



992

~~XIX.~~

Q. D. B. V. 1685, 4

EXERCITATIO ACADEMICA

De

CONDICTIONE
EX MORIBUS,

Quam

Permissu Superiorum

SUB PRÆSIDIO

DN. AUGUSTI BENEDICTI

CARPZOVII, J.U.D. & Pandect.

Prof. Publ.

Placidæ Eruditorum Disquisitioni

submittit

CHRISTIAN BENJAMIN JACOBI,

Dresdensis,

A. & R.

H. L. Q. C.

Anno Christi 1685. d. 26. Februar.

LIPSIÆ,

Literis JOHANNIS GEORGI.



VIRIS

*Nobilissimis, Amplissimis, Consultissimis
atq; Prudentissimis,*

DOMINIS
CONSULIBUS
TOTIQUE
ORDINI SENATO-
RIO,

Inclytæ Reipublicæ Dresdensis,

*Patronis suis ac Evergetis
nunquam satis colendis.*

hanc suam

EXERCITATIONEM ACADEMICAM

sacram esse vult

Obsequiosissimus

Christian Benjamin Jacobi.



B. C. D.

EXERCITATIO ACADEMICA
De
CONDICTIONE EX MORIBUS.

Thef. I.

Sicut juris non scripti eadem quæ scripti est auctoritas §. 11. *J. de J. n. g. Sc. l. 1. Cod. quæ sit long. consuet.* ita non circa personas tantum & res, nova subindè jura introduxisse illud, sed remedia etiam nova suppeditasse, deprehendere licet, quibus Legis civilis expresso superioris consensu lata præsidio destituti, id quod nobis debetur, persequi possumus. In quibus cum Conditio ex Moribus potissimum emineat, in eâ ejusque causis & requisitis enarrandis nostra pro virili nunc occupabitur opera.

II.

Conditio à condicendo dicta, quod priscâ lingua est denuntiare, ut ait Justinianus in §. 15. *J. de act.* & Festus, *Condicere est dicendo denuntiare*: item, *condictio est in diem certum ejus rei, quæ agitur, denunciatio*; qui mos denunciandi, ab antiquo inaugurali ritu, cum, ut ante diem tertium quis ad inaugurandum adesset, denunciabatur, Dempster. ad Ros. *L. 9. antiqu. Rom. c. 15.* unde status condictusve dies in LL. XII. Tab. i. e. denuntiatus, & apud Plant. in *Curcul. Act. 1. Sc. 1.* tum ad *denunciations bellicas* tractus, quas Clarigationes dixere, quando scilicet bellum illaturi quondam Romani condicebant seu denunciabant hostibus, an antequam Marti arbitrium committatur, reddere vellent ea, quæ in hac denunciatione simul petebant. ut est apud Liv. *L. 1. Dec. 1.* vid. Grotium *l. 3. de J. B. & P. c. 3. §. 7. n. 1.* Alexand. ab

A 2

Alex.

cobi.



Alex. Gen. diem. L. 5. c. 3. Gell. L. 16. N. A. c. 4. tum ad lites quoque civiles & forenses, quando constituto à Pratore iudicio, datoque iudice pedaneo diem committendi iudicii dicebant partes, i. e. communi consensu constituebant invicem denunciando, actor reo, quo die eum vellet in iudicium venire, reus actori, se eo die adfuturum, quod uno verbo in diem condicere dicebant, qui cum plerumque esset tertius sive perendinus, nomen *comperendinationis* natum. Ascon. Verr. 3. Vinnius & Franzk. ad §. 15. 7. de act. Brisson. de form. Jur. Civ. p. 365. Vinn. Lib. 1. Illustr. quest. jur. c. 17.

III.

Factum inde, ut ab isto denunciationum sive conditionum ritu, ipsæ in iudiciū deductæ actiones conditiones dicerentur, nomine primum in rem æque ac personam actionibus communi, postea cum illæ à vindiciarum lite, de quibus Gell. L. 20. N. A. c. 10. Ascon. in Orat. 3. Verrin. vindicationis appellationem assumerent, his proprio & peculiari, more in Legibus Romanis usitato, quo species certo nomine non gaudens, generis appellatione enuntiatur, exemplo adoptionis, cognationis & similibus. Hottomann. Vinn. & alii Dd. ad §. 15. Inst. de Act. Illud obiter addo, conditionum originem male ad denunciations istas, quas creditor antequam iudicio experiatur, facere solet debitori, ut sibi satisfaciatur, quo inclinare videtur Bachov. de act. Disput. 4. Th. 1. L. A. referri, cum sicut hodiè ita & olim, urbanitatis magis quam necessitatis fuerint, nec tale quid habeatur in L. 10. Cod. de pign. & Hypoth. & L. 13. ff. de S. P. U. Umm. disp. 6. ad proc. Th. 12. n. 58. Vult. de jud. L. 2. c. 4. num. 159.

IV.

Quamquam autem Justiniani ætate vetus illa conditio & ad iudicium solennis denunciatio exoleverit, sive Imp. Arcadii, Honorii & Theodosii Constitutione, quæ extat in Leg. 6. Cod. Theod. de denunt. & edit. rescript. sive succedentibus temporibus ab usu fori sublata, remansit tamen conditionum nomen actionibus personalibus, primo quidem in genere omnibus L. 25. ff. de O. & A. postea vero illi actionum in personam speciei, quæ non dominus adversus dominum addandum aliquid vel faciendum experitur, proprium factum, quod haut obscure Justinianus innuit in sæpe citato §. 15. J. de action. & Ulpian. in L. fin. ff. Usufruct. quemadmodum caveat.

V. Et

V.

Et hoc sensu speciali nobis in presenti conditionis vox venit, quatenus nimirum denotat certam istam quam dixi actionum personalium speciem, qua dari nobis, quod nostrum nondum est, fierique intendimus, & illis in personam actionibus contradistinguitur, quibus ad exhibendum, ad restituendum, aut aliud aliquod factum agimus, quæq; dominis etiam, non ex dominio, unde in rem actio est, sed obligatione aliqua competunt, ut sunt actio ad exhibendum, depositi commodati, pignoratitia, aliæq; similes: id quod sibi etiam vult §. 1. J. de act. v. & aliis quibusdam modis, quæ ad proximè præcedentia, cum Glossâ, Jo. Fabro, Zasio, Corasio, Cisnero, Wesenbecio, Vinnio ad d. l. refero, ita ut docere ibi voluerit Imperator, non tantum actionem personalem ita proponi posse, ut dirigatur ad dandum, i. e. dominium transferendum, ut fit in conditionibus, sed aliis etiam modis v. g. ad restituendum, quod earum est, quæ in specie personales dicuntur. Et hinc est, quod odio furum specialiter data fuerit conditio domino. §. 14. J. de act. l. f. ff. usufr. quemadm. cav. Franzk. Exercitat. 13. quest. 5.

VI.

Porro quando de conditione ex moribus dissertationem inscripsi, facile patet, me non de antiquo Censorio iudicio de moribus Constitutionibus Honorii & Justiniani L. 2. Cod. Theod. de repud. L. 11. §. 2. Cod. Justin. eod. L. un. §. taceat Cod. de R. U. A. sublato acturum, de quo L. 1. Cod. Th. de dotibus agit, ejusq; vestigia in L. 5. ff. de pact. dotal. L. 15. §. 1. l. 39. l. 47. solut. matrim. reliquerunt compilatores, Græcis καλοθεοτίας δίκην dicto, quo nimirum maritus apud Censores uxoris mores, hoc est crimina & delicta, (hoc enim temperamento majores illa dicebant non injurias, non crimina, unde crimina & mores opponuntur in L. 2. Cod. Th. de repud. ob honorem scil. & reverentiam matrimonii, in cuius etiam favorem adversus conjugem ob fraudulofam contrectationem non furti actio, sed rerum amotarum data fuit, l. 1. ff. & C. de act. rer. amot.) accusabat, eosq; repudio causam dedisse assererat; qua illud efficiebatur, ut, si secundum uxorem pronuntiatum esset, omnem dotem suam reciperet, L. 1. Cod. Th. de repud. si secundum maritum, is ob mores uxoris seu nomine morum compensaret, i. e. rei uxoriæ seu dotis partem (ob graviores, adulterium nempe, sextam, ob leviores, i. e. reli-



quos, octavam) retineret. Ulpian. *in fragm. tit. 6. §. 9. & 12. l. 11. §. 3. ff. ad L. Jul. de adult.* nec heredibus exemplo ceterarum actionum vindictam persequentium, revocatoria donationis ex causa ingratitude, injuriarum, inofficiosi testamenti querela, daretur. *d. L. 1. Cod. Th. de dotib. ibiq;* Jac. Gothofredus, add. Jac. Ravard. *J Ct. Flander l. 4. var. c. 13. & tit. Cod. Justin. de repud. & jud. de morib. sublat.* ibique Gothofredus Parens *lit. N.*

VII.

Sed mores hic nobis *consuetudinem* notant, seu jus tacitis utentium moribus introductum, §. 9. *J. de jur. nat. gent. & civ.* quo sensu Julianus *in L. 32. pr. ff. de LL. moribus & consuetudine* introductum jus conjungit, & mox in §. 1. *d. 1.* consuetudinem jus esse, ait, quod dicitur *moribus* constitutum. Quanquam enim aliquando *mores* à *consuetudine* distingvantur in eo, quod *mores* actus istos varios denotent, ex quibus uniformiter observatis tandem nascitur consuetudo, sicut de Varrone scribit Servius 7. *Aeneid.* cum dicit, *morem communem consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem faciat.* Unde Isidorus *L. 2. orig. cap. 20. & lib. 5. cap. 3.* *Consuetudo*, inquit, est *jus quoddam moribus institutum.* Possis sic etiam exaudire Justinianum *in d. §. 9. diuturni mores, postquam consensu utentium comprobati fuerint, & ita in consuetudinem abierint, legem imitantur,* quo sensu & *observantia* ut jus debilius opponitur *consuetudini*: hoc loco tamen pro *ipsa consuetudine* à nobis, sicut & communiter in usu juris accipitur.

VIII.

Hinc definitio conditionem ex moribus, quod sit actio personalis competens ad id, quod debetur ex obligatione, quam consuetudo introduxit, quâ, de genere actionis, quo experiendum, cautum non est.

IX.

Dividi commodè potest, in eam, quæ oritur *ex obligatione plane nova*, & eam, quæ accedit *existenti quidem jam obligationi*, quæ tamen non satis materia & virium habet, ut per sese jure conventionis ad agendum sit efficax. Sicut enim lex nova, quando obligationem inducit, aut noviter plane & nullâ alia existente materiâ, ad producendam obligationem, sive in foro naturæ aut gentium, sive civili efficacem.

causam aptam, eandem format, ut in conditione ex *L. 30. & 36. Cod. de inoff. test.* cernimus, aut obligationi alii jam existenti, sed ad agendum in foro civili inefficaci novam, non intrinsecè & ipsum negotium in contractum novum transmutando, sed extrinsecè actionem saltem, coram tribunali civili cum effectu instituendam, negotio in suo naturali statu remanente, concedendo, superaddit, & hac ratione, ut de *Cond. ex L. 35. §. fin. C. de donat.* loquitur Justinianus in *§. 2. J. d. donat.* necessitatem traditionis in se habere jubet: Ita etiam jus non scriptum seu consuetudo, cujus non minor quam legis scriptæ vis est & auctoritas *§. II. J. de j. n. g. & c. l. 32. de LL. l. 1. Cod. quæ sit long. consuetud.* novam obligationem partim noviter formare, partim alii negotio, nudo v. gr. pacto, adjicere aliquando solet, & quam ante aut ex se non habet, producendæ actionis vim & energiam, largiri, quorum illud exemplis retractus municipalis, quem inter consanguineos pariter ac vicinos mores alicubi nullâ conventionem præviâ introducere, tum pacti conventi, serîo initi, ex quo etiam hodiè moribus datur actio, planum evadit. Vid. Bach. ad *Wes. tit. de cond. ex Lege n. 4.*

X.

Non tamen propterea probanda mihi videtur, Heint. Hahnii sententia in *observ. ad Wesenb. de cond. ex Lege n. 3.* conditionem nostram ex jam traditis, distinguentis in *dativam & nativam*, illam quidem, quam consuetudo nulla præexistente materia producat, hanc, quam lex quidem etiam constituat, sed præexistente tamen aliâ obligationis, licet non satis efficacis, ut dixi, materiâ. Quanquam enim alias istam actionum divisionem non improbem, omnem tamen conditionem nostram dativam esse in sequentibus patefiet, neq; conditiones istæ, ex præexistente illâ naturalis obligationis materia intrinsecè, tanquam ex fundamento suo & causâ efficiente nascuntur, ut fit in actionibus nativis, sed extrinsecus à consuetudine illi accedunt, & ab eadem dantur, alias enim illud negotium in contractum degeneraret, & ita Divus Pius adversus pupillum ex contractu sine tutoris auctoritate inito locupletiores factum, & inde naturaliter saltem obligatum actionem *dandam* rescripsit, ut Ulpianus refert in *L. 5. pr. ff. de auctor. tutorum.*

XI.

Fundamentum & causâ efficiens proxima conditionis.

cio.



tionis nostræ est obligatio, omnis quippe actionis personalis, qua-
lem & nostram esse dixi, mater. Theophilus, Accurs. & Hotom. *ad*
pr. J. de act. Locam. de causis act. Tb. 79. §. 1. J. de act. l. 25. ff. de O. & A.
& ea quidem non ex causâ ordinariâ descendens, sed extraordinariâ
novâ nimirum *consuetudine seu jure non scripto*: Qua in re, ut eò fe-
licius progrediar, duplices potissimum deprehendo à Cajo in *L. 1. pr.*
ff. de O. & A. traditas generales causas, sive, ut ille loquitur figuras
obligationum productrices, alias *ordinarias & regulares*, contractus
scilicet, & maleficia quæq; sub his comprehenduntur quasi contractus
& quasi delicta; alias *irregulares & extraordinarias*, quando scil. lex
sive scripta sive non scripta, fundamento tali ordinario, ex quo secun-
dum regulas artis existere possit obligatio & actio, deficiente, ipsa *im-*
mediatè ex variis causarum figuris obligationem & actionem extra-
ordinariam concedit. J. O. Thabor *in part. element. parte 3. sect. 3. Tb.*
41. in §. 1. et. Licet enim Jus omnis obligationis causa sit, constituta
tamen sunt à Juris auctoribus quædam certæ quasi regulæ, hisq; genera-
lia obligationum principia de factis hominum sive licitis sive illicitis
comprehensa, formataque adeò generales & ordinariæ pro contracti-
bus atque delictis obligationum causæ, ex quibus, tanquam ex uni-
versali quodam certoque jure & sufficiente materiâ obligationes na-
scuntur, præter quæ negotia, si quæ occurrant alia, sub istis regulis non
contenta & dissentanea quodammodo, specialis tamen æquitas, obli-
gationem quoque his inesse debere suadeat, lex immediatè & speciali-
ter eandem illis tribuit simulq; contra illas communes regulas proprio
quodam h. e. speciali jure & ad singulas causas extrâ ordinem accom-
modato actionem dedit, quod latè & more suo eleganter docuit eru-
ditissimus Italorum J. C. M. Aurelius Galvanus *in tr. de usufr. cap. 15.*
n. 7. & cap. 17 num. 3. seqq.

XII.

Atque ex his consequens est, descendere hanc nostram actionem
ex jure obligationum, non ordinario sed extraordinario, quam jus
non mediante hominis factis producit, sed *immediatè dat*, adeoque *non*
nativam, sed dativam esse. Novi equidem dudum nonnullis in-
terpretibus, neotericis maximè, Forcatulo *Dialog. 97.* Duareno, *in*
l. 7. §. 1. ff. de pact. aliisque satyram debuisse hanc distinctionem, tan-
quam in Legibus minimè fundatam, imò illis contrariam potius,
cum

cum omnes actiones passim in jure nostro dari dicantur, exemplo actionis præscriptis verbis, quæ cum ex contractu, adeoque præexistente materia nascatur, *L. 5. §. 1. de P. V.* dari tamen in *L. 1. §. 1. ff. de rer. permut.* dicatur: Vid. Hillig. *lib. 19. Don. enucl. cap. 2. in not. l. A. p. 453.* Enimverò licet quædam verba, & ut loquimur, ipsos terminos non contineatur in Legibus, re tamen ipsa, quin jura eandem approbent, cum antiquis interpretibus Zasio & Jafone *ad L. 1. ff. de O. & A.* quos inter recentiores sequitur etiam ingeniosissimus R. Bachovius *tr. de action. Disp. 2. Th. 18. p. 47. & Disp. 4. Th. 21. p. 156.* asserere nullus dubito. Neque inde, quod actio aliqua modo nasci, modo dari dicitur in legibus statim accersendum est, divisionis istius fundamentum: Sanè præexistens illa materia, quam sufficientem ad actionem producendam voluit legislator Romanus quæve sub generalibus istis juris sive in re sive ad rem regulis continetur, actiones sive in rem sive in personam producit; quæ cum tanquam ex causa & matre sua prodeant, *nasci & native* merito dicuntur; si quæ verò talem præexistentem materiam non habeant, sed ex singulari æquitatis ratione munimento peculiari & auxilio quodam legis speciali opus habeant, vi cujus actio proditur, quâ ratione eam appellabimus? Nasci sane de eadem prædicari integrum non est, & extant quoque hanc in rem Leges non adeo obscuræ, *L. 52. pr. & §. 5. ff. de O. & A. L. 3. §. 3. ff. ad exhib. Franzk. ad tit. ff. ad exhib. n. 7. & 8. Fibig. in Colleg. leg. publ. Exerc. 13 semid. quest. 2. Ludolph. Schraderus ad l. un. ff. de cond. ex lege n. 4. 5. 6. 7.* Nec deficiunt exempla quamplurima, sunt enim hujusmodi actiones à solâ Lege suggerente sic æquitate datæ, actio ad exhibendum, conditio furtiva, actio utilis in rem, quæ datur pupillo ad rem ex ipsius pecunia comparatam. *L. 2. Cod. quand. ex facto Tut. Bach. ad Tr. Disp. de R. V. th. 6. lit. D.* actio in rem, quæ uxori pro rebus dotalibus etiam æstimatis competit, *Leg. 30. Cod. de jur. dotal.* in quibus omnibus aut vindicatur res tanquam propria, absque tamen præexistente dominio, aut convenitur quis, quasi obligatus, licet in eo nihil contigerit eorum, ex quibus nascuntur obligationes. Sed inquis omnis actio semper *causam* unde oriatur præsupponit. Respondeo concedendo quidem, sed causa illa non semper est *ordinaria*, sed aliquando *extraordinaria*, & dari actiones, quæ immediatè ex Lege sunt, jam ostensum.

XIII.

Et in hoc evidentissimè discernere licet discrimen inter *contractus* & *pacta legitima*, illi præter consensum convenientium, causam habent, h. e. ut M. Aur. Galvanus *tract. de usufructu c. 16. n. 2.* definit, qualitatem negotii suapte naturâ talem, ut ex regulis juris civilis sint obligatorii, seu ut alii efferunt, vim intrinsecam producendi actionem in foro civili efficacem, quæ *nativa actio est*: Hæc causâ istâ destituuntur, & proinde *nuda* audiunt, h. e. vi ista intrinsecè obligatoriâ, ad effectum actionis nativæ destituta, licet sint *legitima*. Neque enim placet illa Dd. inter pacta nuda & non nuda seu, ut vocant, vestita distinctio: Est enim vox *nudi* pactorum epitheton perpetuum, sicut *nix alba*, consuetudo longa appellatur, & legitima etiam nuda audiunt in *L. 30. ff. de usur. l. 12. Cod. eod. & t. t. de dot. prom. & nuda pollicit.* Wissenb. *ad ff. P. 1. Disp. 9. Th. 3.* scilicet, quod non habeant causam ex regulis ac principiis juris obligatoriam, nihilominus propter juris illius specialem dispositionem, ob aliquam urgentem æquitatem confirmantur, ut pariant efficacem obligationem & actionem, *l. 6. ff. de pact.* non quidem ex directis illis antiquæ Jurisprudentiæ regulis, sed ex indirecta & speciali juris Civilis dispositione, quæ effectum agendi immediatè & extrinsecus largitur & concedit, Galvan. *d. tr. c. 16. n. 3. 4.* ita ut pactum illud à lege confirmatum non tam sit causa efficiens, proxima & fundamentum actionis, sed occasio potius & causa, sine quâ non, pariter ut in conditione furtivâ, delictum furti.

XIV.

Eadem ratione, ut ad præsens revertar institutum, consuetudo causa est conditionis nostræ, quando negotio, in se & ex regulis juris ordinariis ad actionem producendam inepto actionem extrinsecus largitur: exemplo est pactum legitimum, cui generalis Germaniæ consuetudo hoc tribuit, ut sive contractui ex intervallo adjectum, sive alias nudè conventum, modo seriò initum fuerit, actio eo nomine competat, non nativa quidem ex ipso pacto, neque enim per hanc consuetudinem confusa est contractuum & pactorum natura, nec his data intrinseca illa vis producens actionem, Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercitat. 6. Th. 23.* sed dativa, non quidem in factum, ut vult Schilter in *Praxi Jur. Rom. in for. Germ. Exerc. 8. Th. 5.* sed conditio ex moribus seu consuetudine, quæ extrinsecus talem actionem dat occasione istius pacti

paſſi ſerò, ut dixi, inſiti. Lauterbach. *Exerc. 8. Concluſ. forenſ. 9. ibique cit.* Illud hic obiter moneo, à nonnullis ex *c. 1. & 3. X. de pact. cap. 11. de pact. in VI.* hoc Juri Canonico, moribus poſtea confirmato ſeu conſuetudine recepto, adſcribi, Vinnio *tr. de pact. c. 7. n. 4. aliisq; citatis.* Struv. *Synt. J.C. Exerc. 6. th. 17.* Sed malè, nam licet jus Canonicum hodiè in terris Statuum proteſtantium, non ex auctoritate Pontificis, ſed, quod aſſerit Franzk. *ad §. 9. J. de jur. nat. gent. & civ. ex tacito conſenſu Superiorum, & tanquam jus Conſuetudinarium, in quantum receptum eſt, valeat, quia tamen vis hæc paſſis nudis iſto jure data non eſt, nec tale quid in illis textibus continetur, ut latè docuit Dn. Ziegler in not. ad Lancellott. Inſtit. Jur. Can. L. 3. tit. 3. §. 2. p. 711. add. Conr. Rittershuſ. de differ. Jur. Civil. & Canon. L. 3. cap. 1. Grœneweg. de LL. abrog. L. 10. Cod. de pactis. obſervantiã id ipſum comprobatum dici non poterit.*

XV.

Idem eſt in juramento, aſtui invalido addito, quod in tertii præjudicium non tendit, nec obſervatum vergit in diſpendium ſalutis æternæ, atqve ſic ſine peccato adimpleri poteſt, *c. 28. X. de Jurejur. c. 2. de pact. in VIto.* quanquam enim aſtus & negotium per ſe nullum per id non confirmetur, & validum reddatur, *L. 5. Cod. de LL. l. 7. §. 16. ff. de pact. l. 12. in f. de Leg. 1. validum tamen & ſervandum eſt Juramentum, & jurans religionis & conſcientiæ vinculo, non ex juſtitia aut naturâ contractus ad præſtanda promiſſa adſtringitur, data hanc in rem conditione ex canone ſive potius moribus, qui ob quodvis pactum ſerium, multo magis juratum actionem largiuntur. Franzk. L. 2. Reſolut. 6. Carpz. p. 2. c. 15. def. 1. in fine. Lauterbach. in tract. ff. Synopt. tit. de Jurejur. §. 1. num. 15.*

XVI.

Ex his conſtat, cauſam efficientem conditionis noſtræ eſſe obligationem, ex conſuetudine ſeu moribus dependentem: Unde tria potiffimum requiſita, ad conſtituendam illam neceſſaria deprehendo. *Ut adſit nova obligatio, ut conſuetudine introducta, ut non cautum, quo genere actionis agendum, ſive ut actio illa peculiari nomine non ſit appellata.*

XVII.

Novam obligationem intelligo, quæ aut talis eſt ratione mate-

via ac essentia suae, quando non existente aliqua alia obligationis materia nova consuetudo ex aequitate eam introducit, ut quando, v. g. vicinum obligat, ad agrum suum vicino potius, quam alii vendendum, & inde actionem ad retrahendum largitur, Bocer. *Class. 3. Diss. 22. tb. 31.* aut *ratione effectus & confirmationis*, quando accedit obligationi per se fat virium non habenti, ut jure conventionis sit efficax, ut in pacto nudo jam vidimus, utroque tamen modo alterum ad aliquid faciendum, dandum aut praestandum obligans. *L. 3. pr. ff. de O. & A.* Hinc remedia *Leg. diffamari. Cod. de ingen. manumissis. & L. si contendat ff. de fidejuss.* prout illa quidem stylo & moribus judiciorum Germaniae introducta & recepta sunt, perperam ad conditionem ex moribus referuntur. Nam licet illa, qualiter usu hodierno vigent, esse suum debeant Dd. interpretationibus & moribus magis, quam scripto Romanorum juri, illis tamen diffamator non obligatur ad aliquid praestandum, sed tantum officium judicis imploratur, ut injusto diffamanti terminus ad agendum praefigatur, aut imploranti exceptionem competere, qua contra alterius actionem, quam metuebat, tutus sit, declaretur, ad effectum perpetui silentii imponendi. Unde Blarerus & Treutlerus, quorum ille in *tr. ad L. diffamari cap. 1. n. 4.* hic *Vol. 1. Diss. 23. tb. 1. lit. D.* remedium illud conditionem ex Lege asserunt, merito Bachovio vapulant, partim ob istas, quas dixi rationes, partim, quod in Legibus istis tale quid, ne ex intentione quidem statuentium contineatur, Vid. *Coll. J. A. tit. de conditione ex Leg. §. 3.* Wissenb. *ad ff. Vol. 1. Diss. 26. tb. 6.*

XIIX.

Sicut vero in legis aut consuetudinis potestate est, obligationem novam & inde dependentem actionem deficiente ordinario & regulari nascendi principio inducere. Ita ejus quoque est, actionem istam quodammodo a regulari obligationum & actionum personalium naturam inflectere, ita ut irregularis fiat, & quandoque realium qualitatem induat; id quod contingit in conditione illa ex moribus, quam pro retractu gentilitio aut vicinitatis consuetudo introduxit, quando adversus tertium possessorem intentatur. Eleganter enim hanc in rem Dn. Schilterus *in prax. Jur. Roman. in for. Germ. Exercit. 1. tb. 6.* *Obligatio illa, ait, quam lex nova aut consuetudo ad producendam conditionem introducere dicitur, prore nata & subjecta materia intelli-*
gen-

genda est, ut non excludat necessitatem restituendi etiam juris realis. Quod tamen non ita intellectum volo, ac si obligatio etiam ex dominio oriatur, quem nonnullorum errorem, eruditè discussit Jo. Otto Thabor *Partit. Element. Part. 3. sect. 3. tb. 41. in ex. d. c. p. 169. seqq.* sed quod jus, uti actionibus personalibus ex ordinariis principiis oriundis aliquando hoc specialiter addidit, ut dentur adversus tertium possessorem, quod vel ex solo exemplo actionis quod metus causa discimus, *L. 9. §. fin. ff. quod met. causa.* ita illis etiam quas extra ordinem & immediatè introduxit, hoc quoque nonnunquam dederit specialiter, ut adversus tertium rei possessorem competant. Cum enim plane novum & extraordinarium sit ejusmodi actionum principium, quid obstat, quo minus jus quoque novas & extraordinarias illi superaddere possit qualitates. Quin imò quotiescunque consuetudo tale aliquod agendi jus immediatè tribuit, possessorem rei qualitate hujusmodi affectæ obligat ad rem istam restituendam, aut præstandum id, quod jus ab eo præstari voluit. Unde non adeò incommode conditionem istam ex moribus, quæ jure retractus competit, in rem scriptam esse statuit Theod. Reinking. *de retract. consangvin. quest. 9. Conclus. 2.* Idemque de actione revocatoria feudi, quæ & ipsa ex moribus seu consuetudine est, asserit *idem d. l. n. 78. & 132. seqq.*

XIX.

Illud ad fundandam conditionem hanc nostram parum refert, an obligatio illa immediatè novâ consuetudine introducta sit, an mediatè, mediante nimirum hominis factio, & præcedente obligatione aliâ, licet alias inefficaci. Nam quando ex pacto datur actio, præcessit quidem obligatio, sed ad agendum, antequam à consuetudine ei hæc vis daretur, inefficax. Quando verò mores proximo agnato vel vicino actionem largiuntur ad retrahendum fundum ab agnato aut vicino venditum, nulla præcessit obligatio, nullum hominis factum, sed hæc conditio immediatè datur his, quibus jus tale retractus ex moribus & inveterata consuetudine competit, ut in *Tb. 9.* fuit traditum Schrad. *ad L. un. ff. de Cond. ex lege n. 6.* Theod. Reinking. *de retract. consangvin. quest. 7. Conclus. 1. num. 46.* Non obstat, quod quando consuetudo actionem dat præexistente jam aliquâ obligatione, non nova dici possit obligatio: Nam ut nova dicatur obligatio, non requiritur præcisè, ut ratione materiæ suæ & essentiæ talis sit, sed

sufficit talem esse ratione effectus & confirmationis, h.e. quæ per se non satis virium habeat, ut jure conventionis sit efficax, sed postmodum consuetudine confirmetur. Bachov. ad Treutl. *Vol. I. Dissut. 23. th. 1. L. D. verb. novam autem intellige.*

XX.

Alterum conditionis nostræ requisitum est, *ut consuetudine sit* introducta, unde ex moribus seu consuetudine appellatur, & à conditione ex Lege distingvitur, quæ est ex jure novo legislatoris expressâ voluntate constituto. Est autem *consuetudo seu jus non scriptum jus tacito consensu Superioris per diuturnos mores introductum.* Per *Superiorem* quemcunque intelligo apud quem est potestas legis ferendæ: nam quod de populo ejusque consensu rebus & factis declarato dicit Julianus *in L. 32. §. 1. ff. de LL.* id de libero & penes quem jus majestatis est, quicq; expresso etiam suffragio jus facere potest, exaudiendum; quod si Superiorem agnoscat, ejus accedere debet patientia, Strauch. *Dissert. Justin. I. th. 9.* Hinc in Imperio nostro Principum, Comitum aliorumq; Statuum superioritate territoriali, cui potestas legislativa cohæret, gaudentium consensum tacitum & patientiam ad consuetudinem in eorum territoriis introducendam, requiri asserere nullus dubito, cum & hi, adhibitis aliquando Statibus Provincialibus, expresso etiam consensu jus constituere valeant. Bachov. ad Treutl. *Vol. 1. Diss. 23. th. 1. lit. C.* Dudum enim explosa est illorum sententia, qui non majorem constitutionibus istis, quam Edictis Prætorum tribuunt auctoritatem. Erat quippe Prætor Romanus juri dicundo, non condendo, dispensandis legibus, non ferendis, quod Majestatis est, præpositus, Vinn. *ad §. 7. §. de Jur. Nat. G. & Civ. num. 1.* Status autem Imperii moderni jure regalium & *автономия*, ut leges expresso consensu condunt, Reinking. *de reg. secul. & Eccles. L. 1. class. 4. cap. 16. n. 21.* Ita assensu illorum tacito crebrisque utentium moribus consuetudq; ipsi etiam juri communi contraria introducitur, Lauterb. *Exerc. 3. Concl. For. ult.* Atque hinc actio illa quæ ex tali consuetudine datur, v.g. quæ ex pacto nudo aut ex retractu moribus introducto hodie competit, non in factum actio, sed ex moribus conditio dicenda. Nam ex civilibus actionibus illæ saltem in factum appellantur, quæ aut præscriptis verbis sunt, *t. t. ff. de pres. verb. & in fact. action.* aut quæ non ex verbis sed interpretatione legis veniunt, ut

ut *Leg. 9. pr. L. 11. §. 5. 8. L. 29. §. 7. ff. ad L. Aquil. Vinn. ad §. fin. 1. ad L. Aquil. num. 4.* Ceteræ, quæ omni Lege aut commodâ interpretatione ipsius deficiente solâ æquitate à Prætore datæ sunt, in factum appellantur *L. 11. de P. V. §. fin. I. ad L. Aquiliam.* Uti ergò se habet actio in factum in edictis prætoris obligationem quidem concedentibus sed nomen actionis non exprimentibus, ita se habet conditio ex consuetudine ad obligationem, quæ est juris civilis, deficiente nomine actionis. *Franzk. ad Tit. de cond. ex Lege n. 5. Ludolph. Schrader. add. t. n. 87. Reink. de retract. consanguin. quest. 8. Concl. 1. num. 62.*

XXI.

Quando autem per *diuturnos mores* introduci consuetudinem dixi, *frequentiam & continuationem actuum moralium* intelligo & *diuturnam* eam quidem seu temporis intervallum spatiosum. Hos actus (complures enim esse debent, nec unus sufficit, *Lauterb. Ex. 2. Concl. forens. 8. 9.*) quanquam alias in introducendâ consuetudine extrajudiciales esse sufficiat, in hac tamen conditionis nostræ specie, *judiciales* dixerim esse necessarios: Nam ut alias per judiciales unos atq; alteros Superioris consensus magis arguitur, & melius rebus judicatis, quam aliis testimoniis probatur, *L. 34. ff. de LL. ita actio, cum sit jus persequendi in judicio, quod nobis debetur. pr. 7. de act. non nisi coram iudice competente instituenda, & proinde actus ejus aliquoties in judicium deductæ, & per longum tempus etiam in contradictorio judicio obtentæ & exercitæ, non nisi judiciales esse possunt. Add. Mascard. de probat. Vol. 1. concl. 427. Bald. part. 1. const. 110. Schilt. in Pr. Jur. Rom. in for. Germ. Exerc. 2. thes. 21. 22. 23.* Tempus verò, quod alii decem, alii plurium annorum esse volunt, iudici arbitrandum rectius relinquitur; *arg. L. 1. §. f. ff. de Jur. deliberandi,* cum in factio potius quam in jure consistat, an superior tacite consensisse videatur. *Menoch. l. 2. A. 7. Q. cas. 82.* & quandoq; etiam breviori tempore plures actus fieri possint. *Præscriptio* tamen ad ejus essentiam jure Civili non requiritur, quæ nullum jus acquirit, nisi præscribenti, & in eos duntaxat, contra quos præscriptum: Consuetudo verò jus in universum omnibus & contra omnes; Placuit verò moribus etiam jure Canonico comprobatis *c. f. X. de consuet.* ut incertum variatq; & affectibus facile obnoxium iudicis arbitrium regularetur ad regulas

præ-

præscriptionis, ita ut tempus, quod alias præscriptioni legibus est definitum, etiam diuturnitatis consuetudinem constituentis & scientiam ac patientiam summæ potestatis inducentis, mensura deinceps esset. Bald. in c. 1. *quæ bis quæ in feud. dari poss.* Lud. Engel in proleg. J. Can. *th. 5. n. 15.* Schilter. *d. Exerc. th. 19.*

XXII.

Hac occasione quæritur *de stylo curiæ*, an ex eo etiam oriatur conditio ex moribus? nam & hic ad jus non scriptum & consuetudinem judicalem referri solet; Enimverò cum circa modum tantum loquendi, scribendi & procedendi in judicio versetur, nec ad merita causæ respiciat, nec obligationem novam producat, unde etiam à Jacobo Schultes. *Observ. 6. n. 11.* definitur, quod sit judicii quædam observatio, quæ in ordine tantum moderando exercendoque versatur, merita causæ non afficiens: inde conditionem nostram non oriri rectè concluditur. Vid. Ludolph. Schrader in *Comment. ad L. un. ff. de cond. ex Legen. 88.*

XXIII.

Tertium conditionis nostræ requisitum est, ut consuetudine non fuerit *ei nomen certum* inditum. *Arg. L. un. ff. de condit. ex Lege verb: nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiendum:* alias enim isto nomine appellabitur illa actio, nec conditionis ex moribus nomen merebitur. Exemplum nobis sit actio ad Palinodiam, quæ ex jure quidè non scripto & consuetudine introducta est, ex eo tamen conditio ex moribus dici non potest, quia peculiare nomen actionis nimirum recantatoriæ aut ad Palinodiam moribus utentium accepit. Simile quid in conditione ex Lege, ad cuius exemplum nostra introducta, cernimus, quæ tum cessat, cum lex, quæ immediatè & extraordinem etiam actionem dedit, peculiare ejus nomen expressit: Exemplo sit, conditio furtiva, hæc licet occasione furti immediatè data fuerit domino adversus furem, ejusque hæredem ad condicendam rem furtivam in solidum *L. 1. l. 9. ff. de cond. furt.* adeoq; ex novâ legis obligatione sit, quia tamen speciale nomen habet conditio ex Lege perperam appellabitur. Idem est in actionibus in factum prætoris, quæ licet ex edicto Prætoris immediatè descendant, si tamen peculiarii nomine gaudeant, non actionis in factum generali, sed speciali nomine, v. gr. de constitutâ pecuniâ, exprinuntur.

XXIV. His

XXIV.

His requisitis addunt nonnulli & quartum, ut scilicet factum, ex quo jus agendi jure novo, tanquam ex materiâ oritur, ad negotium lucri causa contractum principaliter referri nequeat, tum enim actionis formulam ex ipso negotio, non ex consuetudine nuncupandam. Sed ut hoc specialiter inter requisita nostræ conditionis numeretur, opus non est, cum superius tum temum locum illi esse dixerim, quando deficit ordinarium actionis producendæ principium, atqui tale est illud, cujus requisitum istud mentionem facit, contractus scil. innominatus, continens nimirum negotium tale, quo quid susceptum, aut factum datumve fuit, lucri causâ, hoc est, ut alter aliquid vicissim det aut faciat, unde oritur non conditio, sed P.V. actio, *t. t. de P.V.* quod per exempla luculenter demonstravit Joannes Oldendorpius *Class. IV. act. 41. J. Schilt. d. Diss. 1. tb. 6. in fin.* Nec obstat quod Celsus in *L. 2. d. t. de P.V.* generaliter definiat, *cum deficient vulgaria atq; usitata actionum nomina præscriptis verbis agendum esse.* Responsionem enim statim subsequentiâ Juliani verba in *L. 3. d. t.* suppeditant, *in quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nulle jure Civili prodita sunt.* Aut enim certum est, ex negotio aliquo civili seu contractu obligatum aliquem mihi esse, & hinc in defectu alius actionis ad actionem præscriptis verbis recurritur, aut nulla præcedit obligatio ex contractu aut delicto, sed lex tamen aut consuetudo obligationem dat, & locus est conditioni vel ex Lege vel ex moribus. *Sichard. in Cod. ad tit. de condit. ex Lege n. 5.*

XXV.

Subiectum tam activum quàm passivum, ut vocant, hoc est, quibus & adversus quos competit nostra conditio, generali regulâ definiiri vix poterit, cum non de singulis ejus speciebus hic agere nobis sit propositum. Id addidisse sufficiat, quando consuetudo noviter & nullâ planè præexistente materiâ actionem introduxit, cessare omninò communes illas, quæ de conventionum subjecto passim proponuntur, regulas, eosq; adeò qui alias nec obligare sibi ex cõventionem alios, nec obligari aliis possunt, præsentem conditionem instituere, & eadem conveniri posse. Pone enim agnatum, aut vicinũ aliquem esse minorem aut pupillum, curatore ac tutore tempore fundi venditi destitutum, & tamen conditionem vi consuetudinis municipalis ad retrahendum fundum ab agnato aut vicino jure sanguinis aut vicinitatis, competentem

C

ei



ei nō denegaveris, nec declinabit iudicium emtor, ex nulla conventio-
ne se illis obligatum excipiens. Hic enim cum tota vis obligationis
ex iure consuetudinario immediatè hoc aut alio modo disponente de-
pendeat, id ipsum illis etiam hanc actionem largitur. E contrario &
quando mores præexistente iam aliquâ obligationis, nondum tamen
fatis ad agendum validæ, materiâ, vim obligandi & actionem extrinse-
cus concesserunt, quod superius exemplo pacti nudi declaravimus, ut
condictio hæc nostra competat, ab iis pactum conventum sit necesse est,
qui iure gentium & civili, suo tamen modo ad pacta ineunda sunt ha-
biles. Unde hic furiosi, minores & pupilli curatoribus & tutoribus
suis destituti merito excluduntur. Quanquam enim & hic jus actio-
nem immediatè det, dat tamen eam, ad præstandum id, quod ex pacto
validè contracto debetur, pactum autem ut validum Jure Gentium &
Civili etiam quoad effectus suos, licet remissiores sit, opus est, ut sit con-
tractum ab his, qui ex pacto obligari possunt. Sed instas, pupillum &
minorem ex pacto, etiam sine tutoris auctoritate inito naturaliter obli-
gari *L. 1. ff. de Novat. L. 101. de V. O. respondeo, obligari quidem ipsum
naturaliter, sed inefficaciter, nullo juris effectum L. 59. ff. de O. & A.*

XXVI.

Id unicum hoc loco observare ex re erit, cum statuto & consue-
tudine loci tantum ii teneantur, qui statuentis jurisdictioni subiecti sunt,
vel eo loco degunt, in quo consuetudo viget, *advenas & extraneos con-*
ditione ex statuto vel moribus alicujus loci non teneri nisi & ibidem
contraxerint. l. 19. §. 1. 2. l. 42. ff. de Judic. vel forum ratione rei sitæ ibi-
dem sortiti fuerint, L. ult. Cod. ubi in rem, L. 38. ff. de Jud. C. 7. A. ad tit.
de cond. ex lege th. 3. Dn. Ziegler in d. castice Concl. 15. n. 7. 10. 12. 13. seqq.

XXVII.

Objectum conditionis nostræ & ad quid competat, in specie &
certâ regulâ, pariter ac subiectum, definiri nequit, sed ex accuratiori sin-
gularû specierû consideratione planius hauriendû. Certè, quæcunq; in
obligatione deduci possunt, sive res sint eaq; vel mobiles, vel immobi-
les, vel corporales vel incorporales s. facta, ad hæc omnia, si de iis quid
specialiter mos civitatis seu consuetudo disposuit, jusq; circa ea con-
stituit alteri, condictio nostra pertinet, sic ut ambita suo non rerum tan-
tum, sed etiam pœnarum persecuciones contineat. *arg. §. 24. 25. ff. de*
act. Ea planè, quæ consuetudinem noviter introductam antecesserunt,
in hanc conditionem non veniunt, cum ut Leges, ita consuetudo
non.

non præterita, sed futura negotia efficiant. *l. 7. Cod. de LL.C. f. A. diēt. tit. num. 3.*

XXIIX.

Atque hinc est, ut conditionem hanc generalem communiter statuunt, quod ex quibuscunque obligationibus & super quibuscunque præstationibus competat; quas variæ & diversissimæ consuetudines, juxta requisita paulò ante tradita introduxerunt. Bachov. *de actionib. Disp. 4. Th. 12.* Franzk. *ad ff. de condiēt. ex Lege n. 12.* ita à specialibus conditionibus distinctam, quod illa has, tanquã species suas, specialibus scil. consuetudinibus, de certis & peculiaribus rebus ac præstationibus constitutas, sub se tanquam genus comprehendat, sicut modò laudati Doctores cum Ultra montanis eam definiunt, secus ac Citramontani, qui solam conditionem certi ex mutuo specialem conditionem, ex aliis verò causis competentem, tanquam speciem illi oppositam generalem appellarunt, quos post alios jam diu refutavit Bachov. *ad Treutl. Vol. 1. Disp. 20. Th. 10. & in tr. de actionib. Disp. 4. th. 10.* Franzk. *in Comment. ff. tit. de R.C. n. 30. seq.*

XXIX.

Circa modum & formam proponendæ conditionis nostræ in Judicio hoc monent Doctores, ut cum ex certa consuetudine esse suum acceperit, illam ipsam consuetudinem & adeo nomen actionis in libello exprimendum esse. C.J.A. *d.l. Schilter. Exerc. 1. th. 7.* Quod tum quidem concesserim, cum de consuetudine an firmiter introducta sit, dubitetur, cæterum si jam de eâ omnibus constet, in arbitrio actoris positum hoc esse existimo, an ejus mentionem facere velit, an minus, maximè cum nec olim illa nominis actionis in libello expressio, necessaria fuerit, nec hodiè sit. XXX.

Libellus, quo conditio hæc nostra generalis, prout hic eandem descripsimus, in judicium deducatur, commodè formari non potest, sed eundum ad species singularum conditionum, harumq; formulæ in judiciis proponi solitæ recensendæ. At cum de his agere in præsentiarum propositum nobis non sit, hoc labore meritò superfedemus. Illud saltem hic monuisse sufficiat, quando libellus fundatur in allegatâ consuetudine, & probatio, lite negativè contestatâ, desuper instituenda, ita formandos esse articulos, ut post articulum generalem, quod hæc consuetudo antiquitus in hac urbe ultrâ tempus à jure requisitum observata fuerit, specialis unus de actu primo, si sciri possit, vel aliò publicè celebrato, inde secundus de hujus usus continuatione, allegando

do

de alium actum similem subsequutum, ponatur, & denique doceatur, de actibus istis, in contradictorio iudicio obtentis, adeoque de consuetudine per rem iudicatam probatâ & confirmatâ. Actus illi ad minimum duo, iique uniformes nec interrupti actu aliquo contrario doceri debent. Lauterb. *Exerc. 2. Concl. Fer. P. 10.* Quibus probatis consuetudo de jure intelligitur introducta. Schilter. *Exerc. 2. th. 17.* & hæc probatur non per testes saltem, præsertim Seniores & Scabinos Judiciales, *Id. d. l. Th. ult.* sed etiam documenta, attestata scilicet ex actis, aut ipsa acta judicialia, in quibus actus & causæ istæ, in iudicio contradicente adversa parte obtentæ fuerunt. Schilt. *d. Exerc. 2. Th. 20. seqq.*

XXXI. Judex coram quo proponenda hæc actio, aut ordinarius est, seu domicili, aut quando ad modum actionis in rem scriptæ formata à consuetudine est, etiam rei sitæ, *c. ex parte X. de for. comp. l. 38. in f. ff. de jud. Reinking. de retr. cons. qv. 9. concl. 2. n. 170. seqq.*

XXXII. De fine & effectu remedii hujus nostri generalis etiã nihil attinet dicere, cum in specialibus conditionibus hæc commodius explicentur, in genere autem ille est, ut quisque quod sibi ex peculiari consuetudinis dispositione debetur, consequatur, hic, condemnatio aut absolutio, prout probatû aut minus est, quod in hanc actionem deduxit actor.

XXXIII. Ad contraria pertinent exceptiones, quæ actionibus opponuntur, easque elidunt, & pro diversitate specialium conditionum, diversæ etiã existunt. Quo & refero præscriptionem, quæ ipsa tamen prout brevius aut longius tempus, mores uni aut alteri conditionum speciei dederunt, brevioribus ac longioribus temporum curriculum perficitur.

XXXIV. Ad affiniã nostræ conditioni remedia refero conditionem ex lege, canone statutis aut constitutionibus principum imperii, de quibus Meierus in *Coll. Argent. tit. de Cond. ex Lege. Th. 2.* TANTUM.

Ad Nobiliss. Doctissimumque Dn. Respondentem, Auditorem
Meum in Studio Philosophiæ diligentissimum.

Ecce Patrem, Fili! meminit quem
Noster Apollo
Assiduam studiis incubuisse suis.
Tu facis haud aliud, Sophien Themidemque secutus, (Deam.
Æternumque Tibi jungis Utramque
Ecce Patrem! Themidis galeam qui cinctus, agone (erat.
Victor in ingenuo conspiciendus

Tu facis in Cathedra fortis Bellator
Eadem (ipse refert.
Prorsus idem, unde eadem præmia &
Ecce Patrem! Themidis quem cinxit
purpura: Princeps
O aculum quem vult Ensis esse suum.
Tu quoque Doctor eris; Te Principis
Aula fovebit.

Qui facies eadem Filius: Ecce Patrem!

Gratulatio & Votum Tui toto animo omni que studio

D. VAL. ALBERTI.

2



ULB Halle
003 869 849

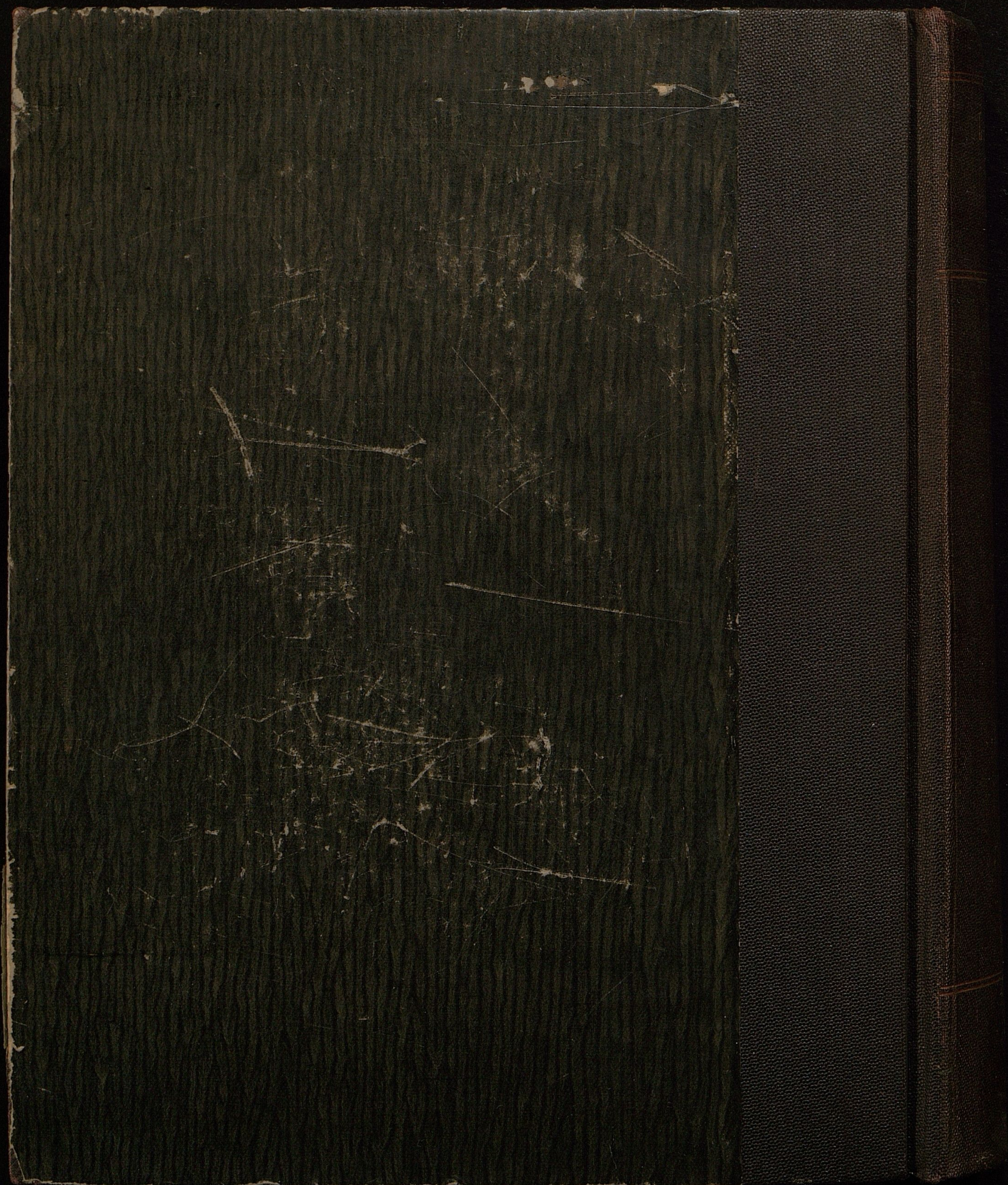
3

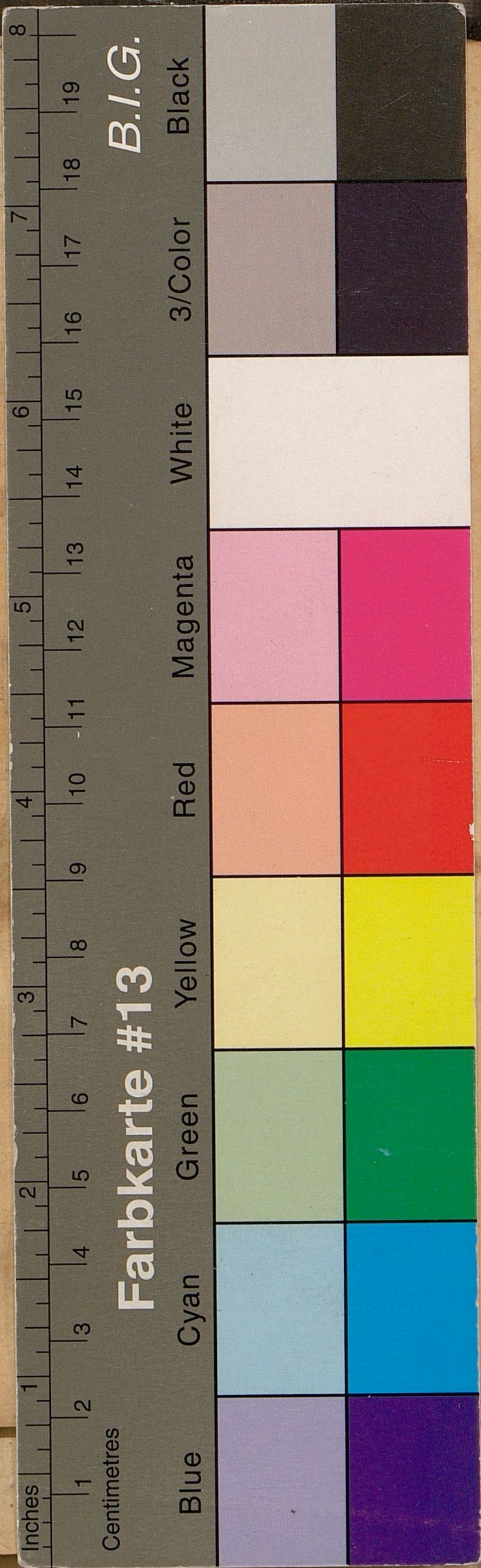


(f) Sb.

Wort







992.

Q. D. B. V. 1685, 4

XXX

EXERCITATIO ACADEMICA

De

CONDICTIONE EX MORIBUS,

Quam

Permissu Superiorum

SUB PRÆSIDIO

DN. AUGUSTI BENEDICTI
CARPZOVII, J.U.D. & Pandect.

Prof. Publ.

Placidæ Eruditorum Disquisitioni

submittit

CHRISTIAN BENJAMIN JACOBI,
Dresdensis,

A. & R.

H. L. Q. C.

Anno Christi 1685. d. 26. Februar.

LIPSIÆ,

Literis JOHANNIS GEORGI.