

Quid in institoria actione obtineat, vid. *L. 7. §. ii. d. t.* quod si de jussu parentis non constet, attendat actor, an filius peculium habeat, an non. Et quidem si habeat, an illud sufficiat solvendo aeri alieno, an secus; illo casu secure agit de peculio, quia nec hic probanda versio; inquirat tamen simul, annon Dominus, vel pater dolose circa peculium versatus, sic enim tributoria actio datur, quæ in hoc melior actione de peculio, quod hic Dominus non deducat prius, quod sibi debetur; deterior tamen in eo, quod in tributariam non veniat omne peculium, sed illa tantum pars, qua filius negotiatur *d. §. 5. quod cum eo, qui in al.* Porro si filius vel magister navis vel institor fuerit, attendendum, an secundum legem præpositionis contraxerit, & actio institoria vel exercitoria parata aderit contra patrem in solidum: Quod si forte hoc casu pater non solvendo, liberum mihi erit, ipsum filium actione directa convenire *L. 1. §. 12. ff. de institor. act. juncta L. 39. ff. de O. & A.* si præter legem præpositionis contraxerit, ipse quidem filius mihi obligatur, contra patrem tamen nulla actio competit, nisi probari possit versio, ubi de in rem verso agendum, quæ actio semper utilis, si in promptu sit versionis probatio, ob hujus vero difficultatem, actio de in rem verso, plerumque difficilis redditur.

MEMBRUM IX.

*De Specialibus actionibus quasi
ex contractu oriundis.*

§. I.

Obligaciones, quæ quasi ex contractu nascuntur, cum expressam conventionem non habeant, ex conventionem tacita sive præsumpta nascuntur; Hæc vero ex unius facti, & alterius promota utilitate colligitur. Is enim, qui factum aliquod alterius intuitu suscipit, sine dubio animum habet,

bet, se alteri obligandi, & de facto hoc suscepto ipsi rationes reddendi. Indeque directa actione obligatur alteri, cujus negotiis se immiscuit. Is vero, cujus intuitu factum suscipitur, præsumitur velle utilitatem suam promoveri, & eapropter contraria actione obligatur ad refundendum illud, quod in commoda ejus impensum, unde cessante utilitate alterius, cessabit obligatio ex quasi contractu, respectu illius, cujus negotia gesta; ipse vero, cujus factum intervenit, semper directa actione tenetur, ad facti rationes reddendas, sive bene, sive male circa rem alienam verifatus fuerit.

*De tacita
conven-
tione in
veris con-
tractibus.*

§. II. Quamvis itaque hæc ratio distingvendi veros & quasi contractus displiceat aliis, qui etiam conventionem tacitam conventionem veram esse, & hinc verum producere contractum dicunt; Nam & societas tacito consensu contrahi potest. *L. 4. ff. pro soc. idem quoque de locatione verum est, L. 13. in fin. ff. locati, ut & de contractu mandati, L. 6. §. 2. ff. Mand. L. 18. ff. eod.* attamen hic diversa ratio subest, quia concurrit utriusque contrahentium scientia & mutuuum factum, quale etiam in mandato non deficit; patientia enim inter præsentés pariter pro facto seu expresso consensu reputanda, utpote cum si id fieri noluisse, vel verbo dissensum testari potuisset, unde hic obligatio nascitur, qualitercunque etiam res cessura sit. In quasi contractibus autem, non adest mutuuum factum, nec concurrit utriusque præsentia & eidem conjuncta scientia, indeque nec nascitur obligatio, quam quoad illum, qui fecit, nisi & illo facto alterius commodum promotum, quod secus est in illis contractibus nominatis, ubi ex facto vel scientia utriusque consensus a lege inducitur. Et sane, qui pro tacito consensu *fictum a lege* substituunt, non liberabunt se ab iisdem dubiis, quæ ex supra dictis contractibus nominatis, aliorum sententiæ objiciunt. Quod enim sola re societas ineatur, hoc nunquam fieret, nisi lex consensum fingeret; quod idem de patientia dicendum, quæ nunquam mandati effectum haberet, nisi lex illos consensisse fingeret. Sane in aliis causis notum est, tacentem se non obligare, aut juri

suo

suo renunciare. Res ergo eodem recidit, an tacitum, an præsumptum sive fictum consensum dixeris; Legis enim auctoritas ubique se æqualiter exferit.

§. III. Species quasi contractuum recensentur VI. *in tit. Inst. Species de oblig. quæ quasi ex contractu nasc.* ut (1.) negotiorum gestio, (2.) quasi contractuum. Tutela, (3.) Rei communio, (4.) hereditatis communio, (5.) hereditatis aditio, & (6.) indebiti solutio. Quamvis ad 2dam, 3tam, & 4tam speciem commodius addatur vocabulum *administratio*: tutela enim non est quasi contractus, sed munus publicum, ejus vero administratio quasi contractum inducit. Nec rei communio quicquam aliud involvit, quam condominium rei particularis, ex quo nulla personalis obligatio nasci poterit. Verum administratio rei communis, vinculum personale, sive quasi contractum involvit, quo ipso administrans obligatur ad rationes reddendas, lucra communicanda, & damna reparanda, quod idem in hereditatis communione obtinet, cujus administratio demum quasi contractum efficit.

§. IV. Cæterum illis speciebus quasi contractuum adhuc adducuntur alia. numerari solet (7) Communio finium, (8) Litis contestatio, quia in judicii quasi contrahimus. *L. 3. §. ii. ff. de pecul.* (9) Judicatum, unde nascitur actio judicati, (10) Datio ob causam, unde oritur condictio causa data, causa non secuta, (11) Acceptatio sine causa, unde oritur condictio sine causa, (12) Cura funeris sponte suscepta, unde nascitur actio funeraria, (13) Receptio in diversorium, navem & stabulum, unde oritur actio de recepto adversus nautas, caupones, & stabularios, de quibus singulis dicendum erit in sequentibus.

§. V. Negotiorum gestio supponit ignorantiam respectu illius, cujus negotium est, quo ipso distinguitur mandato, utpote quod sola scientia negotium suum geri, modo conjuncta sit cum potestate prohibendi, inducitur *L. qui patitur 18. ff. mand.* Cum ergo hic principale factum sit ipsius gestoris, negotium alienum susipientis, ipse vero, cujus negotium gestum, tantum ex consequenti teneatur, si scilicet occasione gestionis quicquam utiliter

in negotia ejus impensum vel aliter commodum ipsius promotum; exinde sequitur, duplicem hic dandam esse actionem, directam & contrariam.

*Actio directa
N. G.*

§. VI. Competit itaque directa negot. gestor. actio Domino negotii, ejusque heredi, (nam ex quasi contractu obligatio ad heredes descendit, *L. 3. §. 7. ff. de neg. gest.*) adversus gestorem, ejusque heredes, ad coepta negotia perficienda, *L. 21. §. 2. & L. 3. §. 7. ff. d. t.* ad praestandam culpam, in gestione commissam, etiam levissimam, si alius diligentior adfuisset *§. 1. Inst. de oblig. quae ex quasi contractu nasc.*; & ad rationes gestionis reddendas *L. 2. ff. d. t.* & hinc quoque ad praestanda reliqua; Quae ipsa actio, cum ex negotio bilateralis resultat, actio est b. f. *§. 28. Inst. de act. & L. 7. ff. h. t.* hinc nullum superest dubium, ob moram, ad usuras obligari gestorem *L. mora 32. §. 2. ff. de usur. L. 19. §. 4. ff. de negot. gestor.*

*Actio contraria
N. G.*

§. VII. Actio negot. gestor. contraria ad indemnitatem prodita est; datur ergo gestori, ejusque heredibus, contra illum, cujus negotia gesta, ejusque heredes, ad refundendas expensas tam necessarias quam utiles, *L. 45. pr. ff. de N. G.* non vero voluntarias *L. 27. pr. in f. ff. d. t.* modo constat, non animo pietatis impensas priores factas esse, harum enim non datur repetitio, *L. Neseñnius 34. ff. de neg. gest. L. 13. & 15. C. eod.* Et haec actio ipsi competit, etiam si res, in quam factae impensae, postea casu fatali perierit; actio enim haec semel nata est, *L. 10. §. 1. ff. d. t.* Ceterum, cum actiones tam contrariae sint b. f. quam directae, ob moram, usuras impensarum actio exigere posset gestor. *L. 19. §. 4. ff. eod.*

Quid si prohibentis negotium sit gestum?

§. VIII. Cum autem actio negotiorum gestorum ex alterius praesumpto consensu nascatur, ob hoc, quod ipsius utilitas meo facto sit promota, praesumptus vero consensus elidatur per contrariam voluntatis declarationem gestori non ignotam, inde constat, actionem N. G. non dari illi, qui prohibentis negotium gessit *L. fin. C. de negot. gest. L. 40. ff. mand.* nisi vel publica utilitas, vel pietas gestionem exegerit, *arg. L. 2. ff. de tign. junct.*

L. 14. §. 13. ff. de Relig. & sumpt. fun. interim ut gestor consequatur actionem in casu, ubi favor publicus ipsi non suffragatur, necessum est, ut actiones sibi cedi curet a creditore, cui prohibentis vice solvit. Quamvis enim prohibitio obstet præsumpto consensui, non tamen obstat cessione juris, cum etiam debitore invito, creditor actionem suam alteri cedere possit *L. 3. C. d. heredit. vel act. vend.*

§. IX. Ex administratione tutelæ pariter actio tutelæ tam directa, quam contraria resultat: illa datur pupillo heredibusque ejus *L. 1. §. 17. ff. de tut. & rat. distr.* contra tutorem ejusque heredes, *d. L. 1. §. 16. & L. 12. C. arbitr. tut.* ad præstanda damna lata & levi culpa data. Quo casu tamen, si plures tutores fuerint, beneficio divisionis gaudent. Quod si ex unius gesto conveniantur reliqui, etiam excussionis beneficium opponere possunt, ut ille, qui gessit, prius excutiat *L. 38. §. 1. ff. de adm. tut. L. fin. C. de divid. tut.* Cæterum hæc actio, si ob dolum instituat, infamiam infert, *d. §. 6. Inst. de susp. tut. L. fin. C. de Suspect. Tutor.* modo doli in sententia sit facta mentio, alioqui magis ob culpam, quam dolum condemnatus censetur *L. 4. §. 2. ff. d. t. & ibi Dd.* & hæc actio tutelæ perpetua est, nec longi temporis præscriptione tollitur. *L. 8. C. arbitr. tut. l. 29. ff. de adm. tut.*

§. X. Quod si ex bonis pupilli quid subtraxerit tutor, specialis actio prodita, quæ vocatur de rationibus distrahendis, quæ pupillo datur contra tutorem, ad restituendum duplum illius, quod dolo tutorum ex rationibus ipsi abest. *L. 1. §. 10. ff. de tutel. & ration. distrab.* quæ tamen cum ad pœnam tendat, sive ad duplum *L. 55. §. 1. ff. de admin. tut.* adversus heredem, aliosque successores tutoris non datur. *L. 1. §. 2. & §. 23. in fin. ff. de tutel. & ration. distrab.* Mirum itaque videri poterat, quare actio tutelæ & de rationibus distrahendis se mutuo tollant, juxta *L. 1. §. pen. & ult. ff. d. t.* cum tamen in altera quid amplius sit. Sed resp. si actione de ration. distrab. prius actum, expirare actionem tutelæ, quia simpliciter jam consecutus est, sed si actione tutelæ prius actum, quod tunc etiam actio de ration. distrab. tollatur juxta

L. 1. §. 21. ff. d. t. hoc intelligo, si per actionem tutelæ, omne; quod sibi abest, jam nactus sit pupillus; actio enim de ration. distrab. ad duplum illius datur, quod pupillo ex rationibus abest; si ergo omne, quicquid abest, actione tutelæ consecutus, non locus erit actioni. Mejer in C. A. Tit. de Tutel. & ration. distrab. §. 34. quod hic singulare esse puto, & hinc consultius erit pupillo, finita actione tutelæ, ob res surreptas, furti actionem instituire, quæ, cum ex diversa causa nascatur, salva adhuc erit, licet actione tutelæ omne, quicquid abest, ipse consecutus sit. L. 1. §. 22. ff. dict. tit.

Quando hæ actio- nes insti- tuenda. §. XI. Cæterum uti actio tutelæ jure nostro non datur, nisi finita tutela §. ult. *f. de Attilian. tut. L. 4. & L. 9. §. 4. ff. de tutel. & ration. distrab.* ita idem quoque quoad actionem de tutela & ration. distrab. dispositum est in *L. 1. §. ult. ff. d. t.* Hodie vero cum per leges imperii tutor singulis annis, rationes reddere teneatur, per *Reform. Polit. de ann. 1577. tit. 32. §. item daß Cr. junct. Clementin. 2. §. ut autem de religios. dom.* non dubito, has actiones quotannis, si dolus in rationibus commissus appareat, institui posse.

De actio- ne hypo- thecaria pupillo compe- tente. §. XII. Cum autem hæ actiones personales sint, & inde personam tutoris, aut, quod actionem tutelæ attinet, heredis non egrediantur, pupillus, si ex bonis tutoris suum consequi nequeat, inquirere debet, ad quem bona tutoris durante administratione pervenerint; cum enim jus tacitæ hypothecæ in illius bonis habeat, a tempore susceptæ administrationis, *L. 20. C. de admin. & peric. tut. Nov. 118. c. 5. in fin.* hinc nullum subest dubium, actione hypothecaria experiri posse pupillum, contra quemcunque tertium, ad quem bona tutoris pervenerunt. Sed an heres pupilli etiam hac actione gaudebit? non videtur ob *L. 42. ff. de admin. tut.* ubi clare dicitur, quod privilegium pupilli non detur ejus heredi, quia non causæ, sed personæ succurritur. Verum hoc non de jure hypothecæ, tanquam privilegio reali, sed personali intelligendum, uti contra *Berl. P. 1. concl. 67. n. 33.* recte defendit *Carpz. L. 4. resp. 33. Brunn. in Comm. ad ff. ad d. L. 42.*

§. XIII.

§. XIII. Actio Tutelæ *contraria* datur tutori contra pupillum, *De con-*
traria
tutela
 ad repetendas impensas, pupilli nomine erogatas, & porro ad il-
 lud omne præstandum, quod tutori occasione administratæ tu-
 telæ abest. *L. 3. §. 1. ff. de contr. tut. act.* ubi etiam expensæ magnæ *actione.*
 redditus bonorum pupillarium excedentes refundendæ, modo
 fuerint necessariae *L. 3. C. de admin. tut. Mey. p. 4. D. 10.* imo re-
 petuntur expensæ, quæ sequiorem habent effectum, modo b. f.
 factæ *L. 3. §. 7. ff. d. t.* usuræ quoque expensarum refundendæ, si
 ipse tutor ex bonis pupillaribus sibi satisfacere non potuerit. *per*
L. 3. §. 4. & 5. ff. eod. Est enim tutelæ iudicium b. f. in quod tam
 directa quam contraria actione usuræ veniunt. Datur autem hæc
 actio contraria etiam illi tutori, qui ut suspectus remotus est *L. 4.*
ff. de contrar. tut. act. quamvis enim ita remotionem a tutela me-
 ruerit, imo quamvis etiam quid subtraxerit juxta *L. 2. ff. d. t.* non
 tamen ipsi deneganda defensio, seu repetitio illorum, quæ bene
 impensa. Hoc certum, tutorem, qui pro pupillo fidejussit, actio-
 ne contraria tutelæ experiri posse, ut a fidejussione liberetur,
 etiamsi nondum pro pupillo solverit. *L. ult. ff. d. t. & L. 38. ff. de*
negot. gest. Salarium a tutore hac actione peti non posse, cum
 tutela gratuitum munus sit, extra controversiam est; quod si ta-
 men salarium ipsi a iudice constitutum, contraria actione petitur
L. a tutoribus 33. §. ult. ff. de admin. tut. Idem esse puto, si tutor o-
 peram suam aliis locare solitus, occasione tutelæ quid neglexerit.
Berlich. P. 1. D. 134.

§. XIV. Quæ huc usque de tutoribus & pupillis dicta, ea-
De actio-
 dem utiliter applicari possunt minoribus & curatoribus: *utilis ne utili*
enim tutela actio (quam aliqui *curatela actionem* appellant, sed sine *curatio-*
nis causa.
 lege, quamvis utilis curationis causa actio dicatur in *rubr. ff. de tut.*
& Rat. distrab. & actio administratæ curæ *L. 4. C. de Transact.*
 vel iudicium curationis *L. 11. ff. de aut. tut.*) tam directa quam
 contraria illis competit, quæ pariter ad omnia illa instituitur, sic-
 uti de actione tutelæ hactenus dictum: Imo etiam actio *utilis*
de rationibus distrabendis minori danda contra curatorem, si ali-
 quid ab hoc ablatum, inque rationes non relatum, quo hujus
 duplum

duplum refundat curator. Hoc tantum differentia remanet inter directam tutelam & utilem curationis actionem, quod actio tutelae non nisi finita tutela institui possit, *L. 1. in fin. & L. 9. §. 4. & fin. ff. de tutel. & rat. distr.* actio vero quae ex cura resultat, etiam durante administratione intentari potest *L. 4. §. ult. ff. d. t. L. 26. ff. de administ. tut.* Quid autem hodie obtineat, jam dictum est §. XI.

*De Actio-
ne protu-
tela.*

§. XV. Ad similitudinem actionis tutelae contra illum, qui non ut extraneus intervenit, nam contra hunc daretur actio negot. gestor. nec re vera tutor fuit, nam sic daretur actio tutelae, se tamen, quasi tutor esset, immiscuit negotiis pupillaribus, sive id fecerit b. f. h. e. putans, se esse tutorem, sive non *L. 1. §. 1. ff. de eo, qui pro tut.* modo tamen bono animo ad negotia accesserit pupillaria, prodita est *actio protutela*, sicuti in specie appellatur in *L. 1. §. 6. ff. d. t.* quae vel *directa*, & datur pupillo contra illum, qui quasi tutor gessit negotia pupillaria, ad praestanda omnia illa, ad quae alias verus tutor obligatur, eandem enim fidem & diligentiam praestare debet, *L. 4. ff. eod.* Hoc tamen interest, quod actio protutela etiam ante finitam pubertatem institui possit, *L. 1. §. 3. ff. d. t.* Vel *contraria*, quae datur protutori, si quid in rem pupilli utiliter impenderit, *L. fin. ff. d. t.* Haec actio vero tunc competit, si quis illius se gerat tutorem, cujus tutor esse potest; si enim illius se tutorem gesserit, qui jam pubes est, datur actio negot. gestor. *L. 1. §. 9. ff. eod.* quae actio etiam tunc locum habebit, si quis ex necessitate se ad hoc obligari existimans, forte quia agnatus est, bonis pupilli se immiscuerit *L. 4. C. qui dari tut.* Berlich. *P. 2. decis. 230.*

*De actio-
ne contra
falsum
tutorem.*

§. XVI. Alia ratio est *falsi tutoris*, qui cum tutor non esset, dolo malo tamen se pro tutore gerit & negotiis pupilli se immiscet: Qui a procuratore in eo differt, quod ille bono animo, ut ut sciverit, se non esse tutorem, ad promovendam pupilli utilitatem accedat; falsus tutor vero malo animo, quo alter decipiatur: Unde protutela actio hic locum habere nequit: Praetor autem succurrit laeso, restitutionem in integrum dando illi, qui igno-

ignoranter cum falso tutore contraxit; Scienti enim non succurritur, *L. 1. §. fin. ff. quod fals. tut.* nisi sit pupillus vel minor, illi enim scientia non obest, *L. 6. ff. eod.* hic vero contra scientiam restituitur. *L. 4. ff. d. t.* Præter restitutionem autem, quam tunc præcipue concedendam existimo, si a falso tutore damnum recuperare nequeam, Prætor dat actionem in factum, illi, qui contraxit, contra ipsum falsum tutorem, ad refundendum interesse *L. 7. pr. ff. quod fals. tut. aut.* quæ actio quoque extenditur contra illum, qui dolo malo fecit, ut falsus tutor adhiberetur, *L. 9. pr. ff. d. t.* Contra heredes tamen hæc actio non extenditur, cum principaliter ex dolo, & sic ex delicto sit, ex quo nihil ad heredem pervenit, *d. l. 9. §. 1.* nisi tamen lis contestata; litis enim contestatio facit etiam poenalem actionem transire ad heredem *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* multo magis hanc actionem.

§. XVII. Cum vero etiam pro tutoribus fidejussores intervenire soleant, contra quos pupillus, si a tutoribus rem suam servare non potuerit, regressum instituere possit, non erit hæc actio ex quasi contractu, seu tutelæ, sive directæ, sive utilis; sed actio ex stipulatu, quæ alias contra fidejussores datur, etiam hic sibi locum vindicabit *L. 6. ff. rem pupilli salvam fore,* & si forte pupillus ipse stipulari non potuerit, ex servi publici, aut magistratus stipulatione ipsi utilis actio ex stipulatu nascitur *L. 1. §. 16. ff. de magistrat. conven. L. 2. 3. & 4. pr. ff. rem pupilli salv. fore.* Ad quid autem hæc actio detur, repetendum ex Digest. *Tit. de fidejussor. & mandat. Tutor.* ubi simul occurret, qua ratione nominatores tutorum obligentur, scil. æquali nexu, quo fidejussores *L. 4. §. ult. ff. de fidejuss. tut.*

§. XVIII. Ultima actio, qua pupillis & minoribus confutitur, subsidiaria est, qua excussis tutoribus & fidejussoribus, eorumque heredibus, contra magistratum experiuntur *L. 4. §. 6. ff. diaria de admin. tutor.* ad damnum refarciendum, ob hoc, quod satisfactio- nem vel nullam, vel minus idoneam admiserit, aut alias in electione tutorum culpam commiserit. *L. 1. §. 2. ff. de magistrat. conven. l. 4. C. eod.* quæ culpa hic præcise exigitur, cum casus futuros

turos magistratus præstare nequeat. *L. 1. §. 11. ff. d. t.* & eatenus huic actioni etiam hodie locum esse, testatur *Carpz. P. 2. C. 11. def. 41.* Verum unde descendat hæc actio, & quo nomine appellanda sit, jure nostro expressum non est. *Subsidiariam* istam dici constat ex *L. 1. pr. & §. 4. ff. de Magistrat. conv. Utilis* illa appellatur in subsidium indemnitis nomine *L. 5. C. d. t.* & simpliciter utilis dicitur in *L. 1. C. eod.* Verum ad quam speciem directarum actionum referenda, iterum omittitur. Existimat *Dn. Schwendendorffer de action. c. 3. M. 20. Sect. 2. §. 3.* causam propinquam esse jus obligationis, quæ magistratus, tanquam tutor superior, tenetur prospicere, ut tutela bene administraretur. Verum illa obligatio generalior est, nec inde utilis quædam actio quantum ad tutelam derivari potest, aut etiam directa quædam certo casu hic supponenda esset. Quapropter existimo, hanc actionem ex stipulatu utilem esse, cujus mentio fit in *L. 4. pr. ff. rem pupilli salv. fore.* fingitur enim magistratus indemnitate promississe pupillo, hunc vel illum tutorem constituendo; hoc enim, quod ex officio ipsi faciendum incumbit, se etiam pro pupillo facturum, promississe videtur.

De judicio communi dividundo.

§. XIX. Sequitur quasi contractus ex *rei communis administratione* resultans; hanc enim si quis solus administraverit, hoc ipso se obligasse censetur ad commoda inde percepta communicanda, & damna, sua culpa data, reparanda. Nascitur inde *actio communi dividundo*, quæ ratione objecti dividitur in directam, quæ obtinet in communiõne rerum corporalium; & *utilem*, quæ vel obtinet in communiõne rerum incorporalium vel corporalium quidem, verum ubi non de re ipsa, sed de communiõne juris circa illam rem quæstio est, utpote si illa res duobus oppignorata, *L. 7. §. 6. ff. com. divid.* vel etiam si res divisa, præstationes tamen aliquæ supersint adhuc, *L. 6. §. 1. ff. d. t.* Est autem actio comm. divid. actio mixta ex jure reali, scil. communiõne juris *L. 4. pr. ff. d. t.* de quo infra *Sect. 2. membr. 1. §. 21.* & personali, scil. administratione, sive quasi contractu oriunda, quæ datur illis, qui in communiõne vivunt, ad rem dividendam, commo-

versarium sibi esse coheredem non confiteatur, juxta Scævolum in *L. 37. ff. d. t.* attamen textus ille dubius adhuc est, cum in Basilicis negatio desit. Cujac. *lib. 9. obs. 36.* & certe præsumptionem ex hac actione consequeretur adversarius, quæ utut actori non obftet, quo minus postea mutato libello, ad petitionem hereditatis recurrere possit, Vult. *Vol. 1. Conf. Marp. 26. n. 15.* majoribus tamen ambagibus ita involvetur.

De actione ex additione hereditate.

§. XXII. Hereditatis aditionem quod attinet, illa respectu eorum, ad quæ ipse defunctus obligatus erat, non quasi contractum, sed continuationem obligationis præcedentis inducit. Est enim heres cum defuncto una eademque persona *Nov. 48. c. 1.* Unde ex omni contractu obligatus heres, ex quo obligabatur defunctus, utpote qui etiam pro herede contraxit *L. 13. C. de contrah. & commit. stipul.* quod etiam ad heredem heredem extenditur, *L. 170. ff. de V. S. L. 194. ff. de R. J.* In delictis tamen alia est ratio, utpote quæ personam delinquentis non egrediuntur, *L. sancimus 22. C. de pœnis.* Nisi hic quoque vinculum quasi contractus concurrat, quod contingit, si in actione ex delicto instituta, litem contestatus sit defunctus, hoc ipso enim quasi contractum censetur, de futuro judicato exsolvendo *L. 3. §. 11. ff. de pecul.* & hinc heres etiam exinde obligatur, de quo inferius. Temperamentum tamen recipit illa obligatio ex contractu defuncti, si jure novo ad beneficium inventarii convolaverit heres, sic enim ex contractu defuncti non ulterius obligatur, quam quantum est in inventario, sive in defuncti patrimonio. *L. fin. C. de jure delib.*

De actione ex testamento.

§. XXIII. In illis ergo casibus, in quibus ipse defunctus nullo contractus vinculo obligabatur, sed ubi per ultimam voluntatem quicquam de bonis suis in alios translatum voluit, heres adeundo hereditatem, ex quasi contractu obligatur: Unde ipso vivo, legatariis & fideicommissariis nulla competeat actio, cum testator liberam, voluntatem suam mutandi, licentiam haberet, usque ad mortem *L. 4. ff. de adim. legat.* Cum tamen in eadem voluntate decessisset testator, heres adeundo hanc appro-

basse

basse censetur, ex quo hic quasi contractus nascitur ad præstandum illud, quod testamento cautum, §. 5. *Inst. de oblig. ex quasi contr.* Cum vero supponatur hic voluntas de jure valida, sive testamento declarata, inde actio ex aditione resultans, vocatur *actio ex testamento*, aut si legata per codicillum relicta, actio utilis ex testamento, sibi locum vindicabit: Sic ergo non ex ipso testamento, sed ex approbatione testamenti per aditionem nascitur actio: unde herede repudiante, etiamsi testamentum omnibus numeris absolutum, vel perfectum, non habebunt jus legatum petendi, quia destitutum est testamentum.

§. XXIV. Porro *indebiti solutio* quasi contractibus adscribitur: nemo enim ea mente præsumitur accepisse pecuniam, quod ipsam, licet sciret, eam sibi non deberi, retinere vellet, sic enim re vera furtum committeret, & inde condictione furtiva conveniri posset, *L. 18. ff. de cond. furt.* Sicut ergo iniquum est, cum alterius damno velle locupletari, *L. 14. ff. de cond. indeb.* ita ex bono & æquo hæc obligatio ad restituendum introducta, *L. 66. ff. d. 1.* Limitant hoc Dd. nisi in ipsa solutione convenerint de soluto restituendo, si apparuerit esse indebitum, quo casu indebitum non quasi, sed verum contractum esse dicunt, *per L. 2. pr. ff. de cond. indeb.* Verum hæc promissio sine dubio per stipulationem facta esse debet, qua accedente, non quidem indebitum fit verus contractus, sed mediante contractu stipulationis, illud, quod indebite solutum, tali casu repetitur. Quamvis etiam indebitum aliquando *promutuum* appellari soleat, cum pariter obligetur accipiens in debitum, quasi mutuum accepisset. *L. 5. §. 3. ff. de O. & A.* si scil. fungibilis indebite soluta, ubi ad rem ejusdem bonitatis in genere restituendam obligatur (si enim species indebite soluta, ejus interitu liberatur accipiens, quia hoc magis ad commodatum, quam promutuum referendum;) attamen cum intentio hic non adfuerit mutuum contrahendi, sive se obligandi, sed potius se liberandi *d. l. 5. §. 3. & §. 1. Inst. quib. mod. re contr. obl.* remanebit quasi contractus, & eo nomine indebiti conditio datur, quam *actionem condictionis* appellat Impe-

perator in *L. 1. C. de cond. indeb.* Et hæc datur ignoranter solventi, scienter enim non succurritur *L. 1. ff. eod.* cum donasse videatur *L. 53. ff. de R. J.* contra accipientem, ad rem acceptam restituendam, & quidem sine usuris *d. l. 1. C. h. t.*

Quando hæc conditio locum inveniat?

§. XXV. Cum variis dubiis hoc negotium involvant Dd. an & quando indebitum revocari possit, vel non; dum inter ignorantiam juris & facti, inter indebitum jure naturali & civili, vel tandem utroque jure, distinguunt, de quo *vid. Comment. ad ff. de Condict. indeb.* attamen præstat simpliciter eo respicere, an in accipiente, sive illo, a quo res condicitur, ulla sit naturalis obligatio, tum enim cessat repetitio. Naturalis quippe obligatio, utut jus petendi non tribuat, tribuit tamen jus retinendi, cum etiam ex nudo pacto resulter exceptio. *L. 7. §. 4. ff. de pactis.* Quapropter cum indebiti conditio maxime ex æquitate naturali dependeat, *L. 15. & 66. ff. de condict. indeb.* inde non dabitur ad impugnandum illud, cujus retentio ex æquitate naturali justa est, modo tamen lex civilis illam obligationem penitus non improbaverit, e.g. in pupillo, & muliere, ex fidejussione prævia solvente *L. 40. & 41. ff. de cond. ind.* & speciale quid saltem obtinet in illis, quæ transactionis vel pietatis causa soluta, quæ ob favorem singularem non repetuntur. *vid. L. 32. §. 2. & l. 65. §. 1. ff. d. t.* de qua actione ex professo egit Andreas Clud. *Tr. de Condict. indeb.* Exigitur tamen in accipiente indebitum b. f. quod si enim sciverit, sibi pecuniam non deberi, furtum committit, & inde etiam vel condictione furtiva *L. 18. ff. de condict. furt.* vel actione furti conveniri poterit *d. L. 43. & L. 38. §. 1. ff. de solut.* Clud. *d. tr. C. 10. n. 32.*

De judicio finium regund.

§. XXVI. Ulterius ad quasi contractus refertur finium communio & inde resultans *actio finium regundorum*, ubi pariter tam jus reale, quam personale concurrat; datur vero hoc judicium inter condominos, vel alios circa agros confines jus habentes *L. 4. §. 9. ff. fin. reg.* de quo dictum *Sect. 2. Membr. 1. §. 22.* attamen & præstationes personales hic interveniunt, quæ partim oriuntur ex quasi contractu, si scil. ex loco vicino solus utilitatem per-

perceperit, vel in alterius utilitatem quid gesserit, *L. 4. §. 1. ff. d. t.* partim vero ex delicto, si forte termini ab altero litigantium malitiose confusi, ubi criminis & finium cognitio conjungi solet. *L. 4. §. 4. ff. eod.* Datur vero hæc actio ad hoc, ut fines distingvantur per agrimensores, *L. 8. ff. b. t.* vel novi, per condemnationem & adjudicationem constituentur, *L. 2. §. 1. ff. d. t.* ut, si uni in novorum finium constitutione quid accedat, ille pro hac accessione alteri in certam pecuniam condemnetur. *L. 3. ff. eod.* Insuper petitur hic interesse, si alter circa fines vel damnum dederit, vel fructus perceperit. *d. L. 4. §. 3. ff. b. t.* Conf. *Dd. ad tit. ff. fin. regund.* in specie Joh. Oettinger. *Tr. de Jure limit.*

§. XXVII. Cum autem actio finium regundorum locum *De actio-* non habeat, si via publica intervenerit, *L. 4. §. fin. ff. fin. regund. ne vi re-* inde sæpius evenire solet, ut alter vicinorum viam publicam ampliando, vel a suo agro avertendo, aut etiam, dum reficit viam publicam, lutum in alterius agrum projiciendo, damnum inferat, nascitur inde specialis actio, quæ *viæ receptæ* dicitur in *L. fin. pr. de via publ. refic.* quæ is, cujus agro damnum hac ratione illatum, agit contra rejicientem, ad id, quanti ejus interest, fundo injuriam irrogatam esse. *d. L. fin.*

§. XXVIII. Litis contestationem quod attinet, illa communiter quasi contractibus adscribitur *per L. 3. §. 11. ff. de pecul. ubi ne ex lite* dicitur, quod in *judicio quasi contrahatur*, sed additur ibidem, *contesta-* non originem *judicii* sive litis contestationem inspiciendam esse, sed ipsam *judicati* obligationem. Ex quo certum est, non aliam, quam *judicati* hic nasci *actionem*, ad præstandum illud, quod alteri per sententiam adjudicatum; quapropter litis contestatio cum *judicato* conjungenda, nec pro diversis quasi contractibus reputanda. Dicendum itaque in litis contestatione, eatenus latitare quasi contractum, quatenus alter liti se committendo, tacite se obligasse videtur ad illud præstandum, quod adjudicatum fuerit, ut inde implementum obligationis, ex litis contestatione oriundæ, dependeat ex futura sententia, sententiæ vero effectus retrahatur ad tempus litis contestatæ; ob quam *causam*

causam etiam mala fides, quæ per litis contestationem inducitur, revera nondum adest, nisi postquam res per sententiam evicta *L. 25. §. fin. ff. de usur.* Non tamen displicet sententia Thomæ Carlevalii *tract. de judic. tom. 2. tit. 2. disp. 1.* qui ex litis contestatione & iudicato diversos quasi contractus constituit, ita ut vi litis contestatæ obligentur partes ad prosequendum iudicium usque ad sententiam, nec possit unus invito altero a iudicio cepto resilire per *Auth. qui semel C. quomod. & quand. iudex.* per sententiam vero nascatur obligatio ad parendum sententiæ, seu præstandum illud, in quod condemnatus, pro qua opinione adducit Bartol. in *L. 3. §. idem scribit n. 7. ff. de pecul. & alios Dd.* Interim verum manet, in plerisque casibus litis contestationem cum iudicato coniungendam, & effectum, qui litis contestationi tribuitur, ex iudicato derivandum esse.

*An idem
in crimi-
nalibus?*

§. XXIX. An autem illa obligatio ex quasi contractu, ob contestatam litem etiam extendatur ad accusationes criminales, non conveniunt. Affirmandum hoc videtur ob *L. 20. ff. de accusation.* ubi ex publicorum iudiciorum admissis, pœna bonorum ademptionis adversus heredes non transit, quam si lis contestata, & condemnatio secuta; ubi sane & litis contestatio & transitus pœnæ ad heredes sibi in criminalibus coniunguntur. Verum Resp. sola litis contestatio hic effectum transmittendæ pœnæ non habet, sicuti quidem fit in actionibus, pœnam civilem persequentibus; non enim hic litem contestatur reus super eo, quod accusatori, sed quod Reipubl. debetur; super re ergo alteri debita, cum altero quasi contractum in itum esse dici nequit. Hinc notanter in *d. L. 20.* simul exigitur, ut præter litis contestationem, vivo delinquente, etiam condemnatio secuta fuerit. Ut adeo verum sit, accusato vel inquisito ante sententiam mortuo, pœnam ad heredes non transire. Et eapropter non admittenda est sententia Mevii *P. 5. D. 393. n. 8.* qui litis contestationi hic eundem effectum tribuit, nam *d. L. 20.* in qua unice se fundat, condemnationem expresse supponit. conf. *Farinac. lib. 1. qu. 10. n. 30. & seqq. Carpz. Prax. Crim. Qu. 131. n. 7.*

§. XXX.

§. XXX. Porro ad actiones ex quasi contractu oriundas, *De condictione* refertur *condictio causa data, causa non secuta*, quæ aequitatem naturalem pro fundamento habet, *L. 3. §. 7. ff. h. t.* Is enim, qui ob *causa data* certam causam rem dedit, hac lege dedisse videtur, ut causa non secuta, rem repetere liceret, & alter tacite promississe censetur restitutionem; cum præsumendum non sit, ipsum contra officium boni viri acturum, remque sine causa retenturum, Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disp. 24. th. 4. lit. B.* Requiritur tamen hoc casu, ut causa fuerit finalis *L. 52. ff. de Condict. Indeb.* impulsiva enim non attenditur, & hac cessante, non cessat effectus. Everhard. *in Top. Leg. loc. a cessatione causæ & Tiraq. spec. tr. de cessante causa.* Deinde requiritur, ut illa causa expresse fuerit addita, nam in mente retenta nihil operatur *L. 7. C. de cond. ob caus. dat.* Datur vero hæc actio ad restituendam rem cum fructibus *L. 7. §. 1. & L. 12. ff. h. t.* Plura vide apud *Commentatores in tit. ff. de Cond. caus. dat.*

§. XXXI. Ulterius ex quasi contractu deducunt *condictio sine causa*; si enim quis vel rem vel obligationem a nobis *De condictione sine causa.* acceperit, & postea animadvertat, rem sine causa apud se esse, tacite videtur obligasse se ad restitutionem rei, pariter sicuti in conditione indebiti. Unde coincidit cum hac non tantum, sed & cum conditione causa data, causa non secuta; si enim res sit indebita, si causa dationis cesset, utrobique res sine causa apud alterum existere dicitur; nihil enim interest, an quid ab initio sine causa datum sit, an causa, propter quam datum, secuta non fuerit, *L. 4. ff. de condict. sine causa*, idem obtinet, si quis quidem se ob certam causam obligaverit, sed illa causa expiraverit, h. e. si res redierit ad non causam *L. 1. §. fin. ff. d. t. v. g. si dos promissa vel data, postea matrimonium deprehendatur putativum L. 5. pr. ff. d. t.* in specie vero hæc condictio locum habet, si chirographum dederim, creditor vero pecuniam non numeravit, ubi chirographum repeto conditione sine causa, *L. 1. pr. ff. h. t.* Idem, si debito soluto, chirographum remanserit apud creditorem *L. 3. ff. d. t. & L. 2. C. eod.*

*De actio-
ne fune-
raria.*

§. XXXII. Actionem funerariam quod attinet, illa con-
venit cum actione negot. gestor. Sicuti enim hereditas jacens
defuncti personam repræsentat, *pr. Inst. de stip. Serv. L. 61. ff. de ac-
quir. R. D.* ita ipse, qui in funus defuncti quid impendit, ejus
negotium gessisse, & cum ipso defuncto contraxisse videtur. *L. 1.
ff. de relig. & sumt. fun.* ob quam causam prætor hanc actionem in-
trodixit. *L. 12. §. 2. ff. d. t.* In hoc vero quid amplius habet actio-
ne negot. gestor. quod hæc non detur contra prohibentem, *L. f. C.
de neg. gest.* funeraria vero, etiamsi quis funerari prohibuerit,
L. 14. §. 13. ff. de relig. & sumt. Interest enim Reipubl. ne cada-
vera maneant insepulta *L. 12. §. 3. d. t.* Datur ergo hæc actio illis,
qui in aliorum funus quid impenderunt, contra heredem, vel il-
lum, cui funerandi onus ex dispositione testatoris incumberebat,
ad repetendas expensas cum usuris. Refertur enim funeraria
ad actiones b. f. Unde judex hic æquitatis rationem habere debet,
L. 14. §. 10. d. t. Ex quo textu simul observandum, illum, qui ni-
mis modicos sumtus fecit, plane non habere repetitionem, cum
quasi contumelia affecerit defunctum. An autem omnes ex-
pensas indistincte repetere possit, præsertim sit obæratu fuerit
defunctus, de eo vid. Garfias *de expens. C. 8. n. 2. seqq.* Carpz. *Ju-
rispr. Eccles. tit. 2. d. 392. & P. C. 28. d. 41.*

*Actio de
recepto
contra
nautas
&c.*

§. XXXIII. Sequitur tandem actio de recepto contra nau-
tas, caupones, & stabularios, quæ ipsa ex quasi contractu descen-
dit. Et quamvis Bachov. *ad d. L. 1. ff. naut. caup. & stab.* existi-
met, hanc magis ex vero contractu descendere, & quidem vel ex
contractu locati, vel depositi, prout res vel pro mercede, vel gra-
tis custodia cauponis commissa, *L. 3. §. 1. ff. d. t.* attamen quam-
vis aliquando verus contractus, mediante expressa conventionem,
concurrere possit, inde tamen non sequitur, quod hic semper
verus contractus adsit: Sufficit enim hic sola receptio, quod fa-
ctum receptionis citra ullam conventionem producit quasi con-
tractum, vi cujus ad rei receptæ restitutionem obligatur caupo.
Quamvis fere dici possit, sufficere receptionem tacitam, si vi-
deat caupo, talia in hospitium inferri, & non contradicat, patien-
do

do enim recepisse videtur: Hoc tantum singulare est, quod hæc actio dicatur honoraria, sive prætoria, *L. 7. §. fin. ff. d. t.* cum tamen actiones, ex quasi contractu descendentes, sint civiles; Sed responderi potest, absurdum non esse, si quis dicat, dari etiam quasi contractus prætorios, ubi scil. ipse Prætor ex facto aliquam inducit obligationem, cum & juxta quosdam veri contractus prætorii dentur, quorsum referri potest materia de constituta pecunia.

§. XXXIV. Datur ergo actio de recepto vectoribus vel *Quoru- viatoribus, contra navium, diversoriorum & stabulorum exerci- plex illa* tores, illorumque heredes per *L. 3. §. 4. ff. naut. caup. & stab. si vel sit?* ipsi receperint, vel per alios negotio huic præpositos, *L. 1. §. 2. & 5. ff. d. t.* ad restituendas res illatas, vel ad damnum rebus datum, reparandum; Si tamen penitus casu fatali res perierint, excusabitur caupo. *L. 3. §. 1. ff. h. t.* Ab hac actione differt actio in factum pœnalis, si furto familiæ res sit subtracta, de qua membr. seq. agendum erit, quæ cum in duplum sit, pinguior quidem esse videtur, tutius tamen semper ex quasi contractu agitur, quia hic nihil interest, an ipse caupo, an familia ipsius, an aliquis ex viatoribus, an denique plane extraneus rem subtraxerit, de quo prolixè agunt Dd. *in tit. Naut. Caup. & Stab.*

§. XXXV. Sed an actio hæc de recepto tantum contra Nautas, Caupones & Stabularios competat, an vero etiam contra *An hæc a- Etio ad aurigas exten- denda?* similis conditionis homines, v.gr. Postarum Magistros & Aurigas, locum habeat, in controversiam vocavit Lauterb. & negativam prolixè defendit in *Tract. Syn. de Naut. Caup. & Stab. th. 33. & seqq.* ubi his utitur rationibus, (1.) quia aurigarum nulla mentio facta in *L. 1. §. 3. & 4. ff. Naut. Caup.* (2.) quia actio de recepto singulari jure in odium nautarum, cauponum & stabulariorum introducta, quorum improbitatem reprimere voluit Prætor, *L. 1. §. 1. & L. 3. §. 1. ff. d. t.* (3.) ad autoritatem provocat, quod Doctores extensionis hujus tituli mentionem non faciant, & pro se allegat Hartm. Pist. *lib. 1. Qu. 18. n. 11. Carpz. P. 2. c. 26. def. 19.*

*Affirma-
tiva de-
fenditur.*

§. XXXVI. Verum, quia interpretatio juris non ex cortice verborum, sed ex sensu legis petenda, *L. 17. ff. de LL.* & idem est, an quid verbis legis exprimat, an ex ejus sententia & mente per certam rationem eliciatur, *L. 6. §. 1. ff. de V. S.* Everhard. *Top. Legal. Loc. a Rat. Legis*, non video, quomodo illa sententia subsistere possit. Genuina autem ratio edicti Prætorii, quod actionem de recepto concesserit, hæc est: *quia necesse est, plerumque eorum fidem sequi, & res eorum custodia committere*, sicuti concepta Jcti verba habent in *L. 1. §. 1. ff. Naut. Caup. Stabul.* Ut itaque hæc ratio legitime ad alios casus extendatur, illi termini in facto supponendi, qui huic rationi, tanquam genuino actionis fundamento, exacte convenient. Quapropter non hic quæstio est de auriga, quem quis conducit ad certas res ad alium locum transvehendas, cum hoc enim nullus alius contractus, quam locati conducti intercedit, hinc edicti verba ad ipsum non quadrant, *Magon. Decis. Florentin. iii. n. 60.* & de hoc intelligendus est allegatus *Pistorius & Carpz.* sed quæstio est de auriga, qui publice vecturas exercet, & maxime de illo, qui statis diebus de loco ad locum certum ire, & sive personas, sive res transvehere consuevit; quales sunt vel exercitores postarum, *Postmeister/ Postführer/* vel qui tardiori gressu incedere solent, *die Land- Gutscher.* Ad hos sane pertinet genuina ratio edicti Prætorii, quod scil. necessum sit plerumque horum fidem sequi, & res eorum custodia committere, *L. 1. §. 1. ff. naut. caup.* qui enim iter facturus, vel res suas transmissurus est ad alium locum, necessitate quadam, non nisi magnis impensis avertenda, tenetur sequi horum aurigarum ordinariorum fidem, utpote quos non eligit, sed in illos potius incidit, dum ab omnibus aliis res transferendæ ipsorum fidei committi solent; ut sic nulla appareat ratio, quare aliud in exercitoribus navis, quam exercitoribus vehiculi, juris esse debeat. Sane nec navis, nec vehiculum, hoc genus actionis mutare potest, sed vitæ genus attendendum. Hinc si piscatori, navem suam non nisi capturæ piscium adhibentem, oblato pretio rogem, ut hac navi certas res meas ad certum

lo-

locum,
ex na-
vatis
professio-
L. 1. §. 2.
rit d. l. 1.
peiores
enim hi
cepto q
restitat.
pariter
cas, qu
dictur
tiam
lem, u
ita jus
hoc Edic
nihil care
L. 1. §. 1.
dam acce
censu nau
dem loco
§. XX
de rebus
jur. c.
v. 17. habit.
cur. publ.
Köthen. P.
Et tunc
per mare
lib. 4. P.
Obersten
postarum
lenens &

locum, secundo flumine, deferat, & illi in itinere res quædam ex navi surripiantur, nemo diceret, hunc ex Edicto Prætoris de nautis obligari, sed tantum ex locato tenetur. Scilicet quia hanc professionem nauticam non exercet, quod Ulpianus requirit in *L. 1. §. 2. ff. naut. caup.* & idem de cauponibus & stabulariis asserit *d. l. 1. §. 5.* Ut adeo necessum non sit inquirere, an nautæ sint pejores aurigis, de quo Klock, *tr. de Arario lib. 2. c. 75. num. 4.* nec enim hic de pœnali actione ex quasi delicto, sed de civili ex recepto quæstio est, in qua nihil odiosi occurrit, quod extensioni resistat, aut in quo improbitas reprimenda. Sufficit itaque, quod pariter fidem illius sequi necessum habeam, qui vecturas nauticas, quam terrestres exercet. Non ergo dicendum, Prætoris Edictum ultra verba non esse extendendum; nam sufficit, sententiam Prætoris esse manifestam, nec materiam hanc esse pœnalem, unde qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet, *L. 12. ff. de LL.* quem progressum ad similia in hoc Edicto Ulpianus liquido probavit *d. l. 1. §. 4.* ibi: *de hyntrariis nihil cavetur, sed idem constitui oportere.* Pro qua extensione facit *l. 14. §. ult. in fin. ff. de furt.* ubi *similis causa* illius, qui rem perferendam accepit, quam cauponis & magistri navis. Imo Jure Lubecensi nautæ & aurigæ, quibus res transportandæ commissæ, eodem loco reputantur. Jus Lubec. *l. 4. t. 1. a. 7.*

§. XXXVII. Quapropter Postæ præfectum ex recepto teneri, *Probatur de rebus deperditis, asserit Ludov. ab Hœrnick. tr. de Regal. potest. & præjudiciis. auctori- tate & præjudiciis.* *Star. jur. c. 17. num. 3.* Gerh. Meybusch. *Disp. inaug. Argentorat. A. 1677. habit. de Regal. postar. jur. th. 102. pag. 57.* Redecker. *Disp. de cursor. publ. th. 36. in fin.* Sicut & hoc de aurigis in specie asserit Richter. *P. 3. D. 141. n. 16.* Vultej. *Vol. 2. Consil. Marpurg. 20. num. 36.* Et nihil quoad Edictum Prætoris interesse, sive per terram, sive per mare quis proficiscatur, statuit D. Engelbrecht *Disp. 4. ad lib. 4. Pandect. th. 40.* Ex hoc itaque fundamento in causa des Obersten zu der Brügge/ contra Daniel Eberfeldten/ vecturas postarum Helmstadii exercentem, pronunciatum in Academia Jenensi & Francofurtana *mensè Jul. 1673.* Eandem sententiam

quoad aurigas comprobavit Facultat. Jurid. Witteb. mens. Jan. 1695. his verbis: Seyd Ihr ohnlängst mit dem H. ordinar Land-Gutscher in euren Berrichtungen nach L. gereiset / und habt ihm bey guter Zeit euren *Coffre* zugeschickt / welchen dieser durch seinen Knecht aufbinden lassen / nachdem er aber in L. vor dem Wirchs-Hause angelanget / hat sich befunden / daß euer *Coffre* hinten von der Land-Gutschen abgeschnitten und gestohlen gewesen / daher ihr / ob wider den Land-Gutscher die *actio de recepto ex Edicto naut. caup. & stabul.* statt habe / des Rechts berichtet seyn wollet; Wann nun gleich das angezogene *Edictum Prætoris* nur von denen *nautis, cauponibus & stabulariis* denen äußerlichen Worten nach redet / und derer *Rhedariorum* oder *Veredariorum* weder in dem *edicto* selbst / noch in dessen *interpretation*, so im *titulo Nautæ, Caup. &c.* enthalten / erwehnet wird / daher es / als ob aus besagtem *edicto*, so wohl *actione directa*, als *utili* wider den Land-Gutscher nicht geklaget werden könne / das Ansehen gewinnet; in mehrer Erwägung / daß einiger Meynung nach / die *actio de recepto* nur in *odium* benannter Personen eingeführet / und aus diesen Ursachen auf andere nicht zu *extendiren* / im übrigen diejenigen / so aus offermeldten *edicto* belanget werden mögen / die *casus fatales* zu *prestiren* keines weges gehalten.

Dennoch aber und dieweil bey *interpretation* der Rechten / nicht nur auf die Worte / sondern auch vornehmlich auf die Meynung des *Legislatoris* zu sehen / diese auch *ex ratione Legis* leicht erkennen werden mag / und daher die *actiones utiles* in denen Rechten eingeführet worden; Hiernächst das *Edictum Prætoris de Nautis, Cauponibus & Stabulariis* nicht nur in *odio* dieser Personen sich gründet / sondern auch fürnehmlich *utilitatis publicæ causa*, und denen Reisenden / als welche insgemein das Ihrige aus Noth solchen Leuten vertrauen müssen / zum besten geordnet / bey welcher Bewandniß dem auf andere dergleichen Personen / deren diejenigen / so an einen andern Ort sich begeben / oder ihre Sachen dahin versenden wollen / sich zu bedienen genöthiget werden / wohl zu *extendiren* / immassen auch die *JCi* Labeo und Ulpianus besagtes *Edictum* auf die *exercitores*

citores rarium & hytrarios, dixer doch in selben nicht die geringste Meldung geschehen / in L. 1. §. 4. ff. Naut. Caupon. ubi Anton. Faber in ration. ausdrücklichen gezogen / und dahero keine Ursache / warum bey denen Land-Gutschern und ordentlichen Postfahrern / so ihre gewisse Tage halten / und deren die Reisende / in welcher Gewalt nicht stehet / einen vor den andern zu erwählen / sich gemeinlich gebrauchen müssen / ein anders statt haben solle / zumahl da die Schiff-Fuhr und Land-Gutscher / ihres Lebens und Wandels halber insgemein überein zu kommen pflegen; Endlichen der Verlust euers Kuffers hinter diejenigen *casus fatales*, so durch des Land-Gutschers Vorsorge und Fleiß nicht vermieden werden können / keines wegés zu rechnen; So erscheinet hieraus allenthalben so viel / daß die *actio ex edicto Nautæ, Caup. &c.* disfalls allerdings statt habe **B. N. W.** Et ita pariter responderunt Jcti Rintelenses, eodem anno, mense Majo.

§. XXXVIII. Et hæc tandem sententia obtinuit contra aurigam, qui stas diebus, vel personas, vel res viatorum recipere, & Lipsiam transferre solebat, in causa D. I. S. S. contr. G. T. qui, instituta actione ex *tit. naut. caup.* primum a judicio oppidano d. 19. Dec. 1694. ad restitutionem rerum in arca amissarum condemnatus; quæ sententia, post institutam leutationem & Lauterbachii dissentientis sententiam prolixius deductam, confirmata die 2. Aprilis 1695. requisitis Jctis Jenensibus; sed & appellatione ad illustre Regimen hujus Ducatus interposita, consultis prudentibus Erfurtanis denuo confirmata; & hac quoque sententia iterum per leutationem suspensa, nova confirmatoria secuta hoc ipso *Mens. Jul. 1696.* consultis Jctis Helmstadiensibus: ut hinc de veritate hujus opinionis, manifesta legis ratione nixa, & judicio toties contradicto (juxta L. 34. ff. de LL.) obtenta, amplius dubitandum non sit.

§. XXXIX. Antequam hanc materiam dimittam, operæ pretium erit adhuc dispicere; An caupo per protestationem, se nolle ad custodiam rei teneri, liberetur ab hac actione? affirmat hoc Ulpianus in L. *ult. pr. in fin. ff. Naut. caup.* Ubi de exercitore na-

An protestatio cauponis liberet ab actione de vis recepto?

vis loquens, ita decidit: *si prædixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se præstiturum, & consenserint vectores prædictioni, non convenitur.* Verum hoc generaliter admittendum non est, quod protestatio cauponem liberet, sed distingvendum cum Bartolo *ad d. L. fin.* An protestatio facta sit, ante receptionem hospitis, & tunc statur protestationi, sive consenserit hospes, sive non; imputet enim sibi, quod illic post protestationem diverterit. Si vero protestatio facta post receptionem hospitis in diversorium, tunc non sufficit illa, nisi hospes acquieverit. Diversitatis ratio hæc est: quia per receptionem ipse caupo mox obligatus est ad custodiam, a qua obligatione semel contractata, sua protestatione, invito altero se liberare nequit; hujus itaque consensu opus est, ad removendam hanc actionem. Quod si vero ante receptionem protestetur, quem casum in *d. L. fin. pr.* innuit Ulpianus, uti ex voce *prædixerit* clare apparet, tunc obligatio nondum contracta, hinc re adhuc integra, protestationi locus erit. Et quamvis Ulpianus etiam hoc casu supponat: *Consensisse vectores prædictioni*, non tamen huc requisitum necessarium constituunt, sed potius ad supplementum casus pertinent, quod scil. vectores ipso facto protestationi consenserint, ibi divertendo, seu res suas inferendo in diversorium, nam, si abiissent, frustra quæsitum fuisset, an caupo teneatur? Quod si vero sprete cauponis protestatione diversorium ingressi, dicentes: Tu caupo es, teneris nos recipere, & rerum nostrarum custodiam habere, sive velis, sive nolis, sine dubio vel plane repellerentur a caupone, vel, si de facto repelli nequeant, & caupo protestationem repetat, obstabit agenti ob res ibi perditas exceptio; ego te non recepi nisi cum protestatione, hinc tibi obligatio quæsita non erit, cum nec in quasi contractibus obligari possim invitus *arg. L. fin. C. de negot. gest.*