







1.
2.
3.
4.
5.
6.
7.
8.
9.
10.



1714.

1. Alberti, Michael: De therapia morborum morali.
2. Bordineller, Geth. Christianus: De successione viduae.
3. Bordineller, Geth. Christianus: De jure creditoris literarum cambi cum vel sine clausula hypothecae in concursu.
4. Bordinus, Hauricus: De testamentis irrevocabilibus.
5. De Boeckmeyer, Justus Henning: De libello alterationis
3 Tomi. 1714-1735.
6. Boygen, Petrus Christophorus: De apostasie merito et felix suspectis.
7. Gladow, Pridericus: De erroribus historicorum vulgaribus.
8. Gruber, Joannes Daniel: De cultura historiae universalis.
9. Ludewig, Joannes Petrus: De obligatione successoris in principatus et clientelas.
10. Ludewig, Joannes Petrus: Differentias juris Romani et Germanici in successione conjugum et dissolutione liberorum... respondet.

11^{er} Ludwig, James Petrus: De sorte suffraganeorum
ecclesiae Vm Pictor. Lips. 2 Tomi. 1714 & 1740



140



LIBRARY
NO.

UNIVERSITÄTS- und
Landesbibliothek Sachsen-Anhalt

ALLE ALBERTI
UNIVERSITÄTS- und
Landesbibliothek Sachsen-Anhalt



[Faint, illegible handwriting, possibly bleed-through from the reverse side of the page]



9.
DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS

DE

1774 50
LIBELLIS
ALTERNATIVIS
QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO CAROLO,

PRINCIPE BORVSSIAE, MARCHIONE BRAN-
DENBURG. RELIQVA

IN REGIA FRIDERICIANA,

PRAESIDE

DOMINO

IVSTO HENNING. BOEHMERO,

D. PROFESS. IVR. ORDIN.

PRO GRADV DOCTORALI

d. 6. Augusti MDCCXIV.

horis ante et pomeridianis

PVBLYCO EXAMINI SVBMITTIT

IOHANNES FRIDERICVS GRVNER,

Aulac ac Reg. Saxo-Coburg. et Hilperhuf. Adu. Ordin.

HALAE MAGDEBVRGICAE,

TVPIB IOHANNIS GRVNERI, Acad. Typ.

Recusa Anno MDCCXX,

DISSERTATIO IURIDICA IN AUCTORALIS

LIBELLUS

ALTERNATIVIS

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPIS AC DOMINI

DOMINO CAROLO

PRINCIPIS BORAVSI ET MARCHIONIS BAVARIE
DEUSBURG. RAVENNA

IN REGIA FRIDERICIANA

DOMINO

IUSTO HENNING BOEHMERO

PRO GRADU DOCTORALI

IOHANNES FRIDERICVS GRVNER

HABE M. G. DEBERGERS
L. J. JOHANNIS GRVNERI, Acad. Typ.
Bonn. Anno MDCCXX





DISSERTATIO INAUGURALIS
IVRIDICA

DE

LIBELLIS ALTERNATIVIS

CAPVT I.

Examen doctrinae vulgaris, de ineptitudine
libelli alternatiui.



Uemadmodum tumultuarius Nimiae subtilitates circa libellum eu- tandae.
processus cursum iustitiae peruertit, sta-
tum controersiae inuertit, & litigantes
a vero tramite auertit; ita nimia circa
ordinem iudicarium subtilitas, & sub
praetextu iuris, excogitata angustae li-
tes ex lite gignit, & ultra vitam homi-
nis protrahit, quas tamen abbreviari,

reip. interest. Nolo hic catalogum huiusmodi subtilium obser-
nationum enumerare, id quod ratio instituti non patitur, sed pro-
uoco tantum ad defectus in foro frequentissimos, qui libellis obii-
ciuntur, vnde saepe accidit, vt, cauta iam plenissime instrueta,
pronuncietur: daß die Klage, inmassen sie angebracht, nicht statt
findet, cum tamen comoda interpretatione plerique defectus
tollit, & secundum normam iuris petita libellorum accipi & in-
telligi queant. Aiunt quidem, *ineptum libellum ex officio a iudice*

A 2

reii-

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

*Forma edendi
actiones apud
Romanos varia*

*in primis per
formulas,*

S. II. Varius olim fuit modus *edendi actionem*, in iudicio instituendam, vt ex *L. i. D. de edendo* constat: neque enim vbique libello, vt quidem hodie, opus fuit. Vel enim actor in libello seu scriptura complecti suam intentionem, & alteri eundem dare vel dictare, vel describendi copiam facere, vel etiam aduersarium suum ad album producere & demonstrare poterat, quod dictaturus est, vel id dicere, quo vti velit. Erant enim formulae, ad quas priuatae lites accommodandae, compositae & in albo publice propositae, ex quibus de genere actionis mox aduersario constabat, cum ad album formularum deducerentur. Collineat huc CICERO *Orat. pro Q. Roscio*, aiens: *Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare possit.* Expressae sunt enim ex vniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publice a Praetore formulae, ad quas priuatis accommodatur. Vnde, qui producendo aduersarium *ad album* demonstrabat, qua formula sit vsurus, ille *edere actionem* dicebatur. Quemadmodum vero hae formulae ideo inuentae sunt, teste POMONIO in *L. 2. §. 6. D. de O. F. vt his inter se homines discernerent, nec actiones, prout vellent, instituerent*, ita admodum probabile est, actores, qui in libello complexi sunt suam intentionem,

tionem, non quibuscumque sed solemnibus verbis & praescri-
 ptis vti debuisset, quia, secundum CICERONIS affirmationem, *in libellis ad-*
 causa cadebat is, qui non, *quemadmodum oportebat*, egerat, h- *hibendas.*
 e. formula liti accommodata non vltus fuerat. Inde veterum
 anxiae subtilitates, an haec vel illa actio, seu formula, in casu con-
 trouerso locum sibi vindicaret, vel non? Inde *viles actiones* ex-
 cogitatae, l. 47. D. de Negot. gest. prout compilatio iuris nostri
 passim docet. vid. IAN VINCENT. GRAVINA de ortu &
 progress. Iur. Civil. p. m. 79. & quid est, quod CICERO Lib. I. de
 Orator. Iure Consultos, vocet, *praecones actionum*, cantores
formularum, aucupes syllabarum, nisi vt ostenderet, adeo formu-
 lis praescriptis actores vti debuisset, vt si vel in syllaba errarent,
 causa eaderent, quam praxin Orat. pro Muraena, fraudis & stul-
 ticiae plenissimam fatetur, additque: *cum per multa pulchre legi-*
bus essent constituta, ea Ictorum ingenis pleraque corrupta ac de-
prauata sunt, id quod rursus ad subtilitates in proponendis &
 persequendis actionibus applicat.

§. III. Caeterum libellus vel aduersario dabatur, eiusque *Libelli Princi-*
 describendi copia ei praebebatur, vel Principi Praesidibusque of- *pi vel magi-*
 ferebatur, quo desideria, postulata & preces offerentis conti- *stratus oblatis*
 nebantur: dicebatur enim libellus, quia in pagellas & parui li- *simplices vi-*
 bri formam complicabatur, SAMUEL PITISCVS in Lexico *densur fuisse*
 Rom. Antiquit. voc. libellus p. 76. Prius pertinebat ad editio-
 nem actionis, solemnibusque verbis constare debebat: poste-
 rius solemnitatem iuris haud desiderabat, quod vel libellus in L.
 9. D. Ad L. Rhod. de iactu docet, locumque habebat, quando,
 aduersario nullo in ius vocato, a Principe, vel aliis magistrati-
 bus, postulabatur, vt vel subnotatione, vel subscriptione, vel
 rescripto, aliquid decernerent, l. 29. D. ad L. Cornel. de fals. Ait
 PAVLVVS in L. 5. D. de in ius vocat: *Neque enim, qui libellum vel*
Principi vel Praesidi dat, in ius vocare Patronum videtur. Proin-
 de quoties causae cognitio postulabatur, quoties altera pars au-
 dienda & sic decretum interponendum erat, id per libellum ex-
 pediri non poterat. Rursus VLPIANVS in l. 9. §. 7. D. de offi-
 cio procons. id confirmat, & ait: *Vbi decretum necessarium est, per*
libellum id expedire Praeconsul non poterit: omnia enim, quaecumque
causae

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

Hinc disputatum est circa libelli aptitudinem.

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

Reuera

Reuera itaque olim exceptio: *Non his verbis agendum est in hac causa*, videbatur illam exprimere exceptionem, quae hodie dicitur *inepti libelli*: quamvis enim nostrae lites non praecise ad certas formulas & carmina sint componendae, adeoque, postquam desit formularum conceptio, subtilitates eiusmodi miserrae debebant esse superuacuae; *l. 47. in fin. D. de negot. gest.*, facillime tamen de ipsis formulis aequè subtiliter hodie disceptatur atque concertatur, ac quidem olim, cuius rei plura suppeditabit exempla nostra dissertatio.

§. V. Quae cum ita sint, paucis quoad praesens thema inquirendum erit, an *formulae alternatiuae* iure antiquo prorsus fuerint reprobatae, ita, ut iis haud agi licuerit, sed agentibus obicienda fuerit exceptio: *Non his verbis agendum esse*? Id enim si planum erit, sententia communis de *ineptitudine libelli alternatiui* tutius retineri, facilius euolui & explicari poterit. *Non tamen formulae alternatiuae a Romanis reprobatae.*

Duo praemitto: (1) formulas ex verbis legum fuisse compositas *l. 2. §. 6. D. de O. J.* & (2) priuatas lites ad formulas fuisse accommodatas, quod supra ex CIGERONE probatum dedimus. Inde infero: Si legis dispositio alternatiua erat, formulam quoque ex lege alternatiue concipiendam fuisse *L. 39. pr. D. de noxal. act. L. 6. §. 1. D. de re iudic. L. 27. §. 2. ad L. Aquil. L. 7. inf. de damn. infect. L. 1. pr. de vi & vi arm. L. 1. §. 1. de insp. ventr. L. 7. pr. de religiof. L. 20. §. 9. de N. O. nunciat. L. 2. §. 1. de aqu. plu. arc. L. 2. §. 5. eod. L. 2. de negot. gest. L. f. C. Si vnus ex plur. hered. L. 1. §. 2. vi legat. seruand. L. 2. vi in possess. legat. L. 10. de administr. & peric. tut.* Deinde, si obligatio, ex qua agi debebat, alternatiua erat, veluti, si Titius promiserat, aedes aut mille se daturum esse, pariter formula alternatiua vtendum, v. gr. *ait Te mihi aut aedes, aut mille dare oportere*, adeo, ut, si alterutrum tantum petitum fuisset, actor exceptione *plus petitionis* repelleretur. *Quae de causa*, ait Imperator §. 33. *l. de action. talis in eare prodita est actio* (h. e. agendi formula) *ut quis intendat, hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere*. Denique etiã formula alternatiua admitti poterat in editione actionis, quotiens incertum erat, quae potius actio teneret? Nam, dicit VLPIANVS in *l. 1. §. 4. D. quod legator. Duas distamus* (hoc est: edimus, alternatiue

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

Quandoque
tamen alter-
natio videtur
libellum.

§. VII. Caeterum, si nec natura negotii nec dispositio legis formulam alternatiuam admitteret, merito reiicienda erit, maxime, si in ipsius facti narrationem incertitudinem induceret; neque enim, qui narrat, illud, aut hoc accidisse, certi quid profert, sed potius aut ignoranter, aut dubie loquitur. Proinde Praetor edixit in actione iniuriarum: qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum sit *l. 7. pr. de iniur.* Explicat verba Edicti *LABEONI* contentiens *VLPIANVS d. l. 17. §. 4. Quod autem Praetor ait: quid iniuriae factum sit, certum dicat, quemadmodum accipiendum sit?* respondent Iure Consulti: certum eum dicere, qui dicat nomen iniuriae neque sub alternatione, puta illud, aut illud, sed illam iniuriam se passum. Plenius eandem rem exposuit *PAVLVS* libro singulari, sub tit. *quemadmodum iniur. agatur*, vnde fragmentorum Pithoeanorum collector, & ex eo *BARNABAS BRISSON. de solemn. pop. Rom. verb. l. V. p. 378.* haec excerptis: *qui iniuriae ager, certum dicat, quid iniuriae factum sit, & taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit. Certum dicit, qui suo nomine demonstrat iniuriam, neque ita, vt per disiunctionem, hoc aut illud accidisse, comprehendat, sed vt necesse habeat, aut vnam nomine suo rem destinare, aut plures ita complecti, vt omnes eas accidisse, cogatur probare. Certum autem an incertum dicat, cognitio ipsius Praetoris est. Demonstrat autem hoc loco Praetor non vocem agentis, sed qualem formulam edat. Certum non dicit, qui dicit se pulsatum, si sit verberatus: sed & partem corporis demonstrat, & quem in modum pugno puta, an fuisse, an lapide: sicut formula posita est: quod Auli Agerii pugno mala percussa est. Illud non cogitur dicere, dextra an sinistra, nec qua manu percussit. Ita si dicat, infamatum se esse, debet adicere, quemadmodum infamatus sit. Sic enim & formula concepta est: quod Numerius Nigidius illam iniuriam Aulo Agerio infamandi causa.*

§. VII.

§. VII. Atque haec quidem obtinebant de iure antiquo, quo *conceptio formularum* vsitata, necessariumque erat, certa ac solennia verba, non vulgaria, in edenda actione adhibere. Sed *formulis istis, aucupatione syllabarum insidiantibus, cunctorum actibus rapidius amputatis*, vti ait l. i. C. de formul. & impetr. sublati, siue id per CONSTANTINVM siue per CONSTANTIVM, siue, quod non sine ratione tuctur IACOB. GOTHOFRED. ad l. un. C. Theodos. de omissa act. impetr. per THEODOSIVM iuniorem factum sit, vid. illustr. THOMASIVS in Naevis Iurispr. ante Iustin. Lib. 2. c. 2. p. 67. liberior solutiorque facta est praxis, vt, quod ratio iuris suggerit, petere, & desideria sua in libello quibusvis verbis complecti possint actores, add. *auth. offeratur C. de Lit. Contest.* Neque itaque amplius circa formulas digladiandum, aut actor cogendus est, vt in verba alterius, forsan elegantius, accuratius, aut subtilius composita, iuret, modo nihil a iuris ratione alienum petierit, vt adeo nec petitum in libello alternativae formatum, statim & simpliciter reiiciendum videatur, licet cum formulis antiquis non adeo conveniat.

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

B

est,

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

Nostra sententia de aptitudine libelli alternatiui.

§. IX. Verum enim vero, re accuratius perpensa, cogor à communi ista sententia recedere, salua de cetero cuiusque auctoritate & opinione, nec enim adstringimur communibus inhaerere sententiis, si iustae contra eas dubitandi rationes adsunt, praesertim si istae in tantum non cohaerere videantur, vt ex propriis ipsorum ita statuentium assertis impugnari possint. Non nego absolute, alternatiuum libellum posse esse quandoque ineptum; quin potius assero, eundem *quandoque* esse reiciendum: Ceterum hoc nego, *regulariter* libellum alternatiuum esse ineptum & reiciendum, nego alternationis seu disunctionis naturae incerti quid inesse aut vitiosi, nego ergo regulam istam communem solido niti fundamento. Vt itaque in compendio sententiam meam proponam, aio, *alternationem per se non vitare libellum, sed quandoque, imo vix plurimum, libellum alternatiuum esse aut necessarium, aut tolerandum, quandoque vero eundem tanquam ineptum & incertum ex causis specialibus esse reiciendum*, id quod in sequentibus distinctim erit explicandum.

Rationes dissentendi a doctrina communi.
(1) Negata vniuersalitas regulae.

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

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

iniur. quam supra §. VII. recitauimus, quae tamen regulam, ita iniur. quacſiti
 definite poſitam, minime confirmat. Qui enim ineptitudinem libel- insufficientia.
 lis ex *alternatione* obſiſcant, primario reſpiciunt ad *concluſionem*,
 eamque alternatiue concipi non poſſe aiunt. At vero in *cit. l.* illud
 tantum aſſeritur, *factum* iplum in libello, cum ſuis circumſtantiis,
 ita eſſe enarrandum, vt iudex certam de eo ideam ſibi formare queat,
 id quod tamen fieri non poſſet, ſi in *facti* circumſtantiis actor ceſpi-
 tet & anceps haereat, & hoc aut illud, aut aliud factum eſſe referat.
 Quid enim, ſi actor diceret, *Beſt. habe ihn geſchimpffet, und ent-*
weder vor einen Ehebrecher, oder aber vor einen Dieb oder ſonſten
ausgeſcholten, an iudex ex hoc libello de ipſo facto certus eſſe pote-
 rit? Et ſi factum certum proponi iudici nequit, quomodo is ferre po-
 terit ſententiam? Pone Gaium in libello aſſerere, Scius wäre ihme
 2000. Thl. ſchuldig, die er entweder ihme geſchenkter, oder von
 ihm erborget, oder doch ſonſt noch reſtire, euidens eſt, proſus *in-*
certum quid enarrari, nec conſtare de *ſpecie futurae litiſ*. Vnde
 diſtinguendum potius eſt inter *alternationem*, quae *factum* in libello
 propoſitum concernit, & quae *concluſionem* vel *petitum* libelli tan-
 git. Priori caſu ſi alternatio dubitationem & incertitudinem actoris
 circa cauſam in litem deduſtam inuoluit, merito reiiciendus libellus,
 vt *incertus* & ineptus, & hoc eſt, quod ex *d. l. 7.* tantum euincitur;
 ſi vero factum ita ſit comparatum, vt circumſtantiæ ipſae al-
 ternationem quandam contineant, non aliter vtique factum enarrari
 poteſt, quam quatenus geſtum eſt, nec libellus ex hac alternatione
 vilo laborat vitio, veluti qui alicui obicit animo iniuriandi, er wäre
 ein Ehebrecher, oder zum wenigſten ein Huren-Weib, Titius wäre
 aus einer Blutschaude gezeuget, oder doch ein Huren-Kind. Hae & ſimiles
 alternationes facti circumſtantiæ, prout geſtae ſunt, concernunt,
 adeoque non aliter referri potuere aut debuere. Poſte-
 riori vero modo, cum concluſio ſeu petitum alternatiuum eſt, non
 ſemper inde oritur *incertitudo* talis, quae libellum ineptum faciat,
 cum nihil impediatur, quo minus ex *facto* quodam certo plura peti
 poſſint, quorum tamen alterutrum duntaxat ex electione rei praestan-
 dum ſit, cui leges illam indulgere. (II) Nullibi in iure alternatiua
 petitio aut *concluſio*, tanquam *regula*, eſt reprobata, quin potius fun-
 damenti aptioris.

in foro fuisse admittas, vtut verbis ad scrupulositatem, & superstitio-
nem vsque solennibus agendum esset. Neque vero haec exempla ad
exceptiones a regula referenda esse, allegari poterit, cum de *regu-
la* in contrarium, alternatiuam formulam damnante, haecenus ne-
quaquam constet. Vnica & primaria olim haec ICtorum obseruatio
erat, formulas actionum ex legibus formandas & priuatis litibus ac-
commodandas esse; prout ergo dispositio legis, prout ratio litis pri-
uatae comparata, ita quoque formula concipienda erat. Iam vero
legislatoris arbitrio subiectum est, vel alternatiue vel simpliciter quid
statuere aut determinare; imo & eis, qui contrahunt, vel qui aliter
disponunt *inter viuos* vel *mortis causa*, integrum est, an *alternati-
ue*, an *simpliciter* & *pure* disponere, stipulari vel negotium deter-
minare velint. Sicuti ergo nullo modo asseri potest, alternatiuam
dispositionem in legibus, contractibus, testamentis, codicillis, trans-
actionibus aliisque quibuscunque negotiis esse prohibitam & ineptam,
ita similiter generaliter dici, aut pro regula assumi nequit, *petitio-
nem & conclusionem libellorum alternatiuam regulariter esse ine-
eptam*, cum eadem ex legibus, contractibus, testamentis aliisque
dispositionibus & factis hominum efformanda sit. Denique (IV) si
dicendum, quod res est, hodie alternatiui libelli frequentiores sunt,
ac quidem apud Romanos, vt etiam alternationes circa *factum* ipsum
& *medium concludendi*, suo modo admittantur, quod vel ex *cu-
mulatione actionum* apparet, Iuri Romano incognita, hodieque ex
iure canonico recepta. Vt adeoque ampliata sit potius admissibilitas
libelli alternatiui, quam restricta.

(4) Repu-
gnantia Prae-
torios Germa-
nicae.

Fundamenta
firmiora con-
seruatae sen-
tentiae addu-
cuntur
defumta (I) a
natura obli-
gationum al-
ternatiua-
rum.

§. XI. Explosa ergo doctrina communi, fundamenta solida
substituenda sunt, ad quae tota haec doctrina reuocari queat; & qui-
dem sex potissimum obseruanda esse iudico. Primum est, *dispositio-
nis & obligationis alternatiuae* hanc esse naturam, vt vtrumque
quidem sit in obligatione *aeque principaliter*, at alterum disjuncti-
uorum tantum in solutione, seu praestatione, vel, vti dicitur in *l. 128.
in fin. de obl. & act. vtraque res ad obligationem ponitur, non ad
solutionem*. Electione itaque opus est, quae debitori regulariter
competit, vt docet *c. 70. de Reg. iur. in VI. in alternatiuis sine
disjunctiuis debitoris est electio, & sufficit alterum impleri. conf.
B. HERTIVS, diss. de Elect. ex obligat. alternat. debitori debita
sect. 1.*

sect. 1. §. 1. seqq. Dico, vtrumque *aeque principaliter* esse in obligatione: in quo latet differentia obligationis vel dispositionis alternatiuae a *subsidiaria*, vbi alterum *praecise & principaliter* debetur, alterum vero tantum *in subsidium*; licet autem hanc quoque *alternatiuam ordinis* vocare soleant, BRUNNEMANN. ad c. 70. de R. l. in VI. n. n. HERTIVS cit. diff. in prolegom. §. 2. minus tamen recte tales dispositiones ad alternatiuas referuntur, quae potius *simpli-* ces dicendae, cum tamen *ex accidenti* alternatiuae esse videantur, alioquin enim omnes obligationes, purissimae & simplicissimae, alternatiuae dicendae essent. Hoc cum a plurimis haud obseruatum sit, & multorum errorum causa extiterit, exemplis quibusdam erit illustrandum.

§. XII. Sic quaelibet lex regulariter *praecise & simpliciter* obligat, etiam in conscientia, ad id faciendum, quod legislator iniungit, alioquin, si id negligitur, in locum eius succedit *obligatio ad poenam*. Quis vero inde cum nonnullis moralistis veteranis concluderet, *obligationem* legum esse *alternatiuam*, vt vel subditi illa, quae legibus imperantur, agant, vel poenam soluant sustineantque? Sane nunquam legislator *primario & principaliter* poenam intendit, sed potius id, quod iubet, praecipitue fieri, quod prohibuit, vult emitti: poena ideo saltem legis pars esse creditur, vt sit remedium cogendi refractarios, ad praestandum id, cuius gratia lex fuit lata; hinc est, quod legislatores *aegre, & praeter intentionem primariam* poenam infligere dicantur. *In subsidium* tantum illam legibus adiiciunt, vt subeant eam subditi, obedientiam legi debitam praestare contra conscientiam detrectantes. Nunquam sane lex obligaret in conscientia, si obligatio eius *alternatiua* dicenda esset, quia sic in arbitrio subditorum positum foret, vtrum id, quod lege imperatum est, facere, an loco eius poenam subire mallerent, quod tamen intentioni legislatoris prorsus aduersatur. Nec diuersa est ratio *poenae conuen-* tionalis, quippe quae etiam tantum *in subsidium* adiicitur, si aduersus promissa factura a debitore fuerit §. 7. l. de V. O. nec enim, qui eam adiicit, principaliter intendit *poenam*, sed vt praestetur, quod debitor promissit; Proinde poenalis obligatio haud dicenda est *alternatiua*, vt debitori relinquatur electio, cum vtrumque *non aequae principaliter* sit in obligatione; Sed creditor adhuc agere possit vel

Quae differunt a subsidiariis,

quae ad poenam

Harum exemplum est obligatio ex lege ad poenam.

it. ad poenam conuen- tionalem.

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

it. in obliga-
tione faci-
endi.

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

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

§. XIV. Ex hac decisione dependet quoque quaestio vulgata: *Huc etiam An praecise venditor teneatur ad tradendam rem venditam?* pertinet quod in dubium vix vocari potest, si vel maxime distinctio, §. *anted.* reiecta, pro vera assumeretur, quia hic adest obligatio dandi. *de traditione rei venditae* Sed, quod mireris, etiam hic nonnulli dissentiunt, prouocantes ad *l. i. fr. D. de Act. emt. vend.* vbi sic VLPPIANVS: *Si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur*, quorum etiam respexisse volunt CELSVS in *l. 12. D. eod.* & Imperatores in *l. 4. C. eod.* Enucleat hanc controuersiam plenius FRANZKIVS *ex. n. qu. 1. per tot.* quam tantum vel ideo hic tangendam putauit, vt inquirerem, vtrum venditor alternatiue dici queat obligatus, vel ad rem tradendam, vel ad interesse? quod contra FABRVM recte negat FRANZK. *rit. de act. emt. vend. n. 42.* & cum eo LAUTERB. *ad cit. rit.* cuius ratio solida haec est, quod omnis obligatio ad interesse sit *in subsidium*, h. e. praesupponat casum, quo res vendita, quae principaliter debetur, amplius praestari vel non possit, vel in eum coniecta sit statum per dolum, culpam, moram, vel, vt ait *cit. l. 4. C. procaciam vendi-*

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

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

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

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

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

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

Alternatiua
& disunctiua
non differunt.

Notatur GOMESIVS.

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

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

§. XIII. Quarta obseruatio esto: *Dari alternatiue dispositio- nes, quae tamen libellum alternatiuum non reddant.* Nimirum (1) si est intuitu personarum *l. f. §. 3. de V. O.* (2) si est intuitu locorum *l. 2. D. de eo, quod cert. loc. l. 5. §. 1. de pos.* (3) intuitu locorum & rerum simul; nam *mixta rerum alternatio*, ait cum SCAEVOLA VLPIANVS in *l. 2. §. 3. de eo, quod cert. loc. locorum alternationi, ex necessitate facit actoris electionem, & in rem propter locum. Alioquin tollis ei actionem, dum vis reo reseruare optionem.* (4) Si est ratione rerum & personarum simul v. c. *dabisne mihi centum, aut Titio aedes?* (5) Ratione conditionis: *Si illud, aut illud factum fuerit*, §. 11. *l. de hered. instit.* (6) Si electio actori competit, vel quod ei reseruata sit, *l. 10. in f. de iur. dor.* vel, quod alias ex natura rei ei debeatur *l. 21. de condict. indeb.* (7) si alterutrum ex rebus alternatiue debitis perit, quia tunc, quod superest, simpliciter debetur *l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc. l. 32. D. de condict. indeb.*

Non omnes dispositiones libellum alternatiuum faciunt.

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

Interim li- bellus debet iuri & nat- urae rei conformis esse.

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

Ut tamen in-
dex libellum
quatenus fi-
eri potest,
saluet.

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

CAP. II.

DE

Libellis alternatiuis genuinis.

§. I.

Observavi iam *cap. antec.* plerosque, qui regulae vulgatae, *libellum alternatiuum esse ineptum*, inhaerent, plures conglomerare exceptiones, more maiorum, qui hac methodo vtplurimum vsi sunt, vt infinitas limitationes & exceptiones colligerent, quae vel regulam plane destruerent, vel quarum maxima pars non erat de regula. Eadem fata etiam haec regula, quam sine examine assumerunt, habuit, occasione cuius plura exempla coaceruarunt, libellum alternatiuum admittentia, quae partim quidem genuinae sunt, partim suspecta & dubia, ad minimum a regula aliena, partim ad *alternatiuam remedium* spectant. Sicuti vero alternationem, quae ex *accumulatione remedium* nascitur, ex causis, *cap. anteced.* allatis, praetereo, ita hoc capite adferam eos casus, in quibus libellus necessario alternative formandus est, qui demum genuini videntur; reliquos autem, qui dubii vel suspecti sunt, vel qui non necessario alternatiue formandi, capite vltimo percurram.

§. II. Libelli alternatiue formandi sunt vel ex dispositione *legis* vel *hominis*. Prius contingit, si lex debitorem disunctiue obligat, & ei electionem relinquit. Verum an eiusmodi dispositio in iure nostro detur, prius inquirendum est. Grauiissime enim obstat, quod virget Ictissimus BERGER, *diss. de sentent. tacit. alternat.* §. 30. censetque, obligationes alternatiuas, quae iuris dicuntur, non alternatiuas, sed successiuas esse. Quam *cap. praeced. subsidiariam* aliquoties diximus, *successiuam* vocat, vt vel definitio eius, quam statim subiicit, docet. Si itaque alternatiuae iuris obligationes possint, *subsidiariae* censendae, sequitur, vt nullus libellus, in his sese fundans necessario sit alternatiue formandus, quin rectius *simpliciter* potius formetur, cum quod *in subsidium* praestandum, ex accidente eueniat, nec conclusionem libelli necessario intret. Deinde, stante hac hypothese, reus quoque condemnari potest, ad id *simpliciter* praestandum, quod *principaliter* debetur, nec in eius potestate

Libellus quandoque necessario alternatiue formandus.

(1) Ex dispositione legis.

Dari alternatiuas iuris proprias

contra Bergerum affirmatur.

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

Et exemplis
probat

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

Aestimatorii
contractus
differentia
ab aliis con-
tractibus.

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

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

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

terem

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

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

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

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

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

D

tandi

tandi ratio erat, *obiter* saltem tangit, aitque: *Ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem*, h. e. illud extra dubium profectum est, cum ex conducto agere possit. Ast quomodo agere debeat, non addit, quia obiter genus actionis tantum exprimit; Cum itaque actio conducti sit quoque actio bonae fidei, & inter alia ad indemnitate tendat, merito quoque ex hoc fundamento alternative agendum erit, ut vel vestimenta reddat, vel pretium restituat, *arg. l. 17. in f. commod.* Si enim alterutrum ei praestatur, indemnitas salvo servatur, adeoque rursus multum refert, quo genere actionis utatur, utrum in eo se fundet, quod reus pretium repetit; an vero ex contractu agat, & indemnitate a reo postulet? & ita electionem ei tribuere debet.

(3) Actio ad
dotandum
aut nubendum.

§. VIII. Praeterea quoque (III.) stuprata contra stupratorem ex praxi hodierna consistoriorum agere debet, *ut eam aut ducat, aut dotet*, si nullam stuprata promissionem matrimonii allegare possit, *CARPZOV. lib. 2. iurispr. Consist. def. 229. n. 4. seqq. B. DN. STRYK. in nor. ad ius eccles. Brunnem. lib. 2. c. 18. §. 16.* Natam hanc esse ex errore quodam sententiam in propatulo est. De iure divino stuprator stupratam praecise ducere tenebatur, & quia de iure Mosaiico dotatio consequens matrimonii erat, eam quoque dotare debebat, *Exod. XXII. 16, 17. Dent. XXII. 28.* Nec ius Canonicum ab hac sententia recessit, sed aperte illam confirmavit in *c. 1. & 2. X. de adul.* Quia vero in nostris foris & terris matrimoniorum non eadem ratio est, ut maritus uxorem post matrimonium contractum dotare debeat, decisio iuris divini & canonici simpliciter applicari haud potuit, adeoque quidam imperiti interpretes existimarunt, commodius esse, si obligatio copulativa, quae ab usu fori aliena est, verteretur in alternatiuam, ut stupratam aut duceret aut dotaret, & ita alterutrum sufficeret. *CARPZ. cit. loc. n. 7.* Tolerari adhuc potuisset haec sententia, si non *alternatiuam*, sed *subsidiariam* contineret obligationem, ut primario ad eam ducendam teneretur, in subsidium vero, si extreme esset contumax, ad dotandum, quia sic iure divino adhuc quodammodo confirmis, nec stupratori electio relinquenda esset, sed stuprata potius *simpliciter*, ut eam duceret, agere possit. Sed, si *CARPZOVIO* credimus, in Saxonia alterutrum sufficit, ut non possit non electio stupratoti competere, nisi gravissima causa

causa

eam tollat. Alibi quoque idem receptum esse testatur B. STRYKIVS *cit. loc.* quamvis BRUNNEMANNVS *ibid.* putet, cum cogendum esse praecise, vt desloratam ducat, quam sententiam merito probarem, nisi praxis communis resisteret. Hoc tamen temperamentum extra Saxoniam non intermittendum esset, vt obligatio stupratoris non tam *alternatiua*, quam *subsidiaria* haberetur. Ipsa enim *dotatio* nihil aliud est, quam praestatio eius, quod interest; quemadmodum vero haec *regulariter in subsidium* debetur, prout cap. 1. ostendi, ita quoque de dotatione aliud iudicium ferri nequit, quam, vt tunc demum debeatur, si nullo modo adduci potest stuprator, vt eam ducat.

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

An hic simpliciter ad ducendum condemnari possit reus?

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

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

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

religione facit. Credebant enim gentiles, manes turbari & inquietari, si temere cadaver erueretur & in alium locum transferretur, quod religioni adversum videbatur.

§. XI. Similiter (V) actio aquae pluviae arcendae quando- (5) Actio a-
que potest esse alternatiua in casu, quem proponit Ictus in l. 2. §. 1. quae pluviae
D. de aqu. & aqu. plu. arc. Quando vetus fossa erat agrorum arcendae.
siccandorum causa, nec memoria extabat, quando facta sit, nec vi-
cinus inferior eam purgabat, adeoque inde siccat, ut ex restagnatio-
ne eius aqua fundo superiori noceret, censuit LABEO, aquae plu-
viae arcendae cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut
actorem patereur in pristinum statum eam redigere. Equidem
actio haec regulariter competit, ad destruendum id, quod manu fa-
ctum est; sed id quidem hic applicari nequit, cum fossa vetus adstet,
cuius initii memoria non extat, & vetustas talis pro lege haberi de-
beat l. 2. pr. eod. Ergo, acquitate suadente, tantum ad purgandam
fossam, non ad eam destruendam agi debet. Quia vero fossa agro-
rum circumiacentium siccandorum gratia comparata erat, & ita omni-
um vicinorum, imo ipsius quoque, in cuius fundo erat, intererat, ut
fossa purgaretur, praecise cogi non poterat, ut ipse suis sumptibus fos-
sam purgaret in vicinorum agrorum commodum, sed ut alterutrum
tantum praestaret. Nec contrarium evincitur ex l. 2. §. 4. eod. ubi
idem casus relatus videtur, & tamen addit Ictus, cogendum esse
vicinum purgare, nam, si verum fateri licet, non omnes circum-
stantiae accurate expressae sunt. Ait PAVLVS: apud Aretium ve-
ro relatum est, eam fossam in superiori fundo, ex qua ad inferio-
rem fundum aqua naturaliter descendebat, cogendum esse vici-
num, scilicet non a domino praedii inferioris, sed ab aliis circum-
iacentium agrorum dominis, quorum agris aqua haec iam nocere in-
cipiebat propter restagnationem, purgare suae extet fossae memoria,
suae non extet, cum sufficiat, quod cursum suum naturalem mutare
inceperit, nec ipsi hoc incommodum pati teneantur, quod naturali-
ter inferior ager a superiore pati debet l. 1. §. 23. D. eod.

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

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

(7) In processu Executio.

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

De effectu clausulae, salutaris.

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

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

§. XV. Pergo ad alteram classem, quando libelli *alternatiue* (II) Ex dispositione hominis, siue *inter vivos*, siue *ultimae voluntate* concepta, modo electio penes debitorem sit, quia alias actor exceptione plus petitionis remouetur §. 34. *l. de action.* Huc pertinent, (I) si contractui adiecta est *aestimatio venditionis gratia*, Vel inter vivos, vt (I) in aestimatione venditionis causa adiecta. quippe quae efficit, vt debitor *alternatiue* obligetur, siue ad *rem*, siue ad *aestimationem* praestandam, nisi creditori speciatim electio reseruata fuerit; & sic in dote aestimato data maritus habebit electionem, vtrum malit rem offerre, an pretium earum. Nam addit, declarationis gratia (Ctus in *l. 10. in f. de iur. dot. cum illa, aut illa res promittitur, rei electio est, vram praestet*, ergo etiam *alternatiue* conueniendus est. Ceterum si tantum nudae *taxationis gratia*, seu in fauorem mulieris, aestimatio adiecta, vt in causa; deteriorationis vel perditionis constet, quid maritus praestare debeat? vxor *simpliciter* agit ad dotem repetendam, si adhuc extat. *l. 21. C. de iur. dot.* idem dicendum de ceteris contractibus, quibus aestimatio adiecta est. *l. 5. §. 3. commod. l. 7. §. 1. de donat. int. vir. & vxor.* (II) Si in contractu principaliter alterutrum promissum, veluti si hoc, aut illud, venditum est, si quidem venditori reseruata electio, ille *alternatiue* actione emti est conueniendus *l. 34. §. 6. de contr. emt. vent.* sed & si quis ex alio contractu alterutrum promittit, debitoris est electio, adeoque *alternatiue* petitio formanda *l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc.* nisi creditor sibi eam reseruauerit *l. 12. de verb. obi. l. 25. de solut.*

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

32 CAP. II. DE LIBELLIS ALTERNATIVIS GENVINIS.

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

His casibus etiam contra heredem alternatiue agendum.

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

CAP.

CAP. III.

DE

Libellis alternatiuis dubiis.

§. I.

MAior numerus est eorum libellorum, de quibus dubitatur, vtrum alternatiue sint necessario formandi? an vero simpliciter? & denique, vtrum, si alternatiue formati fuerint, subsistere queant, an vero reiici, vt inepti, debeant? Ratio horum dubiorum inde emerfit, quod naturam alternationis plerique non recte euoluerint, nec eas praecautiones, quas *cap. 1.* tradidi, sedulo perpenderit animo, quibus tamen obseruatis, dubia facile dissolui queunt.

Causa dubiorum eic ca libellos alternatiuos.

§. II. Vt itaque iuxta obseruationes *cap. 1.* traditas procedam, (a) neglectus obseruationis §. 15. cap. 1. eius capituli dixi: non esse obligationem alternatiuam, quando non alterutrum, sed vnum idemque tantum est in obligatione seu debito, vtut ex lege ad aliud quid praestandum facultatem habeat debitor: ad quod enim praestandum, extra nexum, reus ex legis dispositione facultatem habet, nullam obligationem inducit, nec pars obligationis dici potest, cum facultas non necessitatem, sed libertatem agendi denotet. Huc refero (1) casum laesionis vltra dimidium in emtione similibusque contractibus. Aiunt Imperatores in *l. 2. C. de resc. vend. Rem maioris pretii, si tu, vel pater tuus, minoris distrauerit, humanum est, vt pretium te restituente emtoribus, resc. vend. vbi fundum venundatum recipias auctoritate iudicis intercedente.*

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

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

Redditio rei emtae est in obligatione.

Ast solutio, quod deest iusto pretio, in facultate emtoris.

E

quod fuerat tempore venditionis, datum esset, quae exceptio docet, eo casu recte agi posse ad rescindendam venditionem, electione sament emtori praestita seruanda, quae non obligationem alternatiuam inducit, sed tantum, prout dictum, innuit, cum se posse liberare a necessitate rem restituendi, si, quod deest iusto pretio, supplere malit. Vtrumque autem non esse in obligatione, vel inde liquet, quod actor vnice se fundet in *laesione enormi*, adeoque, per indirectum, defectum consensus, h. e. exceptionem erroris, praecipitantiac, & minus deliberati animi alleget, quae ad contractum rescindendum sufficiens est, maxime qui bonae fidei est. Illustr. DN. COCCII *Diss. de elect. rei conuent. ex enorm. laes. sect. 1. §. 6.* GVTIEREZ *lib. 2. pract. quaest. 136.* Deinde quando inquiritur, quo remedio laesi vti debeant? euident est, *ordinarium* deficere, neque ex contractu agi posse, cum ex contractu nullum actori competat ius ad rescindendum contractum, sed potius Imperatores respexerunt ad *extraordinarium restitutionis in integrum*, quod primario in *laesione*, concurrente *aequitate*, se fundat. Vtrumque hic adest: legislatores enim *enormem laesionem* supponunt, quae primario in *restitutione maiorum* occurrit; deinde decisionem suam fundant in *aequitate*, dum aiunt, *humanum* esse, vt actori, *restitutionem* urgenti, succurratur; in restitutione autem non adest alternatiua obligatio. Ceterum si emtor supplet, quod deest iusto pretio, *laesio & aequitas* cessat, & ita quoque restitutio in integrum actori amplius indulgeri nequit. B. STRYCK. *in vs. mod. ad tit. de rest. in integr. §. 2.* PINELLVS *ad d. l. 2. p. 2. c. 1. n. 26.*

Hinc (1) libellus alternaue formandus non est;

Licet nequam inceptus reiiciendus sit.

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

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

§. IV. Deinde (II) inde fluit, iudicem, probata laesione, reum (2) Condemnatio simpliciter ad restitutionem rei emtae dirigenda. quod enim principaliter in lite est, ad id sententia dirigenda, iam vero principaliter in hac actione id quaeritur: vtrum laesus contra emtionem restitui debeat? quamuis index euentualiter adiicere posset, es wolste denn Beslagster den Mangel des rechten Werths des Kauff Pretii ersetzen, so ist er alsdann bey dem geschlossenen Kauff zu schutzen. Hic vero Notatur dispositio iuris ALEXANDER III. Papa in alia omnia iuit in c. 3. X. de em. vendit. sponitio iuris errore communi antiquorum interpretum deceptus. Agebant Canonici contra Abbatem quendam, proponentes, quod in venditione syluae cuiusdam vltra dimidium laesi essent. Dederat Pontifex delegatos iudices, qui, probata laesione, pronunciarant, *venditionem non tenere*; appellatione ad sedem Apostolicam facta & suscepta, Pontifex, *habita, cum fratribus & aliis sapientibus, qui legibus iurati iudicant, deliberatione, allegabat, eandem sententiam iuri contrariam se intellexisse.* Quia vero, pergit, *in arbitrio emtoris est, si velit supplere iustum pretium, aut venditionem rescindere, cum res minus dimidia iusti pretii comparatur, sententiam ipsam, tanquam iuri contrariam, irritantes, possessionem monachis iudicauimus esse reddendam.* Videtur Pontifici ex leguleiorum suggestione, sententia optime lata, iuri contraria fuisse, ideo, quod *simpliciter* ad rescindendum contractum directa fuisse, cum potius alternatiue ferenda fuisset. Non ergo mirandum, quod Canonistae ad vnum omnes, quos BARBOSA, GONZALEZ, GRANNAIETO aliique ad h. t. conglomerant, asserant, libellum alternatiue esse concipiendum, & sententiam quoque alternatiue ferendam, praesertim

fectum cum INNOCENTIUS III. Pontifex in c. 6. X. eod. idem confirmasse videatur, sententiam ferendo alternatiuam; *vt praefati ciues aut recepto pretio possessiones restituerent memoratas, aut supplerent, quantum constaret, legitimae venditionis tempore, iusto pretio defuisse.* Insignis itaque hic difficultas nascitur, annon in praxi ius Canonicum sequendum sit, quippe quod in decidendo vbiq[ue] magnam auctoritatem accepit, maxime si sententia iuris ciuiliis dubia, iuris Canonici vero certa sit. Ego vero, quamuis sciam, in praxi multum auctoritati iuris Canonici tribuendum esse, non tamen adeo superstitiosus sum, vt vbiq[ue] eius auctoritati standum esse crediderim. Distinguo potius, vtrum ius Canonicum ex ratione praetensae pietatis vel acuitatis consulto a iure ciuili recesserit, an vero eius decisa sequi intendat, sed ex errore falsam decisionem formet? Priori casu ius Canonicum praeferrri solet in praxi ex rationibus, quas adduxit DN. PRAESES in tract. de iure eccles. Protestant. ad tit. de constitut. qualis casus tamen hic non adest. Posteriori vero admodum dubito, vtrum erroneae interpretationis iuris Canonici sequendae sint, quia Pontifex noluit ius ciuile corrigere, sed tantum ad casus propositos applicare, quamuis in applicatione deceptus fuerit. Similes errores passim occurrunt, inter quos quoque valde notabilis est casus in c. 5. X. de testam. quo Pontifex reprobatur legatum rei alienae, sed ius ciuile non intellexit, & erronee interpretatus est. Neque obstat, quod eadem auctoritas iuri canonico tribuenda sit in interpretatione iuris ciuiliis quam obtinet in correctione. Nam (1) quod correctiones in praxi magnam obtineant auctoritatem praeter iure ciuili, peculiare sunt rationes; (2) quando Pontifex in Decretalibus ad ius ciuile prouocat, illudque erronee applicat, non interpretem, sed iudicem agere voluit, adeoque intentio eiusdem videtur fuisse, non vt leges authenticae interpretaretur, sed potius bona fide credidit, se sensum iuris ciuiliis in applicatione assecutum fuisse, quamuis bona fide deceptus fuerit. Denique (3) ius Canonicum in praxi protestantium cum grano salis accipiendum, nec absolute & vbiq[ue] ei inhaerendum est.

) Re apud
 torem
 emta ven-
 ori laeso

§. V. Tandem (III) inde fluit (quod potissimum obseruat DN. COCCIVS d. diff. sect. 2. §. 5. seqq.) quod re peremta apud emto-rem, venditor laesus amplius agere nequeat, cum restitutioni nullus possit esse locus. Si alternatiua adesset obligatio, si pretii supplementum

tum esset in obligatione, hoc peti posset, cum, alterutro ex alterna- non compe-
 tius perempto, id, quod superest, debeatur simpliciter, quod tamen tit querela
 hic dici nequit. Possem adhuc plures addere effectus, tum ratione L. 2. C. de
 fori, tum ratione emtoris laesi, cui SCHIFFORDECHERS ad
Anton. Fabr. lib. 3. tit. 13. qu. 5. remedium hoc denegat, quod
 tamen minime ei denegandum est, ex rationibus adductis, sed vela
 contrahenda sunt, ne meditatio nimis excresecat.

§. VI. Porro (I) huc refero actiones noxales vel ex delicto pri- (II) Actiones
 uato seruorum competentes, vel ex pauperie mansuetarum bestiarum, noxales,
 Has alternatiuas esse quidam censent, & sic libellum quoque alterna-
 tium hic fingunt, BERLICH. P. 1. concl. 12. n. 14. MARTINI ad
Proc. Sax. tit. 5. §. 1. n. 89. Sed iure profus repugnante. Nam (1) Libellum al-
 in *pr. l. de noxal. act.* disertis verbis dicitur, quod his actionibus ternatum
 domino damnato PERMITTATUR, aut *litis aestimationem sus-* non admit-
ferre, aut ipsum hominem noxae dedere. Damnatur ergo simpli- tunt,
 citer ad litis aestimationem, sed post condemnationem *permittitur,*
 seu *facultatem* habet, se a litis aestimatione liberandi per noxae de-
 ditionem. (2) Evidentius hoc apparet ex *l. 6. §. 1. de re iud.* quae
 decisio obseruationem §. 2. adductam perspicue confirmat. Ait Ictus:
Decem aut noxae dedere condemnatus iudicari in decem tenetur,
facultatem enim noxae dedendae ex lege accepit, h. e. non obli-
 gatur ex causa iudicati, nisi in decem, quod debitum tantum in ob-
 ligatione est: noxae deditio autem tantum ad facultatem rei spectat,
 cum ex dispositione legis possit, si velit, se a praestatione damni libe-
 rare deditio, adeoque nulla hic adest obligatio alternatiua, quod
 ut evidentius demonstret, addit hanc diuersitatem: *At is, qui stipu-*
latus est, decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia
in stipulatione singula per se veniunt (h. e. vtrumque acque princi-
 paliter in obligatione alternatiua est) *eaque singula separatim stipu-*
lari possumus, at iudicium solius noxae deditiois nullum est, sed
pecuniariam condemnationem sequitur (adeoque sententia alterna-
 tiue non ferenda) *noxae deditio in solutione est, quae a lege tri-*
buitur, adeoque in obligatione haud est, sed ad *beneficium* con-
 demnati pertinet, si velit potius noxae dedere seruum, quam iudica-
 tum soluere. Reuera *beneficium* reo indulgeri, vel inde apparet,
 quod sententia, quae in rem iudicatam transit, iustam debendi cau-
 sam

Legitime ta-
men inter-
pretatus to-
lerandus.

sam constituat, & stricto iure a condemnato implenda sit, a cuius im-
plemento tamen per legis *beneficium* liberatur. Proinde libellus al-
ternatiue haud formandus, quamuis, si formatus fuerit, ex aequa
interpretatione sustineri debeat. (3) Huc quoque collineat *pr. l. si*
quadrup. paup. fec. dic. ubi Imperator ita: *quae animalia, se*
noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem a iudicio soluendo,
quia ita Lex XII. tabularum scripta est, seu, hoc beneficium,
contra rigorem iuris, reo condemnato tributum est, vt executionem
declinare queat. Ex quo fluit, adhuc in executione reo id benefici-
um prodesse, & electionem hanc saluam esse. B. HERTIVS *cit. diss.*
sect. 2. §. 8.

(III) Actio
hypothecaria
contra terti-
um possesso-
rum institu-
ta.

§. VII. Insignem quoque usum (III) haec obseruatio praebet in
actione hypothecaria contra tertium possessorem instituenda. De hoc
enim grauissime contenditur: vtrum alternatiue contra tertium in-
stitui possit, daß Beklagter mir entweder das qu. Hauß abtreten,
oder die darauf habbende Schuld der 3000. Dithlr. abtragen müsse.
Affirmant id ipsum quam plurimi, vt BERLICH p. I. *concl. 12. n. 12.*
GAIL, *obs. 62. n. 8.* NICOLAI *de process. c. 9. n. 22.* CARPZOV. p. I.
c. 2. def. 9. n. 1. MVSÆVS *de libello alternatiuo in actione hypo-*
thec. admittendo DN. BERGER *in elect. discept. forens. tit. 5. obs.*
9. n. 1. B. TITIVS *in iure privato l. 12. c. 2. §. 12. seqq.* Sed qui
rigidiores sunt, prorsus hoc negant, & talem libellum ex officio rei-
ciendum esse censent, vid. RIVINVS *in enunciat. iur. enunc. 33.*
SCHVENDENDORFFERVS *ad Fibigium p. 1. c. 2. n. 3. §. 8. lit. k.*
IOH. FLORENS RIVINVS *diss. de libello in actione hypothecaria*
rite formando, quam MVSEI dissertationi opposuit, imo ipse DN.
BERGER *in elect. discept. for. 1777.* praxin contrariam agnoscit, &
fatendum est, ait, opinionem, qua libellus actionis hypothecariae,
tanquam ineptus, reicitur, in foro, praesertim Saxonico Electo-
rati, adeo inualuisse, vt eidem frustra obniarar: quamobrem
nemini auctor sum, vt sententiam, quam ego iutatus sum, sequa-
tur: quin omnes, qui concipiendis libellis operantur, ipsemet
moneo ac cohortor, vt, seposita tantisper doctrina mea, stylo fo-
rensi se accommodent, eumque diligentius attendant, ne, ani-
maduerso tandem vitio, quod vulgo inesse existimatur, libellum,
tanquam ineptum, reiciat, atque adeo ea, quae retro acta sunt,
irrita

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

§. VIII. Equidem, si secundum rigorem iuris iudicandum est, co-
 gor in posteriorem sententiam secedere. Est actio hypothecaria mere li-
 realis & ad rem hypothecae subiectam persequendam tendit, adeoque bellum alter-
 natium re-
 petitum non aliter, secundum naturam huius actionis, quam hoc mo-
 do, formari potest, *Dasß Beklagter das qu. und mir verschriebene*
Unterpfind so lange einräumen müsse, bis ich wegen meines Ca-
pitals, interesse und Unkosten befriediget worden. Ad soluend-
 um debitum possessor nullo modo obstringitur, quia creditor cum
 eo haud contraxit, nec aliud fundamentum obligandi adduci potest.
 Vindicatio autem hypothecae non possessorem obligat, sed rem sequi-
 tur, vt aiunt Imp. in *l. 2. C. si vnus ex plur. hered.* Diuersa est
 ratio ipsius debitoris, hypothecam possidentis, vt & heredum debito-
 ris, hypothecae subiectas res diuisim possidentium, qui conueniri pos-
 sunt, *vt vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant,*
 vt dicitur, *in cit. l. 2.* Sed haec alternatiue petendi ratio non profi-
 ciscitur ex natura actionis hypothecariae, sed potius ex cumulatione
 huius cum personali ex debito, adeoque ad alternatiuas remediorum
 referri debet.

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

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

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

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

alia intentio in petito actoris fuisse videtur, quam quae iuri conueniens est. Hac interpretatione admissa, facile remouetur dubium, quando vrgent, praecudicium ingens possessoris versari, admissio libello alternatio, quia, re extincta, teneretur praecise ad soluendum debitum. Verum hoc praecudicium tunc metuendum esset, si quis intenderet, libellum hunc proprie alternatiuum & vtrumque in obligatione esse. Ast, quia hoc negatur, & asseritur, verba non secundum eorum externam figuram, & prout iacent, h. e. alternatiue, esse intelligenda, sed in sensu iuris, omne dubium cessat: Proinde cum in casu, quem Pontifex in *c. 5. X. de pignor.* adducit, mulier, intuitu dotis, contra tertium possessorem bonorum mariti, hoc modo egisset, *vt aestimatio dotis sibi restitueretur, vel in possessiones, quae mariti fuerant, induceretur*, petitiio haec haud fuit reiecta, aut inepta iudicata, quin potius desuper in fauorem vxoris pronunciatum. Obseruant id ipsum communiter interpretes *ad cit. 2x.* & ideo hunc libellum admissum fuisse censent, quia vnum fuit in obligatione, & aliud in facultate, quo casu alternatiuum libellum admitti posse docent, GRANNANIETTO *ad cit. c. 5. n. 5.* BARROSA *ad d. text. n. 5.*

praecudicium
metuendum.

S. XI. Quae cum ita sint, ad officium iudicis pertinet, in pronunciando sequi iuris rationem, non vero externum verborum corticem, quem conclusio libelli praec se fert, quamuis euentualiter, quod ad facultatem rei spectat, addi vtiliter possit, vt de mente libelli constet: *Dasß Beklagter, einwendens obnerachtet, das qu. Haus Klägern einzuräumen schuldig, er wolte dann die darauf habende Schuld der 2000. Dithlr. nebst restirenden Zinsen freywillig bezahlen, re.* Directo sane eum ad soluendum debitum condemnare nequit, & si hoc faceret, sententia, meo iudicio, foret ipso iure nulla. Equidem Pontifex in supra citato *cap. 5. X. de pignor.* huius obseruationis rationem non habuit, sed pro muliere, contra tertium possessorem alternatiue agente, pronunciauit, *reum mulieri ad restitutionem dotis esse condemnandum, quatenus de bonis fratris sui noscitur possidere.* Sed supra iam obseruauit, Pontificis decisiones, si ad ius Ciuile & trutinam veritatis examinantur, multis scate erroribus, quibus etiam accensendum hoc ipsum exemplum esse

Sententia,
quomodo a
iudice concipienda.

F

credo,

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

(b) Confusio obligationis alternatiuae & subsidiariae.

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

Libellus alternatiuus itidem reiciendus non est.

§. XIII. Interim, si actor etiam hisce in casibus *alternatiue* agit, libellus minime ineptus iudicandus, sed rursus iuxta sensum & mentem iuris accipiendus, ut conclusio libelli non tam pro *alternatiua*, quam potius *subsidiaria* habeatur, quod commode exprimi solet hac clausula: *Oder, in Entstehung dessen*, veluti si emtor actione emti ageret. *Das Beklagter mir das qu. Korn liefern, oder, in dessen Entstehung, das interesse praestiren müsse.* De poenali stipulatione idem dicendum esse *cap. r. §. XII.* iam obseruaui, quamuis enim DN. BERGER *diss. de sent. tac. altern. §. 5.* iudicet, quod poena, contractui adiecta, semper *obligationem alternatiuam* producat, hoc tamen cum grano salis accipiendum, eo sensu, quo *improprie* haec, quae subsidiariae sunt, etiam *alternatiuae* dici solent. Proinde

Notatur Bergerus, quod stipulationes poenales pro alternatiuis habuerit.

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

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

§. XV. Ex hoc quoque prono aluo illud fluit, in obligatione faciendi non esse necessario libellum *alternatiue* faciendum, ut *aut factum, aut interesse* praestet, quod ex iis, quae *c. 1. §. XIII.* tradidi, euident est. Praestatio eius, quod interest, proprie haud referenda ad *facultatem* debitoris, sed spectat ad id, quod in subsidium debetur. Proinde quaestio nascitur, an, si iudex reum ad factum praestandum condemnauit, mandatis poenalibus eum constringere possit, ut iudicato satisfaciatur, & an, si non satisfecerit, poenam exequi possit, non obstante, quod ad interesse sese offerat? quod affirmandum

Libellus hic admittitur, tam simplex ad rem principaliter debitam,

vel ad poenam directam,

In obligatione faciendi Libellus esse potest simplex

& alternati-
aus.

Ex pactis re-
solutiuis
contractui
adiectis agi
potest sim-
pliciter.

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

vel alterna-
tiuo.

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

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

§. XVII. Porro heres, qui ſub conditione, vel in diem lega-
ta ſoluere debet, cautionem eo nomine praefare compellitur, at-
que haec principaliter eſt in obligatione, & ita quoque haec *ſimpli-*
citer a legatariis peti poteſt. *In ſubſidium* demum miſſio in poſſeſ-
ſionem decernitur, ſi heres contumax eſt; adeoque huius in petito li-
belli non eſt praeciſe mentio facienda, quamuis fieri poſſit; quo
iſo euenit, vt petitum alternatiuum eſſe videatur. Haec eſt ſententia
l. 1. §. 2. vi legat. ſeu fideicom. vbi dicitur; *ſed aut ſatis dabitur*
ei, aut ſi ſatis non datur, in poſſeſſionem bonorum Praetor ve-
nire voluit? haec proſiſtitio minime alternatiua, ſed *ſubſidiaria*
dicenda, quod indicant verba, *aut, ſi ſatis non dabitur*, h. e. in
caſu contumaciae miſſio decernenda, quippe quae eſt ordinarium
contra contumaces cogendi medium,

§. XVIII.

§. XVIII. Eadem obligatio est in legato rei alienae, quam ^{Rei alienae} legatarum per-
 stator alienam esse sciuit, quia heres principaliter obligatur ad eam re-
 dimendam, *vel, si eam non potest redimere*, ad aestimationem eius ^{sequi possu-}
 soluendam, vt disponitur in §. 4. *l. de legat.* In subsidium ergo
 debetur aestimatio, *si heres eam redimere non potest*, id quod an-
 te omnia tentare debet. Quare minime libellus ineptus dicendus, si ^{vel simplici-}
simpliciter legatarius rem legatam petierit, sicuti & ad hoc per sen-
 tentiam condemnari potest, quia illa principaliter in obligatione est:
 sed etiam alternatiue formatus tolerandus, quia ea sententia in peti-
 to expressa censetur, quae legum menti conuenit. ^{vel alterna-}
 tiue.

§. XIX. Denique obseruauit etiam *cap. 1.* in praxi ex acciden- (c) Imperti-
 te libellum posse fieri alternatiuum ex cumulatione remediorum, quam
 alternationem a nostro scopo alienam dixi. Status enim controuer-
 siae *de libellis alternatiuis* potissimum huc rediit, an libellus alterna-
 tiuus *in simplicibus remediis* admittendus sit? Quod si namque duo
 remedia intendantur, illa vel *ad diuersa* tendunt, & sic, utrumque pe-
 ti simul potest: vel *ad idem*, & quidem ex duplici fundamento,
 quo casu alternatiue utrumque fundamentum allegari ex iusta causa
 potest, quam *cit. l.* adduxi, quamuis alterutro idem obtinere intenda-
 mus. Hoc casu alternatiua est petitio non intuitu rerum, sed *re-*
mediorum, quorum in progressu litis actor alterutrum tantum persequi,
 & iudex ex alterutro reum condemnare potest. Quamuis itaque regu-
 la de ineptitudine libelli alternatiui vera esset, hi casus tamen minime
 ad exceptionem referri possent, utpote qui non sunt de regula, quae
 de remediis simplicibus intelligenda. Frustra ergo plerique, qui hanc
 regulam tradunt, tales exceptiones adducunt, quae huc spectant, vt
 vel tradita **DOERINGII, BLASII ALTIMARI, BERLICHII &**
GAILII docent.

§. XX. Superfunt adhuc tres casus celebriores, quibus vt plu- ^{Alia exem-}
 rimum libellum alternatiuum, qui simpliciter formandus esset, ad- ^{pla afferun-}
 mittendum esse censent: (1) in *causis mercatorum*, quippe in qui-
 bus apices iuris attendi non solent, **CARPZOV. P. 1. C. 2. Def. 10.**
MEYERUS ad ius Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 21. n. 3. (2) in causa *spolii*,
DOERING. in biblioth. iur. sub voce alternatiua n. 207. lim. 25. BER-
LICH. P. 1. concl. 12. n. 24. in qua itidem de plano proceditur. (3) ^{Si}

Et exami-
natur.

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

F I N I S.





COROLLARIA.

I.

Clausula salutaris, libellis adiici solita, solido fundamento destituitur, & imperite herba betonica dicitur.

II.

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

III.

Ius Canonicum formulas & subtilitates libellorum, quas in praxi desiderare & obseruare solent, introduxit.

IV.

Libellus post litem contestatam mutari nequit.

V.

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

VI.

In libello nomen actionis non exprimendum.

VII.

VII.

Etiam in processu summario libellus desideratur.

VIII.

Non tamen simpliciter est de substantia omnis iudicii,

IX.

Sententia in matrimonialibus indistincte in rem iudicatam transit.

X.

Sola inuocatio Dei in testem non constituit iuramentum,

XI.

Iuramentum, a cui nullo adiectum, de iure civili nihil roboris habet, quod ius canonicum imprudenter correxit.

XII.

In matrimonialibus positiones cum iuramento dandorum & respondendorum admittuntur.







Healle, Diss., 1714 (A/L)

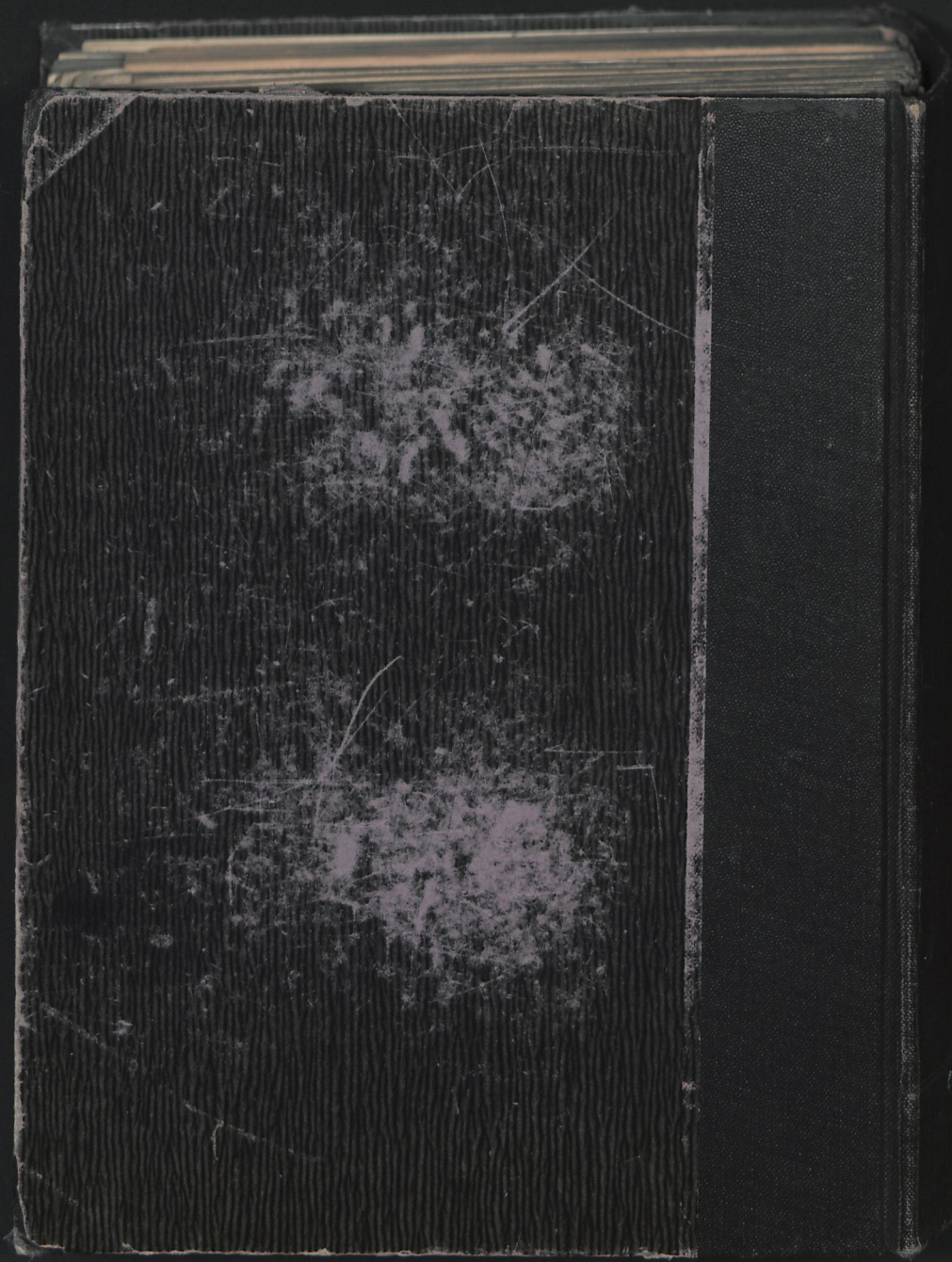
VD18

ULB Halle 3
003 869 970



56c







9.

DISSERTATIO IVRIDICA INAUGVRALIS
DE
LIBELLIS
ALTERNATIVIS
QVAM

177450

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DOMINO CAROLO,
PRINCIPE BORVSSIAE, MARCHIONE BRAN-
DENBURG. RELIQVA
IN REGIA FRIDERICIANA,
PRAESIDE
DOMINO
IVSTO HENNING. BÖHNERO,
D. PROFESS. IVR. ORDIN.
PRO GRADV DOCTORALI

d. 6. Augusti MDCCXIV.
horis ante et pomeridianis

PUBLICO EXAMINI SVBMITTIT
IOHANNES FRIDERICVS GRVNER,
Aulae ac Reg. Saxo-Coburg. et Hilperhuf. Adu. Ordin.

HALAE MAGDEBVRGICAE,
TYPIS IOHANNIS GRVNERI, Acad. Typ.
Recusa Anno MDCCXX,