

~~Wilh. Ludwell~~

1249.

- ~~1.) Tractatus juris ad Institutiones~~
- ~~2.) Sist. II. Thesaurum juris~~

Wilhelmi Ludwell dissertationes XVIII. ad
Justinianearum Institutiones. Altorff. 1627.

Henrici Beszel dissertationes ad jus Pandec-
tarum Marp. 1627. Vol. 1.

Altorff. Sammelbd.
Lil.

] M13

20
DISSERTATIONES

TRES

HENRICI Bessels/

IN SUPPLEMENTUM VOLUMINIS
PRIMI CONSCRIPTÆ,

DE QVIBVS

MAGNIFICO ET AM-
PLISSIMO ICTORUM ORDINE
PERMITTENTE ET APPRO-
BANTE,

IPSO PRÆSIDE DISPUTARVNT IN CELE-
BERRIMA ACADEMIA MARPVRGENSI PRÆSTANTIS-
fimi & Doctissimi Juris Vtriusq; Candidati & Studiosi,
quorum nomina singulis dissertationibus
præfixa sunt.

Connan. 3. comment. 10. n. 2.

Sæpe Dd. locum faciunt antiquo proverbio: Nimium altercando
veritas amittitur.



MARPURGI HASSORUM,
Ex Officina Typographica Casparis Chemlini.

clo 10 cXXIIX.



AD
VIRUM AMPLISSIMUM
ET CONSULTISSIMUM
ANTONIUM
BULLÆUM,
JCTUM ET EPISCOPATUS MIN-
DENSIS CONSILIARIUM FIDELIS-
SIMUM,

Avunculum meum perpetuò hono-
randum.



*Magna vis est, vir Amplissime, com-
munionis sanguinis, cum primis si
cum beneficiis conjuncta est, ipsum
enim jus sanguinis, quod juris natu-
ralis particula est, & pudor naturalis, cui bene-
factor benefaciendo causam præbet, ad antidora
arctissime devincit. Quæ obligatio eo arctior,
quo magis propinqua sanguinis conjunctio, &
major beneficiorum præstatio est, taliter enim*

);(2

causa

causa operatur, qualiter influit in effectum. Quæ
mecum considerans, vir Amplissime, me tui de-
vinctissimum agnosco, non solum jure sanguinis,
verum etiam jure beneficiorum, quibus me af-
fecisti, quorum nuda memoria me ad remune-
randum satis obstringit, quæ me ideo valde rodit,
quod me ab hac obligatione liberare non valeo,
non immemor Hesiodii illius, quod jubet benefi-
cium eadem mensura reddere, qua accipitur, vel
cumulatiore. Sed ne in totum deficere videar,
tres has dissertationes in supplementum volumi-
nis primi conscriptas celebri nomini tuo conse-
cro, & earum patrocinium contra Momos pe-
to. Quod ut dextrè interpretari, & munus hoc
tuâ dignitate indignum æquo animo accipere
velis obnixè rogitō. Vale ex animi tui sententia,
vir Amplissime, meq; favore, quo persequi soles,
ulterius prosequere. Marpurgi Cattorum die
22. Martii Anno 1628.

T. Amplitud.

Studiosiss.

HENRICUS Bessell.



AD AVTHOREM ET CANDI-
dum lectorem.

NATURALI homini socians animantia jus est:
Laurenti quamvis hoc quoque Valla neges,
Scilicet hæc populi non est lex scripta tabellis:
Non hæc est nomicis est capienda libris.
Natura dociles hanc arripere magistra
Omnes, bruta etiam, quæ ratione vacant.
Obvia enim taurum mugitu vacca requirit.
Accior hinnitu femina poscit equum.
Lanigeris aries sociatur corniger agnis.
Sustinet attonitum cerva secuta marem.
Piscis pisce, canis cane, serpens angue tenetur.
Miris avis, cum quo gaudia jungat, habet.
Aspice, Chaonias concordia ut alma columbas
Vinciat & placido fœdere castus amor.
Has inimicitie rostris pugnacibus armant,
Cum suspecta fides fortè jugalis adest.
Oscula conjungunt pedibus facientibus orbem,
Concubitus quoties murmura blanda cient.
Compare defuncto, cornix invisæ Minervæ
Secula sub ramis cum gemitu orba trahit.
Nidus ut insidiis sit liber ab omnibus, altum
Eligit & cautè munit hirundo locum:
Hæc eadem, pullis ubi dat sua pabula, rostro
Fortè bis accipiat ne quis edace, cavet.
Dietamnus Cretæ sylvestribus herba capellis,
Consultitur, sciderit si qua sagitta cutem;
Scilicet hæc avido paulùm gustata palato
Protinus affecto è corpore relatrâhit.
Quod tulit in pugnâ leviorè Ciconia vulnus
Apposito Cunilæ flore coire facit.

);(3

Nil

Nil ad eò parvum natura hæc dædala fecit,
 Non pote quod nostrum sit docuisse genus.
 Demite jus brutis: simulacra tenacia juris
 Ex illis saltem tollere nemo potest.
 At Pandectarum scriptum quàm nobile jus est!
 (Besseli, juvenum flos simulatque virum)
 Suffultum fundaminibus, rationibus æquis,
 Haut secus ac Codex INQUE S T I T V T A Sacra.
 Hic personarum se primum jusque statusque
 Ingerit, ET JURIS D I C T I O, facta duplex:
 Deinde decens *iuris processus*: reliqua tandem
 Quæ nescire fori natus ad arma nequit.
 Insutum culeo lex hîc Pompeia dat amni,
 E medio patrem qui tulit ipse suum.
 Hic Cornelia lex caput à cervice revellit.
 Cui ferus humano sanguine mucro madet,
 Hic alium rigidi condemnat in antra metalli
 Flavia lex plagii (proh celerate) reum.
 Interdicit aquâ gravis illi prætor & igni,
 Divitiis spoliat qui sacra busta suis.
 Deportat Scythicum lex hîc Augusta sub axem
 Qui falsas cuso sculpsit in ære notas.
 Est ex lege reus, quam fixit Aquilius, iste
 Arbos cui vetita falce putata fuit.
 Qui calices rapuit templi violator ab aris;
 Huic rota cervicem frangit adunca suam.
 Qui cervos agili petulanter arundine fixit,
 Huic abeunt fossis lumina bina genis.
 Hæc decisivè Doctorum interprete lingua
 Differis, & Logices dexteriore via,
 Æmulus externæ (Critico fas dicere) laudis
 Doctorum, variæ quos habuere plagæ.
 Felsina sit celebris, Ticinum nobile, clara
 Sit Mediolanum, nobilis Alciato.
 Cultra suos etiam nobis Germania præstat
 Ingenii insignes nobilitate viros.
 Non ager Alcinoi solummodò poma ministrat:

Poma

Poma celebratus noster & hortus habet.
 Luminibus decorata suis Academia CATTA
 Hoc docet exemplo, lector amice, suo,
 Besselusque adeo præfente volumine nobis
 Quod studium vigilans juris in arte dedit.
 Qui cupit immensi præclara volumina juris
 Noscere, nec rabulæ futile nomen amat,
 Plumbeus hunc podex, hunc auro perarolata,
 Hunc caput è chalybe frigidiore juvat.
 Hæc tria quisquis habes juvenis, studiosior æqui,
 Ordine fac discas, & bene doctus eris.

*Rodolphus Goclenius Senior Philosophus, Profes-
 sor ad annos 48. in Academia Marpurgensi
 faciebat.*

CLARISSIMO Dn. AUTORI FAUTORI
 & amico meo admodum singulari.

QVI gressu celeri premunt parentem
 Virtus vigiliam, reclusa
 Divæq; assiduis litant Themista
 In phano precibus, Dea sacrato,
 Insignes referunt laboris ipsi
 Fructus non secus ac agrestis hortos
 Qui sub Vere novo inquietus occas
 Atq; agros studio frequente vertit,
 Vi post accipias sui doloris
 Gratam tristitia serenitatem.
 Hæc contenta neq; est Themis laborum
 Merce ultro ex merito suos clientis
 Fidelem qui operam probare nunquam
 Non ausi egregio beando honore
 Excelsi in solii locum locatos
 Mactat vivere gloria perenni.
 BESELLI patria patrieq; magnum
 Decus tu intrepidè recursit ando.

Vir

Virtutis stadiū, petis triumphum
 Victor mancipio datiūq; Diva
 Ingeni metere & secare falce
 Immensi satagis fructeta juris:
 Exemplo insolito quidem, tibi sed
 Fœlici, nimium tuisque lato.
 Testatus satis hoc Lani celebri
 Nostro atq; Elmidi in sinu, Lycao:
 Et quos jam memori lubens senecta
 Nil quicquam invidiam moratus ullam,
 Discentiū juvenum bono per amplo
 Ex juris latebris recondis altos
 Discursus magis hac magis probantes
 Evincunt Themidem referre iure
 Et fructum studii politioris,
 Virtutisq; tuæ elegantioris,
 Iam dum promeritam tibi coronam.
 B E S S E L I, Patriæ, decusq; patris,
 Euge nunc Dea ferre dona præsto est,
 Æterniq; parans honoris ipsa,
 Sertum, vivere te facit per avum!

Sic fidissimum affectum testari
 volui

Anthon Günther Belsheim.

A L I V D.

M I R A N T V R Nervam doctorum secla vītorum,
 Dum Juvenis potuit didere jura probè.
 Te quoque præcocibus cuncti mirantur in annis
 Que istua, B E S S E L I, volvere scripta datur.
 Quod si perrexeris, jurem, volventibus annis
 Nervâ, etiam invidiâ judice, maior eris

Imq; fecit

H E N R I C U S Langenbecke / Hamb.

DIS-



DISSERTATIO PRIMA.

De

IN LITEM JURANDO.

Resp. Iohanne Rulant, Mæno-Francofurtano.

T H E S I S I.

DE juramento illo, in quo de sola litis decisione queritur, in *dissert. ult. volum. 1.* dictum est, nunc ad juramentum, quod quidem ad litis decisionem pertinet, principaliter tamen coercendi delicti, vel difficultatis probationis causa interponitur, vocaturq; jusjurandum in litem, progrediendum est. Jurare in litem est, jurare in litis, hoc est, rei in iudicium deductæ, *l. si propter 22. in princ. ff. rer. amot. l. pro emptore 2. §. fin. & l. seq. ff. pro empto. l. nec ullam 13. §. penult. ff. de pet. hered. l. ejus rei 46. ff. de R. V. l. centum 8. ff. de eo quod cert. loc. l. si quis 28. ff. de neg. gest. l. hac si res 47. ff. de R. V. vid. Setser. de juram. lib. 5. cap. 1. n. 11. & 12. per metonymiam continentis, æstimationem, arg. l. 1. l. nummis 3. l. videamus 4. in princ. vers. non enim, & §. fin. l. tutor 8. & l. penult. ff. hoc tit. quod quidam recipi non posse putant, ut in litem interpretemur in litis æstimationem, cum aliud sit res, aliud ejus æstimatio. Sed apparet, inquit Donell. *ad h. t. veteres* in hujus jurisjurandi appellatione verbum totius tribuisse præcipuæ parti litis per excellentiam, si ve ei, ad quod totius litis finis & exitus referitur, nempe damni & amissi lucri æstimationi. Vel dicas, quod æstimatio rei non sit diversa ab ipsa re, sed ejus forma, quando utilitas & commodum spectatur, *l. mulieris 13. §. res 1. & l. Labeo 14. in princ. ubi Amplif. Dn. Præcept. Gædd. ff. de V. S.* Est igitur juramentum in litem æstimatio rei in iudicium deductæ, & non præstitæ ab actore ad iudicis instantiam cum divina obtestatione facta, *Magnif. Dn. Eric. Hedem. semestr. disp. 22. th. 49. aliter Setser. in d. c. 1. n. 3. aliter Iul. Pac. in analys. C. h. t. aliter Wesenb. in π. n. 2. ff. h. t. aliter Cujac. in π. ff. eod. aliter C. eod. aliter alii.* Et vel affectionis est vel veritatis, illo res pro affectione & arbitrio domini vel actoris, hoc vero quanti res fuit, hoc est, vero pretio, *l. inter hæc 179. & l. hac verba 193. ff. de V. S. l. fidejussor 2. §. fin. ff. qui satisd. cog. æstimatur l. 1.* (ad quam legem uti etiam ad *l. 2. ff. eod.* valde divinatoriè respondet Corasius, quod illæ leges de eo casu sint intelligendæ, si ultra rei pretium actoris interfit, maximè cum tota *l. 1. de rei æstimatione*, & nihil de interesse loquatur, & quod ultra rei pretium venit ex contumacia proficisci non occasione interesse evidentissimè probat: postremò in utroque textu juramenti in litem mentio fit, jurare autem in litem, & quanti adversarii interfuit, invicem sibi oppo-*

A

munetur,

puntur, *l. qui restituere* 68. ff. de R. V. d. l. arbitrio 18. in princ. junct. §. 1. ad quam legem etiam sic responderet, ut putes esse concessum ipsi legibus novum affingere sensum, quippe eam de dolo inexcusabili interpretatur, qui in d. l. 68. non commissus proponitur, sive mentem consideres, sive verba) *l. tutor* 8. & seqq. *l. videamus* 4. §. jurare 2. ff. h. t. l. arbitrio 18. in princ. ff. quod met. caus. junct. l. penult. §. 1. ff. si quis eum qui in jus voc. vi exim. II. Quod confirmat Cicero pro Roscio Comædo, dum ostendit jurare in litem aliud nihil esse, quam jurejurando rem, de qua in judicio disceptatur, æstimare, cujus confectarium est, jurari in litem, non solum quando ultra rei pretium fit æstimatio, sed etiam quando juratur secundum veram, hoc est, communem rei æstimationem. III. *l. in actionibus* 5. §. ult. ff. h. t. ubi non contumacia punitur, quod fit, quando in infinitum, vel ultra rei pretium in litem juratur, *l. si tutor* 8. ff. h. tit. sed saltem quanti res est, lis æstimatur, quæ æstimatio priori opponitur, d. l. 1. & 8. ff. h. t. suadet hoc ratio, d. §. fin. quæ est ea, ut judex delato jurejurando & præstato rem, quæ non extat, æstimare possit, non igitur contumacia & dolus rei causa est jurisjurandi deferendi, nec affectio, sed incertitudo pretii, neq; actor rem æstimat, (uti tunc, cum ultra rei pretium lis æstimatur, arg. *l. videamus* 4. §. fin. & *l. seq. §. sed in his* 3. ff. h. t.) sed judex ipse d. §. fin. IV. *l. nummis* 3. & *l. penult.* ff. h. t. nec obest quicquam, quod in d. l. 3. juretur ratione interesse, arg. *l. si ve nostrum* 2. §. 1. ff. h. t. imò sæpissime juratur in litem secundum affectionem, cum tamen de eo, quod interest, non agitur, & nunquam illud juramentum ideò deferretur absolute sine adjecto, unde malè ab Hottomanno & quibusdam veteribus lis hic pro eo, quod interest, & utilitate interpretatur, quos idcirco refellit Borcholt. in tract. de in lit. jurand. cap. 1. num. 10. & post eum Setser. d. loc. num. 14. & 15. qui illius verba & res adèd fideliter imitatus est, ut ipsum omnia descripsisse existimes, malè etiam litem Azo & Hostiensis pro judicio accipiunt, quia hoc commune est aliis juramentis, Hillig. in not. ad Donell. lib. 26. cap. 6. lit. b. Agi autem in d. l. 3. de juramento veritatis inde probatur, quod ejus juramenti deferendi, de quo in d. text. tractatur, causa sit incerta rei æstimatio, juramenti autem affectionis causa non est incerta rei æstimatio, sed dolus vel præsens, vel præteritus, cum constet, plerumque jurari in litem secundum affectionem, quando certa est rei æstimatio, ut sciri possit, quomodo res & quomodo contumacia æstimetur, quæ æstimationes distinctæ sunt, & in eodem juramento continentur, *l. l. tutor* 8. ff. h. tit. Diss. Hillig. in not. ad Donell. 26. comm. 9. lit. f. qui eam legem de juramento affectionis accipit, pro quo illud vel parum, vel nihil facit, quod in duobus casibus d. l. 3. affectio considerari possit, affectio enim illa citra dolum & contumaciam nihil, quod illud juramentum attinet, operatur. Incertam verò esse æstimationem in illis duobus casibus negare quis posset, cum cognita pœna, sub qua quis pecuniam debuit, vel cognito eo, quanti pignus fuit, facile intelligi possit, quantum interfuerit nummos sua die, hoc est, die ad solvendum destinata, *l. 1. §. si deposuero* 45. & seq. ff. depos. esse redditos, vel pecuniam depositam non abnegatam esse: sed non est dubium, quin Jurisconsultus Ulpianus in utroque casu implicite alterius interesse considerationem habeat, in priori enim casu non modica est fidei diminutio exinde orta, quod fidem conventionis alteri præstare non potuit, quam sequitur aliud incommodum, nempe quod

quod quis propter non servatam fidem non facile rursus pecuniam mutuo daturus, & sic aliud interesse, quod interesse potissimum negotiationes privatas etiam eas, quæ animo destinantur, respicit, quas quis difficile vel omnino probare non potest, cum earum non nisi domestici notitiam & vix quidem habere soleant, nec de iis instrumenta confici, imminutio etiam fidei eò gravior est, quò major fides & dexteritas alicujus, quæ virtutes, cum respectum habeant ad ipsum agentem, & sint quædam latebræ animi, ipsum agentem perficiant, nec respectum habeant ad alterum, etiam interesse, quod in eo versatur, quod imminuta est fides & dexteritas ab alio non potest melius æstimari, quàm ab eo, cujus interest. Eodem modo in casu posteriori aliud interesse versatur, quàm id, quod pignus forsitan minoris distractum sit, nempe illud, quod non de novo, ne quidem sub pignore crediturus sit, is qui crediderat, cum multas molestias venditioni pignorum annexas, *l. fin. C. de jur. dom. impetr.* sustinere coactus fuerit, & propter non redditam pecuniam detrimentum rei familiaris pati, quod in mercatore manifestum est, quod interesse quale sit vix, vel ne vix quidem alius scire potest, unde merito juramentum veritatis actori defertur, *arg. l. in actionibus 5. §. fin. ff. h. tit.* Quibus Fabri impetitiones contra hanc legem convelluntur, quas laconicè conceptas ex Fabro proponit *Hillig. d. loc. V. l. cum furti 9. ff. h. t.* sive enim lex illa loquatur de ipsa actione furti, sive de condictione furtiva non tamen dici potest, sibi jurari sine ulla taxatione, quia nulla actione personali ita juratur, nisi sit bonæ fidei vel arbitraria, *l. in actionibus 5. in princ. ff. h. t.* Dissent. *Salycet. in d. l. 9. n. 3.* deinde in textu dicitur, cum furti agitur, non jurari rem pluris valuisse, sed tanti, & idè eum, qui jurat rem minus valere, quàm valet perjurum non esse, cujus ratio hæc est, quod minor summa majoris sit inclusiva, *l. 1. §. si stipulanti 4. §. l. inter stipulantem 83. §. diversa 3. ff. de verb. oblig.* unde elicitur, quod si quis pluris juret, quàm quanti res est, eum perjurum esse, cum ratio prædicta deficiat, in juramento affectionis ultra verum pretium jurando non quis perjurus esse censetur: Illud deniq; expeditum est, textum *d. l. 9.* secundum litteram intelligendo, quod in actione furti saltem veniat duplum & quadruplum, nec quicquam in ea contumacia operatur, semper enim fur contumax esse, & moram facere videtur, *l. in re furtiva 8. §. si ex causa 1. §. l. fin. ff. de condict. furtiv.* atque sic semper juraretur in litem ab actore secundum suam affectionem ultra pœnam furti, quo nihil est absurdius, cum enim actio furti criminalis, *§. ult. Inst. de obl. qua ex del.* & per consequens interesse, & jus Reipublicæ in ea versetur, merito potestas æstimandi secundum suam affectionem denegatur. Vera ergò illius legis sententia est, quod actor jurare debeat, quantum valeat illa res, quæ subrepta est, saltem ad hunc finem, ut iudex condemnare possit, qualiter enim sciri possit, quantum esset duplum vel quadruplum rei, nisi prius sciatur ejus æstimatio, ut eleganter ait *gloss. in d. l. 9.* aliàs absurdum esset, jurari in actione furti in litem secundum communem æstimationem, non enim potest pœna à lege determinata æstimatione privata immutari vel restringi, *arg. l. jus publicum 38. ff. de pact.* maxime cum hoc juramentum tum saltem obtineat, quando queritur de utilitate privata, cui is renunciare intelligitur, qui actione furti agit. *Diss. Ant. Fab 17. c. 22. err. pragm.* sicuti eum allegat *Hillig. ad Donell. 26. comm. 10. lit. a.* qui accipit *d. l. 9. de juramen-*

eo affectionis: aliter Mejer in Colleg. Argent. n. 6. ff. h. t. qui eam intelligit de condictione furtiva, & condictioem non esse stricti juris dicit ex inepta hac ratione, quod persequatur id, quod interest, & sit incerti, cum etiam in actione ex stipulatu veniat incertum vel interesse, l. si pœnam 68. & l. stipulationum 74. ff. de V. O. princ. Inst. eod. & l. si quis 24. ff. de reb. cred. qua tamen indubiè stricti juris est. Deinde refellit eum manifestissimè d. l. 9. ubi scribitur, rem tanti esse æstimandam, quanti fuit, cum furtum factum est, quod verum est in actione furti, l. in furti 50. in princ. ff. de furt. non in condictioe furtiva, l. in re 8. §. si ex causa 1. ff. de condict. furt. ratio est, quod in condictioe res furtiva petitur, quæ cum omni tempore debetur, ex omni tempore pro arbitrato & commodo petitoris æstimanda est. Donell. ad d. l. 9. Accedit, quod condictio furtiva non possit appellari actio furti, quia non est actio ex furto, neque immediatè furtum continet, vide suprâ, vol. 1. disp. 9. th. 10. lit. c. VI. Dicitur in d. l. 9. accusatorem jurare debere tanti rem fuisse, quod juramentum, cum in iudicio præsteretur, necesse est, ut sit in litem, non juramento judiciali & necessariò lis æstimatur, siue in iudicium deducta, non autem est juramentum illud in litem, quod affectionis Dd. dicunt, ab eo enim in l. si tutor 8. ff. h. t. (quæ lex sanè de duobus juramentis in litem loquitur, quod enim ibi de æstimatione proponitur, non de simplici æstimatione, sed jurejurando facta intelligendum est, minimè enim credendum, omisso juramento arbitrio domini rei pretium statui posse, hoc enim fraudibus & defraudationibus alterius via pararetur, quod in legibus non fieri, sed præcaveri solet, facit rubrica hujus tituli, sub quo lex situata est, quæ de æstimatione jurisjurandi faciendâ loquitur, patrocinatur huic opinioni etiam, l. pen. §. 1. ff. ne quis eum qui in jus voc. vi exim. quæ omninò de juramento in litem affectionis accipiendâ est, ea tamen de æstimatione tantum loquitur, unde non malè à quibusdam juramentum litis æstimatio dicitur, l. l. tutor 8. ff. h. tit. d. l. ejus rei 46. Jerem. Serser. in tract. de juram. lib. 5. c. 1. n. 7. & Borch. in tract. de in lit. jurand. c. 1. n. 2. & seqq. in eod; hoc juramentum à voluntario & necessario differt, quæ litis decisionem saltem respiciunt) dilucidè distinguitur, erit ergo juramentum in litem, quod veritatis appellitant. Affectionis juramentum non ratione causæ principalis, ea enim contumacia & dolus est, sed ratione modi, & quatenus affectioni ejus, qui in infinitum jurat, indulgetur, vocatur, quare frustra opponit Corasius, quod affectio sola condemnationem crescere facere non possit, fingit enim lex contumacem, dum invito actore rem retinet, & pretio eam emere, quod actor constituet, l. si cum dos 8. §. fin. & seq. ff. rer. amat. junct. l. si filiofamilias 25. §. maritum 1. ff. solut. matr. arg. l. nec quasi 70. ff. de R. V. dolus ergo & contumacia faciunt, ut affectio in considerationem veniat, contumacia autem perseverantiam quandam animi in delinquendo secum trahit, quæ perseverantia cum sit quasi reiteratio delicti, & perseverans semper delinquere intelligitur, eo efficitur ut illius delicti, quamvis in omittendo sit positum, majoris sit considerationis, quàm delictum in committendo consistens, quo inciditur nervus argumèti, quod adfertur ex l. si servum 33. ff. ad L. Aquil. idem etiam de dolo præterito, cum is, qui dolo possidere desiit pro possessore habeatur, l. 22. ff. de R. V. cum simil. & sic etiam semper in delicto perseverare intelligatur, & delictum delicto cumulare. Alia fundamenta Corasii nullius sunt momenti,

De in litem jurando.

momenti, quorum unum nititur regulæ brocardicæ, quod duo specialia non possint concurrere circa idem, quam regulam non posse probari defendi in vol. 1. differt. 1. coroll. 4. quæ etiam refertur per §. licet §. Instit. de adoption. ubi proponitur exemplum, in quo fingitur, habere quem filium & ex eo nepotem, l. adoptiones 43. ff. eod. Ant. Matth. in not. ad d. §. 5. Addunt Dd. nonnulli etiam tertiam speciem jurisjurandi in litem, quam juramentum in litem singularis interesse vocant, quæ in unam aliquam priorum recidit, aut enim utilitas, quæ verè alicui abest, spectatur, aut quam quis pro arbitrio sibi statuit, priori casu juramentum veritatis, posteriori affectionis, & sanè si objectorū sive rerum ratio potissimum haberetur, necesse esset, varias jurisjurandi species constituere. Hanc opinionem tenent Magnif. Dn. Eric. Hedem. d. thes. 49. lit. f. Borch. in tract. de in lit. jurand. cap. 2. & Jerem. Setser. in d. tract. lib. 5. cap. 2. Hug. Donell. ad tit. de in lit. jurand. num. 6. & ad l. in actionibus §. num. 15. & ibid. l. 1. §. n. 12. ff. eod. Gothofr. in not. ad rubr. lit. n. h. t. Hillig. ad Donell. 28. comm. 10. lit. b. ubi vide. Bachev. in not. ad Treutl. vol. 1. disp. 21. th. 11. lit. a. ubi rectè inquit contra Fabrum, quod juramentum veritatis non absurdè sic appellitetur oppositivè ad alteram speciem, quæ juramentum affectionis nuncupatur, quamvis suo modo juramentum veritatis dici possit, & Dd. communiter. Dis. Coras. 6. miscellan. 1. & 2. aliter dissentit Anth. Fab. 16. conject. 1. & 17. err. pragmat. 8. quorum ille juramentum veritatis tantum, hic verò affectionis admittit, aliter alii, qui tertiam speciem juramenti in litem singularis nempe interesse in medium producant Non autem placet, quod quidam ex defensoribus nostræ sententiæ existimant, propter culpam non restituentis, vel non exhibentis jurari in litem secundum veram æstimationem, quia expressè in l. videamus 4. §. fin. & l. seq. §. sed in his 3. ff. h. t. dicitur ex culpa non esse jusjurandum deferendum, sed æstimationem à judice faciendam, de qua æstimatione accipienda est, l. 2. §. 1. ff. hoc tit. omnis autem æstimatio, quæ fit jurejurando in litem, ab actore peragitur, nec impedit, quod dicitur in l. in actionibus §. §. fin. ff. hoc tit. quia judex æstimare, non enim infrequens in jure actum illi ascribi, qui effectum actui accommodat, argum. l. 2. §. post originem 13. ff. de orig. jur. l. 1. §. 1. ff. ne vis fiat ei qui in possess. vel d. l. 5. §. fin. de æstimatione loquitur, quæ fit in condemnatione non de ea, quæ idèo facienda, ut condemnatio melius subsequi possit, quam explicationem d. l. 4. §. fin. §. 3. per antithesin personarum æstimantium aspernatur: At dices in d. §. fin. & 3. judicem æstimare dici, quando vel certam summam præfinit, vel minoris condemnat, quam juratum est, sed eam explicationem non patitur oppositio in d. §. fin. ubi æstimatio à judice facienda jurijurando in litem opponitur, & illud constat, quod cum juratur in litem secundum affectionem, modum jurijurando statuere possit, intra quem juret, & etiam minoris condemnare d. l. 4. §. 2. & 3. & l. seq. §. 1. & 2. juramento tamen affectionis ab actore rem in judicium deductam, & contumaciam æstimari palam est. Deinde judex jurijurando veritatis certum modum præstitueri illæsa justitia nequit, cum enim id juramentum justam & veram summam saltem contineat, æquum non est actorem minoris jurare cogi, si nempe modus sit infra justum pretium, sin minus frustra is statuitur, nisi in hunc finem fiat, ne ultra verum pretium, juret. II. Textus in leg. semper is,

A 3.

§. sed.

§. sed quod 9. & §. culpam 11. ff. quod vi aut clam, l. is qui 2. §. sin. verò, C. h. t. Nihil facit pro dissentientibus d. l. 5. §. sin. quia ibi non mora causa est jurisjurandi in litem, sed necessitas, dicit enim textus, quia iudex æstimare sine delatione jurisjurandi non potest rem, quæ non extat. Sicut nec illud probò, quod ait Bartolus, jusjurandum affectionis non aliter deferri, nisi propter dolum commissum in non parendo iudicis præcepto de restituendo, quia id quidem in arbitrariis verè procedit, non in bonæ fidei actionibus ex contractu competentibus, ex quibus una saltem ex bonæ fidei condemnatio fit, uti rectè inquit Ant. Fab. d. loc. sufficit ergo contumacia vel dolus non restituentis rem, cum interpellatus est, l. si cum dos 8. §. sin. & ll. seqq. ff. rer. amot. arg. d. l. 5. §. 3. quamvis ea contumacia propriè dicta contumacia non sit, quæ nihil aliud est, quam superiorum contemptus. Illud etiam moneo in usu juris, jusjurandū in litem in dubio pro juramento affectionis sumi, uti liquet ex l. l. 4. §. 3. l. 8. & seq. ff. h. t. juramenti affectionis quatuor requisita à Dd. solent tradi: 1. Rei petitiæ natura, nempe ut res talis sit, in quam probabilis affectio cadit, hinc in nummis, in quos ob functionem & similitudinem omnimodam peculiari-ter affecti non sumus, non juratur in litem, l. nummis 3. ff. h. t. non tamen inde verè concluditur cum Coras. 6. miscellan. 3. ergo in rebus, quæ in affectionem recipiunt, juramentum affectionis constituendum est, quia cæteris paribus hoc intelligendum est, & frustra ratione unius requisiti à contrario inferitur, requisitum ergo probò, sed improbo exemplum de nummis allatum ex d. l. 3. Probavi enim supra in ea non juramentum affectionis, sed veritatis proponi. 2. Actionis qualitas. 3. Dolus rei conventæ. 4. Habilitas personæ jurantis. Sex alia requisita, quæ addit Las-son in d. l. in actionibus 5. n. 34. ff. h. t. sub prioribus continentur, rectè autem à Saly-cet, ibid. n. 12. additur quintum, nempe ut iudex juramentum deferat, l. videamus 4. §. deferre 1. ff. h. t. Juramenti veritatis verò duo adferunt Dd. requisita, difficultatem probationis vel æstimationis, & dolum adversarii, las. d. loc. n. 39. ubi multos allegat, ego dolum adversarii necessariò requiri non existimo, per l. si nummis 3. l. in actionibus 5. §. sin. & arg. l. tutor 8. ff. h. t.

T H E S I S II.

Defert autem juramentum in litem iudex, l. videamus 4. §. deferre 1. & §. item 3. l. in actionibus 5. §. sin. h. t. volens, non invitus d. l. 4. §. jurare 2. & l. 5. §. sed iudex 1. junct. l. non quicquid 4. ff. de iudic. l. arbitrio 18. in princ. ibi: possit, ff. de dolo. quod sic intelligendum esse autumat Borch. in tract. de in lit. jurand. c. 3. nu. 2. si reus rem habeat, & eam per contumaciam actori restituere nolit, tunc enim omisso ju-rejurando in litem rem iudex manu militari auferre potest, l. qui restituere 68. ff. de rei vind. vel etiam captis pignoribus reum coercere, ut restituat. Quod si rem non habeat, & idcò eam restituere nequeat, necessariò iudex actori jusjurandum deferret d. l. 68. quem casum accipio de eo, qui per contumaciam vel dolum de non restituendo rem habere desiit. Quæ verè dici in juramento affectionis puto, in juramento autem veritatis diversum obtinet, cum in iis casibus, in quibus illud defer-tur iudex sine illius delatione in condemnando æstimare nequeat d. §. sin. & argum. l. cum furti 9. ff. eod. conjunge ea quæ in thesi I. dicta sunt. Diss. Trentl. vol. 1. disp. 21. 3b. 11. lit. c. Duar. ad d. l. 5. n. 29. qui deferre juramentum in litem iudicem debere inde-
fnitè

finitè statuunt: aliter Bachov. in notis ad Treutl. d. loc. qui simpliciter id voluntatis
 esse affirmat: aliter Donell. ad d. l. 4. §. jurare 2. qui distinguit, an de dolo & contuma-
 cia adversarii rem non restituentis constet, an verò de eo ambigatur, ut priori casu ne-
 cessitas incumbat judici deferendi jusjurandum, non verò posteriori, qua sententia
 quidem probabilis videtur, sed vercor ut satis legibus conveniat, cum enim propter
 contumaciam vel dolum juretur in litem secundum affectionem, non potest iudex il-
 lud juramentum deferre, nisi prius de dolo & contumacia constet. Non resistat, l. tu-
 tor 8. ff. h. t. quem variè inducit Don. d. loc. quia nō nego, quin iniquum sit, eum tanti,
 quanti ea res est, condemnari, qui contumaciter rem restituere recusat, cum eo ju-
 re frui non debeat, quo is, qui casu rem amisit, & malitiis hominum non sit indul-
 gendum, l. in fundo 38. ff. de R. V. indulgeretur autem si præstando pretium reus rem
 retinere posset, sicque rem invito domino emeret contra æquitatem & juris ratio-
 nem, l. non enim 9. ff. rer. amot. quæ iniquitas cessat, quando manu militari aliove
 remedio res reo auferitur, & actori restituitur, quia tunc non intelligitur actor in-
 vitus rem suam vendere, nec cum suum consequatur, conqueri debet: Multo
 minus l. videamus 4. §. deferre 1. ff. hoc. tit. ubi dicitur, quod iudicem juramen-
 tum deferre oporteat, quia illis verbis hoc tantum significatur, quod si ritè præstari
 debeat, à iudice non à parte illud deferendum sit. In hoc igitur differt juramentum
 in litem à juramento voluntario & judiciali, quod illud deferatur à iudice, illa verò
 parti à parte, vel extra iudicium ex conventionem, l. jusjurandum 17. in princ. ff. de
 jurejur. vel in iudicio, tot. tit. ff. eod. Defertur jusjurandum in litem actori, qui est
 dominus litis, eamque suo nomine contestatus est, l. vulgo 7. ff. h. t. unde constat
 PROCURATOREM, quia procurator post litem contestatam dominus est qui-
 dem litis, l. nulla 23. C. de procur. hoc est, instantiæ, gl. in d. l. 23. in verb. litis, & Salye.
 in d. l. 7. vel est dominus litis respectu processus, at verè dominus litis non est, id
 est, rei in iudicium deductæ, deinde etiam si litis dominus sit, tamen litem suo
 nomine non contestatur, quæ duo conjunctim requiruntur, in d. l. 7. PUPILLUM.
 l. videamus 4. in pr. ff. h. t. (in qua lege adjicitur, si impubes sit, quæ verba idèd apponi
 existimat Borch. in tract. de in lit. jurand. cap. 3. num. 9. ne existimemus in d. l. 4. agi de
 pupillo, qui aliquando pupillus fuit, & nunc amplius pupillus non est, cum inter-
 dum pupillus, qui pupillus fuit, dicatur, cum de re ad priorem tutelam pertinente
 agitur, sed de pupillo, qui verè adhuc pupillus est) quamvis enim dominus litis sit,
 tamen in iudicio sine tutore suo stare nequit, l. 1. & tot. tit. C. qui legit. pers. stand. &
 non tam ipse litem contestari videtur, quam ejus tutor, aliud est in juramento, quod
 adversarius defert, l. qui jurasse 26. in princ. ff. de jurejur. quia adversarius deferendo
 ei juramentum illius personam approbasse, sibiq; præjudicasse existimatur, quod
 in juramento in litem non procedit, illud enim etiam aliquando invito adversario
 à iudice defertur, quod evidentissimè d. l. 4. in princ. probat, MATREMq; PU-
 PILLI, l. videamus 4. in princ. ff. h. t. in litem jurare posse, non quia in infinitum
 juret amore filii, arg. l. fin. C. de curat. furios. l. isti quidem 8. §. fin. ff. quod met. caus. &
 §. fin. Instit. de noxal. act. quam rationem ponit gloss. in d. l. 4. in verb. admittendam,
 admissa enim illa ratione, nec mater tutrix jurare in litem posset, contra eandem
 glossam, & d. l. 4. junct. l. quoties 21. §. si tutor 5. ff. de noxal. act. quod autem Ulpianus
 de ma-

de matre tutrice nullum verbum fecit, ratio hæc est, quod tempore ffortum nullo modo tutelæ officio fungi mulier poterat, & hoc primùm jure Codicis obtinuit: Sed vera ratio est, quod solus dominus in litem jurare possit. Dominum autem largè accipere debemus, ut etiam is contineatur, qui domini loco habetur, unde & tutor jurare potest, *d. l. 4. in princ.* quia domini instar est, *l. qui fundum 7. §. si tutor 3. ff. pro emptor. l. interdum 56. §. qui tutelam 4. ff. de furt. l. tutor 27. ff. de administr. tut. l. ad ea 157. in princ. ff. de reg. jur.* & hac ratione tutor litem nomine suo contestari intelligitur, nisi dicas *d. l. 7.* exclusivè loqui, non positivè, eamq; esse ejus legis intentionem, ut iis verbis, *eamq; suo nomine contestatus est*, procurator excludatur. Invitus autem tutor & curator in litem non jurat, grave enim videtur invitos, & ignorantes tutores vel curatores sub alieni compendii emolumento perjurium anceps subire, *d. l. 4. in princ.* Adolescens etiam, si velit, in litem jurat, *d. l. 4. in princ.* quia hic agitur de commodo ejus, *gloss. in d. l. 4. in verb. jurare potest*, & licet adolescens in judicio cum curatoris consensu experiatur, ipse tamen magis quàm curator litem contestari & exercere existimatur, quamvis in pupillo diversum sit, aliud enim est autoritas, aliud consensus. Quod dicitur *in d. l. 4.* si velit, sic accipiendum esse ait *Donell. in l. fin. n. ult. ff. h. tit.* ut ad omnes actores, quibus idem defertur, pertineat, intelligaturq; illam conditionem, si velit, jurisjurandi propriam esse, non adolescentis, cujus opinionem probat *l. quod si 71. ff. de R. V.* II. Juramentum in litem in solius actoris favorem introductum est, *l. tutor 8. ff. h. t.* cum non æquum sit injurum suo pretio res suas vendere, *l. non enim 9. ff. rer. amot.* quamvis causa impulsiva dolus adversarii sit; Ergo ei renunciare potest, *l. penult. C. de pact. l. si quis 51. C. de Episc. & Cler. l. si judex 41. ff. de minor.* III. Non enim interest judicis ab actore in litem jurari, si enim actor aliter probat, certum est judici ex jure, quid sequi debeat, adversarii magis interest, non jurari, ut actore non probante absolvatur, vel ne in majorem summam, quàm quanti res est, condemnetur, nulla igitur juris ratio postulat, quare actor cogi debeat, ut in litem juret. Quod de juramento in litem affectionis dictum esse volo, non autem de juramento veritatis, in illo enim res sine delatione jurisjurandi à judice æstimari non potest, ut in casu, *l. in actionibus 5. §. fin. ff. hoc t.* (cujus legis rationem hanc reddit *gl. ibid. in verb. planè*, quod ideo non possit æstimare judex mortuum corpus Stichi, cum ad nullum sit usum, idcirco glossa dicit esse speciale in mortuo Sticho, & in aliis rebus aliud dicendum esse existimat, veluti in bove mortuo, cum ejus usus aliquis sit, quæ explicatio glossæ erronea, cum non mortui bovis vel alterius rei interemptæ, quæ talis facienda sit æstimatio, & planè ridiculum est, æstimationem ad tempus interitus referre, eoq; efficere, ut mora adversarii actori noceat) interest ergo judicis hoc casu jurari in litem, non enim potest jure & ex officio judicis aliter in condemnatione æstimare, quamvis natura possit, quia non potest probationem sine injuria ab actore exigere, cum enim probatio rei non extantis æstimationis vel difficilis, vel potius nulla sit, quia instrumentis hic locus non est, quæ continere non solent, quanti res sit, cum interierit, testes etiam non facile reperiuntur, aut enim rem, cum extaret, non viderunt, aut quanti esset, non satis observarunt, sicq; eveniret, ut actore de æstimatione non probante, reus absolveretur, & mora vel culpa rei actori noceret, con-

tra l. 155. in princ. ff. de reg. jur. Quod si iudex necessitate probandi remissa, velit nudam actoris æstimationem sine delatione jurisjurandi sequi, injuriam faciet reo, & vitabit injuriam, quæ aliàs actori inferretur, Donell. ad d. l. 5. num. 19. De quo casu intelligenda est l. fin. ff. hoc tit. quam legem Donell. ibid. interpretatur, ut loquatur, non de necessitate juris publici, ut lex illum cogat suscipere juramentum, sive utile sit, sive non, sed de necessitate juris privati, quam non jus civile, sed ratio tuendi juris nostri adfert. Sed hoc vix defendi potest, primò enim per jus in dubio non jus cujusq; privatum, sed jus civile significatur, §. sed jus 2. Instit. de jur. nat. gent. & civil. II. Quia admissa illa interpretatione, ferè nunquam de perjurio queri possit, vel enim consideras juramentum necessarium, & sanè in illo nunquam perjurii quæstio habetur, tum quia illud à iudice invito defertur, tum quia hic ratio Donelli locum sibi vindicat, necessitas nempe juris privati, (loquendo scilicet ex sententia Donelli) maximè cum juramento tota lis non æstimetur, sed decidatur, quæ decisio majoris est potestatis, & viam æstimationi terminali aperit, omniaq; quæ deinceps peraguntur, ab ea dependent: Vel judiciale, & tunc etiam necesse habet jurare habito respectu ad jus privatum, alioquin tenetur referre juramentum, atq; sic adversarium quodammodo iudicem constituere: Vel juramentum calumniæ, & cogitur ratione necessitatis juris privati jurare, ut jus suum in iudicio persequi possit, & ne à persecutione repellatur. III. Non possunt dici illa necessariò fieri, sed voluntariè, quorum principium movendi in nobis est, ut quando aguntur, ab iis, qui agunt, eliguntur, omnium enim, quæ necessariò aguntur, principium foris est, quare necessitas juris privati non rectè à Donello necessitas appellatur, non enim est necessitas absoluta, quia illa est, quando aliquid est simpliciter necessarium, ita, ut ejus oppositum includat contradictionem, hoc modo necessarium est, quod non potest non esse, & sic necessariò producit, quod non potest non producere: Nec est necessitas ex suppositione vel conditionata, quia secundùm illam præsupposita conditione non potest non aliter fieri, sed ipse Donellus, qui in d. l. fin. illam necessitatem juris privati intelligi ait, in d. l. 5. num. 19. non negat, quin in eadem specie, quam in d. l. fin. proponit, æstimatio vel rei pretium sine delatione jurisjurandi probari possit, quamvis difficilis sit ejus probatio, unde jure non sit legitima habenda, ne actor sine causa jure suo cadat. Unde & illud perspicuum est, sibi ipsi non constare Donellum, dum in eadem facti specie modo ait, nullam esse æstimationis legitimam probationem, nisi eam, quæ fit per juramentum in litem, asserit, & sic necessitatem juri civili attribuit, modo, inquit, necessitatem juris non accipi de necessitate juris publici, sed juris cujusq; privati. Nec etiam recipienda est explicatio Joh. Borch. in tract. de in lit jurand. cap. 3. num. 28. & Setser. in tract. de jure jur. lib. 5. cap. 4. num. 24. quod verba d. l. fin. hunc habeant sensum, quod actor juret ex necessitate juris, quia jus necessariò propter dolum rei rem non restituentis, vel non exhibendis actori jusjurandum defert, non tamen actorem illud suscipere invitum, sed volentem. Quomodo enim necessitas excusare potest actorem, ut de perjurio non queratur, quæ non astringit ipsum, & quænam alia solida ratio est d. l. fin. quàm illa, quod coactus perjurium subierit, argum. l. 1. in princ. ff. de fund. dotal. l. si fidejussor 7. §. si necessaria 1. ff. qui satisf. cog. & certè ridiculum est, sic exponere

ponere *d. l. fin.* ut necessitas juris ipsum jus respiciat, cum textus loquatur expressè de eo, qui ex necessitate juris in litem juravit, necessitas ergo juris ad ipsum jurantem refertur: Deinde ex argumento illius legis colligitur, quod si quis non ex necessitate juris juraverit, facile de perjurio queri solere, cujus ratio diversitatis, si explicatio prædicta admittatur, dari nequit. *Dissent. Ias. in d. l. fin. Setser. d. lib. 5. cap. 3. num. 9. & 10. & d. cap. 4. num. 23. & 25. & Borcholt. d. loc. num. 26. & seqq. qui simpliciter omne juramentum in litem voluntariè tantum suscipi ajunt, aliter diss. Donell. ad d. l. fin. distinguens inter necessitatem juris publici, & juris privati.* His præmissis dico, adolescentem & tutorem vel curatorem, si velint, in litem jurare posse, sive juramentum affectionis spectes, sive veritatis, quia adolescens justam suarum rerum ignorantiam habere potest, & quia grave videtur, ignorantes & invitos tutores vel curatores, sub alieni compendii emolumento perjurium anceps subire, quæ rationes in utroque juramento obtinent: Aliam specialitatem in tutoribus & curatoribus adducit *Borch. d. loc. nu. ult. ubi vide.* Differt juramentum in litem in hoc à juramento necessario, quod juramentum necessarium semper invito, sicuti etiam in illo, quod deferitur non solum auctori, sed etiam reo, quamvis illud inter *Dd.* acriter disputetur, an potius reo, an verò auctori juramentum necessarium vel suppletivum sit deferendum, de qua quæstione vide *Joh. Bapt. Caccialup. in l. admonendi 31. n. 247. 248. & seqq. ubi in utramq; partem argumenta proponit, & in id. Lanfr. de Orian. n. 96. 97. & 98. Rayner. de Forliv. n. 6. & latissime Fr. Curt. n. 367. 358. 369. & multis seqq. n. de jurej. & Setser. in d. tr. lib. 4. c. 13. quæ difficillima est, quando per omnia æqualitas est, ita ut *Cyn. in l. bonæ fidei 3. n. 9. C. de reb. cred.* dicat, esse in articulo illo tot sententias, quot capita, quarum quinq; enumerat *Curt. d. loc. n. 371. & seqq.* secus est, si sit diversitas personarum, negotii & causæ, nos in ea quæstione illam sententiam propugnabimus, contra quam opponens tela sua acuminavit.*

T H E S I S III.

JURATUR IN LITEM IN ACTIONIBUS IN REM, *l. in actionibus 5. in pr. ff. h. r.* sive sit actio in rem universalis, *l. sed etsi 25. § hac verba 10. ff. de per. her.* sive specialis in rem vindicatio, nec interest, an detur ratione servitutis, ut actio confessoria vel negatoria, *l. harum 7. in fin. ff. si serv. vind.* vel ratione domini proprietatis veri, *l. ejus rei 46. & l. qui restituere 68. ff. de R. V. quam legem contra Fabrum bene defendit Bachov. de action. disp. 7. th. 11. & quasi arg. l. sed etsi 7. § in Publiciana 8. ff. de public. in rem act.* vel juris, ut hypothecaria, *l. si fundus 16. § in vindicatione 3. ff. de pign. & arg. d. l. 5. in pr. & Serviana arg. d. §. 3. & l. 68. in fin.* In actione hypothecaria contrarium sentit *Ant. Fab. 16. conjett. 15.* at malè, licet enim hypothecariam movens, non corpus suum esse dicat, jus tamen in eo sibi reale esse asserit, ejusq; dominium vindicat, & ratione hujus juris quasi dominium corporis, quia nullum jus per se consideratur, sed semper ad aliud refertur, *Magnif. Herm. Vulte. ad princ. n. 7. Inst. de ser. v.* & cum jus, quod creditori competit, sit jus in re vel corpore, sequitur sublato corpore jus tolli, restituito restitui, *arg. l. 2. ff. de usufr. æquitas ergo suadet, ut jus jurandum creditori deferatur, ne cogatur invitus, jus suum vendere, l. nec enim 9. ff. rer. am.* II. Nihil prodest hypothecaria actio, si in ea non potest in litem jurari, quia in personam agendo quis idem consequi potest, *d. §. in vindicatione 3.*

catione 3. & frustra respicitur ad casus inopie & eventuarios creditorum concursus,
l. Julianus 6. ff. qui & a quibus manum. l. inter stipulantem 83. §. sacram 5. ff. de V. O.
 quibus casibus magis prodest actio in rem, quam in personam, cum palam sit, actio-
 num personalium privilegia non ex tempore, sed causa æstimanda esse, *l. privilegia*
42. ff. de reb. auib. jud. poss. I. I. Non minus juratur in litem ob dolum præteritum,
 quam presentem, *l. qui restituere 68. vers. si verò, l. is qui 69. & seqq. ff. de R. V.* & dolum
 semper pro possessione est, *l. quod si 22. & l. qui petitorio 36. ff. eod.* quare à Fabro non
 rectè impugnatur text. in *d. §. in venditione 3.* & Tribonianus inscitæ ascribitur. I. V.
 Condemnatio hic non augetur propter pignus, quando in litem juratur, sed pro-
 pter contumaciam, *l. 1. ff. h. t.* quare id, quod pervenit ad creditorem ratione contuma-
 ciæ, ab eo retineri potest, arg. *l. si pignore 54. §. eum qui 1. ff. de furt.* & idò frustra ob-
 jicitur à Fabro, quod pignoris finis sit securitas debiti, non ut augeatur condemna-
 tio. V. Non impedit etiam *l. si inter 21. §. ult. ff. de pign.* quia loquitur de culpa non
 restituentis, in dubio enim non præsumitur dolum, *l. quotiens 18. §. qui dolo 1. ff. de*
prob. facilius autem culpa, dolum enim delictum est, culpa non est. II. Aliàs enim
d. §. ult. contrariaretur, *d. §. 3.* quia *d. §. 3.* loquitur de debitore, *ibi: & in personam a-*
gendo, ubi gl. & dicit, quod tanti debeat condemnari, quanti actor in litem juraverit,
 non quanti debetur, in *d. §. ult.* verò dicitur, quod lis non plaris sit contra debitorem
 æstimanda, quam quanti debet. Loquitur ergo *d. §. ult.* de æstimatione vera vel com-
 muni à iudice facièda, in qua alia habetur ratio debitoris, cujus nõ ulterius interesse
 constat, quam creditum est, in cujus securitatem pignus constitutum est, alia con-
 sideratio est alterius possessoris, contra quem nõ lis tanti æstimatur, quanti credito-
 ri debetur, sed quanti res est, quæ non restituitur, cujus æstimatio plerumq; solet
 quantitatem debiti excedere. Ratio est, quia possessor ex mora & culpa sua nihil lu-
 cri sibi querere debet, & creditor nullo damno affici, qui debitori hoc casu, si con-
 veniatur, veram rei oppignoratæ æstimationem præstare tenetur. IN ARBITRA-
 RIIS, veluti in actione ad exhibendum, *d. l. in actionibus 5. in pr. l. in hac 3. §. præ-*
tereas 2. ff. ad exhib. licet is, qui ad exhibendum agit, non teneatur se dominum osten-
 dere, *l. in hac 3. §. qui 1. & §. sciendum 9. ff. ad exhib.* sufficit enim dominium præsum-
 ptum, *l. in hac 3. §. qui 1. & §. sciendum 9. ff. ad exhib.* quod ex contumacia adversarii oritur. *Dis. Ant. Fab. 16.*
conj. 15. putans tum demum in illa actione jurari in litem, quando ratione domini com-
petit, quamvis non adjiciat, unde illud constare possit cum in illa actione probatio do-
minii non requiratur, actione doli & quod metus causa, l. arbitrio 18. in pr. ff. de döl.
Vide omnino Bach. de act. disp. 7. th. 10. & 15. ubi Fabrū refellit, Faviana l. tenetur 5. §.
in actione 1. ff. si quid in fraud. patr. las. in d. l. 5. n. 33. Dis. gl. in d. l. 5. §. si in verb. plane,
 & omnibus arbitrariis actionibus & interdictis *d. l. 68. in fin. l. fin. ff. de interdict.* Et
 IN ACTIONIBUS BONÆ FIDEI, quibus agitur ad restitutionem rei, quæ à no-
 bis profecta & tradita sine juris nostri immutatione, *l. 3. §. in hoc 2. ff. comm. l. 1. §. 26.*
ff. depos. l. si filiofam. 25. §. maritū 1. ff. sol. matr. l. si tutor 8. ff. h. t. l. si cui 48. §. qui servū 1.
ff. locat. quare in contrariis b. f. non juratur in litem, *l. ei apud quē 5. in pr. ff. depos.* quod
 etiā verū esse cum *Magn. Dn. Hed. sem. disp. 22. th. 56. Coras. 6. misc. 4. n. 4. & 5. Borch.*
in tr. de in lit. jur. c. 4. n. 77. & seqq. existimo, etiā si in iis de fide rupta agatur, nec ad
 rem pertinet, id quod dicitur in *l. ei apud quem 5. in pr. ff. depos.* quia text. ille loquitur de
 fide rupta, quæ restitutionem rei vel. re ipsam respicit, cū opponatur indemnitati ejus, qui de-
 positum

positum suscepit. Vel non mirum est, rationem minus principalem in legibus proponi, principalem autem aliunde petendam esse, l. 2. §. 1. junct. §. 2. ff. ad SC. Vellejan. & arg. l. qui exceptionem 40. in princ. ff. de cond. indeb. l. 1. junct. l. 2. & seq. in princ. ff. de donat. int. vir. & ux. cum simil. principalis autem ratio peti potest ex d. l. sed mihi 3. §. 2. ubi dicitur, quod in commodato, sicut in cæteris actionibus juretur, in litem similiter, hoc est, cum similibus in causis & similibus conditionibus, at in aliis actionibus bonæ fidei in litem juratur, si in iis veniat restitutio rei, l. 1. & l. 8. ff. hoc tit. II. Ex d. l. si filiofamilias 25. §. 1. ubi dicitur, idco jurari in litem, quia invito nobis res nostras alius retinere non debet, & nemo cogitur, res suas pretio suo vendere, l. non enim 9. ff. rer. amot. sed possessor per contumaciam non restituens transegit cum actore videtur, & decidisse eo pretio, quod ipse constituit, l. ejus rei 46. ff. de R. V. In iis ergo actionibus bonæ fidei juramentum in litem locum habet, in quibus rei restitutio continetur, non in iis, quibus agitur ad dationem vel factum, tunc enim nondum est actoris id, quod petitur, quare dici nequit, quod actor invito res suas vendat, vel quod eo invito res ipsius retineantur. Hinc Hugolini & aliorum, qui eum securi sunt (quorum fundamentum est unicum, in generalitate textus d. l. 3. §. 2. & l. 5. in princ.) sententia à Dd. improbat in actione exempto jurari in litem existimantium, cum ridiculum sit, actorem, qui ad rei sibi venditæ traditionem non ad restitutionem agit, eam reo vendere, cum rei suæ emptio non valeat, si ve sciens, si ve ignorans quis emat, l. sua rei 16. in princ. ff. de contrab. empt. l. neq. 45. in pr. ff. de reg. jur. scilicet pure, l. existimo 61. ff. de contrab. empt. est enim vulgata regula, quod meum est, amplius meum fieri nequit. II. l. 1. in pr. ibi: si res vendita non tradatur in id, quod interest, agitur, l. exempto 11. §. idem 9. ff. de act. empt. l. venditorum 10. & l. sicut 12. C. eod. junct. l. non ab judice 64. ff. de judic. Sed licet hæc ita disputari possint, contrarium tamen textibus juris magis convenit, quod in omnibus actionibus bonæ fidei directis possit jurari in litem, cum etiam adversus eum, qui dolo rem non tradit, quam tradere debet, juretur in litem, l. si cum fundum 68. §. fin. ff. de contrab. empt. ubi dicitur, quod si quis dolo malo non tradat, vel faciat, quod minus tradere possit, quod tunc dolus ejus æstimetur, sed à judice dolus æstimatur ex eo, quod in litem juratur d. l. 64. Deinde doli æstimatio non inest obligationi, interesse inest, l. 1. ff. hoc tit. ubi gloss. & hinc ad id, quod propter dolum principalis præstare tenetur, fidejussor non obligatur, l. fin. ff. de fidejuss. id quod interest, cum plerumq; ejus probatio difficilis sit, ad minimam summam deducitur, l. fin. ff. de stipul. prat. sed ex contumacia & dolo crescere solet æstimatio, d. l. 1. ubi gloss. in verb. æstimat id quare, d. l. 68. §. fin. ibi: sed ut si quid dolo, &c. parum subtiliter ergo de æstimatione ejus, quod interest, explicatur, ab Anton. Fab. 6. conject. 17. maxime cum particula adversativa SED aliud juris esse innuat, quando non dolo adversarii, sed aliis modis accidit, ne tradere possit, & quia ea proprie accidere dicuntur, quæ fiunt citra voluntatem & propositum alicujus. III. l. harum 7. ff. si serv. vind. ubi, si non præstetur, cautio juratur in litem, quæ nihil cum restitutione commune habet, maxime cum non caveatur de restituenda realiqua, sed de ædificiando pariete. Et miror quod gloss. in d. l. 4. in verb. condemnet, ait, quod etiam si cautio præstetur, res tamen non supersit, juretur in litem, cum sit actio in rem, quia cautio

tio rei nomine interposita rei ipsius loco & vice est, quamvis non sit ipsa res, sufficit
 autem in actione reali, quod aliquid tale præstetur, quod vicem rei subeat, veluti æ-
 stimatio vel interesse: deinde, quia in d.l.7. alternativè agitur, nempe ut aut res, aut
 cautio præstetur, sed in alternativis unum sufficit impleri. De eo autem non dubi-
 tandum, quod re non cautione præstita in litem non juretur, non quidem ex ratio-
 ne glossæ, quod captis pignoribus officio judicis ad cautionem quis coerceri possit,
 §. quibus 3. Instit. de satisf. tut. quia hac ratione ne quidem propter rem juraretur in
 litem, cum ea manu militari afferri, vel ad restitutionem ejus captis pignoribus,
 aliisq; remediis cogi possit: sed quia cautio illa in subsidium exigitur, & fieri debet,
 quando scilicet vel difficilis, vel potius nulla tempore litis est rei præstatio, quam si
 præstare reus contumaciter recuset, in litem juratur. III. Quia iniquum est præ-
 stio litem æstimari in actionibus bonæ fidei, quibus agitur ad dationem vel factum,
 cum & contumacia punienda sit, l. tutor 8. ff. h. t. idq; eò magis in actionibus bonæ
 fidei, quam in arbitrariis & realibus, quia in contractibus bonæ fidei bona fides es-
 sentiale quid est, maximè si initium spectes, quare multò magis in iis, quam in ar-
 bitrariis personalibus in litem juratur, & in realibus actionibus, quia dubium non
 est, ruptam fidem & contumaciam vel dolum circa dationem, vel factum tantum
 operari, quantum sola contumacia vel solus dolus ipsam rei restitutionem respi-
 ciens. IV. Causa impediendi, quare in stricti juris actionibus non juretur, in
 litem non est, quod iis non agatur ad restitutionem, in conditione enim ob cau-
 sam agitur ad restituendum id, quod datum est, quæ & ipsa stricti juris est: sed est
 natura stricta contractuum stricti juris, & per consequens natura & formula stricta
 actionum mediatè ex eis descendentiùm, in qua formula non potest videri expres-
 sum ejusmodi jurisjurandi deferendi arbitrium, à qua recedere judici non licet,
 quæ efficiunt, ut in iudicium stricti juris nihil amplius veniat, quam quod in obli-
 gatione comprehensum est, unde nunquam juratur in iis in litem secundùm affe-
 ctionem, quamvis secundùm veritatem, l. in actionibus 5. §. fin. ff. hoc tit. quæ causa
 impediendi cum cesset in actionibus bonæ fidei, & ipsum impedimentum neces-
 se est cessare, l. si choros 79. §. penult. ff. de legat. 3. l. liberorum 11. §. Pomponius 2. ff. de
 his qui not. infam. V. l. cum pater 60. §. legato 1. ff. ad L. Falcid. ubi in actione ex
 testamento, quæ naturam bonæ fidei actionis habet, l. in minorum 3. C. in quib. caus.
 in integr. restituit. in litem juratur, cum tamen quando legata petuntur, non quod
 suum est, petitur restitui, argum. l. servum 44. §. si quis 1. ff. de legat. 1. sed dari id, quod
 ex testamento debetur, quanto magis igitur locum habebit juramentum in litem
 in actione bonæ fidei, quæ per essentiam est talis. VI. Res suæ in d. l. 9. ff. rerum
 amot. non dominium plenum proprietatis semper denotant, sed etiam dominium
 juris ad rem, vel in re, quod palam in actione depositi directa, in qua indefinitè ju-
 ratur in litem, l. 1. §. depositi 26. ff. depos. quam movere potest non solum dominus,
 sed etiam quisvis alius, qui deposuit, vid. l. quod servus 11. C. l. bona fides 31. §. incurrit
 1. ff. depos. Sic in actione Serviana, & similibus jus jurandum in litem locum habet,
 quæ dantur ratione juris in re, & ei, qui jus in re tantum habet, quanto magis in il-
 la actione locum habebit, quæ ratione juris ad rem competit, cum jus ad rem vali-
 dius sit, quam jus in re, per jus enim ad rem dominium proprietatis mediatè con-

sequor, per jus verò in re, id saltem, ut jus meum salvum habere possim, quò magis enim contumacia adversarii actorem lædit, eò magis in litem jurari debet, *argum. l. tutor 8. ff. hoc tit.* Accedit, quod is, qui actionem habet ad rem aliquam, consecutivè ipsam rem habere videatur, *l. is qui 15. ff. de reg. jur. l. bonorum 49. de verb. signif. junct. l. minus 204. ff. de reg. jur.* & quod supra ostendimus, etiam in litem posse jurare eum, qui domini loco habetur. VII. *l. tutor qui 7. in princ. ff. de admistr. & peric. tuor.* ubi contra tutorem non conficientem inventarium in litem juratur, nec potest negari eam loqui de juramento affectionis, quia in dubio juramentum in litem de juramento affectionis intelligendum est, cum id propriè juramentum in litem dicatur, *argum. l. i. in fin. ff. si ag. vectigal.* II. Quia in d. l. 7. dolus requiritur, qui in juramento affectionis non veritatis necessariò adesse debet. Nec ad rem pertinet, quod ajunt, ideò in actione ex empto, quia venditor non potest intelligi, rem suam emere, cum rei suæ emptio non procedat, quamvis enim emptio rei suæ simpliciter fieri non possit, tamen habito respectu ab ipso emente ad jus aliquod, quod ipsam rem afficit, & ad alium pertinet, res sua emi potest, *l. si in emptione 34. §. rei sua 4. junct. l. si debitor 39. in princ. ff. de contrahend. empt.* cum igitur emptor habeat jus ad rem, jus illud venditor per contumaciam rem non tradens invito emptore emere intelligitur, quare *l. i. ff. action. empt.* & similes textus sunt de eo casu intelligendi, quando citra contumaciam quis rem emptam non tradit, & ex mora res sunt deteriores factæ. Quod autem dicitur in *l. si jactum 12. ff. de action. empt.* quod quando venditor, quod extraxit piscium, reddere non vult, id æstimari debeat, quod extraxit, vel accipiendum est de æstimatione secundum affectionem ab actore jurato facienda, vel statuendum, quod in illo casu non juretur in litem, sed æstimatio à judice fiat, quod verius videtur, quando enim venditur jactus retis, ex quo pisces capiendi non apparent, probabiliter in eos non cadit affectio, atque ideò non juratur in litem, cum in jurejurando in litem affectionis, secundum affectionem ab actore jurato fiat æstimatio. Magis igitur d. l. 12. pro nostra, quam pro dissentientium opinione militat, nam ex illo argumento à contrario sensu evincitur, quod semper in actione ex empto locum sibi vindicet jusjurandum affectionis, modo res sit talis, in quam cadere possit affectio. Sicut etiam magis pro ea pugnat, *l. si traditio 4. C. de action. empt.* quamvis eam in contrarium torquere tentet Faber, loquitur enim de taxatione jurijurando in litem adjecta, non verò de taxatione ipsius interesse, quod venit in actionem empti, quia cum illud sit certum & conventum, non opus est taxatione, *l. si quando 6. in princip. & ibid. Gothofred. lit. f. ff. ut legat. seu fideicommiss. & sanè in certis taxatio illa fieri nequit, ne debitum vel res liquida cum maxima actoris injuria diminuatur.* II. Quia plerumque taxatio solet fieri jurisjurandi in litem affectionis refrenandi gratia, *l. videamus 4. §. jurare 2. ff. h. t. l. in hac 3. §. praterea 2. ff. ad exhib. l. arbitrio 18. in princ. ff. de dol. Cujac. l. 2. obs. 12. ab eo autem, quod communiter fit, optimum ducitur argumentum, l. vel universorum 12. ff. de pign. act.* Postremò non est bona consequentia judex æstimat in d. l. 4. ergo non juratur in litem, cum in arbitrariis, in quibus istud juramentum defertur, semper judex arbitretur, *§. praterea 31. Instit. de action.* Dissent. Vn-
gep.

gep. exercit. Justin. 12. quest. 4. in fin. fol. mihi 453. Borch. in tract. de in lit. jurand. cap. 4. n. 12. 69. & seqq. Bachov. in notis ad Treutl. volum. 1. disp. 21. thes. 12. lit. d. Coraf. 6. miscellan. 4. num. 4. & 5. Hug. Donell. ad d. l. 5. num. 4. ff. hoc tit. & 26. comment. 8. ubi Hillig. in not. lit. g. & h. Anton. Fab. 6. conject. 17. & 16. conject. 15. Duaren. ad d. l. 5. num. 21. & seqq. aliter dissentit Costal. ad d. l. 5. distinguens, an venditor valeat restituere, & tunc jurari in litem ait, an non, & tunc condemnationem fieri ad interesse, quæ opinio facile omnium consensu reprobatur, cum in actione ex empto nihil de restitutione agatur, & falsò eam ascribit Costalius Jasoni, qui distinguit, inter valentem tradere, & non valentem, aliud autem est traditio, aliud restitutio, quamvis & Jasonis distinctio minus perfecta sit, cum etiam contra eum juretur, qui dolo fecit, ne tradere possit, l. 68. §. fin. ff. de contrahend. empt. qui tamen non potest tradere, nisi dicas, quod, sicut is dicitur, possidere, qui dolo desit possidere, ita eum etiam tradere posse intelligi, qui fecit, quò minus tradere possit. Et hæc disputatio in juramento affectionis obtinet, juramentum verò veritatis in omnibus actionibus locum habet, etiam in stricti juris, l. in actionibus 5. §. fin. ff. hoc tit. dummodò res, de qua in litem juratur, sit incertæ æstimationis, quæ vera ratio est, l. nummis 3. ff. hoc tit. ut non necesse sit, cum gloss. ibid. in verb. æstimatio, alias effingere, quas pro parte refellit Coraf. 6. miscellan. 3. ubi vide, quod non animadvertens Wesenb. in m. num. 6. ff. hoc tit. d. §. fin. de juramento affectionis accipit, & Costal. d. loc. eum textum intelligit de actionibus stricti juris, quæ aliquo casu arbitrariæ sunt factæ, deinde sic colligit, in stricti juris actionibus juratur in litem, solæ enim stricti juris actiones fiunt arbitrariæ, at bonæ fidei nunquam arbitrariæ fiunt, cum ex diametro pugnent cum arbitrariis, l. in bonæ 7. ff. de eo quod cert. unde sic concludendum est secundum Costalium saltem in actionibus stricti juris, nunquam in bonæ fidei jurari in litem, contra varios juris textus, quos errores confusio juramenti veritatis cum juramento affectionis peperit, certè non hæc statuisse Costalium, si voculam illam ET, in d. §. fin. notasset, qua nõ otiosè Marcianus utitur, sed, ut ostendat, juramentum veritatis non tantum in strictis, sed etiam in aliis actionibus locum habere, sicuti animadvertit Borch. in d. c. 4. n. fi. Imò etiam in delictis locum habet, l. si quando 9. ibi: æstimationem rerum. C. unde vi. Juramento enim veritatis æstimatur res tantum, juramento affectionis æstimatur nõ solum res, sed etiam contumacia vel dolus & affectio. II. Quia difficultas probandi, quæ juramenti veritatis deferendi causa esse solet d. l. 5. §. fi. etiam hujus causa est, quod ex autoritate d. l. 9. (ubi nota hæc verba, si non potuerit, qui vim sustinuit, singula comprobare) deferri potest, quomodo enim probet testibus, quæ res ibi, unde dejectus, fuerint, cum res suas quilibet secretas habere soleat, nec ad eas cognoscendas alios accersere, & etiam si res se ibi habuisse probare quis possit, tamen illud non facile docebit, se eas per injuriam illam amississe, cum soli fuerint, qui vim adhibuerunt, vel testes vi removendo omnem probandi potestatem dejecto ademerint, unde exigere ab actore, ut res amissas esse per vim testibus probet, nihil aliud est, quam cogere eum res suas amittere, ut scitè inquit Donell. ad tit. de in lit. jurand. num. 4. III. Quamvis taxatio fieri existimetur in juramento affectionis, ut supra dictum est, tamen hoc verum non est, quando juris ratio refragatur, nec dubium.

dubium etiam est, quod sicut in juramento affectionis taxatio fit à iudice, ne ultra æstimationem singularem in infinitum juretur, ita etiam in juramento veritatis, ne ultra vulgarem & communem rei æstimationem, *vid. auth. post jusjurandum, C. de judic.* IV. Nulla fit mentio *in d. l. 9.* contumaciæ vel doli non restituentis, non juratur autem secundùm affectionem, nisi unum eorum præcesserit, imò non potest hic dolus vel contumacia non restituentis committi, quia cum *in d. l. 9. ibi: singula comprobare*, non de rebus constet, quæ ablatæ sunt, frustra de earum restitutione quæritur. *Disp. Cyn. ad d. l. 9. ut apparet. ex Salycet. in d. l. 9. n. 2. cui ipse accedere videtur Menoch. 2. arbitr. jud. quæst. 208. n. 1. & Donell. 6. comment. 11. vid. Hillig. in notat. ad Donell. 26. comment. 6. lit. c.*

T H E S I S IV.

Jam ulterius despiciendum est, quando in litem juramentum deferatur, & constat propter contumaciam & dolum non restituentis in litem jurari, *l. 1. §. 2. §. si. l. in actionibus §. sed in his 2. & l. tutor 8. ff. h. t. l. arbitrio 18. in princ. ff. de dol. mal. l. qui restituere 68. ff. ad R. V. l. sed etsi 25. §. hac verba 10. ff. de petit. hered. l. in hac 3. §. præterea 2. ff. de exhibend. non vero ob culpam. d. l. 2. §. 1. l. videamus 4. §. fin. & l. seq. §. in his 2. ff. h. t. scilicet levem, quia culpa sine adjectione posita significat culpam levem, l. contractus 23. ff. de reg. jur. l. in venditionibus 8. §. de tempore 3. ff. de reb. autorit. jud. possid. 10. Sadolet. in l. quod te 5. n. 39. ff. de reb. cred. & Dd. commun. (nec specialiter in tutore receptum est, ut adversus tutorem ob culpam levem juretur in litem, quia ubiq; doli vel contumaciæ mentio fit, d. l. tutor 8. & l. tutor 7. in princ. ff. de admin. & peric. tutor. quod autem dicitur in l. alio 4. C. h. t. alio jure tutorem esse, alio heredem ejus, non eo pertinet, quod heres ob dolum, tutor etiam ob culpam levem teneatur, sed quod ob dolum ipsius tutoris contra tutorem quidem in litem juretur, sed non adversus heredem ejus, nisi lis cum defuncto sit contestata. Borch. in tract. de in lit. jurand. cap. 5. n. 10. 11. 12. & 13. Dissent. gloss. in l. 2. in verb. culpa, C. h. t. ubi Salycet. n. 2. & in d. §. sed in his, in verb. non etiam ob culpam, Salycet. in d. l. 4. num. 2.) Ob latam enim culpam non secus uti ob dolum in litem juratur, l. 2. C. h. t. 2. Quia est dolo proxima, l. ubi exigitur 8. ff. de edend. l. si fidejussor 29. in princ. ff. mandat. l. questum 8. §. eum quoq; 3. ff. de precar. l. mulier 22. §. sed enim 3. ff. ad Senat. Tusc. Trebell. planè dolo comparatur, l. 1. §. hac abio. ff. si mens. fals. mod. dix. & dolus nominatur, l. quod Nerva 32. ff. de pos. scilicet præsumptus, c. 2. in princ. extr. de depos. gloss. in d. l. 32. in verb. fraude, 10. Ign. in d. l. 23. n. 67. Bocer. cap. 3. n. 17. & Hieron. Cagnol. n. 5. Coras. 4. miscell. x. n. 13. & sub nomine doli venit lata culpa, nisi vocabulo doli significatur dolus verus & expressus uti in lege Cornelia, Gail. 2. observ. 100. n. fin. quare etiam si d. §. sed in his 3. taxativè loquatur, non tamen excludit latam culpam, l. 1. §. vestimenta 8. §. fin. ff. de pos. junct. l. 1. ubi gloss. in verb. culpam, C. eod. vid. volum. 1. disp. 10. thes. 3. vers. dictiones, Magnif. Dn. Eric. Hedem. semestr. disp. 22. thes. ult. lit. b. Salycet. d. loc. Borch. d. loc. n. 6. & seqq. Dissent. Accurs. in d. §. 3. in verb. non ob culpam, & Dd. veteres comm. Est autem culpa lata alia versutæ malitiæ, alia negligentia & ignavia, vide opt. text. in l. si fidejussor 29. in princ. ff. mand. Hieron. Cagnol. d. loc. num. 6. & 7. pr. or rectè dolus verus nominatur, l. dolus 44. ff. mand. l. is cui 5. §. dolum 15. ff. ut in poss. leg. non tamen in specie dolus, qui in committendo consistit,*

consistit, non posterior, sed præsumptus, *l. magna 226. ff. de verb. signif. d. l. 32. Diff. Coras. 4. miscell. 1. num. 7. & 8.* quamvis dolo sit proxima, quæ dicta sunt, intellige de juramento affectionis, non veritatis, quod etiam si nulla culpa adsit, locum habet, & licet etiam deferatur eo casu, quo reus in culpa, non tamen deferatur ob culpam, uti supra demonstravi, quicquid alii sentiant. Effectus jurisjurandi varii sunt, vel enim sunt juramenti deferendi, vel delati, vel præstiti. DEFERENDI JURAMENTI affectionis est effectus, ut iudex non præcisè teneatur illud deferre, juramenti verò veritatis, ut iudex id deferre cogatur, uti apparet ex iis, quæ tradita sunt supra thes. 2. Deinde, ut iudex tam juramento veritatis, *l. si quando 9. C. unde vi. arg. auth. poss. jusjurandum, C. de judic.* quàm affectionis, *l. arbitrio 18. in princ. ff. de dol. mal. l. in hac 3. §. præterea 2. ff. ad exhibend. l. videamus 4. §. jurare 2. ff. & l. in actionibus 5. §. sed iudex 1. ff. hoc tit.* taxationem adjicere possit, ita, ut taxatio iudicis, quemadmodum existimant Dd. communiter, juramentum affectionis præcedere & subsequi possit, cum immodicam potius affectionem habuisse, quàm perjurium commisisse existimetur, juramentum verò veritatis, tantum præcedere, ne jurantis quodammodo deregatur, quod meritò displicet *Donell. 26. comment. II. & ibid. Hillig. lit. f. ubi vide* repugnat enim *d. §. 2. &* quia taxare, Festo teste, nihil aliud est, quàm rei futuræ modum statuere, quod etiam probat, *l. Mævio 41. §. à me 1. ff. de legat. 2. l. cum certus 5. ff. de tritic. vind. arg. l. si servus 24. in fin. ff. de action. empt. unde taxatio dicebatur, cum arbitro præscribatur, quod jus ei esset statuendi, uti ex Festo Brissonius notat. Quod autem attinet, *l. qui restituere 68. ff. de R. V. vel respondendum est, quod verba, sine ulla taxatione, sint referenda, ad v. juravit, non ad v. damnandus, ut hic sensus sit, quod quando actor juravit, nulla taxatione à iudice præfinita, id iudex sequi debeat Donell. d. loc. ubi vide omninò Hillig. lit. E. vel quod taxatio non fiat à lege d. l. 68. sed tamen arbitrio iudicis, d. §. 2. & l. 18. in princ. gl. in d. l. 68. in verb. ulla taxatione, & Dd. comm.* JURAMENTI DELATI, ut actor juramentum affectionis omninò suscipiat, vel plenè probet, veritatis autem præstare cogatur actor, nisi causâ cadere velit, & iudex deferre, cum sine illo juramento res æstimari nequeat, ut supra ostensum est. JURAMENTI PRÆSTITI, quod per juramentum affectionis res æstimata, *l. 1. & l. tutor 8. ff. h. t. cum similib. vendita, l. nec quasi 70. ff. de R. V. l. si cum dos 8. §. fin. & l. seq. ff. rer. amot. transacta vel decisa existimatur, quatenus reus per mendacium non restituens æstimationem præstare mavult, l. ejus rei 46. ff. de R. V. licet in multis trāfactio differat à jurejurando in litem, non enim qui in uno atq; altero conveniunt, inter se conveniunt, vid. Borcolt. in d. tract. c. 1. n. 14. & seqq.**



COROLLARIA.

I.

NON videntur convenire, *l. si tibi 17. §. pactum 5. & l. idem 25. §. personale 1. ff. de pact. quarum tamen legum conciliatio facilis est, si distinguas inter pactum perso-*

C

perfo-

personale, quod personam non egreditur, & illud, quod cum persona quidem finitur, vivo tamen eo, cum quo pactum est, ad alium transit, de priori loquitur *d. l. 25. §. 1. de posteriori verò d. l. 17. §. 5.* & de eo etiam intelligenda est, *l. & heredi 21. in princ. ff. de pact.* ubi post mortem filii heredi patris pactum non prodest, vivo verò prodest.

II.

Vulgare est Dd. affatum: Causam remotam non venire in considerationem, quod verum est in causa multum remota, *l. non omne 38. ff. de statulib.* non in causa non multum remota vel ordinata ad causam proximam, *argum. l. socium 60. §. socius 1. ff. pro soc.* quando versamur in licitis, non quando in illicitis, nisi sit talis casus, in quo etiam sola culpa punitur, & ex causa remota potest contingere proxima, *c. 1. extr. de homicid. & c. fin. eod. in 6.* non quando dolus.

III.

Solennitas aliquando in jure accipitur pro solennitate probatoria, hoc est, inducta ratione probationis & fidei, ne quid possit aliquid excogitari malignum, *l. fin. C. de fideicommiss.* aliquando pro solennitate autorizabili, ut loquuntur Dd. *auth. hoc jus porrectum, C. de sacros. Eccles. cum similib.* interdum pro modo consummationis actus, sicut illa, quod uno contextu fieri debeat testamentum, *§. 3. Instit. de testam. ordinand.* quod cum à quibusdam non intellectum, variè ab iis peccatum fuit, maximè in divisionibus solennitatis.

IV.

Maxima vulgaris est Dd. quod indefinita locutio æquipollèat universali, quam, si ad regulas Logicas reducas, & simpliciter consideres, sine dubio falsa erit, vera autem est illa maxima, quando omnium, quæ sub indefinita & universali oratione veniunt, eadem est ratio *Ronchegall. ad princ. num. 16. Instit. de bon. possess. Herbert. Zuch. in l. 1. num. 46. C. qui admitt. non autem procedit in materia contingenti, arg. l. neq. natales, C. de probat. Alber. à Rosat. lib. 1. de stat. q. 9. num. 10. & odiosa, l. 2. ff. de liber. & posth.*

A. D.



AD PRÆSTANTISSIMUM ET LITE-
ratissimum Dominum Respondentem,
Cognatum suum dilectissi-
mum.

*Non nisi de bellis, de bellis undiq; mundus
Differit, & lites quisquis habere cupit.
Antibi mens, animusq; idem doctissime Rulant
Dum de dissidio, liteq; verba seris?
Non ita: in hoc lato vellem non peior ut esset
Mundo, nemo foret flebilis atq; miser.
Tu de dissidio concors, non litigiosus
Dis de lite putas Præsides BESSELIO.
Sic age! sic palmas victor pariture perennes,
Pergito cœptatam continuare viam.*

Amicitia & honoris ergo
accinebat

JOHANNES PETRUS Berckens
Meeno-Francofurt.



ALIUD.

MARTE fuit fortis Roland, tu fortis in arte,
 Gloria magna illi, gloria magna tibi.
 Illi sunt statuæ plures positæ, atq; stupendæ,
 Musa tibi statuam ponit in æde sacrâ.
 Illæ sunt fragiles: tua floret in æde perenni,
 Perpetuoq; viret, perpetuoq; viget.
 Nam venit ex Musis solis laus, gloria, honorq;
 Æternus, statua hæc sicq; perennis erit.
 Perge modò leges æquas sic volvere, perge
 Propugnare tuas fortiter hæc theses.
 Tu modò non hostes magnos, non arma timesce,
 Gratior evicto gloria ab hoste venit.

*Sic Fautori atq; amico suo hono-
 rando gratulatur,*

JOHANNES CONRADUS
 Mohr / Mæno - Francofur-
 tanus.

FINIS.




DISSERTATIO SECUNDA.

De

CONDICTIONIBUS EX PROMUTUO

Resp. Henrico Langenbeck | Hamburgensi.

T H E S I S I.


CONDICTIONIO à condicendo appellatur, estque prisca lingua nihil aliud quam denuntiatio, & condicere idem quod denuntiare §. appellamus. 15. *inst. de actionibus*. quod probat illud Livii: quarum rerum, litium, causarum condixit pater patratus &c. olim enim acturus non prius actionem in rem vel in personam exercebat, quam denuntiatio ad diem certum & locum statutum solenniter facta esset, cui denuntiationi certa tempora erant præscripta quæ cum elapsa erant, actor præscriptione temporis removebatur. *Cujac. lib. 16. observ. 7. Giphani. ad d. §. 15. Edzard. Stamler. in colleg. contract. disp. 3. thes. 2.* hinc Festus scribit condictionem esse in certum diem ejus rei, de qua agitur, denuntiationem. *Myns. in d. §.* Vnde apparet commune fuisse verbum condictionis actionibus in rem & in personam, proprium autem factum est actionibus in personam, quia magis denuntiatio in illis necessaria, non illa, quæ fit ad judicem pedaneum, sed illa, quæ fit debitori, ut sibi satisfaciatur, tum quod illa denuntiatio reum constituat in mora, cujus effectus in actionibus personalibus variis. *l. quod te §. ff. de reb. cred. l. si ex legati. 23. & seq. & l. si servum. 91. §. sequitur. 3. ff. de V. O. l. mora. 32. in princ. ff. de usur. Vid. Paul. de Mont. Pic. in l. vinum. 22. nu. 24. & ibid. Joh. Anton. Rub. nu. 169. 171. 173. & 209. Hieronym. Buticell. nu. 58. ff. de reb. cred. Joh. Sapor. in tract. mor. c. 3. & latissime Arum. de mora c. 8. tum quod non tam requiratur denuntiatio, quando majus jus habet actor, quam quando minus, majus autem jus in realibus quam in personalibus actorem habere constat, cum in illis versetur dominium, in his vero saltem debitum. Aliam rationem proponit Hottomannus, qui ideo condictionis verbum proprium esse factum actionibus in personam existimat, quod dicit evertit *Bachov. in tract. de Action. disput. 4. thes. 1. lit. a.* duabus rationibus, quibus hæc addi potest, quod actiones in personam habeant perinde atque reales proprium nomen, actionem nempe in specie acceptam *l. pecunia. 178. §. actionis. 2. ff. de V. S.* quamvis actio in genere etiam actionibus in rem conveniat, sicut petitio proprium nomen est actionum in rem, in genere tamen considerata omnibus actionibus commune verbum est. Ipsum etiam vindicationis verbum generale & commune est, & speciale sive proprium, generale ad omnes actiones in rem pertinet, speciale*

D

ciale

ciale ad actionem singularum rerum petitionis. *l. r. ff. de R. V.* Non enim absurdum
 est in iure, verbum aliquod modo generali modo speciali eaque propria significa-
 tione fungi, uti adoptio, permutatio, minor, lex, jus scriptum & alia similia voca-
 bula, quæ passim reperiuntur. Dicitur ergo actio in personam conditio à solenni
 illa denuntiatione, quæ actionis exercitium præcedebat, quemadmodum actio di-
 citur formula *l. si servus. 42. in princ. ibi: vulgaris* (hoc est directa *l. quidam 46. in fin.*
Et ibid. Gothofred. lit. e. ff. de hered. instit.) formula. *ff. de furt. Vlp. in fragment. tit. 19.*
§. 16. Et tit. §. 12. Vid. Hill. ad Don. 19. comm. 1. lit. d. fol. in 441. Et Hotto. ad pr. inst. de
actionibus. à formulis actionibus annexis in quibus iudici pedaneo præscribaba-
 tur, quomodo cognoscere & iudicare debeat sicut nuptiæ dicuntur à solenni ob-
 nudendi ritu antiquissimo. *Vid. Wesemb. in r. n. 1. ff. de rit. nupt.* Et quamvis hodie
 solennis illa denuntiatio sublata sit. *d. §. appellamus 15.* nam si adhuc denuntiatio
 esset necessaria, nunquam per litis contestationem mora induceretur, quo nihil
 absurdius: tamen condictionis appellatione actiones personales vocantur & si-
 gnantur, sicut nec matrimonium nuptiæ appellari desit, licet solennis obnudendi
 ritus sit antiquatus. Non impedit. *l. debitores. 10. C. de pignor.* quæ de irina denun-
 tiatione loquitur, secundum *l. qui convenit. 4. in fin. ff. de pignor. act.* non enim exi-
 stimandum est, quod ideo denuntiatio exigatur ut tantummodo hypothecaria agi
 possit, sed ut ablata hypotheca creditor jus suum solenniter exequatur eamque di-
 strahat *l. de viroribus 18. C. de administr. tut. junct. l. creditor. 13. ff. de distr. act. pign.*
Cujac. 5. observat. 31. Olemann. disp. 39. in object. Et resol. n. 37. vel respondetur, quod
 ea lex sit Diocletiani & Maximiani, quorum tempore illæ denuntiationes adhuc
 usurpabantur, quippe post quos longo intervallo Arcadius imperator factus, ex
 cuius constitutione, quæ est in *C. Theod. lib. 2. tit. 4. Et 6.* solennes illæ denuntiationes
 evacuatae sunt. *Magnif. Herman. Vult. præceptor meus plurimum observandus*
ad d. §. appellamus 15. nu. 4. Multo minus *l. quidam. 13. ff. de servit. urb. præd.* non e-
 nim loquitur de denuntiatione, quæ fit ad versario, sed de epistola aliqua, in qua
 quis Proculum rogat, ut cum Hiberno loquatur, ne rem illicitam faciat, ad quam
 postea Proculus respondet, quod inscriptio & textus ostendunt, non ergo agitur de
 denuntiatione, quæ fit ab actore Hiberno, vel à Proculo nomine eius, sed saltem Pro-
 culus rogabatur, ut Hiberum nomine suo admoneret, an rem illicitam faciat. *Diss.*
ghin d. l. 10. in verb. conveniendi sunt. Nicaf. ad d. §. 15. vers. notandum quinto Et i-
bid. d. s. n. 41. Et Dd. comm. qui duas leges de urbanitate explicant. aliter diss. Coras. 4.
miscell. 7. qui denuntiationem fraternam vel admonitionem charitativam necessa-
riam esse existimat, per rationem illam, quod verbum volo ab eo qui potestatem
imperandi & disponendi habet prolatum necessitatem imponat. l. i. C. de summa-
rum. cui rationi facile quis respondebit, modo non ignoret in d. l. 13. proponi episto-
lam alicujus privati, cui potestas condendi leges non competit. Ex Matthæo c. 1. 8.
 quod à Corasio afferitur, non eo torqueri potest, quod nisi præcesserit admonitio a-
 liqua fraterna, frustra litem instituat de qua necessitate hic loquimur. Et licet
 condictionis nomen ita generale sit, tamen proprie certis hodie convenit, quæ aliud
 nomen non habent, ut condictioni ex mutuo, causa data causa non secuta, ob tur-
 pem causam, indebiti, furtivæ, condictioni sine causa, ex lege, & triticaria quæ om-
 nes

res semper dantur ad repetendum, excepta, conditione ex lege: quare de omnibus indefinite & æqualiter male pronunciat *Duar. c. 1. C. h. t.* quod omnes illæ conditiones dentur ad repetendum. De conditione ex mutuo actum est supra *vel. 1. disp. 15. thes. 4.* conditio causa data est actio in personam, qua datum ob causam futuram, vel ob rem datum *l. damus 52. ff. de condit. indeb.* vel certa lege datum *l. rebus 6. C. de rer. permut. arg. l. pen. c. si manc. ita fuer. alien.* eo non sequuto repetitur, causam futuram, non solum eam intelligo, cujus re data non statim implementum existere potest, sed etiam illam, quæ statim impleri potest, negari enim non potest, illam futuram respicere, cum dationis tempore præsens non sit, sic omnis conditio est de futuro, quia tempore appositionis, nõ est præsens, quatenus impleta non quatenus apposita, licet potestativæ conditionis implementum in potestate mera vel hæredis vel legatarii vel alterius cujusque sit, cujus gratia adjecta, quod de conditione vera & propriè dicta tantum dictum esse volo in præsens & præteritum, conditio enim impropiè sic appellatur, uti conjunctio legum demonstrat *l. cum ad præsens. 37. & l. itaque 39. ubi Gothofred. in notis lit. n. & o. ff. de reb. cred. l. cedere diem. 213. in princ. ubi celeberrimus J. C. Jus. Joh. Gædd. n. 3. ff. de V. S. l. conditio. 100. ubi vide Gothofr. litig. ff. de V. O. & cum omnis conditio sit vel causalis vel potestativa vel mixta, illa vero ad neutrum earum referri potest. *Vid. l. un. §. sin autem 7. & ibid. Gothofr. in notis lit. m. n. & o. C. de cad. rollend.* Quæ multum faciunt ad explicationem *l. 1. §. 1. ff. h. t.* in qua lege propter illam causam aliquid datum esse arbitrat *Ias. in d. l. 1. n. 4. & post eum Bachov. in notis ad Treutler. vol. 1. disp. 22. thes. 1. lit. e.* quæ statim posset impleri, videlicet, ut quis heres esset, cujus rationem reddit Jason, quia solo animo heres fieri potest, & sic nude & separatim causam illam considerat sine illa, quæ est immediata, nempe ut conditioni pareatur. Quibus illud objici potest, quod conditio hæc detur ex æquitate. *l. in summa 65 §. quod ob rem. 4. ff. de condit. indeb.* æquitas autem non alicui actionem accommodat, contra alium qui causam illam, propter quam datum est, præstare nequit, sed potius penes alium sit, quo minus fiat, quoties autem per eum, cuius interest conditionem impleri, sit, quo minus impleatur, perinde habetur, ac si impleta fuisset *l. jure civili. 24. & l. Iulius 81. in fin. ff. de condit. & demonstr. l. uter. 23. ff. de condit. just.* quod non solum in conditione, verum in causa & aliis obtinet. *l. 1. §. divus 13. ff. de extraordin. cogn. l. qui operas. 38. ff. locat.* eadem enim semper subest æquitatis ratio. 2. *in d. l. 1. §. 1.* is qui dederat decem, heres erat, quamvis sub conditione, quo modo ergo nummi hic dati censentur, ut quis heres esset, nisi heredem intelligant eum qui hereditatem adiit, qui an propriè heres dicatur, controversia est; deinde quando aliquid propter causam datum est, tunc necesse est, ut causa ab eo effectum suum consequatur, cui ob eam datum est, *leg. pen. C. h. t. arg. l. dedi tibi. 3. §. sed si tibi. 2. l. si pecuniam 5. in princ. ibi. sed cum liceat pœnitere, & §. 1. ff. h. t. Magnif. Dn. Eric. Hed: Sez: disp. 23. thes. 3. lit. C. Diss. Donell. 14. comment. 2. & Dd. communiter.* qui tamen in casu *d. §. 1.* neque heres neque legatarius fieri potest. 3. Non etiam dicitur, ibi aliquid datum esse, ut heres esset is, qui dedit, sed ut is, cui datum est, pareat conditioni, erat enim in ipsius accipientis potestate: at ais, id principaliter agi, ut conditione impleta quis hereditatem adire possit. Verum respondeo in contractibus & obligationibus*

illud attendi, quod in eas deductum est, non cuius intuitu deductum est. Exemplo res fiet manifestior, vendidit quidam rem suam, ut acceptam pecuniam fœnori locaret, vel ea mercaturam exerceret, quis dicet fœnus & mercaturam venditioni inesse. Sic dedi pecuniam Titio, ut servum manumittat, per quem in iudicio experiri possim, quis affirmabit in contractum illum innominatum, do ut facias illud deductum esse, ut manumissus in iudicio litem vel exerceat, vel suscipiat. 4. Sequeretur etiam confusio contractuum innominatorum veluti dedi tibi pecuniam ut Capuam eas, hac mente ut hujus occasione Mævio pecuniam promissam des, hic contractus secundum Bachovium & Jasonem est contractus in nominatus do ut facias, quia itaq; ab utraque parte conventum est, & do ut des, quia eò principaliter dans respexit. 5. Facit contra eos, quod conditione impleta non statim hereditas pro adita habeatur, nisi conditio consistat in sola voluntatis expressione, hæres enim implendo se saltem habilitat ad adeundum. *arg. l. quoniam 32. C. de inoffici. testam. vid. l. Antistius 62. in princ. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. as. d. loc. num. 2. & 3. & ibid. Salycet. n. 2. & 3.* 6. Condiotio hæc non datur, nisi ratione contractus in nominati, quod ex sequentibus perspicuum erit, & ipse Bachovius fatetur, quamvis neget, illam recta ex contractu in nominato descendere, sed quando quis dat, ut dando impleat conditionem, sicut *d. l. 1. §. 1.* intelligere videntur Bachovius, Donnellus, Jason, Duarenus & alii, nullus est contractus innominatus, quia accipiens ad nihil vicissim præstandum tenetur, unde nec actio præscriptis verbis nascitur, quæ tamen ex omni contractu innominato oriri solet, Me autem non affingere duobus illis Ictis alium sensum ex eo constar, quod particula, videlicet, indicat verba sequentia præcedentium esse expressiva, declarativa & interpretativa. Quod attinet *l. si filius 13. ff. h. t.* ibi condiotio datur ratione pœnitentiæ, non ratione causæ non secuti, nec ibi certo alicui aliquid datur, sed res in commune conferuntur, *Diss. Duaren. c. 3. c. h. t.* qui in eo etiam videtur peccare, quod dicit, *in d. l. 13.* ob hanc causam conferri, ut quis hereditatem, consequatur, quia textus non loquitur de hereditate sed de bonorum possessione, aliud autem est bonorum possessio, aliud est hereditas, bonorum possessio est jus persequendi. *l. 3. §. 2. ff. de bon. poss. at. hereditas non est,* ex his refellitur distinctio Bachovii, quod nempe plurimum interfit, an sic detur, ut accipiens aliquid faciat, an vero ut dans aliquid facere possit, quæ pars posterior distinctionis aut de implemento conditionis necessario, aut de aditione est accipienda, non recte autem illa de implemento conditionis concipitur, per id enim non quis statim hæres efficitur, loquitur autem in præcedentibus de tali causa, per quam quis statim hæres esse potest, non de aditione, quia illa implementum conditionis subsequitur, *d. l. 1. §. 1.* vero de implenda conditione tantum loquitur 2. Aditio etiam fit sola animi destinatione *l. si a via. 6. C. de jur. deliber. vel solis verbis Vid. Angel. Perus. in l. fin. n. 35, 36. & 39. & ibid. Sebastian. Sap. n. 31. C. und. liber.* & quamvis aditio dicatur facto fieri, tamen, si accuratè res pensitetur, magis declaratio aditionis facto fit, quam ipsa aditio. Per causam datam intelligitur res ipsa, quæ data est. Datur autem vel naturaliter datione vera *l. ult. ff. h. t. cum multis similib.* vel civiliter, datione ficta veluti acceptilatione *l. si quis. 4. ff. h. t.* vel cautione *l. si cum 4. C. eod. compensatione. l. vel permutavit. 19. de liberal. caus. vel*

pro-

promissione l. si donaturus. 9. §. si quis. 1. ff. h. t. vel collatione l. cum quis. 12. ff. eod. l. si mulier. 10. ff. eod. Nobiliss. & Magnific. Dn. Eric. Hedeman. fautor & patronus meus summe venerandus semestr. disputat. 23. thes. 4. §. 6. & Duaren. c. 3. C. h. t. Per causam vero, qui sequi debuerat, finis. arg. d. l. in rebus. 6. Magnific. Herman. Vult. lib. 2. jurispr. Rom. cap. 8. num. 8. Cujac. in π. C. h. t. in quo labi videtur Gothofr. in notis ad Rubr. lit. R. ff. h. t. dum non satis causam, quæ datur, ab ea, quæ intuitu causæ datæ sequi debet, distinguit. Causa non sequuta dupliciter dicitur. **AVT QUIA NECESSARIUM EST**, sive ab initio, sive postea sequi desinit, idq; vel accipientis culpa, ubi repetitio est. l. dedi. 3. §. quid si ita. 3. & l. si pecuniam. 5. §. fin. ff. h. t. l. pen. C. eod. vel casu, sive ille sit in natura & factio alieno, sive in persona accipientis, aut re illius. Vid. Donell. 14. comm. 21. **AUT QUIA POTEST** sed non est sequuta & tunc indubie repetitio est. tot. h. t.

T H E S I S II.

Competit hæc actio ex contractu innominato, l. naturalis. 5. §. et si quidem. x. ff. de præscript. verb. qui textus duas actiones ex contractu innominato descendere disertè probat, actionem nempe præscriptis verbis & conditionem ob causam dati, sic enim ibi Jctus concludit, quia non placet rerum permutationem emptionem esse, dubium non est, nasci actionem præscriptis verbis, vel si meum repetere velim conditionem ob causam dati, cum igitur competentæ utriusque actionis hæc ratio sit, quod ibi contracta sit rerum permutatio, sequitur utramque ex contractu innominato descendere, non alteram ex quasi contractu, cum quasi contractus per se subsistere possit, nec requirat alium contractum; cui accedat. 2. leg. 1. §. fin. ff. de rer. permut. ubi negatur dari actionem præscriptis verbis sed solam conditionem ob causam dati, quando ex altera parte res tradita est, alter vero rem tradere nolit, competit ergo ex permutatione conditio illa, cum ex omni contractu innominato actio nascatur, nec affirmari possit, quod citra duas actiones alia datur ex contractibus innominatis. At inquis, non ibi est permutatio, quæ utriusque re data secundum Fabrum contrahitur. Respondeo non satis constare de sententia illa Fabri vera illa sit an non, & illam evertere conari Bachov. in notis ad Treutl. vol. 1. disp. ult. thes. 6. lit. a. & etiam si vera sit Fabri sententia, tamen negari nequit, esse ibi aliquem contractum innominatum, ex quo nulla oritur actio si non oritur conditio ob causam. 3. l. 1. §. fin. junct. duabus l. seq. ff. de præscript. verb. in quibus textibus dicitur, quod actio in factum civilis vel actio præscriptis verbis ex contractibus innominatis competat, sed conditio illa est actio in factum civilis. Actio in factum enim ea appellatur, quæ nomine proprio & civili vacat, nimirum quia in factum concipitur vel componitur arg. l. quod bonis. 15. in princ. ff. ad l. Falcid. §. verbi. 1. inst. de exception. Cujac. ad l. juris gentium. 7. ff. de pact. Bachov. in notis ad Treutl. d. disp. ult. thes. 1. lit. b. Civilis est etiam non secus ac actio præscriptis verbis in specie dicta non quia utraque civilis est quod lege nominatim prodita sit, sed quia ad exemplum civilium actionum comparata. Vid. Cujac. d. loc. Præscriptis verbis actio est quatenus in genere capitur, quia etiam in conditione illa sine nomine agitur, secundum quod in conventionem est præscriptum narrata conventionem, narrato facto. Vid. Gothofred. in notis ad Rubr. lit. n. ff. de præscript. verb. & sic in genere sumi-

tur actio præscriptis verbis in *hæc precibus. 4. in fin. C. de rer. permut. & non con-*
trariatur d. t. §. 1. quæ de præscriptis verbis actione in specie dicta loquitur. 4. l. ff.
ff. h. t. ubi J. C. Celsus sic concludit, quia id contractus genus pro portione em-
ptionis & venditionis est (h. e. quia est contractus innominatus do ut des, neque e-
nim ibi alius fingi potest) datur conditio ob causam dati. ex contractu igitur in-
nominato illam dari palam est, & licet accedat contractui innominato tacita quæ-
dam conventio, non tamen ex ea, sed ex contractu magis principali & primo cense-
tur actio nasci. l. qui fundum. 75. ff. de contrah. empt. & l. 1. §. idem Pomponius. 13. ff.
depos. §. In illo contractu, qui hanc conditioem parit, licet poenitere re integra
impune l. dedi. 3. §. sed si tibi. 2. & seq. ff. h. t. re verò non integra, si eius, quod impen-
sum est, indemnitas accipienti præstetur. l. si pecuniam. §. in princ. & §. 1. ff. eod. Sed
in contractu nominato sive vero, sive quasi, sive tacito, sive expresso non licet pæ-
nitere. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commod. junct. §. 1. ibi: ultro citroque inter eos
nascuntur actiones & §. seq. ibi: hoc casu mutua sunt actiones. inst. de oblig. qua ex
quas. contr. nasc. l. sicut. §. C. de O. & A. l. non est. 6. C. de rescind. vend. Et hæc princi-
palis opinio ita hæctenus ab omnibus fere Dd. est amplexa, ut eam rationibus fir-
mare haud necessum esse duxerint, Bachovius sicut in multis aliis, ita & hic multa
in novare instituit, qui in not. ad Treutl. vol. 1. disp. 22. thes. 1. lit. f. & g. & thes. 2. lit. o.
in verb. unde confirmant. 1. ait non rectâ descendere hanc conditioem ex con-
tractu innominato do ut des, vel do ut facias, cum tamen ipse fateatur, in datione
hæc duo agi, alterum expresse, ut aliquid detur vel fiat, quod, dicit, constituere con-
tractum verum, alterum tacite, ut si non fiat, de quo conventum est rem repetere
liceat, quam tacitam conventionem, inquit, quasi contractum constituere & ex eo
hanc actionem descendere, quod etiam probare videtur Cyp. in l. si militem. §. nu. 1.
& ibid. Salyc. n. 2. C. h. t. per l. in aream. 33. ff. de cond. indeb. qua nihil ad propositum
facit. In quo sibi quintupliciter contradicere videtur Bachovius, primo, quod ne-
gat ex contractu innominato rectâ hanc conditioem descendere & tamen affir-
mat ex datione illam promanare, in qua hoc agitur tacite, ut re vel facto non secu-
to res repeti possit, datio autem forma est contractus innominati do ut des, vel do
ut facias, quod autem ex forma rei oritur, sane ex ipsa re rectâ descendit, cum com-
positum per formam essentiam habeat, & sit id quod per formam est. 2. Non po-
test in datione esse contractus verus & simul contractus quasi, cum forma sit indi-
visibilis, arg. l. cum lib. 8. §. si prator. 17. ff. de transact. & cum forma informet compo-
situm tantum informatione substantiali sive essentiali, sequeretur contractus illos
innominatos essentialiter esse proprios & improprios. 3. In eo sibi adversatur,
quod unam eandemque conventionem modo tacitum, modo quasi contra-
ctum appellat, cum tamen tacitus contractus à quasi contractu multum dif-
ferat. Tacitus fit tacita voluntate contrahentium, quatenus per se est talis quasi
contractus fit præsumpta voluntate contrahentium, quatenus lex eam ex facto vel
aliunde per præsumptionem quandam inducit unde in quasi contractibus contra-
hentes si voluntatem spectes, non tam contrahere, quam incidere & nihil contra-
here intelliguntur l. heredes. 25. §. non tantum. 16. ff. famil. hercisc. junct. §. idem iuris.
inst. de obligat. qua ex quas. cont. nasc. adde l. furiosum. 46. ff. de O. & A. junct. §. item 3.
ibi:

ibi nihil contraxerunt. inst. d. t. 2. Tacitus contractus nunquam, quomodo enim potest tacite dici, consentire, qui ignorat, nec tacite contrahitur obligatio tantum ab una parte: At quasi contractus altera parte etiam ignorante & invita. §. tutores. 2. *inst. de oblig. qua quas. ex contract. junct. princ. ibi: placuit publicum munus esse. inst. de excusat. tut. l. solvendo: 39. ff. de negot. gest. junct. l. x. inst. d. tit. Vid. l. qui patitur. 18. ff. mand. ipse etiam Bachov. in notis ad d. disp. thes. 4. lit. b.* contractus tacitos à quasi contractibus distinguit. Et hæc vera sunt nisi Bachovius tacitum contractum non expresso & verbis declarato, sed aperto opponat, quo tamen casu rectius etiam præsumptus quam tacitus nuncupatur. 4. In illo, quod contractum tacitum vero contractui opponit, cum tam tacitus contractus verus sit quam expressus, tacitus enim contractus ab expresso in hoc tantum differt quod illius tacita voluntas, hujus expressa causa sit, qui autem tacite consentit revera vere consentit. 2. Mandatum, societas & locatio contractus sunt veri, qui tamen tacite contrahuntur. *l. qui patitur. 18. l. societatem. 4. in princ. ubi Gothofred. in notis lit. K. l. si id quod. 58. d. fin. ff. pro soc. l. item. 13. §. fin. Et l. seq. ff. locat. 5.* Sibi contrarius est, dum dicit, quod ita se res habeat, quemadmodum in conditione indebiti cum tamen fatente ipso Bachovio *in notis ad d. disp. thes. 4. lit. b.* in conditione indebiti id principaliter agatur, ut ab obligatione discedatur, in contractu vero innominato do ut des, vel do ut facias id, ut aliquid detur vel fiat *Bachov. d. lit. f.* Duo obiicit *Bachov. d. loc. Et in tract. de Action. disp. 4. thes. 19.* primum est, quod conditio illa tendat ad contractus dissolutionem. Respondeo contractibus illis innominatis naturam hanc conditionem inesse, & semper vi illorum contractuum hoc actum intelligi, ut si causa non subsequatur, id quod datum est, repeti possit, quid autem æquius est, quam ut lex naturalis, contractus servetur. 2. Resp. Quod etiam contractus nominati, qui plurimum firmiores sunt, per actiones inde descendentes possint resolvi, non solum propter varias præstationes ex post facto & ex accidenti insertas. *l. si fundus. 4. ff. de leg. commiss. l. si convenit. 6. ff. de rescind. vend.* quis enim negabit commodatum sub conditione ea suo tempore non impleta non posse repeti actione commodati, cum juris sit, ex quolibet pacto incontinenti contractui adjecto nasci actionem contractus. *Vid. vol. 1. dissert. 5. thes. 2. fol. 97. in fin.* Secundum est ex *l. naturalis. 5. §. et si quidem. 1. ff. de prescript. verb.* ubi Jctus docet in actione illius contractus, præscriptis verbis nempe, non hoc agi ut reddatur quod accepit, sed ut damnetur tanti, quanti interest. Resp. Argumentum esse à particulari, non enim loquitur ibi de utraque actione, quæ ex contractu illo descendit, sed de actione præscriptis verbis tantum, sicut oppositio actionis præscriptis verbis & conditionis ob causam dati ostendit. Pluribus agam in ipsa disputatione. Duæ hujus actionis conditiones sunt, mora nempe debitoris *l. pen. C. h. t. l. quod Servius. 3. in fin. l. pen. ff. eod. & poenitentia creditoris l. dedi tibi. 3. §. si tibi. 2. Et seq. Et l. si pecunia. 1. d. 5. in princ. Et §. 1. ff. eod.* quarum una existente conditioni locus est, utraque vero deficiente & ipsa cessat. *Magnif. Dn. Eric. Hedem. semest. disp. 23. thes. 7.* Rectius ab illo conditiones appellatur, quam à Duareno & aliis causæ, non enim causæ appellari possunt, nisi quis plane vocabulo causæ abuti velit. Quod autem licet in contractibus his innominatis poenitere, non vero in nominatis, ratio diversitatis hæc est, quod in contracti-

bus

bus nominatis mutuz nascantur actiones *l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. com. nisi* simpliciter de lucro captando agatur, veluti in stipulatione: In illis vero accipiens quidem danti est obligatus, non vero dans accipienti, nihil igitur prohibet dantem recedere ab eo contractu per pœnitentiam, perinde ac si nihil in contrahentes actum esset, *Duar. cap. 4. b. t.* Neque necessitatem implendi hi contractus obtinent, cum ex sola rei contrectatione, non ex conventionem reus obligatur, restituta igitur re deficit contractus æquitas & obligationis substantia, quare cum eo amplius agi nequit. *Wesembec. in x. nu. 3. in fin. ff. b. t.* Et hoc verum est, nisi res amplius non sit integra. Res autem non integra dupliciter sumitur, vel ratione aptitudinis, vel ratione actus. Ratione aptitudinis res non integra dicitur, quando res ita composita est, ut necesse sit causam sequi, nisi accipiens velit pati damnum rei familiaris, vel dans præstare indemnitate eius, quod impensum est, quod si faciat, locus est conditioni ratione pœnitentiæ. *d. l. si pecuniam. §. in pr.* Ratione actus, quando actu causa est secuta, quo casu nulla amplius competit actio, maxime ratione pœnitentiæ, cum absurdum esset longiorem esse facultatem pœnitendi quam implendi, ut ex Fabro inquit *Höllig. ad Donell. 14. comm. 21. lit. c. nisi res fuerit evicta. l. 1. C. de rer. permut.* quia tunc ratione causæ non secutæ hæc actio datur. Datur hæc actio ei, qui dedit, & heredibus eius *l. si ut proponis. 2. C. b. t.* contra eum, qui accepit *l. his solis. 49. ff. de condict. indeb.* eiusque successores *l. dictam 1. C. b. t.* Vid. *Duaren. cap. 5. b. t.* Veniunt in hanc actionem res data vel naturaliter vel civiliter. *l. si quis. 4. §. l. si mulier. 10. ff. b. t.* obligatio remissa *l. si cum. 4. C. eod.* & accessiones *l. qui se. 7. in fin. §. l. cum quis. 12. ff. b. t.* & quamvis fructus & accessiones non veniant in actionibus stricti juris nisi à tempore litis contestatæ *l. cum fundus. 31. ff. de reb. cred.* tamen hoc non obtinet, in iis actionibus stricti juris, quibus quis quod suum fuit consequitur *l. videamus. 38. §. si actionem. 7. ibi: quod meum non fuit. ff. de usur. junct. l. si fundum. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* ubi in actione præscriptis verbis, quæ stricti juris est, veniunt fructus à tempore moræ, ideo quod fuit aliquando meum, quod ea actione persequor. *las. in d. l. 31. n. 2.* Contraria huic actioni sunt quædam absolute, quædam vel ratione moræ tantum, vel ratione pœnitentiæ datur. **A B S O L V T E C O N T R A R I A S U N T,** causa secuta *leg. 1. ff. b. t.* conventio de re non repetenda simpliciter vel jurato facta *l. si alienam. 13. §. Marcellus. 1. §. l. ubi ita. 27. ff. de donat. mort. caus.* causa turpis, inhonesta *l. 1. §. t. t. ff. §. C. eod.* vel impossibilis, si dans causam impossibilem esse **S C I V E R I T** *l. dictam. 8. C. b. t.* cum enim hoc casu contractus nullius sint momenti, *l. non solum. 31. ff. de O. §. ff.* Sequitur, ex iis nullas actiones descendere posse, cum constet actionum personalium matrem obligationem esse *l. licet. 42. §. ea obligatio. 2. ff. de procur.* at nulla est obligatio, ubi nullus est contractus, nullum delictum. Quare plane insubtiliter *Salyc. in l. si militem. §. n. 2. C. b. t.* ait non dari quidem actionem eo casu ad implendum id, de quo in contractu conventum est, sed ad resolvendum, cum per rerum naturam contractus ratione sui non possit resolvi, qui nullus est. *arg. l. nam et si. 5. ff. de injust. rupt. irrit.* & cum nulla actio ex contractu competere possit, eius confectarium est, nec ad resolvendum ex eo actionem oriri, quod autem negat *Salyc. d. loc.* eam ex contractu nasci supra satis abundeque refutatum est. **2.** Quia, qui sciens dat ob causam impossi-

lem

T H E S I S. III.

Condiotio ob turpem causam est actio in personam, qua res ex turpi causa data etiam causa secuta reperitur. *Magn. Dn. Eric. Hedem. semest. disp. 23. th. 14.* Differt hæc condiotio à præcedenti, quod illa causa non secuta semper competit, exceptis tamen quibusdam causis, secuta vero semper cessat. Condiotio a. ob turpem causam aut in totum cessat, aut in totum competit, siue causa sit secuta, siue non. *l. cum te. 2. & l. quotiens. 4. C. h. t.* Conventio enim de restituendo non locum habet in causa impossibili *l. dictam. 8. C. de cond. ob. caus.* turpis autem causa jure impossibilis est. *l. filius. 15. ff. de condit. inst. Vide omnino. Donell. ad. d. l. 2. & 4.* Datur hæc condiotio, quando solius accipientis turpitudine versatur *l. i. §. fin. ff. h. t. l. quotiens. 4. l. pen. & ult. C. eod.* quod fit duobus modis, uno modo, si detur alii, ut is non faciat, quod ipso jure facere prohibetur: quo casu ostendit se aliàs sibi nõ temperaturum fuisse: ut puta dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas *l. 2. in pr. ff. eod.* non enim turpiter facit, qui dat alicui aliquid, ut eum à maleficiis absteineat. At turpiter accipit, qui quod virtutis amore, & officii, legumque reverentia adductus præstare debuerat precio nundinatur. *Wesenb. in π. n. 3. ff. h. t.* Altero modo, cum datur alii, ut is faciat, quod jure facere tenetur, veluti si dem furi, ut rem ablatam, raptori ut rem ereptam. *d. l. pen. & ult. commodatario, ut commodatum, depositario, ut depositum restituat. d. l. 2. §. 1. & l. ult. ff. h. t. Donell. ad. l. quotiens. 4. n. 1. C. h. t.* Si vero solius dantis repetitio cessat, veluti si quis meretrici libidinis explendæ causa aliquid dederit, quamvis enim turpiter faciat, quod sit meretrix, tamen nõ turpiter accipit cum sit meretrix. *l. idem. 4. §. Sed quod. 3. ff. h. t.* vilitas ergo personæ & indignitas facit, ut acceptio pecuniæ & pretii nullam ei maculam aspergere videatur. *Vid. l. qua adulterium. 29. C. ad. l. Jul. majest.* turpiter ergo non accipit simpliciter, sed per suppositionem, & solet pro diversitate personarum idem turpe esse & non turpe, si turpitudinem objective consideres, sic turpe est patricio & nobili, & causas oranti jus, in quo versatur ignorare *l. necessarium. 2. §. Servius. 43. ff. de orig. jur.* at turpe hoc non est mulieribus, rusticis & pupillis, qui propter juris ignorantiam excusantur *l. regula. 9. ff. de jur. & fact. ignor. Magnific. Dn. Eric. Hedeman. d. thes. 14. lit. c. Duaren. cap. 4. h. t. Hillig. in not. ad. Donell. 14. comment. 25. lit. f. qua etiam Theologorum recepta opinio est, uti ex Dominico Soto perhibet Ferdin. Vasq. part. 1. illustr. qua. 48. n. 5. rationes autem, quas ex Soto adfert, nihil ad rem faciunt. Diss. Donell. d. loc. quem secutum esse Theologum Medinam testatur Vasq. d. loc.* hac ratione motus quod actus Venereus turpis sit, & ideo nullo pretio dignus, qui ergo pro illo pretium vel mercedem recepit, indebitum accepit, sicque restituere debet, neque retineri potest quasi dono datum, cum donationis animus in turpem mulierem, quæ sæpe ignota est, præsumi non possit. *arg. l. cum de indebito. 25. in princ. ff. de probat.* Verum responderet, indebitum repeti posse & restitui debere nisi in poenam dantis aliud sit constitutum, veluti si dantis turpitudine tantum versetur, cum juri & rationi repugnet, eodem jure frui turpiter & honeste indebitum dantem, Promissam tamen pecuniam exigere non posse statuo *arg. leg. fin. in fin. ff. de O. & A.* turpes enim stipulationes nullius sunt momenti *l. generaliter. 26. ff. de V. O.* turpes autem stipulationes etiam sunt, quæ ex parte dantis turpes sunt. Negat quidem post Cyrum. Bacho-

Bachovius, quoniam non accipit turpiter, nec turpiter stipulatur. Sed quis negabit, causam esse turpem stipulationis, cum sit libido explenda, quæ non nisi per actum Venericum fit, qui cum turpis sit, consequens est etiam ipsam libidinem turpem esse est n. turpe, quod per turpia media expeditur. 2. Non sequitur, non accipitur turpiter ergo causa, ob quam accipitur, non est turpis *l. quisquis. §. §. fin. C. ad l. Iul. majest.* ubi quis honeste accipit, at causa propter quam accipitur non est honesta, est enim crimen læsæ. majestatis non quidem ut commissum vel committendum, sed ut proditum. 3. Sicut etiam sic vere non concluditur, non turpiter stipulatur, ergo stipulationis causa non est turpis, non enim ab interrogatione ad totum contractum valet consequentia, & stipulari nihil aliud est, quam interrogare *t. t. ff. de V. O.* quam vis stipulatio sumatur pro toto contractu, ratio significationis est, quoniam ab interrogatione contractus initium capit, & ex ea principaliter dependet. Et probat *d. §. 3.* etiam secundum veteres Romanos, & si quis ad seculum Vlpiani respiciat, dicitur enim in illo textu, turpem esse ante tempora Vlpiani datum meretrici hac ratione reperi non potuisse, quod utriusque turpitudine versetur, hodie vero non illa, sed ratione nova, solius dantis, illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, nō turpiter accipere cum sit meretrix. Quibus verbis manifestissime Vlpianus ostendit, causam illam turpem quidem esse essentialiter sed non acceptionem, ratio enim, quare turpiter faciat, quod sit meretrix, in libidine sita est, quæ hic causa est, quæ traditis à Bachovio aperte contradicunt. *2. d. l. 4. §. 3.* non extendi debet, sed in suis terminis accipi, cum de lucro captando ex delicto agatur, *arg. l. 1. in princ. ff. de dol.* Sed loquitur *d. §. 3.* tantum de retentione, non exactione, de dato & accepto, non de promisso tantum, quædam autem honeste quidem accipiuntur, & retinentur, inhoneste tamen petuntur. *l. 1. §. proinde. §. ff. de extraord. cognit. l. si in area. 33. ff. de cond. indeb. arg. l. plane. 38. ff. de petit. hered. 3.* Meretrix pecuniam promissam exigens propriam allegare turpitudinem teneretur, ac proinde à limine judicii repellenda. *arg. l. mercator. §. C. h. t. 4.* Ex stipulatione contra bonos mores deneganda est actio quamvis licita eo casu retentio. *d. l. 5. §. 5.* Quia conventiones quæ invitant ad delinquendum, minime sunt servandæ. *l. illud. 5. §. ac ne illa. 1. ff. de pact. dotal. 6.* Frustra *in d. §. 3.* quereretur, an datum repetatur, nō datum postulari posset. *7. l. si ob turpem. 8. ff. h. t.* ubi dicitur, quod si quis ob turpem causam promiserit, petentem exceptione doli mali vel in factum summovere possit & necesse est, ut *d. l. 8. in princ.* de turpitudine ratione dantis tantum accipiatur, si enim esset ratione accipientis daretur restitutio. *8. l. si vero. 12. §. si adolescens. 11. ff. mand. ubi is, qui mandaverat alicui, ut meretrici pecuniã crederet, non ei obligatur mandati, quasi ut dicit textus, contra bonam fidem mandatum fit. Multo ergo minus quis meretrici erit obligatus, propter quod enim quid tale, illud magis tale. Quæ lex de adolescente majore 25. annis etiam est intelligenda, *arg. l. si quis. 8. in fin. ff. pro empt. cui intellectu non adeo verba resistunt, adolescentia enim totum id tempus ætatis completur, quod medium est inter pueritiam & senectutem, Cic. de senect.* Cui citius adolescentiæ senectus, quam pueritiæ adolescentia obrepit. *l. minor. 32. ibi: ante impletum 25. ann. soluta sunt adolescenti. ff. de minor. licet non inficias eam, quod adolescentis vocabulo non raro minor significetur l. videamus. 4. in fin. princ. ff. de in lit. jur.**

lit. jur. l. patri. 27. in princ. ff. de minor. Rubr. rem pupill. vel. adol. l. omnes. 2. C. de his qui ven. atat. l. ait prator. 7. §. sed et si. 2. & l. pen. ff. de minor. 2. Non hæc causa est, quod adolescens non obligetur, quia ei quasi perdituro creditum est, hoc enim casu jure communi, si pro minore eum accipias, vere obligatur, & non nisi per beneficium restitutionis in integrum ei succurritur l. quod si minor. 24. §. restitutio. 4. ff. de minor. quod veram obligationem præsupponit: sed turpitude, quæ versatur in eo, quod luxuriosus meretricis gratia mandat, ratione autem turpitudinis nullam inter majorem & minorem, differentiam esse palam est. Ex his facile evertitur, quæ adferuntur a Con. 5. comm. 11. n. 2. vers. de adolescente. Diss. Gothofr. in notis ad d. §. 11. lit. c. & gl. in verb. adolescens. & Dd. comm. 9. Non sequitur, persona stipulatoris principaliter in stipulatione consideratur. l. multum. 34. ff. de V. O. ergo si stipulator non turpiter stipuletur, stipulatio valet, sed quod stipulatio non adeo turpis sit. Neque etiam illud ex d. l. 34. evinci potest, quia ibi non hæc ratio, quod stipulatoris persona magis in considerationem veniat, sed quod sibi imputare debeat stipulator, quod rem, cuius commercium non est, stipulatus fuerit. Et quod persona stipulatoris persona principaliter consideratur, non quo ad delictum, sed quo ad contractum verum esse dici potest, qui ab omni illicito remotus est, atque ita ex ratione allata nihil omnino concluditur. Non impedit l. affectionis. 5. ff. de donat. donatio enim secundum ius Digestorum proprie est, cum quod donatum est traditur, ideoque frustra de exactione queritur. 2. Donatio ibi dispescitur in honestam & inhonestam non ratione causæ, donatio enim ob causam, proprie non est donatio. l. 1. ff. de donat. sed ratione personarum, quibus datur, quæ vel honestæ vel inhonestæ sunt. Sicut nec illud, quod obiicit Bachovius, eo casu, ubi sola turpitude est accipientis, nec promissum exigi, & quod datum est condici posse, cui cum directo contrarius casus sit, ubi turpitude versatur ex parte solius dantis, in utroque membro etiam contrarium esse statuendum, ut neque datum condici, & quod promissum est, exigi possit. Verum non semper sequitur, sunt contraria, ergo contrarios producunt effectus, non enim procedit regula illa in eis contrariis, quæ non per se agunt, vel agunt in materiam mutabilem, neque enim si sol indurat idcirco frigus mollesciet. Hæc autem contraria agunt in materiam mutabilem, quæ ex juris dispositione vel turpis est respectu dantis, vel accipientis vel utriusque: Neque in jure continuo sequitur, casus hic alteri contrarius est, contrarii igitur in eo juris erit; neque enim, quia ex contractu do ut facias quæ oriuntur actiones, actio nempe præscriptis verbis & conditio ob causam, ideo recte inde concluditur, ex contractu do ne facias duas illas actiones non descendere, quamvis sint contrarii casus. Multo minus illud Salyceti quod directo paria sint dare & promittere l. fin. C. ad l. Falcid. quia hoc verum est ubi dispar non est ratio. Salyc. in d. l. fin. n. 1. ubi eum vide n. 2. regulariter differre, qui vis facile intelligit, cum promissio tantum causa transferendi domini sit, datio vero ipsa translatio. gl. in d. l. 4. §. 3. in verb. sed nova ratione. Magnif. D. Eric. Hedem, d. disp. thes. 16. Hillig. & Duaren. ubi supra. Connan. d. n. 2. Fort. Garc. d. l. juris gentium. 7. §. si ob maleficium. 3. n. 6. 7. & 8. ff. de pact. Diss. Bachov. in notis ad Treutl. vol. 1. disp. 22. thes. 3. lit. d. in verb. puta si quid meretrici. & disp. 4. de Actionib. thes. 18. V asq. d. q. n. 3. Salyc. in d. §. 3. n. 4. & 5. & in l. cum the. 2. n. 3. & ibi Cyn.

*Cyn. n. fin. C. eod. aliter diff. Covarr. in c. peccatum, relect. 2. §. 2. n. 1. & 2. qui viderur
distingueret, quod ante secutum usum Venereum non possit petere meretrix pecu-
niam promissam, cum tum dare pecuniam malum sit, datio enim illa à luxuria im-
peratur, & à prava sensualitate procedit: secus autem sit post actum Venereum,
quia tunc datio pecuniae secundum eum, mala non est, sed tunc actus iustitiae à
nullo vitio imperatur. Cujus distinctionis tot sunt absurda, quot verba, primo e-
nim non datio & effectus, sed promissio & initium contractus inspiciendum est.
l. 1. §. idem. 13. & §. si servus. 30. ff. de pos. l. si tantum. 12. ff. ad SC. Macedon. arg. l. si fi-
lius familias. 3. C. eod. quod concedente ipso Covarruvia malum est, utpote à luxu-
ria imperatum. Cum igitur initium contractus non valeat, nec promissio neque i-
pse contractus valebit, & sic stolidè de exactione quaeritur. 2. Nemo de improbita-
te sua actionem consequitur. l. itaque. 12. §. sed furti. 1. ff. de furt. quam consequere-
tur de improbitate sua meretrix, si post libidinem expletam promissum petere pos-
set. 3. In illicitis causa mali connectitur cum ipso malo, ut idem juris sit in causa,
quod in ipso malo est l. quoniam 6. C. ad l. lul. de vi publ. cap. fin. de homicid. in 6.
Vid. Iohan. Villemat. ad l. Divus. 14. nu. 59. & 60. ff. ad l. Cornel. de sicar. 4. Non est
actus iustitiae, cui turpitudine causam dedit, nec iustitia jubet id impleri vel fieri,
quod turpiter promissum est, cum iustitia malum operari nequeat. Quod etiam ait
Covarruvias, dationem & receptionem mercedis, ejusque promissionem & stipu-
lationem, turpitudinem non habere, quatenus seorsum possunt censerì, quod di-
recto d. l. 4. §. 3. ff. h. t. contradicit, & facile in ipso Covarruvia contradictiones de-
monstrari possent, sed hæc omnia ita persequi mei non est instituti. Quod dixi tur-
pem hanc stipulationem respectu dantis nullius momenti esse, non solum quo ad effe-
ctum, sed etiam validitatem, l. si flagitii. 123. ff. de V. O. (quæ lex Covarruviam refel-
lit: idem enim statuit in eo, quod facti flagitii causa, quam quod faciendi agitur,
semper enim turpis causæ sit consideratio, & potest ad alia flagitia eo modo quis
invitari) nisi turpitudine non sit manifesta leg. pen. ff. h. t. l. 1. C. h. t. arg. l. nam postea-
quam 9. in princ. ff. de jurejur. Magnif. Dn. Eric. Hedem. patronus meus summus d.
thes. 14. lit. d. Nec ad rem pertinet, quod ex turpibus obligationibus actiones dene-
gari dicuntur l. veluti. 27. in princ. ff. de V. O. l. mercalem. 5. C. h. t. quia hoc non acci-
piendum est de denegatione actionum, quæ fit à iudice, postquam exceptio pro-
posita est, sed quæ fit à prætore in jure, quando obligatio vel factum non erat tale,
ex quo actio nasci posset, vel, quod idem est, ipso jure non competebar. Non igitur
admitti potest, quod ait Bachovius, non pugnare illa, actionem denegari à prætore
& obviare exceptionem, quia quando datur exceptio reo à prætore, (sicut olim dari
solebat, in jure enim ut Cujacius ait dabatur actio dabatur exceptio, & quodam-
modo præparatio fiebat futuri iudicii) res devolvitur ad iudicem pedaneum, qui
de veritate & falsitate facti cognoscit, unde sæpissime evenit ut exceptio vel actio à
prætore concessa pro non rata habeatur, apud prætorem enim non de veritate &
falsitate, sed de iustitia & iniustitia disceptatur. Nunquam ergo vere & in effectu
actio denegari à prætore dicitur, nisi quæ ipso jure non competit. Vide de hac con-
troversia las. in d. leg. generaliter. 26. n. 5. & 6. ubi inquit, super d. l. pen. omnes laborasse
usque ad animam, Bachov. in notis ad Treutl. volum. 1. disp. 22. thes. 3. lit. a. in verb. &*

in turpi. & disp. 4. de Actionibus. thes. 18. Salycet. in l. cum te. 2. n. 1. C. h. t. Cyn. in l. ex eo 4. C. de inutil. stipul. & Cujac. in d. l. 26. qui inter se varie dissentiunt. Turpis stipulatio dicitur vel ratione rei sive causæ, quæ nulla est: Vel ratione causæ efficientis, quatenus quis turpiter inductus est ad contrahendum, quæ tenet ipso jure, & actio inde descendens per exceptionem eliditur. l. dolo. 5. C. de inutil. stipul. Solius dantis etiam turpitudine secundum quosdam intervenit, si quis dederit, ut in bona causa secundum se pronuntiaret. l. turpita. 2. §. fin. ff. h. t. 2. Cum enim pæna judici pecuniam danti irrogetur. d. §. ult. eum quoque deliquisse necessario consequitur. arg. l. Gracchus. 4. C. ad l. Iul. de adult. Plane ineptum est, quod Duarenus in d. §. ult. duos casus distinguendos esse ait, unum cum quis dat pecuniam judici, ut in bona causa secundum se pronuntiet, alterum cum datur pecunia judici, ut male judicet: quia contrarium totus contextus & conjunctio legis sequentis cum d. §. ult. demonstrat. Alii vero existimant, locum condiotioni esse, nec videri dantem turpiter facere. Vide Bachov. d. thes. 3. lit. f. Ego utriusque versari turpitudinem puto, atque ideo non dari repetitionem, quod probatur ex d. §. ult. ibi. sed hic quoque, quæ verba, cum sint implicativa, etiam accipientem turpiter facere, dum accipit, evincunt. 2. ibi est quidem relatium, condiotioni locum esse, condiotio autem sine dubio ob causam turpem intelligitur, quæ tum solum competit quando accipientis tantum turpitudine versatur. l. 1. §. fin. l. ubi autem. 3. & l. item. 4. §. sed quod. 3. ff. h. t. ut igitur in subsequentibus verbis d. §. ult. correctio aliqua contineatur, dicendum est, ideo hodie non locum esse condiotioni, quia jure novo etiam dantis & sic utriusque turpitudine intervenit. 3. Quando quis pecuniam accipit, ut faciat id, quod gratis facere tenetur, turpiter accipit. arg. l. 2. in princ. junct. l. idem. 4. §. ult. ubi vide Gothofr. in notis lit. l. & las. n. 1. & 6. & l. ult. ff. h. t. l. pen. ubi Salyc. C. eod. Jure tamen canonico datum pro justo judicio repeti posse non dubito. c. f. 14. q. 5. Vtriusque turpitudine quando versatur, res repeti non potest, veluti si pecunia detur, ut male judicetur. l. ubi autem. 3. & l. pen. ff. h. t. item si dederit fur, ne proderetur, vel in adulterio deprehensus redemerit se. l. idem. 4. in princ. & §. 1. ff. h. t. vide etiam l. cum te. 2. & l. mercalem. 5. C. eod. Ratio est, quod in pari causa possessor potior sit. d. l. 2. & l. pen. etiam si causa secuta non sit, quia est impossibilis. l. dictam. 8. C. de cond. ob caus. dat. & magis laudandus est, qui à maleficio turpiter à se promisso sibi temperavit. l. reprehendenda. 5. C. de inst. & substit. Donell. 14. comm. 25. Condiotio ob injustam causam est actio in personam, qua id, quod ex injusta obligationis causa præterita datum est, repetitur, veluti si ex stipulatione metu extorta aliquid datum sit. l. perpetuo. 6. & seq. ff. h. t. Magnific. Dn. Eric. Hedem. d. disp. 23. thes. 17.

T H E S I S I V.

Condiotio indebiti vel in genere capitur vel in specie. In genere accepta definitur, quod sit actio in personam, qua rem alteri indebite acquisitam repetimus. Ejusque species sunt; condiotio ob causam dati, causa non secuta, condiotio ob turpem causam, vel injustam, condiotio indebiti specialis, & condiotio sine causa. l. in summa. 65. ff. de cond. indeb. Magnific. Dn. Eric. Hedem. d. disp. th. 2. Cujac. in π. C. de cond. ob caus. dat. Condiotio indebiti in specie sic dicta est actio in personam qua id quod indebite errore vel dubio & incerto animo. l. ult. C. h. t. solutum est, repetita-

petitur. t. h. t. ff. & C. & §. 1. inst. quib. mod. re contrah. oblig. Dn. Hedeman. thes. 18.
 Pessime sane Edzard. Stamml in colleg. contract. disp. 3. thes. 5. definit conditionem
 indebiti per contractum re initum, quois cui per errorem solutum est obligatur ad
 restituendum id, quod sibi debitum non fuit. Quomodo enim causa per effectum
 definiti potest, vel effectus loco generis poni, cum effectus causam sequatur, spe-
 cies autem nunquam sine genere reperitur. 2. Inter genus & speciem, quod ge-
 neris essentiam attinet nihil interest, causa vero & effectus quia tales tam ratione
 genericæ quam specificæ essentia differunt. Errorem autem intellige facti non ju-
 ris l. iudex. 28. ff. h. t. l. si per. 6. & seq. C. eod. l. regula. 9. §. si quis. 5. ff. de jur. & fact. igno-
 l. cum quis. 10. C. eod. l. 8. in fin. ibi: si sciens. ff. & l. indebitum. 9. C. h. t. junct. l. leges. 9.
 C. de legib. Magnific. Præcept. Hermann. Vult. lib. 2. jurispru. Roman. cap. 13. circa fi-
 nem. Aram. disp. 15. exercit. 15. Hackelm. illustr. quæst. disp. 10. thes. 5. lit. b. & Cujac. in
 π. C. h. t. latissime Andr. Clud. in tract. de condict. in deb. cap. 1. nu. 14. & multis seqq.
 qui n. 42. 43. usq. ad num. 52. ubi ad multa contraria responder. Dissent. gl. in leg. 1. in
 verb. nunc videndum. ff. h. t. & in d. l. cum quis. 10. ubi Cyn. n. 12. Wesemb. in π. n. 9. ff. h.
 t. & las. in l. 1. n. 14. ff. h. t. quia condicens non suum, sed alienum petit, cum solven-
 do transtulerit dominium l. dominus. 53. ff. h. t. non enim quis rem suam nisi à fure
 vel raptore condicit. l. fin. ff. usufr. quem carv. l. 1. in fin. ubi gl. in verb. rem. autem su-
 am. ff. de condict. tritic. sc. quo ad dominium, non quoad nudam possessionem.
 l. indebiti. 15. §. sed & si. 1. ubi las. n. 2. ff. h. t. nec etiam hic agitur tam de re amitten-
 da, quam amissa. Neque hic error est in ipsa solutione, quo casu non transfertur
 dominium. l. dadi. 3. §. pen. ff. de condict. caus. dat. Sed in causa solvendi. Quare juris
 error merito nocet. l. juris ignorantiam. 7. ibi: sum vero petentibus, & l. seq. ibi: in
 damnis amittenda rei sua. ff. de jur. & fact. ignor. Donell. lib. 1. comment. cap. 21. 2.
 Quando plus debito per juris errorem solvitur, plus solutum esse non intelligitur.
 l. 1. C. ad l. Falcid. 3. Specialiter illud minoribus indulgetur, quod solutum per er-
 rorem juris repetere possint. l. fin. C. si advers. solut. Non resistit. si à patre. 5. C. h. t. &
 l. si pæna. 19. §. 1. ff. eod. utraque n. de errore facti loquitur, prima de emancipato, qui
 annum nondum præterisse putabat. Andr. Clud. in tract. de condict. in deb. c. 1. n. 34.
 altera de eo, qui se heredem institutam, vel sibi bonorum possessionem datam esse
 falso existimabat. Nec movet, quod leges sub hoc titulo collocatæ simpliciter &
 generaliter de errore loquantur, quare etiam de errore juris accipiendæ sint. arg. l.
 de pretio. 8. ff. de public. in rem. act. l. præses. 3. in fin. ff. de offic. præsid. Primo enim leges
 supra citatæ juris errorem excipiunt, ex quibus aliæ leges simpliciter loquentes ex-
 plicandæ sunt, maxime cum universi juris Romani corpus una quasi lex sit & in-
 civile, una tantum particula legis inspecta de tota judicare. l. incivile. 24. ff. de legib.
 2. Erroris verbum in jure prolatum errorem facti denotat. arg. d. l. 9. §. pen. ff. de jur.
 & fact. & l. Servius. 4. ff. quod vi aut clam. junct. l. plurimum. 3. in princ. & fin. ff. de
 jur. & fact. ign. & ideo licet nusquam error juris exciperetur, leges tamen simplici-
 ter de errore loquentes ad facti errorem restringendæ essent. arg. l. non aliter. 69. in
 princ. ff. de legat. 3. ita eleganter responder Magnific. Dn. Eric. Hedeman. d. thes. 18. lit.
 a. Dixi dubio & incerto, quia errori similis est dubitatio l. fin. C. h. t. l. si quis. 2. in pr.
 ff. eod. l. quod si forte. 14. in princ. ff. de solut. l. utile. 2. ff. quis ord. in poss. serv. l. fin. §. fin.
 autem

autem. 2. C. de furt. & serv. corrupt. Ias. in l. 1. nu. 25. ff. h. t. & in l. possideri. 3. §. genera. 25. n. 27. ff. de acquir. vel am. poss. Vid. l. quod & lex. 3. §. is qui. 6. & seq. ff. de lib. hom. exhib. quæ est motus intellectus in utramque partem contradictionis cum formidine determinandi alteram. Sic dubitatio nihil positivi habere videtur præter apprehensionem propositionis, sed privationem assensus utriusque. Oritur hæc condiotio, ex quasi contractu. §. is quoq. 1. inst. de oblig. quare contrah. & §. pen. inst. de obligat. quæ ex quas. contr. ubi Imperator, ut ostendat eam non ex vero contractu nasci his verbis utitur, ut si certiore rationem sequamur magis ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatio. Nam in quasi contractu contrahentes nihil contraxisse dicuntur. §. item. 3. inst. d. t. l. heredes. 25. §. non tantum. 16. ff. fam. hercisc. Sed q. contractus per juris præsumptionem elicitur. Ut ergo demonstret, non esse verum contractum, ait magis ex distractu, quam ex contractu censerem accipientem obligatum, si quis nempe id, quod expresse agitur, & mentem dantis intueatur, non id quod tacite, ut si solventem non obligatum fuisse appareat, restituatur id, quod solutum est. Non igitur Iustinianum pinguius locutum esse cum Bachovio statuendum est. Eodem modo accipiendum est, quod Gaius ait in l. si quis. 5. §. is quoq. 3. ff. de O. & A. ubi negando contractum non excludit quasi contractum. Injuriam ergo atrocem imperatori & Gaio Donellus infert, dum inquit, inepte eos colligere accipientem obligatum esse potius ex distractu, quia distrahendæ obligationis causa solutum est, cum per rerum naturam non possit esse distractus, nisi obligatio, quæ distrahatur, præcesserit; Non enim, dicunt, quod numerans vere distrahat, sed quod distrahere voluerit. Quod tamen ex eo non satis probat Hilligerus, quod Imperator illam conventionem inter q. contractus refert, quo dissimilius & repugnantius nihil quam distractus quasi enim contractus dicitur ratione eius, quod facile agitur, quæstio autem de distractu hic instituitur ratione eius, quod expresse. 2. Omnis verus contractus ex vero, quasi contractus ex præsumpto oritur, consensus hic autem non verus sed præsumptus tantum consensus est, quod negati nequit. 3. Ex contractu vero alteri, quam qui contraxit nulla obligatio quæri potest l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. ff. de V. O. Accipiens autem indebitum sæpe non obligatur ei, qui solvit sed alii sine ulla actionum cessione, qui nec ipse solvit, neque eius nomine solutum est l. si quis. 2. §. si quid. 1. & l. seq. ff. h. t. 4. In contractu reali duo requiruntur, numeratio & expressa conventio de obligando l. non omnibus. 19. in princ. ff. de reb. cred. 5. Actio ex contractu vero datur in solidum, condiotio vero hæc non ultra, quam accipiens locupletior l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. h. t. 6. Condiotio hæc & obligatio extra id, quod agitur, nascitur l. is qui. 13. in fin. ff. commod. ex æquo & bono l. in summa. 65. §. quod ob rem. 4. & l. seq. ff. h. t. E contractibus vero veris obligatio propria sua natura & vi non ex æquitate descendit. Magnif. Dn. Eric. Hedem. d. disp. thes. 19. lit. c. Magnific. Herm, Vult. ad. d. is quoque. 1 & ad. d. §. pen. ubi Nicas. Hubert. Giphon. & alii. Cujac. 8. observ. 34. Bachov. in notis ad Treutler. volum. 1. disp. 22. thes. 4. lit. b. & de Actionib. disp. 4. thes. 15. Hillig. in notat. ad Donell. lib. 14. comment. cap. 16. & 17. latissime Clud. in d. c. i. nu. 67. usq. ad n. 104. ubi vide. Diss. Donell. ibid. & Edzard. Stamml. in colleg. contract. disp. 3. thes. 6. & seq. Obicit Donellus, quod in solutione indebiti insit negotium. l. si in area. 33. ff. h. t. Rg.

h. t. Respondet Bachovius, consequentiam plane vitiosam esse, cum enim in omni contractu negotium sit vel causa, etiam in quasi contractu negotium inesse oportere, qui species est contractus generice sumpti. Quam responsionem evertere videntur. §. tutores. 2. ibi. nullum enim negotium. §. heres. 5. ibi. ullum. negotium. in §. de oblig. qua ex quas. contr. Sed notandum est, negotium interdum accipi pro causa & vi pariendi obligationem l. juris gentium. 7. §. sed etsi. 2. ff. de pact. in hac significatione semper subest negotium, quando quasi contractum est: de tali negotio intelligenda est d. l. 33. interdum negotium notat tractatum aliquem habitum a contrahentibus, de quo negotio loquuntur dd. §. vel etiam conventionem & obligationem. §. pen. in §. de obl. qua ex quas. contr. Vix autem est, ut d. l. 33. illam interpretationem patiantur, cum causa sive vis pariendi non contrahi dicatur, sed subesse d. §. sed etsi. 3. negotium vero, cuius mentio fit in d. l. 33. dicitur contrahi. Aliter responder Hilligerus iniquiens, quod aliquid negotii sit, respectu sc. eius, qui in aliena area ædificat, qui nec ex vero nec ex q. contractu obligat alterum, illud autem quod adiicit, plane ad rem non pertinet, quod nempe negotium geratur etiam in quasi contractibus. r. r. ff. de C. de neg. gest. cum Juliano in d. l. 33. idem sit negotium contrahi quod negotium geni. Puto in d. l. negotium notare tractatum aliquem, qui vel natura sua vel legis interpretatione obligationem & actionem producit, Alterum argumentum Donelli quod eadem sit vis taciti & expressi valde infirmum est, quia maxima illa obtinet saltem in iis, quæ sunt de natura actus. l. cum quid. 3. ff. de reb. cred. & ratione effectus, cui argumento alias plene satisfecit Bachov. d. thes. 15. Ratione tamen effectus cum mutuo convenit, nam sicut mutuum non intelligitur celebratum nisi numeratione facta, ita nec indebiti solutio, & sicut in mutuo ita etiam in indebito periculum ad accipientem spectat. l. dominus. 53. ff. h. t. & l. si filius familias. 14. ff. de reb. cred. Vid. And. Clud. in d. tract. c. 2. n. 70. & seq. usq. an 80. unde Cujacius indebitum solutum promutuum vocat quæ ratio juris compositores permovit indebiti solutionem materiis contractuum realium inferere. Indebitum hic intelligitur primo quod omnino non debetur l. si non sortem. 26. §. indebitum. 3. l. in summa. 65. §. fin. ff. h. t. Secundo quod supra debitam quantitatem solutum est d. l. 26. §. Marcellus. 5. quo casu is solum reperit, qui suo l. si quis. 5. §. idem. 2. ff. de liber. leg. d. §. 5. non qui alieno nomine solvit, l. si is. 11. ff. h. t. ubi gl. & Salyc. Tertio quod debetur sub conditione, quæ an exitura sit, incertum est. l. sub conditione. 16. in pr. & l. quod si ea. 18. ff. h. t. vel in diem omnino incertum d. l. 16. §. 1. incertus enim dies vim conditionis habet, utiq; si dubiteretur, an unquam exiturus sit l. dies incertus. 75. ff. de cond. & demonstr. l. talis. 30. §. sed & si. 4. ff. de leg. 1. l. cum testator. 8. C. de test. manum. Si autem dies quidem incertus sit, eum tamen omnino exiturum certum sit, debitum subest ac ac proinde conditio indebiti cessat l. nam si. 17. ff. h. t. junct. l. 1. §. dies. 2. ff. de condit. & demonstr. arg. l. sufficit. 56. ff. h. t. Magn. Dn. Eric. Hedem. semestr. disp. 23. th. 20. lit. c. gl. in d. l. 17. in verb. nam & si. Salyc. in d. l. 16. n. 2. Ant. Fab. 4. conject. ult. Vid. Andr. Clud. in d. tract. c. 2. n. 9. & seqq. ubi contraria diluit, quæ valde levia sunt ita ut quilibet facile falsitatem in illis deprehendere possit. Diff. Cujac. 13. observ. 20. qui in d. §. 1. negationem addendam esse existimat. Quarto quando non debitum solutum est pro eo, quod debetur l. si poena. 19. §. pen. ff. h. t. Quinto quod alii debetur, alii solvi-

vitur d. l. 65. ult. Sexto quod alius debet alius solvit d. §. ult. & d. l. 19. §. quamvis. I. dummodo proprio nomine solvat, non alieno l. repetitio. 44. ff. h. t. & l. de hereditate. 5. C. de petit. hered. gl. in d. §. 1. in verb. repetere poterit. & ibid. Salyc. n. 2. Illud etiam non improbabiler statui potest, quod dicti textus non de debito mere & pure tali, sed de eo quod proprietatem rei alicujus concernit, loquantur, quale versatur in deposito & comodato, quæ res si ab alio, quam ab eo, qui rem restituere debet, restituatur, nulla ei repetitio datur arg. l. bona fides. 31. §. incurrit. 1. ff. de pos. quia iniquum est, aliquem ad tempus re sua defraudari, quam recepit, & contra juris rationem non licere adversus eum rem retinere, à quo peti potuit. arg. l. si in area. 33. 33. ff. h. t. & l. plano 38. ff. de peti. hered. Sed ab eo, qui restituit rem ea peti potuit, nullus enim rem restituere potest, nisi prius rem teneat ab omni autem, qui rem tenet, eam vindicare possumus arg. l. officium 9. ff. de rei vind. Septimo quod jure civili quidem debetur, sed propter exceptionem aliquam perpetuam exigi nequit, si in favorem debitoris non in odium creditoris comparata sit qualis est exceptio S. C. t. Macedoniani l. sed si. 9. §. & hi. 4. ff. ad S. C. Macedon arg. l. si is. 24. l. si non sortem. 26. §. indebitum. 3. & §. adeo. 7. & l. qui exceptionem. 40. in princ. ff. h. t. quia cui exceptione illa succurritur natura nihilominus debet d. l. 19. in pr. & l. quia. 10. ff. ad S. C. Maced. Magnif. Dn. Eric. Hedem. d. thes. lit. h. R. ario rationis est, quod odia sunt restringenda, favores ampliandi, vel quod tota obligatio improbetur, quando in favorem introducitur l. si mulier. 16. in fin. ff. ad S. C. Vellejan. & ideo ne quidem naturalis obligatio oritur l. non dubium. 5. C. de leg. quando vero in odium, effectus tantum obligationis tollitur, & debitor actione liberatur. d. §. & hi. 4. & l. 1. in pr. ff. de senatusc. Mac. quare dubium non est, remanere obligationem naturalem. Unde concluditur, quod si is, qui exceptionem doli mali habet, solvat, possit illud repetere. l. se debere. 7. ff. de condi. caus. dat. est enim in favorem debitoris introducta pr. junct. §. 1. inst. de except. cum potissimum persona decepti consideretur, cui subveniri æquissimum est & favorabile, ne melior conditio delinquentis sit, æquitas autem maxime, in hac condiotione consideratur quia ex æquo & bono nascitur. l. 66. ff. h. t. 2. Deficit ratio supra allata, dolo enim deceptus non natura, sed juris subtilitate est obligatus l. si quis. 36. ff. de V. O. nam naturalis obligatio vinculum æquitatis l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff. de sol. est autem contra naturalem æquitatem cui dolum suum prodesse. l. 1. §. 1. ff. de dol. & met. except. 3. Si errore solo decepto datur condiotio, quanto magis ubi machinatio adversarii intervenit. Quod intelligo tam de exceptione doli ab initio commissi, quam de ea, quæ ex postfacto nascitur, quæ vel subrogatur in locum exceptionis intentionis vel facti, quod in priori exceptione doli eo verius est, quo major in illa dolo elucescit ut ita valde labi videatur Salyceus, qui in illa tantum repetitionem soluti negat. Magnif. D. Eric. Hedem. d. disp. th. 21. lit. d. Donell. 14. comm. 12. Bachov. tract. de Actionib. disp. 4. th. 17. Diss. Ias. in d. l. 7. n. 2. & in d. l. 40. nu. 1. Clud. in tract. de cond. indeb. c. 8. nu. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. & 99. & comm. Dd. aliter diff. Salyc. in d. l. 7. n. r. Rationem reddunt diversitatis differentias inter exceptionem S. C. t. Macedoniani & hanc, quod illa juris rigore contra rationem naturalem sit inducta, ubi solvens de lucro tractat, hæc vero secundum rationem naturalem, & agitur de damno vitando. Verum non existimo contra

ratio-

rationem naturalem exceptionem SCti Macedoniani esse introductam, cum illa parere parentibus *l. veluti 2. ff. de i. & l.* omnemque peccandi materiam removeri præcipiat & insidiari parentibus vetet, quo nomine exceptio illa inducta est. Et hæc de speciebus indebiti, quæ ad tres species reduci possunt, indebitum nempe naturale civile & mixtum. Quæ omnia ad definitionem explicandam proponi debuerunt, Nunc maioris declarationis ergo subiicienda est divisio, alia enim est condictio certi alia incerti. *Cujac. in r. C. h. t. Pac. ad l. 2. nu. 8. C. h. t. Clud. de cond. indeb. c. 2. nu. 56.* Condictio indebiti certi est, quæ res certa indebite soluta vel promissa condicitur. *l. 3. & seq. C. h. t.*

T H H S I S V.

Competit conditio indebiti ex his omnibus causis, quæ jure non valuerunt vel non habuerunt effectum. *l. ex his 54. ff. h. t.* quæ lex teste Bartolo, summam huius materię continet. Per causas intelliguntur omnes contractus veri vel quasi, & omnia negotia, ex quibus quidem quid deberi potest, sed tamen certis casibus non valuerunt vel non habuerunt effectum, loquitur enim Jctus de causis inutilibus & inefficacibus, non quatenus natura, sed ex accidenti sunt tales. *l. dominus 53. l. exceptionem 40. in pr. l. si quis 2. §. 1. & seq. l. 15. cui. 34. & simil. ff. h. t.* Non igitur admittendū est, quod ait *Clud. in tract. de cond. indeb. c. 3. n. 2.* quod causæ hic quasi & improprios contractus denotent cum indebitum sit quasi contractus, quia non loquitur Papinianus de uno quasi contractu, & de una causa, sed de omnibus non autem ex omnibus q. contractibus hæc conditio descendit sed ex indebito tantum, non igitur de causis pariendi obligationem & actionem, sed de causis debendi lex intelligenda est, ex quibus mediante per errorem facti solutione obligatio & consequenter hæc conditio oritur, quod ipsa lex evidenter demonstrat *ibi secuta per errorem solutione. 2.* Non possunt q. contractus inutiles & nulli producere obligationem, quæ mater est actionis personalis *l. licet 42. §. ea obligatio 2. ff. de proc.* Sed inquit *Cludius*, illud certum esse, quod si causa utilis, & efficax adfuerit, firmusque in contrahentes contractus initus sit condictioni locum nullum esse, cum obligatio, quæ inde oritur condictionem indebiti impediatur, indebitumq; solutum dici nequeat. Quibus verbis vel sibi contradicit, vel quasi contractum inefficacem infirmumq; esse falso asserit, cum obligationem & actionem pariat, & indebitum solutum simpliciter consideratū male quasi contractum esse affirmat, non enim absolute est talis conventio, sed ex hypothesi erroris & deficientis obligationis quæ per solutionem perimatur. Datur conditio ERRANTI in facto, ut supra dictum est, & DUBITANTI, quod amputato legum latorum certamine hodie nullam recipit dubitationem, *l. ult. C. h. t. ubi Salyc. facit. l. 1. in pr. ff. de leg. 3. l. qui in testamēto 14. in fi. & l. seq. ff. qui test. fac. poss. l. non debet. 41. §. 1. ff. de R. I. ratio enim, quæ condictionem impedit, nimirum donationis præsumptio hic cessat, qui enim animo titubanti & incerto solvit, donare non videtur, ideoq; soluti repetitio est. *Clud. in d. tr. c. 5. n. 3. & 4.* maxime cum magis injusta & fatua causa præsumatur quam donatio. *l. cum de indebito 25. in pr. ff. de prob. Wesenb. in r. n. 6. ff. de don. Ias. in l. Labeo 2. n. 4. ff. de pact. TUTORI. l. ult. §. tutor. 2. ff. h. t. utilis sc. non directa. l. si proc. §. fin. eod.* cum pupilli nomine negotium gestum sit, aliquando tamen non tutori, sed alii conditio*

dictio competit, veluti pupillo, si pubes factus solutionem ratam habuerit. *l. cum indebitum. 57. in pr. ff. h. t. Clud. d. c. 5. n. 72. & seqq.* ad quam legem *gl. ib. in verb. cum indebitum.* male responderet, quod factum tutoris lex interpretetur impuberis, quia ut recte ait *las. ibid. n. 1.* hoc verum est, cum rem impuberis utiliter gerit, non cum jaetat, *arg. l. qui fundum. 71. §. si tut. 3. ff. pro empt. sed solvendo indebitum jaettare dicitur. l. cum de indebito. 25. in prin. ff. de prob. Diss. Sal. in d. l. 6. n. 5. varie distinguendo.* Quibusdam autem personis generaliter repetitio datur, ut fur oso prodigo & pupillo, siue errore facti, siue errore juris indebitum solutum sit. *l. interdum. 29. ff. h. t.* quia ut in *d. l. 29.* dicitur persona magis repetitioni locum facit, quam justus error, quod de pupillo repetitur in *l. quod pupillus. 41. ff. eod.* ubi eius juris ratio redditur, quod nec natura debeat. Minori autem non jure communi, sed per beneficium restitutionis in integrum repetitio decernitur, si per juris errorem solverit. *leg. fin. C. si advers. solut.* Contra eum datur, cui quoque modo soluta est res, licet aliis proficiat *leg. his solis. 49. ff. h. t.* personalis enim hæc actio non in rem scripta, ideoque sequitur personam non rem, ut alia actiones personales *leg. ultim. §. ultim. ff. de contrahen. empt.* quare in singularem successorem ea non datur *d. §. fin. argum. leg. 1. §. si heres. 16. ff. ad SC. Trebellia. lajon. in d. leg. 49. num. 1.* neque in dominum, si sine mandato vel ratihabitione non secuta procuratori solutum sit. *leg. si procurator. 6. §. pen. & leg. cum indebitum 57. §. creditor. 1. ff. h. t. leg. si indebitum. 16. in prin. ff. rem rat. hab. Magnific. Dn. Eric. Hedeman. d. disputat. thes. 24. lit. b. Vid. Clud. in d. tract. cap. 6. numer. 18. & multis seqq.* Ex æquitate tamen, quæ hanc condiotionem peperit. *leg. hæc condiotio. 66. ff. h. t.* in subsidium (hoc est, quando accipiens non est solvendo) aduersus eum, cui solutio profecit, datur. *argumen. leg. si eum servum. 23. & leg. si & me. 32. ff. de reb. cred. Salyc. in d. leg. 49. ubi vide.* Veniunt in hanc actionem omnes res tam corporales, quam incorporales, ita tamen ut res corporales condiotione indebiti certi petantur, & de illa omnes leges accipi debent in quibus de rei corporalis indebite solutæ repetitione agitur, res vero incorporales condiotione incerti, de qua *leg. si fundi, tel. sed & si 22. §. fin. leg. indebiti. 15. §. sed & si. 1. leg. qui exceptionem. 40. §. si pars. 1. ff. h. t. leg. heres. 21. ff. ad SC. Trebell.* quibus non obstat *leg. si in area. 33. ff. h. t.* quia in illa condiotio ideo locum non habet, quia nullum ibi negotium contractum, ex quo illa oriri possit: Aliter ad illam legem Respondet Cludius in *d. tr. c. 7. n. 7. & 8. qui eam ad certi condiotionem restringit. Neq; l. ex quib. 51. ff. eod.* quæ de retentione facti non juris loquitur. *l. quod dicitur. 5. §. pen. ff. de impen. in res dot. d. l. 40. §. 1. & l. servus. 30. in pr. ff. de act. empt. Veniunt quoque in hanc actionem omnes accessiones naturales. l. indebiti. 15. in pr. l. si non sortem. 26. ff. libert. 12. & l. in summa. 65. & 5. ff. h. t. perceptæ non percipiendæ d. l. 15. in pr. l. videamus. 38. §. & quidem 2. ff. de usur. deductis impensis. d. §. 5. & d. l. 33. non tamen usuræ pecuniæ solutæ. l. 1. C. h. t. & l. quamvis. 3. C. de usur. Effectus condiotionis est, quod ea dominium *argumen. l. interdum. 29. & leg. indebitam. 47. ff. h. t.* cum accessionibus, vel possessio *d. leg. 15. §. 1.* condicatur. Deinde ut res eiusdem bonitatis. *leg. in summa. 65. §. in frumento. 6. ff. h. t.* si quantitas, vel ipsum reddatur, si species soluta sit *leg. quod indebitum. 7. ff. h. t. argumen. leg. fin. in fin. ff. de præscript. verb.* Impedit condiotionem indebiti naturalis obligatio. *leg. naturali.**

iter. 13. in princ. leg. si quod 64. ff. h. t. quia ex æquo & bono introducta est *d. leg. 64. leg. in summa. 65. §. quod ob rem. 4. & leg. seq. ff. eod.* quæ ratio cum etiam in ea obligatione naturali, quæ antidotalis appellari consuevit, obtineat de ea idem iudicandum erit. 2. In genere dicitur obligationem naturalem conditionem indebiti impedire, sed antidotalis est obligatio naturalis. *leg. sed & si. 25. §. consuluit. 11. ff. de petit. hered. quam legem male Donell. 12. comment. 2. & Arum. 12. exercit. 5.* Sic interpretantur, ut naturaliter obligari idem sit quod sensu & affectu à natura insito, quo benefactoribus bene volumus, unde *J. C. tum non simpliciter dicere aiunt, sed sub conditione, si quid præstare velit, cum in d. §. 13. dicatur, eum ad remunerandum obligari.* Primo enim omnis obligatio necesse est ut sit juris vel civilis vel naturalis vinculum, quo quis ad aliquid astringitur, uti ipsum nomen indicat, quare ex arbitrio alicuius dependere non debet, & quamvis ad remunerandum quis cogi non possit firmiter tamen jure naturæ obligatus est. 2. Naturalis obligatio vinculum æquitatis est, quo solo sustinetur. *leg. Stichum. 15. §. naturalis. 4. ff. de solut. at æquitas summa suadet, ut benefactoribus benefaciamus. argumen. l. ut vim. 3. ff. de l. & l. 3.* Naturali obligationi ex pacto principaliter conventio partium causam dat, licet æquitate naturali sustineatur, antidotali vero principaliter, æquitas naturalis illa ex pacto oritur propter æquitatem *leg. 1. in princ. ff. de pact.* hæc vero ex æquitate propter beneficium unde magis proprie naturalis obligatio vocatur. 4. Si naturaliter obligari esset, obligari sensu & affectu à natura insito, ad omnem creaturam pertineret illa obligatio, quod absurdum est, siquidem non alio spectant, naturalis legis præcepta & obligationes, quam ut honestatem & justitiam tueantur, quæ solis hominibus conveniunt, & cæteris animantibus plane incognitæ. *Vid. Albert. Bolognesi. de leg. jur. & æquit. cap. 5. & Fort. Garc. in leg. 1. §. jus naturale. 3. numer. 58. & seq. ff. de l. & l. coras. in leg. frater à fratre. 38. numer. 25. 26. & 27. ff. h. t. Diff. Accurs. in dict. §. 11. in verb. obligaverint. Zas. in leg. 1. numer. 42. ff. de l. & l. 1. & Dd. comm. 5.* Mala est collectio Arumæi, dicitur obligatus ad remunerandum, ergo est obligatus sub conditione illa, siquid præstare velit. 3. *leg. si pignore. 54. §. eum qui. 1. ff. de furt.* ubi dicitur, speciem lucri esse ex alieno largiri, & beneficii sibi debitorem acquirere, cum igitur debitor sitis, cui donatur, consequens est, ut alicuius obligationis ratione debitor, at certe in illa specie nullius nisi antidotalis. Deinde si lucrum est beneficii debitorem acquirere, obligatio antidotalis non plane effectibus destituta erit, maxime cum furti actio gravis sit & famosa, in qua lucrum non improprie & eventualiter accipi debet. *argumen. c. odia. de R. l. in 6. 4.* Servus naturaliter obligatus si manumissus vel nomine eius alius solvat, non repetit *leg. naturaliter. 13. in princ. ff. h. t.* & tamen ea obligatio omnibus aliis juris effectibus denudata est, cum secundum ius civile servus pro nullo *leg. quod attinet. 32. ff. de R. l. & mortuo habeatur arg. §. cum autem. 5. Inst. quib. mod. jus patr. pot.* Naturalis etiam obligatio, cuius ratione dominus tenetur conditionem impedit *leg. si quod. 64. ff. h. t.* quæ juris civilis effectibus caret, quia eius fictione persona servi persona domini est, qua ratione servus stipulari & alios juris civilis actus peragere possit, impossibile autem est ut idem sit qui debeat, & cui debeat. Quare minus recte

Bachovius, quod naturalem obligationem impedire repetitionem dicitur, ad eam restringit quæ certas & non leves jure civili habet effectus. 5. Licet in thesi & generatim difficilis sit definitio, quid ex beneficio debeatur, in hypothese tamen hoc secundum qualitates & circumstantias semper certum est, saltem natura. 6. Obligatio hæc antidotalis utpote incerta quamvis ab initio non habeat exceptionem, tamen postquam simili beneficio soluta est naturalis illa obligatio, jam quod in genere debebatur specificum est, & sic ad exceptionem producendam valida. Fortun. Garc. d. loc. numer. 61. improbandum igitur est, quod dicit. Iason. in leg. ex hoc jure. 5. numer. 74. ff. de instit. & jur. & in leg. si non sortem. 26. §. libertus. 12. numer. 6. & 7. ff. h. t. quod tunc impediatur hæc obligatio, quando certam speciem respicit, quia non inspicimus tempus contractæ obligationis antidotalis, sed solutæ, quo tempore debitum in specie verificatum est. 7. Quia eadem solutio operaretur aliâs liberationem & repetitionem, contra leg. si non sortem. 26. §. si centum. 4. & §. si decem. 13. ubi Iason. numer. 2. & leg. si fidejussor. 59. ubi Iason. numer. 1. ff. h. t. 8. argumen. leg. si pater. 34. in fin. ibi: irrevocabilis. ff. de donat. junct. leg. fin. C. de revoc. donat. 9. Non omnis donatio, neque omne beneficium, sed donatio proprie dicta, quæ propter nullam aliam causam fit, quam ut liberalitatem & munificenciam exerceat, nullo jure cogente fieri dicitur leg. 1. junct. leg. donari. 29. in princ. ff. donat. leg. Aquilius. 27. eod. & leg. si vero. 12. in princ. ff. mand. 10. l. idemq. 10. §. de fin. ff. mand. ubi fideiussori, cui remunerandi debitum principale remissum est datur adversus principalem actio mandati quæ non daretur, si remuneratio illa revocari posset. Didac. Covarruv. in cap. cum in officiis. numer. 10. extr. de testamen. Fortun. Garc. d. loc. numer. 61. 64. & seqq. & Guilhelm. Forster. tractat. Justin. disputat. 9. thes. 4. Diss. gl. in d. leg. 5. in verb. obligationes. Covar. in leg. frater à fratre. 58. numer. 28. & 29. Wesenbec. in π. numer. 5. ff. de O. & A. Pinell. ad leg. 1. part. 3. numer. 63. C. de bon. matern. Iason. in l. cum is qui 32. §. fidejussor. 1. num. 2. ff. h. t. aliter diff. Iason. d. numer. 74. qui cum demum repeti non posse existimat, quando illud idem in individuo, propter quod contracta est antidotalis obligatio solvitur per leg. si testamento. 49. §. ex duobus. 1. ff. de reb. fidejuss. quem sequitur Crott. in d. leg. 38. numer. 28. ubi etiam post Cyn. ad d. leg. 5. numer. 9. illud admittit in illa obligatione ad antidota, quæ in præcepta juris civilis redacta est, cuique per officium judicis necessitas imponitur per leg. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. h. t. Aliter Bachov. in notis ad Treutl. volum. 1. disput. 22. thes. 6. lib. & in tractat. de Actionib. disput. 4. thes. 16. distinguendo solvitur simpliciter, an vero remunerandi causa. Quam distinctionem non confirmat leg. idemq. §. fin. ff. mand. quia speciale est in fidejussore ratio specialitatis est, quod cum fideiussori quid datur vel remittitur, incertum est, fidejussoris gratia, an vero considerata persona principali illud fiat. Certe illud constat si donatarius solvat, putans se efficaciter ad hoc obligatum esse non repetere, cum per juris ignorantiam solvat. Quod autem dictum est naturalem obligationem impedire repetitionem, quidam ita demum verum esse existimant si errore juris solutum fuerit, secus si errore facti. Alii naturale debitum per errorem quemcunque solutum repeti non posse aiunt. Salycet. in leg. cum quis. 10. numer. 3. C. de jur. & fact. ignor. distinguit, quod si naturalis obligatio sit sola ab initio cesset

cesset omnino repetitio, quod si concomitantiam habuisset cum civili distinguit: aut desit esse civilis factio hominis, & non repetitur: aut ex legis dispositione, & tunc facti errore solum repetitur, non errore juris. De qua distinctione quis non immerito dubitare posset, cum nulla appareat eius solida ratio, cur concomitantia civilis obligationis faciat, ut magis repetatur id, quod solum est, & cur magis hic factum hominis quam dispositio legis operetur. Hæc animadvertens Bachovius in tractat. de Actionibus. d. thes. 16. alio modo hanc controversiam dirimere conatur, distinguendo inter obligationem naturalem ex conventionem, cui jus civile assistit non quidem effectum agendi sed plurimos alios effectus tribuendo, & eam, quæ ex simplici jure gentium descendit citra conventionem aut aliâs à jure civili destituitur, quinimo infirmatur & aliquando improbat. Cui distinctioni possunt obiici ea, quæ supra allata in ratione quarta, & multa ex iis, quæ ipse Bachovius proponit. Ego existimo distinguendum esse inter obligationem naturalem, quæ à jure civili certos effectus habet, quæ absolute conditionem impedit sive ex conventionem, sive citra eam nascatur & obligationem, quæ effectibus illis destituta est & tunc etiam nulla conceditur repetitio, nisi id, ex quo illa obligatio oritur, jure civili sit vel infirmatum vel improbatum ratione ipsius conventionis sive actus vel eorum, quæ ad illum actum vel conventionem necessario requiruntur, non ratione certæ alicuius personæ, quæ actum gerit, vel contrahit. Nihil impedit leg. fin. ff. de SC. Macedon. non enim eadem ratio est exceptionis SCti Macedoniani & conditionis indebiti. d. leg. fin. junct. item. 7. §. fin. & leg. sed si. 9. §. fin. & seq. ff. eod. Vid. Bachov. d. loc. & Salyc. in d. leg. 10. Hinc deducitur fratrem à fratre, si in potestate constituti contraxerint, post mortem patris solvens repetere non posse cum naturaliter sit obligatus. leg. frater à fratre 38. ff. h. t. naturalis enim obligatio patri non acquiritur, cessat enim in illa ratio propter quam obligatio civilis acquiritur, natura enim alius est pater, alius filius, jure vero civili pro cura personæ habentur. leg. ultim. C. de impub. & al. substit. §. si quis. 4. Inst. de inutil. stipulat. 2. Acquisitio obligationis effectus patris potestatis est, quæ cum jure civili sit ad obligationem naturalem non extenditur. 3. Potestas dominica, ut supra dictum est, non potest impedire naturalem obligationem, quamvis juris gentium sit. §. 1. Inst. de his qui sui vel alien. jur. multo minus ergo potestas patris impedit. Vid. Iason. Salycet. & Hotoman. ad d. leg. 28. & Bachov. volum. 1. disputat. 22. thes. 9. lit. b. Cujac. tractat. 9. ad African. Duarenus. 14. comment. 19. & ibid. Hilliger. in rotari. Anton. Faber. 20. conject. ultim. & alii. Cessat etiam conditio illa, si quis sciens indebitum solvat. leg. 1. §. 1. leg. si is. 24. & leg. si non sortem. 26. §. indebitum. 3. ff. h. t. l. cuius. 53. de R. I. etiam si ea mente solverit, ut solum condicere possit leg. quod quis. 50. ff. h. t. item si quid pietatis contemplatione datum sit leg. cum is. 32. §. mulier. 2. ff. h. t. vel ex causa jurisjurandi leg. non erit. 5. §. dato. 2. ff. de jurejurand. transactionis. leg. in summa. 65. §. & quidem. 1. ff. h. t. & rei judicatz. leg. si fidejussor. 59. & seq. ff. eod. & si ea soluta sint quæ per inficiationem in lito crescunt. leg. ea qua. 4. C. h. t. ult. inst. de oblig. qua ex quas. contr.

Conditio sine causa est actio in personam, qua id, quod sine conservante causa ex bonis nostris reperitur, repetimus: *leg. 1.2. §. 4 ff. h. t. Magnific. Dn. Eric. Hedeman. semestr. disputat. 23. thes. 33.* Ita demum ergo condici posse constat, si quid ex non justa causa ad aliquem pervenit, vel redit ad non justam causam. *d. leg. 1. §. 1.2. §. 3* Quae actio generalis est, & datur ei, qui sine causa dedit vel promisit *leg. 1. in princ. §. leg. fin. ff. h. t.* contra eum qui accepit, vel cui promissum est *leg. 1. §. fin. eod.* Conditur autem vel totum, si totum sine causa datum sit, vel pars, si plus debito datum sit nam tunc condicitur id, quod debitum excedit *leg. si non sortem. 26. §. idem. §. §. seq. ff. de cond. indeb.* sicut si quis majorem obligationem suscipiat, quam eum suscipere oportuerit, non liberationem totius obligationis condicere potest, sed in hoc agere ut exoneretur. *leg. quod sine causa, 3. ff. h. t.*

F I N I S D I S S E R T. I I.



DIS-



DISSERTATIO TERTIA.

De

CONDICTIONE FURTIVA, EX LEGE,
ET TRITICARIA.

Resp. Johanne Georgio Goehusen VVestph.

T H E S I S I.

CONDICTIONE furtiva est conditio, qua rem nobis furto ablatam petimus. Eaque duplex est certi vel incerti. Certi cum res furtiva certa est. Incerti cum res incerta est. *Magnific. Dn. Hermann. Vult. ad §. sic itaq. 14. n. 5. inst. de Action. Vid. Bachov. de Actionib. disp. 4. thes. 23.* Quæ secundum quosdam non ex furto, sed eius occasione oritur, quorum opinio proculdubio falsa est, est enim occasio oportunitas temporis vel facti casu proveniens, adjunctum non necessarium, varium & immutabile, non igitur furtum condictionis hujus occasio est, aut si est, non alia erit, quam mors occasio capiendi in donationibus mortis causa, & traditio rei alienæ occasio usucapionis. 2. Occasio nusquam refertur inter modos contrahendæ obligationis nedum producendæ actionis. 3. Aliud est occasio, aliud veritas. *l. famosi. 7. §. hoc tamen. 3. ff. ad l. Jul. majest. ex veritate autem non ex occasione actiones metiri debent.* Alii vero contendunt, condictionem furtivam oriri ex variis causarum figuris unde eam anomalam vocant *gl. in l. si pro fure. 7. §. quæ in herede. 3. ibi: successoribus. ff. h. t. Angel. Aret. in §. 1. n. 6. & ibid. alii. inst. de Actionib.* quorum sententiam sic explicat *Salyc. in d. l. 7. §. conditio. 2. n. 4.* quod ratione actoris oriatur ex dominio ratione rei ex delicto, quem sequitur *Duaren. c. 1. h. t.* Cui obiicitur 1. Quod nullus sit, qui statuat, præter actionem finium regundorum, communi dividundo, familiæ eriscundæ, & petitionem hereditatis dari actionem aliquam origine mixtam, quæ partim ex dominio, partim ex obligatione descendat, & solent etiam ij Dd. qui mixtas actiones admittunt, communiter negare, petitionem hereditatis esse mixtam, quod *Gomesius* ex hac ratione (quam à nemine ante se inventam esse ait) probat, quod illa actio non sit enumerata in §. *quadam. 20. inst. de Actionib.* quæ ratio cum etiam in hac condictione obtineat, idem etiam juris erit. *Vid. vol. 1. diff. 14. thes. 1.* Necessè est igitur illam nasci vel ex dominio tantum vel ex obligatione tantum, ne absurde statuatur, esse actionem aliquam, quæ nec personalis, nec realis est, contra *d. §. 1. 2.* Una obligatio unave actio in specie accepta non magis ex variis causa-

G

RUM

rum figuris nasci potest, quam dominium accipi, est enim primitus omnium obligationum & actionum jus inventum ut una quæque ex sua suæ causæ figura censeretur, fac. l. & an eadem. 14. §. actiones. 2. ff. ubi Gothofred. in notis & l. singulis. 6. ff. de except. rei jud. 3. Obligatio non ex persona creditoris, sed debitoris, vel eius qui obligatus est, æstimatur, qui cum ex delicto secundum Salycetum sit obligatus, etiam obligatio inde erit, & consequenter actio. 4. Actor in condiotione furtiva non de dominio contendit, neque se dominum declarari petit, quod in omni actione reali fieri debet. 5. Vitiosa est consequentia Salyceti, soli domino condiotio furtiva competit, ergo ex dominio oritur, nam actio commodati, pignoratitia & legis Aquiliæ solo domino competunt, quæ tamen personales sunt, & non ex dominio, sed ex obligatione descendunt. 6. Expresse condiotio in §. sic itaque 14. instit. de Actionib. realis esse negatur, & in eo hæc formula illius condiotionis proponitur, si apparet reum dare oportere, quæ nulli alii actioni quam personali convenire potest. Vid. vol. 1. diff. 11. thes. 3. 7. In genere quando de obligationibus & actionibus omnibus loquimur, recte tantum dicuntur proficisci ex contractu, aut maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. l. 1. in pr. ff. de O. & A. Alii simpliciter condiotionem furtivam ex delicto descendere asserunt. Cyn. in l. 1. n. 1. 2. & 3. C. h. t. Don. 15. comm. 19. Cujas. 13. obseq. 37. Hart. Pist. part. 1. q. 27. & Dd. comm. per l. si ambo. 10. §. quotiens. 2. ff. de compens. & l. si mulier. 21. §. pen. ff. rer. amot. ad quam legem posteriorem respondet Angel. Aretin. d. loc. quod comparatio ibi tantum quo ad hoc instituat, quod sicut condiotio furtiva perpetua est ita etiam actio rerum amotarum, non vero in illo, quod utraque ex delicto nascatur. Vid. vol. 1. diff. 8. thes. ult. lit. c. Contra quam sententiam docte disputat. Marc. à Lyel. lib. 1. Bened. c. 7. & 9. ubi omnino vide. qui tamen in d. c. 7. in eo labi videtur, quod modo causam furtivam pro ipsa re furtiva, modo pro rei furto ablatæ condiotione accipit, cum tamen aliud sit res, aliud eius conditio. 2. Quod ait condiotionem competere ex re, idque sic explicat hæc. ex ipsa rei ablatæ persecutione ex parte actoris, quia persecutio illa judicialis est ipsum condiotionis exercitium, & sic posterior, unde non nisi absurde dicitur, condiotionem ex illa proficisci. In d. c. 9. vero etiam sibi contradicere intelligitur, quia primo ibi asserit, condiotionem furtivam ex causa ob quam furtum factum sit eam nasci, deinde ait dari eam ex ipsa re furtiva, quæ manifestam implicat contradictionem, si est ex causa ob quam furtum factum, prior ipsa erit actione furti vel saltem eius causa: si vero ex re furto ablatæ, posterior. Marc. à Lyel. d. lib. 1. c. 8. existimat, condiotionem furtivam ex quasi contractu descendere, & causam furtivam, ex qua condiotio competit proprius ad naturam quasi contractus videri accedere, quam delicti. Vbi iterum aliter explicat causam furtivam, & per eam intelligit quasi contractum quod aliam contradictionem involvit. 2. Non reperitur, quasi contractus ex quo condiotio illa possit proficisci. 1. 1. inst. de oblig. qua ex quas. contr. 3. Si est ex quasi contractu, tunc aut quasi contractus præcedit, aut concurret cum delicto, aut illud subsequitur. Non præcedit, nec subsequitur, quia actio furti & condiotio simul nascuntur. Non concurret, quia præter furtum nihil agitur ex quo actio descendere possit. 4. Ex quo est debitum, ex eo etiam est ex actio, sed debitum, quod hac condi-

otio-

ctione exigitur, est ex delicto. 5. Non dantur duæ obligationes & actiones distin-
 ctæ, & ex diversis vel contrariis causis descendentes, quæ ita sunt comparatæ, ut
 semper idem debitum in specie contineant. *Bachov. vol. 1. disp. 22. thes. 12. lit. b. &*
de Actionib. disp. 4. thes. 21. putat conditionem furivam non actionem nativam,
 sed dativam esse, cum detur contra rationem juris domino contra non dominum,
 & non ad vindictam tendat, sicut cæteræ actiones ex delicto sed quod nobis patri-
 monio abest, persequatur. Priori rationi in præcedentibus satisfactum est, alte-
 ra etiam minimè probabilis est, quia stipulatio ficta in causa dotis est contra ra-
 tionem juris communis, ex ea tamen actio ex stipulatu nascitur. *l. un. C. de rei vxor.*
actio. Antequam veniam ad decisionem huius quæstionis, præmitto, ex delicto
 deberi, & esse creditorem & debitorem. *Vid. vol. 1. disp. 15. thes. 1.* quatenus ex eo a-
 ctio civilis datur, Creditor autem & debitor sunt vel ratione negotii veri, sive id ex-
 presse, sive tacite contractum sit, vel quasi & improprii, cuius requisita per juris
 quandam subtilitatem propter æquitatem ex facto aliquo eliciuntur. Proprium
 & verum negotium delicto contractum esse non intelligitur, delinquens non ani-
 mo contrahendi, sed delinquendi actum illicitum facit. 2. Omne negotium sive
 contractus verus, verum præsupponit consensum, non autem vere delinquentem
 in rei restitutionem vel eius æstimationem consentire affirmari potest, ne causa de-
 struens causa efficiens statuatur. 3. Contractus veri fiunt, ut dominium vel pro-
 prietatis vel juris in alterum transferatur, delicta ut aliquid auferatur, aliove modo
 noceatur. Sunt ergo tales ratione quasi contractus, qui in omni delicto est, ex quo
 civiliter agi potest, quia æquum est lædentem læso teneri, & id quod parti læsæ
 ablatum est resarciri, lex hic factum interpretatur, quasi de re restituenda vel damno
 resarciendo conventum sit. Datur autem ex omni delicto vel actio criminalis vel
 civilis, criminalis immediate datur ex ipso delicto, non ex quasi contractu, qui de-
 licto inest, ea enim non quis de jure suo vel alicuius privati, sed publico experitur.
 Civilis vero vel ad pœnam pertinet, & est ex delicto præsupposito tamen quasi,
 vel ad rei persecutionem, quæ ex quasi contractu descendit immediate & principa-
 liter, ex maleficiis enim actiones nunquam rei persequendæ causa tantum sunt
 comparatæ §. *rei. 17. junct. §. seq. inst. de Action.* licet non negem, etiam suo re-
 spectu eam ex delicto proficisci, quatenus ex quasi contractu oritur, qui delicto
 inest, vel si delictum non pro maleficio, sed pro actu delinquendi accipias ex illo
 nascitur tanquam ex causa sine qua non: Et sicut actio tributoria non aliter datur,
 nisi dolus interveniat, & tamen ex dolo proprie non competit. *leg. quia non de do-*
lo. 8. ff. de tribut. act. ita actio illa civilis non proprie ex delicto descendit, licet ne-
 cesse sit delictum commissum esse, ut actio illa detur. Cum igitur omnis actio ex
 delicto descendens, civilis & ad rei persecutionem pertinens, detur immediate ex
 quasi contractu, immediate vero ex delicto, necesse est, etiam conditionem fur-
 tivam ita nasci, cum eius species sit. Unde est, quod conditio illa quædam cum
 actionibus ex delicto, & multa cum actionibus ex contractu communia habet.
 Et si ita intelligantur ea, quæ tradit Marcus à Lyclama, quod vix fieri potest, à vero
 non aberrat nec adeo urgeat, quæ supra contra illum proposita sunt, hoc impu-
 gnatur, quod conditio descendat ex quasi contractu extra causam delicti non il-

lad, quod conditio oriatur ex quasi contractu, qui delicto inest. Non impedit §. ult. junct. de oblig. qua ex delict. nasc. verbum n. extrinsecus non accipitur pro extra causam delicti, ut Lyclama existimat, sed pro extra poenam §. sic itaq; 14. inst. de Act. vel poenae persecutionem, uti hoc in ipso textu evidens est. Est hæc conditio odio furum introducta. §. sic itaq; 14. inst. de Action. non tantum ut pluribus actionibus desringatur, sed etiam ut plenius & arctius teneatur: rei n. vindicatione nõ interesse neque res perempta, peti potest, at utrumque condicitur l. si condicatur. 3. ff. h. t. 2. Rei vindicatione nemo tenetur, nisi qui possidet. §. 1. inst. de Action. l. actionum. 25. in princ. ff. de O. & A. vel dolo malo possidere desiit l. quod si 22. & l. qui petitorio. 26. in pr. ff. de R. V. hac condiotione vero heredes tenentur licet nunquam possiderint. l. si pro fure. 7. in fin. ff. h. t. quam legem si quis intelligat, ut condiotione furtiva heres furis eatenus obligetur, quatenus ad eum pervenit, inepta est ratio d. l. 7. §. 2. quia rei habet persecutionem. Cum etiam illæ actiones, quæ rei nudam persecutionem non habent, adversus heredes dentur, in quantum ad heredes pervenit l. si plures. 17. in fin. & l. in heredem 26. ff. de dol. l. quasitum. 30. §. fin. ff. de pecul. l. sicuti. 38. ff. de R. I. l. un. C. ex del. def. intellectum d. l. 7. §. 2. vide apud Ant. Fabr. 4. coniect. 1. Accurf. ind. §. 2. quibus contradicit Donell. 15. comm. 29. & ibid. Hill. in not. lit. n.

T H E S I S II.

Datur hæc conditio soli domino l. 1. ff. h. t. quod ab eximio J Cro Herman. Vult. ad §. sic itaque. 14. num. 5. inst. de Actionib. ad condiotionem certi restringitur, ita ut conditio incerti etiam non domino, veluti creditori & bonæ fidei possessori ratione possessionis per furtum ablatae competat l. & ideo. 12. §. fin. ubi vide Gothofred. in notis lit. 2. ff. h. t. ubi Salycet. n. 1. Quibus fortiter contradicere videtur d. §. sic itaq; 14. ubi proponitur formula agendi, in qua verbum dare ipso Justiniano fatente dominii translationem notat, cum igitur in hoc agat actor, ut dominium in ipsum transferatur, necesse est, eum non esse dominum, quia non amplius quam semel h. e. ex una causa dominium contingere potest l. & an eadem. 14. §. actiones. 2. ff. de except. rei jud. l. possideri. 3. §. ex pluribus. 4. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. non ut. 159. ff. de R. I. §. sed si rem. 10. inst. de legat. quamvis ex pluribus causis deberi possit. d. §. 2. & l. 159. ubi vide Philipp. Matth. curus diversitatis rationem hanc assignat Giphon. ad d. §. 14. quod dominium ad substantiam rei pertineat, obligatio vero ad accidens. 2. Duo enim non possunt esse in solidum domini. leg. si ut certo. 5. §. fin. ff. commod. Verum respondetur, quod verbum dare in formula illa improprie & abusive usurpetur, uti ex leg. scire. 29. §. si à fure 1. ff. de V. O. demonstrat Bachov. de Actionib. disputat. 4. thes. 20. lit. a. vel quod condicens moveat illam condiotionem, ut recuperet dominium, quod facto amisit, semper tamen apud condicentem remaneat dominium intellectuale, & sic cessant contraria, quæ ad dominium ejusdem generis sunt restringenda, cum constet duos posse esse in solidum dominos ratione dominii aliter atque aliter sumpti, quod in re dotali perspicuum est, cuius maritus & uxor domini dicuntur, missus etiam ex secundo decreto in possessionem dominus est, & is in cuius bona missio facta leg. si finita. 15. §. Iulianus. 16. ff. de damn. inf. ex qua lege etiam illud colligitur, quod is qui do-

minus

minus est dominium alterius generis capere possit. Adversus furem heredemve eius competit §. *fin. instit. de obligat. qua ex del. nasc.* & quidem in solidum *leg. in condictione 9. ff. h. t.* quam legem Cujacius explicat divinatorie de eo casu, quo lis est contestata, & non melius Riemerus ad eum casum restringit, quo quis ex alie heres institutus, & pars hereditatis legata est, quæ rem furtivam continet. Quibus obiicitur generalitas textus, deinde verba Riemero manifestissime contradicunt, primo enim dicitur in illo textu, non teneri heredem tantum pro ea parte, quæ pervenit, sed in solidum, præsupponit ergo J. C. tunc partem pervenisse ad heredem, Riemerus autem *in d. l. 9.* eum casum fingit, quo res furtiva non ad heredem, sed ad legatarium pervenit. 2. Quando plures sunt heredes inquit Vipianus, quod quisque teneatur pro ea parte, pro qua heres est, atque sic datur condictio illa contra heredes qua heredes, cum vero competit ratione eius quod pervenit, in eos competit non quatenus heredes sunt, sed quatenus injuste vel rem furtivam detinent, vel ex ea iniquum lucrum sibi quærunt vel quæriverunt, quod extorquendum, & ideo datur, ne quis ex maleficio in perniciem alterius sibi lucrum quærat. *leg. quod est 3. in princ. ff. de vi & vi arm. & leg. sicuti. 38. ff. de R. l.* Quibus refutatur ratio Riemeri, quod hic pervenisse ad heredem etiam intelligatur, quod per heredem ad alium pervenit neque id probatur per *leg. pervenisse. 171. ff. de V. S.* alia enim ratio filii est, alia heredis, alia patris, alia legatarii, cuius enim rei, quæ per filium patri acquiritur, vivente patre quasi dominus remanet. *leg. in suis. 11. ff. de liber. & posthum.* cuius autem quali dominium quis habet, id ad aliquem pervenisse videtur. *leg. venditor. 2. §. pervenisse. 4. ff. de hered. vel action. vendit.* Heres autem in re legata & tradita nullum jus retinet. 2. Faciunt ea, quæ dicta sunt in fine thesisi præcedentis. 3. *leg. ex furtiva. ff. h. t.* ubi Paulus inquit, nunquam hac condictione teneri alium, quam qui furtum fecit, aut heres eius, quod de condictione, quatenus in solidum datur accipiendum, est ne contradicat Paulo Vipianus *in leg. si servus. 4. ff. eod.* 4. Coniunguntur fur & eius heres in illis legibus, in quibus aliquid de personis, in quas condictio competit. *dict. leg. 5. & §. ultim. instit. de obligat. qua ex del.* in quo §. inter hanc actionem & rei vindicationem ratione effectus illam differentiam tantum Justinianus constituit, quod vindicatio adversus possessorem sit, sive fur possideat, sive alius quilibet. Condictio autem adversus furem ipsum heredemve eius, licet non possideat, competit. Quod argumentum præbet, illas actiones in cæteris ratione effectus convenire, ac proinde condictionem in solidum adversus heredem competere, sicut rei vindicatio adversus possessorem, 5. Pervenisse hic intelligitur, ut prædicta probant, quod re ipsa & in effectu pervenit, quapropter ad me id pervenisse non intelligitur, cuius nunquam possessio mihi quæ sita est, adversus heredem autem competit hæc actio licet non possideat *d. §. ult. & nunquam possederit. leg. si pro fure. 7. §. condictio. 2. ff. h. t.* non ergo adversus heredem competit quatenus ad eum aliquid pervenit. Obiicitur *si tutor. 2. §. ultim. & seq. ff. de tut. & rat. distrab.* Respon. Quod condictio ibi in genere pro actione accipiatur, & de condictione furtiva intelligi nequeant dictæ leges, vel si de ea intelligendæ sunt quod dicitur, actiones morte interire, non ad condictionem furtivam, sed ad actionem furtivam.

ti damni & injuriæ referendum est, quæ enim actiones morte alicuius pereunt, ita cum persona extinguuntur, ut alium nunquam competant. Ipsi autem dissentientes fatentur, illam condiotionem morte, non extingui, sed concedi adversus heredem, quatenus ad eum pervenit. 2. Quod condiotio furtiva & rerum amotarum convenient utraque sit ex furto, *l. i. ff. rer. amot. utraq; condiotio. l. rerum. 26. ff. eod. perpetua. l. simulier. 21. §. pen. eod. in heredem competens l. cõtra. 6. §. item 4. eod. utraq; rei persecutionem continens. dict. §. pen.* Sed actio rerum amotarum non in solidum contra heredes datur, sed in quantum duntaxat ad eos pervenit. *l. ult. C. rer. amot.* Respondet Antonius Faber, quod textus in *d. l. ult. de eo*, quod pervenit per successionem, intelligit, huncq; esse sensum, quod heredes pro ea parte, pro qua heredes sunt, teneantur quam responsionem frustra impugnat Marcus à Lyclama, uti in disputatione probabo. 2. Resp. Non in omnibus convenire actionem rerum amotarum & condiotionem furtivam, illa in favorem rei introducta est, hæc in odium rei, cui favor actoris causam præbuit: hæc non nisi mediate est ex delicto, illa vero immediate ex delicto proficiscitur, nihil enim aliud est, quam actio furti temperata, & differt ab actione furti, sicut actio in factum, quæ loco actionis de dolo succedit, differt ab actione de dolo. Illa subrogatur in locum actionis furti, hæc vero cum illa concurrat. 3. *leg. prætor. 2. §. fin. ff. vi bonor. rapt.* Respon. illa verba, *id eo prætorum non esse pollicitum*, quia putavit sufficere condiotionem, hunc habere sensum, quod cum adversus eum, qui vi bona rapit, condiotione furtiva agatur, eaque actione solidum consequi actor possit, non solum à raptore, sed etiam ab eius heredibus, frustra alias prætor in eam rem actionem proposuisset, quæ minus utilitatis & commodi habuisset. Debuisset autem prætor actionem contra heredes polliceri, si in solidum condiotio non competeret, nec sufficeret condiotio, longe enim commodius esset, agere ex edicto vi bonorum raptorum, ex quo omnes agere possunt, quorum ex quacunque causa interest. *dict. leg. 2. §. si in re. 24.* quam condiotione illa experiri, quæ non nisi domino datur. *leg. 1. ff. h. t. dominii autem probatio difficilima esse solet. §. retinenda. 4. versic. commodum institut. de interd.* unde monet J. C. in *leg. is qui. 24. ff. de R. V.* ut animadvertamus, an aliquo interdico possessionem nancisci possimus, ut ita adversarius ad onera petitoris compellatur. 2. Resp. Speciale esse eo casu, quo succedit condiotio loco actionis pœnalis; cum subrogatum sapiat naturam eius, in cuius locum subrogatum est. 4. Paria esse iudicantur rem vi possidere & furto auferre. *argumen. §. furtiva. 2. institut. de usucap.* Sed adversus heredem vi possidentis tantum in id, quod pervenit actio datur *leg. 1. §. fin. & l. quod est. 3. in princ. & §. fin. ff. de vi & vi arm.* Respon. Paria quidem esse quoad usucapionem, sed vitiose inde infertur, ergo in aliis etiam paria sunt, idem vitium illationis est in argumento ab actione vi bonorum raptorum ad condiotionem furtivam. 5. Pœnales actiones non transeunt, id quod in delictis extra controversiam est. *§. 1. institut. de perpet. & tempor. act. ibi: ex maleficiis pœnales actiones in heredem non competere leg. 1. in princ. ff. de priv. del. & l. sicuti. 38. ff. de R. I.* Sed condiotio furtiva pœnalis est, quia omnis actio ex delicto vel pœnæ tantum causa comparata est, vel pœnæ & rei simul. *§. ex maleficiis. 18. institut. de Actionib.* 2. Quando ultra damnum lis æstimatur, a-
cio

Actio pœnalis est. §. *his autem. 9. institut. de leg. Aquil.* Atqui in condictione furtiva ultra damnum lis æstimatur, quia datur pro eo, quanti res unquam plurimi. *l. in re. 8. §. si ex causa. 1. ff. de condict. furt.* Respon. ad minorem negando condictionem furtivam pœnalem esse §. *fin. instit. de obligation. qua ex delict.* & §. *sic itaq. 14. & d. §. ibi: conditio est rei. instit. de Action. l. 54. §. ff. de furt.* quibus non resistit *d. §. 18. loquitur enim de actionibus,* quæ immediate ex maleficiis sunt, conditio autem furtiva non nisi mediate ex delicto proficiscitur. Nec impedit. *d. §. 9. junct. §. 1. quia quod in actione legis Aquilæ lis ultra damnum æstimatur, fit ex natura contractus atque ideo pœnalis est: In condictione vero furtiva propter moram, quam à tempore delicti statim fur committit neque istud pœna, sed æstimatio rei est: alioquin etiam ex contractibus actiones, in quibus moræ tempus, quo res pluris fuit, spectatur, efficerentur pœnales. Pœna tamen est, si veræ rei æstimationis & temporis, quo furtum factum est, ratio habetur. argumen. l. *fin. ff. de eo quod cert. loc. magis tamen secundum quid vel improprie, quam simpliciter vel vere.* Jevina sane ratio illorum est, qui ideo hanc actionem pœnalem esse contendunt, quod odio furum est introducta, quia hoc modo Scrum Macedonianum pœnale esset, & magis quam conditio furtiva, qua ad restituendum tantum agitur: deinde negatur, odio tantum furum hanc condictionem introductam esse, & illam favorem domini etiam respicere asseritur, quæ odio causam dedit. *Magnific. Dn. Eric. Hedemann. semestr. disputat. 23. thes. 35. lit. c. Donell. 15. comment. 29. Ant. Matth. in animadvers. ad d. §. fin. Anton. Faber. 4. coniectio. 1. Bachov. volum. 1. disputat. 22. thes. 13. lit. d. & de Action. disputat. 4. thes. 21. Wesembec. in π. numer. 7. ff. h. t. Philipp. Matth. ad d. leg. 38. numer. 22. 23. & seqq. Hartmann. Pistor. 1. quest. jur. 27. numer. 3. Diss. Cuiac. 7. observation. 37. & 13. observation. 37. & in π. C. h. t. Riem. quest. intrid. illust. dec. 14. q. 1. ubi ad illa, quæ à Fabro & aliis adferuntur, respondet latissime pro Cujacii sententia Marc. à Lycl. lib. 1. Memb. ecclog. 18. cæteræ vero actiones ex delicto mediate descendentes, mere rei persecutoriæ in heredes competunt, quatenus ad eos pervenit. Vid. vol. 1. diss. 8. thes. ultim. lit. c. prout docte contra Fabrum & alios defendit Riemer. d. quest. 1. & Lyclam. dict. loc. & libr. 1. Benedict. cap. 10. & seqq. quos omnino vide. Quod in actione rerum amotarum & ea, quæ ex edicto leg. 1. ff. de alimen. jud. mut. caus. competit facile obtinuit in illa, quia in favorem rei est introducta, in hac, quia non natura sua sed judicis arbitrio rei persecutionem continet, leg. item. 4. §. fin. ff. eod. Ratio specialitatis, quare in condictione furtiva aliud sit constitutum, vel in favore actoris, & odio rei sita est, quæ duo introductionis huius actionis causæ sunt, in delictis enim etiam odia, quæ pœnam delicti respiciunt amplianda sunt, nisi delicta sint incerta, vel incerta sit criminis qualitas. leg. perspicendum. 11. in princ. leg. si praeses. 32. & leg. penultim. ff. de pœn. Vid. Dyn. in cap. odia. numer. 3. 4. & seq. de R. l. in 6. & Iason. in leg. cum quidam. numer. 20. 21. 22. & multis seqq. ff. de liber. & posthum. Vel in eo, quod hac condictione agatur detracta mentione furti, & simpliciter debitum petatur, in aliis vero debitum petatur ob delictum, & sic accipio leg. quia pertinet. 7. ff. de alien. jud. mut. Actio enim ex delicto dari dupliciter sumitur, priori modo actio ex delicto dari dicitur quatenus in habitu consideratur, & ex delicto originem ducit: posteriori vero,**

qua-

quatenus in actu consistit, & in factum h. e. delictum concepta est. *Vid. Gothofred. in notis ad Rubric. ff. de praescript. verb. lit. a.* quo modo actiones rei persecutoriae mediate ex delicto descendentes immediate ex delicto dari dicuntur, excepta conditione furtiva. Aliam rationem specialitatis assignat *Bachov. d. thes. 13. lit. a.* quod conditione furtiva persequamur instar cuiusdam vindicationis, quod ex patrimonio nobis abest, aliae vero actiones simul dolo & delicto alicuius vindicando sint comparatae, quam tamen ipse *in d. thes. 21.* impugnare videtur. Quae plane improbabilis est loquimur enim de actionibus mere persecutoriis quales non sunt illae, quae coercendorum delictorum gratia comparatae sunt. 2. Actiones poenales estimantur ex parte rei, cum igitur ex parte rei poenales sint, eas revera tales esse consequitur, atque sic distinctio *Bachovii* terminos quaestionis transgreditur, quod fieri non debet. Qua ratione etiam refellitur distinctio *Fabri* inter actiones rei persecutorias tantum ex parte actoris, poenales ex parte rei & actiones ex parte actoris & rei simul persecutorias: quae praecedenti proxime accedit, in hoc tantum differunt, quod non in illa negetur, sicut in hac, quod illae actiones poenales ex parte rei sint etiam simul ea consideratione persecutoriae: Vtili quoque conditione patresfam. & domini furtiva filiosfam. & servo commissi nomine tenentur, quatenus ad eos pervenit. *l. si servus. 4. Et l. pen. ff. h. t. licet. 3. §. pen. ff. de pecul. quam legem contra Antonium Fabrum defendit. Bachov. d. disput. 4. thes. 22. ubi vide.* Non tamen inde recte concludit *Lyclama*, etiam heredem eatenus tantum generi, cum & pater ratione peculii heres sit, alia enim heredis, alia patris ratio est, quod probat *l. ex furtiva. 5. ff. h. t.* ubi *Paulus* inquit, ex causa furtiva filiosfamilias condici posse, cuius hanc rationem reddit, quod nunquam ea conditione alius, quam fur aut eius heres teneatur, quae ratio inconveniens est, nisi dicas illis verbis, *ex furtiva causa filiosfamilias condici potest.* hoc velle *Paulum*, quod filiusfamilias in solidum conveniatur, non pater. 2. Pater ne quidem ratione castrensis peculii heres est. *l. si filiusfamil. 2. ff. de castren. pecul.* multo minus ergo ratione peculii adventitii vel profectitii heres erit quorum illud ratione ususfructus, hoc vero pleno jure ad patrem pertinet. *l. cum oportet. 6. C. de don. qua lib.* 3. Parens similis tantum est secundum quid heredi, in similibus autem secundum quid non procedit argumentum a simili. *Eberhard. à Middeltb. in loc. argument. legalib. loc. à simili. nu. 3.* Is autem, cuius ope consilio furtum factum est, hac conditione non convenitur. *l. proinde. 6. ff. h. t.* datur enim conditio ob amotam possessionem. *§. sic itaq. 14. inst. de Action. l. si pro fure. 7. §. conditio. 2. ff. h. t.* ac proinde qui possessionem nunquam habuit vel attigit, neque iam habet, actione illa suo nomine non teneri potest, quamvis ius retentionis adversus ipsum agentem competat. *l. peculii. 4. §. si opem. 4. ff. de pec. Magn. Dn. Eric. Hedem. d. disp. thes. 38. Et Ampliss. Dn. Goedd. ad l. saepe. 53. n. in fin. ff. de V. S.*

T H E S I S III.

Veniunt in hanc actionem res & corpora furto ablata in totum. *l. si pro fure. 7. §. furti. 1. Et seq. l. in re. 8. in princ. ff. h. t. §. ex maleficiis. 18. in fin. inst. de Actionib. l. vulgaris. 21. §. ult. Et l. si pignore. 54. §. cum furti. 3. ff. de furt. vel pro parte l. post decisionem. 13. C. eod. etiam si forma eorum mutata sit. *l. in re in princ. Et l. ex argento. 13. ff. h. t.**

ff. h. t. vel in rebus humanis esse desierint. d. l. 8. in pr. l. si condicatur. 3. & l. ult. ff. h. t. etiam si sine furis dolo & culpa, cum fur in re furtiva semper moram facere videatur d. l. 8. §. 1. & d. l. ult. Nec ad rem pertinet, quod dicitur in l. scire. 29. §. si à fure. 1. ff. de V. O. ibi enim dominus rei à fure stipulatus est, quod ex causa conditionis dare, facere oportebat, qua stipulatione mota furis purgata est, l. parvi. 17. ff. h. t. Et vacare illa stipulatio, quia in illam non solum res sua, sed etiam interesse deductum est. d. l. si condicatur. 3. Res autem perempta, ea adhuc quidem in obligatione versatur, & sic condicatur l. inter stipulantem. 83. §. pen. ff. de V. O. æstimatio tamen in condemnatione facienda est d. l. 3. & d. l. 8. in princ. & l. si servus. 14. §. bove. 2. ff. h. t. l. 1. §. rectissime. 34. ff. de vi & vi arm. Diss. gl. in d. l. 8. in princ. in verb. æstimationis. & in l. vinum. 22. in verb. cum petitum esset vers. æstimatio autem vini. in l. rei 15. §. heredi. 1. in verb. pecuniariam. ff. de solut. matrim. aliter diff. Salyc. in d. l. 8. qui post Dynum in electione actoris esse ait, an rem an vero æstimationem à principio condicere velit. ratione eius temporis, quo plurimi fuit. d. l. 8. §. 1. sc. postquam furtum factum est, non ergo retrorsum condictio ex causa furtiva egreditur tempus iudicii accipiendi, sicut actio legis Aquilæ, quæ egreditur retrorsum, quanti res eo anno plurimi fuerit, etiam antequam damnum daretur. l. nunquam. 2. §. quasirum. 3. ff. de priv. del. & ita duas illas leges conciliari videtur. Magn. Dn. Eric. Hedem. semestr. disp. 23. thes. 40. lit. c. Diff. Cujac. in l. quotiens. 59. ff. de V. O. qui d. §. 3. de eo casu intelligit, quo post furtum rei furtivæ æstimatio mutata non est. Verum hæc responsio admitti non debet, quia præsupponendum est, æstimationem mutatam esse, ne statuamus oppositionem in d. §. 3. in diversis terminis fieri, aliter diff. Cujac. tract. 8. ad Africanum. ad l. hominem. 37. ff. mand. fol. m. 497. n. fin. & seq. Gothofr. in notis ad d. §. 3. lit. z. qui sic respondent, quod in actione legis Aquilæ retrorsum æstimeretur, quanti ea res in eo anno plurimi fuit. In conditione vero furtiva, quanti res plurimi fuit, vel furti facti, vel litis contestatæ, vel rei iudicatæ vel mortis tempore. Ex quibus sequitur, non æstimari rem, quanti plurimi fuit eo tempore, quod intra tempus furti facti & litis contestatæ intercedit, vel intra tempus litis contestatæ & rei iudicatæ, quod falsissimum est, semper enim fur moram facere intelligitur. d. l. 8. §. 1. & l. fin. ff. h. t. atque sic post furtum commissum condemnatio semper fit ratione eius temporis, quo res plurimi fuit. Vid. Cujac. ad d. l. 37. Aliter diff. Pac. cent. 3. q. 72. dum sic explicat d. §. 3. quod æstimatio in conditione furtiva non, sicut in actione legis Aquilæ fieri solet ad annum retrorsum accipiendum ex die iudicii accepti restringendum sit, sed computandum totum tempus inter moram & litem contestatam, quod sæpe anno maius est, idque non retrorsus ex die accepti iudicii, sed modo contrario ex die moræ Quæ explicatio non adeo inelegans est sed non placet, quod moram restringit ad tempus, quod litis contestationem præcedit cum semper in restituenda re moram faciat d. l. ult. Deinde quod tempus in hac conditione computandum nimis coarctat, omne enim tempus in æstimatione spectandum est, quo res unquam plurimi fuit. d. l. 8. §. 1. Diff. aliter gl. in d. §. 3. in verb. accipiendi tempus. dum ait, per tempus accipiendi iudicii intelligi id, quo potuit accipi, de quo intellectu etiam merito quis dubitare posset. Veniunt etiam in hanc actionem fructus. d. l. 8. §. fin. in fin. & interesse etiam in lucro consistens & extra rem. l. si condica-

sur. 3. ubi Salycet. ff. h. t. Forma huius actionis in habitu consideratæ in eo sita est, quod personalis, uti supra ostensum est, & extraordinaria est condictio furtiva. *§. sic itaque 14. inst. de Actionib. & l. fin. ff. usufruct. quem cav.* Ad formam vero eius in actu & exercitio consistentis pertinet, quod actor in hac actione cavere reo non teneatur *l. si servus. 14. §. cavere. 1. ff. h. t. quod gl. in d. §. 1. in verb. non debet. & ibid. Salycet. n. 2.* ad casum principii illius legis restringunt. Et quod iudex rem furtivam debeat æstimare. *d. l. 14. in princ.* Cessat hæc actio si rei furtivæ possessionem dominus receperit *l. si ve manifestus. 10. in princ. ff. h. t. l. si pignore. 54. §. cum furti. 3. ff. de furt. vel eam nunquam amiserit leg. vulgaris. 21. §. ultim. ff. eod.* Si interitus rei furtivæ post moram oblatione à fure purgatam contigerit *leg. in re. 8. in princ. & leg. parvi. 17. ff. h. t.* Si domini facto dominium rei furtivæ ab eo recesserit *d. leg. 10. §. tamdiu. 2. & l. & ideo. 12. in princ. ff. h. t.* quare si in communi re furtum factum sit, qui provocavit communi iudicio, conductionem amittit, provocatus vero eam retinet, quia non facto suo, sed potius quadam necessitate dominium translatum est. *d. leg. & ideo. 12. §. in communi. 1. ubi gl. in verb. retineas.* Si servus alii furtum fecerit, & postea manumissus fuerit, nisi liber contrectaverit *l. quod ab alio. 15. ff. h. t. Si servus noxæ deditus fuerit. d. l. 2. & 3. in fin.*

T H E S I S IV.

Hactenus de conductionibus specialibus, nunc ad duas conductiones generales, conductionem ex lege & triticariam descendamus. Condictio ex lege est actio in personam ex obligatione nova lege introducta, ita tamen, aut nec cautum eadem lege sit, quo actionis genere experiendum sit. *leg. un. ff. h. t. Pri-*mo igitur requiritur ut lex sit nova h. e. lege duodecim tabularum posterior. *argumen. leg. 1. & 3. ff. de petit. hered. junct. leg. si postularaverit. 27. §. ult. & seq. ff. ad l. Iul. de adult. gl. in d. l. un. in verb. lege nova.* *Et ibi Salycet. num. 2.* Ut obligatio sit nova, quod verbum *introducenda* arguit, aliàs obligatio, si efficax est, sufficet, si vero nuda à lege civili confirmatur, indubiè huic conductioni locus est. *Bachov. de Actionib. disp. 23. thes. 1. lit. d. in verb. novam autem intellige.* cum enim alia sit obligatio efficax, alia inefficax, alia civilis, alia naturalis, consequens est, nudam conventionem, si vim pariendi obligationem sortita est, & naturalem obligationem, si civilis effecta, aliam ac proinde novam esse. *3.* Ut non sit illa lege de genere actionis cautum, quo experiendū est. Quæ requisita semper coniungenda, cæteroquin difficilime apparebit, quænam condictio ex lege sit. Ex iis negotiis, quæ in proprium nomen contractus non transeunt, tamen si nomen actionis non exprimitur, non tamen hæc actio oritur cum in iis obligatio jure veteri constituatur *l. jurisgent. 7. §. sed et si. 2. ibi: civilem obligationem. ff. de pact. per civilem n. obligationem intelligitur obligatio l. 12. tab. constituta. §. emancipati. 9. inst. de her. qua ab intest. prin. instit. de bon. poss. l. non putavit. 8. in princ. ff. de bon. possess. contr. tab. Hermann. Vult. ad §. 1. numer. 1 in fin. instit. de I. N. G. & C.* Ex lege condictio dicitur materialiter, & significat titulum vel nomen actionis. *Donell ad l. 1. numer. 1 C. h. t. licet non profus negandum videatur, quin verba ex lege simul causam efficientem respiciant, ut sit hæc actio & condictio ex lege per excellentiam, à qua simul nomen sortitur.* *Bachov. in d. thes. 12.* Alio modo actio ex lege dicitur, quæ secundum legem

vel lege constituta exercetur leg. qui servandarum. 14. §. fin. ff. de prescript. verb. l. 1. in princ. ff. si quadrup. pauper. feciss. hoc modo omnes actiones ex lege appellantur. Lex hic accipitur pro ea constitutione, quæ ex autoritate statuentis ius inducit, ut sic jus prætorium excludatur. Vid. volum. 1. dissert. 1. thes. 4. pag. 21. ex edicto enim prætoris actiones descendentes non condictiones ex lege, sed actiones in factum appellantur. Unde deducunt Dd. quod si obligatio nova lege alicujus principis inferioris sit constituta, nec quicquam de actione expressum, quod tunc actione in factum agatur, cum placita principum, prout loquuntur, edictis prætorum comparentur. Quod merito quibusdam displicuit, principes enim Germaniæ tantum in suo territorio possunt quantum Imperator in imperio. 2. Principes illi non jure simplicis magistratus, sed jure quodam superioritatis in suis ditionibus leges condunt. Bachov. d. thes. 1. lit. c. in verb. quid dicitur. 3. Prætorum edicta non sua autoritate vim legis habent sed ex confirmatione, quia prætor quicquid præstat, id per exercitium jurisdictionis h. e. facto partis præstat: At quicquid principes inferiores legem condendo statuunt, statim legis obtinet vigorem. Si non autem constet, an agendum sit ex lege, an vero officium judicis implorandum, tunc considerandum esse existimat Iason. in d. l. un. numer. 6. & ibid. Salycet. numer. fin. ad quem verba dirigantur, ut si dirigantur ad judicem & quidem affirmative competat officium judicis: si vero ad partem, actio. Ego autem contra existimo, quod si lege nova sit obligatio introducta, quod tunc actio oriatur, non vero officium judicis, si de eo constet si non, si verba ad judicem si ad partem dirigantur, magis enim remedium ordinarium, quam extraordinarium concessum esse intelligitur, & quando mentio de remedio facta est, de ordinario facta censetur argum. l. de curionibus 3. C. de silent. libr. 12. & c. cum ordinem. extr. de rescript. 2. Officium judicis non præsupponit obligationem, si de eo loquaris, quod penes judicem est. l. qui per collusionem. 49. §. pretii. 1. de actionib. empt. si de eo, quod in parte residet. l. præfecti. 17. & l. quod si minor. 24. §. fin. ff. de minor. de quo nobis hic sermo est: Ut ergo aliquis finis sit obligationis introductæ, statuendum est, ex ea actionem nasci. 3. Vbi efficax est obligatio, etiam necessario datur actio, quæ officium judicis, cum illud remedium extraordinarium sit, excludit. l. in causa. 16. in princ. ff. de minor. Conditio ex lege est actio in supplementum l. omnimodo. 30. ubi gl. in verb. exigere. & l. scimus. 36. C. de inoffic. testament. sicut etiam duæ actiones ex lege Julia, de priori agitur in l. hac actio. 65. ff. de solut. matrimon. de posteriori vero in l. si postularaverit. 27. & seq. ff. ad l. lul. de adulter. & aliæ similes. Vid. Magnif. Dn. Eric. Hedeman. semestr. disput. 23. thes. 43. & Mejer. in colleg. Argentinor. libr. 13. Pandect. tit. 2. thes. 2.

T H H S I S V.

Conditio triticaria est actio in personam, qua, excepta pecunia numerata quascunque res alias persequimur. l. 1. ff. h. t. Dixi excepta pecunia, nam eo casu conditio certi sufficere visa est numeratæ enim pecuniæ æstimatio nunquam incerta. l. nummis. 3. ff. de in lit. jurand. Duaren. ad h. tit. & Dd. comm. Quæ ratio minus commoda est, quia etiam pro aliis rebus certis sufficeret: sicut & ratio ra-

tionis ita posita aliena est, Cuius enim *in d. l. 1. in princ.* non æstimationis certitudinem sed ipsius corporis considerat. Vera ratio est, quod in hanc actionem veniant res, quæ æstimatio variari potest *l. in hac. 3. & seq. ff. h. t.* cui deinde hæc subjungi non præcedere debet, quod certæ pecuniæ æstimatio semper certa sit incertæ vero incerta, quod enim incertum est per rerum naturam certam æstimationem sua natura habere nequit. Dixi *numerata*, quia si ad pondus data sit, hæc condictione peti potest. *d. l. 1. & ibid. Salyc. num. 3.* duo enim requiruntur, ut hæc conditio excludatur 1. Ut corpora ipsa certa sint. 2. Ut semper certa sit eorum æstimatio. Unde autem dicta sit conditio triticaria plane incertum est, alii à Tritico eam appellatam esse ajunt, alii à tritico dictam esse putant, quæ opiniones nullo solido nituntur fundamento, uti demonstrat *Bachov. de Actionib. disp. 4. thes. 13.* Introduta est hæc actio, ne quis ulla actione deficeretur adversus eum, quem jure sibi obligatum habet, cum enim conditio certi inventa sit, quæ competit ex omni causa, ex qua certum petitur. Aliud autem est certum, aliud incertum, utile ergo visum fuit hanc actionem introducere, qua incertum petitur, incertum autem quomodo hic accipiam ex superioribus cognosces. Interest vero inter condictionem certi & triticariam, quod conditio triticaria propter quasvis res & incertas, & præter pecuniam certas detur, cum conditio certi etiam propter pecuniam numeratam competat, & quoad certas res plus in ea sit, quam in triticaria: eo vero minus, quod incertarum rerum nomine minime detur, ut significare voluit *Vlpianus in d. l. 1.* Illud notandum est, quod rem suam per hanc actionem nemo petat, nisi ex causa furtiva, & vi mobili abrepta, *l. 1. §. fin. ff. h. t.* in quibus casibus degenerat cum actio personalis non detur ad petendam rem suam. *§. sic. itaq. 14. inst. de Actionib.* quibus duobus casibus addendus est tertius ex *l. sed & ei. 2. ubi vide Salycet. ff. h. t.* Venit in hanc actionem tam res mobilis quam immobilis, veluti fundus, & si vectigalis sit *l. 1. in pr. & l. 2. ff. eod.* tam res corporalis, quam incorporalis, ut ususfructus & servitutes reales. *d. l. 1. in pr.* tam certa, quam incerta, ut possessio. *d. l. 2. & l. verum. 25. §. unde. 1. ff. de furt. & ususfructus d. l. 1. in princ. junct. l. ubi. 75. §. fundi. 3. ff. de V. O. & l. tribus. 8. ff. de usuf. ear. rer. qua us. consum.* sc. formæ, qui talis est per se & servitus personalis, non vero causalis, qui proprietatem comitatur, ille enim cum pars fundi, sit *l. qui ususfructum. 58. ff. de V. O.* certus erit, sicut ipse fundus idem enim judicandum de parte, quod de toto. *argum. l. qua de tota. 76. ff. de R. V.* Usuræ tamen, quæ incertæ sunt. *d. l. 75. §. pen. l. quod in stipulatione. 31. & l. tutor. 41. in fin. ff. de usuf.* condici hac actione nequeunt, quia pecuniariæ sunt. *Mercat. not. ad animadvers. Robert. lib. 2. cap. 4.* Quod ad formam attinet, actio hæc stricti juris est non arbitraria *argum. l. in hac actione. 3. ff. h. t. 2.* Duo genera aut species sunt actionum arbitrariarum: Una in qua iudex ex arbitrio petitioni actoris satisfacere jubet: altera, in qua nullum tale arbitrium procedit sed una sententia res expeditur, sicut in cæteris actionibus, quam speciem in nullo ab actionibus bonæ fidei differre ait *Bachov. de Actionib. disp. 7. thes. 3.* Sed conditio hæc non pertinet ad primam speciem actionum arbitrariarum, in quibus arbitrium de re restituenda sententiam condemnatoriam præcedere debet, hac autem præter tres casus exceptos, in quibus hoc specialiter conceditur, non principaliter, sicut illis agitur ad rei restitutionem: deinde quia in illa non arbitrium præcedit. Et denique quia con-

demnatio in illa non contumaciam pro fundamento habet. Neque ad secundam, quia magna inter hanc & actiones bonæ fidei differentia est. *argum. d. l. 3. & l. fin. ff. h. t.* Quod autem dicit Bachovius in nullo differre, mihi à jure alienum esse videtur, quia actio noxalis ad eam speciem necessariò est referenda. *Vid. Bachov. d. disp. 1. thes. 17.* quæ ex delicto est, nulla autem actio bonæ fidei ex delicto est. *arg. §. actionum. 28. inst. de Actionib.* id enim bonæ fidei esse non potest, quod non nisi ex dolo oritur vel similitudine doli & ad delictum vindicandum, vel propter delictum comparatum est. Sed his nihil argumento demitur, quia actionum arbitrarium secundi generis & bonæ fidei una natura est, & nulla inter eas differentia, nisi ratione originis, quod illæ sint vel ex contractu vel ex delicto, hæ vero ex contractu simul. Cuius ratione nulla inter triticariam & actionem bonæ fidei differentia constitui potest. 3. In actionibus arbitrariis si reus esset. *l. in actionibus. 5. in pr. ff. de in lit. jurand. Vide supra differ. 1. th. 3.* In hac vero actione non juratur eo casu in litem sed tantum à iudice fit rei æstimatio: *d. l. fin.* Obiicit Bachovius, quod aliàs supervacua videri posset, sufficiente generali conditione certi vel incerti. Resp. Summa ratione eam introductam, nec supervacaneam esse, in conditione enim certi necesse est probari certum esse, quod condicatur, in conditione incerti incertum esse: Sed hæc in conditione triticaria necessaria non est, quia in eam venit res sive certa sit, sive non certa. 2. Sæpe contingit, ut res certa desinat esse ratione æstimationis talis, quo casu sæpe frustra condictio certi intentatur. Pone Titium à Mævio fundum certum emisse. Petit Titius fundum conditione certi à Mævio, lis super eo contestatur, postea eius æstimatio decrescit, atq; ita fundamentum iudicii nempe lis contestata tollitur, quæ super re eius æstimationis facta esse censetur, cuius tempore litis res haberet, quia facta intelligeretur litis contestatio, ut naturæ actionis non adverteretur natura autem hæc est actionis triticariæ, ut in eam ea res certa tantum veniat cuius æstimatio potest mutari *argumen. leg. 3. ff. h. t.* In conditione autem certi etiam eas res recipit, quarum æstimatio semper certa est. 3. Tribus casibus hac conditione res sua condici potest. *l. 1. §. si. & l. seq. ff. h. t.* conditione vero certi nunquã. *arg. §. sic itaq. 14. inst. de Actionib.* Ad secundum, quod obiicit Bachovius, facile ex iis, quæ supra in hac thesi tradita sunt, responderi potest. *Magnif. Dn. Eric. Hedem. semestr. disp. 23. thes. 45. lit. a. Wesemb. in π. n. 2. ff. h. t. loh. Robert. in animadv. lib. 2. cap. 4. & in not. ad notat. Mercat. lib. 2. cap. 4. ubi vid. Leopold. Hackelman. illustr. quest. disp. 10. thes. 15. lit. b. Diss. Cujac. in π. ff. h. t. & in tract. 3. ad Africanum ad l. centum. 8. ff. de eo quod cert. loc. pag. m. 61. qui sibi pag. seq. contradicit, dum triticariam arbitraria actioni opponit, Mercat. in notis ad animadv. Robert. lib. 2. cap. 4. Bachov. in notis ad Treuil. vol. 1. disp. 23. thes. 2. lit. b. & Meier. in colleg. Argentorat. lib. 13. Pandect. tit. 3. thes. 2.* In æstimatione ineunda tempus litis contestatæ spectandum est *l. fin. ff. h. t. & l. vinum. 22. ff. de reb. cred. l. sed mihi. 3. §. in hac. 2. ff. commod. si tamen rei pretium postea fuerit auctum residuum actor consequitur quasi accessionem, non quatenus æstimatio ad tempus sententiæ refertur l. cum fundus. 31. in pr. ff. de reb. cred. & l. Iulianus. 17. §. item. 1. ff. de R. V. Vid. Salyc. in l. pen. n. fin. ff. h. t.* Nisi post litem contestatam mora contigerit quo casu tempus, quo res plurimi fuerit,

fuerit, vel quo mora facta est, vel rei iudicatæ, si post moram res deterior facta sit, sive postea extiterit, sive perierit. *l. pen. ubi vi de omnino Salycet. num. 2. & seq. ff. h. t.* Quod si res, quæ certo tempore dari, debet petita sit, tanti æstimanda est, quanti fuisset eo die, quo dari debuit. *d. l. ult. & d. l. 22.* Aliter in contractus bonæ fidei observatur, in quibus tanti res æstimatur, quanti est tempore rei iudicatæ *d. l. 3. §. 2.* Ratio differentiæ est, quod in actionibus stricti juris iudex formulæ alligatus sit, nec ad aliud condemnare possit, quam petitum est. In actionibus vero bonæ fidei id tantum petitur, quod bonus iudex arbitrabitur, & dari oportere ex bona fide æstimabit, atque ita litis æstimatio ad tempus rei iudicatæ refertur. *Vid. Iul. Pac. cent. 3. q. 72. Cujac. in tract. ad Africanum. lib. 8. ad leg. hominem. 37. ff. mandat. Franc. Hottom. illustr. quest. 16. Duar. cap. 7. ad tit. si cert. petat. Ias. ad l. vinum. 22. & ibid. Hieronym. Butigell. Iohan. Ant. Rub. & alii.*



COROLLARIA.

I.

Nillum dolum esse, qui re ipsa contingat contra Dd. statuimus.

II.

Omnis actio præsupponit dominium; at non omnis oritur ex dominio.

III.

Actio realis non oritur ex obligatione, sed propter obligationem.

IV.

Omne dominium absolutum est vel relatum, illud semper verum est, hoc vero quasi.

V.

Marcus à Lyclama eius rei, quam quis vindicat, dominium apud possessorem tamdiu manere asserit donec actor rem, quam petit, suam esse probarit. Contra existimat Hilligerus, dominium rei nostræ non posse abesse. Nos utramque sententiam suo modo veram esse dicimus.

VI.

Eriam ea, quæ jure civili Romano introducta sunt, juris gentium esse vere dici possunt.

VII.

VII.

Jus gentium, quod Dd. secundarium vocitant, est vel absolutum vel suppositivum.

VIII.

Omnis actio nativa etiam dativa, est & defendi potest, nullam esse actionem dativam.

IX.

Maxima illa Dd. quod sententia conformis debeat esse libello simpliciter considerata proculdubio falsa est.

X.

Qui dominium juris habet, ei etiam dominium quasi proprietatis competit.

XI.

Falso *c. futuram. 12. q. 1. ex Melchiade referri demonstrabimus.*

XII.

Naturalis obligatio transit ad heredes, & alio modo accepta non transit.

XIII.

Donationem jure fitorum neque pactum nudum neque contractum fuisse defendemus.

XIV.

Axioma illud cessante ratione dispositionis cessat & ipsa dispositio simpliciter verum non est, & saepe impertinenter allegantur.

XV.

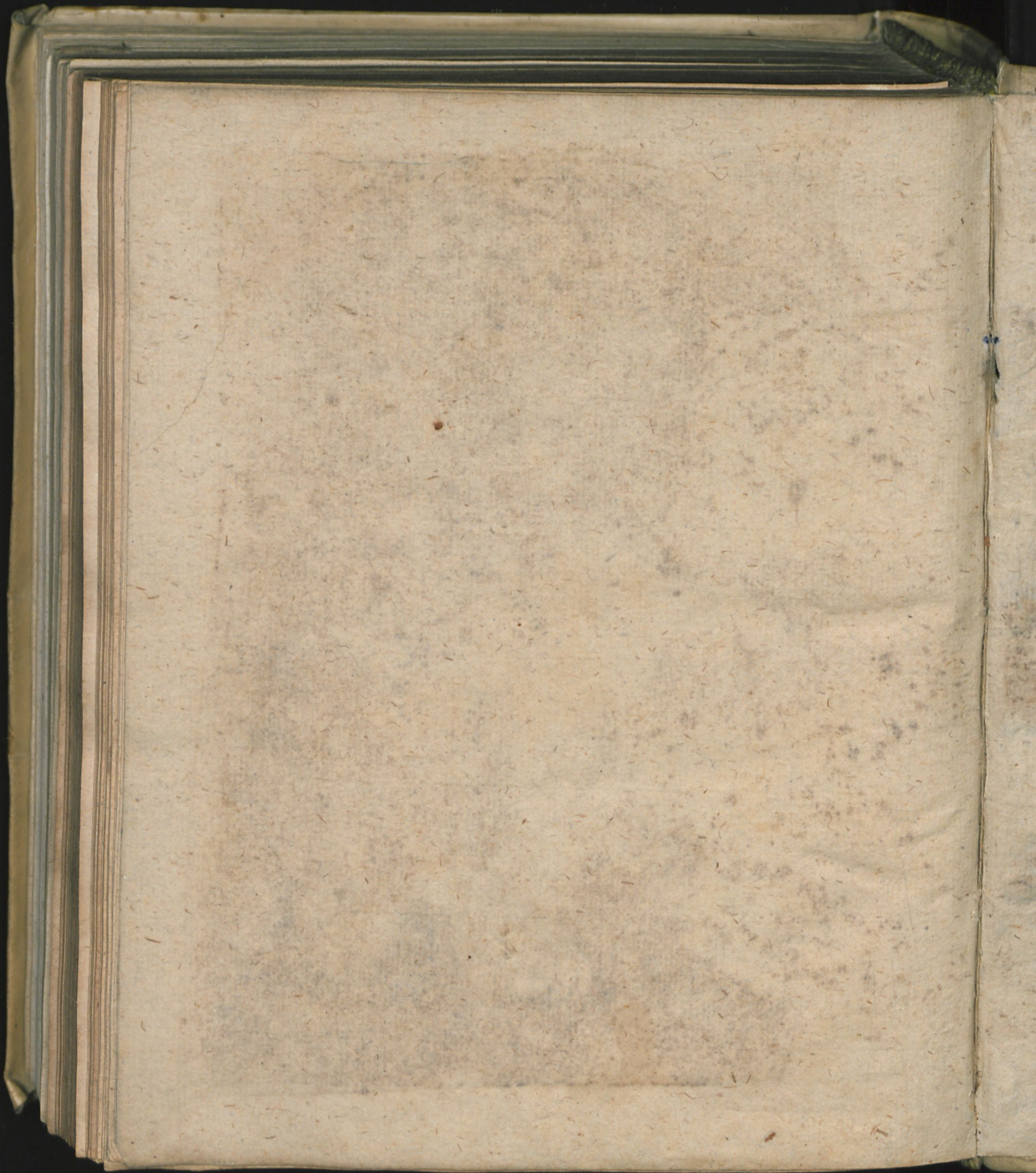
Falso quidam ex l. 1. §. si ff. de vent. inspici. deducunt, levis solemnitatis omissionem non viciat actum.

XVI.

Doctores bullati, si non sint idonei, non gaudent iisdem privilegiis, quibus fiuntur ii, qui in Academia biabenteris publicis designantur.

F I N I S.





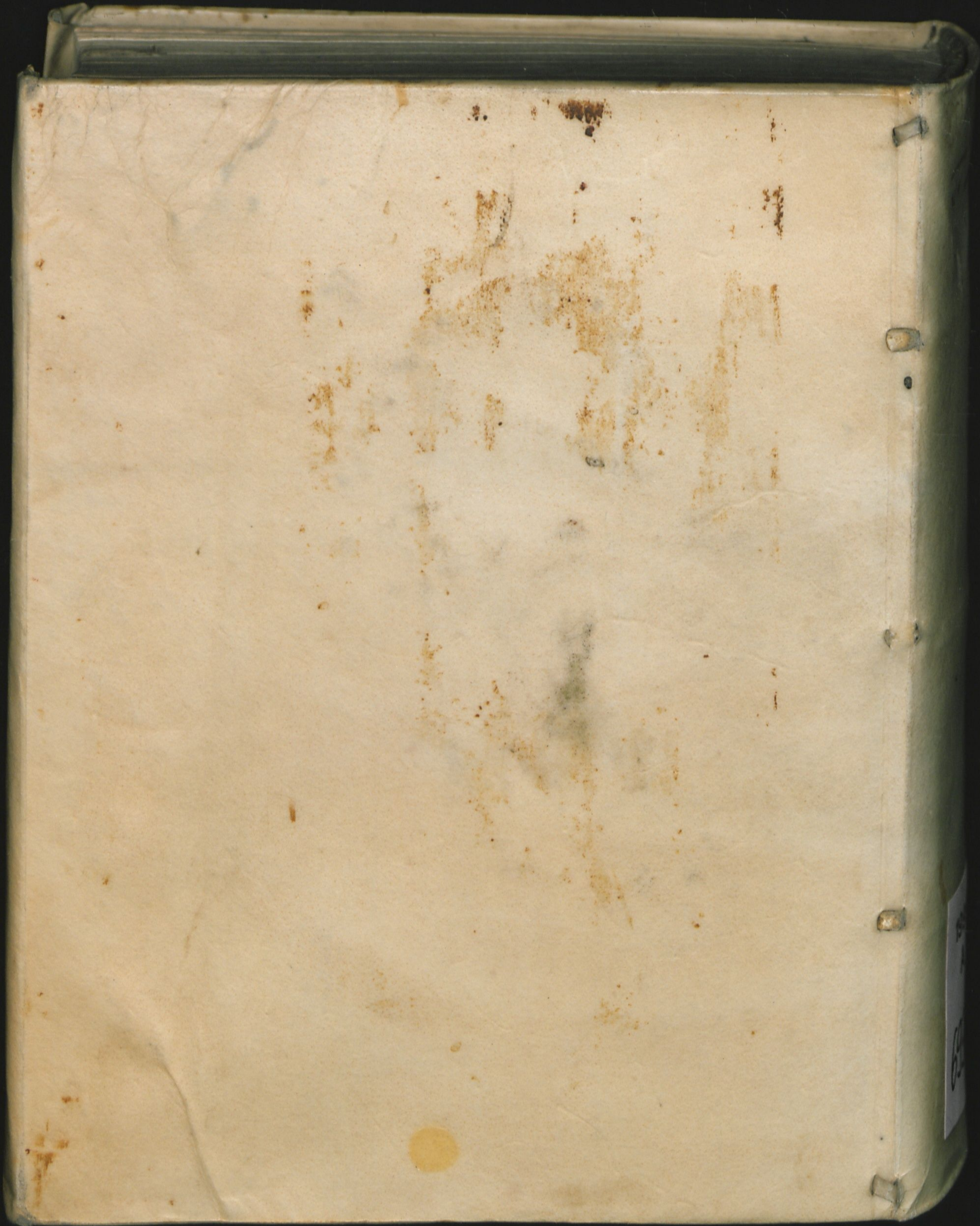
99 A 6938

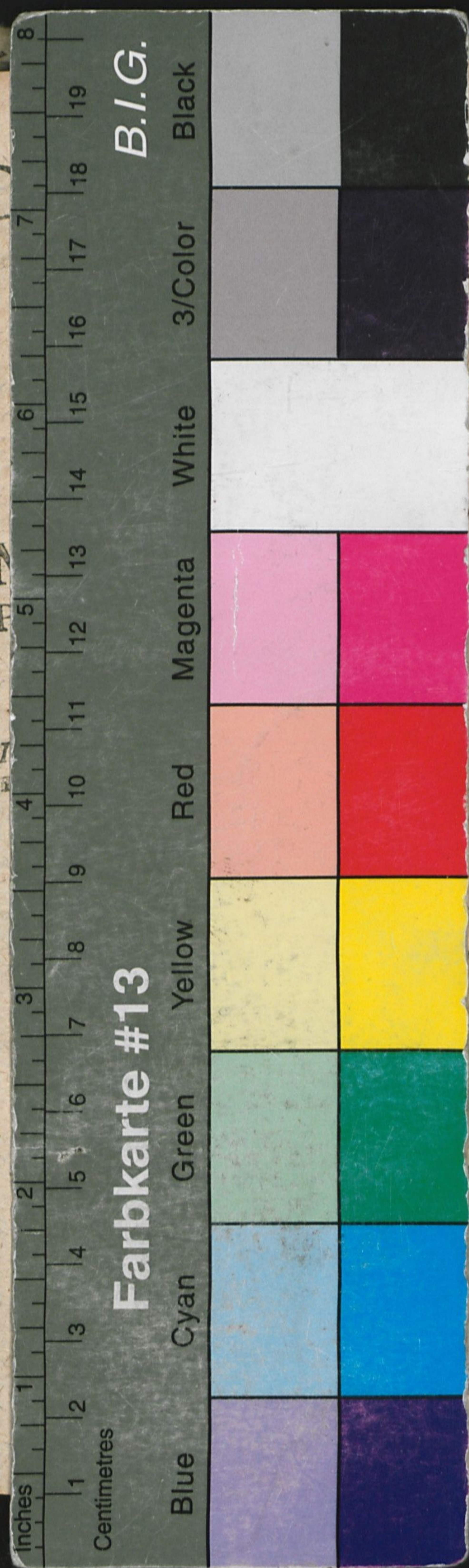
ULB Halle 3
002 822 58X



Handwritten text and faint bleed-through from the reverse side of the page, including the word 'CONNECTION' and some illegible characters.







20

IONES

Bessels/

LUMINIS

PTÆ,

S

ET AM-
M ORDINE

APPRO-

VNT IN CELE-
GENSI PRÆSTANTIS-
andidati & Studiosi,
sertationibus

D. N. 2.

io: Nimium altercando

SORUM,
sparis Chemlini.

IX.

