



Bodleian Libraries

UNIVERSITY OF OXFORD

This book is part of the collection held by the Bodleian Libraries and scanned by Google, Inc. for the Google Books Library Project.

For more information see:

<http://www.bodleian.ox.ac.uk/dbooks>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 2.0 UK: England & Wales (CC BY-NC-SA 2.0) licence.

7
QVOD FELIX FAVSTVMQVE SIT
DISSERTATIO INAUGVRALIS
DE

ACTIONIBV
IN REM SCRIPT
EARVMQVE
GENVINO CONCEP

QVAM
SVB PRAESIDIO
DOMINI

SIMONIS PETRI GASSERI

POTENTISSIMO REGI BORVSSIAE A CONSILIIS
NEC NON BELLICIS ET DOMANIAL. IVRIVM ET I
OECONOMICO CAMERAL. ANTECESSORIS SCABI
TVS IN DVCATV MAGDEBVRGICO SENIORIS
ORDINIS IVRECONSULTORVM DECANI

PRO SVMMIS IN VTROQUE IVRE HONOR
CONSEQVENDIS

D. XXII. OCTOBRIS MDCCCXXXVIII.

H. L. Q. C.

PVBlico EXAMINI SVBMITTIT

IOHANNES BALTHASAR GEI

MOENO - FRANCOVRTENSIS.

HALAE MAGDEBVRGICAE

TYPIS IOANNIS FRIDERICI GRVNERTI ACAD. ET SENAT. TYPO



S. R. IMPERII
LIBERAE REIPUBLICAE
MOENO-FRANCOFVRTANA
ILLVSTRI SENATVI
VIRIS

*MAGNIFICIS EXCELLENTISSIMIS
GENEROSISSIMIS AMPLISSIMIS
CONSULTISSIMIS SAPIEN-
TISSIMIS.*

DN. PRAETORI VRBAN
DNN. CONSVLIBVS,
DNN. SCABINIS,
DNN. SYNDICIS,
DNN. SENATORIBVS,
PATRONIS SVBMISSE VENERAN
FELICITATEM!

THE UNITED STATES

DEPARTMENT OF THE INTERIOR

BUREAU OF LAND MANAGEMENT

WASHINGTON, D. C. 20250

FOURTH CLASS PERMIT NO. 100

POSTAGE WILL BE PAID BY ADDRESSEE

Subscription price, \$1.00 per year in advance.

Single copies, 15 cents.

Second class postage paid at Washington, D. C.

Postmaster: Send address changes to

Publications Administration, P. O. Box 3587, Washington, D. C. 20087

U. S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE

1977 O-211-100

* * *

Non puto, cuiquam mirum videri posse, quod hanc dissertationem meam inauguralem **VOBIS, VIRI MAGNIFICI**, cum primis inscribere voluerim. Si enim par est, ut quos Deus rectores reipublicæ constituit, sciant, quales habeant ciues, quibus moribus, quibus ingeniis ac dotibus sint præditi; **VOBIS** utique, **PATRES PATRIAE**, ego, utpote qui primum **FRANCOFVRTI** hanc vitalem auram hausi, studiorum meo-

rum rationem documento quodam
reddere debeo. VESTRA, PA
TRES CONSCRIPTI, in altiu
fastigium euecta virtus clarius emica
ac veluti publica Pharos quædam in
numeris benignum lumen suum im
pertit. VESTRA rempublicam ac
ministrandi prudentia, in litibus pra
scindendis sapientia, in tuenda pac
ac firmanda concordia, gloria, no
vario fermone, sed clarissima vna c
mniunivoce concelebrantur. Inde fi
• vt VESTRAM, sapientissimis institut

ac legibus fundatam **REMP VBLI-**
CAM, & exteri eminus suspiciant,
indeque exempla petant, vnde cari-
tas amorque promulgentur. Equi-
dem is ego minime sum, qui insignes
& supra vulgaria positas laudes **VE-**
STRAS recensere verbosius aufim,
potius, quod vnicum duntaxat pos-
sum, admirabor eas, simulque gratiam
VESTRAM, **VIRI ILLVSTRES**
atque **EXCELLENTISSIMI**, mo-
deste demisseque ambio. Deus **VOS**
VESTRASque Familias seruet, for-
tunas

tunas VESTRAS, gloriam VESTRAM perennem esse velit. quo ibitis, ipsa VOS falus ferat, qui quid optabitis, Deus vota præueniat ac rata esse iubeat. Ita vota nuncupat

VIRI MAGNIFICI
ILLVSTRIVM NOMINVM
VĒSTRORVM

*cultor deuotissimus ac
indefessus*

Ioh. Balthasar Gelff

OEC



OECONOMIA.

§. I. *Differentia inter ius in re & ad rem utilissima in limine iudicii.* §. II. *Addenda vero restrictio actionum aduersus tertium, quo pertinent in rem scriptæ.* §. III. *Ad has non est referenda actio pignoratitia, neque de iure canonico.* §. IV. *Recte vero actio quod metus causa, quatenus competit aduersus tertium, cum alias fundetur, in subtilitate inepta principiorum quondam philosophicorum.* §. V. *Aduersus tertium utilitatem præstat hæc actio, posthabita differentia inter negotia bonæ fidei & stricti iuris.* §. VI. *Cur Romani immemores fuerint doctrinæ de vi bonorum raptorum.* §. VII. *Vt & de concussionem.* §. VIII. *Spernenda hodie illa philosophica distinctio inter vim compulsuam & ablatiuam.* §. IX. *Ideoque inquisitorie procedendum ob quamlibet illatam vim.* §. X. *Neque actiones pœnales quadrant ad nostrum statum publicum.* §. XI. *Restrictio actionis quod metus causa aduersus tertium.* §. XII. *Pretium tertio possessori restituendum, ubi simul de reliquis restrictionibus.* §. XIII. *Secunda actio in rem scripta est de pauperie, quæ etiam fluit ex absurdo quondam principio philosophico de animo brutorum.* §. XIV. *Actio si quadrupes est vel dire-*

sta vel utilis, variae vero quadrupedum differentia, ubi de equo dolone concitato, & quid sit dolon. §. XV. In lege Mo- saica non ad quadrupedem respicitur, sed ad culpam domini, a quo absurdissime recedit Talmud in Cod. Baba Kama cap. 4.

§. XVI. Cur actio de pauperie sit in rem scripta. §. XVII. Cur actio noxalis, in specie ita dicta, non quadret ad nostrum statum, etiam quoad mancipia Christianorum Turcica.

§. XVIII. Tertia in rem scripta est actio ad exhibendum, preparatoria, unde interesse prius docendum quoad actionem principalem. §. XIX. Res quomodo exhibenda in eadem causa. §. XX. Cur haec actio sit in rem scripta, & utrum immediate sit ex lege, an ex quasi contractu. §. XXI. Quis dicere, quis discere debeat argumenta rei, de qua agitur. §. XXII. Compositio disceptationis inter Cornelium van Bynkershoek & Ger. Noodt, iuncto responso Scabinat Hal. §. XXIII. Modus procedendi hodiernus, ubi de processu mandati cum vel sine clausula. §. XXIV. Quarto actio in rem scripta competit ex iure retractus. §. XXV. Praesertim ex retractu gentilitio, non ex legibus civilibus, sed ex iure Germanico deducendo. §. XXVI. Quomodo computandum pretium, quod cum impensis & harum usuris restituendum. §. XXVII. Singularis textus de iure congrui in Reformatione Francofurtensi. §. XXVIII. Quinta actio in rem scripta est aquae pluviae arcendae. §. XXIX. Sed haec adeo restricta, ut vix aliquis usus remaneat. §. XXX. Hoc ulterius explicatur, ut & emulatio, & rarior usus iuramenti emulationis. §. XXXI. De actionibus in rem scriptis haecenus non agnitis generatim.



§. I.

QVam ingentem in Iurisprudencia nostra præstet vtilitatem differentia inter ius in re & ad rem, non tantum omnes fatentur Iurisconsulti, ac imprimis experiuntur, qui ea præferunt, quæ in ipsis rerum obtinent argumentis, sed & testatur forum, quod nulla lis sine huius doctrinæ iusta contemplatione rite dirimi queat; ita enim ab initio litis primaria est quæstio, an adsit aliquis nexus obligandi; quo cessante, actor a limine iudicii repellitur, & opponitur ei exceptio non fundatæ intentionis, non competentis actionis. Non vero sufficit vana oppositio, quamuis sit quotidiana, sed conuenit apprime disquirere, vtrum actor fundatus sit in alterius quodam facto obligatorio licito vel illicito, quod ipsum exprimitur per ius ad rem, an vero ius aliquod in re valeat allegare. Nostrum iam non erit mouere vel dirimere controuersiam, de speciebus iuris in re, sæpius motam, vtrum vna tantum, an quatuor vel quinque debeant admitti, quænam actio ex iure pignoris competierit ante Prætorem Seruium, quam credimus fuisse rei vindicationem, a creditore, tanquam procuratore in rem suam, nomine debitoris

A

insti-

instituentiam: sed tamen ad nostrum scopum, & vnde de fundata actione statim in primordio cuiusvis liti constet, retineri posse quinque species existimamus nimirum dominium in specie ita dictum, ius hereditarium, seruitutem, pignus & possessionem, quamvis quoad hanc vltimam, cum hoc discrimine, quod accessoria tantum sit species ad reliquas quatuor, non in se, vnde nunquam competit possessorium, nec alius eius admittitur fundamentum seu color, nisi ex iure in re, ex quo e contrario semper præsto esse debet remedium aliquod in summarissimum, tam adipiscendam quam retinendam & recuperandam, quamvis nullum exemplum interdictorum supersit: *ita Dn. PRAESES in Posit. Pract. cap. 26. Pos. 12. 13. 14. ibique cit. illustr. Dn. BOEHMER.*

§. II.

Non vero licet subsistere in actionibus realibus tantum, quando tertius quispiam, alias neutiquam obligatus, conueniri debet, sunt enim & actiones in rem scriptæ, quæ aliquid mutuantur ab actionibus realibus, nempe vt dentur contra tertium possessorem, at non indiscriminatim, sed cum maximis *restrictionibus*, de quibus in hac dissertatione præprimis agendum, cum genuinus conceptus actionum in rem scriptarum in hoc consistat, vt ex certa quadam lege & textu expresso demonstretur, quatenus, & qua ratione actio in se personalis tangere possit tertium. Sin villo dubio enim hæc doctrina ad ius singulare pertinet, de quo constat inter omnes, quod nec rationi identitas, nec ita vlla interpretatio extensiuæ admittatur, sed stricte legibus earumque verbis inhærendum fit

fit; manente tamen regula, quod, quoties lex actioni personali qualitatem quandam superaddit contra tertium, toties sit in rem scripta, licet non semper ita appelletur; at ideo non est confundenda cum actionibus adiectivæ qualitatis, hæ enim in se plane non sunt actiones, nisi adiciantur principalibus ex ipso negotio descendentibus, nec competunt contra quemvis, sed solummodo contra hos, qui ex negotio vel contractu alterius tenentur, quamvis ipsi non contraxerint, veluti patres familias, exercitores, domini.

§. III.

Regula suppeditata de necessitate legis expressæ adeo firma est, ut ab ea recedere nullatenus liceat. Ita pronuntiatum meminimus contra tertium ex ficta quadam æquitate, ut solueret creditoris sui creditori, ut *ut priori solutio iam facta*, addita ratione, quod competat aliqua species actionis in rem scriptæ, quod reformavit incylta *Facultas Iurid. Hallensis* ex meliori ratione, quod non liceat fingere hoc genus actionis. Ita quoque sine ratione doctissimus *MEVIVS Part. 5. Dec. 342. n. 8.* actionem pignoratitiam retulit inter scriptas in rem, non ex ratione iuris civilis, quod contrariatur. *Vid. L. 27. ff. d. pignorat. act. L. 2. ff. d. pignorib. L. 1. C. si antiqu. cred. pign. vend.*, sed iuris Canonici in *c. cum contra 6. X. de pignorib. cum quo convenit B. STRYK. in caut. contr. sect. 2. c. 4. §. 42.* At vero ex hoc textu iuris Canonici nihil potest probari, cum expresse supponat casum in iure civili æque fundatum, nimirum quando tertius sciuit, cuius sit pignus, ita se habent verba: *cum contra nobilem virum G. Deenten, civem Anagninum super quibusdam possessionibus, quas quon-*

dam pater tuus Laudum de Salis pro certa pecunie quantitate obligarat, & creditoris heredes predicto G. pignorarent, mouisses in nostra presentia questionem. Ex quibus luculenter apparet, hoc loco idem tradi, quod iam habetur in titulo Codicis *si pignus pignori datum.* Vid. *Prælectiones Dn. PRAESIDIS ad hunc tit.* Omnes enim actiones personales, veluti ex pacto de retrouendendo, protimiseos &c. contra tertium competunt, quatenus est malæ fidei vel fraudis particeps, quia tunc non est tertius, sed ex proprio facto conuenitur. Singulare igitur, quod Pontifex in *cit. c. 6.* ex Canonicis Sanctionibus deduxit, in hoc solummodo consistit, vt fructus rei oppignoratae imputari possint in sortem, secus ac iure civili, si inter contrahentes id placuerit. *conf. GONZAL. TELL. ad dict. c. 6. n. 2.*

§. IV.

Transimus ad veras actiones in rem scriptas, & quæ recte pro talibus possunt haberi, earumque genuinum conceptum. Inter has imprimis occurrit actio quod metus causa, quæ plus simplici vice & verbis expressis vocatur in rem scripta in *L. 9. §. f. ff. quod metus causa;* vbi ita: *cum autem hæc actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat,* item in fine: *sed est verius, quod Marcellus notat, etiam aduersus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.* Fundatur vero in edicto prætoris: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo.* Subtilissime, pro more suo, in hoc Edictum commentatus est *celeb. ICTUS GER. NOODT ad tit. ff. quod metus causa.* Sed magis ardua est quæstio, cur hoc Edicto fuerit opus, cum iure naturali coactio excludat consensum, quod alias ius civile quoque sequitur

tur

tur in L. 21. § 3. ff. quod met. caus. L. 9. pr. L. 17. ff. qui & a quib. manumit. L. 14. C. d. nupt. L. 20. §. f. ff. qui testam. fac. poss. adde t. t. ff. & C. si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit. Nec sane vllum fundamentum huius restitutionis prætoris inueniri potest, nisi ex crassa veterum philosophorum subtilitate repetatur, quod coacta voluntas olim etiam fuerit voluntas, vnde iustitia dicebatur constans & perpetua voluntas, nec iustus poterat appellari, qui consensum, quamquam sub cruciatibus suppeditatum, postea denegauerat; ita enim Stoici: *sapientem esse imperturbabilem, atque adeo omnes ipsius actiones voluntarias; hinc, si vratur sapiens, si crucietur, in Phalaridis tauro ferit, dicet: quam suaue est hoc! quam hoc non curo!* vid. LIPSIVS in *manud. ad philos. stoic. L. 3. diff. 6. & 7.* At sicut tempestatum, sic principiorum philosophicorum semper fuit varietas, tempore igitur Prætoris, quisquis fuerit autor Edicti, nemo sanus credebat, coactionem & voluntatem simul subsistere posse, deficieba vero dispositio iuris, & sic restitutio prætoris desiderabatur, insimul capi potest, quid sibi velit, quod hæc restitutio supponat actum ipso iure, puta ciuili antiquo, validum, etenim Prætor semper accommodauit Edicta sua ad statum rerum longe immutatum, sane debebat philosophia ancillari doctrinis altioribus; at domina facta omnia perturbat, vnde CICERO: *sed nescio, quomodo nihil tam absurde potest dici, quod non dicatur ab aliquo philosophorum.*

§. V.

Sed nunc vltcrius disquirendum, vtrum iure prætorio indistincte restitutio debuerit postulari, an non etiam actus in se fuerit nullus. Audiamus quæ hac de re doctissime tradit supra laudatus

GER. NOODT. *Postremo, inquit, consideremus, num etiam ipso iure infirmetur, quod metus causa gestum sit, ideoque prætoria in integrum restitutio non desideretur. Scio, esse qui dubitent, sed mihi placet, distinguere, utrum sit bonæ fidei negotium, in quo dicitur metus interuenisse, an stricti iuris. Posteriori casu puto subtili iure subsistere, sed prætoria æquitate rescindi. Priori casu esse nullum ipso iure, nec egere Prætoris rescissione, quasi non nata actione. Possem id in præsentia demonstrare: sed non opus, quia in antecessum egi, & diligenter, lib. sing. de forma emendandi, doli mali c. ult. Elegantia hæc sunt, sed vix amplissimam materiam iuris antiqui & hodierni exhauriunt, præsertim si supponamus generaliorellum illum conceptum de constantia voluntatis perpetuæ, quoad iustitiam, & quod iustus nullo modo potuerit vocari, qui non perseverabat in promissione facta, licet extorta. Præterea hodie cessantibus negotiis & actionibus stricti iuris, cessaret omnis effectus actionis quod metus causa. Sed hoc affirmare non sustinemus, cum sit actio in rem scripta, & eatenus effectum producat contra tertium. Argumentum a dolo ad metum non est perpetuum, inutilem vero esse de iure hodierno separatam actionem doli, firmiter persuademur. vid. Dn. PRAES. posit. Præcl. cap. 1. Posit. 38.*

§. VI.

Maius dubium suboritur, cur Romani adeo immemores fuerint doctrinæ suæ de vi bonorum raptorum, quamvis enim actio exinde competens in effectu tantum fuerit tripli; attamen hoc deinceps ridiculum videbatur *pr. l. d. vibon. rapt.* & addebatur actio furti manifesti, ad id, quod pro supplendo quadruplo
amplius

amplius erat consequendum *l. 80. §. 3. ff. d. furt.* Pœna vero quadrupli contra vim inferentem in actione quod metus causa indistincte non comprehendebatur, sed tum demum obtinebat, si restitutio ad arbitrium iudicis non fuerit secuta: & ita ob contumaciam. MENCCK. *in syn. ff. ad tit. quod met. caus. §. 3.* nihilominus supponebatur impetus maior, qui repelli non potuerit *l. 2. ff. dict. tit.* atque adeo nulla videbatur differentia fingenda inter rapientem & vim inferentem atrociolem. Sed facile resolui potest dubium ex ipsa iam dicta subtilitate philosophica, in eo enim consistebat ratio disparitatis, quod raptor rem ablatam ipse rapuerit, vi aut metu compulsus vero ipse tradiderit, vel in negotium gestum consenserit, a quo consensu, salva iustitia, secundum dictum conceptum considerata, non poterat resilire, nisi a Prætore in medium producta demum fuisset restitutio in integrum, non ex sola æquitate arbitraria, multominus auctoritate, quæ semper restricta erat ad formulas, sed quia Romanis non amplius arridebat pristina philosophia, & ridebatur disparitas inter rapientem & extorquentem, sicut nec hodie sapientiores, præprimis in officio publico aut medio foro constituti, risum possunt tenere ad tot & tantas altercationes philosophicas.

§. VII.

Sed quomodo concussionem, quam cum Vlpiano veteres Icti haud ignorarunt, & pro crimine extraordinario habuerunt, separabimus a negotio, quod metus causa gestum esse dicitur? Sane non inutilis aut plane inanis est hæc dubitatio & disquisitio. At duplici ratione erit respondendum, sicuti duæ extant leges

leges in digestis sub titulo de *concuſſione*. *In l. 1.* Vlpianus agit de crimine concuſſionis in ſpecie, quæ interuenit ſimulato præſidis iuſſu, vt ipſe præſes iubeat ablatum eiſmodi terrore reſtitui, & delictum coerceat, nempe ſimpliciter, non in euentum poſthabiti arbitrii, quod vult Prætor. *In l. 2.* tantum additur, quod hoc iudicium non quidem ſit publicum, poſſit tamen certa ratione publicum fieri, nimirum ſi crimen iam Lege Cornelia ſpecialiter notatum, & ſic concuſſio non pertinebat ad Prætorem, eiſque tradita de metu. Vnde Doctores hodie, cum omnia delicta ſint contra leges publicas, rectius crimen concuſſionis ampliant, & pœna in praxi ſecundum gradus terroris infligitur.

§. VIII.

Concludimus igitur, quod de iure hodierno vix fingi poſſit caſus, vbi ſecundum Ediſtum Prætoris tractetur illata vis aut terror, & inde proueniens metus, niſi aduerſus tertium. Spernenda quoque mira illa ſubtilitas differentiæ, an coactus tradiderit ipſe, an raptor rapuerit, ſicuti nec vis bonorum raptorum coerceatur mediante quadruplo, ſed pœna *in Conſt. Carolin. art. 126.* eſt gladii, ſiue res rapta magni ſiue minimi ſit pretii, ſiue delictum prima ſiue iterata vice commiſſum. Ita crucietur inſipiens; non ſapiens. Præterea Lex Aquilia, quæ nec culpam leuiſſimam excludit, nec ipſum dolum, MENCKEN *ad tit. ff. ad Leg. Aquil. ibique cit. l. 44.* hodie & de iure Germanico extenditur ad ſatisfactionem pro dolore, *das Schmerz-Geld*, quod non admittebant Romani. Vno verbo: omne damnum datum reparandum eſt quacunque ratione

tione, nec recurrendum prius ad asylum Prætoris, ac si deficeret ius ciuitatis. Imo vero sola concussio in nonnullis locis est capitalis, quia vix differt a rapina rei minimæ, & terror vbi incutitur sine grauissima pœna, ibi inclinatur respublica & labascit. Sapienter constitutum est in *Ordinatione Politica Magdeburg. cap. LXXIII.* Von Straffe der Concussion §. I. Wer auf der Strasse oder im Hause einen andern bedrohet, Geld von ihm zu erpressen, ob er ihn gleich würcklich nicht angreiffet, auch nichts von ihm erhält, der soll mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode gebracht, und der Körper aufs Rad geflochten werden. Porro §. 2. Da jemand durch seine richterliche oder obrigkeitliche Gewalt, oder durch andern Schrecken von jemand Geld erpresset oder durch dergleichen Gewalt oder Schrecken zu etwas anders, als unzulässigen Heyrathen, Rauffen oder Verkauffen wieder seinen Willen zwinget, der soll mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode gebracht werden. Verba §. vltimi sunt vere ipsissima iuris ciuilis, sed sanctio est grauior. Putamus tamen, leuiorem & pecuniariam tantummodo obtinere pœnam, si iudex ministri sui excessum eo ipso approbet, quod rem ablatam statim non restituat.

§. IX.

Inquisitorie igitur proceditur hodie, quoties ob leuiorem metum condictio sine causa, vel ob turpem causam non sufficit, imo in plurimis Germaniæ locis ob solas iniurias obtinet inquisitio, multo magis ob vim illatam, tam in vrbibus, quam in via publica, quoniam eadem esse debet securitas, nec requiritur,

vt accesserit obsessio viarum, quæ ad separatum delictum pertinet, neque permissum est, vt meretrices aut prostibula vestimentis priuentur in via; quam sæpius defensores excusationem præbere solent, sed frustra. v. l. 7. §. 1. ff. quod met. caus. Ita pronunciauit *Incl. Facultas Iur. Hal.* Obwohl von dem constituirten Defensore zu des Inquiriten Bertheidigung vorgewendet werden wollen, daß er gleichwohl den Weg nicht oblediret, oder auf der Strasse aufgepasset, zu dem die Beraubte, so eine Hure gewesen, auszuziehen erlaubet. Alldieweil aber zu dergleichen gewaltsamen Beraubung, ad infligendam poenam capitalem ordinariam die Wege-Lagerung, als ein besonderes crimen, nicht erfordert wird, sondern das grauius delictum ohne dem das minus absorbiret. *CARPZ. Proc. Crim. Part. 3. Qu. 132. n. 19. § 67.* Dagegen ein ungegründetes und unverantwortliches Anführen ist, daß die Huren auszuziehen, oder wie in præsentî, im Walde zu berauben verstattet sey, vielmehr in allen wohlbestellten Gerichten, bloß dieserhalb die Straffe des Schwerdts erkant wird, wofern nicht sonderliche causæ mitigationis vorhanden, so sich in gegenwärtigen Fall in keinem Stücke herfürthun. Bevorab da Inquisit die Beraubte von der ordentlichen Straffe auf Abwege geführet. &c.

§. X.

Equidem ius Romanum eo respexisse videtur, vt plenius satisfieret parti læsæ, quia quadruplabatur res cum fructibus & omni causa l. 14. §. 7. ff. quod met. caus. nec hodie satisfactio reipublicæ plane debebat excludere priuatos, tam enormiter læsos. Sed rectius responde-

tur,

tur, actiones pœnales non quadrare ad nostrum statum publicum, vbi omnes pœnæ pertinent ad fiscum, sicuti fiscus ad regalia, quæ priuatis non competunt, nisi ex speciali concessione, priuatis vero læsis sufficere potest, si ipsis plenissime satisfiat quoad interesse priuatum, etiam hodie quoad dolores. Enimuero Tribuni Plebis actiones pœnales introducebant in statu plebeio, sicut L. Aquilia est ex Plebiscito, quod cum sapienter crederet institutum populus Romanus, Lege Hortensia lata volebant iubebat, vt Plebiscita non minus valerent ac leges. Nec obstat, quod in ipsis legibus fundamentalibus Germaniæ priuatis permittatur lucrum aliquod ex maleficio alterius, veluti vt dominium rei propria autoritate occupatæ amittatur. vid. Rec. dep. d. anno 1600. §. ob auch auf obligationes. Nam ista tempestate misera erat facies iuris publici ex legibus ciuilibus, traditis Glossatorum & aliis lacunis hausti, donec iniuriosus alias HIPPOLITVS A LAPIDE post illum PVFFENDORFIVS THOMASIVS, & imprimis Academiæ huius Cancellarius, de LVDEWIG ad saniores fontes reducerent errantes. De regalibus in specie vid. Dn. PRAESID. Oecon. Camer. cap. 14. 18. 20. §. 21.

§. XI.

Quamuis igitur actio quod metus causa effectu destituatur aduersus ipsum vim inferentem, prout latius ostensum, nihilominus tamen efficacia sua non caret aduersus tertium possessorem, quatenus est in rem scripta, id est cum maxima restrictione & limitatione competit contra tertium. Nostrum vero erit probare hanc limitatam qualitatem, & quidem si quis de hac dubitaret,

possemus prius ex illo quærere, quomodo probet, quod actio sit in rem scripta, nulla enim personalis, salua analogia iuris, tangit & ferit tertium. Sed cum eodem res recidat, facile onus probandi in nos suscipimus, quippe iidem textus, ex quibus demonstratur, actionem esse in rem scriptam, simul suppeditant limitationem. Ita in l. 14. §. 3. ff. quod met. caus. dicitur: *in hac actione non quæritur: utrum is, qui conuenitur, an alius metum fecit; sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim; & ex hac re eum, qui conuenitur, etsi crimine caret, LVCVRVM TAMEN SENSISSE.* Ex quo luculenter apparet, tertium eatenus tantum teneri, quatenus locupletior factus, nec obstat, quod actio contra eum quoque competat, quatenus est pœnalis, nam hoc non fit, nisi ob eius propriam contumaciam, sicuti ipse textus supplet in fin. §. *Nec cuiquam iniquum videtur, ex alieno facto alienum in quadruplum condemnari; quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.* Accedunt verba finalia §. 5. dict. l. 14. *etiamsi alius metum fecit: nam in alterius PRAEMIUM verti alienum metum non oportet.*

§. XII.

Pretium igitur, quod dedit tertius possessor suo venditori, ipsi restituendum ab actore, quia alias manifestam inuolueret contradictionem, quod tertius lucrum tantum non debeat sentire, & tamen amittere pretium, lucrum vero ita capiendum, quod istæ res vt plurimum viliori pretio vendantur, hoc præmium & lucrum non debet capere tertius, sed indemnis factus restituere rem ipsam. Si enim vi vel metu fundum auus tuus distrahere coactus est, etiamsi maxime
emtor

emtor eam alii vendidit, si tamen tu auctore tuo heres extitisti, ut tibi, *reddito a te pretio*, restituatur, postquam placuit in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti, adito præside provinciæ poteris postulare, sunt verba *l. 4. C. de his quæ vi metuseue caus. gest.*; datur enim actio quidem in rem, sed secundum formam Edicti, id est in rem scripta, seu restricta. Præterea adhuc duæ aliæ disparitates & restrictiones in iure deprehenduntur, nimirum, qui metum intulit, de casu fortuito quoque tenetur, non vero tertius bonæ fidei possessor, hic enim non potest conveniri, quando res interiit. Deinceps metum inferens fructus quoque percipiendos cogitur restituere, neutiquam bonæ fidei possessor. *conf. Illustr. BOEHMERI Introd. in Ius Digest. ad tit. quod met. caus. §. 8. ibique cit. text.*

§. XIII.

Succedit secunda actio in rem scripta, quæ dicitur noxalis, siue quadrupes pauperiem fecerit, siue servus noxiam commiserit. Et primo quidem de quadrupede agendum. Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum, nec enim potest animal iniuriam fecisse, quod sensu caret. *l. 1. §. 3. ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* Sed siue pauperiem, siue damnum iniuria datum dixeris, ante omnia quærendum, quænam ratio, quæ est anima legis, commoverit Romanos ad hanc miram iurisprudentiam, ut dominus quadrupedis teneatur, cum alias quilibet sibi cauere debeat a bestiis sensu carentibus. Supponendum enim ex textibus & analogia iuris, quod domino nihil omnino imputari possit, imo nec leuissima culpa, quia alias competit actio *L. Aquiliæ* ad omne damnum reparandum

simpliciter, id est posthabita electione noxiæ deditio-
nis. Sane vix vlla via inquirendi in rationem superest,
nisi recurramus ad antiquiora principia philosophica.
Credebant enim veteres, bestias habere animum, & ex
eo operari; vnde ius naturæ ipsis tribuitur, & additur
*pr. Inst. d. Iur. nat. gent. §. ciu. videmus enim, cetera quoque
animalia istius iuris PERITIA censeri.* Et in præsentī ma-
teria bestiis imputatur animus prouocandi, ne damnum
passo competat actio, si arietes vel boues commiserint,
isque perierit, qui prouocauerat *l. 1. §. 11. ff. si quadrup.*
Porro apibus & columbis tribuitur animus reuolandi,
si velint, quo deficiente dominus non admittitur ad
probationem dominii, de mansuetis autem animalibus
prædicatur, quod animum redeundi nunquam de-
ponant *l. 3. §. 2. l. 4. §. 5. ff. de acquir. rer. domin.* Postea alii
philosophorum brutis tribuerunt solum mechanismum
quem alii iterum ad actiones humanas quoque traxe-
runt, certo iudicio, quod non semper remanserit diffe-
rentia inter philosophum & animal philosophicum.
Adeo varia & incerta ab omni æuo fuere principia
philosophica.

§. XIV.

Quadrupes igitur, si pauperiem fecisse dicatur
noxiam sarciri, noxiæ dedi iubet Prætor. Si bipes
fuerit, actio utilis competit per expressum textum in
l. 4. ff. si quadr. Neutiquam enim ad furiosum hæc actio
applicari potest, non tamen iniqua videtur actio in fa-
ctum prætoriam, vt ex furiosi bonis damnum refundatur
quod vult STRYK. *in Vj. Mod. ad tit. si quadr. §. 1. sequi.*
quamuis casus sine negligentia custodientis vix dabilis
& tunc actio L. Aquiliæ obtinet, etiam ob leuissimam
culpam

culpam. Inter quadrupedes alia occurrit differentia, vtrum sint mansuetæ pecudes, an bestia, quibus naturalis est feritas: ad has actio non quadrat, etiamsi ex custodia egressæ, *Et ideo si ursus fugit, Et sic nocuit, non potest quondam dominus conueniri: quia desinit esse dominus, Et ideo, Et si eum occidi, meum corpus est, l. 1. §. 10. ff. si quadr.* Tertia differentia est, vtrum mansuetæ contra naturam sui generis fecerint pauperiem, an secundum illam; Priori casu competit actio si quadrupes, posteriori actio de pastu, in vtraque vero petitum eadem fere ratione formandum. Sed tamen hodie non sine culpa domini vel bubulci pecus depascitur herbas alterius. Quarta inter mansuetas quadrupedes suboritur differentia: vtrum contra naturam suam pauperiem fecerint vltro, an vero ab alio concitata. Posteriori enim casu non competit nostra actio, quam examinamus, sed actio in factum aduersus concitantem. Ita in l. 1. §. 7. ff. si quadr. *Et generaliter hæc actio locum habet, quories contra naturam fera mota pauperiem dedit, ideoque si equus DOLORE concitatus, calce petierit: cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit, in factum magis quam L. Aquil. teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit.* Rectius pro dolore legendum DOLONE, quod ex BVDAEO iam notauit celei. NOODT ad tit. ff. si quadr. Sed an hoc loco recte BVDAEVS dolonem interpretatus sit flagellum, intra cuius virgam latet pugio, ἀπὸ τῆς δόλης, id est a fallendo, quod decipiat ferro, cum habeat speciem ligni, quodammodo dubium videtur, cum ipse Varro dolonem tanquam speciale instrumentum describat, quod sit ingens contus, cum ferro breuissimo; in nostra lege vero pro aculeo tantummodo sumi verius videtur. Ita quo-

quoque *Phædrus* dolonem pro aculeo muscæ dixit *Lib. Fab. 7. v. 3.*

§. XV.

In lege Mosaica *Exod. 21. v. 20. sequ.* respicitur ad culpam domini bouis, & grauissima erat coercitio ad pœnam interdum capitalem extendenda propter delictum. Ita *v. 29. At si bos antea fuerit petulcus, & eius dominus admonitus fuerit, neque tamen custodiuerit, virum aut fœminam occiderit, & bos lapidator, & eius dominus morte plectitor.* Nimirum ob scandalum publicum & ad euitandum vltterius malum bos e medio tollebatur publice, tota vero connexio citati *cap. 21.* commonstrat, quod de damno iniuria dato agatur id quod hodie, sublato hoc iure Mosaico, pertinet ad *L. Aquiliam.* In specie vero de boue agebatur ob frequentia & singularia damna. Differentiam vero tradit *Talmud. in Tomo, qui inscribitur ordo damnorum, vbi ex versione SVRENHVSII: Quatuor sunt damnorum fontes: bos; puteus; depascens; incendium. Non ita se habent bos, vt depascens; nec depascens vt bos, nec hic & ille, in quibus est vitalis spiritus, vt ignis, qui spiritu vitali destituitur nec denique hic & ille, qui ambulando solent nocere, vt puteus qui non solet ambulando nocere. Conditio equalis in istis hæc est, quod nocere soleant iisque attendere debeas & quum horum aliquo damnum infertur, ledens teneatur damni pretium soluere e præstantissimo prouentu. Secundo quomodo computanda damni reparatio, ac qua ratione procedendum aduersus bouem, ita vt tantum non fuerit litem contestatus, tam barbare enim intellexerunt legem Mosaicam, hoc amplius refert *Talmud. Cod. Baba Kama cap. 4. vbi: Bos conuictus respectu speciei sue, nec**

conuictus respectu aliarum specierum; conuictus hominis respectu, nec bestie respectu conuictus; conuictus respectu minorum bestiarum; nec maiorum respectu conuictus, secundum quam speciem conuictus est, prestatur damnum totum: & secundum quam speciem non est conuictus, dimidium damni prestatur. Proposuerunt coram D. Iuda. Ecce secundum sabbatha; non vero dies profestos fit conuictus. Ipsis respondit, quoad sabbatha prestabitur totum damnum, quoad dies profestos prestabitur damni dimidium. Quando innocens censetur? Quum ab eo abstinerit tribus sabbatibus. Porro: Si bos Israelite cornu petat bouem sacrum, aut bos sacer cornu petat bouem Israelite, liber est, quia dicitur (Ex. 21, 35.) bos proximi sui, non vero bos sacer; si bos Israelite cornu petat bouem idololatree, possessor liber est; si vero bos idololatree cornu petat bouem Israelite, siue innocens, siue conuictus, totum damnum prestatur. Item in sequentibus: Si periti alicuius bos cornu feriat bouem surdi, stulti, aut pupilli, possessor tenetur, surdi vero stulti, aut pupilli, si cornu feriat, bouem periti, liber est. Si bos surdi, stulti, aut pupilli cornu feriat, iudices his curatores preficiunt, atque testes in ipsos testantur, coram curatoribus. Si surdo aperiantur aures, respiscat fatuus, pupillus grandescat, bos in integrum restituitur, uti sentit D. Meir. D. Iose inquit, ecce is in statu suo manet. Bos in theatro pugnans, non fit mortis reus, quia dicitur, quum cornu feriet, non vero, quum adigent ipsum, ut feriat. Tam misere omnia miscentur, imo & gallum gallinaceum lapidatum fuisse, quod occidisset puerum, legitur in Cod. Edajoth. cap. 6.

§. XVI

Consequens est, ut dicamus, cur hæc nostra actio de pauperie sit in rem scripta, cum nunquam possit di-

ci personalis, & perinde fit, vtrum aduersus primum
 dominum, sub quo noxia facta, an aduersus vltiore
 instituat. Sed facilis est ex antecedentibus responsio
 postquam enim agnitum erat principium, quod ipse
 bestia sit deuincta, prono alueo exinde fluebat regula
 iuris, *quod noxa sequatur caput. l. 1. §. 12. ff. si quadr.* atque
 adeo & primus & vltior quadrupedis possessor habe-
 tur pro tertiis, quibus nihil potest imputari, cum non
 minima vel leuissima supponatur culpa, & ita cessat
 actio personalis sua natura, ob cessans factum obligato-
 rium, non tamen actio de pauperie potest nominari
 realis, sicut alia, quibus rem nostram persequimur, &
 specie aliqua iuris in re, quadrupes enim præcise trans-
 denda vel noxæ dedenda non est, sed dominus electio-
 nem habet, an damnum reparare velit, *l. 1. pr. ff. si quadr.*
 præterea si ante litis contestationem moriatur bestia
 cessat actio. *l. 1. §. 13. ff. eod.* post litis contestationem enim
 manet ex contractu, si tamen tertius occidit, dominus
 bestia aut simpliciter litis æstimationem offerre, aut
 actionem L. Aquiliae contra occidentem cedere tenetur
cit. l. 1. §. 16. Hæc sunt, quæ ad theoriam huius doctrinae
 spectare possunt, de praxi quando quaeritur, respondet
 Icti, sicut MENCKENIVS *ad tit. ff. si quadr.* quod actio de
 pauperie non sit abrogata. Sed multa in iure nostro non
 sunt abrogata expresse, nempe per textum aliquem legum
 Imperii, quæ tamen in præsentia genuinum non præstant
 usum, vbi cautela, vt ratio diuinitatis iuris & Romani &
 hodierni distincte ostendatur, & ita L. Aquilia absorbeat
 actionem de pauperie, sicut vtplurimum. Multa e contra-
 riorio quam maxime ad statum nostrum pertinent, & tamen a plu-

mis reiciuntur, quo pertinet inter alia exemplum de his, quibus vt indignis hereditas aufertur, cum tamen sublato Edicto Diui Hadriani legis Papiæ Popp. confirmatorio, retentum & seruatum sit caput de ereptitiis & de bonis plane vacantibus. Posterius retinent Doctores, prius reiciunt, & qui non refutant, non tamen admittunt fiscum quoad coniuges indignos, contra expressum textum in *l. 10. C. de his quib. vt indign.*

§. XVII.

Noxalis actio in specie ita dicta quoad seruos, duplicem habet qualitatem, partim enim est adiectitiæ qualitatis, ita vt principalis actio simul sit nominanda, veluti iniuriarum noxalis, furti noxalis &c. Quando vero de vtilitate huius actionis quæritur, diuersimode respondetur, alii negant vsum modernum, quod seruos non habemus, B. LVDOVICI *ad tit. de noxal. act. §. 2. addit ill. Dn. BOEHMERVS ad dict. tit. §. 3.* quod hic tit. sit magis historicus, quam vtilis, & ita recte, quidquid enim de applicatione ad mancipia Turcica nonnulli tradunt, *vid. MENCKEN. ad dict. tit. §. 2.* illud cum nostro statu publico non conuenit, nec enim mancipia nostra propter maleficia & delicta coercentur a domino suo, sed a magistratu, nec acquirimus per seruos nostros sicut iure Romano, & quas fiscus moueret vndas, si quis in ciuitate haberet medicos, mercatores, opifices, seruos suos, cum ingentibus pecuniis, in his enim consistebant diuitiæ & acquisitiones Romanorum maximæ: Mancipia igitur christianorum Turcica æquiparantur famulis nostris, quorum delicta nobis non imputantur, nisi ex mandato, vel electione hominis inepti, notorij furis &c. *vid. CARPZ. Part. 4. Const.*

Const. 17. def. 14. imputatur quoque domino, si impedire potuisset facinus. Ita nuperrime nobili poenam viginti thalerorum dictatam meminimus, in cuius praesentia venator eius balneatorem, vinum adustum in maxima copia propinantem, miserrime tractauerat. Iustitiam admonitione pro gratiarum actione, imputabatur quoque nobili nimia familiaritas in eodem conuiuio.

§. XVIII.

Tertia in rem scripta est actio ad exhibendum. Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. *l. 2. ff. ad exhib.* unde dicitur praeparatoria. Plenius exhibere ab *VLPIANO* in *l. 3. §. 8. de hom. lib. exhib.* dicitur in publicum producere & vendendi tangendique hominis facultatem praebere; proprie autem exhibere esse, extra secretum habere, ideoque de rebus mobilibus tantummodo quaestio est, quae pertinent leges de seruo, gemma, sigillo, rota vehiculo aptata, tabulis testamenti, codicillis, stercore in aream meam congesto, de rate in alterius agrum delata vi fluminis, & similibus, res immobilis enim ipsa se exhibet vltro. Casus, quem profert *STRY* in *not. ad Lauterb. sub tit. ad exhib. voc. incognitae* olim pertinebat ad interrogationes in iure & ad hodiernam praxin vix quadrat; de cetero perquam necessaria est haec actio, & vis eius in vsu quotidiano est, & maxime propter vindicationes inducta *l. 1. ff. ad exhib.* Deficiente igitur actione principali, quia iam non inter est agi nec accessoriae vsus est: superuacua praeparatione eius, quae non est secutura. Iudex vero summum debet cognoscere, vtrum aetoris interfit, non a

eius res sit, & sic iuberè vel exhiberi vel non, quia nihil interfit, *l. 3. §. 9. ff. ad exhib.* in dubio iudex non debet esse difficilis, cum alteri non noceat, quod alteri prodest, ideoque, si non obstant exceptiones liquidæ, veluti pacti conuenti, doli mali, iurisiurandi, vel rei iudicatæ, sed exceptio sit obscurior, vel quæ habet altiorem quæstionem, differenda erit in directum iudicium re exhiberi iussa *dict. l. 3. §. 13.*

§. XIX.

Porro res exhiberi debet in eadem causa, in qua fuit, cum iudicium acciperetur, proinde si post litem contestatam vsucaptam exhibeat, non videtur exhibuisse, cum petitor intentionem suam perdiderit, & ideo absolui non oportere: nisi paratus sit, repetita die intentionem suscipere: ita vt fructus secundum legem æstimentur, *l. 9. §. 6. ff. ad exhib.* Sed de hoc casu egit *Dn. PRAESES in dissert. de repetita die.* Quid si vero res deterior sit exhibita; ex mente *VLPIANI* in *l. 17. ff. ad exhib.* nihil impedit directam seu principalem actionem talis exhibitio, poterit tamen agere actor ex *L. Aquilia de damno dato.* Aliter secundum mentem *Edicti* rescripserunt Imperatores *Diocletianus & Maximinus* in *l. 7. C. ad exhib.* *Exhibitionis necessitate tenetur, qui facultatem habens culpam vel dolum in explendo præcepto committit: ita vt si rem deteriore exhibuit, æquitas exhibitionis perficiat, vt quamuis ad exhibendum agi non possit; in factum tamen actio contra eum detur, quæ sine dubio est actio utilis ex paritate rationis desumpta, quod, ficti restitutio fieri debet cum omni causa, ita & exhibitio.* Alia iterum quæstio est, an gemma annulo inclusa separari prius debeat, quod vt plurimum re-

quirunt, sed hæc subtilitas in praxi rarissime attenditur, quamuis casus de gemmis sint frequentiores, neque enim supponi potest tam rudis inclusio, ut species gemmæ cum suis qualitatibus dignosci nequeat.

§. XX.

Oritur actio ad exhibendum immediate ex lege quod cum HAHNIO ad WES. volunt plurimi, non tamen errabimus, si cum MENCKENIO & aliis dicamus, quod oriatur ex quasi contractu, *arg. pr. l. de obli- que quas. ex contr.* Omnis enim actio, in rem scripta est sua natura personalis, & sæpius in iure nostro fingitur consensus ex æquitate, etiam quoad istas personas, quæ alias nec expresse consentire valent, velut pupillos; hæc enim est indoles actionum ex quasi contractu, ut consensus vel fingatur, vel præsumatur unde in *l. 3. §. 3. ff. ad exhib.* expresse dicitur, quod actio ad exhibendum sit personalis, quoniam tamen aduersus quemcunque possessorem competit, sine dubio est in rem scripta, quamuis in ipso textu *l. 3. §. fin. dict. tit.* ad quem omnes prouocant, ita non appelletur expresse verbis, sufficit enim eorum generalitas; *Scien- dum est aduersus possessorem hac actione agendum, non so- lum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incum- bat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem acce- pit, ad exhibendum teneri placet.* Contra contumacem vero, & qui dolo desit possidere, in litem iuratur, iudice quantitatem taxante, *l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. ad exhib.* sed tunc actio videtur mere personalis ex facto illicito, at facile respondetur, quod iuramentum in litem per- tineat ad coercionem ex postfacto superuenien- tem

tem, tam ad actiones reales, quam personales. Ita rei vindicatio competit aduersus illum, qui dolo desit possidere, manente actione reali, contra si filiusfamilias inscio patre pecuniam alicui crediderit, hic si mala fide consumserit, ad exhibendum tenetur *l. ii. §. 2. ff. de reb. cred.* manente actione personali. Et generatim fatemur non carere dubiis, an actio ad exhibendum dici possit in rem scripta, praesertim si eligamus opinionem, quod oriatur ex quasi contractu, ex hoc enim possessor non conuenitur qua tertius, sed ex ficto consensu, credimus tamen, defendendam esse sententiam communem, partim, quod actio ad exhibendum praeparatoria quoque, ad futuram actionem realem, sicuti iudicium possessorium est praeparatorium ad actiones reales, *Dn. PRAES. in Posit. Praet. cap. 26. Posit. 14. §. in pecul. dissert. de genuino color. possessorii ex solo iure in re.* partim ob singularem restrictionem, non enim rem consequimur, sicuti per actiones reales, sed solummodo inspicimus, vnde eleganter *celeb. NOODT* hanc actionem ad exhibendum statim ab initio tituli describit, quod ipsa sit in personam simul in rem scripta, eoque actiones in rem *in aliquibus imitans.*

§. XXI.

Antequam vero rem inspicere possit actor, quaeritur, quis designare prius debeat eius qualitatem, seu argumenta, vtrum actor, an reus? Satis clara videntur verba textus in *l. 3. pr. ff. ad exhib.* *In hac actione actor omnia nosse debet, §. dicere argumenta rei, de qua agitur.* Sed dubium mouet haud exiguum vir acutissimi ingenii pariter ac iudicii *CORNEL. VAN BYNKERSHOEK in pra-*

præfat. ad libr. quatuor Obseruat. addito exemplo ac sententia, quam contra citatum textum tulerat senatus calculumque suum adiecit sequentem in modum: Egrogatus sententiam, respondebam, multa ab interpretibus nequicquam adferri ad d. l. 1. pr. sed locum omnino mendosum videri, vna autem litera facile restitui: si pro DICERE legamus DISCERE. Quo VLPIANVS significet, eiu actionis hanc causam non esse, vt actor OMNIA NOSS DEBEAT & DISCERE argumenta rei, de qua agitur. In rei vindicatione DICERE debet argumenta rei, de qua agitur, hic DISCERE, vt ibi dicat. Sed audiamus, qui respondet celeb. NOODT ad tit. ff. ad exhib. Hoc non omittam, quod, quisquis in rem agit, auctore VLPIANO in l. 6. D. de rei vindicatione, eam bene designare debet eodemque modo in l. 3. D. ad exhib. monstrante Florentino exemplari, idem scribit VLPIANVS: In hac actione actor omnia nosse debet, & dicere argumenta rei, de qua agitur. In memoria quidem habeo, pro DICERE, in margine apud Holoandrum, Hugonem a Porta, Iuntas, nec non apud Iohannem Cruceum Picardum in annot. ad d. l. 3. reperiri, DISCERE, eamque lectionem Viro Clarissimo CORNEL. VAN BYNKERSHOEK. senatori adeo placuisse, vt de ea non esse dubitandum, sibi aliisque omni modo persuadeat. Sed mihi videntur pugnancia, actorem in hac actione oportere vltro esse nosse omnia rei, de qua agitur, argumenta; & interim debere a reo discere omnia. Quid, si ne ius quidem ferat reum teneri, actori omnia suppeditare argumenta rei, de qua agitur.

§. XXII.

Nos quoad rem ipsam facile conciliari posse vtrosos grauissimos existimamus. Posterior enim suppo

nit rem corporalem & certam, actori iam cognitam, quam sine dubio actor designare debet, pariter ac in rei vindicatione. Prior vero cum *l. 3. §. 1. ff. ad exhib.* loquitur, quod diuersæ & multæ sint causæ ad exhibendum agendi, etiam incertæ. Quomodo enim in optione legata, actor optabit, antequam didicerit, quænam corpora adsint, quomodo tabulis testamenti exhibendis actor dicet argumenta, antequam inspexerit? Et ita nuperrime pronunciauit *Incl. Scabinatus Halensis, Mens. August.* vbi reus thesaurum se inuenisse excipiebat, actor vero exhibitionem monetarum urgebat, vt constaret, an sit vetus depositio pecuniæ, cuius memoria non extet, & ita recte, sicut apparet ex rationibus: **Obwohl Beklagter :: darneben das geforderte Geld weder specificiret, noch designiret, in was vor speciebus es bestehe, oder wie viel dessen gewesen seyn solle, immassen nirgends angegeben, daß es dasjenige sey, so von Sandern in den Keller quæst. verscharrret gewesen, und ihnen dahero als Erben ab intestato gebühre, dergleichen description die Rechte doch erfordern**

l. 3. pr. ff. ad exhibend.

ausser welchen weder das **Klag-Libell**, noch das darauf publicirte **Decret act. prim. Instant. fol. 29.** bestehen könne :: Dennoch aber und dieweil zufoererst die angemasseste **Appellation contra rem iudicatam** offenbar unzulässig :: Ausser dem in actione ad exhibendum, quæ tantummodo est præparatoria, allerdings ein Unterscheid zu machen, an quis rem exhibendam antea possederit, solchenfalls der Kläger selbe umständlich zu beschreiben gehalten, im Gegentheil,

theil, wenn dergleichen casus nicht vorhanden, von einem Kläger unmögliche Dinge nicht zu begehren, immittelst da Beklagtin in actis prim. instant. fol. 34 gestanden, daß sie in dem von Klägers Erblasser erkauften Keller einen Topf mit 150. Thlr. 8. gr. gefunden, Kläger solches schlechterdinges zu glauben nicht verbunden, sondern Beklagtin dieses, und ob es nicht ein mehreres gewesen, iuramento zu determiniren schuldig, per ea, quæ tradit

CARPZ. Part. 2. Const. 53. def. 8.

in mehrerer Erwägung aus denen exhibirten Sorten des gefundenen Geldes einige Merckmahle und Spuren, ob solches pro thesauro aut deposito zu halten: um daraus zu beurtheilen, ob es alte oder gangbare Münz-Sorten gewesen, worüber weiter nicht in hoc iudicio præparatorio zu gehen, das übrige aber bis zur principal Klage auszusagen, mithin leichtlich zu erachten, daß gegenseitiges Einstreuen nullius ponderis und einzig und allein zu der Sachen Aufenthalt vor die Hand genommen; als sind wir des iudicis a quo legales Verfahren zu confirmiren, appellanten hingegen ob temeritatem litigandi in die expensas retardati processus zu condemniren bewogen worden. Concludimus igitur in sæpe dict. l. 3. pr. ff. ad exhib. legendum esse dicere, non discere, sed ibi agi de regula, quæ sicuti quælibet suas patitur exceptiones.

§. XXIII.

Pauca adhuc de modo procedendi in hac materia addi debent, & quidem regulariter actionem sequitur litis contestatio, quam etiam supponit l. 7. §. fin.

fin. ff. ad exhib. sed hoc hodie, posthabita breuitate processus Romani, sæpius aliter se habet. Ita actio tutelæ directæ vocari solet nuda prouocatio, qua tutor absque ambagibus prouocatur ad rationes reddendas, quia contra hanc dispositionem iuris nihil potest moliri. Sic actio iudicati degenerat in nudam implorationem officii iudicis pro decernenda executione *HVBER prælect. ad ff. tit. de re iudicata n. 50.* Ita quoque actio ad exhibendum longe aliter in foris nostris tractatur; etenim, quod pertineat ad causas summarias, omnes fatentur *CARPZ. in Proc. tit. 1. artic. 1. n. 48. FIBIGIVS in Proc. Part. 2. cap. 1. sect. 1. LVDOVICI in processu civil. cap. 7. §. 10.* Sed & inter causas summarias non est incognitus processus mandati, præ reliquis celerior. Mandata decernuntur vel cum vel sine clausula, posteriora regulariter sunt prohibita, ipso iure nulla, adeoque impune contemni & sperni possunt. *GAIL. lib. 1. obs. 13. n. 2. add. obs. 14.* Priora quoque ad nostrum scopum in præsentī materia tantummodo pertinent, cum admittantur quædam exceptiones haud obscuræ. Apprime rem expedit *MENCKEN ad tit. ff. ad exhib. §. 4.* Actio ad exhibendum hodie est infrequens, non abrogata. Exhibitio sæpe impetratur per mandatum compulsoriale e.g. ob instrumentum commune, & cumulari potest hæc actio pro re nata cum principali e.g. rei vindicatione.

§. XXIV.

Consequens est, vt de iure retractus & inde competente actione in rem scripta agamus. Equidem *STRYK. in Ex. Iur. Feud. cap. 20. qu. 3.* distinguit inter ius *επισημειωσις* & retractus, quod illud venditionem nondum factam impediatur, & alterum, vt mihi prius

emendam offerat, compellat, hoc vero facultatem tribuat, venditionem impletam rescindendi. Sed sicut ius retractus ex iure *αποτιμήσεως* descendit, ita hoc potius distinguitur, quod sit vel ex conuentione, vel ex lege. Priori casu non datur actio contra tertium, nisi hic ob scientiam sit malæ fidei particeps, vel actor ius suum fundet in vltima voluntate *l. 69. §. 3. ff. de legat. 2.* vbi sine ratione dissentit CARPZ. *part. 2. Const. 32. definit. 9.* qui tamen *definit. 11.* admittit reservationem hypothecæ. Quis vero ignorat, ex omni vltima voluntate competere tacitam hypothecam in omnibus defuncti bonis, etiamsi factum aliquod ab herede præstandum sit, *l. 1. C. commun. de legat.* vel seruitus testamento relicta *l. 19. §. 1. ff. quemadm. seruit. amitt. conf.* HOPP. *in comment. ad §. fin. l. d. offic. iud.* Ex legis verò dispositione ius retractus diuersimode competit tam domino directo in emphyteusi *l. 3. C. de iure emphyt.* quam creditori, cui maior summa debetur *l. 16. ff. de reb. aut. iud. poss.* Sed de his nobis non est sermo, cum singularem suam ex ipsis textibus habeant qualitatem in omnibus fere compendiis traditam.

§. XXV.

Cum primis vero de retractu gentilitio erit dicendum, cui omnes tribuunt actionem in rem scriptam aduersus tertium possessorem, omnes tamen etiam hallucinantur in probatione. *Celeberrimus quondam MENCKEN ad tit. ff. de contr. emt. §. 44.* quando statuit, quod retractus ob consanguinitatem introductus producat actionem redhibitoriam personalem in rem scriptam, prouocat *ad l. 56. ff. d. contr. emt.* neque negari poterit, speciosum in hoc textu præberi argu-
men-

mentum, si de retractu legali alias non daretur actio contra tertium. Sed cum ad retractum gentilitium vix quadret, rectius cum *ill.* BOEHMERO *ad tit. ff. d. contract. emt. §. 37.* statuimus, quod hæc species retractus originem trahat ex iure Germanico, quo bona hereditaria sine heredum consensu vendere fas non erat, quoad feuda vero actiones cum Longobardis, gente Germanica, filente iure Feudali, repetimus ex iure Romano, vi cuius omnis actio ex retractu legali competit aduersus tertium, non vt rem consequamur indistincte, sicut alias in actione reali, sed cum restrictione, vt restituatur pretium, quemadmodum superius dictum de actione quod metus causa. Equidem iure Feudali, vel potius moribus, quando simultanee inuestitus a tertio reuocat feudum, introducta est actio *feudi reuocatoria*, sed hæc realis est, & imitatur rei vindicationem.

§. XXVI.

Interea, quando de restituendo pretio quæstio est, noua suboritur disceptatio, quomodo illud computandum, si id, quod solutum est a possessore valorem rei vel prædii excedat. Distinguendum putamus, vtrum possideat iure dominii, ex emto, adiudicato vel alio titulo habili, an vero iure crediti. Priori casu integrum pretium restituendum, dummodo non sit simulatum; posteriori tantum restituitur, quantum valet prædium, cum sibi imputare debeat, qui vltra credit *conf. Dn. PRAES. Introd. Oecon. Cameral. cap. 4. §. 30. ibique all. SCHWEDER.* Impensæ vero similiter restituendæ & quidem cum vsuris, quoties fructus restitui debent, nec obstat, quod vsuræ secundum leges Im-

perii tantum debeantur ex mora. Vnde nonnulli concludunt, quod ante liquidationem non possit di-
 commissa mora, nam nos loquimur de casu, vbi fructus restituendi, ibi enim vtique debentur vsuræ a
 eo tempore, quo successori fructus cedunt, ita optime MEV. Part. 8. dec. 468. ibique cit. Mej. Coll. Iurid. Argent. ratio habetur in elegant. text. l. 19. §. 4. ff. de negot. gest. Contra quoque vsuras, quas prestabimus, vel QUAM
 EX NOSTRA PECVNIA PERCIPERE POTVIMVS
 QVAM IN ALIENA NEGOTIA IMPENDIMVS, seruamus
 bimus negotiorum gestorum iudicio. Absurdum igitur foret,
 ret, in locum vsurarum sortis impensæ, vsuras fructuum
 ctuum imputare & substituere, sicuti enim se habent vsuræ
 ad sortem restituendam, ita se habent fructus ad prædium
 restituendum, & sicuti non debentur vsuræ vsurarum,
 ita nec fructus fructuum.

§. XXVII.

Moribus Germaniæ, licet non vniuersalibus, & ita ab allegante probandis, introductum est ius retractus ex vicinitate, quo pertinet ius congrui, das Ge-
 spildte. Singularis est textus in Reformat. Francofurti Part. 2. tit. 4. vom Abtrieb. §. 1. Wiewol der Abtrieb, im Reich Teutscher Nation, nicht weniger als bey andern Nationen, sonderlich auch dieser Lands- Art, und am Rhein- Strom, fast gemein und bräuchlich, auch der Ehrbar- und Billigkeit ganz gemäß ist: Jedoch, dieweil derselbig in den Kayserlichen Rechten außdrücklich verboten, dieselben Kayserlichen Rechten auch bey uns, über alle denckliche Zeit, hierinn (außerhalb nachfolgenden Falls, in Consorten und Ganerben) also üblich gehalten, und
 nie

nie kein Abtrieb gestattet worden: So lassen wir es auch nochmahls unverändert in dieser Statt Frankfurt, und zu Sachsenhausen, dabey bleiben. Ex quo apparet, quod restrictio tantummodo agat de iure congrui in terris Rhenanis, alias quoque vsitato, non de iure retractus in genere. Etenim de retractu seu reuotione debitoris aut proximi hypothecarii intra biennium competente, Entschüttung, separatim agitur *Part. 1. Tit. 46. §. 13.* Notabile vero, quod ius congrui etiam ruricolis in territorio Francofurtensi permittatur, hoc sine dubio retinuerunt ex dispositione iuris ciuilibis in *t. t. C. Non licere habitatoribus metropolitane loca sua ad extraneum transferre.* Et quamuis nonnulli ad ius *προτιμήσεως* hoc referre nolint, rectius tamen ex Cuiacio retinuit *Dn. PRAESES in Praelect. ad dict. tit. Cod. §. 1.* Pertinet huc *§. 2. dict. Reform. Francof. Part. 2. tit. 4.* Aber so viel unsere Dorffschafften außerhalb auf dem Land belangt, dieweil der Abtrieb bey ihnen von Alters herkommen, und wir ihnen, in Zeit ihrer Huldigung, versprochen, sie bey ehrbarem altem Herkommen bleiben zu lassen: So soll denselben der Abtrieb in Verkaufen liegender Güter, nach wie vor, unverbindert, (doch daß damit ehrbarlich, aufrichtiglich und rechtmessiglich umgangen werde,) vorbehalten und zugelassen seyn.

§. XXVIII.

Denique quinta, & quæ pro vltima habetur, actio in rem scripta est aquæ pluuiæ arcendæ, quæ supponit opus aliquod manu factum, quo aqua aliter flueret, quam natura soleret *l. 1. §. 1. ff. d. aqu. & aqu. pluui.* idque dolo vel culpa, vnde actio in se & sua natura est personalis,

sonalis, & in *l. 6. §. 5. ff. eod.* expresse dicitur: *aquæ pluuiæ arcendæ actionem, sciendum est, non in rem, sed personalem esse.* Quæ verba intentioni nostræ & doctrinæ communi admodum obstare videntur, neque alius textus expressus superest, vbi hæc actio nominetur in rem scripta, sed de argumentis legum & analogia iuris neutiquam est dubitandum. Ita enim in *l. 12. ff. d. aqu. pluui. fat.* satis clare adseritur, quod hæc actio etiam aduersus tertium competat, quamuis ex *l. 4. §. 1. ff. eod.* quam alii allegant, hoc probari nequeat, ibi enim Iulianus scribit, si post iudicium aquæ pluuiæ susceptum, fundum alienauit is, cum quo actum esset præterito damno, & de opere restituendo, id statuitur iudicem debere, quod iudicaret, si nulla alienatio facta esset, nam & fundo alienato nihilominus iudicium manere. Quod aliter capi nequit, quam quod reus post litis contestationem quasi ex contractu ad hæc teneatur, & iudicium contra *illum* maneat. De cetero hæc actio est vel directa vel utilis, directa competit domino & aduersus dominum *l. 6. §. 4. ff. eod.* Si & si fructuarius opus fecerit, per quod aqua pluuiæ a fundo cui noceat, erit quidem actio legitima cum domini proprietatis, an vero utilis in fructuarium actio aquæ pluuiæ arcendæ danda sit, quæsitum est, & magis est, ut detur, respondit POMPONIVS in *l. 22. §. 2. ff. eod.*

§. XXIX.

Diximus cum limitatione & restrictione aduersus tertium competere actiones in rem scriptas, & hoc sicuti hactenus sufficienter demonstratum, ita quod actionem aquæ pluuiæ arcendæ adeo verum est, vix aliquis vsus actionis remaneat. Etenim terræ

suis sumtibus non destruit opus, sed tantummodo destrui patitur, *l. 4. §. 2. l. 6. §. 7. l. 24. §. 2. ff. de aqu. & aqu. plu.* sed & contra ipsum, qui opus fecit, rarior est actio, cum ut plurimum agri colendi causa faciat, & tunc cessat actio, quod generatim statuitur in *l. 1. §. 15. ff. eod.* & quamvis in dicta *l. §. 3.* de eo opere, quod agri colendi causa aratro factum sit, solummodo dicatur, attamen sufficit ratio generalis, quæ consistit in favore agriculturæ, & cui œconomus incognitum? quantum opus quantique colles solo aratro & fieri & destrui possint. Piscinarum vero sicuti non est tantus favor, ita aggerem illarum altius tollere non licere, in detrimentum accolarum, respondit *Facult. Iurid. Hal.* Cessat quoque dicta actio, si aqua non agro, sed ædificio noceat, quia hoc casu actio negatoria instituenda *l. 1. §. 17. ff. d. aqu. & aqu. plu.* Neque actioni locus est, si naturalis aquæ cursus noceat, ea enim servitus a natura quasi imposita & æquo animo ferenda est. *l. 1. §. fin. l. 2. ff. eod.*

§. XXX.

Præterea cessat hæc actio, si opus autoritate publica factum sit, recte addit MENCCKEN *ad tit. ff. d. aqu. & aqu. plu. §. 7.* pro utilitate publica, hæc enim est ratio *l. 23. ff. dict. tit.* quamvis textus generalior videatur, maxima autem differentia est inter prædium publicum & utilitatem publicam, hæc salutem reipublicæ respicit, veluti, si fortaliti causa opus fieri debeat, & ita quoque restringendum est dominium eminentis, quod nonnulli admodum ampliant, Neutiquam enim iura permittunt, ut alicui noceatur, prodesse iubent, si sine detrimento id fieri possit. Vnde notabilis

tabilis est textus in *l. 2. §. 1. ff. d. aqu. & aqu. plu. v.* utilis actio aquæ pluviæ arcendæ tribuitur cuilibet, velit aggerem vicini restituere, qui facienti, vel alius tollenti prodesse potest, vicino vero nihil nociturus est, addit *PAVLVS*, quod æquitas hæc suggeratur, etsi iure deficiamus. Vbi e contrario leges nunquam permittunt, ut opus fiat animo nocendi sine commendo facientis *l. 1. §. 12. l. 2. §. 9. ff. eod.* Practici hoc æmulationem referunt, quæ coercenda, si iuramentum æmulationis, quod sæpius vrgent, præstari non queat. At vero rarior est casus, ubi opus aliquod fiat, absque vlla utilitate, commoditate, vel etiam iucunditate, quod tamen requiritur, nam alias factum constat, quantæ sapissime sint impensæ mere voluptariæ, quæ etiam rerum voluptariarum vocantur *l. 39. §. 1. ff. de her. petit.*

§. XXXI.

Hæ sunt quinque actiones in rem scriptæ, quæ vulgo agnoscuntur, sed & Paulianam huc pertinet, cum indistincte aduersus tertium non competat, si scilicet miter sumus persuasi, imo & de hypothecaria, in se accipienda foris ad ius ad rem, valde dubitandum, an sit mere realis, cum præcise rem non consequatur actor, sed possessorem habeat electionem, an debitum velit offerre. Quoniam vero ob temporis penuriam filum abrumpere cogimur, de his actionibus in rem scriptis nondum agnitis alia vice erit dicendi locus.

TANTVM EST.

