



Specimen juridicum inaugurale sistens nonnullas quaestiones juris Romani ac hodierni

<https://hdl.handle.net/1874/303857>

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

SISTENS

NONNULLAS QAESTIONES JURIS ROMANI AC
HODIERNI.

LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF TORONTO

QUESTIONES JURIS
ROBERTUS DE ROBERTIS

1504

LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF TORONTO

QUESTIONES JURIS

ROBERTUS DE ROBERTIS

1504

QUESTIONES JURIS

ROBERTUS DE ROBERTIS

1504

QUESTIONES JURIS

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

SISTENS

NONNULLAS QUAESTIONES JURIS
ROMANI AC HODIERNI,

QUOD,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

LUDOVICI CHRISTIANI VAN GOUDOEVER,

MED., CHR. ET ART. OBS. DOCT. ET PROF. ORD.,

NEC NON

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

Pro Gradu Doctoratus

SUMMISQUE IN

JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS

IN ACADEMIA RHENO-TRAJECTINA

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

JOANNES PHILIPPUS VERLOREN,

Ultrajectinus.

A. D. V M. OCTOBRE, ANNI MDCCCLVII, HORA II.

TRAJECTI AD RHENUM,
TYPIS GIEBEN & DUMONT.

MDCCCLVII.

ROYAL ACADÉMIA DE LAS CIENCIAS Y LETRAS DE BURGOS

INSTITUTO DE BURGOS

INSTITUTO DE BURGOS

INSTITUTO DE BURGOS

INSTITUTO DE BURGOS

INSTITUTO DE BURGOS

AVO OPTIMO, CARISSIMO,

SACRUM.

TABLE

CONTENTS

THE HISTORY OF THE

REIGN OF

CHARLES THE FIRST

BY

JOHN BURNET

OF

THE UNIVERSITY OF OXFORD

I N D E X.

QUAESTIONES JURIS ROMANI.

	P.
Ad ULPIANI Fragmenta XXIV § 33.....	1
Ad L. 10 pr. D. de pactis (2. 14).....	6
» » 7 pr. D. de transactionibus (2. 15).....	7
» » 7 D. de capite minutis (4. 5).....	8
» » 4 D. de auct. et cons. tutorum (26. 8).....	14
» » 5 § 2 D. de solutionibus (46. 3).....	23

QUAESTIONES JURIS HODIERNI.

Ad Art. 266 C. C.	26
» » 506 » al. 1.....	28
» » 710 »	30
» » 761 »	31
» » 803 »	33
» » 1639 »	33
» » 1860 § 1 »	36
» » 203 C. M.	38
Nummularius solutum propter falsam apocham condictione indebiti re- petere non potest.....	39
Ad Art. 438 C. M.	41

autem apparet — uti GÖSCHENIUS scribit in sua ed. — (in § 33 l.) negationem a SCHULTINGIO sollicitatam bene se habere. Sane, quod SCHULTINGIUS dicit: » aut quod magis negatio abundat” nunc probari nequit, sed tamen dubium manet, quomodo ULPIANUS hic de omnibus legatorum generibus dicere potuerit, quod unice in legato per damnationem valeat. An ULPIANUS hic minus accurate locutus est?

ULPIANUS videtur verbo *solutorum* stricta significatione usus esse, nempe ut indicaret praestationem ejus quod *debetur*; de do lego legato igitur loqui nequit, nam illud legatum non *debetur*, sed statim legatario acquiritur, qui suam vindicatione petit; si tale legatum integrum (plus debito) vel per errorem praestitum est, nihil obstat quominus heres vindicare possit, cum dominium legatario acquisitum non sit ⁽¹⁾. Quod de vindicationis legato dixi, etiam valet de legato per praeceptionem, in quo nihil ab herede debetur nec datur. — Si autem sinendi modo legatum est et per errorem solutum, condictio indebiti non negatur ⁽²⁾. Ratione igitur hujus legati, ULPIANI verba

(1) BÖCKING in verba: id. sc. juris est de eo legato: in ed. 3^a ad § 253 n^o. l. »ego malim: de do [lego] legato” contrariam sententiam professus videtur; sed in ed. 4^a »ego olim: de do [lego] l. sed jam malim de eod. (eodem) l.”

(2) Nam regula in quibus casus lis infitiando in duplum crescit, cessat condictio indebiti, non locum habet in hoc legato, de quo nusquam dicitur, uti in legato per damnationem relicto, quod infitiatione in duplum crescat. RUDORFF, Zeitschrift für Geschichtl. Rechtswissenschaft, XIV, p. 413.

nimis generalia videntur, sed observare velim, defendi posse, in hujus legati specie veram solutionem locum non habere. Videamus quod GAJUS de eo dicit (II. 214): „sunt tamen, qui *putant* ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet, aut in jure cedat, aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur; quia nihil ultra ei testator imperaverit, quam ut *sinat*, id est ut patiatur legatarium rem sibi habere,” haec opinio GAJI tempore exstabat, et facile ULPIANI tempore non desierat suos habere defensores, secundum eam autem heres dici nequit, legatum sinendi modo solvisse; quod igitur ULPIANUS de legatis perperam solutis dicit, ad hanc speciem non spectat vel etiam — quod verosimilius — GAJUS nobis in § 214 refert opinionem quondam communem, quae autem indicat, quo modo invaluerit, ut verbis: „legatum solutum” intelligeretur *legatum per damnationem*.

Ad leges a SCHULTINGIO citatas movere debeo, eas prima facie valde GAJO et ULPIANO obstare, et inquirendum esse an et quatenus omnes interpolatae sint. Si RUDORFFIUM sequimur, tunc unice si certa pecunia per damnationem legabatur lis infitendo crescebat in duplum l. l. 412. — igitur in locis obstantibus tractabatur de legato aliarum rerum, non de legato pecuniae certae. Cum GAJUS II § 283. legatum per damnationem fideicommisso opponat, sine distinctione an sit certae pecuniae nec ne, RUDORFFII sententia arbitraria videtur. — In l. 9.

Cod. ad L. Falcid. (6. 50): „Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit” unice sermo est de fideicommisso, uti etiam in l. ult. D. de juris et facti (22. 6), quod plane cum GAJO nostro convenit. — l. 7 Cod. condict. indebiti (4. 5): „Fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum, repeti posse explorati juris est,” comparanda est cum l. 4 ejusdem tituli, unde sequitur, hanc legem non posse tractare de legato per damnationem, igitur verbum *vel legatum* hic interpolatum esse vel *sinendi modo* deletum. — Majorem difficultatem parit l. 2 § 1. D. de condict. indebiti (12. 6), sed hic non tam error adest (qui aliquam licet minimam negligentiam in se continet) sed potius causae adsunt, quae omnem negligentiam tollunt; ita ut legata dum solverentur revera debita essent, nam quamdiu testamentum non erat inofficiosum declaratum vel quamdiu postumus non erat natus, legata, adita hereditate, revera debebantur; ita ut benignior interpretatio hic ab imperatore HADRIANO, qui propter aequitatem strictam juris rationem insuper habuit, admissa sit; si postea aes alienum emergerat, non potest condicere, sed tunc demum si *post multum temporis* emergerit, item si codicilli erant *diu* celati. Si igitur heredis negligentiae, licet minimae, imputari potest, quod codicillos non invenerit vel nescierit aes alienum exstare, minime legatum condicere potest. Eadem ratione PAULI locus explicandus videtur, Sent. III 6 § 92.

»Prolatis codicillis vel alio testamento, quibus ademtum est legatum vel certe rescissum, perperam soluta repetuntur;» vel cum RUDORFFIO dicendum p. 415 l. l.: da nämlich die Ademtion in derselben Form geschehen muss wie die Verleihung, so vernichtet sie die Damnation ipso jure, der Legatar⁽¹⁾ hört mithin auf verurtheilt zu sein, es ist so gut als ob er niemals aus einem Damnationslegat schuldig gewesen wäre — si non obstat GAJUS II § 283: »idem scilicet juris de eo legato quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa . . . ,» qui videtur casum spectare ubi legatum damnationis omnino solvendum non erat, non autem de tali casu agere, quo alii personae, quam cui debebatur, solutum est.

L. 3. D. de condict. indebiti (12. 6), autem agit non de illo, qui solvit legata, sed de vero herede, secundum quem de hereditate judicatum est, qui certe legata soluta repetere potest, quia ipse non solvit, et metus dupli eum minime impellere poterat; res ab herede testamentario legatariis praestitae non disierant hereditariae esse et ideo heres legitimus eas vindicare potest. — Hae leges igitur minime adversantur GAJO II 283.

(1) Leg. Erbe.

Ad L. 10 pr. D. de pactis (2. 14).

In l. 58 § 1. D. mandati (17. 1), verbis: »sicut pignus aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum Praetoris.» PAULUS indicat creditorem privilegiatum totam quantitatem exigere posse cum privilegium comparet pignori; at vero in l. 10 pr. D. de pactis (2. 14) dicitur D. Pium ante formam a D. Marco datam rescripsisse, fiscum et reliquos privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere i. e. etiam diminutionem pati debere.

CUJACIUS docet l. 10 pr. D. de pactis, unice referre jus quale erat ante D. Marcum, hanc igitur legem esse fragmentum historicum, cum in l. 58 § 1. D. mandati doceatur jus forense, uti per formam D. Marci erat introductum. Hanc sententiam VANGEROW ideo probandam non esse dicit, quia compilatores existimari nequeunt, unice historiae causa fragmentum tam magnum recepisse; legem 10 pr. praefendam esse ipse existimat, quia quaestionem ex professo tractat, quae in l. 58 § 1 D. mandati unice in transitu attingitur.

Mihi l. 10 pr. D. mandati minime fragmentum historiae causa receptum videtur; ULPIANUS hic prorsus idem ac PAULUS docet; nempe dicit jus a Divo PIO haec in re constitutum a MARCO sublatum esse. Verba et

repeto intelligunt *memoria recordor* sed naturaliter significant *iterum dico*; nempe alii existimabant rescriptum Divi PII adhuc valere, contra quam sententiam ULPIANUS dicit, se iterum dicere, quod jam antea hac de re dixerat, privilegia manere post MARCUM et aliter fuisse constitutum a Divo PIO, nam alioquin adjectio quod D. PIUS (a. 138—161) ante MARCUM (a. 161—176) rescripsit, valde jejuna esset. Verba: »haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt» significant: haec privilegia plena (= omnia) conservanda esse; *conservare* pro *observare* omnino non occurrit, hoc verbum igitur potius privilegia spectat quam rescriptum. »Haec enim omnia *in* his creditoribus» an particula *in* potest nota esse, significans *jure novo*, cum *jus antiquum* occurrat pro jure constitutionibus anteriore, uti in l. 42 § ult. D. de mort. causa donat., l. 19 § 5 D. de castr. peculio, et reliquis locis a BRISSONIO citatis.

Ad L. 7 pr. D. de transactionibus (2. 15).

In l. 7 pr. D. de transact. (2. 15) florentina litera legit: »vel appellare potueris» cum HALOANDER legat *appellari potuerit*. Lectionem florentinam praefendam

esse patet ex hujus legis § 1, ubi dicitur, fidejussorem, qui transegit post rem judicatam, transactione rem judicatam non perimere. Quae verba intelligenda de casu, si fidejussor intra idoneum tempus non transegit, sed si reus principalis absens erat, is adhuc appellare potest, licet enim reus principalis electo fidejussore liberetur, tamen appellare ei licet, quia a fidejussore actione mandati vel negotiorum gestorum contraria conveniri potest. l. 5 D. de appell. (49. 1). Fidejussori igitur non prodest ad transactionem, quod *appellari potuit*; sed ut post rem judicatam bene transigere possit, requiritur, ut ipse, qui transigit, adhuc possit appellare. Secundum lectionem Haloandrinam autem etiam hoc casu, licet fidejussor neglexerit appellare, tamen transigere posset, quia reus principalis appellare potuit, — quod autem in l. 7 § 1, h. t. prorsus negatur.

Ad L. 7 D. de capite minutis (4. 5).

Principium legis 7 D. de capite minutis (4. 5) est vera crux, cum PAULUS hic dicat, tutelae, quae personis in alieno jure positae deferuntur amitti capitis minutione, et sequatur in ipsa lege, testamento datos (uti filios familias) fore nihilominus tutores; quod videtur manifesta

repugnantia, et certe antinomia adest, comparatione facta cum l. 11 D. de tut. et ration. distr. (27. 3).

CUJACII conjecturam »I. A. P. P.» scriptum fuisse, et »jure agnationis proximis potissimum» legendum esse, SCHULTINGIUS ad ULPIAN. fragm. tit. XI, § 9, not. 30, non probandam existimat »cum in ea non tantum negligatur *ro in*, ac plane recedatur in quatuor verbis a vetere scriptura, sed et tutela ex XII tabulis non proximis personis potissimum deferatur, verum et patronis eorumque familiae.» Ipse probat BALDUINI et JACOBI GOTHOFREDI conjecturam »in antiquo jure personis positis deferatur» legendum esse; sed quid tunc significat verbum »positis?» Dicit eo indicari »personas nominatim in L. XII tab. designatas» quod autem certe probari nequit.

CUJACIUS in Observ. IX, 17 vehementer impugnat conjecturam ZOARESI DI RIBEIRA, verba ejus citare liceat. »Etiam Judaei juris civilis sacra admirantur et colunt, qua re gauderem, si non eis superstitiones suas admiscerent. . . . Idem Judaicus legislator in l. tutelas D. de cap. min., quam aliis audaciam objicit, in eam ipse incurrit, dum circumscribit haec verba *exceptis his*; unde regulam quasi generalem se condere ait »minima capitis diminutione non amitti tutelas, quae in alieno jure positis personis deferuntur» quae non est generalis, nec enim comprehendit tutelas, quae personis sui juris deferuntur, quas etiam constat capitis minutione non

deperire, utpote si se tutores in adoptionem dederint, eas scilicet, quae testamento dantur vel lege ATILIA vel ex Senatus consulto, ut cum in locum, muti, surdi, furiosi, excusati, remoti alius tutor datur; quodsi non generalem regulam condidit, nihil egit" (1). His Judaëis epulis delectatur quoque BACHOVIUS explosa CUJACII conjectura — dicit VAN DE WATER, Observ. J. R. III, 13 — qui isti correctioni subscribere nequit "propter rationem ex CUJACIO mox propositam." Sed confiteor me neque CUJACIUM neque VAN DE WATER intelligere, quomodo, arrepta hac emendatione, regula constringeretur ad personas alienae potestati subjectas; nam, deletis verbis *exceptis his*, PAULUS nihil aliud dicit, ac eas tutelas, quae in jure alieno positae personis *deferuntur* i. e. *deferri possunt*, cap. min. non amitti, et ratio in promptu est, tutela quae illi qui in potestate est deferri potest, etiam non debet interire, si tutor incipit in potestate esse; quae sequuntur ex PAULO rem tunc accuratius exponerent. — BACHOVIUM, ad πρώτα Pand., p. 1152 mihi comparare non potui, forsitan eodem modo ratiocinatus est. Acuta certe est conjectura ipsius VAN DE WATER dicentis *deferri* significare *ipsa lege: tutelae quae deferuntur*, igitur

(1) Propter GAJI I, 195 etiam admitti nequit sententia JANI A COSTA ad § 4 Inst. quib. mod. tut. fin.; in lege nostra agi de patrono, qui se in arrogationem dedit, cui hereditas jure praetorio et ita tutela deferretur et qui ita tutelam ad patrem arrogatorem transfert, nam GAJUS dicit "debet sibi tutorem petere" praeterquam PAULUS de casu tam singulari verbis nimis generalibus usus sit.

sunt, *tutelae legitimae*, quas capitis deminutio amittit; in alieno jure positis personis, qui tutores erant (ita ut *positis personis* sit ablativus absolutus), et sic verba sint commate distinguenda » exceptis his quae, personis in alieno jure positis, deferuntur.»

Sed his obstat non unice obscuritas, sed etiam quod PAULUS tunc inepte locutus sit, nam proprie tunc diceret: tutelas etiam non amittit capitis minutio, exceptis his quae ex L. XII tab. deferuntur, si tutor capite diminutus est; nam PAULUS non debet adjicere, tunc capitis diminutionem tollere legitimam, *si tutor capite diminutus sit*, nam notissimum erat arrogatione hanc tutelam finire, et quisnam divinare possit verbis: » in alieno jure positis personis» indicari tutores.

Non multo a VAN DE WATER differt ABR. WIELING Lect. J. C. I, 9, qui tamen verba *in alieno jure personis* casu sexto absolute sumta, nihil aliud hic existimat significare »quam *pupillis non emancipatis*, quibus pater testamento non prospexerat et quos idcirco in legitimam agnatorum tutelam, ex XII Tabulis transire necesse erat;» quae explicatio etiam reprobanda mihi videtur, nam minime verum est, tutelam de pupillis emancipatis non deferri; fratres eorum enim sunt tutores fiduciarii vel fiduciarii loco et in his etiam tutela finitur, si capite minuti sint, cum ipsorum tutela sine dubio parentum tutela non est stabilior; quae autem cum nihil aliud sit quam imitatio patronorum tutelae,

capitis diminutione amittitur (GAJUS, I, 195), nec objici potest, qui de uno dicit non semper de altero negare, et ita PAULUM, admissa hac interpretatione, minime dicere fiduciariam tutelam manere, non obstante capitis diminutione tutoris, — nam PAULUS adjiciendo »*pupillis non emancipatis*» nihil diceret, cum hic non agit de acquisitione tutelae sed de amissione, pupillos autem emancipatos vel non emancipatos fuisse, spectat tutelae legitimae initium et minime finem.

Nec possum probare, quod idem dicit, interpretans verba scholiastae: αἱ γὰρ ἀπὸ τοῦ δωδεκαδέλτου τοῖς ἐμαγκιπῆταις οὐ καταφέρονται, διὰ τὴν γενομένην αὐτοῖς κἀπιτις δεμινοῦτιονα »*emancipatis sc. pupillis*» nam scholiasta loquitur de iis, quibus tutela non defertur, quia emancipati desierant in familia esse.

CONRADI (Parerga, p. 190), cui GLÜCK adsentitur, in hoc loco elegantiam PAULI cernit, *in alieno jure positae personae* sunt agnati, qui in eodem jure — patria potestate — erant positi; mihi autem videtur PAULUS tali modo minime indicare potuisse agnatos, nam agnatorum jura tum demum maximopere conspicua sunt, si amplius in alieno jure positi non sunt, neque in l. 7, ubi PAULUS de in integrum restitutione tractat, idoneus locus fuisse videtur, agnatorum et agnationis originem demonstrandi: filii emancipati etiam in patria potestate positi fuerant cum non emancipatis, hos igitur etiam PAULUS spectaret.

SAVIGNY (System. II, p. 77) contra CONRADI inter-

pretationem monet: »dafür spricht der Scholiast der Basiliken: dagegen der Umstand, dass der Ausdruck nicht bloß unverzeihlich dunkel, sondern grade zu unrichtig ware. Denn nach demselben müssten solche Tutoren zur Zeit der deferirten Tutel in fremder Gewalt stehen (positis deferuntur) was jedoch unmöglich.»

RUDORFF, Recht der Vormundschaft (III, p. 238): »Die richtige Erklärung giebt ein Basilikenscholion Tom. VI, p. 160. Sch. p. in den Worten: τοῦτ' ἐστὶ τοῖς διαμείναντι ὑπεξουσίους μέχρι τῆς τοῦ πατρὸς τελευτῆς. Der Sinn ist also: eine Ausnahme bilden die Tutelen, welche den in dem alienum jus der väterlichen Gewalt gebliebenen Personen, d. h. den Agnaten im Gegensatz der Emancipirten deferirt werden.»

Propter L. 11 D. de tut. et rat. distr. (27. 3) MÜLLERBRUCH, Doctr. Pand. § 587, necesse existimat, ut l. 7 D. de eo accipiamus filio familias, qui adoptione capitis diminutionem passus sit; sed hac explicatione unice tollitur antinomia cum l. 11 l., ipsi in PAULI verbis contradictioni nulla adfertur medela, et insuper obstat analogia cum arrogatione, de qua in § 4 Inst. quib. mod. tut. fin. aperte dicitur, ceteras tutelas (quam legitimas) ea non amitti.

HUSCHKE, uti HALOANDER, »non» ante »deferuntur» ponit (1) ut indicetur legitima agnatorum tutela, quae

(1) Quod etiam HUBER, Eunomia ad h. l. probat, dum se declarat contra illam interpretationem, qua exceptis his significet comprehensis his, nam

illi, qui in patria potestate est, deferri nequit; mihi autem probabilius videtur ita legere »tutelas etiam amittit capitis minutio, exceptis his, q. in i. a. p. p. d.» quod valde suadet lex praecedens in qua ULP. dicit: »nam et cetera officia, quae publica sunt in eo non finiuntur, capitis enim minutio *privata* hominis et familiae ejus jura, non civitatis amittit:» potest igitur in sequente lege exemplum proponi privati juris, quod amittitur, vel civitatis, quod non amittitur; tutela autem origine spectata non est civitatis jus, et tutela legitima certe est privatum et familiae jus, quod capitis minutio amittit. PAULUS igitur, ex mente Triboniani hinc dicere debet: »Tutelas etiam amittit. . . .» Ex ipsis PAULI verbis id confirmari potest; verbo *igitur* explicat quod proxime praecedit (i. e. casus in quibus tutela non amittitur), verbo *sed* ad initium legis revertitur, ad eas tutelas quae capitis minutione intervertuntur.

Ad L. 4 D. de auct. et cons. tutorum (26. 3).

An potest tutor honorarius auctor fieri? tutoris qui

ubi excipere pro comprehendere ponitur, ipsa negotii natura suppediat aliquid generale, cui id quod excipi dicitur, ut speciale segregatur e. g. in l. 6 D. de serv. export.

tutelam non gerit auctoritas sufficit, ut pupillus hereditatem adeundo obligetur (l. 49 de A. H. (29. 2)); in l. 4 D. de auct. et cons. (26. 8) autem dicitur, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo, sciens alium ejus tutelam gerere, dominum me non posse fieri.

AZO, quem GLÜCK sequitur ⁽¹⁾, intelligit l. 4 D. de tutore cui administratio interdicta est, ut idem significet ac »cui administratio concessa non est.» ut sit, uti NOODTIUS monet, *ληπτότης*, figura per quam minus dicitur plus significatur ut »munera nec sperno» i. e. libenter accipio.

CUJACIUS ⁽²⁾ ad AFRICANUM l. 49 de A. H. (29. 2) putat »venditionem, traditionem ab aditione separandam esse, quia aditio *animi* potius sit, quam *facti* vel *administrationis*, l. 20 de A. H. et suppleatur facile animus, quolibet tutore auctore (l. 189 D. de R. I.); venditionem, traditionem, cum *facti* potius sit quam *animi* (l. 7 § ult. D. de curat. fur. (27. 10)) auctoritatem ejus tutoris desiderare, qui negotia gerit.» — quam interpretationem minime probare possum, nam *aditio* in l. 20 D. de A. H. dicitur *juris* potius quam *facti*. item in l. 7 D. de curat. fur. »solutio, venditio, traditio *facti* magis quam *juris*» dicuntur, quod autem minime idem est, atque *animi*, nam nemo negabit animi iudicium (de quo

(1) GLÜCK, XXIX, p. 184 seqq., XXXIII, p. 102 seqq.

(2) Quem sequitur RUDORFF, III, p. 302.

in l. 189 D. de R. I. sermo est) in venditione requiri;
l. 189 D. de R. I. conjungenda mihi videtur cum l. 1
§ 3 D. de A. P. et l. 32 § 2 eod.; ita ut CELSUS loqua-
tur de pupillo infante: »pupillus nec nolle, nec velle
ea aetate, nisi apposita tutoris auctoritate creditur” illic
dicit, quod plene eandem sententiam exprimit, quam
PAULUS in l. 32, § 2, »nam iudicium infantis suppletur
auctoritate tutoris,” et ipse OFILIUS in l. 1 § 3 D. de
A. P. dicens possessionem rem facti non juris esse, di-
cere videtur, solum animum et factum pupilli spectari,
uti eleganter exponit SAVIGNY (Besitz, p. 241 ed. 4) »weil
der Erwerb des Besitzes keine juristische Handlung ist,
folglich auf den *Willen* des Besitzers gesehen werden
muss, ohne dass dieser durch juristische Fiction sup-
plirt werden kann” (1).

Nec adsentiri velim summo CUIACIO in eo quod di-
cit, ut l. 14 § 1 D. de solutt. suae interpretationi con-
cilietur, »atquin solutio, quae facti est, fit recte hono-
rario (fateor), sed ab eo, vel a pupillo eo auctore non
fit recte;” nam in solutione accepta inest alienatio obli-
gationis et minus periculosum est solutionem fieri a pu-
pillo — qui ita liberetur — quam solutionem accipere,
quo casu, si obtinuerit liberatio, et pupillus male con-

(1) Mancipatio certe juris et non facti est, eam autem certe OFILIUS
in nostra l. 4 spectabat, dicens »si . . . eman . . ., dominium me non
posse fieri” nam dominium non ex emtione sed ex mancipatione vel tradi-
tione acquiritur.

sumsit, damnum facile adest; deinde in l. 7 D. de curat. fur. nulla fit inter solutionem et alienationem distinctio.

Nec opponi potest ei solutum esse, tanquam negotiorum gestori, nam qui negotiorum gestori solvit de-
mun liberatur, si dominus ratum habuerit, si rationes a gestore redditae et probatae sint; igitur eo casu non ex solutione proficiscitur liberatio; in l. 14 § 1 non ex post facto, sed ex ipsa solutione liberatio competit. Igitur illa conciliatio, in negotiis quae administrationem spectant, tutorem honorarium non posse auctorem fieri, sed omnino in iis, quae administrationem non spectant, minime recipienda videtur.

Contra AZONIS et GLÜCKII conciliationem, quam probandam existimo, opponit VANGEROW (1) in eadem lege *qui tutelam non gerat* dici eadem vi ac *cui concessa non est*, quibus verbis igitur non possit indicari casus interdictae administrationis. Quae autem censura probari nequit, nam POMPONIVS pergit: »item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus, nec enim id ratum haberi.» Quis autem dicat tutori remoto administrationem interdictam non esse? Praeterea tunc verbum *qui tutelam non gerit* eadem significatione accipienda esse abundaret, ob quam causam minime verba *tutor esse admitti potest*. Quod igitur simul in hac lege

(1) Leitfaden, § 281, p. 454: »und da über dies unmittelbar nachher der allgemeine ausdrück: »tutor qui tutelam non gerit als synonym gebraucht wird mit dem anderen tutor cui administratio tutelae concessa non est.»

sermo est de tutore, qui tutelam non gerit, nihil ad rem, saltem non probat verbis *cui concessa non est*, indicari non posse illum, cui *interdicta est*.

Quod PUCHTA in Praelect. § 352 dicit: »die Honorarii können durch ihre Auctoritas so gut die Handlungsfähigkeit des Pupillen ergänzen, als der Gerens, die Form ist durch ihre Auctoritas so gut beobachtet als durch die des Gerens. Eine andere Frage aber ist die Entscheidung über die Vornahme des Rechtsgeschäfts, welche ein Verwaltungs-act ist. Diese hat allein der Tutor gerens; wenn er aber für die Vornahme des Rechtsgeschäfts entschieden hat, so kann die Form der Auctoritas auch von einem Honorarius beobachtet werden“, *arbitrarium videtur, cum in ipsis legibus nullum vestigium inveniri possit distinctionis, an honorarius ex voluntate gerentis auctoritatem interponat, nec ne; in l. 4 D. de auct. tut. verba: »sciens alium ejus tutelam gerere“ nullius momenti sit, cum potius ex eo res pendeat, an ex consensu tutoris gerentis emptio contracta sit.*

RUDORFF l. l. p. 303 dicit: *tutori honorario rerum administrationem ademptam esse et igitur in alienationem rerum pupilli auctorem cum fieri non posse, sed quod ad reliquas res esse eum revera tutorem, et auctoritatem sine dubio bene interponere posse ad negotia, quae patrimonium, cujus cura tutori gestori commissa est, non spectant (die keinen Eingriff in das dem gerens untergebene Vermögen enthalten) e. g. ad adeundam hereditatem et ad solutio-*

nes accipiendas. Sed quaero, an obligatio (i. e. jus petendi) non contineatur in patrimonio gestori commisso, et aes alienum in hereditate latens, an non ex toto patrimonio solvi debeat, quid igitur juvat talis distinctio?

Notanda mihi videtur ratio differentiae inter OFILII sententiam et l. 49 D. de A. H. Auctoritas tutoris, qui tutelam non gerit, in hereditate adeunda plene sufficit; quia in illa cum altero non contrahitur; in l. 4 haec auctoritas etiam plenam vim habet, si emtor nescit alium ejus tutelam gerere, nam OFILIO placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo, *sciens* alium ejus tutelam gerere, dominum me non posse fieri, quod probat POMPONIUS. Minime potest igitur casum continere initio hujus legis propositum, in quo *scientiae* vel *ignorantiae* nulla fit mentio, cum tractet de tutore, cui interdicta est administratio.

Dubitari potest an POMPONIUS et ULPIANUS in l. 14 § 1 D. de solut. (46. 3) hac in re eadem fuerint opinione; nam POMPONIUS probat OFILII sententiam, quod qui ignorans eo tutore emat, qui tutelam non gerit, pupillum obliget, dum ULPIANUS solutionem a sciente recte fieri existimat tutore non gerente, si autem illi facta est, cui administratio interdicta est, uti etiam POMPONIUS, ignorantiam non prodesse docet, quae omnino prodest si suspectis postulatis solutum est; forsitan disputatur: cum pupillo contracturus facile scire potest, cuinam tutore administratio interdicta est, ita ut

ignorantia ei non prosit; sed tutorem suspectum postu-
latum esse praesumere nequit et ita a solvente exigi
nequit, ut se antea de hac re certiolem faciat. — UL-
PIANO PAULUS in l. 100 D. de solut. adversari videtur, nam
PAULUS dicit, tutoribus rerum provincialium pecuniam,
quae in provincia ita ab his foenerata esset, ut Romae sol-
veretur, non *recte* solvi, nisi specialiter ut *sibi* Romae
redderetur, curaverint, quia qui provincialium rerum
tutores sunt, italica negotia administrare non solent, et
hoc est italicum negotium (l. 21 D. de O. et A.); tutor
rerum provincialium autem sine dubio potius administrare
videtur, quam honorarius. Responsio forsitan ex l. 51 D.
de adm. et per. sumi potest, ubi VENULEJUS: "nam licet
omnes tutores sint, et tutelam gerant, tamen cum quis
de ea re, quae extra suam regionem erit, experiri vel
ad iudicium vocare coeperit, perinde non committitur
stipulatio, atque si ei administratio tutelae *permissa* non
esset, quantum enim facit *in totum denegata*, tantundem
valet, si in ea re, de qua agitur, *denegata* sit." — Sed
magis videtur ULPIANUS in l. 14 § 6 de sol. dissentiri
"sed cum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto
liberationem contingere." Nostra l. 4 inf. explicanda
est ex GAJO I, 182, suspectus remotus nondum desiit
tutor esse, quamdiu alius datus non est, ita dicit POM-
PONIUS *nec ratum haberi*; quia revera adhuc erat tutor;
in l. 14 § 2 D. de sol. subintelligi debet, quod jam
alius tutor erat datus, uti jam monuit RUDORFF.

Quaestio haec prorsus alia via mihi tractanda videtur; ex ipsa l. 4 satis patet auctoritatem valere, nam unice POMPONIUS dicit, quod Praetor emtionem *ratam* habere non debet; si ille tutor auctoritatem non possit interponere, negotium a pupillo gestum ipso jure non valet, et de Praetoris ratihabitione non posset sermo esse, et in integrum restitutio non esset necessaria (l. 16 D. de minor.) (1). — Sane quaeri possit, quid ad rem, an tutor honorarius an gerens auctor factus sit, cum in utroque casu in integrum restitutio locum habere possit? POMPONIUS certe vult indicare Praetorem in tali casu facilius in integrum restitutionem concessurum esse, quam in casu, si ille tutor, qui administrare solet, auctoritatem interposuisset, quia tum facilius pupillus ex ipsa re potest damnum sentire, si e. g. rem non necessariam emebat.

Si haec mea opinio aliquantulum veritatis continet, ex nostra lege argumentum pro BURCHARDII (2) sententia in integrum restitutionem minorum OFILII tempore non-

(1) SAVIGNY, System. VII, pag. 148: »Allein gegen die Nachtheile, die sie durch die Handlungen oder Unterlassungen ihrer Vormünder erlitten, sollten sie restitution erhalten...» l. 16 pr., l. 29 pr. § 1, l. 33 pr., l. 1, 2, 3, 5, C. si tut. (2. 25), l. 4, 5, C. si adv. rem. jud. (2. 27). Si tutor testamento datus, solvendo esse desit, valde utilis est pupillo restitutio in integrum, nam tunc actio in fidejussorem et subsidiaria in magistratum locum non habet, et hypothecca tacita in bonis tutoris demum a Constantino est introducta.

(2) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, p. 231.

dum in usu fuisse, sumi potest; nam OTILIUS videtur loqui de in integrum restitutione propter dolum, cum auctoritas, quae plenam vim haberet, si emptor nesciret alium ejus tutelam gerere, non potest propter hujus scientiam ipso jure *nulla esse*, sed omnino nulla reddi per restitutionem in integrum, quae conceditur propter dolum, qui in hac scientia inest. Cum autem ex eo ipso, quod quis minor et lapsus sit, in integrum restitutio locum habeat, de hac scientia mentionem facere POMPONIO necessarium non videbatur; secundum hanc interpretationem POMPONIUS in eo ab ULPIANO differt, quod POMPONIUS negotium, eo tutore auctore cui administratio interdicta est (ut remoto) gestum, valere existimat, sed a Praetore rescindendum, ULPIANUS autem ipso iure nullum esse docet.

Licet BURCHARDIO adsentiri non velim, demum post CLAUDIUM restitutionem in integrum minorum invaluisse, cum legitima agnatorum tutela mulierum ab eo sublata sit; nam mulieres — sublata legitima agnatorum tutela — tamen in perpetua manebant, quae DIOCLETIANI tempore nequidem omnino cesserat. Vat. fragm. § 325—327.

Si autem in integrum restitutionis ratio hic haberi nequit, ita definiendum videtur: Ubi scientia adest, vel adesse debet et facile esse potest, contractus in favorem pupilli ipso jure non valent, si tutor honorarius vel cui administratio interdicta est, auctoritatem interposuerit; propter malam fidem. — Hereditatis aditio est factum,

ut ita dicam *unilaterale*, pupilli, in quo alter contrahens et hujus mala fides cogitari nequit, et ob hanc causam hereditatis aditio, tutore honorario auctore, valet.

In solutione, licet a sciente facta tutori non gerenti, mala fides non invenitur, nam totum quod debet solvit, et ideo eam valere *ULPIANUS* existimat; dum *PAULUS* in ea cernit negligentiam, quae a dolo nihil differt, et igitur eundem effectum ac mala fides habet, l. 100 D. de solut. Vel etiam intra fines l. 4 subsistendum est, hic agitur de venditione, bonae fidei contractu, qui propter dolum causam dantem — cui mala fides emtoris adsimilatur — ipso iure non valet; solutio autem quam proxime accedit venditioni.

Ad L. 5 § 2 D. de solutionibus (46. 3).

Vulgo statuitur in l. 5 § 2 D. de solut. et in l. 96 § 3 eodem, eundem casum tractari, quod in dubium vocare velim.

Nam in l. 5 § 2 D. de sol. videtur scriptura non integra «cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit, si sint usurae debitae et aliae indebitae, quod solvitur in usuras ad utramque causam usurarum pertinere . . . » an potest emtor pignoris dici *solvere in usuras*?

Emtor nihil aliud solvit quam pretium, et distinctio inter sortem et usuras emtorem non spectat. Ante quod solvitur quaedam omissa videntur, vel etiam est elipsis: »quid statuendum» ita ut in rescripto non directe ad quaestionem propositam responsio inveniatur, nam loquitur de eo: »quod solvitur in usuras» et ut sententia, quid de usuris ex pacto debitis statuendum sit, demum inveniatur in verbis: »pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur» cum non sint solutae proprio titulo, i. e. tanquam usurae. Pretium pignoris igitur acceptum fertur primo in usuras debitas, tunc in sortem, deinde in usuras ex pacto debitas; nec est cum CUJACIO (ad PAPIANUM l. 96 § 3, h. t.) statuendum »hic agitur de usuris quae diversis temporibus pactae vel conventae sunt, quod est certum, et in quas pignus aequaliter obligatum est:» quam sententiam AVERRANIO (Interpret. V, 32, n°. 24) improbat, quia non licet generale rescriptum ad hunc casum non admodum frequentem coarctare, ipse existimat, hic fuisse debita aequalia licet summae usurarum essent inaequales.

Lex 101 § eod. non obstat. Ad difficultatem tollendam autem minime cum PUCHTA (Pand. § 287), PAULUS intelligi debet de casu, quo pignus pro debito civili et naturali datum est, nam nullum vestigium, pro duabus obligationibus pignus datum esse in l. 101 § 1, inveniri potest. PAULUS potius agit de hyperocha, de eo quod ex pretio superest, soluto (vel compensato) de-

bito, cujus nomine res pignori data erat. Quod pretium pignoris in hoc debitum ante omnia imputari debet, tam perspicuum est, ut PAULUS ejus mentionem facere super-
vacuum haberet. In l. 5 § 2 usurae ex pacto debitae solutae non habentur, quia sors adhuc debebatur, hic autem debitum, cujus nomine pignus dabatur, jam est solutum et ita arbitrio percipientis relictum est super-
fluum imputare in usuras ex pacto debitas vel in aliam quantitatem, quae natura tantum debebatur. Verba: «et ideo deducto eo debitum peti posse» igitur non spectant debitum, pro quo pignus datum erat, sed aliud debitum ex causa civili. Si hoc modo PALLUS intelligi potest, tunc l. 101 § 1 bene consonat cum l. 96 § 3 de solut.

— 28 —

QUAESTIONES JURIS HODIERNI.

Ad Art. 266 C. C.

In sententia tribunalis Amstelodamensis d. 21 Nov. 1854 (relata Regtsgel. Bijblad 1855, p. 30—35), verba *laatste gemeene woonplaats* accipiuntur de eo domicilio in quo »de echtgenooten vóór de verlating met elkander zijn gehuisvest geweest,» licet desiit illud legitimum uxoris esse domicilium (p. 34), quia alioquin »de exceptive bepaling geheel nutteloos en overbodig zoude zijn, als zijnde reeds vervat in art. 262 B. W.» Mihi contrarium statuendum videtur. Divortium petendum est in domicilio quod maritus habet tempore desertionis malignae, licet uxor in hoc domicilio tantum legitimum domicilium habuerit et nunquam corpore adfuerit; nam art. 266 C. C. excluditur domicilium mariti, quod adoptavit postquam desertio locum habuit, et uxor v. e. maligne domo aufugit. Dum domicilium Amstelodami erat, maritus domicilium transfert Lugdunum, divortium nunc non est petendum Lug-

duni, uti ex art. 262 fieri deberet, sed pro tribunali Amstelodamensi. Utilitas art. 266 cernitur maxime, si maritus est desertor, tunc mulier non tenetur actionem instituere in novo domicilio mariti e. g. in Hispania v. Gallia, ubi divortium non admittitur. Exceptio in art. 266 igitur minime tollitur, nostra sententia admissa; si conjuges conjunctim revera habitaverunt Amstelodami, postea maritus transfert domicilium Lugdunum et uxor manet Amstelodami, cui maritus alimenta praebet et reliqua officia praestat, tunc maligna desertio nondum locum habet, et uxor licet fortasse nunquam Lugduni fuit, tamen illic commune domicilium habet cum marito art. 161 C. C.; nunc furtim effugit maritus: an potest dici deseruisse domicilium quod Amstelodami non amplius erat? an ex postfacto effici potest commune domicilium non fuisse? — Hoc negandum videtur; igitur in tali casu divortium petendum est in loco ubi uxor corpore nunquam fuit. Ponamus aliquem Amstelodami domicilium habentem uxorem duxisse Lugduni, et antequam uxorem in domum deduxit, ipsum vel uxorem domicilium deseruisse; si systema Amstelodamense sequimur, divortium propter malignam desertionem in tali casu omnino peti nequit, nam nusquam commune domicilium, in quo ipsi versarentur, habuerunt, dum ex nostra sententia sine dubio Amstelodami domicilium commune legale desertum est et illic divortium ex hac causa peti potest.

Ad Art. 506 C. C. al. 1.

Cl. VAN HALL docet (Handl. § 82, B. 2, d. p. 206) prodigum uxorem ducentem egere consensu curatoris et non patris; scriptores illic laudati hanc sententiam non tam apertis verbis professi sunt, parentum mentionem omittentes. Tamen quaedam dubia contra hanc receptam sententiam in medium ferre licet, sciens neminem magis quam aestimatissimum praeceptorem in odio habere triste illud *jurare in verba magistri*.

In art. 506 C. C. remittimur ad art. 95 C. C. si prodigus matrimonium velit contrahere. In art. 95 tutoris tunc demum consensus requiritur, si pater, mater, avi et aviaë deficiunt, igitur etiam curatoris demum his deficientibus consensus requiritur. — Sane interdictione non recidit prodigus in patriam potestatem, sed consensus in nuptias apud nos non pendet a patria potestate. Avus et avia eam nunquam excercent, et tamen eorum consensus et non tutoris in nuptias nepotum exigitur art. 93 et 94. — Si mater non fungitur tutela vel si pater tutelam amisit (si e. g. tutori honorario statum facultatum pupilli secundas nuptias contracturus non exhibuit, art. 407 C. C.) tamen non consensus tutoris, sed matris vel patris interponendus est, igitur minime ex jure tutelae alteri concessa aliquid ex parentum

jure quod ad nuptias minuitur, ita etiam in nostro casu jam ex analogia idem statuendum sit, si non nominatim in principio art. 95 statutum esset, in favorem parentum quorum pietas in hac re tantum valet quam potestas. In art. 514 C. C. de liberis ejus qui in curatione est etiam simpliciter ad art. 95 et 206 provocatur; in hoc art. nulla distinctio invenitur inter prodigum et furiosum liberos habentem, igitur hic casus spectatur verbis „of zich in de onmogelijkheid bevinden om hunnen wil te verklaren,” et sine dubio hic matris vel avi consensus requiritur, nunc mirum sit quod prodigus curatoris, prodigi filius avi vel aviae consensu indigeat.

Obstat nostrae sententiae art. 116 n°. 7 C. C. Pater se non indistincte opponere potest matrimonio filii prodigi, sed unice in eo casu quo hoc matrimonium damnosum filio foret; ex quo conjici possit quod patris consensus filio prodigo necessarius non est, quae restrictio alioquin omnino supervacua esset, si patri, licet hoc matrimonium filio prosit, tamen consensum negare liceat. Sed argumentum a contrario tollere nequeunt verba expressa art. 95, quae summam art. 92, 93, 94 in se continent. Ex art. 116 n°. 7 unice sequeretur quod se opponere non possit matrimonio filii prodigi, si matrimonium non est perniciosum, si in casu 1° art. 116 non contineatur, quod autem adfirmandum est, cum ex art. 118 curator se demum opponere possit deficientibus adscendentibus.

Ad Art. 710 C. C.

Secundum Cl. OPZOOMER (B. W. II, p. 84) in art. 710 C. C. verbo »bezt" indicatur usucapio; et probatio contrarii excluditur, si talis possessio adest. Sed verbum »bezt" sua vi non indicat usucapionem neque in jure nostro exemplum evidens occurrit (1), in quo verbum »bezt" in hac significatione invenitur; omnino dicitur bezitter loco eigenaar, in rubrica sectionis quintae tituli I in libro secundo, »over zaken met betrekking tot derzelver bezitters" et in vernaculo sermone bezittingen fors an loco rerum immobilium, sed »bezt" pro usucapione bene cogitari nequit.

Nec dici posse mihi videtur »het is hier geen eenvoudige vernietiging van een vermoeden, om na opheffing daarvan weder in de oude onzekerheid te verkeeren, maar het is vernietiging door het bewijs, dat het tegendeel van het vermoeden de waarheid is," nam quare aliud valeat ratione possessionis quam signi, quare si signum adest praesumptio praesumptionem vincere potest, quod non fiat si possessio locum habeat. Si sig-

(1) In art. 577 l. 1. verba: »onverminderd door titel of bezit verkregen regten"; huc trahi possunt, sed potius spectare videntur jura ex possessione nata, sc. interdictorum, quae nequidem contra rem publicam cessant.

num praeberet praesumptionem juris et de jure, mira res sit quod titulus, qui forsitan contrarium probat, tollatur per signum, et tunc omnino nihil definiri possit; e. g. si unius fundus totus inclusus sit, alterius autem fundus sepi unice separatur a fundo incluso, titulus produci- tur quod illa sepes posita est a domino fundi non in- clusi in suo, an tunc indicio art. 712 C. C. haec pro- batio ex titulo tollitur?

Ad Art. 761 C. C.

Superficiarius aedes solo jam impositas initio super- ficiei, quarum pretium non solvit, reficere nequit, art. 761 — an autem eas reficere tenetur?

Ex art. 761 C. C. superficiarius prohibetur aedes tollere, quarum pretium non solverat, sed minime ju- betur reficere; si tamen has aedes tollit, tenetur ex art. 1401 C. C. delicto obligatus; si autem nihil culpa in faciendo corrumpit, si tantummodo ruere passus est et re- fectiones in art. 840 C. C. enumeratas omisit, nihil adi- mit nec eo nomine conveniri potest ad reficiendum. — In art. 778 C. C. nominatim conceditur actio in em- phyteutam propter neglectas refectiones, quod ex ana- logia ad nostrum casum extendi nequit: nam emphy-

teusis constituitur ut fundus melius reddatur, talis scopus in superficie non obtinet, quare modus finiendi emphyteusin, — non utendo per modum — art. 780 C. C. superficiarium non spectat. — Obstare videtur art. 762 C. C.; superficiarius non debet meliore conditione frui in aedibus quarum pretium nondum solvit, quam in aedificiis quae ipse extruxit, in his aestimationem accipit quam habent tempore quo jus suum finitur, igitur quidquid sua culpa, licet non faciendo deterius factum est ipse ferre debet, dum in nostro casu damnum sit domini, qui pretium sibi debitum quodammodo compensare (1) tenetur cum pretio, quod alias solvere deberet superficiario. Sed cum legislator in art. 763 C. C. domino succurrit in eo, quod si aestimatio aedium aucta est, superficiario praestare non tenetur quatenus aestimatio pretium debitum superat, forsitan ab altera parte superficiarium non nimis severe tractare voluit, ut etiam resarcire debeat damnum culpa non faciendo datum.

(1) Si talem praesumptam compensationem non admittimus, quomodo superficiarius liberatur ab obligatione sua pretium solvendi?

Ad Art. 803 C. C.

Minus eleganter in definitione ususfructus in art. 803 *usus* omissus videtur; nam legimus: „vruchtgebruik is het regt om van eens ander goed de vruchten te trekken;” ususfructus est igitur jus fructus percipiendi, quid autem sunt fructus? fructus naturales sunt qui sola operante natura ex se nascuntur, uti agni, stercus; industriales qui cultura ex fundo percipiuntur, et civiles sunt pensiones et usurae: igitur secundum hanc definitionem ille cui ususfructus domus relictus est locare quidem possit sed non ipse habitare, nam tunc utitur et non fruitur: ita etiam in art. 808 C. C. unice fructuum mentio fit; ex art. 819 C. C. sane satis patet quod ipse habitare potest, sed eo inelegantia definitionis non tollitur.

In codice napoleontico dicitur *droit de jouir des choses*, quae verba latius patent quam *vruchten trekken*.

Ad Art. 1639 C. C.

Si famulus conductus ante diem, ex quo operarum

praestatio incipere debebat, dimittitur, dubitari potest, an art. 1639 C. C. ei prosit; nam verba art. 1. tractare videntur de conductione cujus dies jam venerat; »dienst verlaten,» »uit den dienst wegzenden,» vix dici potest ubi nondum coepit operas praestare, nondum est in dienst getreden. Sed tamen art. 1639 C. C. vim habet, quia adjectio diei non suspendit obligationem, sed unice executionem (art. 1304 C. C.), igitur quam primum dominus famulum conduxit, jam est in ejus ministerio, et si eum ad executionem obligationis, ad praestationem operarum, non admittit, omnino famulus ante diem definitum ex officio dimissus dici potest.

Sed obstat nostrae sententiae: conditio contrahentium par esse debet, si famulus recedit ante conductionem finitam amittit mercedem debitam (verbeuren zij het verdiende loon), si renuntiat ante diem a quo operae praestandae sunt, nihil amittit quam spem mercedis, quia ei nondum aliqua merces solvenda est quam committere possit, igitur etiam domino licere debet, famulam dimittere ante diem a quo operas praestare debuit, sine necessitate praestandi mercedem sex hebdomadum.

Cui dubitationi respondeamus: conditio domini et famuli in art. 1639 C. C. jam impar est, famulus qui in decima tertia hebdomade migrat mercedem duodecim hebdomadum amittit, dum dominus qui eum in prima hebdomade migrare jubet tamen tantum sex hebdomadum mercedem praestare tenetur; deinde famulus nihil

cibariorum nomine resarcire debet, dum dominus etiam sex hebdomadam nomine alimenta dare debet, igitur mirum non est quod etiam in nostro casu legislator aliud in famulo migrante statuit quam in domino dimittente; famulus — praecipue in paucis diebus ante calendas — tam facile novum herum invenire nequit, quam dominus famulum vicarium (noodhulp).

Argumentum ab analogia ex art. 438 C. M. objici nequit: nautae dimissi, in albo nautarum nondum conscripti, nullam damni resarcitionem accipiunt, sed nautae omnino alio modo tractantur quam famuli, e. g. hi nunquam manu militari in domum deduci possunt.

Insuper monere liceat, regulam generalem art. 1275 et 1279 C. C. — quod illi qui obligationi suae non satisfacit damnum resarcire debet — non cessare in conductione famulorum, sed unice propter difficultatem probationis ejus quod interest lex definit quantum praestandum sit; licet noster casus non prorsus verbis art. 1639 contineatur, tamen propter eandem utilitatem etiam idem modus in nostro casu adhibendus est, nam nulla ratio cogitari potest, quare hic alia damni aestimatio locum habeat.

Ad Art. 1860 § 1 C. C.

Clar. OPZOOMER (B. W. III, p. 233) docet fidejussionem pro invito non valere. Vulgaris theoria mihi autem propugnanda videtur.

Fidejussio est contractus inter creditorem et fidejussorem, voluntas debitoris igitur hac in re spectari nequit, cum fidejussor nullo modo juri debitoris subiectus sit.

Quid si prohibente debitore tamen fidejussionem interposuit? sine dubio creditor tunc fidejussorem convenire potest: »qui fide sua promisit quod TITUS debet;» quomodo fidejussor opponere possit se obligatum non esse, non patet, nam art. 1366 C. C. inf. hinc locum non habet, quandoquidem in art. 1860 § 1 C. C. dicatur, fidejussorem aliquem fieri posse non tantum pro rogante sed etiam pro ignorante, nulla autem ratio sit, hinc argumento a contrario utendi: igitur fieri nequit pro prohibente, cum potius legislator rariorem casum non spectasse dicendus sit.

Lex aperte agnoscit, quod quis pro invito solvere potest, quare non liceat pro invito solutionem promittere? cui plus licet etiam minus licere debet, uti vulgo dicitur, et ratio differentiae inter solutionem pro invito et promissionem solutionis conditionalem pro invito non

adest; nam fidejussor minime demonstrat diffidentiam (wantrouwen) de solvabilitate debitoris, sed creditor. Quodsi fidejussio praecessit debitum, tunc apud debitorem stetit quominus debitor fiat, — si tamen se obligavit quodammodo hanc fidejussionem ratum habuit. Quodsi e contrario jam obligatio principalis contracta est, et tamen creditor fidejussorem accipit, id sine dubio fit ne creditor statim contra debitorem agat; quomodo tali interventione injuria fieri potest debitori? nam si ea dilatione uti nolit, potest statim solvere, cum id non facit, valde iniquum sit, quod possit creditorem impedire fidejussorem accipere, cum non possit eum impedire obligationem cedere (creditor potest TITIO obligationem vendere sub conditione, si debitor non solvit ante Calendas Junias e. g.) quidnam autem id differt a fidejussione?

Actionem fidejussor qui solvit contra debitorem habet ex art. 1876 C. C., sed minime hic doctrina de mandato vel negotiorum gestione totam rem dirimit; igitur a voluntate debitoris actio fidejussoris non pendet; si principia juris Rom. hic sequimur, sane fidejussor qui pro invito se obligavit, curare debuit ut sibi actiones a creditore cedantur, qualem cessam actionem non minus in art. 1876 C. C. quam actionem negotiorum gestorum et mandati contrariam spectasse legislator existimari potest.

Ad Art. 203 C. M.

An aequitati convenit, quod art. 203 C. M. regressus unice conceditur contra trassantem.

Obstare videtur hoc: quilibet indossans solutionem in se suscepit et sua vice est trassans, quod literae cambiales reperiri nequeunt est merus casus, quo indossans a sua obligatione non liberatur; epistola cambii, non obligatio cambii perit; literae cambiales saepe emuntur propter fidem indossantis.

Sed dici potest: Ut regressum quis sumere possit amissis literis cambialibus, debet jus suum probare, licet autem qui regressu agit contra indossantem jus suum probaverit, nondum constat, hunc sua vice jus suum contra auctorem suum, indossantem, remittentem vel trassantem probare posse. Sane ex art. 133 C. M. apographum protestationis semper accipere potest, quod tamen unice praebet initium probationis per scripturam, art. 1926 n°. 4 C. C. quod hic fere nihil juvat, cum in re mercatoria probatio per testes sine hoc adminiculo admittatur. Quamdiu autem hoc jus probare nequit, nullum remedium habet recuperandae pecuniae, quam indossato solvit, igitur ipse teneri non debet, nisi antea quaestioni praejudiciali omnium qui in hac epistola cambiali nomina signaverunt, jus probatum sit.

Quam multis ambagibus id autem conjunctum sit, nemo non videt; res judicata unice valet contra eos qui iudicio intervenerunt, nullus autem terminus adest, quare quis contra alterum agere possit, ut ille contra auctorem suum agat confessoria actione. Indossans igitur ideo liberatur, quia deficiente probationis instrumento facile ad suum pervenire nequit; trassans autem valutam accepit sed nullam dedit, et ille nihil alteri probare tenetur, et ideo aequum est ipsum solvere debere.

Nummularium conditione indebiti repetere non posse quod solverit propter falsam apocham demonstratur in diario, 't Regt in Nederland, IV, p. 197—200 ⁽¹⁾, quae sententia mira videtur, si comparamus art. 166 C. M. ex quo trassato exactor tenetur de veritate omnium indossamentorum. Si nominis subscriptio falsa est, nullum indossamentum legitimum est et igitur etiam in hoc casu exactor trassato tenetur; analogia autem inter trassatum et nummularium manifesta videtur. Praeterea etiam rationes internae contrariam sententiam suadent.

Nummularius unice ei solvere tenetur, qui genuinam apocham exhibet; tenens falsam apocham nullum man-

(1) Conf. LÉON, Regispr. ad art. 222, p. 586.

datum exigendi, igitur nullum jus accipiendi habet; igitur nulla ratio cogitari potest cur conductionem non habeat nummularius (l. 80 § 6. 7. D. de furtis). Si error non est excusabilis, excludi possit condictio indebiti; quae autem quaestio potius facti et ex praeceptis generalibus dijudicanda est; sed minime per se jam error inexcusabilis locum habet si nummularius in apocham falsam solvit; nam quod illic dicitur: nummularius sibi cavere potuit exigendo ut mandans eum antea certiore faciat de apochis datis, nihil ad rem facit, si talis praevia admonitio in usu non est propter celeritatem in commercio. Imprimis autem hic de errore inexcusabili sermo esse non potest, si nominis subscriptio ita verae similis est ut a vera non facile dignosci possit.

Insuper monendum hoc est: ille error nummularii minime praesentanti damnum dedit, qui potius proprio errore damnum passus est; nam eo quod falsam apocham pro vera in solutionem accepit jam damno adfectus est, non eo quod pecuniam restituere tenetur nummulario, qui si statim vidisset apocham non esse genuinam omnino soliturus non fuisset; exactoris conditio igitur eadem manet ante et post solutionem, et de inexcusabili errore nummularii quaeri nequit.

Ad Art. 438 C. M.

Nauta dimissus, ut damni resarcitionem consequi possit, probare tenetur se sine justa causa migrare justum esse.

Art. 439 C. M. nostri hic prorsus convenit cum art. 270 C. de C. »Tout matelot qui *justifie* qu'il est congédié sans cause valable, a droit à une indemnité contre le capitaine...»: quod tamen nolim adfirmare juris gentium esse. Nam in art. 44 Consuetudinis Wisbicensis legitur: »Een schipper winnet sijne schipluiden; dat komt soo, dat hij met eenen van hen te kijven komt, hy heet den schipman uit den schepe gaen ende geeft hem oirlof ende *weet hem geene openbare schuld te geven*, de schipman heeft synen halven loon verdiend:» igitur magister nautae culpam palam facere i. e. probare debet. Nec aliter statutum est in art. 13 Edicti PHILIPPI II, anno 1563: »In ghevalle de schipper yemand van sijnen schiplieden wilt oorlof gheven, sonder openbare schuld, oft quaet-dade, voorleden oft teghenwoordich, hem weten op te zeggen *ende overtuyghen*:» in quo onus probandi apertius magistro imponitur. In codice Borussico (Pars II, tit. 8) § 1552: »Verabschiedet der Schiffer einen Schiffsmann ohne rechtlichen Grund...:» etiam ratione nautae nulla exceptio facta fidetur ab regula

generali, quod ille qui a contractu recedit causam probare teneatur, et idem dicendum est de codice mercaturae Hispanico art. 704: »No puede ser despedido *sin justa causa* el hombre de mar durante el tiempo de su contrata (1).»

Igitur quaeri potest, quare hic aliter se res habet quam in art. 1639 C. C., ubi dominus probare debet justam causam dimittendi adesse, quod si non probaverit, mercedem sex hebdomadam solvere debet.

Nautae ex art. 438 C. M. incumbit probatio se dicto audientem non fuisse, vel sine consensu se nunquam a navi abfuisse, negativi probatio autem valde difficilis est, nam magister, licet reliqui nautae adfirmant, se nescire eum unquam contumacem vel absentem fuisse, id adfirmare possit.

Eadem potest occurrere difficultas si nauta probare debet se ebriosum non esse, si nauta, ex alia navi e. g. Americana dimissus, apud nos receptus, mox postquam tabulis inscriptus est dimittitur, quomodo possit ille probare se ebriosum non esse, quum illi, qui testimonium praebere possunt, jam absint. Sane in plurimis causis nauta magistro jusjurandum deferre potest, sed est dura conditio laesi, qui jus suum unice conscientia adversarii probare potest.

(1) Secundum interpretationem LEONIS LEVI (Commercial-law II, p. 232. London 1852): »A seaman cannot be turned away without just cause during the continuance of his engagement.»

Quod nautae probatio incumbit se dimissum esse aequum videtur, nam alioquin quilibet desertor hanc damni resarcitionem petere possit, quam diu magister non probavit, eum non esse missum sed desertorem navis; si autem nauta probavit missionem, magistro justae causae probationem incumbere propter analogiam cum art. 1639 C. C. existimari possit.

Ex art. 1950 C. C. dubitatio oritur, si nauta reliquorum nautarum testimonium invocat, an magister hos repudiare potest quia eorum interest, propter commune quo singuli continentur studium? si magister probare teneatur, an nauta dimissus reliquos nautas tanquam testes rejicere potest, quia reo praestant operas ejusque quasi sunt famuli? sane si agitur finito itinere jam famuli esse desierunt, sed etiam durante itinere haec quaestio in foro tractari potest.

Sed art. tamen utilitate sua non destituitur, cum aliud quid in nautis statuatur, quam in reliquis famulis. Magister non facile nautas sine justa causa dimissurus est, quia non tam facile alium inveniri potest, cum famulorum domesticorum satis magna copia adsit; deinde mulierum nugae in navi vim non habent. Dignitas, quae magistro tribuenda est, ut disciplina servari possit, exigit nautae probatio imponatur, nam alioquin nautae, propter spem magistrum justam causam probaturum non esse, freno metus liberati nimis petulantes atque voluntarii fiant.

T H E S E S.

I.

Restitutionem in integrum propter dolum praeter actionem vel exceptionem doli locum habere, contra GÖSCHEN Vorlesungen I. p. 569 defendo.

II.

Non probanda SAVIGNII sententia, fidejussoribus non competere beneficium cedendarum actionum.

III.

Conjux domo expulsa, divortium propter malignam desertionem petere nequit.

IV.

Curator furiosi, unice in casu art. 313 C. C., filio ejus status controversiam movere potest.

V.

Non facio cum DIEPHEIS VI. 982: eum, qui neglecta compensatione solvit, *conditionem indebiti* agere posse.

VI.

Societas anonyma, regia auctoritate approbata, a iudice nulla declarari potest, si aut juri publico aut bonis moribus adversetur.

VII.

In art. 219 C. M. actio contra acceptantem non excluditur.

VIII.

Peritis in arte qui dicuntur actio in solidum, honorarii nomine, non competit.

IX.

Art. 357 C. P. non est abrogatus articulo 22 C. Qu. Cr.

X.

Officiali publico, munere abutenti, recte resisti potest.

XI.

Poena mortis non palam, verum in carcere, infigenda videtur.

XII.

Wetten, die de renten beperken, zijn nadelig.

XIII.

Minder juist zegt SAY, *Traité d'Economie Politique*, Ch. IV. p. 70: „Ainsi, lorsqu'on laboure et qu'on ensemence un champ, outre les connaissances et le travail qu'on met dans cette opération, outre les valeurs déjà formées dont on fait usage, comme la valeur de la charrue, de la herse, des semences, des vêtements et des alimens consommés par les travailleurs pendant que la production a lieu, il y a un travail exécuté par le sol, par l'air, par l'eau, par le soleil, auquel l'homme n'a aucune part, et qui pourtant concourt à la création d'un nouveau produit qu'on recueillera au moment de la récolte. C'est ce travail que je nomme *la service productif des agens naturels*.

Cette expression, *agens naturels*, est prise ici dans un sens fort étendu; car elle comprend non — seulement les corps inanimés dont l'action travaille à créer des valeurs, mais encore les lois du monde physique, comme la gravitation qui fait descendre le poids d'une horloge, le magnétisme qui dirige l'aiguille d'une boussole, l'élasticité de l'acier, la pesanteur de l'atmosphère, la chaleur qui se dégage par la combustion, etc.

