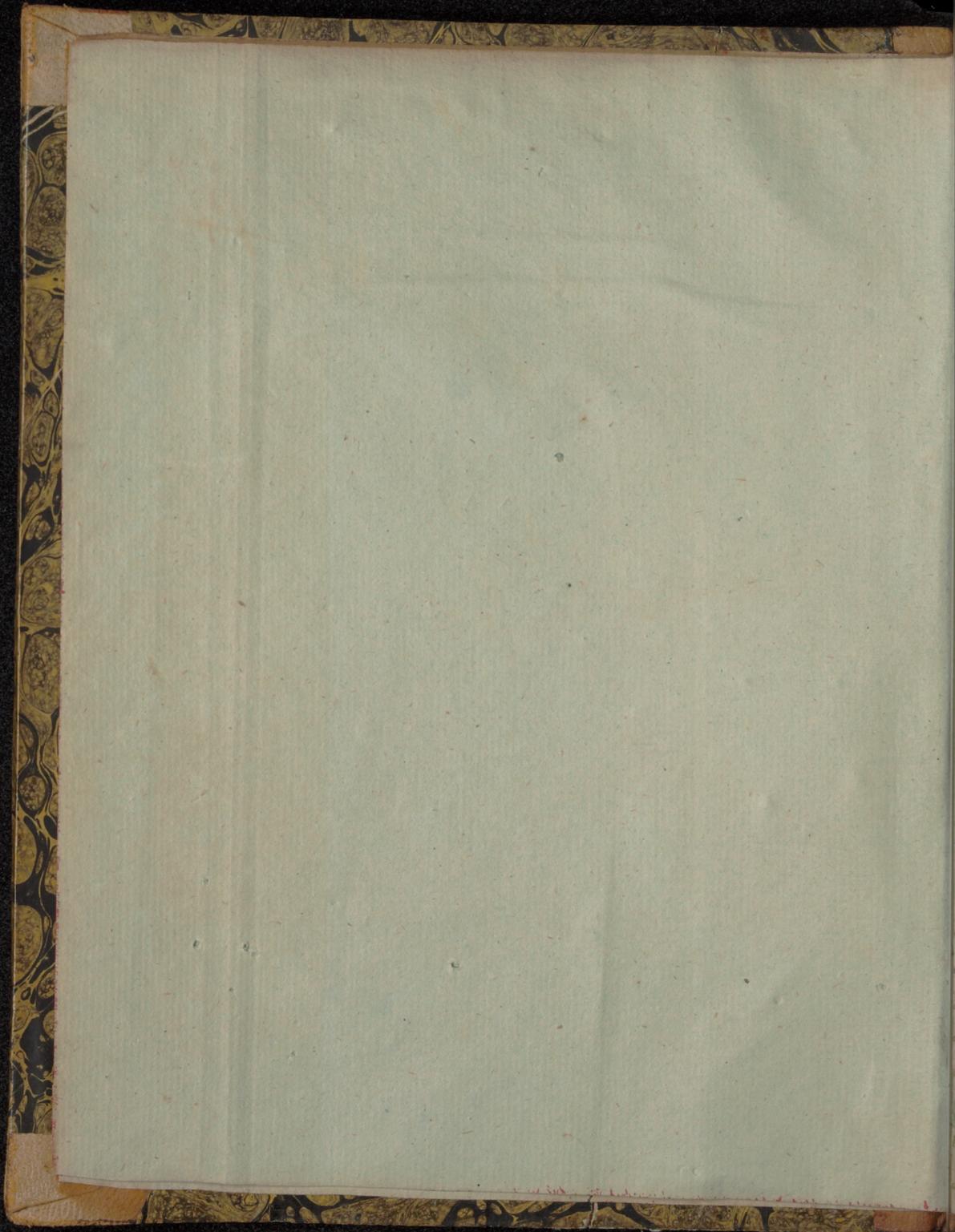
<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn893671312>

Druck Freier  Zugang





K. H. — 1 (12.)



Enucardii. d. h. n. salu. d. h. n. salu. d. h. n. salu.
Braun de usufr. parent. in bon. liberor.
Breluning ad C. 2. C. de resp. vend.
Brones de Pomperio delo.

XII.

Einert Comparatio legg. Rom. et Gr.
Eybe de interpr. legali ad pias causas
Feil de iure ader venditori remanente
Fouerleim de priuile. dotis sponse conp.
Fricke an compensationi hiet prefer.
Frisch de herede infante

Hambold

Hoffmann de man. thmes commercior faulr.
Hombergk de leg. serui Italia.
Junghans de Aurej. calumnia
Koch de praedio urbano et rustico.
Kraus de act. publiciana.
LeGrand Obje. jurid.

Madin de servitute usus

Mablanc ad L. 2. §. 2. D. ad Rhod.

Martini de act. de pauper. et de pastu.

Meister de Viriano.

Mitzius de on. in e. sator. ror.

Pragemann de. and. sator. ror.

de conc. hypoth. Ramm.

Rau de pecuniis

de sodal. arval. Reinhard.

de poena ab inrol. Richter.

de etialibus. Ritter.

de Novation. Sator.

de transact. Schubert.

de. Schwope.

de. Seger.

de. Senf.

Steger hon. or. vell. sator.

Sturm vob. is cauf. sig.

Stryck d. gallus. d. de postu.

Tittel de h. sator. ror.

Vitrigre de resp. conp.

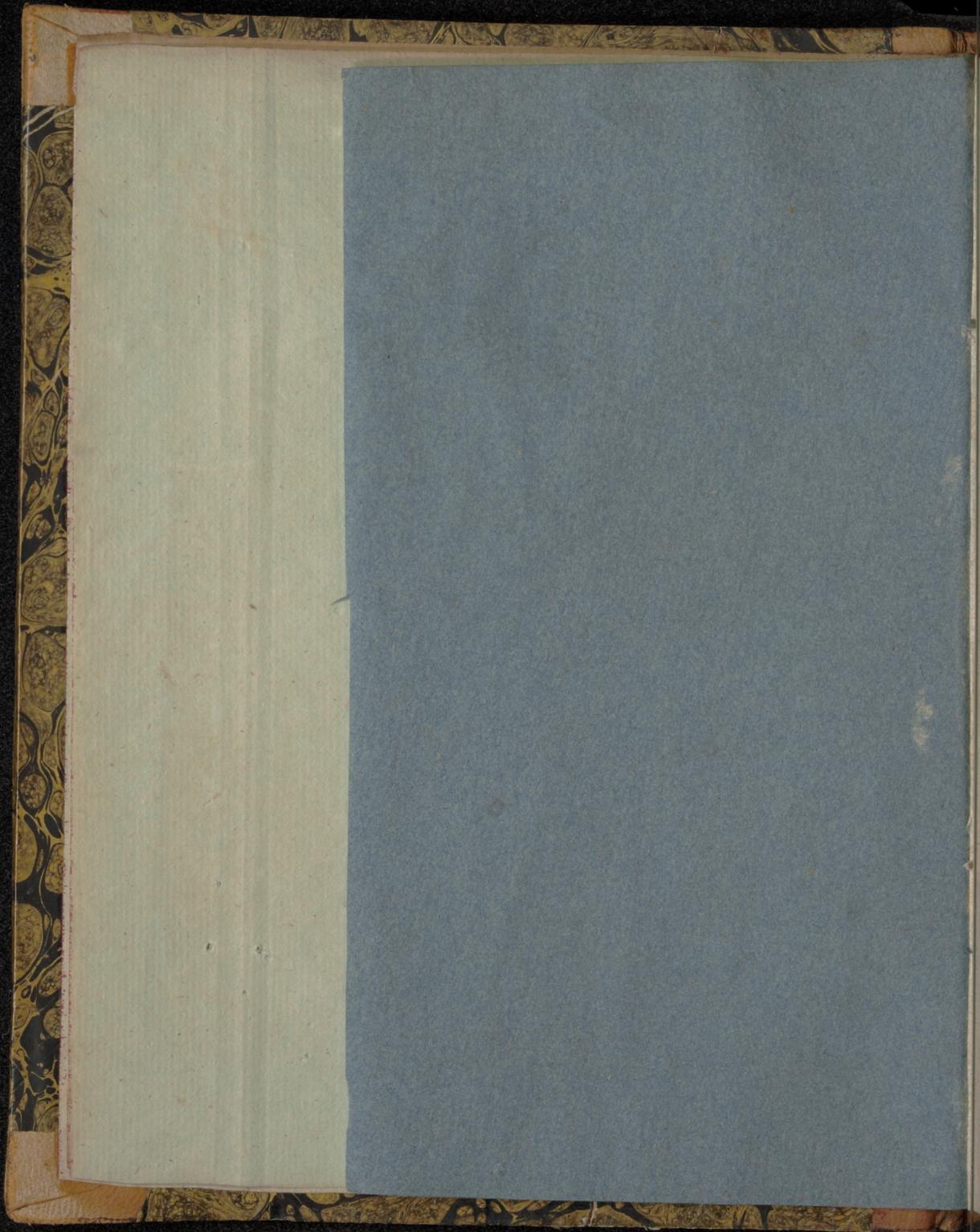
Werkhof de Novation.

Wolf de bonor. poss.

Wooq de hered. sator. ror.

Wunderlich de re litig.

non compensanda.



DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
INDOLE ACTIONVM DE PAVPERIE
ET DE PASTV

117

QVAM
CONSENSV INCL. ICTORVM ORDINIS
IN
ACADEMIA ROSTOCHIENSI

PRAESIDE
I O. M A T T H I A M A R T I N I

CONSISTORII DVICALIS VICE DIRECTORE
PHILOS. ET IVRIS VTRIVSQVE DOCTORE
HVIVSQVE PROFESSORE PVBLICO ORDINARIO
FACVLTATIS IVRIDICAE SENIORE AC HODIE DECANO

PRO
RITE IMPETRANDIS SVMMIS IN VTROQVE IVRE
HONORIBVS

DIE XXVI SEPTEMBRIS A. S. 1794.

H. L. Q. C.

PVBLICAE ERVDITORVM DISQVIGATIONI
P R O P O N I T
L V D O V I C V S H E N R I C V S B O R C H E R T
S V E R I N E N S I S .

ROSTOCHII LITERIS ADLERIANIS.

§. 1.

Magnus in eo reperitur consensus plurium legum tam antiquiorum, quam recentiorum, reparandum a domino esse damnum ab animali eius alicui illatum, siue domino pecudis hoc nomine aliquid imputari queat, siue minus. Ex oceano aequitatis, lege divina, ut cum Theodoro Marcilio loquar ¹⁾ gentes reliquae hos suos derivarunt rivulos. Romani, de quibus mihi in praesentiarum potissimum est sermo, ea, quae de pauperie quadrupedum apud illos sancita fuerunt, proxime a Graecis accepisse, atque axones Solonis in suos usus convertisse videntur. In legibus enim XII. Tab. de pauperie quadrupedum plura quae dein in corpus iuris iustiniani migrarunt, sancita fuisse, Ulpianus est testis omni exceptione maior, qui si non ipsa verba legis veteris, certe tamen tenorem illius nobis exhibuit in L. 1. pr. D. si quadrup. paup. feciss. *actio*, inquit, *ex lege duodecim tabularum discedit, quae lex voluit, aut dari id, quod nocuit, id est animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerri.* Idem Ictus nos docet in L. 14. D. de praeser. verb. exstitisse etiam inter leges XII. Tab. caput speciale *de pastu pecoris*, quae vero in illo sancita fuerunt non explicat. Nec certiora nos docuit *Jac. Godofredus*, licet enim in quatuor fontibus iuris civilis speciale aliquod caput harum legum exhibeat inscriptum, de pastu pecoris, attamen nigrum nil, nisi paucissima

1) in legis XII Tab. collecta et interpretamento cap. 63. apud Everardum Ottonem thesauro iuris rom. tom. IV. p. m. 283.

cissima haec verba continet: *qui pecu endo alieno impescit* — — ex quibus ne per coniecturam quidem facile quis consequi poterit, quid in illo fuerit propositum, praesertim quum quaenam verba illius legitima sint, ignoremus.

§. 2.

Mira hinc ea de re inter ICTos magni nominis exorta est dissensio. Jac. Godofredus ²⁾ putat, dictum caput legum XII Tabb. restrictum fuisse ad damna a domino pecora immittente data, quippe qui ex suo proprio delicto teneatur, et contra quem ideo tali casu actio de pastu pecoris locum inueniat; contra autem de pastu pecoris spontaneo ibidem nominatim sancitum aliquid non fuisse, sed hoc etiam appellatione pauperiei legem XII Tabb. comprehendisse. *Cuiacius* contra, et qui eum sequitur *Schultingius*, vero similis esse iudicant de utraque re, pauperie et pastu pecoris, in duodecim tabulis separatim cautum, et utramque actionem noxalem iudicatam fuisse. Posteriori huic sententiae eo lubentius subscribo, quum verba Julii Pauli lib. I. tit. XV. sentent. recept. ³⁾ *si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupede cedat*, abunde hoc comprobare videantur. In eo utraque pars consentit, id quod in praesentiarum mihi sufficere potest, legem XII Tabb. imposuisse domino obligationem damni refarciendi a quadrupede dati, sive contra suam naturam, sive secundum illam hoc fecerit. Adoptavit haec principia
Justini-

2) l. c. probationibus et notis ad Tabulam VII. in thesauro Ottoniano tom. III. p. m. 116 et 175.

3) apud Schultingium in iurispr. anteiusfinianea pag. 252.

Justinianus, quae eo facilius per Germanium invaluerunt, quo magis eadem inoribus maiorum nostrorum consentanea erant. 4)

§. 3.

Quae quum ita sint, non alienum erit a meo proposito, brevissimis inquirere in rationes, quibus legislatores commoti sunt, ad imponendum dominis pecorum hanc necessitatem. Ex una enim parte durum omnino videtur, damnum aliquem sentire ex re alterius, absque ulla spe consequendi indemnitate: ex altera vero parte non minus iniquum esse iudicant, dominum obligari ad refarciendum damnum, quod alter casu aliquo fortuito, h. a. nulla interveniente sua culpa, sentit. Qui hanc obligationem domini pecoris in ipsa lege naturali fundatam esse contendunt, peraequum esse putant, quemlibet nec per se, nec per ea, quae habet in sua potestate, quaecumque sint illa, quidquam damni aliis dari. Sed infortunium magis, quam iniquitatem aliquam subesse videtur, quoties alter absque ulla mea culpa, hinc casu aliquo fortuito damno afficitur. Porro dominus animalis, omni culpa carens non magis tenetur iure naturali, quam is, cuius res inanimata damnum dedit. Et *quis unquam dixerit, sunt verba Schoepferi* 5), *quod pater familias iure naturae maiorem curam adhibere debeat in custodienda bestia, quam in custodiendo filiolo vel infante? Et tamen iura romana patrem hic non obligant, immo nullam damni restitutionem concedunt, si infans damnum dederit.* Omnino ergo dicta obligatio, alterum in tali casu indemnem servandi ex solo iure positivo deducenda erit. Neutiquam vero legislator romanus hoc, quod suppeditavi, principium, ab antiquissimis

A 2

gentibus

4) Vid. Schilter in praxi iuris romani in foro germanico exerc. XIX,

5) diff. de pignorationibus cap. 1. th. 6.

gentibus olim iam stabilitum, pro lubitu ac sine gravissima ratione suum fecisse dicendus est: id quod ex mox dicendis uberius patebit.

§. 4.

In diversissima abeunt Doctores, qui genuinam rationem huius iuris constituti evolere studuerunt. Actionem utramque de pauperie ac de pastu personales esse facile omnes largiuntur, contra de genere obligationis, quod easdem producit, acerrime contendunt inter se. Quia nullus hic subest contractus, nec nominari potest quasi contractus, ex quo illae oriantur, plurimi ad quasi delicta confugiunt, actionem de pauperie ex quasi delicto esse statuentes. Immo ne hi quidem, qui ex quasi delicto originem dictae actionis derivant, una eademque ratione rem explicant. Alii dominum ipsum quasi delinquere affirmant⁶⁾, quum per rem ipsius damnum sit alteri illatum, et bruta delictum committere nequeant: alii quasi delictum ad ipsas quadrupedes referunt, citra imputationem proprii quasi delicti. Utrumque mihi displicet. Prioris sententiae defensores naturam actionis de pauperie non satis attenderunt. Expressa enim lege constitutum est, hanc actionem contra dominum animalis institui debere, cuius nulla culpa intercedit; hac autem accedente, ex lege Aquilia cum eo esse agendum. Immo recte quoque monet Thoma⁷⁾, si ponas, teneri dominum pecupis tanquam ex proprio quasi delicto, is, qui tempore factae pauperiei dominus erat, iudicium suscipere cogetur, etiam si tempore institutae actionis dominus amplius non sit. At quia noxa caput sepuitur, planum est, hanc actionem adversus dominum non tanquam ex facto domini competere. Haud maioris momenti sunt, quae

6) Vultei in iurisprudencia romana lib. I. cap. 51.

7) tractatu de noxia animalium cap. 4. num. 12.

quae pro tuenda posteriori sententia proferri solent. Quadrupes ratione destituta nullo modo deliquisse, vel iniuriam fecisse dicenda est, quare etiam damnum ita datum nomine pauperici insigniri solet. *Nec enim*, ait *Ulpianus* L. I. §. 3. si quadrup. pauper. feciss. dic. *potest animal* iniuria fecisse, quod sensu caret. *Thoma*, licet ipsi concedendum sit, animal delinquere non posse, tamen l. c. eorum sententiae adstipulatur, qui causam actionis de pauperie referunt inter delicta aliena, animalis scilicet. Ad evitandas necessario exinde oriundas difficultates addit, illum delicti vocabulo usum esse in sensu latiori, ut etiam comprehendat delictum in animalia cadens, seu delictum improprium; quod quare quasi delictum dici non debeat, nihil causae subesse putat. Sed, nisi omnia me fallunt, ad logomachiam haec redire videntur; quae enim sit natura horum delictorum impropriorum; num in legibus haec fundata sint, quos nam effectus illis tribuat legislator, non communicavit nobiscum scriptor alias acutissimus, nec forte distinctas notiones horum sibi ipsi formare poterat.

§. 5.

Rectius forte asseritur, hanc actionem, quae ad ordinariam aliquam referri nequit, e numero extraordinariorum obligationum causarum esse, seu, ut cum glossa loquar⁸⁾, eandem non esse ex maleficio vel quasi, vel ex contractu vel quasi, *sed dativam a lege* propter pauperiem. Lex enim procul dubio immediate hanc producit obligationem, quum nullum factum hominis demonstrari queat, ex qua, tanquam causa proxima illa oriatur, nec factum quadrupedis per se

A 3

suf.

8) ad L. I. pr. D. si quadrup. pauper. feciss.

sufficiat ad imponendam hanc domino obligationem⁹⁾. Principium hoc praestandae a domino resarcitionis damni, quod a quadrupede est datum, a iuris ratione abhorrere putat Schoepferus¹⁰⁾ adserens: legislatorem romanum illud pro lubitu, et fere sine ratione recepisse. Sed iniquus censor huius iuris mihi videtur. Adoptarunt hoc Decemviri hoc principium a Graecis, qui praestantiam atque utilitatem illius iam dudum exploraverant, nec non amice in eo conspirarunt leges plurium gentium, prouti hoc supra iam notatum est. Tantum quo-

9) Consentiant mecum Io. Ortw. *Westenberg* dissp. de causis obligationum diss. VII. cap. 2; et, quem honoris causa nomino, Antecessor in hac Academia celeberrimus, Adolph. Diet. *Weber* in der systematischen Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, und deren gerichtliche Wirkung. Erste Abtheil. S. 34. Die Verbindlichkeit, heißt es daselbst, zur Vergütung des Schadens, welches ein unvernünftiges Thier angerichtet hat, oder mit den Gesetzen selbst zu reden, si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, verdient gleichfalls noch einige Betrachtung. Um die Meinung derjenigen, welche ein sogenanntes quasi delictum darinnen erwischt zu haben glauben, wollen wir uns jetzt nicht weiter bekümmern. — Wenige Juristen halten sie pro immediata, obgleich dies unstreitig das richtigste fundament ist, indem hier a) gar kein factum hominis, geschweige denn b) eine Handlung desjenigen, dem die Verbindlichkeit auferlegt worden, den nächsten Entstehungs-Grund abgiebt. Und versteht es sich von selbst, daß nur freie Handlungen, oder die sich auf Freiheit beziehen, als facta obligatoria angesehen werden können: so kann die Handlung eines unvernünftigen Thieres unmöglich dahin gerechnet werden — — — sondern sie muß durchaus als eine unmittelbare angesehen werden.

10) l. c. cap. I. pag. 9.

que abest, ut illa a iuris ratione abhorreant, ut potius bene inter se cohaereant omnia. Sic enim Paulus in L. 10 de reg. iur. secundum naturam esse affirmat, commoda cuiusque rei eum sequi, quam sequuntur incommoda: et similiter Ulpianus asserit in L. 149 eod. ex qua persona quis lucrum capit, eius factum eundem praestare debere. Hisce ergo principiis consentaneum esse videbatur, a domino animalis ferendum esse damnum, quod altero hoc modo erat illatum. Quum enim dominus ex illo animali lucrum capiat, alter vero ex eodem sentiat damnum; reparatio autem damni longe sit favorabilior, quam lacri adquisitio, apparet, recte a domino quadrupedis postulari, ut damnum ab illa datum reparet, aut, si tanti ipsi non sit, eandem noxae dedat. ¹¹⁾

§. 6.

Provide satis a legislatore casus sunt determinati, in quibus locum invenire possunt hae actiones de pauperie et de passu, de quibus in praesentiarum nobis est sermo. Quantum enim in specie ad actionem de pauperie spectat, de qua primo loco agam, in eo omnes con-

11) *Westenberg* l. c. §. 3. *Schilterus* exerc. 19. §. 1. originem obligationis ad resarciendum hoc damnorum genus invenisse se putat in lege societatis humanae de tuenda aequalitate inter cives. Non, inquit, quod bestia ex facto suo civiliter obligari possit ut membrum societatis civilis; sic enim actio contra bestiam esset danda, quod ἀτοπον, sed quod quilibet civium tenetur ex lege societatis nec per se, nec perea, quae in sua habet potestate, sive sint homines, sive organa domestica animata quicquam damni dare singulis aut universis, et datum redintegrare, atque ad aequalitatem societati proportionatam reducere.

consentiunt, insitui posse eandem ab illo, qui damnum passus est ab animali alterius, sive dominus sit rei deperditae aut deterioratae, sive eius interfit, damnum non esse datum L. 2. pr. D. si quadrup. pauper. feciss. Immo haec actio, quia non poenalis est, sed rei persecutoria, heredibus non denegatur. Rei partes hic sustinet omnis possessor quadrupedis pauperiem facientis, quatenus tempore factae citationis talis est, si vel maxime tempore damni dati alius fuerit animalis dominus vel possessor: in quadrupedibus etenim noxa caput sequitur L. 1. §. 12. D. eod. In eo ergo ratio quaerenda erit, cur actio contra heredes animalis qua talis locum non habeat, nisi forte lis iam a defuncto fuerit contestata. Patet exinde, actionem hanc omnino pro personali haberi, at simul obligationem ipsam ambulatoriam cum re esse, nec ita fixam, uti in ceteris personalibus ¹²⁾.

§. 7.

Intuitu damni a pecoribus illati id in primis in hac actione attendendum esse volunt leges, qua ratione illud sit datum. Supponunt enim illae, animal nocuisse contra naturam sui generis, si vel maxime secundum naturam singularem individui nocentis egerit. Expresse hinc cautum legimus pr. I. si quadrup. paup. feciss. ad noxalem actionem pertinere, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit. In eo facile omnes consentiunt, nullum profus superesse dubium, quin dominus damnum expiare debeat, quod pecus intulit, quoties contra naturam suam singularem hoc dedit: attamen non minus in altero casu quoque fundata erit actio de pauperie, dummodo interno motu, non autem externo excitata

12) *Struvius* syntagmate iuris civilis cum adnotat. *Mülleri* exerc. 14. §. 11. lit. β.

citata quadrupes egerit. Primarium scilicet ut et maxime necessarium est requisitum huius instituendae actionis, proprio et spontaneo motu pecorum alterum damnum passum esse, ideoque animal se ipsum principaliter commovisse, sive hoc per lasciviam, petulantiam, sive per pavorem, sive fervorem, sive feritatem, attamen in quolibet casu simul contra naturam sui generis factum sit, neutiquam autem per naturalem nocentis feritatem. Quodcumque ergo damnum dederit fera bestia secundum naturam sui generis, hic omnino non attendendum erit: naturale enim vitium non culpa est, sed ipsa natura. Ex quo sponte fluit, nullam exinde oriri actionem de pauperie. Unicam atque genuinam, prouti mihi videtur, huius diversitatis rationem cum *Thoma* ¹³⁾ in eo ponendam esse puto, quod pauperies

13) l. c. cap. 3. num. 39. Provocat ad legem 52. §. 2. D. ad L. Aquil. dignam, quae hic inferatur: In clivo Capitolino duo plostra onusta mulae ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mulae ducerent. Interim superius plostrum cessim ire coepit, et quum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat, et puerum cuiusdam obriverat. Dominus pueri consultabat, cum quo agere oporteret? Respondi, in causa ius esse positum. Nam si muliones, qui superius plostrum sustinuisent, sua sponte se subduxissent, et ideo factum esset, ut mulae plostrum retinere non possint, atque onere ipso retraherentur: cum domino mularum nullam esse actionem; cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuisent, lege aquilia agi posse. Nam nihilominus damnum eum dare, qui, quod sustineret, sua voluntate mitteret, ut aliquem feriret, veluti, si quis asellum, quum agitasset, non

ries ad exemplum damni iniuria dati producat actionem, hinc necesse sit, ut in animali bruto aliqua culpa, five delicti habeatur figura, seu ut factum bruti sit tale, quale, si ab homine esset perpetratum, culpam implicaret.

§. 8.

Huic spontaneae commotioni pecorum ex una parte opponitur concitatio eorum externa, ex altera autem ipsius animalis morbus, imbecillitas, infirmitas, cui cedere, et quasi invitum ita aliquem damno afficere debebat. Quod ad casum posteriorem spectat, nulla culpa figura in quadrupede cogitari potest, quae fatali quasi necessitati succumbebat. Hinc L. cit. 52. §. 2. expresse cautum legimus: si mulae onus retinere nequissent, aut, quum conniterentur, lapsae concidissent, cum domino mularum actionem non esse. Ex improvise casu huiusmodi damna accidunt, quae ideo soli fato merito imputantur. In priore quem nominavi casu, externa quaedam causa subest violenti motus animalis, quod certe non nocuisset, nisi fuisset

conci-

retinuisset: aequè, si quis ex manu telum, aut aliud quid immisset, damnum iniuria daret. Sed si mulae, quia aliquid reformidassent, et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. Quod si neque mulae neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent, aut, quum conniterentur, lapsae concidissent, et ideo plostrum cessum redisset, atque hi, quo conversum fuisset, onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem. Illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissent.

concitatum. Quatuor potissimum modis hoc evenire solet. Mox aliud animal irritat illud, a quo damnum alicui inferitur; mox ipse laesus sua sibi damnum conciliavit culpa; mox dominus quadrupedis simul sua culpa nocuit; mox denique in facto tertii cuiusdam extranei ratio quaerenda est damni illati. Primum tractat casum L. I. §. II. si quadr. paup. feciss. eumque ita decidit, ut tum demum cessare velit actionem de pauperie, si bestia irritata animali eam irritanti nocuerit, vel etiam illud occiderit. Inde inferunt, adesse tum casum defensionis sui ipsius necessariae, ne quadrupedi quidem dene-gandae, quae conservationem suam et incolumitatem obtinere possit cum ipsa internecone alterius, sive pecudis, sive hominis. In inverso autem casu, omnino huic actioni locum esse concedunt, dummodo de animali aggressore satis constet, alias non quidem ius, sed probatio deficeret. Nec secundus casus difficultate quadam laborat; sibi soli imputare debet damnum ab animali ipsi datum, quodque non concitatum certe non nocuisset, quare ad provocantem optimo iure applicatur vulgatum illud, damnum, quod quis sua culpa, quaecumque illa sit, sentit, illum sentire non videri. In tertio, quem adduxi, casu, itidem quidem locum non invenit actio de pauperie; attamen nulla exinde in dominum quadrupedis redundat utilitas, contra quem tunc feliciori successu actio ex lege Aquilia inflitui poterit.

§. 9. Restat discussio casus, ultimo loco a me nominati, si scilicet dolo vel culpa tertii cuiusdam, non domini pecoris, animal commoveatur, atque ita aliquem damno afficiat. Quum ex hypothese domino ipsi nil imputari queat, nec casus adsit, quo leges eum citra factum suum, imme-

diate obligatum esse velint, neque actio ex lege Aquilia, neque actio de pauperie contra eundem institui potest. Maneat ergo tertium tanquam auctorem delicti poena lege statuta, atque actione ex lege Aquilia contra illum experiri liceat. Praecipit enim lex 1. §. 6. D. si quadrup. pauper. feciss.: *Si instigata alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio.* Deest in hoc casu essentiale aliquod requisitum actionis de pauperie, nempe quadrupedem proprio suo motu et contra suam naturam damnum alteri intulisse; quid ergo magis legibus conveniens esse potest, quam dominum illius ab omni prorsus obligatione liberari? Accedit, hanc necessitatem ideo potissimum impositam esse domino, quia magis iniquum videbatur, tertium ex animali alterius damnum aliquod pati, quam dominum hoc nomine nullam indemnitatem praestare, cui tamen fructus et emolumenta ex animali provenientia adquiruntur. Quoties enim tertius quidam adest, qui ex facto suo obligatorio perfecte tenetur ad praestationem damni dati, merito dominus innocens absolvitur, seu, ut cum lege loquar, actio de pauperie cessat.

§. 10.

Praeterea autem interdum evenire solet, vitium proprium animalis concurrere cum culpa hominis, sive ipsius domini, sive tertii cuiusdam. Duplex tunc laeso concedenda est actio, altera quadrupedaria contra dominum, cuius animal nocuit proprio motu, et altera ex L. Aquilia descendens, vel alia quaecunque, contra illum, cuius intervenit dolus vel culpa. Quoties utraque haec contra unam eandemque personam, scilicet domini pecoris, competit, penes actio-

rem

rem erit electio, quamnam earum instituere maluerit.¹⁴⁾ Est equidem actio de pauperie noxalis, uti mox notabitur, attamen haud raro una plures adesse possunt rationes, quare laesus eandem praeferre pinguiori non dubitat. Magis impedita esse videtur quaestio, num itidem eiusmodi electio dari queat laeso, concurrentibus simul ex una parte culpa alicuius extranei, et ex altera vitio proprio pecudis. Negandum hoc erit, ut puto, et dominus pecoris in tali casu ab omni actione liberandus. Suadet hoc ipsa ratio a legislatore supposita in actione de pauperie, quam supra suppeditavi; immo clara lex, ni totus fallor, idem corroborat. Sic enim legitur in l. 1. §. 5. Si quadr. paup. fec. dicatur: *Sed et si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit, et alicui damnum dederit, si contineri firmius ab alio poterit, vel per eum locum induci non debuit: haec actio cessabit, et tenebitur, qui canem tenebat.* Tertium nec infirmitas, nec imperitia, excusat, modo de culpa illius constet.

§. II.

E diametro huic decisioni obstare dicunt l. 7. §. 6. de dol. malo, quae praecipit: *Si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit: quaeritur, an de dolo habeam adversus eum actionem? Et placuit mihi, quod Labeo scribit, si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo: quamvis, si noxae deditio sit secuta, non puto dandam, nec in id, quod excedit.* Mirifice in explicanda

B 3

illa

14) Elective hic has concurrere posse actiones, ex l. 2. §. 1. et l. 4. §. 2. et 5. D. de noxal. act. abunde patet; licet *Hunnius* ad *Treutlerum* de L. Aquilia, th. 2. lit. e. ex ratione parum adaequata dissentiat, hac nempe, quod actio L. Aquil. damnum iniuria datum persequatur, actio de pauperie vero damnum sine iniuria.

illa inter se dissentiunt DD. Cum glossa plurimi veterum interpretum distinguunt, num committendo, an omittendo, dolus vel culpa tertii sese exferat, de posteriori casu legem solummodo loqui asserentes. Alii antinomiam iuris adesse contendunt, alii alias distinctiones adferunt. ¹⁵⁾ Liceat mihi ea, quae hac de re sentiam, brevibus exponere. Ante omnia casum ipsum, quem Labeo in hac lege proposuit et decidit, accurate determinare debemus. Monemus ergo primo loco, ICTum sine dubio hic supponere, a quadrupede quadam spontanea feritate sua atque contra suam naturam damnum aliquod esse illatum. Quodsi enim illa concitata demum ab altero fuisset, aut sua natura, non lascivia aut fervore, nocuisset, omnino non locum habere posset actio de pauperie, nec proposita quaestio moveri. Dein hic supponitur, a tertio, de cuius dolo in lege sermo est, non ita concitatam esse quadrupedem, ut illa alias factura non fuisset damnum; alias etenim dominum bestiae prorsus non teneri, in aprico est. Prono alveo ex dictis fluit, legem illum supponere casum, quo tertius non committendo, sed saltim omittendo, dolose agit: quo ipso tamen neutiquam asserimus, quemvis concursum tertii dolosum ad damnum, quod quadrupes intulit, modo hoc in omittendo consistat, ita comparatum esse, ut actio L. Aquiliae pro non fundata sit habenda. Lubenter potius concedimus, culpam in omittendo se exferentem haud raro vindicari posse hac actione, si non directa, tamen utili. ¹⁶⁾ Verum enim vero dantur omni-

¹⁵⁾ *Thoma* l. c. cap. 3. n. 120. seq.

¹⁶⁾ *Exempla* plura a legislatore allata hoc commonstrant, de quibus vide *Vinnium* ad I. L. 4. T. 5. §. 2. *Cocceji* *Iure Civ. controvers.* L. 9. T. 4. qu. 5. *Bergerum* in *Resol. LL. obstant.* L. 9. T. 2. qu. 3. qui huius generis culpam nominat culpam omissionis simplicem, h. e. ex qua damnum per se non venit.

omnino gradus culpae omissionis, qui ista lege non notantur. Exemplum ab aliis iam productum suppeditat L. 13. §. 2. de Usufr. et quemadm. Ibi Ulpianus ita: *Denique consultus, quo bonum fuit, actionem polliceri Praetorem, cum competat legis Aquiliae actio? respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio: ideo iudicem dari, ut eius arbitrato utatur. Nam qui agrum non profcindit, qui vites non subsexit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.* Sine dubio idem hic Ictus huiusmodi casum sibi fingebat, cum Labeonis effatum suum faceret, in supra cit. l. 7. §. 6. de dolo malo. Nec adeo difficile erit, tales casus sibi formare, prouti hoc a quibusdam factum esse video. Sic Cujacius ad dictam legem hunc profert casum: Si fraude tua incidero in equum calcitrosuni, et equus me calce percusserit. Nec non *Bartolus Saxo ferrato* ad dictam legem ¹⁷⁾ uberius haec illustrat sequenti exemplo: Erasmus tres Scholares, quorum erant duo, qui habebant duos equos inimicos. Ego eram in medio, sed dolo exivi de medio, ita quidem unus ex illis equis fregit crus alteri. Quaeritur, an detur laeso actio de dolo contra me? Respondeo, non; si potest habere locum haec actio, actio L. Aquiliae vel de pauperie non datur, alias autem contra me datur de dolo.

§. 12.

Ex haecenus dictis, quantum ego quidem video, patet, sup-
 posuisse legislatorem in dicta lege 7. §. 6. de dol. mal. casum aliquem,
 in quo tertii cuiusdam dolo vel culpae aliquid imputandum est, ve-
 rum non tantum, quantum ad fundandam actionem Legis Aquiliae,
 vel directam, vel utilem, leges requirunt. Quibus suppositis, laeso

per

17) ad Lib. 4. D. de dol. malo, p. m. 129. b.

per quadrupedem damnum proprio motu ipsi inferentem nulla alia actio sub hisce circumstantiis superest, quam quae contra dominum animalis nocentis danda erit. Notum enim est, quam quod notissimum, actionem de dolo tanquam subsidiariam, immo famosam, locum non invenire, quoties ex alia actione suum quis consequi potest, hinc eandem non solum civiles directae et utiles, sed et Praetoriae directae et utiles, excludunt, uti quoque ex l. 1. de dol. mal. l. 5. §. 2. et l. 15. D. de praescri. verb. abunde patet. ¹⁸⁾ Cave autem putes, dolum tertii hoc modo impunitum manere; dominus enim quadrupedis, si quid, actione de pauperie conventus, praestiterit, omnino ad recuperandum id, quod dedit, contra hunc actionem movere potest. Ab hoc, quem modo tractavimus, casu longe diversus est alius, ubi animal sola culpa alterius nocuit. Dominus pecoris tunc nullo modo et nullis sub circumstantiis, si vel maxime culpa reus aufugerit, aut solvendo non existat, actione de pauperie tenetur. ¹⁹⁾

§. 13.

Intuitu obligationis domino pecoris propter damnum a quadrupede

- 18) Eleganter haec exposuit *Charonda* de verisimilibus Lib. 3. C. 7. apud *Ottouem* in Thesauro Jur. Rom. Tom. I. p. m. 780. seq.
- 19) Aliud tamen interdum iure particulari sancitum est. Sic enim iure Saxonico prov. Lib. 3. art. 49. dispositum legitur: *Welch Hund zu Felde geht, den soll man an Banden halten, durch das er niemand schade. Thut er aber Schade, den soll der gelten, dem der Hund folget zu Felde, oder sein Herr, ob er selber, der ihn führet, des nicht gelten mag.* Concordat alius locus huius iuris particularis Lib. 2. art. 40. obuius, quorum explicationem uberiorem legimus apud Thomam l. c. Cap. 3. n. 108. seqq.

drupede, absque tamen sua culpa, datum impositae constat inter omnes, principaliter illum teneri ad expiandum damnum omne, quod passus est actor. Quia autem iniquum esse iudicarunt leges, quadrupedem ultra sui corpus onerare dominum, arbitrio huius relictum est, num omne, quod datum est, damnum refarcire, an deditioe noxae, seu animalis nocentis, se liberare, atque hac ratione litis aestimationem evitare velit. Deliberare secum potest, quo pretio redimere quasi quadrupedem, aut eandem derelinquere malit. Ex una parte nulla necessitas legalis adest, dominio animalis se abdicandi, quod ipsi forte est carissimum; et similiter ex altera parte ipsi integrum manet, deditioe pecoris nocentis litem evitare: quod quidem ultimum non in obligatione esse, sed in permissione, sive solutione, dicunt. Haec noxae datio ipsi in omni parte iudicii est permessa, nisi forte ob inficiationem huius beneficii electionis se indignum reddiderit. ²⁰⁾

§. 14.

20) Paulo aliter rem decedit Jus Prov. Saxon. quod expulsionem noxae statim fieri debere praecipit, postquam rescivit dominus nocentis animalis, pauperiem esse factam, Lib. 2. art. 40: Nimmt der Herr das Thier nach der Zeit, als er es erfähret, daß es Schaden gethan, wieder an seine Gewähr, er soll den Schaden gelten nach seinem rechten Wehrgelde. Schlägt er es aber aus, und hauset, noch hoset es nicht, noch äset, und träncket es nicht, so ist er unschuldig an den Schaden. Concordat cum hoc iure Jus Prov. Allem. Cap. 357. ex Edit. Dni König a Königsthal in Tom. 2. Corp. Jur. Alemannici, pag. 430. ibi: Lämset es einen man, und schlecht es hener von im und hauset es noch hoset es, noch erzet es, noch trencket es affte.m. Is und

C

§. 14.

Moveri solet hac occasione quaestio: num tolerari queat petitum alternativum libelli? alii sustineri volunt libellum alternative formatum; alii contra defendunt simplicem petitionem restituendi damni. Utriusque sententiae olim acerrimi defensores exstiterunt, quorum argumenta erga se invicem prolata hic recensere a proposito meo alienum foret. Magis mihi tamen arridet eorum opinio, qui non, nisi solam damni restitutionem ab actore petendam esse negant. Pertinet enim ad substantiam et naturam actionis huius noxalis deditio noxae, quod ergo in petito libelli merito erit exprimendum. Praeterea L. L. XII. tab. expresse praescripserunt, aut dari, quod nocuit, aut aedificationem noxae offerri, per L. 1. D. Si quadr. paup. fecisse. Immo ex L. 4. §. 3. D. de noxal. act. discimus, libellum alternative conceptum hoc casu magnam utilitatem afferre posse. Denique haec omnia magis adhuc confirmari videntur per L. 1. pr. D. de his, qui eff. vel dej. ²¹⁾

§. 15.

unnd darnach es den schaden gethet es hat kein geltnuß davon. Unnd wundet er ein man, so ist daselb gericht. Und der dem der schaden geschicht, will er, er mag es gelten. Und thut ein vich ein schaden, den sol er gelten des es do ist. ob er sich sein unterwindet nach dem schaden. Will er es lassen varen das thut er wol und gillet sein nicht, so hat es vener für seinen schaden.

21) Cum pluribus aliis ita et *Müllerus* sentit ad *Struv. Exerc. 14. ad L. 9. T. 1. §. 7. lit. 7)* Propterea datur domino animalis electio, vel solvendi interesse, vel animal noxae dedendi, quod iniquum fit, nequitiam sive lasciviam horum animalium domino ultra corpora ipsorum damnosam esse. Vel uti putat *Oldendorp Quaest. 8. pos.*

§. 15.

Haec sufficiant de actione de pauperie. Sequuntur quaedam ad actionem de pastu pertinentia, breviter tamen exponenda. Posterior haec actio jam olim in L. L. XII. tab. distincta fuisse videtur ab actione de pauperie; quamvis ex fragmentis, quae hoc titulo circumferuntur, vix certi quid definiri possit, et locus Pauli supra in §. 2. citatus forte sit unicus, ex quo, quid Decemviri hac de re statuerint, discere possumus. Utriusque autem actionis in omnibus fere eadem est natura, et primaria, si non unica, quae inter easdem intercedit differentia in eo consistit, quod in actione de pauperie supponatur animal alteri damnum inferens contra naturam sui generis; contra vero in actione de pastu damnum detur a quadrupede secundum suam naturam, capeffendo naturales pastus. Supponitur hic, in fundo alieno pecora nocuisse, absumptione graminum, frumenti, vel aliarum plantarum, ex terra provenientium, denique illa sua sponte ingressa esse ²²⁾ Contra dominum pecoris, vel alium, cuius culpa vel immittendo pecus, aut alio modo, concurrat, datur actio L. Aquiliae,

C 2

quae

pos. 1. quia lex hoc solum respexit, quod animalia nostra plerumque contra naturae mansuetudinem per lasciviam aliudve vitium ad feritatem commoveantur, et damnum dent, quod provideri non potuit, quorum nomine nos ultra, quam noxaliter, teneri, sane iniquum esset.

22) Non absque ratione Hellfeld in Jurispr. forensi, §. 695. dicit: Utiles tamen de pauperie actio ob damnum a bipite datum compete-
bat, et propter damnum secundum naturam generis datum de pastu
aut in factum agendum erat. Hae tamen actiones in effectu ab
actione de pauperie non differunt.

quaeratione effectus longe differt a priori, quippe quae noxalis est. ²³⁾

§. 16.

Noxalem hanc nominavi actionem de pastu, quoniam hic quoque, nti in actione de pauperie, dominus alternative obligatur, id quod ex l. 14. §. ult. de praeser. verb. et clarius adhuc ex verbis ICTi Pauli supra allatis patet. Nec facile quis negaverit, hoc Jure Romano ita constitutum esse. Sunt vero plures, qui usum omnium actionum noxalium hodiernum in dubium vocarunt, et a foris nostris haec aliena esse contenderunt. Nec me dissentientem habebunt, qui actionum noxalium hodie nullum usum esse asserunt, quatenus illis unice de noxae deditioe fervorum et filiorum familias sermo est. Ast eorum castra sequi non possum, qui cum Vinnio ²⁴⁾ et pluribus aliis ICTis sibi aliisque persuadere cupiunt, neque in actionibus de pauperie et de pastu

23) Vult quidem Thoma I. c. Cap. 16. n. 61. actionem de pastu tunc quoque locum invenire, si pecus depaverit immisum, et perinde esse, si vel maxime pastus culpam implicet domini, provocans ad arg. ex l. 14. §. fin. de praeser. verb. desumptum, ubi ratio denegatae de pastu actionis haec redditur, quia non in tuo pascitur. Colligit exinde, competituram fuisse illam actionem, si in tuo depavissent pecora, licet immissa. Attamen, me iudice, vix ac ne vix quidem asseri poterit, ICTum in allegata lege omnia recensere voluisse requisita ad fundandam actionem de pastu necessaria, quin potius pro scopo suo sufficiebat, unicam se attulisse rationem, quae omnino istam actionem impediabat.

24) ad Inf. Lib. 4. T. 9. ibique alleg. *Wesfenbecius*. Dubius quoddammodo hic haeret. *Huberus* in praefect. Iur. Rom. P. 2. p. m. 325. quamvis autem, ait, alternativam agendi rationem, vt vel quadrupes noxae dedatur, vel damnum praestetur, his diebus obsoletam esse plerique referunt; in Frisia tamen hac parte Jus civile servatur.

passu hodie noxae deditioem usurpari, sed damnum datum ubique aestimandum esse arbitrio iudicis. Recepto enim Jure Romano per Germaniam in toto suo complexu, nulla admittenda erit exceptio in hoc vel illo casu locum inveniens, nisi quatenus doceri potest, hanc vel illam materiam prorsus a moribus et institutis nostris alienam esse, ideoque nec tolerari posse. Amice autem in casu obvio conspirant LL. Romanae et Germanorum veterum instituta, licet in accidentalibus interdum aliqua inveniatur differentia.²⁵⁾ Multo minus abrogata haec deinceps esse, comprobari poterit. Hinc fortissima praesumptio militat pro valore hodierno Juris Romani, quatenus contrarium in Jure quodam particulari forte constitutum esse doceri nequit.²⁶⁾

C 3

§. 17-

25) Probant haec, quae supra ex Jure Saxonico et Allemannico attuli, et quae *Schilterus*, loco ad §. 2. cit., ex legibus plurium gentium Germaniae docuit.

26) Intuitu actionis de pauperie usum et applicationem Juris Romani in foris Germaniae strenue mecum defendit *Stryk* in *Usu mod. h. t.* §. 4. Sed ut, inquit, ad pauperiem bestiarum redeam, non dubito, huius actionis usum contra dominum bestiae etiam in iudiciis nostris esse, quum eadem supersit aequitatis ratio, ut, qui commodum ex bestia captat, etiam incommodum ex reparatione damni suffineat. Unde, si damnum gravius sit, quam bestiae nocentis aestimatio, non deneganda domino est electio, an damnum reparare velit laeso, an animal, quod nocuit, noxae malit dare, quum corpus animalis ultra sui pretium domino damnosum esse non debeat, arg. §. 2. *J. de noxal. act.* et ita contra morem suum noxae deditioem in foro defendit *Groenwegen* de *Legibus abrogatis* ad pr. 1. h. t. n. 5. *Grotius* *Introd. ad Jus belgicum* Lib. 3. P. 38. n. 13. Eadem testatur *Voetius* in *Comm. ad D. h. t. §. 8.* in fine: Manente, dicit,

§. 17.
Haecenus dicta ad utramque actionem, tam de pauperie, quam de pastu, aequali iure applicari possunt, neque doceri potest, in quo consistat diversa natura actionis posterioris, propter quam noxae definitio hodie intuitu illius exulare debeat.²⁶⁾ Contrariam tamen amplexus est sententiam *Strykius*,²⁷⁾ qui pro tuenda sua singulari opinione ad notissimam illam differentiam horum actionum provocat, quod nempe obiectum actionis de pauperie sit damnum ab animali contra naturam sui generis illatum in actione vero de pastu supponatur, damnum secundum suam naturam datum esse a bestia. Sed nescio sane, quo iure exinde concludi possit, priorem quidem, at non posteriorem actionem esse noxalem. Legibus hoc neutiquam probatur, immo ipse *Strykius* sibi quodammodo contrarius est, dum l. c. in fine addit: hoc certum est, si nulla ostendi possit culpa domini bestiae depascentis, non ex L. Aquilia, sed tantum de pastu agi posse. Optime illum refutat *Leyserus*²⁸⁾ dicens: sed causam non videmus, quam

quandicit, in reliquis apud nos intacta Juris Romani definitione, etiam quantum ad ipsam noxae dandi licentiam, et subsequentem inde liberationem.

26) Müllerus ad Struv. l. c. th. 3. lit. J: Condemnatur dominus, ut in actione de pauperie, alternative, ut aut damnum restituat, aut noxam dedat. Voet. l. c. §. 3: plane privato includere stabulo, aut alia, quam dictum, ratione privatim retinere pecora ob pastum, nec hodie permissum est: ac remanere in reliquis etiamnum hodie, quae iure Romano de pastu cauta sunt.

27) l. c. §. XI.

28) Spec. CXI. med. 13. Idem sentit Schoepferus Diff. de pignorationibus Cap. I. th. XI. pag. 18: Quid vero dicendum, si nulla interve-

niat

quamobrem Strykius hoc discrimen inter utramque actionem faciat, negetque, in actione de pastu noxae deditionem locum habere. Nam quae ratio legumlatores ad noxales actiones dandas impulit, ne scilicet res nostra nobis ultra aestimationem suam damnosa sit, §. 2. J. de noxal. act. l. 7. §. 1. de damno infecti. eadem ad actionem de pastu quoque pertinet. Icti veteres hoc discrimen non agnoverunt. Lubens hoc quidem concesserim, rarius evenire casum, ubi ille, contra quem actio de pastu instituitur, ad noxae deditionem provocat, quia plerumque animal nocens in maiori pretio habetur, quam damnum ab illo datum aestimatur: attamen interdum tale quid omnino accidere posse, negandum non est, et exemplo a Schoepfero l. c. allato, quod ex glossa desumfit, comprobatur.

§. 18.

Evictum est supra, actionem de pauperie cessare, si tertio alicui damnum imputari possit, quod quadrupes dedit, id quod ex paritate rationum etiam in actione de pastu obtinebit. Sunt tamen, qui exceptionem ab hac regula formare cupiunt, quoties tertius damnum sua culpa dans non sit solvendo, vel copia eiusdem omnino non haberi queat. Persuasum enim sibi habent, in tali casu Domi-

num

niat culpa, an tum pignoriatio moribus nostris licita? quaeritur; Respondetur, si supponimus, quod eiusmodi damnum nihilofecius restitui debeat, Richter P. I. D. V. h. 30. et quod Constitutiones non distinguant, sed generaliter loquantur, omnino pignorari potest. Interim tamen noxae deditionem hic liberare, tam diu verum est, quam diu l. l. D. si quadrup. abrogata non est. Hinc male egit D. Medicus quidam, quod deditione galli gallinacei, des *Haus-
Hahnen*, qui fuit Icti, et herbam Indiae pretiosissimam corruptit, contentus esse noluerit, nisi domini culpam probare potuit.

num pecoris non quidem principaliter, attamen subsidiarie, teneri ad satisfactionem laeso praestandam. Rationes, quas subducunt, partim ab aequitate et a principio supra stabilito, dominum indemnem praestare laesos magis aequum videri, quam eum, qui passus est damnum, pretium eorum, quae amisit, non recuperare, desumuntur. Partim in eo se fundant, quod putant, dominum hoc ipso in culpa esse constitutum, quod custodem vel pastorem elegerit nequam. Porro ad Jus Saxon. se referunt, secundum quod dominus pecoris in causa passus non tantum ad refusionem damni culpa custodis illati tenetur, sed praeterea quoque emendam domino praedii depasti solvere debet. 29) Addunt denique, per contrariam dispositionem commodam dari rusticis occasionem, sub praetextu, damnum ab animalibus accedente culpa custodum vel opilionis esse datum, quippe qui plerumque non sunt solvendo, licite invadendi ac impune depraedandi agros aliorum.

§. 19.

Verum enim vero rationes allatae me movere non possunt ad imponendam domino pecoris obligationem quandam, a qua illum leges expresse liberarunt. In illis nulla obvia est distinctio, nec ad statum insolventiae respicitur, sed tertius, qui pecora immisit, vel instigavit, indistincte ad satisfactionem condemnatur, prouti idem in
omni

29) Lib. III. art. 49. ibi: *welch Hund zu Felde geht, den soll man an Banden halten, durch daß er niemand schade. Thut er aber Schade, den soll der gelten, dem der Hund folget zu Felde, oder sein Herr, ob er selber, der ihn führet, des nicht gelten mag. Concordat idem Jus Lib. II. art. 40. welchen Schaden eines Mannes Pferd oder Vieh thut in seines Knechtes oder Gesindes Hutt, der soll dafür antworten, in des Hutt es was.*

omni genere obligationum obtinere solet. In casu praesenti hoc eo magis intuitu tertii, qui culpa sua ita nocuit, obtinere debet, quo certius est, contra dominum animalis, cui ex hypothese nihil hoc nomine imputandum est, et cuius quadrupes non proprio et spontaneo motu damnum dedit, nullam proditam esse actionem. Dolendum quidem erit interdum, licet rarissime, hoc accidere posse, ut actio laesi contra tertium inanis fiat, et exceptione sic dicta imperatoria elidatur; at tale quid, quod in aliis etiam causarum generibus haud raro accidere solet, in casum venire non potest, nec propterea tertius, qui prorsus est innocens, nullaque lege ad praestandum aliquid obligatur, actione quadam onerari debet. Haec ergo praesensa aequitas merito cerebrina audit, atque in iniustitiam degeneraret. ³⁰⁾ Non quidem ignoro, asseruisse aliquos, in casu damni iniuria et negligentia opilionis dati, non opilionem, sed communitatem solam condemnandum esse, ut aut damnum resarciat, aut
noxae

30) Audiamus Schoepferum l. c. Cap. 2. th. 14. pag. 28. ita differentem: Prius pignoretur ille, cuius ex bonis res est, modo hic propria voluntate sine praesentia domini, a quo rem habet, turbaverit. Richter Decis. nr. 22: Is, qui immisit bestiam sine praesentia domini, non dominus bestiae, conveniri potest. Sic etiam Thomas: nam si alius, inquit, dicto Tractatu Cap. 16. n. 71., forte custos seu opilio, fuerit in culpa, alius dominus sit pecoris, ille solus tenebitur, existente domino securo. Itaque si v. G. Titius commodatarius vel conductor equo segeti damnum intulerit, forte inequitando, et propterea caballus pignoretur, sane solo commodatario vel conductori pignorabitur, non domino, per l. 5. §. 2. add. l. 1. §. 5. Si quadrup.

noxae dedat. Sed inepta est, quam addunt rationem, communitatem tacite ratum hoc habuisse, licet non iusserit. Ex solo enim silentio communitatis ad eius rathabitionem concludi non potest. Magis adhuc a ratione alienum est, quod a glossatore Saxonico defenditur, ³¹⁾ pastorem, quo absente pecus in fundo damnum dedit, ab omni poena absolvendum, et actorem ad dominos pecorum remittendum esse, addito hoc a ratione prorsus alieno argumento; wenn er es aber nicht gegenwärtig hütet, so ist es auch sein nicht mehr, denn sobald er nicht thut nach seinem Amte, so trägt er auch billig denselben Schaden nicht mehr, quasi is, qui officio suo non satisfacit, ob neglectum hoc suum officium non debeat conveniri aut puniri.

§. 20.

Potest quidem interdum accidere, id quod negare non audeo, domino pecorum hoc nomine aliquid vitio vertendum esse, hinc illum casum existere, quo passus domini culpam implicat. Sunt omnino rustici, qui in eligendis famulis atque ancillis suis admodum sunt negligentes, immo sunt, qui sciunt, nec prohibent, cum possent, famulos delinquere. His omnibus omnino aliquid imputandum esse, immo eosdem non immerito ad integram litis aestimationem, perinde ac si iussissent, obligatos esse, facile largior. Denique nec desunt quidam e numero horum hominum, quibus pergratum est, sua pecora aliorum pratis vel agris immitti, et facile haec omnia indulgent illis, quorum servitio utuntur. Sed quid inde? Luant hi poenam negligentiae atque nequitiae suae. Nobis de alio longe diverso casu res est, ubi scilicet infcio et invito domino tale quid commissum est, vel a tertio extraneo quodam, vel ab illo, qui in famulatio

³¹⁾ in glossa ad Lib. II. art. 47.

litio est domini. Paterfamilias, qui in eligendis servis atque ancillis suis nullam culpam commisit, neque tales negotiis suis adhibuit, quos scivit, vel scire potuit, perditū ingenii homines esse, merito liberandus erit ab omni damnorum restitutione. Quis enim, ita optimo iure monet Strykius ³²⁾ domino imputaret, si servum ad arandum misisset, et ille hac occasione cum vicino in rixam incidat, et hunc vulneret. Si enim vulneratus conveniat dominum, ultra mercedem residuam, sine dubio obstaret exceptio non competentis actionis, cum factum alterius alteri nocere non debeat, L. 27. §. 4. de pactis, l. 155. de R. J. Nec enim alio iure aestimari poterit servus certo officio destinatus, quam institutor, qui durante instituta si peccet, praeposentem obligare nequit, cum nec contrahendo id possit, si praepositionis legem excedat. L. 5. §. 11. de instit. act. l. 1. §. 12. de exerc. act.

§. 21.

Quod denique ad Ius Saxonicum mihi obmotum spectat, dudum iam inter omnes conclamatum est, extra Saxoniam eius applicationem et usum hodie cessare, nisi alicubi expressa eius receptio doceri possit. Porro non adeo magna et frequentiora incommoda

D 2

ex

32) in V. M. Lib. IX. Tit. IV. §. V. Brunnemann ad L. 4. D. de noxal. act. n. 1. Leysér Spec. XLVII. et CXIII. med. 1. qui, patremfamilias ex delicto famuli in expeditione negotii dominici commisso non obligari, gravioribus rationibus evincit. Convenire enim hoc probatum naturali rationi, quod delictum alienum innocenti, etsi is delicto illi, sine dolo tamen et culpa sua, occasionem dederit, non imputat, quam Iuri Romano per L. II. de peric. et comm. rei vend. et L. 11. §. 2. de publicanis.

ex hac dispositione legali metuenda esse puto. Contra dominum pecoris in illo, quem tractamus casu, praesumptio omnino militat, pecora sua in aliorum prata vel agros absque ulla sua culpa esse immissa, et nihil omnino hoc nomine ipsi vitio dari posse. Hanc ipsi contrariam praesumptionem ergo elidere, et quorum culpa, se profusus incio ac invito, devastatio facta sit, docere debet. Quodsi forte ipsi impossibile foret, tamen sola provocatione ad suam innocentiam non iuvabitur. ³³⁾ Pariter ii, qui in famulatio rusticorum hominum sunt, culpam a dominis ipsorum commissam ultro in se suscipere non parati erunt, quum sciant, in corpore luendum esse ipsis, quod non habent in aere. Ne dicam, talia scelera non esse praesumenda, ex quibus praeterea lucrum vel minimum, vel nullum potius, sperari possit. Existente forte casu, non detegendos esse illos, per quos damnum datum est, hic quoque applicamus, non ius deficere, sed probationem. ³⁴⁾ Sed obtinente iam ubique per Germaniam

- 33) Partim enim casus hic longe frequentior est altero, partim ea hic applicanda sunt, quae Thoma monet, l. c. Cap. 16. n. 70. probato damno, per depastionem, eo ipso culpa probata videtur, quod praesumptive procedere puto, ut audiatur reus, si culpa se velit exornare, arg. L. 1. C. ad L. Cornel. de sicariis, et L. 5. de iniur.
- 34) *Strykius* l. c. L. IX. T. 2. §. 14. optime rem explicat, dicens: Quamvis vix dabilis sit casus, ubi non per vestigia pecoris ostendi possit, unde venerint, vel quorsum se receperint. Quod si ager in medio situs, et utrinque pastores degant, salutare statutum est, ut damnum ab utroque pendatur ex aequo. Licet enim forte ab uno tantum commissum sit, nec alter alterius facto gravandus, l. 1. C. Ut nullus ex vicin. attamen proderit ad hoc, ut alter alterum observet, et hinc metu reciproco quisque sibi caveat a vicino.

maniam vi universalis consuetudinis pignoratione pecorum, rarissime existere potest casus, quo de auctore delicti non constet, sicuti etiam facta pignoratione pecorum in agris alienis pascentium, statim dominus eorum detegi potest, contra quem omnis militat praesumptio, donec contrarium quam luculentissime probavit. Laefus erga primum ad illum se confert, restitutionem damni illati ab eodem exigens: id quod etiam innuit lex provincialis Meelenburgica ³⁵⁾ verbis: zu welchem Pfandgelde derjenige, dessen Viehe den Schaden gethan hat, sich unweigerlich verstehen, und dasselbige ausgeben soll. Ulterius enim sensum horum verborum extendere, prohibent regulae interpretationis, quae praecipunt, huiusmodi speciales Leges ita esse explicandas, ut quam minimum derogent iuri communi. Confirmantur dicta verbis huius legis mox subsequenter: und da er meinte, daß ihm mit der Pfändung unrecht und zuviel geschehen, so mag er es dasselbige sein habendes ius deswegen ordentlich und förmlich zu deduciren und auszuführen, sich protestando reserviren und vorbehalten, worauf ihm ohne Verzug schleunigen Rechts verholffen werden soll.

Plura quidem restabant examinanda, et praesertim de pignorationibus subiicienda. Sed tempori parcendum est; hinc ulteriora alio tempore addere et supplere mihi reservo.

35) Vid. die Mecklenb. Land- und Hofgerichts-Ordnung, Part. 2. Tit. 41.

