



1.
2.
3.
4.
5.
6.
7.
8.
9.



9.33 Num. 22. Dec. 1729.

12
PRAXIS
ANTIQUO-MODERNA
ACTIONUM
FORENSIUM

1723/1

16

In specie
NATIVARUM ET DATIVARUM
SEU UTILIUM EX ÆQUITATE

In
DIFFERENTIIS PRINCIPALIORIBUS

Qua
USUS IN JURE ET FORO EXTANTIORES

Per divisionem hanc tertiam

DISSERTATIONE HAC INAUGURALI
demonstrata,

Quam
ADSPIRANTE DIVINI NUMINIS GRATIA
Ex Decreto Magnifici Jctorum Ordinis

IN ALMA HAC EBERHARDINA

PRÆSIDE



P. 71

VIRO Prænobilissimo, Consultissimo, atque Excellentissimo,
DN. MICHAELE GRASSO, U. J. D.
Pand. & Sanct. Crim. Prof. Publ. Ord. longè Celeberrimo,
Serenissimi Ducis Württembergiæ Consiliario Splendidissimo,
Patrono ac Præceptore suo omni obsequii cultu piè suspiciendo,
PRO LICENTIA

Sumos in utroque Jure honores ac Privilegia Doctoralia ritè & legitime consequendi
Ad diem *Januarii MDCCXXIII.*
Solenni Eruditorum Examine submittic

ERNESTUS LUD. BUTTERSACK, Hornbergensis,
Supremi Dicasterii Württembergici Advocatus.

TUBINGÆ, Literis JOSEPHI SIGMUNDI

6 1/2



FRAXIA
ACTIOMUM
TORRENSIUM

IN
NATURALIUM ET DATIARUM
SUI ILLUM EX NOTATE

DIRECTIONIS PRINCIPALIS
DUS IN IURE ET TORRENSIUM

DIRECTIONIS PRINCIPALIS

ABSTINENTIA DIVINI NIMIS GRATIA
EX DIVERSO NIMIS TORRENSIUM
IN ANNA NIS ABSTINENTIA

PRÆSIDIO

DR. MICHAEL GRASSO, U. D.

ERSTES IUD. DICTIONIS





PRAEIOS ANTIQVO-MODERNÆ
ACTIONVM FORENSIVM
CAP. III.

exhibens divisionem tertiam

ACTIONVM
NATIVARVM ET DATIVARVM SEV
UTILIVM EX ÆQVITATE,

Cujus

SECTIO PRIMA

Fundamenta earum commonstrat.

§. I.



Tertia actionum forensium à *causâ efficiente*, eâ-
que *producente*, sive proximat & immediatâ de-
prompta divisio est, quâ dispescuntur in
nativas & dativas: quarum *illa* sunt, quæ
propitio & quasi impragnante jure nostro ex in-
termediis suis, eum in finem atque effectum sub-
ordinatis & qualificatis causis generantur aut pro-
ducuntur; *He* verò, quæ intermediam causam
nullam agnoscunt, sed immediatè ex solâ Juris
dispositione esse suum unice repetunt. Subor-

Dividuntur
actiones
in
directas
&
Utiles
ex æquitate
sive
nativas
&
dativas:
illa
quamam
sunt:

dinatæ verò & intermedix illæ causæ sunt duplicis generis, & vel *Jus per-
sonarum*, aut status hominum, unde *actiones prejudiciales*, vel *Jus rerum*,

A a

idque

& hanc
quanam?
Nativa
ex causis
intermediis
Jure perso-
narum &
rerum
nascuntur

Dativæ sunt
ex unico
fonte nempe
ex immediata
legis di-
spositione.

idque vel *in re*, unde actiones *reales*, vel *ad rem*, unde actiones *personales* per §. 13. junct. §. 1. *J. de action.* quæ actiones *nativæ* dicuntur, quia recto causarum ordine ita nascuntur, causâ geminâ in productione & *nativitate* harum actionum concurrente, *lege*, aut *jure sive civili sive pratorio* partes suas agente ut *causa summa*, remota, introducens & *habilitatem causæ* subordinatæ eas ex se generandi affundens atque elargiens; *Jure* verò, sive *personarum*, sive *rerum*, se habente ut *causa proxima* ad producendas eas actiones ex se *habilis*, actu quoque generans atque producens, quoties aliunde non impeditur: uti contra actiones *dativæ* dicuntur, quia sine interveniente mediâ causâ contra *Juris nostri* ordinaria principia, & *inductum* atque *receptum* hæcenus ordinem *immediatè* à *Legibus nostris* dantur, his ipsi *utramque* paginam hæc *facientibus*, & *locum causæ remotæ & proxima* infimul tuentibus. Id quod pluribus deducit B. Dn. D. Frommann in exquisitè satis elaboratâ *Diff. de act. nat. & dat. th. 6. 7. 8. & plur. sqq. & passim per tot.* quæ omnium loco in hæc materiâ esse potest, quem etiam non sine voluptate lubentissimi sequimur.

§. II.

Materia hæc per *torum Jurisprudentiæ nostræ*, ubi & quotiescunque de actionibus communiter quæ competunt, agitur, latifandium quoad actiones *nativas* se diffundit, comprehendens sub se omnes actiones *præjudiciales*, omnes *reales*, omnes *personales*, undecunque ex *causis suis ordinariis* lege hæcenus *imprægnatis* & *approbatis* prognascuntur & *exturgant*, vid. Fromm. *d. l. th. 10. & plur. sqq.* Quoad *dativas* verò *sedes ejus* est in variis quidem, sed *singulariter* in hoc promulgatis *legum nostrarum*, & in *Institutis*, & in *Pandectis*, & in *Codeice*, & suo quoque modo in *Novellis* occurrentium textibus, quos *magnam partem* congestit laudat Fromm. *d. l. §. 3.* ubi vid. & recensentur 1.) §. 4. *J. de fideic. her.* 2.) *l. 19. §. 1. ff. de adopt.* 3.) *l. 16. pr. ff. de pact.* 4.) *l. 55. ff. de procur.* 5.) *l. 3. §. 5. ff. de al. jud. mut. caus.* 6.) *l. 13. §. 4. 5. 10. ff. l. 34. ff. de her. pet.* 7.) *l. 5. §. 3. l. 25. sqq. ff. d. R. V.* 8.) *l. 6. §. pen. l. 26. ff. de R. C.* 9.) *l. 13. l. 53. ff. de cond. ind.* 10.) *l. 5. §. 9. ff. de const. pec.* 11.) *l. 13. pr. ff. commod.* 12.) *l. 13. pr. l. 41. ff. de pign. act.* 13.) *l. 1. §. 15. l. 26. pr. ff. de pos.* 14.) *l. 13. §. 25. ff. de act. empr.* 15.) *l. 22. ff. de pign.* 16.) *l. 4. §. 1. ff. de evict.* 17.) *l. 55. ff. de donat. int. V. & U.* 18.) *l. 45. in fin. ff. sol. matr.* 19.) *l. 9. pr. ff. de adm. tut.* 20.) *l. 5. §. 1. ff. de auth. tut.* 21.) *l. 1. §. 13. l. 20. ff. de tut. & rat. distr.* 22.) *l. 2. ff. quand. ex fact. tut.* 23.) *l. fin. ff. de acq. her.* 24.) *l. 18. §. fin. ff. de damn. inf.* 25.) *l. 1. §. 3. ff. de superfic.* 26.) *l. 45. §. 2. l. 126. §. 2. de V. O.* 27.) *l. 66.*

Nativæ
per
torum
jus se
diffundunt,
Dativarum
sedes
est in
certis
legibus:
quæ
recensentur.

1.) §. 4. J. de fideic. her.
2.) l. 19. §. 1. ff. de adopt.
3.) l. 16. pr. ff. de pact.
4.) l. 55. ff. de procur.
5.) l. 3. §. 5. ff. de al. jud. mut. caus.
6.) l. 13. §. 4. 5. 10. ff. l. 34. ff. de her. pet.
7.) l. 5. §. 3. l. 25. sqq. ff. d. R. V.
8.) l. 6. §. pen. l. 26. ff. de R. C.
9.) l. 13. l. 53. ff. de cond. ind.
10.) l. 5. §. 9. ff. de const. pec.
11.) l. 13. pr. ff. commod.
12.) l. 13. pr. l. 41. ff. de pign. act.
13.) l. 1. §. 15. l. 26. pr. ff. de pos.
14.) l. 13. §. 25. ff. de act. empr.
15.) l. 22. ff. de pign.
16.) l. 4. §. 1. ff. de evict.
17.) l. 55. ff. de donat. int. V. & U.
18.) l. 45. in fin. ff. sol. matr.
19.) l. 9. pr. ff. de adm. tut.
20.) l. 5. §. 1. ff. de auth. tut.
21.) l. 1. §. 13. l. 20. ff. de tut. & rat. distr.
22.) l. 2. ff. quand. ex fact. tut.
23.) l. fin. ff. de acq. her.
24.) l. 18. §. fin. ff. de damn. inf.
25.) l. 1. §. 3. ff. de superfic.
26.) l. 45. §. 2. l. 126. §. 2. de V. O.
27.) l. 66.

27.) l. 66. in fin. ff. de sol. 28.) l. 4. pr. junct. l. 1. 2. 3. ff. rem pup. salv. for.
 29.) l. 8. C. de R. V. 30.) l. penn. C. ad exhib. 31.) l. 2. & 4. C. Sicert. pet.
 32.) l. 1. l. 2. l. 5. l. 7. C. de O. & A. 33.) l. 5. l. 7. l. 8. C. de her. vel act. vend.
 34.) l. 2. C. quand. ex fact. tut. 35.) l. 26. C. de jur. dor. 36.) l. 7. junct. l. 4.
 C. de pat. sup. dor. 37.) l. 1. C. de mag. conv. junct. §. 2. f. de satisfat. tut.
 & curat. 38.) l. 1. C. Si omis. caus. test. 39.) l. 18. C. de legat. 40.) l. pen.
 C. ad Sct. Treb. 41.) l. 1. l. 3. C. de donat. qua sub mod. 42.) Auth. Permissa
 subjecta legi 20. in pr. de donat. ante nupt. junct. Nov. 61. c. 1. 43.) Auth.
 Donationes quoque subject. l. 29. C. Jure dor. junct. Nov. 97. c. 6. Ex qui-
 bus pro demonstrando harum actionum fundamento planè indubio & exi-
 stentiâ certo certiori, sufficere pro scopo nostro visum nobis est, notan-
 tiores quasdam leges evidenter satis tum per se, tum & adhibita in consi-
 lium, uti omnino decet, juris analogiâ, rem ipsam ob oculos ponentes,
 hic in campum & examen deducere, unde & de reliquis textibus & ca-
 sibus, qui singulariter in iis continentur, pronum planè erit judicare, manu-
 ducente ad id imprimis non satis laudanda B. Dn. D. Frommanni *Dissert.*
de act. nat. & dat. per tot. praesertim th. 30. cum mult. sqq. ut & *Ejusdem*
Diss. de divis. action. in genere c. 2. §. 3. revocantis ibidem actiones dati-
 vas ad certas classes intuitu æquitatis, quæ semper in hisce actionibus do-
 minatur, non quidem per modum cause alicujus principalis aut producen-
 tis, sed per modum cause saltem impellentis, & immediatam harundem
 creationem & dationem eam extraordinariam, Legislatoribus nostris sug-
 gerentis, & vel in *subjecto*, & *activo* & *passivo*, vel in *objecto*, eorun-
 demque pro diversitate casuum aut circumstantiarum, partim favore, par-
 tim & odio sese fundantis.

Notantio-
res
explicantur.

§. III.

Textus autem, quibus hâc vice fundamentum dativarum actionum
 demonstrare lubet, *duplicis* erunt generis, & quidem *vel tales*, qui unâ
 cum casuum singulariter huc pertinentium figuracione cum emphasi quâdam
 verborum singulari initium & progressum describunt, eoque ipso *occasio-*
nem appellationis, rei ipsi consequenter & convenienter formandæ, DDBus
 & interpretibus nostris præcipuè suppeditasse videntur, *vel etiam & in-*
primis tales, qui *rem ipsam*, ipsiusque existentiam plus quam manifestam
 reddunt, & vel soli validissimi sunt ad retundenda adversariorum tela,
 quibus speciei hujus existentiam negare, vel destruere, aut actionem dati-
 vam non dabilem evincere summoperè allaborant, de quibus paululùm ab-
 hinc pluribus.

Harum
quædam
præcipuè
appellatio-
nis
rationem
suggerunt.
Quædam
præcipuè
rei existen-
tiam
probant.

A 3

§. IV.

§. IV.

Primi
generis
sunt
ex. gr.
(1) §. 4. insi.
de
fideicom.
hereditati-
bus;
Explicatur

(2) l. 1. §. 15.
ff. de pos.
cum
l. 5. pr. ff.
d. auth. tut.
Explicatur.

(3) l. 2. ff. de
C. Quand.
ex factio tut.

(4) l. 7. C. de
pact. conv.
sup. dot.
(5) l. 20. ff.
de ins. et
rat. distr.

Quod attinet ad *primi generis* textus, qui inter alia specialiter & convenientiam nominis legibus nostris stabilitam ostendunt, ex iis producimus (1) §. 4. junct. §. §. 199. I. de fideic. hered. ibi: *ut si heredibus ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quae jure Civili heredi & in heredem competere, ei & in eum darentur, cui ex fideicommissa restituta hereditas*; quod iisdem serè verbis in fine repetitur: *Post quod Sctum Prator utiles actiones ei & in eum, qui recipit hereditatem, quasi heredi & in heredem dare coepit*: quibus in verbis notabilibus insuper etiam ita geminatis notanda venit oppositio, inter *competere actiones & dari actiones*: ut & inter *actiones hereditarias, quae heredi & in heredem competunt*; & *actiones datas à Pratore, aut actiones utiles quae dicuntur, utiles ex aequitate aliàs vocitatae*. (2) l. 1. §. 15. ff. de pos. ibi: *in quantum locupletior factus, datur actio in eum, pupillum scil. etsi dolus non intervenit*: cum quâ coincidit & l. 5. pr. ff. de auth. & conf. tut. ibi: *non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam, Divus Pius rescripsit*. Quibus verbis quæ sit oppositio inter *obligationem civilem, quæ causa est actionis productiva §. 1. I. de act. & obligationem naturalem, quæ habilis causa ad producendam ex se actionem non est l. 7. §. 4. ff. de pact. & inter obligationis civilis negationem, in casu, ubi tutor cum pupillo solo contraxit, & inter obligationis naturalis, in eodem licet casu, concessionem, tantum non aperte innuit & infert fundatam illam actionem *nativa & dativa* contradistinctionem & differentem earum appellationem: quæ est vis istorum verborum valdè significantium *dandam actionem Divus Pius rescripsit*. (3) l. 2. ff. *Quand. ex factio tut.* ibi: *utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuum pecuniam exigendam, cui parallelus textus est in l. 2. C. eod. ibi: Utilis actio tibi dabitur*: (4) l. 7. C. de pact. conv. sup. dot. ibi: *tamen utilis ex aequitate ei accommodabitur actio*. (5) l. 20. ff. de tut. & rat. distr. ibi: *aquiritatis ratione suadente per utilem actionem ei subveniri: in quorum textuum sensum huc facientem quæ intra penitus inquirendi dabitur occasio, ab ejus evolutione, uti & à plurius legum hunc in finem faciendâ accumulatione hic de industria abstinemus*. In his & similibus aliis textibus quidem vox *dativa* aut *actionis dativa* planè non reperitur, sed dicitur*

Quamvis
vox
actionis
dativæ
in legibus
non invenia-
tur,
res ipsa
tamen
fundata:
quod
ostenditur
exemplo
similibus.

dicitur saltem dari actionem, dandam, aut datam esse actionem, interpretes tamen ex hisce prædicatis & dictionibus in legibus nostris occurrentibus ansam cepere, non has actiones noviter excogitare, sed jam à lege introductas & datas novo hoc nomine *dativarum* insignire, quæ novitas termini aut appellationis ipsam rem antea non auditam, non novitatem, non existentem præcisè non arguit, quod & ipse Dn. Schwendendorff, acerrimus aliàs hujus actionum divisionis oppugnator, in integrâ Diss. de act. dativ. non dab. c. 1. §. 2. negare non audet, sed potius largiter concedit, termini novitatem, modò res terminata sive significata existat & fundamentum in rei veritate habeat, reprobendam aut rejiciendam propterea esse vel minimè, exemplo divisionis domini in directum & utile, infamiam in infamiam juris & facti, probationis in plenam & semiplenam, appellationis in judicalem & extrajudicalem, Juris in re & ad rem, officii Judicis in nobile & mercenarium, cujusmodi divisiones, quamvis, ut ita loquamur, textuales non sint, aut membra divisionis formaliter & expressis verbis in jure non occurrant re ipsâ tamen existunt. Et sanè parum interest, actiones tales an *dativæ*, an, uti textus Juris nostri loquuntur, *dativæ* dicantur. Quando enim in *abstracto* & *in genere* actiones consideramus, convenientior videtur appellatio, quando eas *nativas* & *dativas* vocitamus. Quando verò in *concreto* & *in individuo* eas designare lubet, congruum magis videri potest eas vocare *natas* & *datas*, idque exemplo *tutela dativæ*, quæ dicitur in l. 52. pr. C. de Episc. & Cler. quæ tamen etiam data est, & dari dicitur §. 1. l. de tut. l. 1. pr. ff. cod. pr. & §. 1. de Attil. tut. laudatis. Dn. Frommann. d. l. th. 1. Neque verò huic denominationi officit, quod & actiones *nativæ*, quæ certò tales sunt, *dari* aut *data* dicantur §. 1. l. quib. mod. re contr. obl. §. 1. l. de Loc. Cond. pr. & §. 1. l. de perp. & temp. act. Siquidem hanc colligendi aut argumentandi rationem: Q. actio in jure nostro *dari*, aut *data* esse asseritur, illa præcisè est *dativa*: pro verâ nullibi obrudimus: neque enim conveniret cum textibus modo allegatis, uti nec novum est in Jure nostro actionem *dativam* dici competere §. fin. verb. fin. l. de obligat. qua ex del. nasc. Potius verò illa ratiocinandi adstrictior ratio strictius concludit: Q. actio in jure nostro *dari* dicitur haud demonstratâ aut non demonstrabili ullâ intermediâ causâ: vel uti Dd. veteres maximè, id efferre solent: Q. actio à jure nostro datur per quandam quasi *creationem* s. *efformationem* & *productionem* ex nihilo aut immediatam *datationem*, illa est *dativa*. Illo modo *dativæ* actiones ad hanc classem referri nullatenus possunt, sive dicantur *competere* sive dicantur *dari*, quia hæ

Dativæ
rectius
in
abstracto
datæ
in
concreto
dicuntur.

Non sunt
præcisè
actiones
dativæ
quæ in
Jure nostro
dari dicun-
tur,
uti nec
præcisè
nativæ
quæ
competere
dicuntur

hæ non possunt in esse suum deduci, nisi per quandam quasi *generatio-*
nem, quæ ex causâ subordinatâ partum hunc suum efformat atque pro-
ducit, vid. Dn. Frommann *d. l. th. 4. & 5.* quas descriptiones ad eum mo-
dam factas sine ratione ridet, aut propè pro ridiculâ habet Giphan. *de*
divis. jur. nov. interpret. th. 132. ut & novissimè Dn. Schwendend. *de act.*
dat. non dab. c. 2. §. 1. quia his ipsis res in legibus satis fundata saltem à si-
mili hùc apprimè quadrante declaratur & illustratur evidentiis. Unde
ubi causa actionis intermedia aut proxima, præter legem, quæ causa re-
mota est & summa, ostendi potest, ibi non potest non adstrui actio nati-
va, adeò ut si causa illa intermedia saltem per fictionem intervenisse præ-
supponitur, actio non dativa sed nativa statui debeat: quomodo & actio
Publiciana, & Pauliana, & rescissoria inter nativas rectius referuntur, quia
ex ficto dominio tanquam ex causâ subordinatâ oriuntur. §. 4. 5. & 6. *l.*
de act. non minus & actio ex stipulatu de dote repetendâ uxori competens;
etiam ubi stipulatio nulla intervenit, quia stipulatio semper intervenisse
fingitur, *l. un. C. de R. U. A.* ex quâ stipulatione fictâ tanquam ex causâ
intermediâ & præexistente aut præsuppositâ ad producendam hanc actionem
habili materiâ oritur, nativa exinde quoque censenda, cum fictio imite-
tur naturam, idemque operetur in casu ficto, quod veritas in casu verò:
post alios Fromm. *d. l. §. 22.*

§. V.

Vocantur
&
alio nomine
qua sunt
nativæ
directæ;
qua verò
dativæ
utiles
sed non
à causa effi-
cientie re-
mota
in eo sensu
quo in
divisione
1.
nec in
divis. 2.

Haftenus, quam rectè actiones in hæc divisione ab interpretibus
propitio omninò jure nostro appellentur *nativa & dativa*. Eadem ve-
rò & alio nomine in ipsis quidem legibus expressissimis insigniuntur, ita
ut *illa*, nativæ scil. *directæ*. & *hæ*, dativæ nempè, *utiles* audiant, non in
illo sensu, quo à causâ efficiente *remotâ*, in se consideratâ, *directæ &*
civiles atque *prætorie* recipiuntur, per ea, quæ tradita à Magnif. Dn.
Præf. in *Diss. præced. 2. de act. dir. & util. ex mente §. 2.* nec in sensu,
quo itidem à causâ efficiente *remotâ*, *ratione diversi proponendi modi*,
dividuntur in *directas*, quæ verbis legis aut edicti expressis propositæ in-
veniuntur, & *utiles ex mente*, quæ ex sententiâ & ratione legis eruantur
d. diss. §. 1. & per tot. Sed in sensu à causâ efficiente *proximâ* seu pro-
ducente derivato & hujus loci proprio, quo *directæ*, ut diximus, reci-
piuntur cum *nativis*, & *utiles cum dativis*: utiles sc. non *ex mente*,
sed *ex æquitate*, quia unicè ex datione legis aut edicti, impellente ad id
æquitate, pendent *l. 45. in ff. sol. matr. l. 18. C. de legat. l. 5. §. pen. ff.*
de const. pec. d. Diss. 2. §. 3.

§. VI.

§. VI.

Quod porro attinet ad *secundi generis* textus, ex quibus præcipue ac singulariter *ipsa dativitas*, ut ita loquamur, aut existentia dativarum harum actionum per singulas earundem species in casibus singulariter propositis in apurum deducitur, ex horum cumulo hæc vice saltem eos in scenam hæc præ aliis producere, & ad stabiliendam dabilitatem & actualem earundem dationem immediatè legalem in examen vocare satius duximus, quos pro probatione actionum dativarum confutandâ & annihilandâ in discrimen deduxere, jugulum utilis hujus divisionis petentes, noviores imprimis dissentientes, inter quos præminet Celeberr. Dn. Schwendendorff. in eruditâ suâ Diss. ex professo hanc in rem Anno 1693. Lipsiæ editâ & jam aliquoties adcritâ de *Actione dativâ non dabili per tot.* Præferimus autem non immeritò (i.) l. 2. ff. *Quando ex fact. tut.* quippè quam imprimis Dn. Schwendendorff. d. l. c. 2. §. 1. interpretatione suâ, textui & analogiæ Juris ad amissim non ad eò ubique convenienti, adnotat. Verba textûs d. l. 2. in ff. ita se habent: *Si tutor vel Curator pecuniâ ejus, cujus negotia administrat, mutuâ datâ, ipse stipulatus fuerit, vel prædia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cujus pecuniâ fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam.* Hoc in textu duo obveniunt casus, qui ibidem deciduntur. Primus est, si tutor pecuniam pupillarem alteri mutuam dedit, non tamen in pupilli, sed suam utilitatem, & eam pecuniam sibi reddi stipulatus est: quæritur, an per hoc tutoris factum pupillo quæsitâ sit actio ex stipulatu? Et de actione ex stipulatu *directâ* & eo quod obtinet de *Jure stricto* id omninò negari debebat, quia pupillo regulariter per tutorem non potest quæri actio l. fin. C. *Quand. ex fact. tut.* alique stipulari nemo potest, cum stipulationes & obligationes inventæ sint, ut quis sibi, non ut alii acquirat, quod generaliter ita definitur in §. 18. J. de *inut. stip.* *Ex æquitate* tamen, & ex mero pupilli favore, utilis talis actio hic datur, quæ alia esse non potest, nisi dativa, quæ sine ullâ præexistente habili materiâ immediatè à lege datur, & est *utilis ex æquitate*; in quo cum hæc l. 2. concordat & Rescriptum Imp. in l. 2. C. *eod.* Quem casum hic transmittimus, quamvis & in eo genuinum sit actionis dativæ exemplum. Secundus vero casus in nostrâ l. 2. ff. propositus est: Quando tutor pro pecuniâ pupilli sui prædium sibi comparavit, suoque proprio, non pupilli, nomine emit: quæritur, an pupillo, cujus pecuniâ prædium illud emitur est, hoc ipso quæsitâ sit rei vindicatio ad id sibi vindicandum? Et iterum de *directâ rei vindicatione*, quæ non oritur nisi ex dominio, quomodo

B

Secundi generis textus dativarum actionum existentiam præcipue ob oculos porntentes plures sunt;

ex quibus nonnulli qui ab Adversariis pro neganda dativarum actionum dabilitate maximè impetuntur, vindicantur. Et ita expli cantur (i.) l. 2. ff. *quando ex fact. tut.*

Cujus casus est de actione ex stipulatu dativa.

2. casus de rei pecuniâ pupilli a tutore suo nomine

docuâ

empta vindicatione
non directa.

sed
utili ex æquitate
seu dativa.

docunque, sive Jure Gentium sive Jure Civili acquisito, non poterat non negari: per text. disertiss. in l. 23. pr. ff. de R. V. Extra ordinem verò intuitu solius æquitatis, in favore pupilli se fundantis, utilis rei vindicatio immediate per hanc ipsam legem datur, quæ est omninò illa, quæ utilis dici debet ex æquitate, sive dativa, rei vindicatio. Hic ultimus casus, & in hoc quæ expressissimis dari dicitur ad rem vindicandam actio utilis, haud exstante aliâ habili materiâ, ex quâ possit nasci, nisi solâ illâ & immediatâ legis hujus datione, objectum est offensionis & controversiæ, in quo tanto cum molimine desudat *modo cit. Diss. de act. dat. non dab.* ut possit ex hypothesebus suis cum aliquo externo apparatu, uti in genere omnis actionis dativæ, ita & in hac facti specie dativæ hujus rei vindicationis existentiam negare atque pessundare. Nostrum jam erit veritatem fundatissimæ hujus & æquissimæ rei penitus indagare, & ex analogiâ Juris ob oculos sistere atque convalidare. Ut autem in hoc eò rectiori incedamus & progrediamur tramite, satius erit dubia illa ex dictâ Diss. ordine primùm recensere, & deinde, quàm fieri potest, brevissimis ad ea excipere & reponere reponenda.

§. VII.

Recensentur
argumenta
quibus
existentia
actionum
dativarum
oppugnatur

- Consistunt autem, quæ laudatus modò Author opponit, in hisce:
1. Actionem in rem competentem non semper præsupponere dominium, cum omnis in rem actio, sive ex dominio sive ex alio jure in re oriatur, vindicatio dicatur §. 15. *J. de Act. l. 25. pr. ff. de O. & A.*
 2. Si verò per rei vindicationem intelligenda vindicatio in specie, statuendum omninò esse pupillo & minori in re pro ejus pecuniâ comparatâ acquisitum esse dominium, si non Jure Gentium, tamen Jure Civili, si non directò tamen per indirectum, cum tutor aut curator ex officii necessitate teneatur pecuniâ pupillarem in comparationem prædiorum collocare l. 5. pr. ff. de *administ. tut.* & cum (3.) tutori interdictum, ne eam pecuniâ in proprios usus convertat, præsumi in pupilli potius, quàm proprium commodum rem comparare voluisse, adeoque ex Juris dispositione rem pupilli effici.
 3. Vindicationem in l. 2. ff. *quand. ex fact. tut.* non à solâ Juris dispositione & immediatè, sed ex dominio Legali produci. Nec ob stare (5.) quòd pupillus in re emprâ habeat hypothecam l. 7. ff. *qui pot. in pign. l. pen. C. de serv. pign. dat.* quæ in re propriâ consistere nequit l. 45. ff. *de R. J.* quia dominium & pignus in unâ eademque re admitti posse pro expedito ceaset per bina exempla, in re scilicet legatâ per l. 1. C. *Comm. de Leg. & S. 2. J. de legat.* & in re propter nuptias donatâ l. 3. ff. *de donat. Nov. 61. c. 1. §. 1. &*
 4. Inter dominium acquisitum Jure communi & acqui-

situm

fitum Jure speciali, idemque (7.) obvenire & in l. 8. C. de R. V. & in l. 55. ff. de donat. in r. Vir. & Ux. & in l. 19. in fin. C. de Usur. & in l. fin. C. de hered. vel act. vend. & in l. 1. C. de donat. qua sub mod. uti & (8.) distinguendum inter rem, quæ alicujus est perfectè & incommutabiliter, & inter rem, quæ adhuc electione dependet. Nil quoque (9.) contra dominium pupillo attributum movere, quod eo supposito competat actio directa, cum tamen utilis tantum detur d. l. 2. ff. quand. ex fact. iur. quia utilis non semper contradistinguitur directæ, sed quandoque nominatæ l. 21. ff. de præscr. verb. l. 6. C. de transact. quandoque etiam opponi (10.) actioni inani pr. l. vi bon. rapt. l. 1. ff. de eo quod certo loco l. 31. de R. J. l. 1. C. de mag. conv. denique (11.) utilem dici, quod oriatur non ex dominio directo acquisito, sed præsumto ac ficto: quo respectu & actio rescissoria dicitur utilis l. fin. C. Quib. ex caus. maj. l. 16. C. de postlim. rev. junct. §. 4. J. de act. l. 24. C. de R. V. Ex quibus omnibus tandem in genere concludit, manere ergo præsumtum præsuppositum, utilem actionem idem esse ac dativam.

§. VIII.

Verum enim verò hæc omnia & singula talia esse, quæ ad hegandam actionum dativarum actualem in legibus nostris existentiam vel (1.) parum vel nihil prorsus faciunt, vel (2.) mera sunt præsupposita, vel (3.) textibus irrefragabilibus & rationi & analogiæ juris oppidò adversantur, facile nunc demonstrabimus. Quod ad classem (1.) attinet, parum aut nihil hic officit, sive negetur sive concedatur, uti re verà concedendum est, actionem realem rectè appellari in genere vindicationem per d. §. 15. J. de act. & l. 25. ff. de O. & A. adeoque vindicationem dici posse non tantum istam rei vindicationem, quæ oritur ex dominio, sed & confessoriam ex servitute, hypothecariam ex pignore, hereditatis petitionem ex jure hereditario, inter dicta retinenda possessionis ex possessione. Cum enim textus in d. l. 2. non loquatur de vindicatione in genere, aut de vindicatione pignoris, servitutis, possessionis &c. sed de actione ad rem vindicandam, quæ non respicitur ad qualitatem quandam rei, sed ad ipsam ejus substantiam, quæ propterea in specie & secundum excellentiam vocari solet rei vindicatio, quæ non est nisi illa, quæ aliàs ex primâ & præcipuâ illa Juris in re specie, Dominio nempe oritur, & in hoc casu, quia in pupillo deficit illius rei dominium, in subsidium in locum ejus surrogata utilis rei vindicatio, dativa illa & utilis ex æquitate, inde ad hoc effugium vindicationis in genere sic dictæ, & aliam quoque in rem actionem designantis, frustra decurrit laud. Author, in primis cum & ipse dominium legale, ex quo hæc

B 2

utilis

7.

8.

9.

10.

11.

Resistantur
& ad
Classes tres
revocantur.

Quæ 1. Resp.
vindicationem hic
non intelligi
in genere
pro
qualibet
actione reali
Sed in specie
pro
rei vindica-
tione ex
dominio
aliàs
oriunda
quod quis
hic deficit
est omnino
utilis rei
vindicatio.

utilis actio prognata, præsupponere amet: quod ex ipsius hypothefibus latiore illam significatum non admittit.

Huc etiam referri potest, quod *suprà in §. 7. n. 3.* de præfumptione, deprompta ex eo, quod tutor pecuniam pupilli in suos usus convertere prohibeatur, quâ tutor potius in pupilli quàm suum commodum rem comparasse censeatur, adductum extat: quæ in dubio suum poster locum invenire, hic verò ubi constat tutorem nomine suo, sive, ut loquitur Jctus, in nomen suum rem comparasse, planè non quadrat.

§. IX.

Quæ 2. Resp. dominium Jure Civile per indirectum legale aut speciali jure quasi-ntm hic nullum esse.

Ad classem 2dam referenda veniunt, quæ ex meris præsuppositis incedunt: quod pertinent, quæ *suprà §. præc. 7. sub n. 2.* asseruntur de dominio non quidem Jure Gentium, attamen *Jure Civili, & per indirectum* acquisito: & *n. 4.* de dominio *legali* & *n. 5.* de dominio speciali jure *quasi* sito, quæ omnia & singula cum nullo textu probata fuerint, nec probari ex legibus unquam possint, incassum adstruunt. Nec proficiunt singulares illi textus *n. 7.* adducti, quia in illis nil legitur de supposito illo dominio *legali*, cum saltem actio utilis ibi data dicatur, quæ cum dominio verè sic dicto nullatenus est compatibilis, vid. *Magnif. Dn. Praef. in Diff. de red. Dom. leg. 1. th. 21. p. 37.* ubi explicatio textus in *d. l. 1. C. de don. quæ sub mod. & quænam illa sit, quæ ibi proponitur rei vindicatio utilis, reperiri potest.*

§. X.

Quæ 3. Resp. Negantium actiones dativas sententia directò contradicere leges expressè actiones non nisi utiles concedentes. Obstare & analogiam Juris

In classe tertiâ verò considerare debemus objectiones eas, quas dicimus directò adversari legibus nostris & Juris analogiæ, quæ & præcipuum hujus considerationis objectum constituunt. Sic (1.) tota Dissertatio negans actiones dativas pugnat omninò non tantum cum legibus hætenus à nobis hic adductis & porro adducendis, sed & in genere cum omnibus iis textibus, in quibus exsertis verbis nullatenus directæ sed utiles actiones, sine substratâ materiâ, ex quâ aliâ nasci debet actio, per legem datæ inveniuntur, imò in quibus exsertis verbis actionibus directis ex intermedia illâ causâ enatis, utiles aliæ sine tali causâ proximâ immediatè à legibus datæ extent, opponuntur, vid. *Fromm. d. act. nat. & dat. th. 3. in fin. th. 30. & plur. sqq.* Pugnat etiam (2.) oppidò contra analogiam Juris nostri, quando opposita illa dissertatio *de act. dat. non dab. c. 2.* pro evitandò & enervandò illo argumento, fortiter pro debilitate aut dativitate harum actionum utilium ex æquitate aut dativarum & contra præsuppositum illud dominium stringente, quo ostenditur, stare non posse simul dominium, quod pupillo

pupillo tribui vult in *d. l. 2. ff. quand. ex fact. tut.* cum pignore, quo eadem res pecuniâ pupillari empta tacitè etiam oppignorata dicitur in specie in *l. 7. pr. ff. qui pot. in pign.* & in genere in *l. 20. C. d. adm. tut.* quia pignus nullum est in re nostrâ, neque consistere potest nisi in re alienâ *l. 45. ff. d. R. J.* per consequens contradictionem in adjecto involveret in unâ eâdemque re alicui insimul competere & dominium & pignus, ostendere nobis *d. c. n. s. junct. n. 2.* vult, non esse novum in Jure nostro concursum dominii & pignoris in unâ eâdemque re, binis quidem exemplis, hoc nullatenus in se habentibus, potius verò contrarium tantum non expressè docentibus, uti ex proximè deducendis ad oculum parebit.

§. XI.

Primum exemplum deponitur ex *l. 1. C. Comm. de legat. cum §. 2. J. de legat.* quibus postulatum suum de dominio & pignore simul in re legatâ concurrentibus egregiè stabilitum opinatur *d. Diff. de act. dat. non dab. c. 2. §. 1.* Adduci verò hoc exemplum ex meris postulatis, & contra tum ipsius textûs clarâ dispositionem, tum etiam Juris analogiam, id plus quàm evidens est ex re ipsâ, oculo quodam curatori non nihil inspectâ. Pro legatis consequendis competunt omnino legatariis actiones petitoria tres, in rem actio, uti in genere intimatur, quia non tantum dominium, sed & aliud jus in re, veluti servitus & simile jus potest esse legatum *§. 1. 7. d. usufr. r. r. ff. d. serv. leg.* quamvis præcipuè & principaliter, ubi res testatoris propria, in specie, purè relicta competat *rei vindicatio, actio hypothecaria, & personalis ex testamento per d. l. 1. C. Comm. d. leg. & §. 2. J. eod.* & hoc est extra controversiam. Hæ verò an, quibus in casibus, & quomodo concurrant, in eo omnino distinctè incedendum, ne contra rationem Juris constantem faciliè impingatur. Et sanè ubi genus aut quantitas est legata, quia tum non omnes tres illæ actiones competunt, sed saltem duæ posteriores, *personalis ex testamento*, & in securitatem legati majorem actio *hypothecaria*, adeoque his in casibus concursus saltem est bigeminus, qui bigeminus concursus etiam obvenit saltem in casu, ubi res aliena, ut in specie, relicta fuerit *l. 80. ff. de leg. 2.* Ubi verò res certa, corporalis, testatoris propria, in specie, purè legata, ibi quidem concursus est harum actionum tergeminus, secundum communem DD. sententiam, à quâ non esse recedendum ex aliis statuminat Mich. Grassius in *Recept. sent. de Success. §. Legatum, qu. 74. n. 1. sq.* Magnif. Dn. Præs. in *Diff. inaug. sub Præs. B. Dn. D. Fromm. de elect. act. util. th. 3. p. 41. Exempl. 1. B. Dn. Lauterbach in Coll. theor. Pract. ad tit. d. Legat. th. 43. sqq.* ita ut concurrant

non
admittentis
dominium
&
pignus
in unâ
eademque
re.

Nec
exemplum
contrarium
reperi
quod præ
supponant
in *l. 1. C. de
Legat. & c.*
quæ
explicatur,
ubi de con
cursu tripli
cis generis
actionum
pro
obtinendis
legatis.
&
quomodo
concurrant
diversimodè
pro
diversitate
casuum.

currant origine non tamen exercitio, qui concursus dicitur electivus & consumptivus, vi cujus unâ actione electâ tollitur alia, l. 43. §. 1. ff. de R. l. d. Diff. de elect. act. util. §. 7. & cumulatio impeditur, uti comm. statuunt DD. teste Grasso d. qu. 74. n. 2. in fin. quod & de Jure nostro Civili certum esse pronunciat von Gulich. in Observ. ad Mynf. 1. Obs. 61. circ. fin. Sed tamen tergeminus iste concursus nullatenus ita intelligendus est, ac si hæ tres actiones, uti omnes sunt rei persecutoriæ, & hæcenus in eundem finem tendunt, ita & unam eandemque rem præcisè pro objecto haberent. Rei vindicatio enim non competit nisi ad ipsam rem in specie legatam, adhucdum extantem, cujus dominium à morte testatoris statim ad legatarium ipso jure rectâ viâ transit d. l. 80. ff. de leg. 2. l. 64. in f. ff. de usur. Actio verò personalis ex testamento competit ad quæcunque legata jure obligationis consequenda, & etiam ad ipsius rei testatoris propriæ in specie legatæ, cujus dominium ipso jure in legatarium jam transit, possessionem consequendam l. 1. §. 2. ff. quod legat. Grass. d. l. n. 3. Lauterb. d. l. th. 46. §. 9. Actio verò hypothecaria in omnia defuncti bona competit. exceptâ tamen re in specie legatâ, legatario proprietate tenus jam ipso jure quæsitâ, quippe quæ hypothecariâ actione peci non potest l. 1. C. Comm. de legat. ibi: in reliquis defuncti bonis: quam sententiam tanquam veriolem & communiorem laudat & sequitur Negulant. de pignor. p. 2. m. 4. n. 159. aliique quamvis Bartol. in l. 1. ff. de legat. contrarium teneat, cujus sententia tamen communiter & rectè reprobatur, laud. Grass. d. §. Legat. qu. 76. n. 2. Unde etiam utut hodie Consuetudo Germaniæ & Cameræ Imperialis ex communi consensu obtinuerit, ut actio personalis & hypothecaria non solum in uno libello cumulari, sed & libello jam producto & exceptione eliso una alteri superaddi possit, Mynf. 1. O. 58. Gail. l. 2. O. 24. n. 4. Hartmann-Hartmann, 2. Obs. tit. 42. O. 1. n. 16. attamen rei vindicatio & hypothecaria nunquam circa eandem rem concurrere aut cumulari possunt, quia qui rei vindicatione agit, dominum se esse proficitur l. 23. pr. ff. de R. V. in re verò nostrâ pignus non consistit l. 45. ff. de R. 7. Eliditur hoc ipso simul illud effugium, quod in object. 7. supr. §. 7. adductum, distinguendo inter rem perfectè & incommutabiliter quæsitam, & inter rem quæ dependet ex electione; quia electio præsupponit simultaneam jurium & actionum competentiam, quod in dominio & hypothecâ in unâ eademque re simul competente planè deficit, nullo in contrarium extante exemplo, quamvis simultanea competentia & concursus electivus rei vindicationis
vz &

væ & actionis hypothecariæ extra omne dubium sint *per d. l.* Actione
 verò hypothecariâ qui agit, eâdem ipsâ non potest ipsam rem in specie
 legatam persequi, cum tendat in hoc casu non nisi in cetera bona defuncti:
 uti rectissimè quoque observat von Gulich *ad Myns.* 5. O. 61. B. Dn. Lau-
 terbach. *d. l. th. 45.* arg. *l. 64. ff. de furt. junct. modo cit. l. 45. ff. de R. I.*
 prout nec actio personalis & rei vindicatio, licet concurrant inter se, con-
 jungi aut cumulari possunt, nec unâ semel institutâ altera amplius inten-
 di potest, cum concursus hic sit electivus, & alia actio aliam absorbeat,
 cum juri & æquitati repugnet idem bis consequi *l. 57. ff. de R. I.* von
 Gulich. *d. l.* Magnif. Dn. Præs. *supr. cit. loc.* Hinc satis superque appa-
 ret, manere merum præsuppositum, actionem utilem *in l. 2. ff. quand. ex
 fact. tut.* non à solâ legis dispositione immediatè venire, sed ex dominio
 legali: quippe quod nullibi inductum reperitur pro fundandâ actione utili:
 manere & merum præsuppositum, dominium & pignus in unâ eadem-
 que re posse coincidere aut concurrere, in specie quoque in dato illo
 exemplo rei legatæ *ex l. 1. C. Comm. de leg.* non posse hoc demonstrari,
 quod res testatoris propria in specie legata ad legatarium jure proprietatis
 pertinet etiam sub generali illâ & tacitâ hypothecâ comprehendi, &
 legatario jam ejus rei domino nexu quoque pignoris devincta aut affecta
 sit, quod verba: *in reliquis defuncti bonis: in d. l. 1. C.* evidenter evincunt:
 ut adeo frustra planè hoc exemplum adducatur. Nec mutat, quando re-
 fugium quæritur in variâ actionis utilis acceptione, quæ est objectio illa,
 quam præmissimus *in §. 7. n. 8. seqq.* & dicitur posse actionem utilem ap-
 pellari, quæ vel opponitur actioni *nominatæ*, vel actioni *inani*, vel actioni
directæ ex dominio directo, vero, non ex utili, præsumpto, vel ficto,
 oriundæ, quomodo rescissoria utilis dicitur, non directæ. Hâc ratione
 enim argumentum extrahitur à *posse ad esse*, à quo tamen quæ deducitur
 consequentia nulla planè est. Varias actiones utiles largâ manu concedi-
 mus, *vid. prax. ant. mod. c. preced. 2.* Sed ab adversâ parte debebat pro-
 bari *in d. l. 2. ff. quand. ex fact. tut.* JCum in aliquâ earum significatione
 actionem utilem acceptam voluisse, quod tamen ex ipso textu nullatenus
 demonstrari potuit. Neque enim ibi per actionem utilem potest intelli-
 gi 1. actio innominata aut præscriptis verbis: cum in *d. l.* sermo sit
 de mutuo & stipulatione, qui sunt contractus nominati, qui actionem
 præscriptis verbis non producant: & quæstio ibi est de *rei vindicatione*
utili, quæ nunquam reciprocatur cum actione innominatâ præscriptis
 verbis. Neque 2. actio saltem *utilis* in vulgari sensu, pro eâ, quæ acturo
 fit

fit proficua; singulari enim modo lex illa prospicere voluit: quod & l. 2. C. eod. confirmat: & tot textus alii actionis utilis mentionem injicientes eadem ratione deberent ita vulgariter intelligi, quod à Jurium nostrorum providentiâ longè esset alienum. Nec rei vindicatio utilis ex mente, quia in d. l. 2. non agitur de feudo, aut emphyteusi, aut superficie, quæ saltem sunt species dominiî utilis: Potius verò ibi agitur de dominio vero atque directo. Unde quoque rei vindicatio utilis ibi intelligitur in eo sensu, quo rescissoria, publiciana, aut pauliana dicitur utilis, cum utiles hæ dicantur in respectu ad causam efficientem remotam & introducendentem, quo respectu Prætoria utilis, & Civilis directa audit; quomodo se habet oppositio in §. 4. l. de act. aliisque illis textus. Neque verò de ficto dominio sermo est in d. l. 2. et si præsupponeremus de ficto dominio ibi agi, tamen ex hoc oriretur actio ratione causæ efficientis proxima directa aut nativa, non utilis ex æquitate aut dativa, quia tale fictum dominium à legibus nostris est subordinatum pro causâ ad producendam actionem habili, unde actio non potest non nasci nativa, per ea, quæ solidè demonstrat Dn. D. Frommann. de act. nat. & dat. th. 22.

§. XII.

Nec contrarium exemplum §. 3. l. de donat. Nov. 61. c. 1. Uxor in re donata propter nuptias non habet dominium sed hypothecam specialem & qualificatam ut maritus non possit alienare.

Secundum exemplum pro verificando præsupposito coexistentiæ dominiî & pignoris in unâ eademque re, d. diff. de act. dat. non dab. c. 2. §. 1. collocare vult in re propter nuptias donatâ, quasi & in hæc concurrat dominium, & insimul pignus uxori conjunctim quæsitum per §. 3. l. de donat. Nov. 91. c. 1. §. 1. Sed planè non alio successu, ac in priori exemplo. Etenim dominium in re donatâ propter nuptias uxori quæsitum esse, quamvis cum Schwendend. plurimi statuunt, Marth. Steph. ad Nov. 61. n. 8. Richter. ad Auth. Donationem C. de Jure dot. Schneidewin. ad §. 3. l. de donat. n. 5. Gudelin. de Jure noviss. l. 1. c. 8. p. 12. alique, quorum rationes congestæ inveniuntur apud Magnif. Dn. Præs. in diff. de red. dom. leg. 1. th. 32. attamen nonnisi invitâ prorsus Jurisprudentiâ nostrâ, ejusque conformitate omni modo factâ tectâ ubique habendâ. Namque i. certum est, uxorem in re donatâ consequi hypothecam specialem, & ita specialiter qualificatam, ut maritus eam alienare nequeat arg. l. 29. C. de Jure dot. Nov. 61. c. 1. quale Jus hypothecæ, ut sapius jam diximus, in re propriâ consistere nequit l. 45. ff. de R. l. 2. donatio propter nuptias etiam solâ conventionione perfici potest, Dn. Lauterb. Diff. de don. propt. nupt. §. 14. quâ solâ conventionione dominium per Jura nostra transire non potest

potest *l. 20. C. de pact.* Et si 3.) traditio accesserit, non tamen omnis traditio, certè non ea quæ nuda dicitur, sed ea demum, quæ fit intentione dominii transferendi, dominium transferre potens est *l. 31. ff. de A. R. D.* qualis sine dubio non est, quæ fit in gratiam pignoris saltem constituendi, qualis hæc est, *per mod. scripta.* 4.) uxori constante matrimonio certo in casu, quando scil. maritus ad inopiam vergere incipit, datur rei vindicatio non *nisi utilis*, quæ datur intuitu æquitatis se fundantis in favore uxoris & dotis omni modo conservandæ, *Auth. Permissa C. de don. ant. nupt. Nov. 61. c. 1. §. 1. Auth. Donationem C. de jur. dot. Nov. 97. c. 6.* qualis utilis rei vindicatio incompatibilis planè est cum dominio, quippe ex quo quæ profluit actio, *directa* omninò est: *vid. supr. tradita*: id quod pluribus rectissimè propugnant Bachov. *ad §. 3. l. de donat. n. 4. & ad Treutl. 2. d. 19. th. 8. lit. B. Vinn. ad d. §. 3. n. 4. B. Dn. D. Lauterb. in Diss. de Donat. propt. nupt. th. 53. sqq.* Excellentiss. Dn. D. Majer *ad d. §. 3. de donat. p. 461. sqq.* Dn. L. B. de Lyncker *in anal. ad Inst. Locam. d. §. 3.* Ex quo icidem facillè conspicere datur, quàm ruinoso fundamento & secundum hoc exemplum, ex *jure rei propter nuptias donata* repetitum, superstructum sit, pro probando illo postulato dominii & pignoris simul in unâ eademque re concurrentis, de quo leges nostræ in totum silent: ut adeò per hoc salva adhucdum in *d. l. 2. ff. quand. ex fact. tut.* proposita maneat actio utilis ex æquitate seu dativa, pro re pecuniâ pupillari emptâ à pupillo vindicandâ etiam sine præsupposito illo dominio, ex quo quæ resultaret actio, foret directa, non utilis, quam tamen *d. l. 2.* saltem dat & subministrat, quæ cum hypothechariâ quidem secundum *Nov. 61. c. 1. §. 4.* competente concurrere potest, neutiquàm verò talis directa ex dominio oriunda: *per supr. deducta.*

§. XIII.

Producimus nunc 2.) aliam actionum dativarum speciem *ex supr. jam cit. §. 4. l. de fideic. her.* Sanè in hoc textu evidentiâ sunt exempla actionum dativarum varii generis, pro varietate negotiorum, quæ intercesserunt inter defunctum & creditores aut debitores hereditarios, veluti si defunctus mutuam pecuniam accepit à tertio, ille uti quondam ad reddendam eam pecuniam obligatus fuit, ita & heres ejus, qui eundem repræsentat, eandem illâ obligatione ex mutuo tenetur, conditione certi ex mutuo conveniendus: Si emtio venditio inter eos contracta, uti defunctus ita & heres ejus tenetur actione empti venditi ad id paratâ, paratâ & actione locati con-

Secunda
actionum
dativarum
species
ex
§. 4. in f. de
fideicommissis.
hered.
in examen
deducitur
per tot
exempla

quod sunt,
genera
contra-
ctuum inter
defunctum
&
debitores
aut
creditors
hereditarios
initorum,
ex quibus
quæ
nascuntur
actiones
directæ
compe-
tunt heredi
fiduciario
aut
adversus
eum non
alii
aut
adversus
alium
secundum
id, quod
stricti juris
ratio exigit.

ex
æquitate
tamen
eædem ac-
commo-
dan-
tur
per
immedia-
tam juris
dispositio-
nem fidei-
commissario
universali

ti conducti, si locatio aut conductio, aut si permutatio inita fuit, actione præscriptis verbis ex permutatione ad id paratâ, aut si quæ alia competiit adversus defunctum actio, quippè quæ deinde & adversus ejus heredem competit, nullatenus verò adversus alium, aut tertium quemcun- que qui non contraxit, actio enim personalis non datur nisi adversus eundem *l. 25. pr. ff. de O. & A.* prout & in casu converso, ubi debitores hereditarii, quibus defunctus quondam credit, veniunt conveniendi, heres ejus, non alius, adversus eos experiri potest ex eadem istius personalis juris ratione atque naturâ, quæ efficit, ut tales actiones uti tantum adversus heredem, ita & heredi tantum directò competere queant, ad quem modum etiam & activè & passivè dicuntur transitoria: *l. 13. C. de contrab. & comm. stip.* Ubi ergò tales actiones natæ sunt defuncto aut adversus eum, isque heredem instituit e. gr. Cajum, eum verò insimul gravavit fideicommissio universali, rogans, ut hereditatem vel totam vel partem ejus quotitativam restituat ex gr. Titio, vid. §. 2. 8. & 10. §. de fideic. hered. pro debitis, quibus ille creditoribus suis hereditariis obstructus erat, obtinendis, hi stricto jure alium convenire non possunt quàm heredem fiduciarium, adversus quem directæ istæ actiones, quas peperere tales contractus, non possunt non competere, quia hic saltem & non alius, defunctum representat, & pro eadem personâ habetur: *per modo tradita*, qui etiam adeundo hereditatem, quia semel heres factus est, manet quoque talis etiam restitutâ fideicommissario hereditate: *per textus expressos in §. 3. l. de fideic. hered. l. 88. in fin. ff. de her. inst. l. 7. §. 10. in fin. ff. de minor. l. 1. §. 4. l. 27. §. 7. ff. ad Sct. Treb.* uti quoque in casu converso debitores hereditarios directis his actionibus conveniendi facultas nemini competit, nisi huic ipsi heredi. *d. §. 4. §. 9. l. eod.* Quia verò æquissimum videbatur ordini Senatorio, heredem fideicommissio universali gravatum exonerari pro ratâ ab oneribus hereditariis ei soli jure stricto aliàs incumbentibus §. 5. *l. eod.* Sctum factum, quo cautum est, ut si heredibus ex fideicommissi causâ hereditas restituta sit, omnes actiones, quæ Jure Civili heredi & in heredem competere, ei & in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas: Post quod Sctum Prætor *uiles actiones* ei & in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi & in heredem, *dare* cepit *d. §. 4.* quia heredis vice fungitur *l. 68. pr. ff. ad Sct. Treb.* exoneratusque est directus heres ab actionibus istis directis atque nativis per exceptionem Scti Trebelliani ex Pegasiano imprægnati informatique §. 7. *l. eod.* sive restitutæ hereditatis *l. 27. §. 7. ff. ad Sct. Treb.* quæ utiles actiones pro rata

ratâ fideicommissario & in eum, sine præviâ obligatione in ejus personâ radicâtâ, per immediatam Juris dispositionem solo æquitatis intuitu datâ & accommodatâ, non possunt aliâ esse, nisi *utiles ex æquitate aut dativæ*. Contra quæ nil faciunt, quæ & hic objectare vult sæpius jam laud. Dn. Schwendend. *in d. Diss. de act. dat. non dab. c. 2. §. 1. in fin.* Est enim (1.) merum præsuppositum, fideicommissarium esse heredem. Oppositio quæ fit inter heredem & fideicommissarium in faciem contradicit, & (2.) aliud omnino est, esse heredem verè & directò talem, aliud verò esse saltem quasi heredem, aut heredis vice fungi aut heredis loco saltem haberi, uti clara sonant verba *in d. §. 3. in simül & (3.)* quasi heredem esse, aut loco heredis haberi saltem quâ certum objectum, certumque in finem, veluti hîc quâ dationem & accommodationem istarum actionum, quæ radicâtæ saltem erant in personâ heredis fiduciarii, fideicommissario nullatenus natæ, uti nec in eum directò competentes, sed saltem ex æquitate eum in modum translâtæ (4.) Postulatum quoque est, hanc translationem aut accommodationem actionum non fieri immediatè aut non solâ legum nostrarum virtute ac dispositione, quod deficiens alia causa intermedia actu ipso satis superque edocet. Saltem illa hæstenùs demonstrari non potuit, quâ non probatâ salva & hîc stat actio dativa (5.) in sumum facilè abicit color iste, qui pro ejus demonstratione quaritur & prætextitur in eo & ex eo, quasi fideicommissarius in omne jus fideicommissantis succedat, eumque representet, unde non possint non omnia jura & activa & passiva in eum transmitti, ex quibus etiam actiones producantur. Sed petitur omnino & hoc modo principium: ubi enim unquam in toto Jure nostro dicitur, fideicommissarium *representare defunctum*? ubinam eum *in omne jus defuncti succedere*? ubinam, *transmitti in eum omnia jura & activa & passiva, aut transmitti in eum actiones natives*? quæ transmissio aut transitio formaliter sic dicta non fit nisi in heredem, qualis tamen fideicommissarius non est, nec esse potest, quia, uti jam aliquoties diximus, fiduciarius manet heres, quia is solus institutus: si autem hîc non desinit, nec desinere potest esse heres, ex quo titulo erit heres fideicommissarius, qui fiduciario nullibi coheres datus, nec per legem ab intestato, nec per testamentum, quamvis verbis precariis & obliquis ei fideicommissum universale in hereditate aut universitate eâ relictum sit, quod toto cælo differt ab heredis designatione atque institutione; & differt omnino inter se *transmissio aut transitio* actionum, quæ fit *ipso jure* & ad normam juris communis ordinarii, & *accommodatio* actionum ex æquitate

Removeretur
dubia
à
dissentientibus
in medium
producta

1.

2.

3.

4.

5.

æquitate facta ei & in eum, ad quem ipso jure non transeunt, sed saltem extra ordinem & ex speciali legis dispositione dantur & applicantur, & immediatâ illâ datione transferuntur, uti loquitur textus in §. 6. & 7. *J. de fideic. hered.* ubi actiones *hereditariae*, quæ heredi & in heredem transeunt & competunt, disertissimè opponuntur actionibus, quæ ad eum modum singulariter fideicommissario & in fideicommissarium *transferri* aut *translata* & accommodatæ dicuntur: quæ quamvis in legibus nostris interdum etiam *transire* perhibeantur, id tamen non fit vi cujusdam transitionis hereditariæ, aut voce eâ propriè & strictè sic dictâ, sed virtute *transitionis*, latius sic dictæ, quatenus reciprocè sumitur cum actionum earum accommodatione & translatione, quæ fit per singularem Juris nostri dationem: unde etiam *transire* simpliciter dici non solent, sed sub certo quodam attributo & cum singulari tali adjectione, ex quâ intelligi potest, quod *transiant*, viâ quâdam extraordinariâ planè, & mediante tali suggestione & datione immediatâ: quod est quod Ictus dicit, *ex Scto transeunt* in l. 1. *ff. de fideic. her. pet.* Denique & (6.) frustra etiam objicitur, quod utiles hæ actiones appellentur, quoniam successio non fit directò, sed per indirectum §. 9. *J. de fideic. her. & d. l. 1. ff. d. fideic. her. pet.* Nam & eadem facilitate fortean & strictiori concludendi modo indè inferre licet, Ergò utiles istæ actiones non sunt nisi dativæ.

§. XIV.

Tertia
actionum
dativarum
species
ex
l. 16. pr. ff.
de pat. in
casu
hereditatis
venditæ,
ubi actiones
hereditariæ
directæ
manent
penes
heredem

Pro probandâ actionum dativarum existentia adducimus (3.) l. 16. *pr. ff. de pat.* ubi in disquisitionem venit, quid Juris, si quis hereditatem sibi delatam vendidit, adversus debitores hereditarios quis agere possit, venditor, an emptor hereditatis? & respondetur, *utiles actiones emptori hereditatis esse dandas.* Quamvis enim venditor, etiam post venditam hereditatem, heres omninò maneat l. 88. *ff. de her. inst. l. 7. §. 10. ff. de minor. adeoque & actiones directas penes se retineat, ita ut & debitores hereditarios directis istis actionibus convenire, & ab iis iterùm his ipsis directò conveniri queat l. 2. *C. de her. vel act. vend. l. 2. C. de legat.* hisque actionibus nec agere nec conveniri possit emptor hereditatis, quia heres nunquam fit d. l. 2. *C. de her. vel act. vend.* quia tamen vicem heredis obtinet l. 2. §. 18. *ff. eod. l. 9. ff. comm. prad.* eatenus, quatenus in effectu neque minus neque plus juris habere debet, quam haber aut habiturus est heres l. 2. *pr. §. 3. & 8. ff. & arg. l. 4. C. de her. vel act. vend.* exindè singulari jure, & solius æquitatis intuitu hoc inductum extat, ut quæ actiones*

actiones ipsi, aut adversus ipsum non erant natæ, debeant ei dari actiones utiles, quibus etiam ante cessionem ex rescripto Divi Pii, suo nomine contra debitores hereditarios, ad obtinendum id, quod ad hereditatem quocunque modo pertinet, & sibi petere potest, agere valet, quod perspicue satis præ se fert *d. l. 16. conf. tamen quæ scribit B. Dn. D. Frommann de act. nat. & dat. th. 43.* uti quoque aliàs juris est in genere in aliis actionibus venditis, ubi itidem emptor etiam ante cessionem post rescriptum Divi Pii, solâ juris potestate actiones utiles saltem exercere potest. *l. 5. 7. 8. & ult. C. de her. vel act. vend.* quas etiam post cessionem actu factam retinet, ita ut vel ex cessione, quâ constituitur procurator in rem suam, exercitium cessarum earum actionum ex jure & personâ cedentis, quamvis in suam utilitatem peragere *l. 4. l. 9. C. de procur. l. ult. C. quando sisc. vel priv.* vel etiam utilibus istis à lege immediatè datis suo nomine experiri queat *d. l. fin. C. l. 55. ff. de procur.* cujusmodi actiones utiles non sunt nec esse possunt aliæ, nisi quas vocamus *dativas* sicut *utiles ex æquitate*: id quod ex *dd. aliisque text.* & imprimis etiam ex *d. l. 16. pr. ff. de pact. dilucidè* apparet, dum emptori hereditatis adversus debitores hereditarios adscribantur (1.) actiones saltem *utiles*, & (2.) tales utiles, quæ demùm extra ordinem singulari jure & per rescriptum Divi Pii inductæ, & (3.) expressè in simùl per illud rescriptum *data* esse dicuntur, quæ verba hanc in rem valdè significantia sunt *d. l. 16.* ibi: *ex quo rescriptum est à Divo Pio, utiles actiones emptori hereditatis dandas: quæ non possunt non inferre actiones dativas, cum & (4.) his saltem unica, & sola illa causa assignatur immediata illa legis dispositio, & in specie rescriptum Principis, ex quo dicuntur dari debere, non verò ex intermedia aliâ causâ provenire: quæ quoque indicari hætenùs non potuit, multò minùs probari, quod est præcipuum actionum dativarum & utilium ex æquitate fundamentum & indicium; neque enim ex titulo e. g. emptionis venditionis solo ortus earum deduci potest, quia hæc quidem obligationem inducit ad actionem cedentiam, & alienæ actionis exercitium transferendum, non verò actualem actionis translationem in alterum operari valet, cum pactis rerum dominia aliavè jura transferri nequeant, sed demùm traditionibus aut quasi *l. 20. C. de pact. l. 4. C. de her. vel act. vend.* neque ex cessione derivandæ sunt, quia per hanc *directarum actionum* saltem exercitium transit, & cessionarius procurator in rem suam constituitur *l. 8. C. de her. vel act. vend. l. 34. ff. de procur.* nullatenùs verò actiones utiles per cessionem translatae propitio jure nostro dici possunt: quod quidem nonnulli statuere volunt, quos tamen*

&
active
&
passive
sed utiles
seu dativæ
dantur
emptori,
&
adversus
eum;
quibus uti
potest etiam
ante cessionem;
uti etiam
juris est
in aliis
actionibus
particulariter
venditis
sola juris
potestate,
quas etiam
emptor retinet
post cessionem,
ita ut cessis
agere queat
nomine
cedentis
quamvis
in suam
utilitatem;
utilibus
vero
nomine
proprio.
Explicatur
d. l. 16.
ulterius
&
probat
ibi non com
cedi actio
nes nisi
dativas.

non
provenien-
tes
ex
obligatione
quadam
legali :

quippe
quod
nec
textui
nec
analogiæ
juris
convenit
quod
ostenditur
per
rationes

1.
2.

tamen solidè refutat laud. Dn. Frommann *d. l. th. 57*. Restat ergò ut unicam & genuinam causam utilium harum actionum quæramus, statuamus & reponamus in Imp. Constitutionibus cum *l. 16. pr. ff. de pact. l. 2. C. de O. & A.* Et quamvis hisce utilibus actionibus substernere malit legalem quandam obligationem pro causâ earum producente laud. *sapius Diss. de act. dat. non dab. c. 2. th. 2.* ubi quod hæc legalis conditio faciat, ut non detur directâ, sed utilis tantummodò actio, quæ tamen non immediatè sed mediatè ex ipsâ legis dispositione, nempe ex obligatione à lege ad id constitutâ oriatur: cujusmodi legalis obligationis, ut & alibi præsuppositi domini legalis, & possessionis legalis, constitutio potius admittenda, quàm frustranea & illegalis, uti dissentientis verba sonant, actio dativa agnoscenda; Attamen hæc planè nec textui in *d. l. 16. pr. ff. de pact.* & similibus aliis, nec analogiæ juris conveniunt. Siquidem in *d. l. (1.)* ne verbum quidem invenitur de præsuppositâ tali obligatione, sed expressissimis dicitur *dari aut dandas esse ex rescripto Divi Pii*, & (2.) frustra præsupposita illa legalis obligatio genus actionum, de quibus in textu agitur, planè mutaret, quod posset etiam vergere in detrimentum emptoris hereditatis. Sermo in *d. l.* est de actionibus hereditariis, quibus tenebatur defunctus Creditoribus hereditariis, aut quibus tenebantur debitores hereditarii defuncto, transeuntibus in heredem eâ qualitate, quâ fuerant ante apud defunctum: ex gr. ex emptione venditione actio nata erat empti venditi, ex locatione conductione locati conducti, ex mutuo conditio certi ex mutuo, & uno verbo ex contractibus aliisve factis obligatoriis, quæ inter defunctum & eos olim intercesserant, promanantes actiones, quæ transeunt ad heredem & hic venditorem hereditatis, & sunt directæ, quas peperere ista negotia. Quando jam pro fundandis actionibus utilibus substerneretur legalis obligatio, novum genus actionum prodiret, nempe conditiones ex lege, quæ propriæ sunt obligationum legalium *tot. et. ff. & C. de Condit. ex Leg.* quæ penes defunctum non fuere, & proin nec ad heredes transire, adeoque nec emptori hereditatis dari aut accommodari possunt ut utiles ejus generis, quippe quæ utut quâ causas suas atque subjecta sua differant, ejusdem tamen potestatis atque naturæ in effectu esse debent cum directis illis *l. 47. ff. de neg. gest.* & eandem dicuntur habere naturam, saltem per participationem aut accommodationem ex lege furrogationis, vid. omninò B. Dn. D. Frommann *de act. nat. & dat. th. 59.* Quando ergò hereditariæ actiones directæ non sunt conditiones ex lege, nec utiles tales erunt: & quando id statueretur,

tur, ut apud heredem & hereditatis venditorem directæ manerent actiones ex istis negotiis, quæ antè fuere, apud emptorem verò *viles actiones* alterarentur & fierent conditiones ex lege, damnum inde immineret emptori, quia mediantibus prioribus, ubi bonæ fidei fuere, aut saltem accommodatum bonæ fidei actionum, quæ usuras ex morâ præstandas, effectum habuere, has quoque poterat consequi, quarum præstationem tamen natura conditionum ex lege non admittit, cum quando ex facto quidem, sed inhabili ad producendam ex se obligationem efficacem, oritur, stricti juris est *arg. §. 28. 7. de act. in quam usuræ ex morâ venire non possunt l. 24. ff. de P. V. l. 3. C. de usur. l. 41. in fin. ff. de usur. vid. Magnif. Dn. Præses in Collat. Jur. Civ. cum R. 7. R. G. sect. 6. §. 1. jung. laud. Frommann d. th. 59.* Et (3.) non apparet ratio, cur dissentiens Dn. Schwendend. d. l. ad eò pronus sit ad concedendam *obligationem dativam*, sive ex immediatâ legis dispositione productam, & ad eò difficilis sit in concedendâ *actione dativâ*, sive immediatè à lege datâ, cum utraque tamen eandem originis occasionem habeat, & utraque se fundet in ratione ordinis semel inducti & stabiliti studiosè conservandi, juxtâ tamen & in casibus ex post aut noviter emergentibus æquitati & justitiæ subsidium quoddam & noviter invento medio prioribus ordinariis ad latus positæ æque efficaciter invigilandi. Scilicet uti ab initio Reipubl. Rom. & successu temporis certi erant inducti & constituti modi obligandi ex facto vel licito vel illicito, & cum deinde novi emergerent casus, sub illis modis non contenti, uti semper ex effato Imperatoris nostri novas natura deproperat edere formas. *Const. Tanta §. 18. d. confir. Dig. ICti & Interpretes nostri prois decidendis consultius ducebant modum quendam obligandi extra ordinem de novo potius adjicere, & obligationem immediatè ex lege venientem statuere, quam modos obligandi ordinarios semel inductos convellere, ita quoque infrequentis temporis aliquo progressu magis magisque confirmatæ Jurisprudentiæ nostræ, certi erant ordinarii modi producendi actiones, jura scil. personarum & jura rerum, in re, & ad rem, qui deinde casibus novis se offerentibus, cum non sufficerent, satius & hic videbatur eos in suo statu & ordine imperturbatos relinquere, novumque potius subsidium quærere in immediatâ legis ipsissimam æquitatem omni modo festantis datione, & nativis istis actionibus dativas has superadjicere, quod dativarum actionum inventum illegalitatis imputatione non magis dignum videri debet, ac novius illud inventum obligationum dativarum aut immediatè legalium, imò utrumque vel maximè & in sensu excellentiori legitimum*

ubi demonstratur quam fuerit necessarium & utile actionum dativarum inventum pro ordine semel prudenter inducto bene conservando, sine dispendio tamen justitiæ & æquitatis, quæ maximè hoc modo observatur.

4.
ubi
et
ad
textus
qui
mentionem
obligationis
injiciunt
quæ tamen
non est
nisi
merè
naturalis.

legitimum dici meretur: inprimis cum non minor textuum numerus pro existentia actionum dativarum allegari possit, & magnam partem supra jam adductus ac adducere pro existentia legalis obligationis, legalis dominii, & legalis possessionis allaboravit *d. Diff. de act. dat non dab. c. 2. §. 2.* Denique & (4.) frustrà planè *ibid. in fin.* urgetur, quod in *l. 5. pr. ff. de auth. & cons. tut.* uti & in *l. fin. ff. de A. vel O. H. & in l. 126. §. 2. ff. de V. O.* qui textus pro confirmandâ actione dativâ adducuntur, obligationis & facti obligatorii expressè mentio injiciatur; ex quibus, minime verò ex immediatâ legis dispositione, derivandæ sunt, quæ *dd. ll.* competere dicuntur actiones utiles. Siquidem illi textus de aliâ obligatione non loquuntur, quàm de *naturali obligatione merè tali*: prout verba *d. l. 5. pr.* expressè ita se habent: *naturaliter tamen obligabitur, pupillus sc. in quantum locupletior factus est*, idemque omninò judicium de allegatis aliis textibus, & quidem de *l. fin. ff. de A. vel O. H.* ubi ita disponitur, quod ut ut suus heres, etiam quando ex beneficio Prætorio abstinerit, nihilominus summo jure heres maneat *arg. l. 30. §. 10. ff. de fideic. her. l. 88. ff. de her. inst. l. 7. §. 10. ff. de minor. l. 7. ff. de lib. & posth. her.* cum jus iuratis ne quidem per exheredationem perimatur, DD. ad §. 4. *J. de pup. subst.* adeoque summo jure actiones hereditariæ, quæ in ejus personâ ob characterem heredis semel impressum semel radicatæ sunt, ita infixæ manent, nec ab ejus ossibus avelli queant, utur nullum ex hereditate eâ capiat emolumentum; in personâ tamen ejus nativæ istæ actiones ob id, quod abstinerit, non possint aut debeant habere locum, potiùs verò denegandæ sint, oppositâ ab abstinate convento hâc ipsâ exceptione *l. 57. pr. ff. de A. vel O. H.* bene autem actiones utiles ex æquitate, seu dativæ, quæ activè aut passivè datæ aut introductæ sunt in personam, in abstinentis illius locum succedentem, per verba *d. l. fin.* expressa: *utiles daturum*: quod ita inductum saltem intuitu æquitatis, quod æquum judicatum, eum, cui nihil commoditatis obvenit, exonerari debere ab oneribus iis, contra verò iniquum, eum, cui deinde tota hereditas cedit, saltem in partem conveniri posse, integris exinde tunc suppetentibus actionibus B. Dn. D. Frommann *d. Diff. th. 42.* Non minùs & *d. l. 126. §. 4. de V. O. l. 45. §. 2. ff. eod.* ubi disponitur, quod si alicui ex descendantibus ascendens ex lineâ paternâ stipulatus fuerit ex quâcunque causâ in casum, ubi evaserit sui juris, veluti post mortem stipulantis dari debere, quamvis directâ actio ex stipulatu filio vel filiæ in eo casu quæsita non sit, cum nemo alteri in potestate non ampliùs existenti stipulari queat §. 3. 4. & 18. *J. de inut. stip.* ex

ex ratione tamen æquitatis utilis sive dativa actio datur d. l. f. B. D. D. Frommann d. l. th. 45. § 9. Cujusmodi meræ æquitatis rationes & exinde quæ exsurgunt naturales obligationes nullatenus in jure nostro pro causis actiones ex se producendi venditantur, unde quoque ex nudo pacto, quod tamen obligationem naturalem producit, nulla potest competere actio l. 7. §. 4. § 9. ff. de pact. cui consequens est, quod ista sequela nullius planè valoris sit; Si in his & similibus aliis textibus, actiones utiles largientibus, obligationis mentio injicitur, sequitur, quod quæ ibi danda dicitur actio, sit ex illâ obligatione & non immediatè à lege. Concedendum etenim id saltem de obligatione civili, negandum verò de obligatione merè naturalis: quippe quæ efficax nullatenus est ad producendam in foris nostris ex se actionem, quatenus in terminis naturalitatis suæ, aut nudæ suæ naturæ, quanto propriam sibi habet in foro juris naturæ & gentium, relinquatur, & jura nostra ei non adsunt, quo factò ex legis adfistentiâ obligationem civilem aut efficacem parit, non amplius merè naturalis manens, sed mixtæ naturam induens per l. 15. ff. de P. V. l. 16. C. de pact. B. Dn. Frommann de oblig. nat. th. 34. § 9. & th. 69. § 9. imò ne quidem ad producendas ex se actiones utiles efficax. Æquitas quidem naturalis subest in omni actione dativâ, attamen non habet se per modum cause principalis efficientis aut producentis, sed saltem per modum cause impulsivæ, quæ Legislatores nostros impulit atque commovit ad dativarum creationem & inductionem, veteris juris rigorem, strictam juris rationem & scrupulositatem ita temperare studentes l. pen. pr. C. ad Scl. Treb. l. 20. ff. de tut. & rat. distr. l. 5. C. Si res al. pign. unde etiam nomen hoc sibi proprium fecerunt actionum utilium ex æquitate l. 7. C. de pact. conv. sup. date & hætenus rectissime dicitur, nullam inveniri actionem dativam sine æquitate naturali. Causa verò principalis, introducens simul & producens est immediata legis dispositio, cui soli & unicè actionum dativarum productio adscribenda, quæ in eo ab actionum nativarum optimè formato ordine recedit, quod illi actionem ex æquitatis intuitu accommodet, qui aliàs nullam ex eo nascendi ordine habiturus fuisset, defectumque actionis nativæ suppleat subsidiario hoc dativæ actionis remedio: uti videre est ex B. Dn. D. Frommann de act. nat. & dat. th. 17. § 9. & th. 27. quâ legislatione hunc effectum non operante, æquitas & inde profluens obligatio naturalis nuda, & nullâ lege firmata, incassum in hunc finem allegaretur.

§. XV.

Ex quibus omnibus jam plus quam manifestum redditur actiones dativas

D

quæ
ad
actionem
ex se
producendam
de Jure
nostro
potens est
nullatenus.

ne quidem
ad
actiones
utiles
producendas;
quamvis
sit
causa
impulsiva
lege
se habente
ur causa
unica
producens.

Ex quibus
quomodo

actionum
dativarum
existentia
satis
manifesta
reddatur?

Argumen-
tum dissen-
sientium
invertendo.

¶
demon-
strando
actionum
dativar.
1.
causam
impulsivam
2.
efficientem
producen-
tem
3.
causam
Analem.

tivas re verâ existere, iisque nos carere non posse, ut supervacuum esset pluribus exemplis ulterius convalidandis & ab objectionibus fortiter vindicandis immorari, potius verò sufficiat provocare ad Disputationem B. Dn. Frommanni de act. nat. & dat. genuina ea, quæ protulit, exempla solidè explicantem; ut adeò parùm extimescere debeamus generale illud argumentum, quo ad oppugnandam actionum dativarum dabilitatem & existentiam utitur Celeberr. Dn. Schwendendorff. in sapius cit. diss. de act. dat. non dab. totam suam ventilationem ita concludens: Quæcunque actio destituitur tum causâ impulsivâ, tum efficiente, tum finali, tum speciei existentia, illa non est dabilis. Atque actio dativa destituitur &c. E. non est dabilis. Possumus enim invertere argumentum, ita ex rei veritate inferendo: Quæ actio non destituitur, potius verò nititur (1.) causâ impulsivâ (2.) causâ efficiente (3.) finali (4.) speciei existentia, illa est dabilis. Atque actio dativa &c. E. Major Propositio ex concessis à contrario non indiget probatione. Propositio Minor ex hæcenus probatis & refutatis satis superque est probata atque verificata: quod patet (1.) ratione causæ impulsivæ, quæ est ipsissima æquitas, per modò tradita in §. proxime præced. 14. fundata vel in favore subjecti & activi, & passivi, etiam aliquando in odio hujus, vel in favore objecti (2.) ratione causæ efficientis, quæ ipsa immediata legum nostrarum dispositio atque datio extra ordinem facta: itidem per modò tradita in præc. §. 14. in fin. junct. §. 6. cum seqq. & (3.) ratione causæ finalis, quæ consistit in studio rectius dispensandæ justitiæ, æquitatisque exactius observandæ, etiam sine ordinis hæcenus circa fundamenta actionum producendarum semel providè inducti atque constabiliti turbatione aut pessundatione. Cùm enim Jurisprudentia nostra primitus pro sufficientibus ad casus obvenientes decidendos atque ad jus suum in iis obtinendum reputasset modos actiones generandi & producendi, qui se fundabant vel in jure personarum, unde actiones præjudiciales, vel in jure rerum, eoque vel in re, unde reales, vel ad rem, unde personales, nullis aliis præter hos tum temporis admissis; ubi autem deinceps novæ subindè in lucem se dabant casuum formæ atque figuræ, in quibus æquum tamen judicabatur non minùs & in his quàm in prioribus casibus efficaciter experiundi copiam suppetere, Legislatores nostri maluerunt hoc actionum dativarum subsidiarium medium excogitare, & prioribus in ordine suo enatis actionibus, eas ad latus ponere, imperturbato nihilominus relicto priori benè composito ordine: quod commendatissimum quibuscunque bonis justitiæ æquitatisque

tilque sanctius ubique observandæ, confusionisque juxta omni modo præ-
 cavendæ, & circuitus evitandi studium optima erat Legislatorum nostrorum
 intentio & laudatissimus finis legum nostrarum in creationem actio-
 num dativarum, etiam deficiente aliâ intermediâ causâ adeo propendenti-
 um, actuque ipso immediatè ex se producentium, vid. B. Dn. Frommann
de act. nat. & dat. th. 25. sqq. & passim. Et hæc est ratio necessitatis, ob
 quam opus fuit tales actiones inducere, ut propterea hîc malè applicetur
 illud, quod entia præter necessitatem non sint multiplicanda. Denique etiam
 (4.) ratione *speciei* harum actionum *existentia*, quæ indubia planè reddi-
 tur tot textuum significantiorum supr. §. 2. enumeratorum robore incon-
 cusso, & remotione omnium aliarum causarum, ad pariendas nativas actio-
 nes aliàs habiliū sat luculentâ, nullâ aliâ relictâ nisi unicâ hæc legum no-
 strarum immediatâ & extra ordinem in subsidium factâ datione: per ea quæ
in §. 6. & sqq. §§. hæc enū, ut credimus, satis clarè demonstrata appa-
 rent. Unde omninò certo certius manet, omnes ejusmodi & id generis
 alias objectiones parū fidas parūque validas esse, ad dabilitatem, dati-
 vitarum, aut existentiam actionum dativarum subruendam aut evertendam,
 nec vires sibi assumere posse ex autoritate Jctorum non tantum veteriorum
 sed & inprimis recentiorum meritis suis aliàs conspicuorum satis cum do-
 ctissimo Dn. Schwendendorffero pertinaciter contranitentium; quorum in
 numero sunt ex anterioribus Fulgosius, qui divisionem hæc à DD. con-
 firmatam esse dicit apud Hub. Giphani. *in divis. jur. nov. interpr. th. 132.* qui
 insuper eam ridiculam appellat: Forcatulus *Dialect. 97.* qui re verâ dativam
 i. e. non ex jure, sed ex interpretum commentis profectam esse scribit, post alios
 adhuc Hilliger *in Donell. enucl. l. 19. c. 2. lit. a.* pluresque adhuc dum
 alii: Ex novioribus verò eam explodit Dn. Assessor Cam. Schrag. *in Introd.*
in ff. ad tit. de condit. furt. §. 3. & ad tit. de O. & A. §. 37. & passim;
 & adnotat Joh. Frid. Bœkelmann *in Exerc. de act. c. 3. §. 3.* rigidiores Ro-
 manæ locutionis & Jurisprudentiæ æstimatores tanquam barbaram eam re-
 jicere & Dn. Gottl. Gerh. Titius in *Observ. ratiocinant. ad Comp. Schüz.*
ad tit. de O. & A. O. 1126. de hæc ita ratiocinatur, vexatam satis hæc
 esse distinctionem, quæ etiam suo modo defendi possit, attamen ejus nul-
 lam esse necessitatem vel utilitatem, ipse verò dubitare nolit, quin ea ex
 turbidis rerum moralium principiis ac præjudiciis Rom. dependeat, ut illa
 quidem facile possit carere Jurisprudentia. Doctorem a. horum aliorumque ut-
 ut summè celebriūm autoritas nil planè efficere valebit contra authorita-
 tem tot legum vid. §. 2. hæc ipsam liquidò satis statuminantium, uti jam
 abundè

4.
 Speciei
 existentiam

nihil
 adversus
 hæc
 valentibus
 objectioni-
 bus
 nec
 autoritate
 Jctorum
 nec
 veteriorum
 nec
 recentiorum

quibus
opponitur
auctoritas
legum

robore
etiam
fortiorum
rationum
&
communis
omnino
DDrum
&
antiquio-
rum
&
recentio-
rum,
sententia.

abundè hætenus per omnes terè §§. hic demonstratum, insimul & plus quam manifestum redditum, hanc actionum divisionem in statu Jurisprudentiæ nostræ semel ex suis principiis ritè adornatæ, & ad certum ordinem prudentissimè revocatæ, necessariam omninò fuisse, pro ordine eo optimè conservando, justitiæ tamen insimul rectius dispensandæ omni curâ vel saltem extra ordinem invigilando: enatam quoque esse ex ipsissimæ æquitatis naturalis limpidissimis fontibus atque principiis omni ubique sollicitudine factis tectis habendis, quibus ut carere nulla Respubl. nisi velit in corruptelas abire, potest, ita & Jurisprudentia Politicæ laudabilis gubernandæ præ aliis vel maximè inserviens, dativarum actionum ex ipsâ æquitate propullantium quasi subsidio, carere, indigitato eo in statu facillè non poterit. Insuper & auctoritas illa DD. aliâ aliorum non minori gradu excellentium Virorum auctoritate facillè pensatur, fortioribusque rationibus exsuperatur. Nam & ab antiquo hæc, quam suscipiemus, actionum in nativas & dativas formata divisio communem DD. calculum meruit, quod testatur Giphan. *d. l. Bachov. in rr. de act. d. 1. lb. 18.* scribens: nec ineptam nec absurdam esse, Böckelmann *d. l.* & ipsum quoque Schwendendorff. *d. l. c. 2. §. 2. in fin.* tantum non fateri oportuit: & à recentioribus quoque hodiernum pro optimè fundatâ defenditur: quorum in numero sunt Giesebert. *in Justin. Harmon. ad tit. de perp. & temp. act. n. 44.* ubi, quod ad percipiendam mentem legum & DD. & in multis casibus conservandam, commodum omninò ducatur illam observare cum DD. communiter, modò laud Böckelman. *d. l.* qui quidem erroris insinulat tum eos, (1.) qui voces *nativarum & dativarum* ex Jure nostro arcessere satagunt, in quo nec nos dissentimus, cum concedamus ipsi, in legibus nostris in terminis terminantibus non reperiri, quamvis non negemus, leges nostras tamen insignem in modum occasionem dedisse sub hisce terminis rem ipsam & congruè quidem exprimendi, *per ea que scripta §. 3. & 4.* utut *nativas* appellitari soleant *directas*, & *dativas* contra *utiles*, ex æquitate scil: *vid. §. 5.* tum (2.) & eos, qui *nativis* prædicatum nasci aut competere, *dativis* verò prædicatum dari in Jure nostro attribui præsupponunt, quia hoc ipsum promiscuè actiones dari & nasci dicit *per. l. 7. §. 2. ff. de pact. l. 3. ff. de neg. gest. l. 1. ff. de pos. junct. §. pen. 7. quib. mod. re contr. obl. §. 1. 7. de perp. & temp. act.* similesque alios textus; in quo & nos cum eodem concordés sumus, ita saltem argumentum formantes: Q. actio utilis dari in jure nostro dicitur & causam præexistentem aliam nullam habet, nisi immediatam legis dationem,

tionem, illa est dativa; non verò quæ saltem simpliciter dari dicitur, *vid. sup. §. 4. circ. fin.* Ipsam tamen hanc divisionem voto suo lubens comprobatur, scribens: se reputare inter dissentientes quoad rem nil esse dissidii, sed litem saltem de verbis videri, cum negari non possit, alias esse actiones, quæ ex naturalibus suis causis nascuntur, alias quæ saltem ex æquo & bono à Lege vel Præatore dantur, & illas *nativas*, has vero *dativas* ab interpretibus nominari, haud ægrè ferendum, cum in verbis liceat esse faciles, rem verò seu differentiam ipsam negari non posse. Idem sentit Illust. Dn. Berger *in resolut. ad Comp. Schüz. tit. de O. & A. in addit.* ubi contra Dn. Schwendend. & Schrag. asserit, semper sibi vitum fuisse, hanc actionum divisionem Authori suo vitio non esse vertendam, modo ea rectè ex mente Zafii explicetur, neque nunc esse, cur sententiam suam mutare deberet: qui quidem in explicatione naturæ actionum dativarum ita versantur, ut magis videantur convenire cum naturâ conditionum ex lege, quæ oriuntur ex legali obligatione, cum magis se fundent in factò quodam obligatorio demùm per legis assistentiam hæc tunc efficiaci, quæ tamen inter se differunt, cum quæ ex legali obligatione tanquam ex causâ intermediâ nascuntur, omnes sint nativæ, non verò dativæ, quippe quæ dantur immediatè à lege, etiam sine tali factò obligatorio, nisi factum obligatorium subintelligere malint, quod saltem *naturalis obligationis* productivum est, & hanc ipsam pro causâ impulsivâ actionum dativarum habeant, tùm hæc non impedit, quò minùs, quæ à Lege vel Præatore datur utilis actio, dativa sit, & sic ex solâ & unicâ causâ principali immediatâ scil. datione proveniens, *vid. §. 14. circ. fin.* Excellentiss. Dn. D. Böhmer *in Introd. in Jus ff. ad tit. de O. & A. §. 16.* dativas describens, quod sint actiones ex æquitate immediatè ex lege oriundæ. Dn. de Coch. *in Prax. for. Germ. p. 2. de act. indol. & requis. §. 12.* B. D. Lauterbach *in Coll. theor. Pract. ad tit. de O. & A. §. 32. 33. & 34.* Schüz *in Comp. Jur. ibid.* & præ omnibus aliis B. Dn. D. Frommann *in laudatiss. illâ Diss. per tot.*

SECTIO

SECTIO SECUNDA

Ufus practicòs hujus actionum forensium divisionis in nativas & dativas, sive directas atque utiles ex æquitate, uti olim, ita & hodiè adhuc differentes ob oculos sistit.

§. I.

Ufus
practici
harum
actionum
differentes
se
ostendunt

Hisce actionum, inprimis dativarum, certioribus fundamentis sat abundè ob oculos positis, restat nunc discutere, *An ergò hæc actionum in nativas aut dativas, aut quod idem est in directas & utiles ex æquitate divisio utilitatem quandam, quod supra allegati dissonantes pernegare non dubitant, in jure & foro habeat?* id quod intrepidè affirmandum esse, res ipsa in variis jurium articulis se exserens docet. Sic usum suum ostendit.

r.
in certiori
hujus
materiae
cognitione
cognitæ
que
utilitate
in praxi
quoque
forensi

(I.) In certiori hujus materiae sollicitè comparandâ cognitione, cognitæque cum spe felicitis successus in judicium introductione. Sanè si quis habet, quod prætendat ab aliquo satisfacere detrectante, ei alia via ad suum perveniendi nulla est, nisi actionem adversus eum coram Judice competente intentandi. Et cum Jura nostra singulis controversiis suas deputaverint actiones l. 6. ff. de Exc. rei jud. hinc actori vel maxime incumbit indagare, quænam ipsi actio competat, & ex investigatis actionibus, quænam utilior sit, quâ id, quod intendit, vel faciliùs vel brevius, vel plenius consequi valeat §. 6. f. *Quod cum eo, qui in al. pot. est neg. gest. l. 13. §. 5. junct. §. §. præc. & sqq. ff. de her. p. rit. Anth. Winther in Assess. p. 2. c. 7. n. 32.* Ex hæc enim indagandi, cautè secernendi, & eligendi sollicitudine potissima pars victoriæ pendet, quippe quæ normam quoque ipsi Judici præbet in judicando, cui etiam omninò incumbit circumspicere, quodnam & quale jus agendi actori competat; Unde & in Camerâ Imperiali prima Referentis & Correferentis cura esse solet, ut inquirat, quæ actio instituta sit, & an illa fundata secundum omnia requisita, non tantum, ut si unicam actionis requisitum non satis probatum sit, reus veniat absolvendus. Blum in Proc. Camer. t. 75. §. 24. sq. Meichner in Dec. Camer. l. 1. d. 7. p. 88. sqq. & decis. 8. p. 102. sqq. B. Dn. Stryek in tr. de act. investig. & causè elig. m. 1. §. 2. quod & in aliis quoque judiciis ita observari experientia docet, vid. quæ tradit B. Dn.

Dn. Maurit. in *Conf. Chilon. conf. 16. n. 13. § 99.* Quando itaque Actor ordinem modorum actiones producendi omnium & singulorum eâ, quâ decet, accusatione pertransierit, & ex his nullam sibi competere, vel saltem ad scopum suum parum commodam esse, adeoque nativâ quâdam actione ex ordinariis suis causis prognatâ sibi non consultum esse deprehenderit, ultimum adiutorium adhuc ei supererit in *actionibus dativis & utilibus ex equitate*, si quæ ipsi à legibus nostris suppeditatæ aut immediatè datæ fuerint per textum elegantem in *l. 8. C. ad exhib.* in quod inquirere maxime oportet & dispicere debet, ane in aliquâ lege, & in quânam tale subsidium & extraordinarium remedium præstò sit, cui inniti, suumque eodem modo obtinere queat, quo labore, quâve curâ tantò magis opus erit, quò certius est, sine lege non dari actionem dativam, id quod Ulp. in *l. 64. §. pen. ff. sol. matr.* oppidò confirmat, expressè ita edicens: *in quibus casibus lex deficit, non erit nec utilis actio danda*, vid. Dn. Frommann de *act. nat. & dat. th. 17.* aded, ut actio dativa certis in terminis à lege introducta, ad alios casus in lege non comprehensos extendi nequeat, *arg. l. 14. & l. 16. ff. de leg. 1.* quod limitant DD. nisi eadem per omnia & in omnibus circumstantiis sublit ratio, ex Everhard. & Tulden. Frommann *d. l. th. 18.* Sed de his pluribus in *§. §. 4. & 5.* Uti ergò in nativis causis intermediam ostendere tenetur, ita in dativis intentionem suam fundare debet in expressâ ejusmodi legislatione, quam allegare & in foro producere simpliciter eum oportet, nisi velit à limine iudicii repelli.

§. II.

Ex hac rectè & sollicitè quaesitâ cognitione existentia & naturæ cuiusque harum actionis fuit & adhuc practica alia exercitatio, quæ cernitur (2.) in *Jurium nostrorum, in speciei quoque ad hanc actionum divisionem pertinentium interpretatione, eaque restrictivâ.* Certè ubi deprehendimus leges nostras vel de actionibus directis aut *nativis simpliciter disponentes*, aut eas competere negantes, studiosè præcavendum est, ne eas interpretemur effusius, ac Legislatorum intentio secum fert, neve remotionem aut denegationem *istarum, nativarum, extendamus temerè ad exclusionem quoque dativarum, sed restrictivè accipiamus de remediis cessantibus ordinariis, quæ propria sunt actionum nativarum, non de subsidiariis aut suppletoriis, quæ in gremio suo fovent actiones dativæ; utut enim actio directa seu nativa nulla competeret, potest tamen competere dativa, aut utilis ex equitate, ubi leges aliquam talem concesserunt,*

2.
in Jurium
nostrorum
necessariâ
sepius
interpretatione,
eaque
restrictivâ,

Exempl.

1.

2.

3.

3. in
interpreta-
tione

concefferunt, vid. *l. fin. C. de N. G. & plura in §. sq. 4.* Vel ubi depre-
hendimus leges certam æquitatem pro inducendis certis in casibus actio-
nibus dativis respicientes, & de his saltem disponentes, & iterum nostrum
non est ad alios casus sub quovis alio æquitate, lege non firmatæ, præ-
textu extendere, potiùs verò in terminis legis manere & interpretationem
restrictivam adhibere: quo respectu illa utilis seu dativa rei vindicatio,
quæ data est pupillo in re ejus pecuniâ à tutore nomine non pupilli sed
proprio emptâ, malè extenditur ad prodigos, ad absentes, ad creditores,
quorum bonis administrandis Curator datur, ad mulieres, respectu Cura-
torum ad litem, quia in his & similibus specialis legis dispositio deficit
& quod pupillis per *l. 2. ff. quand. ex fact. tut.* extra ordinem est conce-
sum, ultra casum suum regulariter non est extendendum, sed in eo regu-
lariter subsistendum, quod textus definit, *arg. l. 14. ff. de Legib.* Bachov.
de pign. l. 1. c. 12. n. 4. in fin. B. Dn. Lauterb. *in Coll. Theor. Pract. in quib.*
caus. pig. vel hyp. tac. th. 53. & in Tract. Synopr. ad d. t. §. 44. Et illa
utilis vindicatio, quæ pupillo competit in casu, ubi tutor pecuniâ pupillari
rem emit, haud porrigenda ad casum, ubi tertius pecuniâ pupillari ita
emit. Carpz. *p. 1. c. 28. d. 109.* B. Dn. Frommann. *d. l. th. 18.* Eo-
dem modo & illa utilis rei vindicatio, quæ data est militi, obtentu mi-
litiæ armatæ, ad rem, pecuniâ ejus nomine alterius emptam vindicandam
l. 8. C. de R. V. ad Advocatos obtentu militiæ togatæ perperam porrigitur,
Bachov. *ad Trentl. 1. Disp. th. 6. lit. d.* prout & in pacto de retrovendendo,
si emptor, eo non attento, in tertium rem alienaverit, utut æquum vide-
retur vel maximè contra quemcunque tertium possessorem utili rei vindic-
atione venditorem ejusque hæredes experiri posse, ad eum modum, quo
juris esse perhibetur, si creditor pignus vendiderit pacto adjecto, ut debi-
tori pretium emptori solventi liceret eam recipere *l. 13. ff. de pign. act. tar-*
men rei vindicatio utilis nullâ competit, quia ista, quæ hîc subesse dicitur,
æquitas, nullâ lege firmata existit, nullâque lege contra naturalem
illum nativarum ordinem id ita disponente hæc actio data invenitur, quæ
verior de regula est Dd. sententia praxi quoque Germaniæ firmata. Gall.
2. O. 16. n. 4. Mynf. 6. O. 69. Mev. in Discuss. lev. inop. deb. c. 4. qu. 2.
n. 61. sqq. B. Dn. D. Frommann. d. l. th. 19. quæ & similia alia beneficii
interpretationis restrictivæ ita expedienda & decidenda sunt.

§. III.

3. Non minus & aliquando in interpretatione extensiva
Quan-

quoque
extensio

Quod
declaratur
exemplis

13

43

Quando enim leges etiam in specie de actionibus *dativis* certis in casibus indulgentis disponunt, certasque personas designant, quarum in favorem ejusmodi utilis ex æquitate actio data est, tum, ut regulariter talis actio certis istis in terminis introducta in aliis extra hos terminos, licet eadem æquitatis ratio subesse videatur, non facile extendenda sit, Bartol. *ad l. 64. ff. sol. marr.* Tulden. *ad Cod. tit. de don. qua sub mod.* attamen, quin, ubi eadem planè per omnia & in omnibus circumstantiis subsit ratio, à dispositivo illo expresso ad non expressum progredi, & dativam actionem in casu planè simili statuere liceat, vix est quod dubitemus, cum Tulden. *d. l. Everhard. in loc. leg. à milite ad Eccl. 57. n. 10. junct. precedd. laud. Frommann. d. th. 18.* Unde quando quæritur, anne utilis illa ex stipulatu actio, quæ data est pupillo, ubi tutor ejus pecuniam pupillarem mutuo alteri datam sibi reddi stipulatus est *per l. 2. C. quand. ex fact. tut.* etiam data intelligi debeat minori, ubi Curator ejus eodem modo negotium gessit non est, quod subsistamus eandem utilem ex æquitate s. dativam illam actionem minori pariter ac pupillo asserere, quia hîc prorsus per omnia & in omnibus eadem evidentissimè subest ratio, insuper & quod *in d. l. 2. C. saltem* dicitur de pupillo & tutoribus, tantum non expressè etiam disponitur de Curatore & minore *ex l. 2. ff. quand. ex fact. tut.* quæ non tantum loquitur de rei vindicatione utili, sed & de actione ex stipulatu utili: ibi: *ad mutuatam pecuniam exigendam*: ut adèo in hoc casu lex ex lege supplenda sit.

Major dubitandi ratio autem versatur circa *furiosum* & hujus Curatorem, si hic ipse pecuniâ furiosi rem sibi suo nomine comparasset, & anne & tunc furioso illa dativa ex. gr. rei vindicatio ad rem illam vindicandam, perindè ac pupillo & minori competat? Quod quidem negat B. Dn. Lauterb. *in Colleg. d. th. 53. & in Tract. Syn. d. §. 44.* & pro hâc negativâ fortiter videntur militare. 1. quod *text. in d. l. 2. ff.* tantum loquatur de *pupillo & minore* non de *furioso* 2. quod nec alius textus inveniatur, qui hoc pupillorum & minorum singulare jus extendat ad furiosos. 3. Quod & ex ratione deficientis legis jus tacitæ hypothecæ pupillis & minoribus in bonis tutorum & curatorum competens furiosis de juris nostri veritate negetur à Carpzov. *p. 2. c. 24. d. 15. n. 7.* laud. modò Lauterb. *in Diss. de tac. pign. th. 35. in Diss. de priv. cred. pers. th. 33. in fin. & in Colleg. d. th. 54. & in Tr. Syn. d. l. n. 44. junct. n. ult.* quam sententiam & alii sequuntur. Affirmativam verò hîc tueri non veremur tanquam humaniorem & æquiores, imò & verisimiliorem, tum quia eadem planè, imò major commiserationis ratio, & exinde idem prorsus favor

E

in

in rebus rectius administrandis atque conservandis militat pro furioso ac pro pupillo, cum & infanti comparetur, qui plane non intelligit, quid agit, l. 9. ff. de A. vel O. H. l. 9. ff. de R. V. l. 5. ff. de R. I. exinde quoque eodem ferè ubique jure utuntur, aded, ut & singulari eo tacita hypothecæ beneficio, quo pupilli in rebus Curatorum, gaudeat per disertos textus in l. ult. §. 6. in fin. ff. de Curat. fur. l. 27. C. de Epif. aud. quos de expressâ & conventionali hypothecâ cum Montano, Gratiano, & Bald. apud Lauterb. in Tr. Syn. ad tit. in quibus caus. pign. tac. contr. n. fin. intelligere nullo modo possumus, potiùs verò intentioni Impp. mentique in textibus satis pro tacitâ & eâ hypothecâ, quâ pupilli gaudent, explanatæ convenientius esse judicamus cum B. Dn. Bardili, iisque, quos allegavit in Concl. for. ad d. t. th. 14. quamvis ratione prodigorum, & reliquorum, de quibus in præc. §. 2. non queamus non cum B. Dn. Lauterb. sentire, quippe quorum in dd. text. ne verbulo quidem mentio injicitur, neque etiam mente legum comprehensî intelligi possunt, cum in aliis ista necessitatis & commiserationis ratio non apparet, & prodigi præsertim multum omninò distant à furiosis, quod illi perditorum suorum morum infantiâ, propriâque suâ culpâ, hi verò fati infelicitate in eam sortem detrudantur, miseratione & providentiori curâ digniores arg. l. 13. §. 1. l. 14. ff. de Off. Pref. ut aded pro hac sententia stent & modò adductæ rationes, & in specie singularis istius juris in legali hypothecâ pupillis primitus concessi d. l. 20. extensio ad furiosos etiam facta d. l. 27. C. de Ep. Aud. & l. ult. §. 6. in fin. C. d. Cur. fur. & textus ipse in l. 2. ff. quand. ex fact. tur. qui disertè & primo quidem loco in specie de tutore, illicitum eum in modum ita agente, loquitur, deinde verò etiam de Curatore disponit, sed adjectâ nonnihil generaliori & ad minorem & ad alium facile trahendâ expressione: *ejus, cujus negotia administrat*: & porrò: *cujus pecuniâ fuit*: cujusmodi expressiones jus illud singulare, quod ibi ratione dativarum actionum conceditur, ut *minorem* potissimum indigitare videantur, ad hunc tamen non præcise, aut non ita restringunt, ut ad similes planè personas, uti sunt furiosi, commodâ interpretatione extensivâ idem non possit referri. Uti enim pupillis in specie & principalius id indultumprehenditur d. l. 2. ff. junct. l. 2. C. eod. quæ saltem de pupillis loquitur, & tamen etiam ad minores, ex similitudine illâ omnimodâ, & ratione per omnia & in omnibus eadem aut pariformi d. l. 2. ff. extensum, ita perspicere non licet, cur non eadem in omnibus & per omnia identitatis ratio hic in furiosis & eorum Curatoribus id operari valeat, ut & his ista actio-

nes

nes dativæ accommodatæ censi debeant, cum & modò adducta verba Curatori, de quo ibidem disponitur, id non restrictivè ad Curatorem minoris, quem in specie non nominant, & tamen subinnuunt, sed ita tribuant, ut & Curatori furiosi æque commodè applicari possit aut debeat. Quæ enim ratio est connexionis inter pupillum & minorem, & hoc in casu de prompta à defensione, iis, qui per ætatem ipsi se defendere nequeunt, pari gradu summè necessaria §. 1. *J. d. tut. pr. J. de Cur.* eadem quoque, aut major, connexionis ratio est inter hos & furiosum, de prompta à carentiâ intellectus *l. 22. ff. sol. matr. l. 12. ff. d. jud.* & inde derivata defendendi hunc ipsum per Curatorem omni modo necessitate: §. 3. *J. d. Curat. l. 1. ff. de Cur. fur.* ut utrinque suppleatur id, quod illis defectus ætatis, his vero novercantis naturæ genius parùm secundus in totum negavit, Quæ ratio restrictiùs ita concludendi cum cesset in prodigis & reliquis, quibus etiam Curatoris auxilio leges nostræ prospicere voluerunt, non potest interpretationis extensivæ ratio pedem in his figere, nec quoad jus tacitæ hypothecæ, quæ nullibi in jure nostro iis data invenitur, nisi noviores mores contrarium induxerunt, nec quoad jus vindicationis istius, sive alterius aliquis utilis ex æquitate seu dativæ actionis, quæ etiam his nullibi concessa, nec per *l. 2. ff. hactenus extensa* apparet, cum & indita actionum dativarum natura & qualitas interpretationem extensivam regulariter non admittat, utur ex singulari planè ratione, non renuentibus legibus nostris, per exceptionem à regulâ, in furiosis locum obtinere æquitati & juri magis consonum videatur: *per modo deducta.*

§. IV.

(4.) In materiâ exceptionis non competentis actionis rectè actori à reo non tantum opponenda, quando nec ex præexistente habili materiâ quæ generatur actio nativa, nec ex immediatâ legis datione quæ creatur actio dativa, competit, & tamen ab actu de facto intentatur, tunc enim ad hanc objectionem, *Tibi adversus me nulla competit actio*: proinùs à limine judicii removendus venit, cum sine actione in judicio nemo experiri possit *l. 6. §. fin. ff. d. N. G. l. 9. §. 3. ff. d. adm. & per tut.* aded ut si reus ipso jure nil debet, exceptione hâc, quæ facti saltem est & intentionis, quamvis non oppositâ ipso jure liberatus dici, & Judex repellere actorem, & reum absolvere ex officio debet, nec probatio admittenda, ubi controversitur, utrum actio competat, *Mev. p. 6. d. 382.* post alios *Coch. in prax. for. Germ. p. 3. p. 290.* sed & sine fundamento opposita per replicatio-

4.
in
materia
exceptionis
non competentis
actionis
non tantum
rectè
opponenda

§ 1. &
 de facto
 opposita
 iusta
 replicatione
 elidenda.
 Producentur
 exempla

replicationem iustam elidende, in casu, ubi e. gr. tutor, vel qui à tutore accepit, à pupillo rei vindicatione de re pecuniâ ejus, non nomine pupillari emptâ conventus, objiceret. in pupillum nunquam ejus rei dominium transiisse, quia pro pupillo non empta, nec à domino pupillo tradita, adeoque ex defectu dominii, tanquam causæ rei vindicationis proximæ, ei nullam competere rei vindicationem *l. 23. pr. ff. de R. V.* Hic agens pupillus, non attentâ hâc oppositione, tamen superior evadere potest, imò debet, quando regerit, quamvis ipsi dominium in re ejus pecuniâ emptâ nullum hæcenus fuerit acquisitum, proindeque nulla competat *directa* rei vindicatio ex dominio oriunda, attamen sibi datam ex singulari legis immediate ita disponentis beneficio actionem utilem ex æquitate sive rei vindicationem dativam, & hanc, non illam, se velle intentatam *ex l. 2. ff. quand. ex fact. tut.* hâc replicatione quin elidatur objectata illa actionis non competentis exceptio, cum spe atque successu reportandæ in hâc causâ victoriæ, dubium nullum est. Simile exemplum actionis ejusmodi, sed adversus pupillum, cum effectu instituendæ occurrit in casu contractûs à pupillo cum aliò sine tutoris autoritate initi, ex quo si obligare se voluit, regulariter tamen nullatenus obligatur, ne naturaliter quidem, obligatione nimirum naturali à Jure Civili agnitâ *l. 41. ff. de cond. ind. l. 59. ff. de O. & A. pr. l. de auth. tut. l. 9. pr. ff. eod.* Cujus regulæ dantur exceptiones, præcipuè & hæc, quando ex illo contractu locupletior factus fuerit, tum enim pupillus contra illam regulam, æquitate naturali ipsâ ita suadente, naturaliter obligatur *l. 1. l. 5. §. 1. ff. de auth. tut. l. 3. pr. ff. commod. l. 3. §. 4. ff. de N. G. l. 41. ff. de cond. ind.* nemo enim adeoque ne pupillus quidem, cum damno & injuriâ alterius locupletari debet *l. 14. ff. de cond. ind.* quæ naturalis obligatio, quia jure nostro ad actionem producendam efficax non est, inde si creditor ex tali contractu ob defectum autoritatis tutorum irritò & planè nullo adversus pupillum, utut naturali tali obligatione ex æquitate devinctum, actionem intentaret, & reus pupillus opponeret non competentis actionis exceptionem, quod videtur justè facere potuisse per principia modò intimata, cum habeat, quod sibi imputet, cur cum tali contraxerit, quem scivisset scire debuit, sine autoritate tutoris efficaciter non posse obligari, quia verò & ratio odii adversus inique locupletandî studium etiam in personâ pupilli in juribus tanta ubique fuit, ut hinc inde reprobaverint, certisque mediis correxerint, uti apparet ex iis, quæ in simili tradit *D. Frommann. d. diss. de act. nat. & ibi. 40. sqq.* & exinde quæ ex alterâ parte

resultat æquitas causa legislatoribus nostris merito tanto in pretio fuit,
 ut facile passi sint geminatâ hâc ratione se commoveri ad id potius statuen-
 dum, quod ratio æquitatis desiderat, quàm quod subtilitatis momentum
 efflagitat, & ad inducendam in defectum actionis ex tali contractu dire-
 ctæ actionem dativam seu utilem ex æquitate, Creditori tali adversus
 pupillum dandam, utique sub hoc obtentu valet quam efficacissimè hæc
 replica ad retundendam illam actionis non competentis exceptionem, ita
 ut non tantum cum dativâ hâc actione adversus pupillum admitti debeat,
 sed & hic ei condemnandus sit ad restituendum id, in quo & quatenus locu-
 pletior factus dici potest, quod explicatur in *l. 47. §. 1. l. 68. ff. de solut.* ut ut
 ergo reus pupillus justâ aliâs utatur câ intentionis exceptione, quâ actionem
 ex illo contractu prognatam *directam* denegandam, attamen justior est acto-
 ris illius replicatio quâ actionem talem dativam ob æquitatem naturalem
 ex referipto Divi Pii datam justissimè exercendam. Neque verò sententia
 Vinnii ad *§. 9. l. de inut. Stip. & sequacium*, statuentium, ab eo tempore
 obligationem in personâ pupilli redditam fuisse civilem sustineri potest,
 quia constat naturalem mansisse, quippe quæ causa est, cur saltem utilis actio
 adversus eum immediatè data & concepta fuerit, quod clarissimis præ-
 sefert *d. l. 5. pr. ff. de auth. tut.* uti id rectissimè suo quoque calculo corro-
 borant B. Dn. Lauterb. in *Dis. de Volunt. th. 19. n. 3.* B. Dn. Scheinemann.
de tempest. et. hum. th. 23. p. 164. Excellentiss. Dn. D. Majer in *Comment.*
ad Inst. tit. de auth. tut. p. 281. Sic in casu, ubi ad cedentem res ipsa, cujus no-
 mine actio cessâ pervenisset, si cessionarius eandem actionem cessam sive
directam intentaret adversus cedentem, objici omninò possit à cedente
 hæc exceptio: *Tibi adversus me hac actio non competit.* Mandatum enim
 agendi adversus debitorem cessum non potest extendi adversus ipsum
 mandantem seu cedentem, cum mandatum sit strictissimæ interpretationis,
 & qui extra fines mandati agit, nulliter omnino agit, quia sine mandato
 hæctenus egit *l. 5. pr. ff. mand. c. 32. x. de off. deleg. & quomodo contra*
 cedentem ipsius cedentis nomine ageret? quod foret impossibile Juridicum
 alia enim actoris, alia rei persona esse debet, Sed tamen hanc exceptio-
 nem justè repelleret cessionarius replicando, se acturum esse actione non
 cessâ, aut *directâ*, sed *dativâ* aut *utili ex æquitate*, quæ potest etiam à
 cessionario institui adversus cedentem, si ad ipsum res, cujus nomine actio
 cessâ erat, pervenisset arg. *l. si culpa 3. ff. d. R. V.* post Trentacing. Tusch.
 Sand. Brunnem. *d. act. cess. c. 6. n. 4.* Idem usu venit in omnibus aliis
 similibus exemplis, adeò ut si reus conventus transendo per omnes cau-
 sarum

tarum, quæ parere actiones nativas ullo modo possunt, clares, inficiationem suam, & oppositam exceptionem non competentis actionis suffulcire & confirmare quantocumque etiam apparatu vellet, operosus admodum in negandis & removendis omnibus & singulis, quæ ex illis propululare possent, actionibus, vanus omninò maneret iste conatus & apparatus adversus Actorem sub clypeo competentis actionis dativæ satistutum. Etsi enim reus hoc strueret argumentum: Si Tibi nec ex *jure personarum*, & ex hoc nec ex *statu libertatis*, nec *civitatis*, nec *familia*, nec ex *jure rerum*, eoque nec ex *jure in re*, & ex hoc neque ex *jure domini*, neque *juris hereditarii*, neque *servituti*, neque *pignoris*, neque *possessionis*, nec ex *jure ad rem* aut obligationibus undecumque, sive *mediate facto*, sive *immediate* productis: adeoque nec ex obligationibus *mediate facto licito* natis, & sic nec ex *pollicitatione*, nec ex *conventionibus* eaque nec ex illâ, quæ quidem *ex se & suâ natura est nuda, vestita tamen extrinsecus vel adjacentiâ contractus*, vel *legis adficientiâ*, nec ex *non nuda*, videlicet nec ex *contractibus veris, nominatis* aut *innominatis*, nec ex *quasi contractibus*, nec ex *obligationibus ex facto illicito, delicto* vel *vero*, vel *quasi* resultantibus: nec porro ex iis, quæ *immediate* ex dispositione legali *immediatâ*, etiam sine ullo hominis facto *obligatorio*, aut saltem ex se ad id non *habili*, eum effectum operante, oriuntur, aut in *genere* nec ex proprio quodam *jure ex variis causarum figuris* obortis obligationibus, uti has obligationum causas succinctè indigitat JCrus *in l. i. ff. de O & A*. Si, dicimus, Tibi ex his subordinatis causis omnibus enatae actiones adversus me competunt nullæ, sequitur quod justissima adversus Te sit exceptio non competentis actionis. Atque in casu proposito nulla talis competit actio. E. intentionis & facti illa exceptio rectissime Tibi à me objicitur, & à limine judicii exindè repelli debes. Attamen hæc tanta tot mediorum terminorum & argumentorum congeries uno quasi ictu subrueretur, regerente actore, esse hanc insufficientem partium enumerationem, debere superadjudici & actiones dativas: h. m. Si nec ex istis causis prognatae, nec ex *immediatâ* legum dispositione productæ actiones competunt, firmo stabit pede illa opposita non competentis actionis exceptio. Falleret enim hoc modo minor propositio. Ut ut enim *directæ* actiones omnes cessent, & unica saltem, quæ à lege specialiter suppeditatur, competeret actio utilis ex æquitate, salva tamen res foret, & illa de facto opposita exceptio reduceretur penitus ad nihilum *mediate* hæc replicâ ab actionis dativæ subsidio atque tutamine repetitâ.

§. V.

(5.) In libelli conceptione & formatione. Qui agit actione nativâ, libellum suum ita formare debet, ut appareat in primis, ex quânam causâ agat, quod vocant medium concludendi, sive causam petendi. Fibig. in Proc. c. 2. §. 2. p. 278. & ibid. Dn. Schwendend. n. 162. p. 229. diversimodè tamen pro diversitate actionum. Quando enim agitur actione reali, sufficit causam proximam, quæ est dominium in rei vindicatione, quasi dominium in publicianâ, Jus servitutis in confessoria, hypotheca in actione hypothecariâ, exprimere, arg. l. 14. junct. l. 11. ff. de except. rei jud. non adjectâ causâ remotâ, quæ est contractus vel titulus, ex quo dominium vel illud jus in re actori quæsitum est, l. 27. ff. de except. rei jud. Schwendend. d. l. quamvis interdum utilius sit hanc etiam adjicere d. l. 14. cum l. 11. Vultejus de jud. c. 4. n. 70. sqq. admonens, quod si Advocatus certus sit de titulo, illum exprimere, sin minus, illum omittere debeat. B. Dn. Lauterbach in Colleg. Theor. Pract. tit. de ed. th. 11. Utilitas autem in eo consistit, ut si agat ex jure dominii, per legatum ipsi competentis, ut in hac causâ succumbat, fortè, quia probare non potuit, tamen ex aliâ causâ veluti ex donato, ex empto, eandem rem petere poterit, non obstante exceptione rei judicata l. 11. §. 2. ff. d. exc. rei jud. Cùm contra si nullam expressisset causam, omne jus suum in judicium deduxisse videatur, & exinde si postea expressâ causâ eandem rem petat, ei eum effectu objici queat dicta rei judicata exceptio, quia res non nisi semel nostra esse potest l. 14. §. 2. ff. eod. post Rosbach. Schneidew. & Gail. Christian Nicolai in Diss. inaugur. de libello th. 10. ap. Ahasv. Fritsch. in Diss. legal. Acad. d. 5. Quando verò agitur actione personali, exprimere necesse est causam remotam, & quidem specialem, quæ ex obligatione pendet, ex quâ debitum petitur ex. gr. contractus, mutui, depositi, si intervenerit. Si verò causa proxima tantùm sit expressâ, quæ est obligatio in genere, tùm dicitur nulla certa actio instituta, & proinde jure civili non subsistit, Gail 1. obs. 61. Lauterb. d. l. si reus contra talem libellum tanquam generalem & obscurum exceperit. Quod si verò non excipiat, libellus etiam non expressâ illâ causâ hodiè maximè sustinetur, cùm possit actor in processu & persecutione causam exprimere, & generalitatem illam restringere. Nicol. d. l. Lauterb. d. l. Ratio differentia in eo consistit, quod dominium rei petita non, nisi ex unâ aliquâ causâ, nostrum esse possit, & aded qui reali actione agit, causâ, unde dominium

§.
in
libelli
conceptione
&
formatione

diversa
pro
diversitate
actionum

ad eum venit, nullâ expressâ, unicam illam causam, dominium nempe, in iudicium deduxisse videatur; ex diverso verò una eademque res ex pluribus & diversis causis nobis deberi possit, & idè qui personali actione agit, si præter causam proximam non adjecerit remotam, videatur in incerto vagari, reumque fatigare velle, nescium hoc pacto, an cedere an contendere debeat. Latè de hâc materia Manz *in rational. ad §. 1. J. de act. num. 40. sqq. plur.*

Contrà verò qui agit actione *dativâ*, quia hæc nec ex jure in re nec ex jure ad rem oritur, haud opus habet ad has respicere causas, aut libellum suum ex hiscè concludendi mediis concipere, sed simpliciter factum, ejusque circumstantias narrat, legemque adducit, in quâ ex merâ æquitate ipsi actio utilis aut dativa concessâ extat, veluti si pupillus ageret ad rem pecuniâ suâ à tutore emptam utiliter vindicandam, fundat se *in l. 2. ff. Quand. ex fact. tut. &* huic conformiter rem sibi restitui aut tradi debere à possessore petit. Hanc utilem actionem saltem habens, si intentionem suam dirigeret in causas tales intermedias, quæ hîc desunt, & uno verbo intentaret rei vindicationem directam, malè libellare, & si à principio ei hoc sit objectum, tum tanquam malè libellantem succumbere tradit Sichard. *ad l. 2. C. de pact. n. 6. B. Dn. D. Frommann de act. nat. & dat. th. 65.* Sic & Cessionarius actionis quando exercet actionem nomine cedentis, *directa* agit, nec libellum, nec totum processum aliter formare debet, quàm ex personâ cedentis, secus si agit *utilis*, ex propriâ suâ personâ *l. f. C. de her. vel act. vend. l. fin. C. quand. fisco, vel priv. Brunnem. d. cess. act. c. 5. n. 9.*

§. VI.

6.
in
materia
probationis
illius
fundamenti,
ex quo
quis
agit.

(6.) Quæ differentia ex proximè præcedenti prono pede sequitur, cumque eâ proximius coheret, usus practicus quoque se exserit (4.) in probatione fundamenti hujus vel illius actionis, de quâ etiam jam domi & in antecessum, quam primum actione adversarium pulsare meditatur, sollicitus esse debet, quo deinde in ipso iudicio felicius proveharur. Sanè qui agit actione *nativâ reali*, e. g. rei vindicatione, causam ejus proximam, dominium scil. si in dubium vocaretur, probare tenetur, quod quidem probatu difficillimum, vid. Mascard. *de probat. concl. 536.* Qui vero *personali* experitur, causam remotam ex. gr. contractum, ex quo obligatio derivari vult, ritè rectèque initum ac omnibus numeris suis perfectum probare necesse habet: quo non factò reus venit absolvendus.

Agens

Agens verò actione *dativâ* e. gr. *ex d. l. 2. ff. quand. ex fact. tut. istis* probandi modis difficilioribus est exoneratus, & si saltem probaverit facti circumstantias, se nempe esse pupillum aut minorem, pecuniam fuisse ejus, quâ res empta, & esse illam ipsam rem ita à tutore emptam, fundamentum *dativæ* hujus actionis per *d. l. sibi datæ*, probasse dicitur, reportaturus sine dubio victoriam, Frommann. *d. l. th. 72.*

§. VII.

7. in necessariâ personarum in judicio agentium legitimatione, quæ alia atque alia requiritur ab eo, qui in casu alienatæ in se actionis vel nomine alieno vel nomine proprio actionem, quæ competit, intentare potest. Evenit hoc in casu, ubi quis ab alio actionem quandam pro certo pretio emit sibi cedendam *l. 1. §. 1. ff. quib. mod. pign. solv. l. 36. ff. de fidejuss.* quo contractu perfecto, si, quæ expectatur, cessio nondum est facta, aut facta quidem, sed cedente mox sine heredibus mortuo, tale jus ad rem circa emptam talem actionem habens, id exercere nec in rem suam poterat, mandato quippe vel planè deficiente, vel ubi intervenit, morte mandantis sine heredibus defuncti iterum extincto: quippe per solum illum titulum jus agendi ipsum adversus debitorem, cum quo actionem istam emens nil contraxerat, non poterat transire, non magis ac rei venditæ dominium solo titulo sine traditione transferri potest *l. 20. C. de pact.* per consequens actione directâ ex personâ venditoris, tanquam procurator in rem suam, antequam cessio facta, agere nequaquam potest, cum per hanc demum procurator in rem suam constituitur *l. 18. C. de legat. l. fin. C. Quand. fisc. vel priv.* ex quibus text. *l. 34. ff. de procur.* in quâ simpliciter nullâ mandati aut cessionis mentione factâ dicitur emptorem hereditatis procuratorio nomine in rem suam agere, suppleri, & statui debet, cessionem & ibi jam factam præsupponi, cum lex cum lege conjungenda *l. un. C. de inoff. dot. B. Dn. Lauterb. in diff. de procur. in rem suam th. 9. §q.* destituito ergò ad eum modum agendi facultate adversus debitorem venditoris placuit Principibus succurrere eique, æquitate ita suadente, simpliciter, vel solo interveniente tali titulo, sine cessione, vel etiam cessione jam factâ, ob mortem cedentis sine heredibus supervenientem iterum irrita aut extincta, utiles actiones accommodare nomine proprio intentandas *l. 18. C. de legat. l. fin. C. Quand. fisc. vel priv. l. 5. l. 7. C. de her. vel act. vend. l. 1. & 2. C. de O. & A. l. 16. ff. de pact.* Si verò ad modum aut tenorem illius contractûs emptionis venditionis jam perfecti & cessio actionis venditæ actualiter

F

7. in
necessaria
partium
in
judicio
agentium
legitimatione.

Jam fuerat facta, tum venditor quidem intellectu & subtilitate juris nihilominus quasi dominus actionis & creditor manet l. 3. C. de novat. l. 9. C. de procur. l. fin. C. Quand. fsc. vel priv. ita ut re adhuc dum integrâ ipse venditor actione eâ, utut jam cessâ, valide adhuc contra debitorem agere queat l. 23. §. 1. ff. de her. vel act. vend. debitumque accipiendo liberet l. 3. C. de act. Bachov. de act. d. 4. tk. 3. p. 126. B. Dn. Lauterb. in Colleg. Theor. Pract. ad tit. de her. vel act. vend. th. 45. & Schütz. in Comp. d. l. p. 331. cum cessio nunquam possit plenam actionis sive realis sive personalis, quippe quæ ejus sunt naturæ, ut abire nequeant è personâ primi acquirentis, cujus ossibus semel infixæ, & personam sequitur, sicut corpus sequitur umbra Mynsing. ad §. 1. l. de act. n. 16. §. 9. quamdiu modis obligationem & actionem ipso jure extinguendi non est extincta, translationem operari, dum inter hujusmodi modos actionem penitus eradicandi aut extinguendi nullibi relata extat Lauterbach. d. l. th. 28. nisi statuta aliud dispulerint, quod etiam factum videtur Jure nostro Prov. Würt. p. 2. r. 33.

§. Und welchen. Lauterb. in Colleg. d. th. 44. in fin. de quo tamen ipse adhuc non sine ratione dubitat, cum possint etiam illa verba conformiter ad Jus Civile, unde interpretationem in dubio recipiunt, accipi in *Differ. Jur. Civ. & Würt. d. l. in fine.* quia tamen exercitium directæ illius actionis ita mandata aut cessæ cessionario tribuit, quod operari potens est, per jura nostra quoque non aliter faciendâ quam in hunc finem, Lauterb. de Proc. in rem suam th. 28. inde emptor ille & cessionarius duplicem habet actionem, unam directam ab ipso tanquam Procuratore in rem suam l. 8. C. de her. vel act. vend. l. 34. ff. de Proc. l. 8. §. ult. ff. mand. ex jure & persona cedentis, adeoque alieno nomine instituendam, cum non habeat hætenus nisi exercitium tantum cessæ illius actionis, hac ipsa in se manente penes cedentem, per modo tradita l. 4. l. 9. C. de Procur. d. l. ult. C. quand. fsc. vel priv. aliam verò utilem nomine proprio instituendam, quæ est illa actio, quæ antecessionem, solâ juris potestate, ex constitutionibus aut rescriptis Imp. quæ sita erat l. 1. §. 13. ff. de iur. & rat. distr. l. 1. l. 2. C. de O. & A. l. 7. l. 8. C. de her. vel act. vend. l. 16. ff. de pact. quam etiam post cessionem retinet Lauterb. de Proc. in rem suam th. 29. utut non sit neque ex illo titulo, neque ex hæc cessione, Frommann d. Diss. th. 57. ita, ut electionem habeat, an hanc, utilem scil. suo proprio, an illam, directam, nomine alieno movere velit, *Id in Colleg. d. l. th. 52. Schütz ibid. p. 332.* Cumulative enim non competunt, sed saltem elective, quia ad unum eundemque finem generaliorem tendunt, cum

utra-

utraque sit rei persecutoria B. Dn. Frommann *in laudatiss. illa Diss. th. 69. jung. Magnif. Dn. Praefes in Diss. de elect. act. util. th. 36.* Prout ergo ex his aliquam in iudicium introducere mavult, pro eo & secundum naturam aut qualitatem cuiusque harum actionis hactenus diversam, etiam diversimodè paratum se sistere debet in personâ suâ in iudicio legitimanda. Quando autem ex cessione tanquam Procurator in rem suam agere, & alienâ actionis exercitium intendere vult, opus omninò habet, ut cessionem legitimè factam esse plenè probet, in quo omnes omninò, & nemine discrepante, maximè *ob l. 25. in fin. ff. de probat. convenire testatur Lauterb. de proc. in rem suam th. 41. & post plures Schrader de feud. p. 10. Sect. 18. n. 157.* adeoque non causam tantum, sive titulum dominiî aut iurium translativum, sed & ipsum mandatum ipsamque cessionem probet, idque ante litem contestatam, cum totum processum instituat ex persona cedentis laud. Frommann. *d. l. th. 70.* Quando verò *utilem* actionem nomine proprio intentat pro puncto legitimisationis expediendo, opus non habet mandatum producere, aut cessionem docere, quia procuratorio nominæ non experitur, sed suo, quo in casu non indiget mandato, sed sufficit titulum ad hanc actionem ostendisse *l. fin. C. de her. vel act. vend. quo facto de meritis causæ potiùs quàm de persona tractandum l. 1. pr. ff. de edend. post Bartol. Frommann. d. diss. th. 70.* idque non tantum ubi cessio planè non est facta, quæ cum non intervenerit, non potest produci, non entis enim nulla est qualitas; sed etiam ubi actu facta est, siquidem actio utilis, nomine proprio quæ intenditur, & uti ante cessionem competeat, ita & post eam adhucdurat, non venit ex illa cessione, sed immediatè à lege, unde ea ad legitimisationem quoque planè non pertinet, nec exigì potest: quamvis per plures rationes, quas congeffit, dissentiat Schrader *d. l. n. 158. Pruckmann. Vol. 2. Conf. 19. n. 99.* Sande de *cess. act. c. 8. n. 27.* quod Brunemann. *ad l. fin. C. quand. fisc. vel priv. hos allegans quidem in medio relinquit, sed in tr. de cess. act. c. 5. pro horum sententiâ n. 15.* ad citans Recept. deput. de anno 1600. §. *wenigers nicht* & R. Noviss. de anno 1654. §. **Sondern solle im übrigen** *in n. sq. 16.* tamen discordes has sententias conciliare studet hâc ratione, quod, qui utili actione experitur, planè non teneat cessionis instrumentum producere, neque ante litem contestatam, sed titulum saltem allegare ante litem contestatam, & probare post eam, quod etiam comprobat B. Dn. Frommann *in Diss. de act. nat. & dat. th. 60.* scribens *in fin.* in actione utili sufficere post litem contestatam titulum probare.

§. VIII.

§. in materia
exceptionum
Juris.

(8.) In materiâ exceptionum Juris, quibus actio stricto jure competens ex æquitate elidi potest, veluti in casu fideicommissi universalis, si fiduciarius *directis actionibus* vel agere vellet vel conveniretur, *exceptioni restituta hereditatis* locus datur, quia hæc tenus à lege debilitatæ directæ actiones existunt, quod secus in *dativis* fideicommissario aut in eum competentibus §. 4. *J. de fideic. hered. l. 1. §. 4. ff. ad Sc. Treb.* plura exempla vid. apud. B. Dn. Frommann *d. l. th. 73.* Sic quoque & exceptionem actionis venditæ aut cessæ potest opponere actionis emptor aut cessionarius Venditori atque cedenti, quoties hi concurrunt in exigendo à debitore principali debito, directam enim & nativam, quam cedens stricto jure adhuc intentare valet *vid. §. prac. 7.* vincit utilis & *dativa*, quia licet hæc minus digna minusque nobilis videatur, cum directæ saltem sit quasi subsequa, non tamen nisi ex æquitate summâ inducatur cujus potioem quam stricti juris rationem esse conveniat; ex Döring, aliisque laudat. Frommann *d. l. th. 68.* ubi pluribus quoque hæc de re.

§. IX.

§. in materia
reconventionis.

(9.) In materiâ reconventionis. Cessionarius si agit directâ aut nativâ actione nomine cedentis, si cessio fuit voluntaria, & ex causâ lucrativâ, cessionarius omninò cedentem reconventum à cesso defendere tenetur, *arg. l. 70. ff. de Procur.* quod secus quidem, ubi cessio fuit necessaria, veluti si in judicio actiones ei fuerint adjudicatæ *l. 3. ff. fam. ercisc.* quo in casu à necessitate cedentem defendendi cessionarius est exoneratus, *l. 33. §. fin. l. 34. ff. de Procur.* Quod si verò voluntaria cessio facta fuerit ex causâ *onerosa*, sed non bonâ fide datus sit, i. e. in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, negotium cessionis gestum sit, tum itidem actione directâ agens cessionarius cedentem in reconventionem defendere tenetur *l. 34. l. 70. ff. de procur. Lauterb. in Diss. de proc. in rem suam th. 39. & in Col. leg. ad tit. de Procur. th. 60.* Quando vero actione dativâ suo nomine agit, non tenetur reconventionem admittere *arg. d. l. 34.* & indistinctè quidem, si intervenierit causa onerosa sive lucrativa, post Donell. Fabr. Cujac. Brunnem. *de cess. act. c. 5. n. 11.* ratio est, quia non procuratorio sed suo nomine utrobique agit. Brunnem. *d. l.* modò tamen non sit doli & fraudis à cedente commissæ particeps aut conscius *arg. d. l. 34.* cum nec in utili actione malitiis hominum indulgendum sit, *arg. l. 38. ff. de R. V. ubi post Bartol. ad d. l. 34. n. 2.* Brunnem. *ad l. fin. C. quand. fisco. vel priv. Lenz. in rr. de act. cess. c. 34. n. 23.* B. Dn. D. Frommann *de act. nat. & dat. th. 74.*

§. X.

§. X.

(10.) In transmissione actionum ad heredes. Ubi actio vendita est & cessa, directa & nativa morte venditoris aut cedentis expirat *l. 1. C. de O. & A.* utique si sine herede decesserit, tunc enim, qui obligatus erat ad cedendum, uti est venditor, per mortem subducitur, & herede deficiente nemo est, qui eum representat, & ex obligatione contracte cedere potest, prout etiam in casu actionis actualiter jam cessæ, mortente sine herede cedente idem juris est, mandato scilicet morte extincto. Quia enim nomine cedentis actionem hanc exercere debebat, & cum per mortem cedens & nomen cedentis, juris quoque estimatione, esse definit, non potest non hæc actio pro extincta haberi, aut pro eâ, quæ hoc modo plane esse desit: nisi lis jam desuper fuerit contestata, quia ab hoc tempore cessionarius jam factus est litis dominus, arg. *l. 23. C. de Procur. Alph. de Olea. in tr. de cess. jur. & act. t. 6. qu. 1. n. 14.* Brunnem. *de cess. act. d. c. 5. n. 6. & 7. & addit. ibid.* Frommann *d. l. th. 66.*

10. in
transmissio-
ne
actionum
ad
heredes.

Utilis verò actio sive *dativa*, quæ etiam ante cessionem jam compete-
tebat, in subsidium ab Imp. primitus saltem ex æquitate inducta. *l. 1. l. 2. C. de O. & A.* quamvis postea etiam extra illam necessitatem indulta aut re-
licta sit, *l. 5. C. eod.* & ex propria cessionarii personâ, proprioque hujus
nomine exercenda, etiam post mortem cedentis, tamen sine herede dece-
dat, adhuc dum manet in personâ cessionarii, quippe qui jure sibi perfe-
ctæ jam quæsito utitur, morte cedentis quod nullatenus expirat, *d. l. 1. C. de O. & A. & ibid.* Donell. *n. 46.* Frommann *d. th. 66. in fin.* Cessio-
narius verò si moreretur, actio non expirat, potius verò ad ejus heredes
transmittitur, *l. 33. C. de donat.* & tralatitium est, quod jura & actiones per
hereditatem transferantur aut ad heredes transeant, *l. 60. ff. de R. J. l. 37. ff. de A. vel O. H.* nisi quæ exceptæ reperiuntur, §. 1. *J. de perp. & temp. act.*
cujusmodi exceptio ratione dativarum actionum nullibi, potius vero con-
trarium reperitur *d. l. 33.* Quamvis autem Glossa *ad l. cum precario 12. §. 1. ff. de precar.* Jalon *in l. 7. pr. n. 5. ff. de pact.* Schneidew. *ad §. Rursus 5. §. de act. n. 12.* id tamen rectius per modò deducta alii reprobant, Brunnem. *d. l. post Dec. Vasq. Frommann d. l. post Covarruv. Böckelmann in Exercit. de act. c. 3. n. 3. p. 38.* ubi illam Glossæ & aliorum Dissidentium senten-
tiam gravem & intolerabilem errorem vocat: qui quidem etiam Jalon. pro
sua sententiâ adducit, qui tamen contrarium statuit *d. l.* idque sine dubio
obtinere, ubi in legibus nostris heredum quoque, lege expresse ita disponente,
ratio habetur, veluti *in §. 2. in fin. 7. d. satis d. tut.*

F 3

§. XI,

§. XI.

II. in
sententia-
rum
conceptione
&
publicatione

(II.) In sententiarum conceptione & publicatione. In *nativis realibus* Judex pronunciare tenetur se declarare, quod actori in re controversâ jus in re, quod intenditur, competat, *arg. l. 8. §. 1. ff. de serv. vind. in personalibus* pronunciare debet, reum actori obligatum esse ad hoc, quod est in obligatione, præstandum.

In *dativis* verò *realibus* & *personalibus* concipere eum in modum sententiam non potest, cum actori nec jus in re, nec jus ad rem, secundum juris regulas, competat, sed facultas agendi saltem à lege ipsi sit data, perinde ac si ipsi competeret, quapropter simpliciter ad restitutionem rei saltem condemnabit. B. Dn. Frommann *d. Diss. th. 75.* Quod verò laud. modò D. Frommann hic & alibi passim, ut & in *Diss. de Divis. act. c. 2. §. 1.* actiones *dativas* & *utiles* ex æquitate appellitet *reales* & *personales*, non ita accipiendum est, ac detur *dativa realis*, aut *dativa personalis*, re verâ ac per se talis, hoc enim contradictio esset in adjecto, *dativa* siquidem est, quæ à lege datur sine intermediâ aliquâ causâ juris vel personarum, vel in re, vel ad rem; *realis* verò est, quæ habet intermediam & proximam causam, jus scil. in re, & *personalis*, quæ habet proximam causam, jus ad rem & obligationem: quæ ergo ex tali causâ subordinatâ & intermediâ generatur qui poterit esse *dativa*, sive immediatè à lege data? Ex vero itaque nulla *dativa* erit *realis*, nulla *dativa personalis*, & vice versâ omnis *realis* & *ex jure* in re descendens actio erit *nativa*, non *dativa*, & omnis *personalis* aut *ex jure* ad rem descendens actio erit *nativa*, nequaquam vero *dativa*. Quando autem *dativa realis* aut *personalis* dicitur, id non fit, nisi ex certâ quâdam analogiâ, aut *ex lege surrogationis*, quia aliquando in defectum *personalis* actionis aliqua actio immediatè à lege datur & substituitur, quo respectu *illa dativa realis*, & *hæc dativa personalis* non incongruè dicitur. Neque enim *dativa* diversa in cæteris est naturæ à *nativâ*, cujus in locum substituitur, & qui *dativam* habet, omnibus *nativæ* juribus, quæ non in specie *nativitatis* jura concernunt, & in eo separant à *nativâ*, utitur, eodemque penè gaudet effectu, *l. 47. ff. de N. G.* unde & *dativa* rei vindicatio *nativam*, exceptâ specialitate in primis in causâ proximâ & subjecto activo, imitatur, competit adversus quemcunque possessorem, gaudet in concursu jure separationis uti *nativa*: unde & conditio certi ex mutuo *dativa* stricti dubio procul juris est: uti id eleganter his ipsis exprimit & egregiè constabit B. Dn. Frommann, in *diss. de act. nat. & dat. th. 59.* vid. suprâ *sect. I. §. 84.*

§. XII.

§. XII.

§. 12. in
concurſu
creditorum.

Denique & 12. in concursu Creditorum insignem planè utilitatem hæc actionum divisio ostendit in casu prælationis, ubi pecunia pupilli aliquis nomine suo aut sibi rem aliquam emit, aliove simili modo sibi comparavit. Hic quidem Jura nostra pupillo concesserunt jus tacitæ hypothecæ in re pecunia pupillari empta specialiter competentis cum singulari insimul prælationis præ aliis hypothecariis simplicibus privilegio, l. 7. pr. ff. qui pot. in pign. & ibid. per voculam initialem: idemque: quæ ad leges præcedd. de hypotheca qualificata disponentes omninò respicit, identitatem casuum & jurium innuens & inter se connectens: quod rectè observat B. Dn. Lauterb. in Coll. Theor. Præct. ad tit. de priv. cred. th. 45. l. 3. ff. d. reb. cor. qui sub tut. l. pen. C. de serv. pign. dat. manum. & indistinctè quidem, sive res fuerit empta à tutore, sive à tertio, cum leges quoad tacitam illam, insimul & qualificatam hypothecam, vi cujus in classe secunda pupillari hypothecaria agens collocandus est, nullibi distinguant, Lauterb. d. l. tit. in quib. caus. pign. th. 51. ita tamen, ut si cum aliis in classe secunda privilegiariis concurrat, collocari debeat ex prioritate temporis, qui ordo regulariter inter hujus generis privilegiarios observatur l. 2. l. 8. C. qui pot. in pign. c. 54. d. R. I. in 6. l. 12. §. 1. qui pot. in pign. Exceptionem vide apud laud. modò Lauterb. d. l. th. 49. Sed in casu, ubi pecuniâ pupillari res ab ipso tutore empta, juxta tacitam istam hypothecam insuper quoque jura nostra concesserunt singulare aliud & conducibilius adhuc privilegium rei vindicationis utilis ex æquitate, s. dativa per sæpius cit. l. 2. ff. quand. ex fact. tut. quæ rei vindicatio dativa cum actione nativa hypothecariâ ad unam eandemque rem vindicandam benè concurrere potest, uti etiam hæc actu concurrunt, per d. l. 2. ff. quand. ex fact. tut. & l. 7. ff. qui pot. in pign. Sed concursu electivo, quia in unum eundemque finem tendunt, cum sit utraque rei persecutoria, Lauterb. ad tit. de priv. cred. th. 45. jung. quæ supra Sect. I. §. 11. scripta. Minimè verò rei vindicatio directa seu nativa, aut ex dominio quali quali prognata concurrere potest, ne quidem electivè aut alternativè, cum aliâ illâ nativâ actione ex jure in re hypothecæ oriundâ, hypothecariâ, quæ duo jura domini & hypothecæ in unam eandemque rem coincidere non posse jam satis evictum. Per hanc hypothecam ergò dum excluditur dominium, & ex hoc resultans rei vindicatio directa aut nativa, pupillis in casu ubi bona tutoris parum sunt sufficientia, & simpliciter & absolute privilegiarii classis primæ, cum iis, qui sunt in classe secundâ per hypothecam

cam qualificatam pr. vilegiati, & utut ejusdem ordinis, privilegio tamen quodam vel ex se, vel saltem ex prioritate temporis fruuntur, & propterea pupillo præferuntur, suum consequi non possent mediante hypothecariâ hâc actione, nisi ei subvenissent jura nostra mediante rei vindicatione utili ex æquitate seu dativâ, per *l. 2. ff. quand. ex fact. tut.* quâ jure separationis extra concursum ante omnes creditores, cujuscunque sint generis aut classis, alios hanc rem breviori, faciliori, & utiliori viâ sibi præcipit. Uti enim dominus rem suam sibi vindicans jure eo utitur, *l. 1. C. privil. fisc. l. 5. §. 18. ff. d. trib. act. l. 38. pr. ff. d. pecul. l. 14. l. 31. pr. ff. d. R. C.* ita non minus & rem talem utiliter saltem sibi vindicans eodem stat loco; in effectu enim & hætenus quoque & in specie quoad jus separationis rei vindicatio directa seu nativa & rei vindicatio utilis ex æquitate seu dativa à se invicem non differunt, sed eodem jure censentur, cum hæc illam imitetur exceptâ specialitate principaliter in causâ proximâ & subjecto activo, inque iis inde quæ promanant differentiis, de quibus hætenus, unde & dativa rei vindicatio adversus quemcunque possessorem competit, & in Creditorum concursu jure separationis perindè ac nativa gaudet, Brunnem. *ad l. 55. ff. d. donat. inter V. & Ux. B. Dn. Frommann. de act. nat. & dat. th. 59.* & ita quoque aliquoties in inelytâ Fac. Jur. Almæ hujus Eberhard. responsum fuisse meminisse datur. Ubi ergò rei vindicatio nativa & directa deficit, & dativa seu utilis ex æquitate in specie alicui concessâ invenitur, utilius hæc intentatur præ hypothecariâ illâ, quæ cum hæc tanquam optimè compatibilis, seüs ac in rei vindicatione nativâ obvenit, concurrat, ita ut electio sit penes actorem, qui si hanc hypothecariam in casu bonorum tutoris non sufficientium parùm utilem elegerit, imputet deinde sibi, si in damno relinquatur, suumque amplius vel planè non, vel non in totum consequi valeat, juxta §. 5. I. *Quod cum eo, qui in al. pot. est neg. gest.* Patet exinde ad oculos (1.) necessariam omninò & utilissimam in talibus & similibus aliis casibus atque causis esse actionem dativam, quâ carere sine insigni nostro damno atque incommodo nullatenus queamus, quippe quæ ad ductum jurium nostrorum æquissimè laudare magis quàm carpere sacratissimas legum nostrarum Romanarum provisiones conveniret. (2.) Parum attendendas esse illorum meditationes aut hæsitaciones, quibus concursum quidem rei vindicationis, etiam utilis, sed in alio sensu iis acceptæ, & oriundæ ex dominio legali, quæ re verâ esset directa, cum hypothecariâ non negant, dativam tamen aut utilem

demonstra-
 tur
 denuo
 &
 hoc in
 articulo
 necessitas
 &
 utilitas
 actionum
 dativarum
 præ aliis

utilem talem, quæ nomen *utilis ex æquitate* actionis sibi proprium, fecit eam esse concedere nolunt, eamque in totum eliminatam cupiunt, in dominio illo non tamen demonstrabili ex ullâ lege, aut salvâ juris nostri analogiâ admissibili, potius pedem figere allaborantes, in quo tantopere desudat non tantum laudatis. Dn. Schwendendorff. *c. l. & antiquiores & recentiores alii, vid. supr. Sect. I. §. 15. circ. fin. adducti*, sed & Dn. Petrus Müller in *dispr. de pecuniâ pupill. th. 51.* ubi itidem quod *pupillo dominium & rei vindicatio competat per l. 2. l. 8. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. & hanc in rem ex Carpz. p. 2. c. 6. d. 21.* Scabinos Lipsienses respondisse refert his in terminis: *Hat euer Vormund in wâhrerder Vormundschaft etliche Acker Landes erkaufft, ob er nun wohl solches vor sich und in seinem Nahmen gethan, dieweil er aber dennoch selbige Acker mit eurem als des Mündleins Geld bezahlet; So stehet das Eigenthum selbiger Acker euch billich zu und ihr send demnach dieselbe zu vindiciren wohl be fugt.* Quomodo etiam in casu simili rei pecuniâ dotali à marito sibi comparata, & ex hoc facto certo in casu uxori quoque quaesita rei vindicationis utilis iudicat Dn. Schlevögr. in *Diff. d. util. rei pec. dot. comp. vindicationis th. 2.* cui sententiæ quoque subscribere videtur B. Dn. Lauterb. in *Coll. ad Tit. d. privil. cred. th. 45.* concedens diserto dominium & hypothecam posse concurrere. Qui tamen mentem suam dilucidius explicat in *d. Coll. ad Tit. quib. ex caus. pign. tac. th. 51. in f.* ubi expressissimis, quod *per l. 2. ff. quand. ex factu tut.* pupillis etiam competat rei vindicatio utilis, sed NB. non ex iure domini, sed ex æquitate utilis. Ne ergo sibi contradixisse dicatur, priorem illum locum debemus ita interpretari, quod saltem ibi *de effectu* loqui voluerit, quod perinde ac Dominus vindicare possit: uti etiam Brunnem. *ad l. 55. ff. de don. int. Vir. & Ux.* in casu ibi proposito ita quoque disserentem, quod uxor in tali re, & futuri, quæ ibi conceditur, rei vindicatione præferatur omnibus mariti creditoribus, ut Domina, ita intelligere debemus, quasi dixisset, quod uxor perinde ac si esset domina rem illam utiliter vindicare ac iure separationis uti possit, cum & Brunnem. *d. cess. act. supr. cit. loc.* ac passim alibi, ut & Lauterb. actiones dativas largâ manu concedant. Caterum & dissentientes satis refutantur vel unico illo textu in *l. 45. ff. d. R. l.* non admittente concursum domini & pignoris, de quibus latè satis *supr. §§. 11. & 12.* Nec 3. mereri, ut diu in eo hæreamus, quando tandem effugium querunt in duorum horum iurium concursu, non quidem *simulaneo aut copulativo*, quem ipsi rejiciunt, *sed electivo aut disjunctivo*, ita ut res pupilli non simpliciter

hactenus
conspicua
vel
maximè:
&
remouentur
dubia
r.
2.

placiter fiat, sed ita demum, si velit, proindeque in arbitrio ejus sit^o utrum rem vindicare, an verò pignoris jus tantummodo persequi malit^o uno verò electo alterum tollatur, post Sim. Ulr. Pistor. & Marchisell^o Carpz. *d. p. 2. c. 11. n. 13. sqq.* Müller. *in d. Diss. th. 51.* & B. D. Lauterb^o *ad d. r. d. priv. Cred. th. 45. in fin.* quod Dn. Slevogt. *in d. Diss. th. 2. lit. o. p. 10.* ita exprimit, domino illius rei existente actu exercito hypothecam cessare, sive illud verè fiat, sive fictè & per legem, cum fictio idem operetur ac veritas, & sic non repugnare dominium & hypothecam alternativè concurrere. Præterquam enim quod Bachov. *in tr. d. pign. l. 1. c. 12. n. 4. p. 55.* de præsuppositâ illâ pro arbitrio ex duabus istis actionibus, quam quis mavult, eligendi facultatem hoc in genere judicium ferat, id paulò insubtilius ita dici, jam *supra d. Sect. I. §. 12.* demonstravimus, quod plurium actionum concursus statui nequeat, ubi deficit earum existentia & simultanea competentia, quæ necessariò presupponenda, uti præsupponitur electio, quippe quæ non est nisi inter plura jam existentia, quo remittimus. Denique 4. non parum, sed plurimum omninò discriminis etiam & quam maximè in praxi judiciaria subesse, an actionis intentandæ fundamentum ponatur in sola & unicâ immediata legis dispositione, per consequens ea sit dativa, an verò in legali dominio, in legali obligatione &c. & hac ratione. an etiam sub nomine actionis utilis, quod propter textus clarissimos negare non possunt, indigitetur in effectu nativa, ex ejusmodi causis resultans. Etenim (1.) posterius hoc in legibus nostris nullibi habet fundamentum, proinde dum sine lege statutum, nullius poterit esse roboris. In toto jure nostro ne verbum quidem de dominio tali pupillis quæsito in casu *d. l. 2. ff. quand. ex fact. tut.* reperitur, cum tamen actionem utilem ex æquitate s. dativam non tantum hic textus expressissimis suggerat atque inductam ostendat, sed & in casibus similibus alii textus, vid. Frommann. *d. act. divis. in gen. c. 2. §. 3.* uti in genere tot textus actiones tales s. dativas proponentes rem extra dubium collocant: prout nec de præsupposita legali obligatione civili ea aut ad actionem producendam habili atque efficaci verbum aliquod in legibus nostris legitur, unde sponte sua corrui, quod ei superstructum volunt, obligatione merè naturali id præstare non valente, quod in confesso est, vid. *supr. Sect. I. §. 14.* Et ad quid istæ ambages, anxie ita præter & ultra legem extra ordinem hic succurrere volentem, adhuc dum aliam aliquam causam quærendo? quasi lex sola unicè æquitatem intuendo id non possit, nisi sibi quæsito alio adjumento; quasi eam

4.
Et
confirmatur
ulterius
per
rationes
ex
Jure
Jure
usu forensi
petitas.
1.

efficaciam quidem habere possit, ubi necessitas id exigit, in immediatè & extra ordinem producendo legali dominio, legali possessione, legali obligatione, impotens verò sit aut non sufficiens per se in legali aut dativa actione producenda, quo ipso quantum autoritatis detraheretur legi & legislatori quis non videt? Et cur non satius judicari deberet recta viâ ex lege agere, quam diverticula talia, saltem pro sustinendis suis hypotheseibus, nimis superstitiose quærere? (2.) præstat omninò & in processu judiciario, in specie quoque concursus Creditorum felicius terminando rei vindicatione in hoc casu agere dativâ, quam ex legali dominio repetitâ. Qui in hoc se fundat, debet hoc actionis suæ fundamentum, dominium se. plenè, quod difficilè aliàs judicatur, probare, quo non probato succumbet, nec jure separationis suum sibi anticipabit, sed in concursu creditorum suam experietur fortunam, sæpius minùs secundam, ubi massa bonorum non sufficit. E contrario verò qui actionem dativam intendit, tutissimâ & facillimâ ambulabit viâ, saltem legem, quæ actionem talem subministravit, producendo, vid. *huj. Sect. 2. §. 5.* ita facillimo negotio eliditur ista exceptio aut objectio, quasi nulla quoad jus separationis in creditorum concursu extaret differentia inter actionem & in specie rei vindicationem dativam atque nativam, cum utraque jure isto separationis gaudeat. Nam utut hoc in confessio sit & ex nostrâ quoque sententiâ rectissimè defendatur, attamen momentum rei versatur in difficultate & facilitate probandi. Dominium legale quærat quis in legibus nostris, & non inveniet, & si crederet se invenisse, multum laboris inferendum adhucdum foret in eo plenius, quod opus est, probando; dativâ verò actione rectâ viâ agens liber est à tali onere anfractuoso, certoque certius saltem producendo legem actionem ei immediatè dantem suum sibi habeat jure separationis ante concursum. Hæc hæctenus, quando disputatur de competentiâ rei vindicationis dativæ, aut nativæ ex legali dominio oriundæ. Non aliter (3.) se res habet, quando quæritur de concursu actionis alterius generis *nativæ*, hypothecariæ scil. & rei vindicationis *dativæ*, pupillis e. gr. in casu *l. 2. ff. quand. ex fact. tut. concessæ*, qualis concursus rei vindicationis dativæ cum hypothecariâ actione, propitio jure nostro stare queat, nullum habet dubium, quamvis hujus concursus cum rei vindicatione nativâ, etiam ex præsupposito dominio legali orta juri nostro in totum disconveniat: quod sæpius & ferè ad nauseam jam inculcatum est. Sed in isto utilis ex æquitate seu dativæ rei vindicationis & nativæ hypothecariæ concursu utilior omninò est illa rei vindic

vindicatio utilis, quia hæc ipsâ suum præcipere potest, sine periculo sinistri in concursu creditorum eventus, ubi emptor incipit esse non solvendo, bonaque ejus non sufficiunt, quo casu per hypothecariam actionem ipsi parum consultum esse posset, vid. omnino Bachov. in tr. d. pign. l. 1. c. 12. n. 4. p. 14. sq. Nil movet in contrarium, quod actio Serviana s. hypothecaria aliquando utilior esse dicatur per l. 1. §. 2. ff. d. pign. B. Dn. Laurerb. in Coll. ad tit. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr. th. 51. circa fin. Hoc enim certo respectu bene admitti potest, tum in ordine ad contenta d. l. 1. §. 2. ff. d. pign. quem textum tanquam singularem & in interpretatione sua valde difficilem adnotat, & egregie explicat Glos. Angel. de Ubald. ibid. per tot. Coraf. in ad vers. ad d. text. & Bul. ibid. tum & alias in ordine ad dominum, quem pignus apud alium existens vindicare volentem Creditor actione hypothecaria agens repellit & exsuperat, cum & ipsum debitorem pignus possidentem actione hypothecaria ad restitutionem ejus efficaciter convenire possit quâ possessorem, l. 16. §. 3. ff. d. pign. l. 2. C. si unus ex hered. aded ut & adversus dominum, qui rem illam Creditori obligatam sibi vindicare vellet, se defendere queat exceptione constituta hypothecæ l. 6. §. 9. ff. comm. div. l. 10. C. d. pign. act. tum & in ordine ad probationem in casu præsuppositi concursus dominii & hypothecæ, tum enim qui ageret ex dominio qualis quali & rei vindicatione, hoc plenius probare deberet, quod admodum difficile imò difficultissimum haberetur per tradita Carpz. i. Resp. 76. & 77. Malcard. d. probat. concl. 536. agens verò ex pignore hypothecaria actione, & quidem adversus ipsum oppignorantem, sufficeret, si probet solummodò oppignorationem factam, remque in illius bonis fuisse, vid. B. Dn. Laurerb. ad tit. d. pign. th. 69. adversus tertium v. probare etiam oporteret Creditorem, jus oppignorandæ rei, quam petit, oppignorantem habuisse arg. l. fin. C. si al. res pign. vid. Laurerb. d. l. th. 70. Exinde verò nullâ ratione sequitur hypothecariam actionem etiam in hoc nostro casu, de quo hic agimus, utilioiorem esse rei vindicatione ex æquitate utili s. dativâ, propositâ & inductâ favore pupillorum l. 2. ff. quand. ex fact. tut. namque ex antè scriptis jam manifestum est, utilem rei vindicationem esse utilioiorem & tutiorem, ubi bona emptoris non sunt sufficientia, cum ante concursum jure separationis suum consequatur, modò res adhucdum extet, etiamsi dominium, quippe ex quo non agit, non probaverit, ad quod etiam non tenetur, uti nec propitio jure id potest & vincat solummodò se fundans in textu illo actionem dativam clarissimis indulgente, id quod & in aliis actionum dativarum speciebus eadem ratione suo modo ita obtinere juris jam est expediti. Cum itaque ex his satis, ut opinamur, constet, quàm necessaria & quàm utilis sit etiam in foris & Tribunalibus nostris hæc actionum in nativis & dativis divisione, à pluribus nunc abstinemus, eò magis, quia qui adhucdum ulterius, si vacaret, negotari possent usus alii in praxi quoque occurrentes, ex ante deductis, principalioribus, quidem, usibus practicis facili negotio colligi & adjudicari possunt.

S. S. D. G.

ERRATA.

Pag. 14. lin. 19. ante voc. ibi, inferendum est: Schüz. in comp. Laur. ad tit. d. leg. p. 115.
p. 15. lin. 18. pro comprehendi leg. comprehensa & lin. 20. delenda sunt verba: in relictis defuncti rebus in d. l. 1. C. & pon. insuper &c. hypothecariam super iis, quæ fuerint relicta, in res mortui prætare: junct. verb. fin. sed tantum eorum, quæ a testatore ad eum, (heredem scil.) pervenerint, in d. l. 1. C. cum modò traditis.
p. 16. lin. 7. post verb. Unde quoque: add. 4. nec.

Reliqua corrigat B. L.

ULB Halle

3

003 948 390



Sb.





9.33 num. 22. *De 1723*

1723/1

16

PRAXIS IURIS QUO-MODERNA ACTIONUM RENSIUM

In specie
MUM ET DATIVARUM
CONSILIIUM EX ÆQUITATE

In
ARTIIS PRINCIPALIORIBUS
Qua
RE ET FORO EXTANTIORES
divisionem hanc tertiam

DEMONSTRATIONE HAC INAUGURALI
demonstrata,

Quam
TE DIVINI NUMINIS GRATIA
Magnifici Jctorum Ordinis
MA HAC EBERHARDINA
PRÆSIDE



imo, Consultissimo, atque Excellentissimo,
ALE GRASSO, U. J. D.
n. Prof. Publ. Ord. longè Celeberrimo,
Württembergiæ Consiliario Splendidissimo,
ore suo omni obsequii cultu pie suspiciendo,
PRO LICENTIA

res ac Privilegia Doctoralia ritè & legitime consequendi
Januarii MDCCXXIII.
anni Eruditorum Examine submittit

D. BUTTERSACK, *Hornbergensis,*
Casterii Württembergici Advocatus.

Pro, Literis JOSEPHI SIGMUNDI

6 1/2

Farbkarte #13

B.I.G.

Blue
Cyan
Green
Yellow
Red
Magenta
White
3/Color
Black

