

DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS
DE
**LIBELLIS
ALTERNATIVIS**
QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DOMINO CAROLO,
PRINCIPE BORVSSIAE, MARCHIONE BRAN-
DENBVRG. RELIQVA
IN REGIA FRIDERICIANA,

PRAESIDE
DOMINO
IUSTO HENNING. BÖHNERO,
D. PROFESS. IVR. ORDIN.
PRO GRADV DOCTORALI

D. VI. AVGVSTI MDCCLXIV.

horis ante & pomeridianis

PVBLYCO EXAMINI SVBMITTIT
IOHANNES FRIDERICVS GRVNER,
Aulæ ac Reg. Saxo-Coburg. & Hilperhuf. Adv. Ordin.

HALAE MAGDEBVRGICAE,
Typis IOHANNIS GRVNERTI, Academ. Typogr.

DISSECTATIO DE ...

LIBELLUS ALTERNATIVIS

RECTORI MASSINGENSI
DOMINO CAROLO
IN REGIA FRIDERICIANA

PRO GRADU ...
JUS TO HENNING DOMINICO

JOHANNES ...

JOHANNIS GRUBER & ADL. in Typogr.





DISSERTATIO INAUGVRALIS
IVRIDICA
DE
LIBELLIS ALTERNATIVIS

CAPVT I.
Examen doctrinæ vulgaris, de ineptitudine
libelli alternatiui.



Vemadmodum tumultuarius Nimia subti-
processus cursum iustitiæ pervertit, sta- litates circa
tum controuersia inuertit, & litigantes libellum eu-
a vero tramite auertit; ita nimia circa tandæ.

ordinem iudicarium subtilitas, & sub
pretextu iuris, excogitata *arpißea* li-
tes ex lite gignit, & ultra vitam homi-
nis protrahit, quas tamen abbreviari,
reip. interest. Nolo hic catalogum huiusmodi subtilium obser-
uationum enumerare, id quod ratio instituti non patitur, sed
prouoco tantum ad defectus in foro frequentissimos, qui libellis
obiiiciuntur, vnde sæpe accidit, vt, causa iam plenissime instru-
cta, pronuncietur: daß die Klage, imassen sie angebracht, nicht statt
findet, cum tamen commoda interpretatione plerique defectus
tollit, et secundum normam iuris petita libellorum accipi & in-
telligi queant. Aiunt quidem, *ineptum libellum ex officio a iudice*
reii-



CAP. I. EXAMEN DOCTRINÆ VVLGARIS

reiciendum, & dentibus dilacerandum esse; sed hoc vel re adhuc integra, antequam partes in ipsa causa eiusque meritis nimium processerint, vel tunc saltem fieri debebat, si nulla commoda interpretatione saluari, nec ad regulas iuris aptari vlllo modo possit. Nota est communis doctrina: *Libellum alternatiuum esse incertum, adeoque reiciendum*, & tamen, vt plurimum, vel regulis bonæ interpretationis iuari, vel etiam iure permitteute, alternatiua petio fieri potest, & interest, quod Doctores fere plures exceptiones hic conglomerent, quam exempla sub regula adduci queant. Quoniam itaque rei iudiciariæ multum interest, vt, quid veritatis huic doctrinæ insit, euoluatur, non inutilem me suscepturum laborem credidi, si dogmata vulgata de *alternatiuis libellis* præsentî inaurgali, dissertatione excuterem, & quatenus admitti illa possint, enuclearem, quod ea, qua potest fieri, dexteritate & perspicuitate expediam.

Nec statim
reiciendus
libellus al-
ternatiuus.

Forma eden-
di actiones
apud Roma-
nos varia

in primis per
formulas,

§. II. Varius olim fuit modus *edendi actionem*, in iudicio instituendam, vti ex *L. I. D. de edendo* constat: neque enim vbique libello, vti quidem hodie, opus fuit. Vel enim actor in libello seu scriptura complecti suam intentionem, & alteri eundem dare vel dictare, vel describendi copiam facere, vel etiam aduersarium suum ad album producere & demonstrare poterat, quod dictaturus est, vel id dicere, quo vti velit. Erant enim formulæ, ad quas priuatæ lites accommodandæ, compositæ & in albo publice propositæ, ex quibus de genere actionis mox aduersario constabat, cum ad album formularum deducerentur. Collineat huc CICERO *Orat. pro Q. Roscio*, aiens *Sunt iura, sunt formulæ de omnibus rebus conliuata, ne quis aut in genere iniuriæ, aut ratione actionis errare possit. Expressæ sunt enim ex vniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publice a Praetore formulæ, ad quas priuatalis accommodantur.* Vnde, qui producendo aduersarium ad album demonstrabat, qua formula sit vsurus, ille *EDERE actionem* dicebatur. Quemadmodum vero hæc formulæ ideo inuentæ sunt, teste POMPONIO in *l. 2. §. 6. D. de O. I. vt his inter se homines disceptarent, nec actiones, prout vellent, insituerent*, ita admodum probabile est, actores, qui in libello complexi sunt suam intentionem

tionem non quibuscunque sed solennibus verbis et praescriptis uti debuisse, quia, secundum CICERONIS affirmationem, in libellis adhibendas. causa cadebat is, qui non, quemadmodum oportebat, egerat, h. e. formula liti accommodata non usus fuerat. Inde veterum anixae subtilitates, an haec vel illa actio, seu formula, in casu controverso locum sibi vindicaret, vel non? Inde *viles actiones* excogitatae; l. 47. D. de Negot. gest. prout compilatio iuris nostri passim docet. vid. IAN. VINCENT. GRAVINA de oriū & progress. Iur. Civil. p. m. 79. & quid est, quod CICERO Lib. I. de Orator. Iure Consultos vocet, *praecones actionum, cantores formularum, aucupes syllabarum*, nisi ut ostenderet, adeo formulis praescriptis actores uti debuisse, ut si vel in syllaba errarent, causa caderent, quam praxin Orat. pro *Murena, fraudis & stultitia plenissimam* fatetur additque: *cum permulta pulchre legibus essent constituta, ea Ictorum ingenii pleraque corrupta ac depravata sunt*, id quod rursus ad subtilitates in proponendis & persequendis actionibus applicat.

§. III. Caeterum *libellus* vel adversario dabatur, eiusque Libelli Principi vel magisteratui oblati simplices videntur fuisse
describendi copia ei praebatur, vel Principi Praesidibusque offerebatur, quo desideria, postulata & preces offerentis continebantur: dicebatur enim libellus, quia in pagellas & parvuli formam complicabatur, SAMVEL PIRISCVS in lexico Rom. Antiquit. voc. libellus p. 76. Prius pertinebat ad editionem actionis, solennibusque verbis constare debebat: posterius solennitatem iuris haud desiderabat, quod vel libellus in l. 9. D. Ad L. Rhod. de iactu docet, locumque habebat, quando, adversario nullo in ius vocato, a Principe, vel aliis magistratibus, postulabatur, ut vel subnotatione, vel subscriptione, vel re-cripto, aliquid decernerent, l. 29. D. ad L. Cornel. de fals. Ait PAVLVS in l. 15. D. de in ius vocat: Neque enim, qui libellum vel Principi vel Praesidi dat, in ius vocare Patronum videtur. Proinde quoties causae cognitio postulabatur, quoties altera pars audienda et sic decretum, interponendum erat, id per libellum expediri non poterat. Rursus VLPIANVS in l. 9. §. 1. D. de officio proconsul. id confirmat, & ait: *Vbi decretum necessarium est, per libellum id expedire Proconsul non poterit: omnia enim, quaecunque causae*

causæ cognitionem desiderant, per libellum non possunt expediri, conf. l. 71. l. 103. D. de R. I. l. 6. C. de prædiis & al. reb. minor. GERHARD NOODT de Iurisdic. & Imperio cap. 10. Sic e. g. cum excusatio tutorum causæ cognitionem desiderabat, tutor se per libellos excusare non poterat L. 25. D. de excusat. sed causa hæc ad diem cognitionum differebatur, licet libellos dare posset ad interrumpendam præscriptionem L. 13. §. 10. eod. Plenius de hac re agunt IAC. GUTHERIVS de offic. dom. august, Lib. III. c. 5. BVDAEVS ad L. 9. §. 1. de offic. Proconf. IAC. RAEVARDVS in protribunal. c. 8. SAM. PITISCVS cit. loc. BARNAB. BRISSON. de solemn. pop. Rom. verb. Lib. III. p. 292. GRAVINA in origin. iur. civil. p. 146. Hoc casu itaque libellus continebat preces & desideria scriptis explicata eorum, qui Principes vel Magistratus maiores implorabant, ad quos libellos rescripta dabantur. Neque itaque olim ab eo, qui contra aliquem agebat, præcise libellus desiderabatur, sed hoc arbitrarium illi erat, quamuis, si intentionem suam in libello exponeret, hunc non Prætori, sed aduersario edebat. Breuibus, editio actionis necessaria erat, quæ futuræ litis speciem demonstraret, ut dicitur in l. 3. C. de edend. vel speciem actionis ostenderet, ut aiunt Imperatores in L. vn. C. de lit. contest.

Hinc disputatum est circa libelli aptitudinem.

§. IV. Sicuti vero ad has formulas priuatae lites accommodabantur, ita ex eodem fonte de aptitudine libellorum quandoque disputari solebat. Testis iterum est CICERO in Partit. c. 28. & atque etiam, ait, ante iudicium (h. e. ante litem contestatam, per quam ordinabatur iudicium) de constituendo ipso iudicio (seu specie futuræ litis & contentiois) solet esse contentio, cum aut, sine actio illi, qui agit, aut, iamne sit? aut num iam esse deseruit? aut, ILLANE LEGE? HISOB VERBIS sit actio queritur. Sæpe ergo ante litis contestationem disceptabatur, sine HIS VERBIS actio? quod de formula præscripta intelligendum, quæ ad vnguem tenenda erat. Pergit vero Idem: Quæ etiam si, antequam res in iudicium venit, aut concertata, aut diiudicata, aut contestata non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum sæpe habent pondus, cum ita dicitur (hoc est, cum reus excipit) plus petiisti; sero petiisti; non a me; non hac lege, NON HIS VERBIS, non hoc iudicio. Reuera

Reuera itaque olim exceptio: *Non his verbis agendum est in hac causa*, videbatur illam exprimere exceptionem, quæ hodie dicitur *inepti libelli*: quamvis enim nostræ lites non præcise ad certas formulas & carmina sint componendæ, adeoque, postquam desit formularum conceptio, subtilitates eiusmodi miseræ debebant esse superuacua; *l. 47. in fin. D. negot. gest.* sæpissime tamen de ipsis formulis æque subtiliter hodie disceptatur atque concertatur, ac quidem olim, cuiusrei plura suppetabit exempla nostra dissertatio.

§. V. Quæ cum ita sint, paucis quoad præsens thema inquirendum erit. an *formule alternatiue* iure antiquo prorsus fuerint reprobata, ita, vt iis haud agiliuerit, sed agentibus obicienda fuerit exceptio: *Non his verbis agendum esse?* Id enim si planum erit, sententia communis de *ineptitudine libelli alternatiui* tutius retineri, faciliusue euolui & explicari poterit. Duo præmitto: (1) formulas ex verbis legum fuisse compositas *l. 2. §. 6. D. de O. I.* & (2) priuatas lites ad formulas fuisse accommodatas, quod supra ex CICERONE probatum dedimus. Inde infero: Si legis dispositio alternatiua erat, formulam quoque ex lege alternatiue concipiendam fuisse *L. 39. pr. D. de noxal. act. l. 6. §. 1. D. de re iudic. l. 27. §. 2. ad L. Aquil. l. 7. in f. de damn. infect. l. 1. pr. de vi & vi arm. l. 1. §. 1. de inspic. ventr. l. 7. pr. de religiof. l. 20. §. 9. de N. O. nunciat. l. 2. §. 1. de aqu. plu. arc. l. 2. §. 5. eod. l. 2. de negot. gest. l. f. C. Si vnus ex plur. hered. l. 1. §. 2. vt legat. seruand. l. 2. vt in possess. legat. l. 16. de administr. & peric. tut.* Deinde si obligatio, ex qua agi debebat, alternatiua erat, veluti, si Titius promiserat, ædes aut mille se daturum esse, pariter formula alternatiua vtendum, v. gr. *aio Te mibi aut ædes, aut mille dare oportere*, adeo, vt, si alterutrum tantum petitum fuisset, actor exceptione *plus petitionis* repelleretur. *Qua de causa*, ait Imperator §. 33. *I. de action. talis in ea reprodita est actio* (h. e. agendi formula) *vt quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere.* Denique etiam formula alternatiua admitti poterat in editione actionis, quotiens incertum erat, quæ potius actio teneret? *Nam*, dicit VLPIANVS in *l. 1. §. 4. D. quod legator.* *Duas distamus* (hoc est: edimus, alternatiue

Non tamen formulæ alternatiuæ a Romanis reprobata,

ternatiue tamen) protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit. Adeo enim accurate formula idonea eligenda erat, vt iacturae causae periculum immineret, si in ea erratum esset, teste QVINTILLIANO Declam. 350. Non ignoro, dicente, frequentem esse huiusmodi, in iudiciis minoribus duntaxat, contentionem, vt petitor excidisse formula, & aliter, quam potuerit, agere dicatur.

Quandoque
tamen alter-
natio vidua-
bat libellum.

§. VII. Cæterum, sic nec natura negotii nec dispositio legis formulam alternatiuam admitteret, merito reiicienda erit, maxime, si in ipsius facti narrationem incertitudinem induceret; neque enim, qui narrat, illud, aut hoc accidisse, certi quid profert, sed potius aut ignoranter, aut dubie loquitur. Proinde Prætor edixit in actione iniuriarum: qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriæ factum sit l. 7. pr. de iniur. Explicat verba EDICTI LABEONI consentiens VLPIANVS d. l. 7. §. 4. Quod autem Prætor ait: quid iniuriæ factum sit, certum dicat, quemadmodum accipiendum sit? respondent Iure Consulti: certum eum dicere, qui dicat nomen iniuriæ, neque sub alternatione, puta illud, aut illud, sed illam iniuriam se passum. Plenius eandem rem exposuit PAVLVVS in libro singulari, sub tit. quemadmodum iniur. agatur, vnde fraginentorum Pitheanorum collector, & ex eo BARNABAS BRISSON. de solenn. pop. Rom. verb. l. v. p. 378. hæc excerptit: qui iniurias agit, certum dicat. quid iniuriæ factum sit, & taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit. Certum dicit, qui suo nomine demonstrat iniuriam, neque ita, vt per disiunctionem, hoc aut illud accidisse, comprehendat, sed vt necesse habeat, aut vnâ nomine suo rem designare, aut plures ita complecti, vt omnes eas accidisse, cogatur probare. Certum autem an intertum dicat, cognitio ipsius Prætoris est. Demonstrat autem hoc loco Prætor non vocem agentis, sed qualem formulam edat. Certum non dicit, qui dicit se pulsatum, si sit verberatus: sed & partem corporis demonstrat, & quem in modum pugno puta an fuste, an lapide: sicut formula posita est: quod Auli Agerii pugno mala percussa est. Illud non cogitur dicere, dextra an sinistra, nec qua manu percussit. Ita si dicat, infamatum se esse, debet adicere, quemadmodum infamatus sit. Sic enim & formula concepta est: quod Numerius Nigidius illam immisit Aulo Agerio infamandi causa.

§. VII.

DE INEPTITVDINE LIBELLI ALTERNATIVI.

§. VII. Atque haec quidem obtinebant de iure antiquo, quo *conceptio formularum* vtitata, necessariumque erat, certa ac solennia verba, non vulgaria, in edenda actione adhibere. Sed *formulis istis, aucupatione syllabarum insidiantibus, cunctorum actibus radicibus amputatis*, vti ait l. 1. C. de formul. & impetr. sublati, siue id per CONSTANTINVM siue per THEODOSIVM, siue, quod non sine ratione tenetur IACOB. GOTHOFRED. ad l. an. C. Theodos. de omissa act. impetr. per THEODOSIVM iuniorem factum sit, vid. illustr. THOMASIVS in Naeuis Iurispr. ante Instin. Lib. 2. c. 2. p. 65. liberior solutiorque facta est praxis, vt, quod ratio iuris suggerit, petere, & desideria sua in libello quibusvis verbis complecti possint actores, add. aurb. offeratur C. de Lit. Contess. Neque itaque amplius circa formulas digladiandum, aut actor cogendus est, vt in verba alterius, forsas elegantius, accuratius, aut subtilius composita, iuret, modo nihil a iuris ratione alienum petierit, vt adeo nec petitum in libello alternatiue formatum, statim & simpliciter reiiciendum videatur, licet cum formulis antiquis non adeo conveniat.

Iure nouiori
formularum
solennium
vius antiqua-
tus quidem.

§. IIX. Verum, quod mireris, hodie in Germania, quae aequitatem nullo non tempore magis, quam scrupulosas iuris Quiritum ericas sectata, pragmatici subtiliores esse videntur ipsis conditoribus formularum antiquis, quod vel ex digladiationibus, quae circa *formulas libellorum alternatiuorum* mouentur, adparet, Romani, vt supra euictum, formulas alternatiuas nec damnabant, nec in disiunctione vitiosi ac inepti quid latitare arbitrati sunt vnquam. At nostri regulariter aiunt, *libellu alternatiuum, vt ineptum esse reiiciendum*, & ne sine ratione loqui quid videantur, addunt, alternationem inducere *incertitudinem & obscuritatem*, haec autem duo maxime vitare libellum. Ita docent consentique CARPZOV. P. 1. C. 2. def. 7. & de Process. tit. 6. art. 1. n. 4. VMNIVS de Process. disp. 6. n. 71. NICOLAI Proc. Iudic. c. 9. n. 22. BERLICH. P. 1. concl. 12. n. 13. segq. MARTINI ad Proc. Sax. tit. 5. n. 87. BLAS. AL. TIMARVS de Nullit. sentent. qu. 311. n. 147. GAIL. 1. Obs. 62. n. 1. GRAEVEN ad Gail. cit. loc. DOERING. in Bibliotheca Iur. Conf. voc. *alternatiua* n. 207. & infinitum foret, omnes huius sententiae assertores velle recensere; adeo enim communi quasi consensu recepta

Ast Germanica praxis circa eas scrupulosior Romana existit.

Regula communis de libellis alternatiuis non admittendis.

pta est, vt hæcenus de ea nemo dubitare ausus fuerit. Proinde si quis alternatiue petit, mox parata est exceptio inepti libelli, de qua vnâ per plures instantias sæpe contenditur. Sic e. gr. actionem hypothecariam contra tertium possessorem motam & alternatiue conceptam, reiciunt tanquam ineptam, imo pronunciant: *Das die Klage, immassen sie anbracht, nicht statt finde, vel: Würde Kläger seine Klage förmlicher vorbringen, und dieselbe auf ein gewisses petitem richten, immassen ihm zu thun obliegt, so wäre Beklagter sich darauf einzulassen schuldig.*

Nostra sententia de aptitudine libelli alternatiui.

§. IX. Verum enim vero, re accuratius perpenſa, cogor a communi ista sententia recedere, salua de cætero cuiusque auctoritate & opinione, nec enim adstringimur communibus inhærere sententiis, si iustæ contra eas dubitandi rationes adsunt, præsertim si istæ tantum non cohærere videantur, vt ex propriis ipsorum ita statuentium assertis impugnari possint. Non nego absolute, alternatiuum libellum posse esse quandoque ineptum; quin potius assero, eundem *quandoque* esse reiciendum: Ceterum hoc nego, *regulariter* libellum alternatiuum esse ineptum & reiciendum, nego alternationis seu disiunctionis naturæ incerti quid inesse aut vitiosum, nego ergo regulam istam communem solidò nisi fundamento. Vt itaque in compendio sententiam meam proponam, aio, *alternationem per se non vitare libellum, sed quandoque, imo vti plurimum, libellum alternatiuum esse aut necessarium, aut tolerandum, quandoque vero eundem tanquam ineptum & incertum ex causis specialibus esse reiciendum*, id quod in sequentibus distinctim erit explicandum.

Rationes dissentientiendi a doctrina communi.
(1) Negata vniuersalitas regulæ.

(2) Fundamenti in L. 7. §. 4. D. de in-

§. X. Vt in hanc sententiam tranſeam, multa non mouent. Nam (1) qui regulam de ineptitudine libelli alternatiui proponunt, tot limitationes & exceptiones substernunt & exempla adeo confuse cumulant, vt fere regula suas vires amittere videatur. DOERINGIUS enim *cit. loc. XXVI*, casus refert, in quibus alternationem admitti cenſet, BERLICH. *cit. loc. eorum XVII*, numerat, HVNNIUS *Encyclop. P. 2. t. 9. c. 2. n. 19. seq. IX*, sistit, BERNARDVS GRAEVEN. *loc. alleg.* tantum VII. refert. Rursus alii aliter sentiunt, vt, quid ex tot limitationibus retinendum sit, dubitetur. (II) Fundamentum huius sententiæ communiter petitur ex l. 7. §. 4. D. de *inuit.*

injur. quam supra §. VII. recitauimus, quæ tamen regulam, ita indefinite positam, minime confirmat. Qui enim ineptitudinem libellis ex *alternatione* obiciunt, primario respiciunt ad *conclusionem*, iur. quæ sit insufficientia.

eamque alternatiue concipi non posse aiunt. Ast vero in *cit. l.* illud tantum asseritur, *factum* ipsum in libello, cum suis circumstantiis, ita esse enarrandum, vt iudex certam de eo ideam sibi formare queat, id quod tamen fieri non posset, si in *facti* circumstantiis actor cespitet & anceps haereat, & hoc aut illud, aut aliud factum esse referat. Quid enim, si actor diceret, *Beß. habe ihn geschimpffet, und entweder für einen Ehebrecher, oder aber für einen Dieb oder sonstigen ausgescholten*, an iudex ex hoc libello de ipso facto certus esse poterit? Et si factum certum proponi iudici nequit, quomodo is ferre poterit sententiam? Pone Gaium in libello asserere, *Seius wäre ihm 2000. Thlr. schuldig, die er entweder ihm geschenktet, oder von ihm erborget, oder doch sonst noch restire*, euident est, prorsus *incertum* quid enarrari, nec constare de *specie futurae litis*. Vnde distinguendum potius est inter *alternationem*, quæ *factum* in libello propositum concernit, & quæ *conclusionem* vel *petitum* libelli tangit. Priori casu si alternatio dubitationem & incertitudinem actoris circa causam in litem deductam inuoluit, merito reiiciendus libellus vr *incertus* & ineptus, & hoc est, quod ex *d. l. 7.* tantum euincitur: si vero factum ita sit comparatum, vt circumstantiæ ipsæ alternationem quandam contineant, non aliter vtique factum enarrari potest, quam quatenus gestum est, nec libellus ex hac alternatione vilo laborat vitio, veluti qui alicui obiecit animo iniuriandi, *er wäre ein Ehebrecher, oder zum wenigsten ein Huren, Birth, Titius wäre aus einer Blutschande gezeuget, oder doch ein Huren Kind.* Hæ & similes alternationes facti circumstantias, prout gestæ sunt, concernunt, adeoque non aliter referri potuere aut debuere. Posteriori vero modo, cum conclusio seu *petitum* alternatiuum est, non semper inde oritur *incertitudo* talis, quæ libellum ineptum faciat, cum nihil impediatur, quo minus ex *facto* quodam certo plura peti possint, quorum tamen alterutrum duotaxat ex electione rei præstandum sit, cui leges illam indulserunt. (III) Nullibi iniure alternatiua *petitio* aut *conclusio*, tanquam *regula*, est reprobata, quin potius supra ostensum euictumque, etiam formulas plures *alternatiuas* olim in foro aptioris,

in foro fuisse admiffas, vtut verbis ad fcrupulofitatem & fuperfitionem vsque folennibus agendum efferet. Neque vero hæc exempla ad *exceptiones a regula* referenda efferet, allegari poterit, cum *deregula* in contrarium, alternatiuam formulam damnante, hætenus nequaquam conftet. Vnica & primaria olim hæc Ictorum obferuatio erat, formulas actionum ex legibus formandas & priuatis litibus accommodandas efferet; prout ergo difpofitio legis, prout ratio litis priuata comparata, ita quoque formula concipienda erat. Iam vero legislatoris arbitrio fubiectum efferet, vel alternatiue vel fimpliciter quid ftatuere aut determinare; imo & eis, qui contrahunt, vel qui aliter difponunt *inter viuos* vel *mortis caufa*, integrum efferet, an *alternatiue*, an *fimpliciter & pure* difponere, ftipulari vel negotium determinare velint. Sicuti ergo nullo modo afteri poteft, alternatiuam difpofitionem in legibus, contractibus, teftamentis, codicillis, transactionibus aliisque quibufcunq; negotiis efferet prohibitam & ineptam, ita fimiliter generaliter dici, aut pro regula afsumi nequit, *petitionem & conclufionem libellorum alternatiuam regulariter efferet ineptum*, cum eadem ex legibus, contractibus, teftamentis aliisque difpofitionibus & factis hominum efformanda fit. Denique (IV) fi dicendum, quod res efferet, hodie alternatiui libelli frequentiores funt, ac quidem apud Romanos, vt etiam alternationes circa *factum* ipfum & *medium concludendi*, fuo modo admittantur, quod vel ex *cumulatione actionum* apparet, Iuri Romano incognita, hodieque ex iure canonico recepta. Vt adeoque ampliatã fit potius admiffibilitas libelli alternatiui, quam reftrieta.

(4) Repugnancia Præxceptionis Germanicæ.

Fundamenta firmiora contrariae adducuntur defumta (I) a natura obligationum alternatiuarum.

§. XI. Explora ergo doctrina communi, fundamenta folida fubftituenda funt, ad quæ tota hæc doctrina reuocari queat: & quidem fex potiffimum obferuanda efferet iudico. Primum efferet, *difpofitionis & obligationis alternatiuæ* hanc efferet naturam, vt vtrumque quidem fit in obligatione *eque principaliter*, at alterum difiunctiuorum tantum in folutione, feu præftatione, vel, vti dicitur in l. 128. in fin. de obl. & act. vtraque res ad obligationem ponitur, non ad folutionem. Electione itaque opus efferet, quæ debitori regulariter competit, vt docet c. 70. de Reg. Iur. in VI. in alternatiuis fuis difiunctiuis debitoris efferet electio, & fufficit alterum impleri. conf. B. HERTIVS, diff. de Elect. ex obligat. alternat. debitori debita feft.

sect. 1. §. 1. seqq. Dico, vtrumque *aeque principaliter* esse in obligatione: in quò latet differentia obligationis vel dispositionis alternatiuae a *subsidiaria*, vbi alterum *praeise & principaliter* debetur, alterum vero tantum *in subsidium*; licet autem hanc quoque *alternatiuam ordinis* vocare soleant, BRVNEMANN. ad c. 70. de R. I. in VI. n. II. HERTIVS cit. diff. in prologom. §. 2. minus tamen recte tales dispositiones ad alternatiuas referuntur, quæ potius *simplices* dicendæ, cum tamen *ex accidenti* alternatiuæ esse videantur, alioquin enim omnes obligationes, purissimæ & simplicissimæ, alternatiuæ dicendæ essent. Hoc cum a plurimis hæc obseruatum sit, & multorum errorum causa extiterit, exemplis quibusdam erit illustrandum.

§. XII. Sic quælibet lex regulariter *praeise & simpliciter* obligat, etiam in conscientia, ad id faciendum, quod legislator iniungit, alioquin, si id negligitur, in locum eius succedit *obligatio ad pœnam*. Quis vero inde cum nonnullis moralistis veteranis concluderet, *obligationem* legum esse *alternatiuam*, vt vel subditi illa, quæ legibus imperantur, agant, vel pœnam soluant sustineantque? Sane nunquam legislator *primario & principaliter* pœnam intendit, sed potius id, quod iubet, præcipitue fieri, quod prohibuit, vult omitti: pœna ideo saltem legis pars esse creditur, vt sit remedium cogendi refractarios, ad præstandum id, cuius gratia lex fuit lata; hinc est, quod legislatores *agre, & præter intentionem primariam* pœnam infligere dicantur. *In subsidium* tantum illam legibus adiiciunt, vt subeant eam subditi, obedientiam legi debitam præstare contra conscientiam detrectantes. Nunquam sane lex obligaret in conscientia, si obligatio eius *alternatiua* dicenda esset, quia sic in arbitrio subditorum positum foret, vtrum id, quod lege imperatum est, facerè, an loco eius pœnam subire mallet, quod tamen intentioni legislatoris prorsus aduersatur. Nec diuersa est ratio *pœne conuentionalis*, quippe quæ etiam tantum *in subsidium* adiicitur, si aduersus promissa factum a debitore fuerit §. 7. l. de V. O. nec enim, qui eam adiicit, principaliter intendit *pœnam*, sed vt præstetur, quod debitor promissit: Proinde pœnalis obligatio haud dicenda est *alternatiua*, vt debitori relinquatur electio, cum vtrumque *non aequè principaliter* sit in obligatione; Sed creditor adhuc agerè possit vel

Quæ differunt a subsidiariis.

Horum exemplum est obligatio ex lege ad pœnam.

it. ad pœnam conuentionalem.

simpliciter ad implendum promissum, vel etiam *in subsidium*, si alter contumax sit, ad poenam soluendam *l. 10. §. 1. de pact. l. 15. & 16. D. de transact. l. 37. l. 40. C. eod.* Quod si vero poenalis proptio alternatiua esset, alternatiue quoque necessario agendum & debitoris arbitrio, quid praestare vellet? relinquendum esset, quod tamen secus se habet per *cit. l. 10.*

it. in obligatione faciendi.

§. XIII. Eadem observatio locum habet, vsumque praestet in obligatione faciendi, quam plurimi *alternatiuam* esse volunt, vt debitor electionem habeat, vtrum factum, an interesse, praestare malit? aiunt enim, debitorem praestando id, quod creditoris interest, liberari per *l. 72. D. de verb. obl. l. 13. §. f. D. de re iud. & l. 71. §. 2. de condit. & demonstr.* LAVTERBACH. *ad tit. de pact. §. 65. MANZIVS ad §. fin. l. de V. O. n. 9. EMAN. DE COSTA de fact. scient. & ignor. insp. 3. STRVVIUS Ex. 6. th. 49.* Diuersam esse contendunt rationem obligationis *in dando* consistentis, quae praecisam inuolueret praestandi necessitatem, cum alioquin manu militari res debitori auferri queat *l. 68. de R. I.* Verum admodum falli videntur, qui ita distinguunt. Omnis enim obligatio ad interesse est *subsidiaria* & transit in locum principalis debiti, quatenus illud ipsum per dolum, vel culpam, vel moram debitoris praestari nequit; Collineat huc HVG. GROTIU *de I. B. & P. lib. 2. c. 2. §. 2. n. 1.* assertum: *Iustitia expletrix, quoties non potest periringere ad idem, fertur ad tantundem, quod morali aestimatione idem est.* Atque haec obligatio subsidiaria locum habere potest, tam vbi *de dando*, quam vbi *de faciendo* agitur. Quid enim si quis stipulatus fuerit seruum vel equum, isque per dolum, moram, culpamue debitoris interierit? tenetur vtique *ad aestimationem* siue interesse *l. 91. pr. de V. O. & hoc casu aestimatio per iuramentum in litem determinabitur l. 68. D. de R. V.* Et hoc in omnibus obligationibus, quae ad dandum tendunt, obtinet, v. c. in constituto *l. 23. D. de constituta pec. commo. dato l. 17. in f. commod. pignore l. 14. seq. D. de pignor. act. em. tione venditione l. 1. D. de act. em. vend. locatione l. 15. §. 8. D. locati cond. similibusque.* Eadem decisiones quoque applicari debent ad *obligationes faciendi*, quae aequae praecise stringunt, ac quidem dandi, id quod tum recta ratio docet, tum lex civilis confirmat, statuendo, *aliud pro alio inuito creditori solui non posse l. 2. §. 1. D.*

de reb. cred. Proinde actor, qui ad implementum agit, non alternatiue, sed simpliciter agere debet, ad promissum præstandum, nec reus ex communi doctrina obicere potest, se esse alternatiue obligatum, aut ad faciendum, aut ad interesse soluendum, nec iudex eundem aliter, quam ad faciendum præcisè, condemnare debet. Cæterum, si reus extreme contumax est, vt nullo modo ad faciendum adduci queat, succedit tandem in eius locum subsidiaria præstatio eius, quod interest, quæ tamen principaliter in obligatione non erat. Hunc sensum, meo iudicio, habet l. 13. in f. de re iud. quæ non facit, quod promisit (h. e. quod principaliter in obligatione est) in pecuniam numeratam (in subsidium) condemnatur, sicut euenit in omnibus faciendi obligationibus, non quod in his tantum id vsu veniat, sed quod, comparatiue loquendo, in his facilius vsu venire queat, quam in dandi, quia in hac executio facilior est, quam in illa: Interim obligatio ad interesse vtrouique est subsidiaria, vtrouique debitor præcisè tenetur ad id, quod promisit principaliter, & quando æstimatio eius, quod debetur, vel interesse præstandum, hoc ex accidenti euenit, contra intentionem paciscentium. conf. HUBER ad l. iir. de verb. obl. §. 5.

§. XIV. Ex hac decisione dependet quoque quæstio vulgata: Huc etiam An præcisè venditor teneatur ad tradendam rem venditam? pertinet quod in dubium vix vocari potest, si vel maxime distinctio, §. ante de traditione rei venditæ: ced. reiecta, pro vera assumeretur, quia hic adest obligatio dandi. Sed, quod miseris, etiam hic nonnulli dissentiunt, prouocantes ad l. 1. pr. D. de Act. emt. vend. vbi sic VLPIANVS: Si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur, quorsum etiam respexisse volunt CÆLSVM in l. 12. D. de eod. & Imperatores in l. 4. C. eod. it. Enucleat hanc controuersiam plenius FRANZKIVS ex II. qu. 2. per tot. quam tantum vel ideo hic tangendam putauit vt inquirerem, vtrum venditor alternatiue dici queat obligatus, vel ad rem tradendam, vel ad interesse? quod contra FABRVM recte negat FRANZK. in. de act. emt. vend. n. 42. & cum eo LAVTERB. ad cit. iir. cuius ratio solida hæc est, quod omnis obligatio ad interesse sit in subsidium, h. e. præsupponat casum, quo res vendita, quæ principaliter debetur, amplius præstari vel non possit, vel in eum coniecta sit statum per dolum, culpam, moram, vel, vti ait cit. l. 4. C. procaciam vendi-

venditoris, vt emtori eam accipere amplius haud sit integrum. Et haec est sententia *d. l. 1. D. si res vendita non tradatur*, propterea quod amplius tradi nequeat, *ad interesse*, in subsidium *agendum esse*, vt tamen minime in arbitrio venditoris sit, vtrum rem, an interesse praestare malit. Docet hoc perspicue, seque ipsum explicat idem Ictus in *l. 68. D. de rei vind.* distinguens, vtrum res possit praestari, nec ne? priori casu etiam ab inuito manu militari auferri posse, posteriori vero aestimationem seu interesse praestandum esse. Haec omnia liquido euincunt, *alternatiuam obligationem minime cum subsidiaria esse confundendam*, cum in hac, id, quod principaliter debetur, tantum primario in obligatione sit, in illa autem vtrumque aequae principaliter debeatur, ita tamen, vt debitori competat electio. Aliac si subsidiaria quoque ad alternatiuam obligationem referenda esset, illud inde absurdum emanaret, omnem fere obligationem esse *alternatiuam*, cum in quavis eius, quod interest, ratio haberi possit, quamuis *ex accidenti*.

(II) Ab obligatione simplici, si aliud tamen ex lege solui potest. Exempla actionis hypothecariae.

§. XV. Altera observatio est, *non esse alternatiuam obligationem, si non alterutra, sed vnum idemque tantum sit in obligatione, ita, vt ne quidem in subsidium alterum debeatur, quamuis ex legis beneficio aliud solui possit*. Quod enim sponte praestare possum, ad id non teneor. Sic actio hypothecaria contra tertium possessorem vnice eo tendit, vt res hypothecae subiecta creditori tradatur, donec ipsi satisfiat, non autem, vt etiam tertius possessor soluat debitum, vtut *sponte* soluere possit, si velit: proinde non adest proprie alternatiua obligatio, vt vel praedium hypothecae subiectum tradat vel soluat, quamuis *ναταχρησιμῶς* & abusue id dici queat, modo sano hoc intelligatur sensu, prout etiam MARCIANVS in *l. 16. §. 3. D. de pign. & hypoth.* ait: *Si vero possideat, & aut pecuniam soluat, aut rem restituat, aequae absoluetudus. Si vero neutrum horum faciet, condemnatio sequetur*. Similis est ratio actionum noxalium, in quibus dominus condemnatur ex delicto serui, vtut ei liceat deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem, vti dicitur in *l. 1. D. de Nox. act.* Et si enim alternatiue videatur obligatus *l. 6. §. 1. D. de re iud.* magis tamen propositio *condicionata*, quam *alternatiua* subesse videtur, hoc modo: Dominus serui poenam luere debet, nisi seruum noxae dare malit: tertius

tertius possessor rem hypothecae obnoxiam reddere debet, nisi debitum solvere malit &c.

§. XVI. Tertio obseruamus: Dari etiam *alternatiuam remedium*, quae ex cumulatione actionum nascitur, & sic *ex accidente* tantum libellum facit alternatiuum, cum in se singula remedia haud sint alternatiua, adeoque huc proprie non spectent, vbi agimus de remediis *simplicibus*, non *cumulatis*. Moribus hodiernis huiusmodi cumulationes admitti posse ex iure Canonico, contra iuris ciuilibus regulas, iam alii fusius probarunt, nec praesentis instituti est, vt thesin hanc pluribus persequar. Potissimum alternatiuam cumulationem admittunt, si vel ignoratur, quae actio competat, vel dubitatur, vtrum hic vel illi suum quis persequi possit, vnde reuera conclusio in libello sit alternatiua, veluti quando petitur: *In Nechten zu erkennen, daß mir die qu. Wiese iure dominiij vel quasi zustehe*, vel si testamentum impugnatur ex capite *nullitatis* vel *inofficiosi*, daß dieses Testament, als inofficiosum zu rescindiren, oder wenigstens zu Necht nicht beständig sey, it. si contractus impugnatur ex capite *nullitatis*, vel ob *laesonem ultra dimidium &c.* Reuera haec cumulatio introducta incertitudinem in libellis, & quam alternationem *circa factum* ius Romanum improbavit, eandem ius canonicum & praxis approbarunt, cum, re curate inspecta, vtiq; *incertitudo* circa ipsa facta in exemplis allatis lateat. Et tamen pragmatici vno ore aiunt, libellum alternatiuum esse ineptum, quae assertio, hoc rerum statu, non potest non videri inepta. Caeterum, quod hanc *alternatiuam remedium* proprie huc non pertinere dixerimus, vel inde constat, quod in plerisque cumulationibus obiectum vnum & idem persequamur, illudque tantum intentioni actoris insit, licet duplex ac diuersum fundamentum alleget, ex quo illud petere intendit. Vnum idemque tantum hic adest in petitione & dispositione, & vnum, non alterutrum persequimur, nec vlla *regulariter* electio reo debetur, licet in fundamento petendi alternatione vtamur. Qui ignorat, vtrum reus se pro coherede agnoscat, nec ne? partem dimidiam hereditatis petere potest, vel *hereditatis petitione* vel *familiae heriscundae* iudicio, vnde in petitione quaedam alternatio oritur, vt tamen plures res alternatiue non petantur. Qui ignorat, vtrum reus rem possideat titulo *singulari* an *vniversali*? moribus nostris, rei vindicationem cum

(III) Ab alternatiua remedium

Exempla.

here-

hereditatis petitione cumulare ac ita petere potest, daß mir das Haus entweder iure hereditario oder dominii zustehe, sed tamen tantum aedes petit, nec quidquam praeterea, nec reo electio ex pluribus quid praestare velit, debetur. Proprie alternatiua dispositio est, qua plus vno debetur, & in dispositione est, sed non nisi vnum, a debitore eligendum, praestari debet; deinde ipsa remedia, seorsim considerata, sunt simplicia, adeoque ex *accidente* alternatio quaedam, non intuitu rerum, sed *fundamentorum agendi*, aut *mediorum concludendi*, libello inferitur, cumulatione actionum interueniente.

Alternatiua
& defunctiua
non differunt.

Notatur GOMESIVS.

§. XVII. Equidem BALDVS & cum eo LYDOVICVS GOMESIVS ad §. sed iste 3. de act. n. 37. seq. in hac cumulatione non *alternatiuum* sed *disiunctiuum* occurrere libellum putat, eamque differentiam inter vtrumque ponit, quod *disiunctiuus* libellus sit resolutiuus in alteram partem, quam videtur eligere actor in prosecutione, secus in alternatiuo, quo actor non eligit, nec libellus resoluitur in alteram partem; item, quod *disiunctiuae* particulae proprie sint *vel*, aut, de quarum natura sit, verba disiungere & significatum; *alternatiuae* vero proprie sint hae: *sue*, *seu*, quarum natura est, quod licet verba disiungant, coniungant tamen significatum in effectu. Licet autem GOMESIVS in hac distinctione BALDI *maximum mysterium* esse, faciliusque admitti posse libellum *disiunctiuum* quam *alternatiuum*, quod in illo actor in prosecutione eligat vnam partem ex expressis in libello, vt sic resoluat in *simplicem*, quod secus sit in *hoc*, sibi aliusque persuadere velit, puto tamen, hoc mysterium esse cerebrinum & inane. Sane ICI Romani hanc distinctionem non agnouere, quippe qui *alternatiuam* obligationem etiam *disiunctiuam* vocant, docente STRAVCHIO ex VI. ad 50. *Decis. Iustin. cap. 1. n. 20.* nec diuersitas illa in particulis occurrit, quam GOMESIVS cum suo Philosopho fingit. Quid enim, si quis promittit, *Stichum AVT Pamphilum, Ephesi AVT Capuae* se datum, estne haec obligatio *disiunctiua* in *alternatiua*? *Disiunctiua* erit Gomefio, quam tamen VLPIANVS in l. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco, *alternatiuam* vocat. Quod vero, vti alias iuris est, reo hic nulla electio competat, vel inde est, quod hic non addit *alternatiua* obligatio intuitu eius, quod petitur, quae electionem reo tribuat l. 10. in f. D. de iur. l. 34. §. 6. de contrab. emi. sed *alternatio solum;*

solummodo concernat duo diuersa remedia, quorum alteriusid, quod simpliciter debetur, actor persequi intendit.

§. XLIX. Quarta obseruatio esto: *Dari alternatiuas dispositio-* Non omnes
iones, quae tamen libellum alternatiuum non reddunt. Nimi- dispositiones
rum (1) si est intuitu personarum *l. f. §. 3. de V. O.* (2) si est intuitu libellum al-
locorum *l. 2. D. de eo, quod cert. loc. l. 5. §. 1. de pos.* (3) intuitu ternatiuum
locorum & rerum simul; nam *mixta rerum alternatio*, ait cum faciunt,
SCAEVOLA VLPPIANVS *in l. 2. §. 3. de eo, quod cert. loc. locorum*
alternationi, ex necessitate facit actoris electionem, & in rem
propter locum. Alioquin tollis ei actionem, dum vis reo refer-
uare opinionem. (4) Si est ratione rerum & personarum simul v. c.
dabine mihi centum, aut Titio aedes? (5) Ratione conditionis;
Si illud, aut illud factum fuerit, §. 11. l. de hered. instit. (6) Si
electio actori competit, vel quod ei seruaua sit, *l. 10. in f. de iur. dor.*
vel, quod alias ex natura rei ei debeatur *l. 21. de condict. indeb.* (7)
si alterutrum ex rebus alternatiue debitis perit, quia tunc, quod su-
perest; simpliciter debetur *l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc. l. 32. D. de*
condict. indeb.

§. XIX. Quinto obseruandum ducimus, *libellum debere iuris* Interim li-
dispositioni & naturae negotii conformem esse, adeoque conclusio- bellus debet
nem ad id, quod ius cuique tribuit, & quod in negotio gesto actum iuri & natu-
est, dirigendum. Si itaque dispositio iuris *alternatiue* actori quid rae rei con-
concedit, si *alternatiue* obligatio concepta est inter contrahentes, li- formis esse.
bellus alternatiue erit formandus: Si *simpliciter* quid debetur, vel ex
legis dispositione vel ex *voluntate contrahentium*, conclusio quo-
que vnice ad id, quod simpliciter debetur, erit dirigenda. Potest
ergo *alternatiuus* libellus esse ineptus; quia negotio gesto & iuri,
quod vnum idemque tantum simpliciter actori petendum largitur,
haud conformis est; Potest etiam *simplex* esse ineptus, qui rursus iu-
ri & negotio, quod veram alternationem habet, haud respondet,
adeoque nulla ineptitudo *per se* in libello alternatiuo quaerenda.
Dico, *quod veram alternationem habet*. Si enim adest *obligatio*
subsidiaria, libellus non est ineptus, quo actor id tantum, quod prin-
cipaliter in obligatione est, persequitur, vt, si *factum* est in obligatio-
ne, recte agit actor ad factum *simpliciter* praestandum, quia id, quod

in subsidium debetur, ex accidente tantum debetur; Porro nec libellus ineptus est, si alternatiue concipitur, vt reus aut factum praestet, aut, hoc non factu, interesse: vel vt res vel aedes venditas tradat, vel, si tradere non possit, interesse soluat *l. 1. pr. D. de act. emt. vend.* quia ita id ipsum exprimitur, quod ex iuris dispositione euentualiter & in subsidium debetur. Expressio autem eius, quod tacite inest, non nocet.

Ut tamen iudex libellum quatenus fieri potest, saluet.

§. XX. Accedit denique virima obseruatio: *Quamcunque conclusionem in libello explicandam esse secundum iuris dispositionem, & ita intelligendam, vt potius susineatur, quam reiciatur.* Nulla nos amplius formula includit, vt aucupes verborum esse debeamus. Liberiores agimus & petimus; adeoque actoris intentio in petito semper haec fuisse videtur, quam lex postulat. Vltius huius obseruatiouis non leuis est in actione hypothecaria contra tertium alternatiue instituta; vti suo loco ostendam. Olim, quando in rem agebatur, formula hac vtendum erat: AIO REM MEAM ESSE, si vel maxime contra eum, qui dolo deserat possidere, ageretur, quia hic quoque pro possessore habebatur *l. 13. §. 14. D. de hered. petit. l. 52. de rei vind.* & perinde condemnabatur, ac si possideret *l. 25. §. 8. D. de hered. petit.* Cum autem non possit rem ipsam praestare, quam dolo possidere deserat, litis aestimationem soluere tenebatur *cit. l. 13* iuramento in litem determinandam, *l. 25. §. 10. de hered. petit.* quae tamen in libello olim haud petita videtur, sed executioni reseruata. Hodie vero libellum pro inepto non habendum iudico, si contra eum, qui dolo desit possidere, alternatiue esset compositus, ita: *Das mir der qu. Nacher iure dominii zustehet, und daher der Best. mir solchen entweder cum omni causa abzutreten, oder, in dessen Ermangelung, den Wehrt desselben zu bezahlen schuldig sey: Peto enim id, quod iuris ratio mihi tribuit, quodque eadem reo iniungit, licet petitum ad formulam iuris antiquam haud videatur compositum: Scrupulositas eiusmodi a praxi nostra aliena est.*

CAP. II.

DE

Libellis alternatiuis genuinis.

§. I.

Observavi iam *cap. antec.* plerosque, qui regulæ vulgatæ, *libellus quandoque necessario alternatiue formandus.* *bellum alternatiuum esse ineptum*, inhaerent, plures conglomere exceptiones, more maiorum, qui hac methodo ut plurimum vsi sunt, ut infinitas limitationes & exceptiones colligerent, quæ vel regulam plane destruerent, vel quarum maxima pars non erat de regula. Eadem sata etiam hæc regula, quam sine examine assumserunt, habuit, occasione cuius plura exempla coaceruarunt, libellum alternatiuum admittentia, quæ partim quidem genuina sunt, partim suspecta & dubia, ad minimum a regula aliena, partim ad *alternatiuam remediorum* spectant. Sicuti vero alternationem, quæ ex *cumulatione remediorum* nascitur, ex causis, *cap. anteced.* allatis, prætereo, ita hoc capite adferam eos casus, in quibus libellus necessario alternatiue formandus est, qui demum genuini videntur; reliquos autem, qui dubii vel suspecti sunt, vel qui non necessario alternatiue formandi, capite ultimo percurram.

§. II. Libelli alternatiue formandi sunt vel ex dispositione *legis* (1) *Ex dispositione legis* vel *hominis*. Prius contingit, si lex debitorem disiunctiue obligat, & ei electionem relinquit. Verum an eiusmodi dispositio in iure nostro detur, prius inquirendum est. Gravissime enim obitare videtur quod vrget Ictissimus BERGER. *diff. de sentent. tacit. alternat. §. 30.* Dari alternatiuas iuris proprias censetque, obligationes alternatiuas, quæ iuris dicuntur, non alternatiuas, sed successiuas esse. Quam *cap. præced. subsidiariam* aliquoties diximus, *successiuam* vocat, ut vel definitio eius, quam statim subiicit, docet. Si itaque alternatiuæ iuris obligationes potius, *subsidiariæ* censendæ, sequitur, ut nullus libellus, in his se contra Bergerum affirmatur, se fundans necessario sit alternatiue formandus, quin rectius *simpliciter* potius formetur, cum quod *in subsidium* præstandum, ex accidente eueniat, nec conclusionem libelli necessario intret. Deinde, stante hac hypothesi, reus quoque condemnari potest, ad id simpliciter præstandum, quod principaliter debetur, nec in eius potestate est,

est, ut eligat id, quod in subsidium debetur, cum aliud pro alio, invito creditore, eligi nequeat. Multum itaque refert, utrum, quasdam dari proprie alternatiuas obligationes iuris asseras, an vero contendas, omnes esse subsidiarias. Cum vero de eo rectius constare non possit, quam si per singula exempla, quae in iure occurrunt, eamus, ulteriori discussione huius dubii hic quidem supersedebo.

Et exemplis
probatur

(1) in actione
aestimatoria.

§. III. Necessario quidam libelli alternatiuam conclusionem habent (1) *ex dispositione legis*, quando ad alterutrum aequae principaliter lex obligat reum, eique electionem tribuit, utrum hoc vel illud praestare malit, quam actor ei adimere non potest, quod tamen facere videretur, si simpliciter alterutrum peteret. Huc pertinet (1) *actio aestimatoria*, quae ex contractu aestimatorio nascitur. Dubitatum olim fuit, quaenam formula huic negotio conueniens esset, an venditi, an locati, an mandati? cum vero neutra satis apta videretur, nouam formulam & actionem proposuit Praetor, qua ageretur. Ideo autem de genere actionis dubitatum fuisse videtur, quia animaduertebant Romani, ex hoc contractu alternatiuam nasci obligationem ut accipiens aut ipsam rem incorruptam reddat, aut aestimationem, de qua conuenit, *l. 1 in f. D. de aestimat.* adeoque formulam quae alternatiue concipiendam esse, qualis in emptione, locato, vel mandato *per se* non dabatur, noua ergo ut praescriberetur, opus fuit. Actionem autem alternatiue hic formandam esse, patet ex natura huius contractus, quo res ita aestimata datur, *ut aut eandem mihi adferres, aut pretium*, ut dicitur in *l. 17. §. 1. D. de P. V.* unde etiam reus periculum rei acceptae sustinet, quia alternatiue adstringitur, adeoque re perempta, praecise ad pretium reddendum tenetur *l. 1. §. 1. de aestimat.* conf. B. HERTIVS *Diff. de elect. ex oblig. altern. debitor sect. 1. §. 4.* DN. PRAESES *Diff. de transl. domin. in contr. aestimat. §. 33. seqq.*

Aestimatorii
contractus
differentia
ab aliis con-
tractibus.

§. IV. Ante omnia tamen constare debet, hunc contractum cum propola esse initum. Aliquando simplex mandatum esse potest, quo casu, ex natura huius contractus, mandatum quouis tempore reuocari, si extat, res simpliciter repeti, vel, si iam vendita est, pretium peti potest, *l. 5. §. 3. mand.* Colligitur hoc ex variis coniecturis: (1) ex conditione eius, *cum quo contractus est initus*, utpote si res non propolae, sed amico ad vendendum data fuit, quia cum amico magis

magis mandatum contrahere solemus *l. i. §. 4. D. mand.* (2) ex qualitate *obiecti*, veluti *si res immobilis* vendenda sit, eaque alteri haud tradatur, sed ei solum nude mandetur, ut fundum certum venderet, tunc potius est mandatum, (3) ex ipsa partium *conventionem*, quae ipsa distinguit negotia, & intentionem contrahentium declarat. Atque haec ratio est, quod Iustus in *l. 17. §. 1. de P. V.* varie distinguit in specie ibidem proposita. Ait: *Si margarita tibi aestimatio dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint, ante venditionem cuius periculum sit?* Ratio dubitandi esse videbatur, quod ante omnia inquirendum esset, quisnam contractus esset celebratus, an aestimatorius, an mandatum, an alius? LABEO itaque distinguit, & dicit: *Si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum*: h. e. si nudum mandatum in initum est, dantis est periculum, id quod potissimum ex *rogatione* colligitur, quia mandatum *per rogationem* contrahitur, adeoque hoc casu alternative non necessario agendum, sed si res repetitur, obstat *exceptio rei interitae* seu peremptae. Pergit vero: *si tu me rogaveris, tuum est periculum*, h. e. eo casu potius habendus est contractus pro aestimatorio, si accipiens rogavit. ut ei margarita aestimata pro certo pretio vendenda daret, & periculum est accipientis, quippe qui alternative obligatur *l. i. §. 1. de aestimat.* Denique addit tertium casum: *Si neuter nostrum, sed amtaxat consensimus*, h. e. si neuter alterum rogavit, sed obiter de re vendenda edisserendo, consenserunt de vendenda re pro certo pretio, ita, ut non constet, an contractus aestimatorius, an vero alius in initum fuerit, in dubio media arripienda est sententia, ut accipiens tantum dolum & culpam praestet, &, quia de genere actionis hoc modo quoque dubitatur, praescriptis verbis agendum erit, quae actio locum habebat, cum deficiebant *vulgaria* & *usitata* actionum nomina.

§. V. Quae cum ita sint, facile liquet, quid dicendum sit de illa quaestione, quam movet illustr. BERGER in *resol. LL. ad Lauterb. tit. de aestimat. qu. 4.* an in contractu aestimatorio is, qui dedit, poenitere possit re adhuc integra, & rem repetere conditione causa data causa non secuta? Id quod Vir illustris affirmat per *l. 5. §. 1. de Praescr. Verb.* ibi: *vel si meum repetere velim, repetatur, quod datum est.* Quamvis vero hanc decisionem facile admitterem

De facultate poenitendi.

terem, in ceteris contractibus innominatis; in hoc tamen contractu cam vel ideo in dubium vocare cogor, (1) quod accipiens alternatiue obligatur, postquam semel res ei data est, adeoque electio ei, ne quidem per indirectum, adimi queat: (2) quod in hoc statim dominium transferatur, quod reuocari non facile potest: (3) si res simpliciter venditionis causa daretur, forsitan decisioni locus esset relinquendus; iam vero ita datur, ut vel rem vel pretium conuentum restituet. Quid igitur, si accipiens rem istam retinere, sibi que habere, quid si pretium reddere malit? Denique (4) hunc contractum ad innominatos referendum esse non puto, cum peculiarem suam indolem, determinatam formam, & speciale nomen habeat. Neque obstat, quod actio P. V. inde detur, quippe quae etiam ex *precario* competit, quod tamen non potest ad hos contractus referri. Deficiebat in hoc negotio formula conueniens, cum formularum catalogus non omnibus numeris absolutus esset, *l. 4. P. V.* & in hoc defectu ad actionem P. V. recurrerant, i. e. praescribenda erat formula negotio accommodata & hac agendum. Proinde agentis conditione causa data causa non secuta obstat exceptio *non competentis actionis*.

(2) Actiones
contrariae
ex contracti-
bus bilatera-
libus.
In specie
Commodati.

§. VI. (II) Contrariae actiones ex contractibus bilateralibus, inaequaliter talibus, quandoque alternatiue concipiendae in casu, si debitorem, quam ex huiusmodi contractu tenuit, culpa sua perdidit, & hunc in finem aestimationem litis praestare debuit, sed postea res deperdita in domini potestatem peruenerit. Applicat hoc PAVLVS ad rem commodatam deperditam *l. 17. in f. D. commodati*, & definit, commodantem contrario iudicio, aut rem commodatam praestare, aut quod ab eo acceperit, reddere debere. Nam ex *bono & aequo* in his iudiciis obligatio nascitur; iniquum autem foret, si reus utrumque retinere vellet, cum potius alterutrum reddere teneatur, id quod non tantum in hac commodati actione contraria obtinet, sed eadem aequitatis ratione, ad ceteras actiones contrarias depositi, pignoratitiam &c. extendi poterit. Sed vero grauissima ratio dubitandi superest, cuiam hoc casu electio concedenda sit, an *commodanti*, an *commodatorio*? nam si illi ea adscribenda, alternatiue omnino agendum; si vero huic, petere quoque simpliciter alterutrum potest, adeoque ei integrum est, an simpliciter, an alternatiue agere malit? licet alternatiue agere non teneatur. Commodatorio electionem tribuit

buit DIONYS. GOTHOFREDVS in not. ad cit. l. lit. g. quem sequitur ME-
 vivs ad ius Lubec. tit. 2. art. 1. n. 15. ex hac ratione, quod, cum ha-
 beat electionem actionum rerum, rerum quoque ipsarum electionem
 habere debeat. Scilicet commodatarius triplici ratione agere potest,
 vel enim rem commodatam praecipat habere, quo casu rei vindicationem
 eam petere potest, quoniam litis aestimatio rem offerentis facit: *l. 5. §. 1. 2.*
commod. l. 1. C. commun. viriusque iudic. l. 63. de R. V. aut vero pre-
 tium sibi reddi cupit, quo casu conditione sine causa illud petere potest:
l. 2. de condict. sin. causa, aut denique alterutrum sibi reddi intendit, &
 hoc casu commodati actione utendum, iuxta *l. cit. 17. in f.* Inde pu-
 tant, quia habet electionem remediorum, habere etiam electionem rem-
 rum. Equidem haec id admitto, ut electionem habeat, utrum
 rem vindicare, an pretium condicere malit, adeoque pro diversitate re-
 mediorum etiam diversimode agere possit; at inde non fluit, eandem
 electionem actori saluam esse, si commodati contraria agatur. In hac
 reus tanquam debitor convenitur, qui ex aequitate ad alterutrum ob-
 ligatur, & ita tanquam debitor electionem habere debet. Contraria
 vincit tendit ad indemnitatem praestandam, quam tunc obtinet actor,
 si reus alterutrum ei praestiterit, cuius electio ei debetur. HERTIVS
cit. loc. scilicet. l. §. 1. FRANZK, ad tit. commod. n. 60. LANTERB, ad dict.
tit. n. 25.

§. VII. Ceterum grauior ratio dubitandi emergit, an in actione An etiam
 locati idem quoque obtineat? Si enim fullo vestimenta lauanda con- locati?
 duxerit, deinde, amissis eis, domino pretium, ex locato conuentus,
 praestiterit, posteaque dominus inuenerit vestimenta, quaeritur, qua
 actione debeat consequi pretium, quod dedit? Ita format VLPIA-
 NUS quaestionem in *l. 2. D. de condict. sin. caus.* & ita tantum de
 pretii recuperatione sollicitus esse videtur. Equidem quin simpliciter
 ad pretium recipiendum conditione sine causa agi queat, non habet
 dubium, quia ex post facto pretium sine iusta causa detinet. Cete- Affirmatur.
 rum si actione conducti agere velit, omnimodo eum audiendum esse,
 ait ICtus in *cit. l.* ut consequenter non alternatiue, sed simpliciter
 pretium repetere eum posse videatur, cum tamen eadem adsit ratio,
 quae in contrariis antea adducta est. Sed cogitandum est, primario
 ICtum sollicitum fuisse de eo, an *conditio sine causa* hoc casu lo-
 cum habeat? id quod affirmat, & id ipsum, de quo maior dubi-
 tandi

tandi ratio erat, *obiter* saltem tangit, atque: *Ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem*, h. e. illud extra dubium positum est, eum ex conducto agere posse. At quomodo agere debeat, non addit, quia obiter genus actionis tantum exprimit; Cum itaque actio conducti sit quoque actio bonae fidei, & inter alia ad indemnitatem tendat, merito quoque ex hoc fundamento alternatiue agendum erit, vt vel vestimenta reddat, vel pretium restituat, *arg. l. 27. in f. commod.* Si enim alterutrum ei praestatur, indemnitas fullo feruatur, adeoque rursus multum refert, quo genere actionis utatur, vtrum in eo se fundet, quod reus pretium repetit; an vero ex contractu agat, & indemnitatem a reo postulet? & ita electionem ei tribuere debet.

(3) Actio ad dotandum aut nubendum.

§. VIII. Praeterea quoque (III.) stuprata contra stupratorem ex praxi hodierna consistoriorum agere debet, *vt eam aut ducatur, aut doret*, si nullam stuprata promissionem matrimonii allegare possit, *CARPZOV. lib. 2. iurispr. Consist. def. 229. n. 4. seqq. B. DE STRVKE. in not. ad ius eccles. Brunnem. lib. 2. c. 13. §. 16.* Natam hanc esse ex errore quodam sententiam in propatulo est. De iure diuino stuprator stupratam praecise ducere tenebatur, & quia de iure Mosaico dotatio consequens matrimonii erat, eam quoque dotare debebat. *Exod. XXII. 16. 17. Deut. XXII. 28.* Nec ius Canonicum ab hac sententia recessit, sed aperte illam confirmauit in *c. 1. & 2. X. de adul.* Quia vero in nostris foris & terris matrimoniorum non eadem ratio est, vt maritus uxorem post matrimonium contractum dotare debeat, decisio iuris diuini & canonici simpliciter applicari haud potuit, adeoque quidam imperiti interpretes existimarunt, commodius esse, si obligatio copulatiua, quae ab vsu fori aliena est, verteretur in alternatiuam, vt stupratam aut duceret aut dotaret, & ita alterutrum sufficeret. *CARPZ. cit. loc. n. 7.* Tolerari adhuc potuisset haec sententia, si non *alternatiuam*, sed *subsidiariam* contineret obligationem, vt primario ad eam ducendam teneretur, in subsidium vero, si extreme esset contumax, ad dotandum, quia sic iure diuino adhuc quodammodo conformis, nec stupratori electio relinquenda esset, sed stuprata potius *simpliciter*, vt eam duceret, agere posset. Sed, si *CARPZOVIO* credimus, in Saxonia alterutrum sufficit, vt non possit, non electio stupratori competere, nisi grauissima causa

eam

eam tollat. Alibi quoque idem receptum esse testatur B. STRYKIVS *cit. loc.* quamvis BRUNNEMANNVS *ibid.* putet, cum cogendum esse praecise, vt defloratam ducat, quam sententiam merito probarem, nisi praxis communis resisteret. Hoc tamen temperamentum extra Saxoniam non intermittendum esset, vt obligatio stupratoris non tam *alternatiua*, quam *subsidiaria* haberetur. Ipsa enim *dotatio* nihil aliud est, quam praestatio eius, quod interest; quemadmodum vero haec *regulariter in subsidium* debetur, prout cap. I. ostendi, ita quoque de dotatione aliud iudicium ferri nequit, quam, vt tunc demum debeat, si nullo modo adduci potest stuprator, vt eam ducat.

§. IX. Inde nata est quaestio: an subsistat sententia, qua stuprator ad ducendam stupratam simpliciter condemnatus est, hoc effectum? vt condemnatus praecise ad ducendum teneatur? Mouet eam D. N. BERGER, *diff. de sentent. tac. alternat.* censetque eam esse *tacite alternatiuam*, h. e. id, quod omissum est, tacite intelligi, cum ipso iure competat, id quod iudex reo admississe dici non posset. Quamvis enim (1) sit magnus matrimonii fauor, (2) antiquitas haec obligatio copulatiua fuerit, (3) sententia stricte sit accipienda, (4) hoc modo stupratae magis succurratur, (5) haec obligatio non sit pure alternatiua; sed successiua: respondet tamen ad haec dubia, quod fauor matrimonii ius alicui competens non auferat; quod hodie obligatio stupratoris non amplius sit copulatiua; quod ea, quae tacite intelliguntur, non censantur ideo exclusae, quia sententia est stricte interpretationis; quod iudex non possit esse mitior lege, & quod factis stupratae succurratur, si stupratori vel maxime electio relinquatur; quod quidem haec obligatio sit successiua; *verum*, addit, *non ita, si ducere non possit, sed si nolit.* Priora quatuor argumenta non adeo ob stare videntur, sed vltimum maius robur habet. Si enim vltima ratio admittenda est, vti D. N. BERGER eam admittit, & stupratoris obligationem *successiuam*, hoc est, *subsidiariam* esse contendit, duo maxime inde fluunt, (a) stupratori electionem haud competere, quia quod in subsidium debetur, eo tantum casu debetur, quando id, quod principaliter in obligatione est, praestari nequit, id quod omnis actio ad interesse docet, non vero, quando reus id praestare non vult, nisi in extrema versetur contumacia, vt

nullo modo ad implementum eius adduci queat: sententiam reuera non esse tacite alternatiuam, sed potius simplicem dicendam, quia alioquin omnis sententia dicenda fere esset tacite alternatiua, cum vt plurimum, quando, quod adiudicatum est, solui nequit, succedat in eius locum, quamuis ex accidente, subsidiaria obligatio ad interesse vel aestimationem. Hoc vero posito, ne quidem libellus esse alternatiueformandus, quod §. *antec.* etiam concessi de praxi communi, Saxonicaeque excepti.

(4) Actio in factum contra eum, qui mortuum intulit in locum alienum.

§. X. Nouum (IV) occurrit exemplum obligationis iuris alternatiuae, proprie dictae, in *l. 7. pr. D. de relig. & sumr. fun.* quando quis mortuum suum in locum vel sepulchrum alienum intulit. Hic enim tenetur actione *in factum*, *vt aut tollat id, quod intulit, aut loci pretium praestet*, vt dicitur in *cit. l. 7.* adeoque non potest non reo electio competere LAVTERBACH. *tit. de relig. §. 15. B. HERTIVS cit. diff. sect. 1. §. 5.* Equidem, si verba edicti consideramus, obligatio alternatiua deesse videtur. Ait Praetor in *l. 2. §. 2. eod. qui hoc fecit, in factum actione tenetur & poenae pecunariae subiicietur.* Si ergo pretium loci instar poenae esse videtur, prout censet STRVVIVS *ex XV. th. 78.* subsidiaria, non alternatiua erit obligatio, quia omnis obligatio poenalis regulariter est subsidiaria, prout *cap. anteced.* monui. Verum salua res est. Duae in edicto Praetoris propositiones occurrunt: (1) quod reus actione in factum teneatur: (2) quod poenae pecunariae subiiciatur. Posterius non vniuersale est, sed positis terminis habilibus intelligendum, si delictum quoddam concurrat, si v. c. in locum publicis vsum destinatum quis dolose intulit, modica coercitione plectendus erit, vt ait ICTUS in *l. 8. §. 2. eod.* Ceterum qui in priuatum locum intulit, actione *in factum* simpliciter tenetur; ad quid autem illa competat, Praetor non exponit, sed GAIUS ICTUS ex interpretatione vsuali hoc addit in *cit. l. 7. pr.* scilicet, vt vel cadaver tollat, vel loci pretium praestet, quod loci pretium poena pecuniaria dici nequit, alioquin in heredem dari haud posset, nec perpetua esset, quas proprietates tamen habet *ex l. 7. pr. cit.* Nec obstat, quod ita dominus inuitus cogatur locum suum alteri vendere, id enim fit propter fauorem religionis, ob quem a stricta iuris ratione receditur. *Symma est ratio*, ait PAPIANVS in *l. 43. in fin. eod. quae pro relik-*

religione facit. Credebant enim gentiles, manes turbari & inquietari, si temere cadauer erueretur & in altum locum transferretur, quod *religionis* aduersum videbatur.

(. XI. Similiter (V) *actio aquae pluuiae arcendae* quando- (5) Actio a-
que potest esse alternatiua in casu, quem proponit ICTus in l. 2. §. 1. *quae pluuiae*
D. de aqu. & aqu. plu. arc. Quando vetus fossa erat agrorum *arcendae.*
siccandorum causa, nec memoria extabat, quando facta sit, nec vi-
cinus inferior eam purgabat, adeoque inde fiebat, vt ex restagnatio-
ne eius aqua fundo superiori noceret, censuit LABEO, *aquae plu-*
uiuae arcendae cum inferiore agi posse, vt aut ipse purgaret, aut
actorem pateretur in pristinum statum eam redigere. Equidem
actio haec regulariter competit, ad destruendum id, quod manu fa-
ctum est; sed id quidem hic applicari nequit, cum fossa vetus adit,
cuius initium memoria non extat, & *vetustas* talis pro lege haberi de-
beat l. 2. *pr. eod.* Ergo; aequitate suadente, tantum ad purgandam
fossam, non ad eam destruendam agi debet. Quia vero fossa agro-
rum circumiacentium siccandorum gratia comparata erat, & ita omni-
um vicinorum, imo ipstus quoque, in cuius fundo erat, intererat,
vt fossa purgaretur, praecise cogi non poterat, vt ipse suis sumtibus fos-
sam purgaret in vicinorum agrorum commodum, sed vt alterutrum
tantum praestaret. Nec contrarium euincitur ex l. 2. §. 4. *eod.* vbi
idem casus relatus videtur, & tamen addit ICTus, *cogendum esse vici-*
num purgare, nam, si verum fateri licet, non omnes circumstantiae ac-
curate expressae sunt. Ait PAVLVS: *apud Aretium vero relatum est,*
eam fossam in superiori fundo, *ex qua ad inferiorem fundum aqua*
naturaliter descendebat, cogendum esse vicinum, scilicet non a do-
mino praedii inferioris, sed ab aliis circumiacentium agrorum dominis,
purgare siue extet fossae memoria, siue non extet, cum sufficiat, quod
cursum suum naturalem mutare inceperit, nec ipsi hoc incommodum
pati teneantur, quod naturaliter inferior ager a superiore pati debet l. 1.
§. 23. *D. eod.*

(. XII. Dantur etiam (VI) *interdicta alternatiua*, quorum (6) Interdi-
pertinet illud, cuius mentio fit in l. 7. *in f. de damn. inf.* Scilicet, etum ex l. 7.
si, antequam cautio de damno infecto petitur, aedes ruinosae decide-
riant, si quidem dominus aedium, quae ruerunt, tollere vellet, non
aliter

aliter permittendum, quam ut omnia i. e. & quae inutilia essent, auferret, & de damno praeterito & futuro caueret: *Quod si dominus aedium, pergit ICTus, quae deciderunt, nihil faciat, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelleretur, aut tollere, aut totas aedes pro derelicto habere,* maxime, si propter aliquod impedimentum sibi prospicere non potuit l. 8. D. eod. ante cautionem praestitam directo ad damnum refarciendum haud obligatur, interim tamen *per indirectum* ad hoc cogi potest, *si rudera tollere vult.* Sed nec ad hoc cogi potest, enim ei integrum sit, aedes, quae nocuerunt, derelinquere, quo casu omnis obligatio ad damnum refarciendum expirat. Idem adprobat IULIANVS ICTus in l. 9. pr. eod. ibi: *non inique Praetorem curaturum, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat, aut aedibus careat.*

(7) In processu Executio.

§. XIII. In processu executiuo quoque (VII) alternatiua petitio occurrit, praesertim in Saxonia, quo reus adstringitur, ut *chirographum suum vel recognoscat vel iurato diffiteatur.* Omnino enim, antequam condemnari queat, liquidum esse debet, vtrum chirographum a debitore scriptum sit nec ne? & de scripturae sinceritate constare, id quod aliter fieri nequit, quam si eam aut recognoscat, aut iurato diffiteatur. CARPZ. *de Proc. tit. 22. art. 2. n. 8. seqq.*

De effectu clausulae, salutaris,

§. XIV. Ex his adductis speciebus satis, ni fallor, apparet, dari obligationes alternatiuas iuris proprie dictas, ita, ut reo simpliciter electio competat, adeoque non omnes posse subsidiarias dici, ut illustr. BERGERVS existimat. Concedo quidem, eas species, quas *in cit. diss. de sentent. tacit. altern. §. 7. seqq.* adduxit, recte posse dici *subsidiarias*, si eam, quam §. *ante. IX.* adduxi, excipias, sed iis haud absoluitur catalogus obligationum alternatiuarum, quae ex iuris dispositione tales sunt, vnde paucissimae ex his, quas attuli, ab eo relatae sunt, in quibus, meo quidem iudicio, libellus necessario alternatiue formandus est, ne alias vitio laboret, & reus praegrauetur, cui electio simpliciter in his speciebus competit. Ceterum si clausula salutaris libello esset adiecta, prout hodie communiter fieri solet, etiam petitio simplex tolerari posset, quia ex communi praedictorum sententia, quae fere in ius transit, hac clausula adiecta, illa quoque censetur petita, quae de iure peti debuissent, ut adeoque libellus secundum iuris

iuris dispositionem intelligi debeat, & sic *tacite alternatiuus* dici queat.

§. XV. Pergo ad alteram classem, quando libelli *alternatiue* sunt formandi ex *dispositione hominis*, siue *inter vivos*, siue *ultima voluntate* concepta, modo electio penes debitorem sit, quia alias actor exceptione plus petitionis remouetur §. 34. l. de action. Huc pertinent, (1) si contractui adiecta est *aestimatio venditionis gratia*, quippe quae efficit, vt debitor *alternatiue* obligetur, siue ad *rem*, siue ad *aestimationem* praestandam, nisi creditori speciatim electio reservata fuerit; & sic in dote aestimato data maritus habebit electionem, vtrum malit rem offerre, an pretium earum. Nam addit, declarationis gratia l. Ctus in l. io. in f. de iur. dot. cum illa, aut illa res promittitur, rei electio est, vram praestet, ergo etiam *alternatiue* conueniendus est. Ceterum si tantum nudae *taxationis gratia*, seu in fauorem mulieris, aestimatio adiecta, vt in causa deteriorationis vel perditionis constet, quid maritus praestare debeat? vxor *simpliciter* agit ad dotem repetendam, si adhuc extat, l. 21. C. de iur. dot. idem dicendum de ceteris contractibus, quibus aestimatio adiecta est. l. 5. §. 3. commod. l. 7. §. 1. de donat. int. vir. & vxor. (II) Si in contractu principaliter alterutrum promissum, veluti si hoc, aut illud, venditum est, si quidem venditori reservata electio, ille *alternatiue* actione emti est conueniendus l. 34. §. 6. de contr. emt. vent. sed & si quis ex alio contractu alterutrum promittit, debitoris est electio, adeoque *alternatiue* petitio formanda l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc. nisi creditor sibi eam reservauerit l. 112. de verb. obl. l. 95. de solut.

(II) Ex dispositione hominis.

Vel inter vivos, vt (1) in aestimatione venditionis causa adiecta.

(2) In promissione alternatiua.

§. XVI. Neque aliud dicendum de debito *alternatiuo* ex *ultima voluntate*, quatenus reo competit electio. Regulariter quidem legatarius eligit, sed testator heredi electionem relinquere potest, quod olim censebatur factum, si *per damnationem* legatum erat relatum. l. 19. de legat. 2. l. 29. §. 1. de legat. 3. Et quamuis hodie formulae legatorum sint sublatae, vt nulla amplius diuersitas superesse videatur, quibus testator vsus sit verbis, quoad effectum tamen *electionis* adhuc hodie multum refert, quibus verbis legatum conceptum. Quid enim si testator dixerit: *Mein Erbe soll schuldig sein, Caio entweder meinen Garten oder Wiese zu geben*, annon heredi, ad quem

Vel mortis causa.

quem verba sunt directa, electio competit, & annon alternativae conveniendus erit? quod recte asserunt B. HERTIVS *cit. l. sect. 3. §. 3.* B. STRYCK. *vs. mod. tit. de legat. §. 3.* Limitatur tamen; nisi heres *ex accidente* electionem amiserit. Hoc contingere potest (1) Si ante diem legati cedentem alterutrum perierit, quia tunc, quod superest in obligatione simpliciter manet. (2) Si heredi certus dies, quo statuere possit, quid praestare velit, praefixus est; quod si enim eo die non dixerit, hanc an illam rem praestare malit, legatariis salva est electio, & sic alterutrum simpliciter petere possunt, *l. ii. in f. de legat. 2.*

His casibus etiam contra heredem alternatiue agendum.

§. XVII. Neque vero hoc modo tantum cum principali debitor, sed etiam cum ipsius herede agendum est alternativae, cum regulariter heres eodem modo obligetur, quo defunctus obstructus fuit. Limitandum hoc censent in alternativae ultima voluntate constituta per *l. 24. §. 7. de legat. 2.* ut electio per mortem heredis extinguatur. HERTIVS *d. l. sect. 4. §. 3.* DIONYS. GOTHOFRED. *ad cit. l. 67. §. 7. lit. d.* Sed hoc indistincte admitti nequit, quin potius attendendum, utrum alternatio sit intuitu rerum legatarum, an personarum, quibus legatum praestandum? Priori casu electio aeque ad heredem heredis rranfit, ac ad legatarii heredem, si ille ante electionem mortuus sit, *l. 19. de option. legat.* ex communi iuris ratione, quod heres aeque obligetur, uti defunctus; posteriori vero videndum, utrum certum tempus electioni praefinitum, nec ne? si prius, post tempus elapsum perit electio, & huc pertinet decisio, *l. 67. §. 7. de leg. 2.* ubi fideicommissum ita conceptum erat: *Rogo fundum, CVM MORIERIS, restituas ex libertis, cui voles.* In hac specie heres ante mortem eligere debuit, id quod si non fecit, electio morte eius extinguitur, & sic defuncto eo, prius quam eligat, petent omnes, quod confirmatur per ea, quae dicta sunt *in fin. §. praeced.* Sin posterius, omnes ad petitionem etiam admittuntur, nisi statim eligat, cui dare malit *l. 24. de leg. 2.* Ex quo fluit, si certum tempus heredi praefinitum, & intra illud decesserit, heredi eius adhuc saluam esse electionem.

CAP.

CAP. III.

DE

Libellis alternativis dubiis.

§. I.

MAior numerus est eorum libellorum, de quibus dubitatur, utrum alternativae sint necessario formandi? an vero simpliciter? & denique, utrum, si alternativae formati fuerint, subsistere queant, an vero reiici, ut inepti, debeant? Ratio horum dubiorum inde emerit, quod naturam alternationis plerique non recte evolverint, nec eas praecautiones, quas *cap. 1.* tradidi, sedulo perpenderint animo, quibus tamen observatis, dubia facile dissolvi queunt.

Causa dubiorum circa libellos alternativos.

§. II. Ut itaque iuxta observationes *cap. 1.* traditas procedam, §. XV. eius capituli dixi: non esse obligationem alternativam, quando non alterutrum, sed vnum idemque tantum est in obligatione seu debito, ut ex lege ad aliud quid praestandum facultatem habeat debitor: ad quod enim praestandum, extra nexum, reus ex legis dispositione facultatem habet, nullam obligationem inducit, nec pars obligationis dici potest, cum facultas non necessitatem, sed libertatem agendi denotet. Huc refero (1) casum laesionis ultra dimidium in emptione similibusque contractibus. Aiunt Imperatores in *l. 2. C. de resc. vend. Rem maioris pretii, si tu, vel pater tuus, minoris distaxerit, humanum est, ut pretium te restituyente emtoribus, fundum venundatum recipias auctoritate iudicis intercedente.*

(a) neglectus observationis §. 15. cap. 1.

Huc pertinent exempla (1) actio ex *l. 2. C. de resc. vend.* ubi

Atque hoc ipsum tantum in obligatione seu debito emtoris esse videtur, qui adeoque non alternativae, sed simpliciter tantum obligatus est. Potest tamen, ex legis dispositione, se ab hoc debito liberare, si, quod deest iusto pretio, solvat, quod pater ex verbis sequentibus: *vel si emtor elegerit, h. e. voluerit, quod deest iusto pretio, recipias.* Hoc itaque debitoris si, emtoris facultati relictum, ut, solvendo quod deest iusto pretio, se liberare queat, quia, hoc facto, omnis venditoris querela, fundamentumque actionis cessat, quod in laesione ultra dimidium consistit. Clarius idem evincitur ex *l. 8. C. eod.* ubi Imperatores praeiungunt, *ad rescindendam venditionem non sufficere, si actor alleget, quod paulo minore pretio fundum venderit; additur tamen limitatio: nisi minus dimidia iusti pretii,*

Redditio rei emtae est in obligatione.

Act solutio quod deest iusto pretio in facultate emtoris.

F

quod

quod fuerat tempore venditionis, datum esset, quæ exceptio do-
 eet, eo casu recte agi posse ad rescindendam venditionem, *electione*
samen emtori præstita seruanda, quæ non obligationem alterna-
 tiuam inducit, sed tantum, prout dictum, innuit, eum se posse li-
 berare a necessitate rem restituendi, si, quod deest pretio, supplere
 malit. Vtrumque autem non esse in obligatione, vel inde liquet,
 quod actor vnice se fundet in *lesione enormi*, adeoque, per indi-
 rectum, defectum consensus, h. e. exceptionem erroris, præcipi-
 tantia, & minus deliberati animi alleget, quæ ad contractum rescin-
 dendum sufficiens est, maxime qui bonæ fidei est. Illustr. DN. Coc-
 cetti *Diss. de elect. rei conuent. ex enorm. les. sect. 1. §. 6. GVTIE-
 REZ lib. 2. pract. quæst. 136.* Deinde quando inquiritur, quo re-
 medio læsi vti debeant? euidens est, *ordinarium* deficere; neque
 ex contractu agi posse, cum ex contractu nullum actori competat
 ius ad rescindendum contractum, sed potius Imperatores respexe-
 runt *ad extraordinarium restitutionis in integrum*, quod prima-
 rio in *lesione*, concurrente *æquitate*, se fundat. Vtrumque hic ad-
 est; legislatores enim *enormem lesionem* supponunt, quæ primario
 in *restitutione maiorum* occurrit; deinde decisionem suam fun-
 dant in æquitate, dum aiunt, *humanum* esse, vt actori, rescissio-
 nem vrgenti, succurratur; in restitutione autem non adest alterna-
 tiua obligatio. Ceterum si emtor supplet, quod deest iusto pretio,
lesio & æquitas cessat, & ita quoque restitutio in integrum actori
 amplius indulgeri nequit. B. STRYK. *in vs. mod. ad tit. de rest. in*
integ. §. 2. PINELLVS ad d. l. 2. p. 2. c. 1. n. 26.

Hinc (1) li-
 bellus alter-
 natiuè for-
 mandus non
 est;

Licet nec
 tanquam in-
 eptus reici-
 endus sit,

§. III. Neque hæc observatio otiosa est, sed suos habet in-
 signes effectus. Nam (1) inde fluit, libellum non alternatiue esse
 formandum, sed *ad rescindendum contractum* dirigendum, pro
 natura remedii, quod intentatur; quod si tantum *ad supplementum*
iusti pretii ageretur, vitiosus foret libellus, quippe quod non est in
obligatione, licet sit in *facultate* debitoris. Quid si tamen alterna-
 tiue petitum sit, daß der geschlossene Kauff zu rescindiren, oder
 Beklagter den rechten Werth des Kauff. Pretii ergänzen müsse,
 an libellus reiciendus est? Ego id nullo modo existimo. Nam (1)
 cap. 1. §. f. ostendi, petitum libelli ita esse intelligendum, prout ratio
 iuris id postulat, adeoque petitum hoc non alternatiue, sed hoc mo-
 do intelligendum, vt emtio rescindatur, nisi reus defectum iusti
 pretii

pretii supplere malit. Hanc interpretationem suggerit æquitas, licet *stricto iure* diuersum videatur. (2) Tacite hoc petito alternatiue expressum intelligitur, quod in facultate rei positum est; neque verba tam amare & prout iacent, intelligenda, sed eo, quo debebant proferri, sensu accipienda, (3) accedit, quod plures alternatiue obligationem hic subesse credant, existimantes, de necessitate libellum alternatiue esse concipiendum, quod defendit LAVTERBACH. *ad tit. de resc. vend. §. 47.* cum decretalium interpretationibus, adeoque actor excusandus videtur, qui tantorum libellorum autoritate ductus libellum alternatiue formauit, præsertim cum (4) in eiusmodi dubiis iuris articulis pro apitudine libelli pronuncian- dum sit,

§. IV. Deinde (II) inde fluit, iudicem, probata læsione, reum (2) Condemnatio sum-
condemnare debere ad rem restituendam: quod enim principaliter pliciter ad
in lite est, ad id sententia dirigenda, iam vero principaliter in hac restitutio-
actione id quaeritur: vtrum læsus contra emtionem restitui debeat? nem rei em-
quamvis iudex euentualiter adicere possit, es wolte denn Beslag- tæ dirigenda.
ter den Mangel des rechten Werths des Kauff. Pretii et sigen, so
ist er alsdann bey dem geschlossenen Kauff zu schügen. Hic vero
ALEXANDER III. Papa in alia omnia iuit in c. 3. X. de emt. vendit. Notatur di-
errore communi antiquorum interpretum deceptus. Agebant Cano- spositio iuris
nici contra Abbatem quendam, proponentes, quod in venditione canonici.
sylvæ cuiusdam ultra dimidium læsi essent. Dederat Pontifex dele-
gatos iudices, qui, probata læsione, pronunciarant, *venditionem non tenere?* appellatione ad sedem Apostolicam facta & suscepta,
Pontifex, *habita, cum fratribus & aliis sapientibus & qui legibus iurati iudicant, deliberatione, allegabat, eandem sententiam iuri contrariam se intellexisse. Quia vero pergit, in arbitrio emtoris est, si velit supplere iustum pretium, aut venditionem rescindere, cum res minus dimidia iusti pretii comparatur sententiam ipsam, tanquam iuri contrariam, irritantes, possessionem monachis iudicauimus esse reddendam.* Videtur Pontifici ex leguleiorum suggestione, sententia optime lata, iuri contraria fuisse, ideo, quod simpliciter ad rescindendum contractum directa fuerit, cum potius alternatiue ferenda fuisset. Non ergo mirandum, quod Canonistæ ac vnum omnes, quos BARBOSA, GONZALEZ, GRANNATI ET O alique ad h. t. conglomerant, asserant, libellum alternatiue esse concipiendum, & sententiam quoque alternatiue ferendam, præsertim

fertim cum INNOCENTIVS III. Pontifex in c. 6. X. eod. idem confirmasse videatur, sententiam ferendo alternatiuam: *ut prefati ciues aut recepto pretio possessiones restituerent memoratas, aut supplerent, quantum constaret, legitima venditionis tempore,*

Cuius tamen in isto pretio defuisse. Insignis itaque hic difficultas nascitur, annon autoritas hoc in praxi ius Canonicum sequendum sit, quippe quod in decidendo casu in praxi ubique magnam auctoritatem accepit, maxime si sententia iuris civilis dubia, iuris Canonici vero certa sit. Ego vero, quamuis sciam, in praxi multum auctoritate iuris canonici tribuendam esse, non tamen adeo superstitiosus sum, ut ubique eius auctoritati standum esse crediderim. Distinguo potius, utrum ius Canonicum ex ratione prætense pietatis vel æquitatis, consulto a iure civili recesserit, an vero eius decisa sequi intendat, sed ex errore falsam decisionem formet? Priori casu ius Canonicum præferri solet in praxi ex rationibus, quas adduxit DN. PRAESES in tract. de iure eccles. Protest. ad tit. de constitur. qualis casus tamen hic non adest. Posteriori vero admodum dubito, utrum erroneæ interpretationes iuris Canonici sequendæ sint, quia Pontifex noluit ius civile corrigere, sed tantum ad casus propósitos applicare, quamuis in applicatione deceptus fuerit. Similes errores passim occurrunt, inter quos quoque valde notabilis est casus in c. 5. X. de testament. quo Pontifex reprobabat legatum rei alienæ, sed ius civile non intellexit & erronee interpretatus est. Neque obstat, quod eadem autoritas iuri canonico tribuenda sit in interpretatione iuris civilis quam obtinet in correctione. Nam (1) quod correctiones in praxi magnam obtineant auctoritatem præ iure civili, peculiare sunt rationes (2) quando Pontifex in Decretalibus ad ius civile provocat, illudque erronee applicat, non interpretem, sed iudicem agere voluit, adeoque intentio eiusdem videtur fuisse, non ut leges authentice interpretaretur, sed potius bona fide credit, se sensum iuris civilis in applicatione assecutum fuisse, quamuis bona fide deceptus fuerit. Denique (3) ius Canonicum in praxi protestantium cum grano salis accipiendum, nec absolute & ubique ei inhaerendum est.

(3) Re apud
entorem
perempta ven-
ditori laeso

§. V. Tandem (III) inde fuit (quod potissimum obseruat DN. COCCIVS d. diss. sect. 2. §. 5. seqq.) quod re perempta apud entorem, venditor laesus amplius agere nequeat, cum restitutioni nullus possit esse locus. Si alternatiua adesset obligatio, si pretii supplementum

tum esset in obligatione, hoc peti posset, cum, alterutro ex alternatiuis perempto, id, quod superest, debeatur simpliciter, quod tamen hic dici nequit. Possem adhuc plures addere effectus, tum ratione fori, tum ratione emtoris læsi, cui SCHIFFORDECHERVS *ad Anton. Fabrum lib. 3. tr. 13. qu. 5.* remedium hoc denegat, quod tamen minime ei denegandum est, ex rationibus adductis, sed vela contrahenda sunt, ne meditatio nimis excresecat.

§. VI. Porro (II) huc refero actiones noxales vel ex delicto privato seruorum competentes, vel ex pauperie mansuetarum bestiarum. Has alternatiuas esse quidam censent, & sic libellum quoque alternatiuum hic fingunt, BERLICH. *P. 1. concl. 12. n. 14.* MARTINI *ad Proc. Sax. tit. 5. §. 1. n. 89.* Sed iure profus repugnante. Nam (I) in *pr. I. de noxal. act.* disertis verbis dicitur, quod his actionibus domino damnato PERMITTATUR, aut *litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere.* Damnatur ergo simpliciter ad litis æstimationem, sed post condemnationem *permittitur, seu facultatem* habet, se a litis æstimatione liberandi per noxæ deductionem. (2) Evidentius hoc apparet ex *l. 6. §. 1. de re iud.* quæ decisio obseruationem §. 2. adductam perspicue confirmat Aitl Ctus: *Decem aut noxæ dedere condemnatus iudicati in decem tenetur, facultatem enim noxæ dedende ex lege accepit,* h. e. non obligatur ex causa iudicati, nisi in decem, quod debitum tantum in obligatione est: noxæ deditio autem tantum ad facultatem rei spectat, cum ex dispositione legis possit, si velit, se a præstatione damni liberare deditioe, adeoque nulla hic adest obligatio alternatiua, quod ut evidentius demonstrat, addit hanc diuersitatem: *At is, qui stipulatus est, decem aut noxæ dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt* (h. e. vtrumque æque principaliter in obligatione alternatiua est) *eaque singula separatim stipulari possumus, at iudicium solius noxæ deditiois nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur* (adeoque sententia alternatiue non ferenda) *noxæ deditio in solutione est, quæ a lege tribuitur,* adeoque in obligatione haud est, sed ad beneficium condemnati pertinet, si velit potius noxæ dedere seruum, quam iudicatum soluere. Reuera beneficium reo indulgeri, vel inde apparet, quod sententia, quæ in rem iudicatam transit, iustam debendi cau-

non competit
quærela
L. 2. C.

(II) Actiones
noxales,

Libellum alternatiuum
non admittunt.

Legitime tamen interpretatus tollerandus. *Beneficium* tam constituat, & stricto iure a condemnato implenda sit, a cuius imple-
mento tamen per legis *beneficium* liberatur. Proinde libellus alter-
natiue haud formandus, quamuis, si formatus fuerit, ex aequa
interpretatione sustineri debeat. (3) Huc quoque collineat *pr. I. se*
quadrup. paup. fec. dic. ubi imperator ita; *que animalia, se no-*
xae dedantur, proficiunt reo ad liberationem a iudicato soluendo,
quia ita Lex XII. tabularum scripta est, seu, hoc beneficium,
contra rigorem iuris, reo condemnato tributum est, ut executionem
declinare queat. Ex quo fluit, adhuc in executione reo id benefici-
um prodesse, & eiectionem hanc saluam esse. B. HERTIVS *cit. diff.*
sect. 2. §. 8.

(III) Actio
hypothecaria
contra tertium
possessionem
instituta.

§. VII. Insignem quoque usum (III) hac obseruatio prae-
bet in actione hypothecaria contra tertium possessorem instituenda. De
hoc enim grauissime contenditur: vtrum alternatiue contra tertium
institui possit, daß Beklagter mir entweder das qu. Hauß abtre-
ten, oder die darauf habende Schuld der 3000. Dithlr. abtra-
gen müsse. Affirmant id ipsum quam plurimi, ut BERLICH *p. 1. concl.*
12. n. 12. GAIL. *obs. 62. n. 8.* NICOLAÏ *de process. c. 9. n. 22.* CARPZOV. *p.*
1. c. 2. def. 9. n. 1. MVSÆVS *de libello alternatiuo in actione hypo-*
thec. admittendo DN. BEEGER *in elect. discept. forens. tit. 5. obs. 9.*
n. 1. B. TITIVS *in iure priuato l. 12. c. 2. §. 12. seqq.* Sed qui rigidiores
sunt, prorsus hoc negant, & talem libellum ex officio reiiciendum
esse censent, vid. RIVINVS *in enunciat. iur. enunc. 33.* SCHWEN-
DENDORFFERVS *ad Fibigium p. 1. c. 2. n. 3. §. 8. lit. k.* IOH. FLORENS
RIVINVS *diff. de libello in actione hypothecaria rite formando,*
quam MVSÆI dissertationi opposuit, imo ipse DN. BERGER *in elect.*
discep. for. 1777. praxin contrarium agnoscit, & *fatendam est,* ait,
opinionem, qua libellus actionis hypothecariae, tanquam ineptus,
reiiicitur, in foro, praesertim Saxonico Electorali, adeo inualuisse,
ut eidem frustra obnitaris: quamobrem nemini auctor sum,
ut sententiam, quam ego iutatus sum, sequatur: quin omnes,
qui concipiendis libellis operantur, ipsemet moneo ac cohortor,
ut, seposita tantisper doctrina mea, stylo forensi se accom-
modent, eumque diligentius attendant, ne, animaduerso
tandem vitio, quod vulgo inesse existimatur, libellum, tan-
quam ineptum, reiiici, atque adeo ea, quae retro acta sunt,
irrita

evnia fieri, sero nimis sentiant. Addit deinde exemplum, vbi post fata duorum annorum, libellus huiusmodi reiectus est, qua de re inter alia literis ad se datis ILLVSTRE STRYCKIVM quondam conquestum esse addit. Interim, clausula salutari adiecta, facilius sustinere libellum talem asserunt. vid. B. STRYCK. *in vs. mod. tit. de distract. pign. §. 2. in f.*

§. VIII. Equidem, si secundum rigorem iuris iudicandum est, Stricto quidem iure cogor in posteriorem sententiam secedere. Est actio hypothecaria dem iure li- mere realis & ad rem hypothecæ subiectam persequendam tendit, bellum alter- adeoque petium non aliter, secundum naturam huius actionis, natium res- quam hoc modo formari potest, daß Beklagter das qu. und mit spuit.
verschiedene Unterpfand so lange einräumen müsse, bis ich we- gen meines Capitals, interesse und Unkosten befriediget worden.
Ad solvendum debitum possessor nullo modo obstringitur, quia creditor cum eo haud contraxit, nec aliud fundamentum obligandi adduci potest. Vindicatio autem hypothecæ non possessorem obligat, sed rem sequitur, vt aiunt Imp. in l. 2. C. si vnus ex plur. be- red. Diuersa est ratio ipsius debitoris, hypothecam possidentis, vt & heredem debitoris, hypothecæ subiectas res diuisim possidentium, qui conueniri possunt, vt vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant, vt dicitur, in cit. l. 2. Sed hæc alternatiue petendi ratio non proficiscitur ex natura actionis hypothecariæ, sed potius ex cumulatione huius cum personali ex debito, adeoque ad alternatiue remediorum referri debet.

§. IX. Quæ in contrarium vrget MVSÆVS, huc fere red- eunt, quod hypotheca nequeat concipi sine debito, quod obligatio- nem personalem semper præsupponat, quod eius solutionem essen- tialiter connotet, quod hypotheca sit accessorium debiti principalis &c. Vera quidem hæc sunt, sed pro libello alternatiue formando non concludunt: hypotheca præsupponit debitum principale, sed non semper in possessore eius, adeoque hic quoque ad debitum solu- uendum non obstringitur. Ait quidem MARCIANVS in l. 13. §. 4. D. de pignor. quod hypothecaria actio suas condiciones habeat, i. e. si soluta est pecunia aut satisfactum, quibus cessantibus te- neant, & in l. 16. §. 3. eod. Idem ICRUS vltterius asserit: si vero is, cum quo actum est, rem possideat, & aut pecuniam soluat, aut rem

Quicquid
dissentientes
obmoneant.

rem restituat, eque absoluendus est. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequitur; uerum nec inde libellus alternatiuus defenditur. Videlicet persecutio hypothecæ est tantum in ipsa actione, eiusque fundamento, & ita ad hanc petitum libelli dirigendum: solutio autem debiti ad facultatem, tertio possessori a lege concessam, pertinet, ut hac facta, a persecutione hypothecæ, & executione se liberare queat. Potest, si uult, debitum soluere, sed nullo iuris vinculo ad hoc adstringitur; quod autem non est in obligatione, ad hoc *stricto iure* non est dirigenda conclusio libelli. Euidenter hoc constat ex *l. 12. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* ubi PAVLVS ita censet: *Qui pignoris iure rem simpliciter persequuntur a vindicatione rei eos remoueri solere, si qualicumque possessor offerre VELLE: neque enim debet queri de iure possessoris, cum ius petitoris remoueat, soluto pignore.* Remouetur itaque actor, qui ius suum in re persequitur, executionem utget, iudicato inhæret, & præcise hypothecam possidere intendit, soluto debito, quia ita omne eius ius cessat, & fundamentum agendi & exequendi deficit. Quin adeo ad facultatem tertii possessoris hæc oblatio debiti spectat, ut possit cogere creditorem ut ius nominis ei cedat, *l. 19. D. qui pot. in pign. hab.*

Ast sana, secundum leges, interpretatio adhibita, reiciendus non est.

§. X. Interim quamuis de rigore iuris, quem caufidici in foro Romano, formulis & carminibus antiquis addictissimo qui tenebantur, hæc sint verissima; alia tamen quaestio est, *an libellus alternatiue formatus ea propter reiciendus sit?* Equidem cum in praxi quidam adeo superstitiosi sint, ut etiam minutias in libello, iustitiæ administratione, quæ maturanda erat, postposita, obseruandas esse censeant, consultum est, ut iudex statim ex officio talem libellum, antequam reo communicetur, & citatio decernatur, reiciat, & conuenientiore conclusionem iniungat, prout censuit DN. PRAESES *in tr. de iur. Eccles. Protest. lib. 1. tit. 32. §. 36. in f.* Ast si semel libellus admissus, si causa instructa est, durum admodum est, talem libellum, ex præconcepta quadam opinione & subtilitatis amore, reicere, qui tamen, prout in ante adductis exemplis ostendi, sane interpretatione saluari, & ad intellectum iuris reduci potest; hoc modo, *ut rem hypothecæ subiectum actori, restituat, nisi beneficio offerendi debitum uti malit.* Neque enim alia

alia intentio in petito actoris fuisse videtur, quam quae iuri conueniens est. Hac interpretatione admissa, facile remouetur dubium, quando vrgent, praedictum ingens possessoris versari, admissio libello alternatio, quia, re extincta, teneretur praecise ad soluendum debitum. Verum hoc praedictum tunc metuendum esset, si quis intenderet, libellum hunc proprie alternatiuum & vtrumque in obligatione esse. Ast, quia hoc negatur, & asseritur, verba non secundum eorum externam figuram, & prout iacent, h. e. alternatiue, esse intelligenda, sed in sensu iuris, omne dubium cessat; Proinde cum in casu, quem Pontifex *in c. 5. X. de pignor.* adducit, mulier, intuitu dotis, contra tertium possessorem bonorum mariti, hoc modo egisset, *ut aestimatio dotis sibi restitueretur, vel in possessiones, quae mariti fuerant, induceretur*, petitio haec haud fuit reiecta, aut inepta iudicata, quin potius desuper in fauorem vxoris pronunciatum. Obseruant id ipsum communiter interpretes *ad cit. ix.* & ideo hunc libellum admissum fuisse censent, quia vnum fuit in obligatione, & aliud in facultate, quo casu alternatiuum libellum admitti posse docent, GRANNANIETTO *ad cit. c. 5. n. 5.* BARBOSA *ad d. text. n. 5.*

praedictum
metuendum.

§. XI. Quae cum ita sint, ad officium iudicis pertinet, in pronunciando sequi iuris rationem, non vero externum verborum corticem, quem conclusio libelli prae se fert, quamuis euentualiter, quod ad facultatem rei spectat, addi vtiliter posset, ut de mente libelli constet: Das Beklagte, einwendend obnerachtet, daß qu. Hauff Klägern einzuräumen schuldig, er wolte dann die darauff hauffende Schuld der 2000. Rthlr. nebst restirenden Zinsen freywillig bezahlen, &c. Directo sane eum ad soluendum debitum condemnare nequit, & si hoc faceret, sententia, meo iudicio, foret ipso iure nulla. Equidem Pontifex in supra citato *cap. 5. X. de pignor.* huius observationis rationem non habuit, sed pro muliere, contra tertium possessorem alternatiue agente, pronunciauit, *reum mulieri ad restitutionem dotis esse condemnandum, quatenus de bonis fratris sui nescitur possidere.* Sed supra iam obseruaui, Pontificis decisiones, si ad ius Ciuile & trutinam veritatis examinantur, multis scaterere erroribus, quibus etiam accensendum hoc ipsum exemplum esse

Sententia,
quomodo a
iudice concipienda.

F

credo,

credo, quod tertius possessor hypothecae ad debitum soluendum condemnatus *directo* fuerit, quo nihil absurdius fingi potest. Quod tantum est in facultate possessoris, ad hoc nullo iure condemnari potest.

(b) Confusio obligationis alternatiuae & subsidiariae.

§. XII. Atque haec sufficiant de prima obseruatione. Aliam etiam c. 1. §. XI. *seqq.* supeditaui: *non confundendam esse obligationem alternatiuam cum subsidiaria*; quamuis enim utrumque videatur in obligatione esse, non tamen aequaliter seu *aeque principaliter* & praecite, alterum vero *in subsidium*, si prius praestari non possit ob moram, culpam, vel procaciam debitoris. Hic generaliter praemitto, libellum non necessario alternatiue formandum, sed potius dirigendum ad id esse, quod principaliter est in nexu. Neque enim, quod in subsidium debetur, promissum est, & eius ratio tunc saltem habetur, si ex post facto adpareat, id praestari non posse, quod principaliter debetur. Neque vero dicendum, hoc, quod in *subsidium* debetur, ad *facultatem* debitoris pertinere, vt possit libere, si velit, illud exigere, nam hoc falsum esse *cit. loc.* satis superque ostendi, & exemplis declarauit, adeoque in hoc praesens obseruatio a praecedente euidenter differt. Quid enim si quis aedes mihi vendidit, an *facultatem* habes *interesse* mihi offerendi? Si hoc, rem praecise petere non possum, sed oblatione hac contentus esse cogor. At hoc minime asserendum, cum interesse tantum debeat eo casu, quo res vendita ob culpam vel procaciam venditoris praestari non potest.

Libellus alternatiuus itidem reiciendus non est.

§. XIII. Interim, si actor etiam hisce in casibus *alternatiue* agit, libellus minime ineptus iudicandus, sed rursus iuxta sensum & mentem iuris accipiendus, vt conclusio libelli non tam pro *alternatiua*, quam potius *subsidiaria* habeatur, quod commode exprimi solet hac clausula: *Oder, in Entstehung dessen*, veluti si emtor actione emti ageret. *Das Beflagter mir das qu. Korn liefern, oder, in dessen Entstehung, das Interesse praestiren müsse.* De poenali stipulatione idem dicendum esse *cap. 1. §. XII.* iam obseruaui, quamuis enim DN. BERGER *diff. de sent. tac. altern.* §. 5. iudicet, quod

Notatur Bergerus, quod stipulationes poenales pro alternatiuis habuerit.

cat, hoc tamen cum grano salis accipiendum, eo sensu, quo *impropris* haec, quae subsidiariae sunt, etiam *alternatiuae* dici solent. *Proinde*

Proinde poenae electio non ad *arbitrium debitoris* pertinet, sed potius *creditoris*, in cuius fauorem est adiecta, ne probatione eius, quod interest, nimium praegravetur, cuius determinationem conuentam continet. l. 68. D. de Verb. obl. imo *conditionate* solebat olim adponi: *si ita factum non erit l. 71. eod. si mihi pecuniam non credideris d. l. 68. eod. si fors soluta non esset l. 5. §. 4. eod.* quod autem in conditione positum est, non statim *pure* debetur, vel aeque principaliter, sed tunc demum, si euentus secutus haud fuerit.

§. XIV. Vnde quatuor emergunt conclusiones, (1) posse creditorem *simpliciter agere* ad id, *quod principaliter debetur*, praestandum, veluti ad transactionem implendam, nec debitorem liberari, si offerre velit poenam, quae ad cautionem creditoris est adiecta, quatenus tamen id, quod principaliter debetur, adhuc a reo praestari potest: (2) posse etiam debitorem *simpliciter* ad hoc *condemnari*, & secundum iudicatum, executionem fieri, veluti si pro implementatione transactionis traditionem aedium promississet, ne hanc executionem impediri per oblationem poenae, quippe quae non est in *facultate* debitoris, adeoque hanc sententiam non posse dici *tacite alternatiuam*, (3) posse etiam creditorem simpliciter *poenam* persequi, vel ad poenam *dirigitur*, si contra principalem obligationem factum est, quia sic conditio extitit, & poena committitur. l. 5. §. 4. l. 38. §. 4. & 17. de Verb. obl. denique (4) posse etiam *alternatiue* agi eo sensu, quem antea subieci, quam *alteri* non quod ita electio reo libera tribuatur, sed quod potius id exprimitur, quod in obligatione est. Iam autem poena tantum *in subsidium* est in obligatione, si principali obligatione satis fieri amplius nequeat.

§. XV. Ex hoc quoque prono aluo illud fluit, in obligatione *In obligatio* faciendi non esse necessario libellum *alternatiue* formandum, ut *aut* ne faciendi *factum, aut interesse* praestet, quod ex iis, quae c. 7. §. XIII. tradidi, Libellus esse *evidens* est. Praestatio eius, quod interest, proprie haud referenda *potest simplex* ad *facultatem* debitoris, sed spectat ad id, quod in subsidium debetur. Proinde quaestio enascitur, an, si iudex reum ad factum praestandum condemnauit, mandatis poenalibus eum constringere possit, ut iudicato satisfaciatur, & an, si non satisfecerit, poenam exequi possit, non obstante, quod ad *interesse* sese offerat? quod affirmandum

44
 cenſco, quia aliud pro alio invito creditori obtrudere haud poteſt de-
 bitur. Sed quia abſoluta compulſio hic deſicit, quia praeterea a
 regulis prudentiae alienum eſt, aliquem inultum ad faciendum
 compellere, tandem creditor cogitur logo eius, quod principaliter in
 obligatione eſt, id quod intereſt, accipere. Sed quid ſi alternatiue
 libellus formatus? ne ſic quidem reus liberam electionem haberet,
 quippe qui ſecundum naturam obligationis, in qua ſe fundat, intelli-
 gi debet.

& alternati-
 uis,

Expactis re-
 ſolutiuis
 contractui
 adiectis agi
 poteſt ſim-
 pliciter.

§. XVI. Simile iudicium formandum eſt de pactis reſolutionis,
 quae contractibus adieci ſolent, veluti vt, oblata meliori conditione,
 vel pretio ſua die non ſoluto, res ſit inempta. Exiſtente tali condi-
 tione, creditoris ſeu venditoris eſt, an velit ab emptione recedere, an
 vero contractum inintu ſeruare *l. 9. D. de addict. in diem l. 4. §. 2.
 de lege commiſſ.* neque poteſt emptor hoc caſu a contractu reſilire.
 Idem dicendum eſſe exiſtimo de caſu, ſi alicui praedium eſſe oppigno-
 ratum pro certa pecuniae quantitate, hoc pacto, vt, ſi debitor in
 termino non ſoluere, molendinum ea pecunia, quam mutuo dediſſet,
 creditor emtum haberet. Quodſi enim, veniente die ſolutionis, de-
 bitor ſoluere nollet, ſed molendinum creditori ex pacto cedere mal-
 let, haud eſt audiendus, ſed creditor pecuniam ex mutuo recipere de-
 bet, quoniam illud pactum *in ſubſidium* ad cautionem creditoris ad-
 iectum eſt. *MOLLERI ſemeſtr. 27. conf. RESP. ALTDORFF, 105. n.
 5. ſeqq.*

Cautionem
 ab herede le-
 gatarii exi-
 gere poſſunt
 vel ſimplici
 libello,

vel alternati-
 uo.

§. XVII. Porro heres, qui ſub conditione, vel in diem lega-
 ta ſoluere debet, cautionem eo nomine praestare compellitur, atque
 haec principaliter eſt in obligatione, & ita quoque haec *ſimpliciter* a
 legatariiſ peti poteſt. *In ſubſidium* demum miſſio in poſſeſſionem de-
 cernitur, ſi heres contumax eſt: adeoque huius in petito libelli non eſt
 praeciſe mentio facienda, quamuis fieri poſſit; quo ipſo euenit, vt pe-
 titum alternatiuum eſſe videatur. Haec eſt ſententia *l. 1. §. 2. vt legat.
 ſeu fideicom.* vbi dicitur: *ſed aut ſaris dabitur ei, aut ſi ſaris non
 datur, in poſſeſſionem bonorum Praetor venire voluit?* haec pro-
 poſitio minime alternatiua, ſed *ſubſidiaria* dicenda, quod indicant
 verba, *aut, ſi ſaris non dabitur*, h. e. in caſu contumaciae miſſio
 decernenda, quippe quae eſt ordinarium contra contumaces condi-
 cendum.

§. XVIII.

§. XVIII. Eadem obligatio est in legato rei alienae, quam testator *alienam* esse sciuit, quia heres principaliter obligatur ad eam restituendam, *vel, si eam non potest redimere*, ad aestimationem eius sequi solvendam, ut disponitur in §. 4. l. de legat. In subsidium ergo debetur aestimatio, si heres eam redimere non potest, id quod ante omnia tentare debet. Quare minime libellus ineptus dicendus, si simpliciter legatarius rem legatam petierit, sicuti & ad hoc per sententiam condemnari potest; quia illa principaliter in obligatione est: sed etiam alternatiue formatus tolerandus, quia ea sententia in petito expressa censetur, quae legum menti conuenit.

§. XIX. Denique obseruati etiam *cap. 1.* in praxi ex acciderit libellum posse fieri alternatiuum ex cumulatione remediorum, quam alternationem a nostro scopo alienam dixi. Status enim controversiae de libellis alternatiuis potissimum huc rediit, an libellus alternatiuus in simplicibus remediis admittendus sit? Quod si namque duo remedia intendantur, illa vel ad diuersa tendunt, & sic vtrumque peti simul potest: vel ad idem, & quidem ex duplici fundamento, quo casu alternatiue vtrumque fundamentum allegari ex iusta causa potest, quam cit. l. adduxi, quamuis alterutro idem obtinere intendamus. Hoc casu alternatiua est petitio non intuitu rerum, sed remediorum, quorum in progressu litis actor alterutrum tantum persequi, & inde ex alterutro reum condemnare potest. Quamuis itaque regula de ineptitudine libelli alternatiui vera esset, hi casus tamen minime ad exceptionem referri possent; utpote qui non sunt de regula, quae de remediis simplicibus intelligenda. Frustra ergo plerique, qui hanc regulam tradunt, tales exceptiones adducunt, quae huc spectant, ut vel tradita DOERINGII, ELASII ALTIMARI, BERLICHII & GALLI doceant.

§. XX. Superfunt adhuc tres casus celebriores, quibus ut plurimum libellum alternatiuum, qui simpliciter formandus esset, admittendum esse censent: (1) in causis mercatorum, quippe in quibus apices iuris attendi nou solent, CARPZOV. P. 1. C. 2. def. 10. MEVIUS ad ius Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 21. n. 3. (2) in causa spoli, DOERING. in biblioth. iur. sub voce alternatiua n. 267. lim. 25. BERLICH. P. 1. concl. 12. n. 24. in qua itidem de plano proceditur. (3)

Rei alienae
legatum per
sequi possu-
mus

vel simplici-
ter

vel alterna-
tiue.

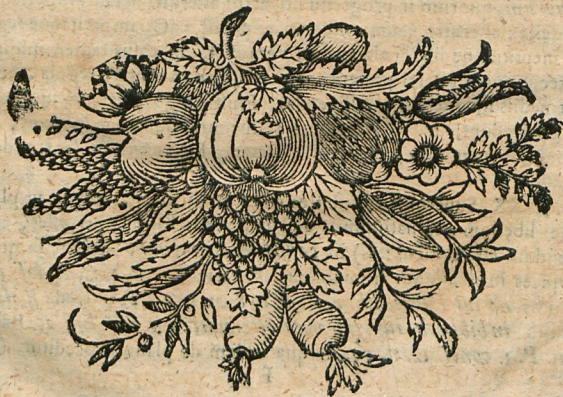
(c) Impertinens alter-
natiuae re-
mediorum
immixtio.

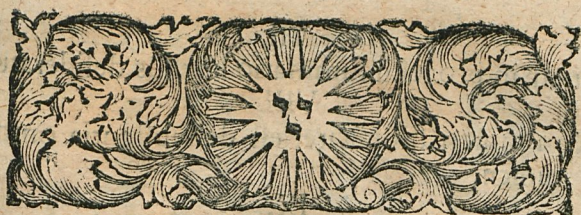
Alia exem-
pla afferun-
tur

Et examina-
tur.

Si *clausula salutaris* adiecta, quae id operatur, ut iudex id eligere, queat, quod iuri conueniens est. Verum, quod in prioribus dubiis casibus propter alternationem his non adeo moueatur, vel haec ratio esse potest, quia in his summarie proceditur, nec libellus solennis desideratur, proinde hoc ipsum non ad duas solummodo causas restringendum, sed generatim causis summariis omnibus adplicandum, in quibus qualisqualis petitio sufficit. *Clem. Saepe de Verb. Sign.* Ultimus casus vero plane destruit regulam, quam alia de causa iam destruximus, quia nullus fere hodie libellus, iudici porrigitur, cui haec desit clausula. Addunt adhuc alii duos casus, si de consuetudine alternatiuus libellus admittitur, ut & si contra eum exceptio inepti libelli non fuerit opposita. Verum sicuti de consuetudine particulari hic non sumus solliciti, cuius speciales rationes essent discutendae, ita posterior quoque casus negligi debuit, quia iudex illam defectum ex officio, si vel maxime exceptio haec a reo fuerit neglecta, quatenus incertitudinem indissolubilem inducit, attendere debet.

F I N I S.





COROLLARIA.

I.

Clausula salutaris, libellis adiici solita, foli-
do fundamento destituitur, & imperite
herbabetonica dicitur.

II.

Cumulatio actionum, in eodem libello facta, in
iure ciuili non est fundata, sed Pontificum im-
peritia in praxin deducta.

III.

Ius Canonicum formulas & subtilitates libello-
rum, quas in praxi desiderare & obseruare so-
lent, introduxit.

IV.

Libellus post litem contestatam mutari nequit.

V.

Non mutat libellum, qui in termino repetitioni
libelli iuramentum annectit.

VI.

In libello nomen actionis non exprimendum.

VII.

VII.

Etiā in processu summario libellus desideratur.

VIII.

Non tamen simpliciter est de substantia omnis iudicii.

IX.

Sententia in matrimonialibus indistincte in rem iudicatam transit.

X.

Sola inuocatio Dei in testem non constituit iuramentum.

XI.

Iuramentum, actui nullo adiectum, de iure ciuili nihil roboris habet, quod ius canonicum imprudenter correxit.

XII.

In matrimonialibus positiones cum iuramento dandorum & respondendorum admittuntur.



Healle, Diss. 1714 (A/L)



Sb.





Farbkarte #13

B.I.G.

1794 56
O IVRIDICA INAUGVRALIS
DE

BELLIS ERNATIVIS

QVAM

E MAGNIFICENTISSIMO
IO PRINCIPE AC DOMINO,

NO CAROLO,

VSSIAE, MARCHIONE BRAN-
NBVRG. RELIQVA

GIA FRIDERICIANA,

PRAESIDE

DOMINO

ANNING. BÖHNERO,
ROFESS. IVR. ORDIN.

ADV DOCTORALI

VI. AVGVSTI MDCCXIV.

oris ante & pomeridianis

EXAMINI SVBMITTIT

FRIDERICVS GRVNER,
axo-Coburg. & Hilperhuf. Adv. Ordin.

AE MAGDEBVRGICAE,

NIS GRVNERTI, Academ. Typogr.