

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA

34.

DE
CONDICTIONE
FVRTIVA,

QVAM
CONSENSV
ILLVSTRIS ELECTORVM ORDINIS
ALMÆ AC PER-ANTIQUÆ VNIVERSITATIS
ERFORDIENSIS
PRÆSIDE

DN. CONR. WILHELMO Strecker,

J. V. D. IVD. ELECTORALIS PROVINCIALIS ET FACVLTATIS IVRIDICÆ
IN ALMA HIERANA ASSESSORE, PROFESSORE PVBLICO, NEC
NON CIVITATIS ERFORDIENSIS SENATORE,

PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROQVE IURE HONORES ET PRIVI-
LEGIA DOCTORALIA RITE ET LEGITIME
CAPESSENDI

IN AVDITORIO ELECTORVM MAIORI,

HORIS CONSVETIS
PLACIDÆ ERVDITORVM DISCVSSIONI SVBMITTIT,
RESPONDENS AVTOR

GEORGIVS HENRICVS Linke /

KIRCHANGLO SONDRSHVS. ADVOC. GREVSSENS.

DIE IV. IVLII M DCC XXIX.

ERFORDIÆ,
Litteris GROSCHIANIS, Acad. Typogr.

Diss. jur. civ.

104, 26

6. 1. 294.

34

DESSERTATION

DE
CONDICIONE
FARRIVA

CONSENSU
ILLUSTRIS AC SACR. THEOLOG. FACULTATIS
UNIVERSITATIS
FRIDERICIANAE
PRAGAE

BY CONRADI WILHELMO

IN ACADEMIA
FRIDERICIANA
PRAGAE

PRO LICENTIA
SACRAMENTORUM IURE HONORIS ET PRIVILEGII
LEGIS DOCTORIAE RITE ET LEGITIME

CAPESSE
IN AUDITORIIS SACRORUM MAIORUM

FRIDERICIANAE
UNIVERSITATIS
PRAGAE

GEORGIVS HENRICVS

IN ACADEMIA
FRIDERICIANA
PRAGAE

FRIDERICIANA
UNIVERSITATIS
PRAGAE



§. I.



N unoquoque delicto vitiositatem actus ab effectu, hoc est, ipsam legis violationem à damno alteri per illam illato probe discernendam esse, rectissime monet GROTIUS *de Jure Belli & Pac. L. 2. cap. 17. §. 22.* Illi quippe poena delinquenti imponenda respondet, ad quam is hætenus obligatus esse censetur, ut de injuria conqueri non possit, si ob malum actionis malum quoddam passionis eidem infligatur. Hujus vero contemplatione ad damni dati reparationem legum temerator tenetur, cum alias vanum sit præcepisse, ne alter lædatur, si, ubi de facto is læsus fuerit, damnum ipsi gratis sit devorandum, & qui læsit fructu suæ injuriæ secure & citra re-
fensionem gaudere queat. PUFENDORF. *de Jure Nat. & Gent. L. 3. c. 1. §. 2.* Quæ uti in se plana sunt, nec ulteriori demonstratione indigent: ita & in furto, quod consistit in fraudulenta rei alienæ contrectatione, invito domino facta, locum habere, furemque non ad poe-

nam solum, sed & præterea ad rem subtractam domino restituendam naturaliter obstringi, manifestum est.

§. II.

Tantum vero abest, ut jus positivum Romanum duplicem hanc, quæ ex furto oritur, obligationem improbaverit, ut potius utramque perspicue confirmaverit, atque per varia, quæ contra fures concessit, remedia civilia insigniter stabiliverit. Quinque enim actiones furti nomine juris Romani conditores proposuerunt, quarum duæ pœnales, ut actio furti ad duplum vel quadruplum, nec non accusatio criminalis ad coercionem publicam, tres vero rei persequendæ causa comparatæ sunt, ut actio ad exhibendum, rei Vindicatio & denique *Condictio furtiva*.

§. III.

Quod igitur *Conditionis* vocabulum, de quo pauca in genere præfari juvat, attinet, nec Justinianeos novos latere potest, in sensu laxiori omnes in personam actiones eo nomine venire, & a condicendo, quod est denunciare prisca lingua, ita appellari §. 15. *J. de Action.* quoniam enim veteres Romani rus manibus colebant, opus erat, ut actor reo certum diem, quo cum ipso lege agere vellet, diceret seu denunciaret, reus autem condiceret, sive simul diceret atque consentiret. Et quamvis mos iste denuntiandi in actionibus quoque realibus olim usurparetur: attamen *condictionis* nomen solis personalibus hæsit, partim quod actionibus in rem peculiaris esset ritus, manus nimirum conseratio, rei prehensio & vindicatio, à quo illæ *Vindicationes* nominatæ, partim quod denuntiatio ejusmodi in persona-

sona-

personalibus actionibus magis, quam in vindicationibus usitata esset, cum in his res magis, quam persona conveniri videretur. *Conf.* EVERARD. OTTO, *Vir Clar. in Comment. ad Inst. c. §. 15. F. de Action.* BRISSON. *de V. S. voc. Condicere.* In significatu vero *strictiori* Condi-
 ctionis vox certis tantummodo in personam actionibus applicata est, iis videlicet, quæ alio, eoque speciali nomine destituuntur, quales sunt Condictio ob causam datorum, Condictio ob turpem & injustam causam, aliæque, de quibus in π . Lib. XII. & XIII. diversis Titulis agitur, quas inter etiam est Condictio furtiva, utut à reliquarum CondiCTIONUM indole nonnihil deflectens, prout ex infra dicendis dilucidius apparebit.

§. IV.

Describitur autem *Condictio furtiva*, quod sit *actio personalis*, quæ datur ei, cui res furto surrepta est, contra furem vel ejus heredem, ad rem ablatam ejusve æstimationem restituendam, omneque damnum resarciendum. Est illa ad exemplum aliarum CondiCTIONUM vel *Certi* vel *Incer-ri*, cujus partitionis ratio ac fundamentum in objecto potissimum quæri & collocari debet. Quemadmodum enim, auctore VLPIANO in *l. 9. pr. π . de Reb. Cred.* certi CondiCTIONE ex omni causa, atque ex omni obligatione, ex qua certum petitur, competit, certum porro, præcipiente CAJO in *l. 74. §. 1. π . de V. O.* vocatur, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit, veluti si species, seu, ut Philosophi loquuntur, individuum determinatum, aut quantitas determinata petitur: ita CondiCTIONEM furtivam *Certi* in casu, quo certum quid in actionem deducitur, locum habere, at-

que adeo tunc demum institui posse consequitur, si dominus rem ipsam furto ablatam, de cujus substantia, quantitate & qualitate sufficienter constat, à fure vel ejus herede repetit, unde etiam *ipsorum Corporum Condictio* dicitur in *l. 8. pr. π. de Cond. furt.* E contrario sicut incerti Condictio iis accommodatur, qui incertum, id est, docente *VLPIANO* in *l. 75. pr. π. de V. O.* tale quid persequuntur, de quo non apparet, quid, quale, quantumque sit, quo imprimis genus, sive individuum vagum, æstimatio, id quod interest, possessio & similia referri consueverunt: ita & Condictioni furtivæ *incerti* locus est, si vel dominus ad rei furto subtractæ, quæ extincta aut consumpta est, æstimationem agat, unde in *l. 8. pr. π. de Condict. furt.* Condictio æstimationis Condictioni ipsorum Corporum opponitur, vel si b. f. possessor possessionis bona fide acquisitæ & per furtum interversæ restitutionem deposcat, *arg. l. 2. π. de Condict. Tritic.* vel denique si Creditor rei sibi oppignoratæ & furto ereptæ possessionem repetat. *l. 12. §. f. π. de Condict. furt.* At cum memorata distinctio exiguam, præfertim hodie, utilitatem habeat, eaque, quæ dicta sunt, intelligendis Juris Romani textibus hætenus sufficere possint: non est, quod prolixiori ejusdem explanationi immoremur, vel etiam in sequentibus nimis scrupulose eam sectemur.

§. V.

Originem Condictiois furtivæ quod attinet, inter Interpretes non satis convenit, utrum illa ex Jure Civili, an Prætorio repetenda sit. Posterius tuetur *HOTOMANNVS* ad §. 14. *J. de Action.* sed rationibus parum vali-

vali-

validis. Primum enim provocat ad inscriptionem Legum titulo π . de Condiotione furtiva subjectarum, quarum nonnullæ ex Commentariis PAVLI atque VLPIANI ad Edictum transcriptæ sunt; deinde singularem hujus condiotionis naturam urget, eo, quod detur domino, contra rationem Juris Civilis, negantis dominum rem suam condicere posse. Verum enim verum cum plures aliæ leges sub eodem titulo reperiantur, ex Jctorum libris Quæstionum, Digestorum, Disputationum & similibus collectæ, nec insolens, ea quæ certo Jure Civili constituta sunt, in Edicto repeti atque confirmari, *l. 1. pr. π . Commodat.* Et tandem vitiosa admodum illatio foret, si quis exinde, quod actio quædam singularia nonnulla habet, illico concludere vellet, eam ex jure Honorario promanasse: hinc, quam parum roboris argumentis Hotomanni insit, in apri-co est. Verior igitur censenda doctrina eorum, qui condiotionem furtivam ex ipso Jure Civili processisse statuunt, ex quo fonte etiam reliquæ Condiotiones profluxerunt. OLDENDORP. *in Class. Act. 7. act. 4.*

§. VI.

Quænam vero ratio juris Romani auctores permoverit, ut præter Rei vindicationem, quæ Domino contra quemcunque rei ablatae possessorem competit, condiotionem furtivam quoque introducerent, nunc porro inquirendum est. Scilicet actione ad simplicem restitutionem, qualis est rei vindicatio, dominis contra fures non satis prospectum credebatur, quoniam sæpe eveniebat, ut res furto amota non amplius extaret, aut deterior facta esset, quo casu, quanquam con-

tra

tra ipsum furem, qui videbatur dolo desiisse possidere, actio realis adhuc moveri poterat, vindicatio tamen intuitu heredum eo casu prorsus cessabat. Ad hæc dominus rem ablatam vindicaturus molestam, & ut plurimum impeditam, dominii probationem suscipere tenebatur. Quamobrem ut & dominis plenius consuleretur, illique onerosa hac probatione sublevarentur, & fures eo magis pluribus actionibus tenerentur, Condictio furtiva inventa, & odio furum simul effectum est, ut durius longe teneantur ipsi, eorumque heredes, quam simplices rei possessores, de qua re mox differetur copiosius.

§. VII.

Proximum est, ut immediatam causam Conditionis nostræ investigemus, de qua acriter admodum disputant Interpretes. Equidem extra oleas, quod ajunt, vagarer, si explosas pridem eorum opiniones referre, relatasque refellere sustinerem, qui conductionem furtivam ex dominio, saltem ex parte actoris, descendere cum SALICETO & DVARENO contendunt, vel eam ex possessione cum GLOSSA derivant. vid. CLVD. *de Condict. furt. c. c. 8. & 9.* Ex Jure quippe reali actionem personalem, prout est condictio furtiva, profluere, à principiis Jurisprudentiæ Romanæ penitus abhorret. Majorem veri speciem præ se fert sententia eorum, qui cum HYBERO *in Prælect. ad π. de Condict. furt. §. 2.* LYNCKERO *in Anal. ad Struv. c. Tit.* BOEHMERO *in Introduct. in Jus Digest. d. tit. §. 2. & Tr. de Action. §. 2. c. 5. §. 34.* LAVTERBACH *in comp. p. 209.* aliisque, conductionem nostram immediate ex Lege esse autumant;
a qui-

a quibus non multum dissident, qui ad *quasi contractum* ejus originem referunt; v. SCHILTER. *Exerc. ad π. XXIV. §. 47.* Pro qua assertione corroboranda sequentes potissimum rationes adducuntur, 1) quod dicta condictio actioni ex maleficio diserte opponatur *in l. 10. §. 2. π. de Compensat.* Et 2) haudquaquam famosa sit. *l. 36. π. de Obl. & Act.* manifesto, uti putant, indicio, illam ex delicto non descendere, cum si ex furto, delicto maxime famoso, oriretur, condemnato non possit non infamia irrogari. 3) Quod contra heredes furis & quidem in solidum detur, id quod fieri non posse sibi persuadent, si causa actionis immediata furtum esset. Tralatitium enim esse asseverant, nullam regulariter actionem ex delicto contra heredem competere, quamvis illa sit rei persecutoria. *l. 4. in f. & seqq. π. de alienat. Jud. mut. caus. fact.* vel etiam ex delicto aliquid ad heredem pervenerit; nam hoc casu actionem in factum quidem, in quantum is locupletior factus sit, non vero actionem ex delicto locum habere existimant. 4) quod contra illum, cujus ope consilio furtum factum est, non detur, *l. 6. π. de Cond. furt.* cum tamen is revera ad furtum concurrat, pro fure habeatur, atque actione furti, quæ ex delicto procedit, teneatur. Quodsi igitur condictio furtiva pariter ex furto esset, necessario, uti quidem rentur, ad illum quoque, qui opem auxiliumque tulit, debuisset proferri. Ex quibus tandem 5) concludunt, quod licet furtum in hac actione præsupponatur, illud tamen magis *ut causa sine qua non*, quam ut causa efficiens actionis considerandum sit.

B

§. VIII.

§. VIII.

His tamen non obstantibus conditionem furtivam ex ipso furto nasci, hocque proin illius proximam esse atque immediatam causam verius videtur. Sicut enim actio furti, fatentibus omnibus, ex delicto est, furque ideo ad poenam tenetur, quia rem alienam invito domino fraudulenter contrectavit: ita idem simul ex eadem causa, quod scil. rem alienam alteri inique abstulit, ad eam reddendam jure naturali pariter ac civili obligatur, neque ratio aliqua suppetit, quæ impediat, quo minus ex uno delicto obligatio vel actio & ad poenam & ad damni reparationem oriatur v. §. I. Facit porro, quod is, qui hac actione experitur, non aliud intentionis suæ fundamentum in libello alleget, quam quod res a reo, aut si contra heredes agatur, ab illo, cui isti successerunt, fuerit surrepta, quo probato citra omnem dubitationem condemnatio, vel non probato, absolutio sequitur. v. l. 13. §. 2. π. de Jurejurand. Dn. BOEHMER de Action. s. 2. c. 5. §. 36. Et ibi not. Quamvis ergo admitti possit, legem adstringere furem heredesve ad rei ablatae restitutionem, tamen obligatio ista non immediate a lege, sed mediate, mediante videlicet furto, producitur. Hinc notanter VLPIANVS in l. 4. π. de cond. furt. tum concedit conditionem, si e. g. servus furtum commiserit, eaque in l. 2. 3. 5. eod. & passim alibi ex causa furtiva esse dicitur, quæ verba, illam ex maleficio oriri, non obscure indicant l. 10. §. 2. π. de Compensat. Præterea quoque a PAVLO cum actione rerum amotarum expresse comparatur, &

& de illa, quod ex delicto nascatur, diserte asseritur in
l. 21. §. 5. π. de action. rer. amot. Consentit nobiscum
 CUIACIUS *L. 7. obs. c. 37.* MERILLIVS in *Variant. ex*
Cujacio. L. 1. c. 21. STRUVIVS *Ex. 18. §. 50.* STRAV-
 CHIVS *Diff. Jur. Inst. XIX. §. 8.* TITIVS in *Jur. Princ.*
l. 5. c. 1. §. 9.

§. IX.

Neque vero sententiam nostram evertunt ea, quæ
 §. 7. in contrarium allata sunt. Nam quoad 1) cit.
l. 10. §. 2. π. de Compensat. nobis adeo non contraria est,
 ut potius novum, idque egregium, nobis argumentum
 suppeditet. Ait VLPPIANVS: *quoties ex maleficio oritur*
actio, utputa ex causa furtiva, ceterorumque maleficiorum,
si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. Actio-
 nem ex causa furtiva ortam communiter explicant Inter-
 pretes de actione furti, quæ cum ex delicto descendat,
 conditionem furtivam ex eodem fonte promanare
 dicendum est, cum de hac etiam, quod *ex furtiva cau-*
sa agatur, prædicetur v. §. præc. Pergit VLPPIANVS:
Idem est, & si condicatur ex causa furtiva: sed & qui noxa-
li iudicio convenitur, compensationem opponere potest. atque
 adeo conditionem furtivam expressis verbis inter
 exempla actionum ex maleficio descendentium refert,
 neutiquam vero his, ut dissentientes volunt, opponit.
 Quoad 2) plane non sequitur; actio non est famosa,
 E. non est ex delicto. Cum enim conditio furtiva
 rem solum persequatur, infamia vero poenæ species
 sit, non potest condemnato ex hac actione infamia
 inuri, sed sufficit, si secundum naturam actionum rei

persecutoriarum id, quod nobis abest ex patrimonio, restituitur, & reus ad id, non ultra, condemnatur. Accedit, quod nec actio rerum amotarum famosa sit, quæ tamen ex delicto esse diserte perhibetur *in c. l. 21. §. 5. ꝛ. de act. rer. amot.* ad 3) & 4) commodius infra §. 12. & 13. respondebitur. ad 5) reponimus, eodem modo dici posse, actiones e. g. emti venditi, locati conducti &c. non fluere ex ipso contractu emtionis vel locationis, nec actionem furti pœnalem ex delicto resultare, sed illum vel hoc constituere solum causam sine qua non, cum nulla dari queat ratio, quare magis ex facto licito quam illicito, & ex hoc magis ad pœnam, quam ad damni reparationem, obligatio oriatur.

§. X.

Venio nunc ad personas, quibus condictio furtiva competit. Datur scil. illa 1) Domino. *l. 1. ꝛ. de Condict. furt.* modo a) res ei surrepta sit. Unde is, cui dominus rem furtivam legavit, utut dominium ideo consecutus sit, condicere non potest. *l. 11. ꝛ. eod.* Ex diverso tamen, si cui res ablata, qui post ablationem dominus esse incipit & ipsi dabitur condictio, quia res custodiae ejus subducta est. BEYER *Pos. ad ꝛ. eod. tit. n. 8.* b) modo dominium tempore litis contestatae adhuc habeat; quod si ergo rem alienaverit inter vivos, vel legaverit, condictio cessat. *l. 10. §. 2. & 3. ꝛ. eod.* Atque hoc ipsum est, in quo furtiva condictio a reliquarum indole potissimum abit, cum in his regulariter dominium ab actore recessisse præsupponatur, prout jam §. 5. tetigi. Plane dilucide VLPPIANVS *in l. f. ꝛ. usufr. quemadm. cav. proditum est,* ait, *neminem rem suam nisi*

nisi

nisi furi condicere posse. Ut vero domino actione contra fures, si paret eos dare oportere, experiri permitteretur, odium furum effecit, ceu Imperator in §. 14. *F. de action.* indicat. Ubi tamen non opus esse censemus, ut verbum *dare* præcise & indistincte de domini translatione exaudiatur, quamvis enim ordinarie id cuiquam dari intelligatur, quod ita datur, ut ejus fiat, c. §. 14. *F. l. 167. π. de Reg. Jur.* & hætenus etiam dominus recte agat ad dandum, si pretium rei furtivæ, quæ forsitan periiit aut consumpta est, exigat: tamen si rem ipsam adhuc extantem, quæ in dominio actoris omnino permansit, petat, non tam agit ad dandum, quam ad restituendum, quemadmodum alibi etiam *dare* idem ac tradere, restituere significat. v. l. 4. π. *de Usur. j. l. 25. §. 1. π. de contr. Emt. vend.* HUBER. *ad Instit. de Action.* p. 373. BACHOV. *de Action. D. 4. th. 20. p. 151.* Ex dictis tamen inferri non debet, dominum hac actione utentem dominium probare teneri; præterea enim, quod ea ex dominio non sit, iniquissimum sane foret, si furi, qui rem actori abstulisse convinci potest, sub prætextu deficientis ex parte actoris domini, rei amotæ restitutionem detrectare liceret STRYK. *de Action. Forens. Invest. f. 1. m. 10. §. 4.* BOEHMER. *de Action. f. 2. c. 5. §. 36.* BEYER. *Pos. ad π. c. l. n. 5.* In quam sententiam hoc ipso anno 1729. Scabinatus Jenensis in causa Clientis mei H. N. E. contra H. H. Z. pronunciavit.

§. XI.

Datur porro 2) *condictio furtiva* bonæ fidei possessori v. §. 4. nec non 3) omnibus illis, qui domino loco habentur, quales sunt e. g. tutor, item Cu-

B 3

rator

rator furiosi. l. 56. §. 4. de furt. 4) Creditori, cui res pignori data clandestino facto ablata, possessioque intercepta est, sive ab ipso debitore. l. 22. π. de pignorat. act. sive ab alio l. 12. §. 2. π. de Condict. furt. Quid vero dicendum 5) de Commodatario, an & huic condictio furtiva accomodatur? Multi negant, quos inter est STRUVIVS *Ex. ad π. XIIIX. §. 53. ibique LYNKER in Analect. CLVDIVS de Condict. furt. c. 30.* Affirmativam contra tumentur LAVTERBACH. *in Comp. π. p. 210.* LVDOVICI *in Comp. π. h. t. §. 2.* alii, in quorum & ego sententiam concedere nullus dubito, motus imprimis clarissimo textu in l. f. §. 3. C. de Furt. ubi: *si quis rem commodatam habuerit, quam aliquis furto subtraxerit, & lite pulsatus condemnationem passus fuerit, non tantum IN REM FURTIVAM, sed etiam in pœnam furti &c.* Non quidem ignoro. LYNKERVM c. l. rejectis aliorum interpretationibus minus, ut ait, congruis, citata verba ita exponere, ut dominum ipsum rem mediante conditione persecutum esse statuatur: at vero hæc explicatio nimis divinatoria & ex sequentibus Legis verbis satis refelli videtur, ibi: Et POSTEA, postquam scilicet Commodatarius jam egerat, & condemnatio secuta erat, id quod præstruit, facultatem experiundi eum habuisse, *dominus rei venerit, omnem condemnationem accipere desiderans, utpote ex SVÆ REI occasione ortam &c.* Cumque MORNACIVS *ad l. 1. π. de Condict. furt.* & eum secutus HVBERVVS *ad π. c. tit. §. 3.* non inepte statuatur, quod hodie, cessantibus in duplum vel quadruplum actionibus, condictio furtiva omnibus dari debeat, quibus quondam furti actio competiit: non modo
Com-

Commodatario, adhibita tamen distinctione ab Imp. nostro *in c. l. f. §. 4. §. 18. f. de Obligat. quæ ex delict. nasc.* proposita, sed & 6) conductori, ac 7) omnibus aliis, quorum ex honesta causa interest, conditione furtiva experiri licebit. Quid? quod & 8) fructuario contra furem, qui fructus maturos & adhuc pendentes decerpfit, hodie tribuenda erit, licet Jure Romano hoc in casu aliter cautum sit. *vid. l. 12. §. 5. π. de usufr.* NOODT. *de usufruct. l. 1. c. 3.* De cetero conditionem nostram etiam heredibus ejus, cui res subducta est, competere, natura actionum rei persecutoriarum, quibus illam accenseri par est, facile evincit.

§. XII.

Progredior ad personas, contra quas conditio furtiva moveri potest. Nimirum datur illa imprimis contra ipsum furem, qui res alienas dolose contrectavit. *l. 5. π. de Cond. furt.* vel etiam vi rapuit, cum & is pro fure & quidem improbiore habeatur. *l. 2. §. 10. π. vi bonor. raptor.* Si vero plures furtum rapinamve commiserint, in electione actoris est, quemnam ex illis convenire velit *l. 1. C. de Condict. furt.* adeo ut conventus exceptione divisionis haudquaquam gaudeat, sed solidum præstare obstrictus sit. Quod si tamen ab illo actori satisfactum fuerit, ceteri liberantur. *c. l. 1. solvens vero à socio criminis ratam partem repetit, quicquid etiam in contrarium communiter à Dd. disputetur. Conf. TITII Observat. Lauterbach. 376. §. Fus privat. L. 5. c. 1. §. 12.* Nec minus conditio furtiva datur contra illos, quorum ope consilio furtum factum est, modo furtum passus à fure vel heredibus ejus rem subtractam aut ejus æsti-
ma-

ma-

mationem consequi non valeat, recte ita censente TITIO in *Jur. Priv. c. l.* Quamvis enim VLPPIANVS in *l. 6. π. de Condict. furt.* simpliciter negare videatur, eum qui ope consilio in furtum concurrit, conditione teneri: tamen curatius aliquando dictam legem expendenti patebit, hanc sententiam VLPPIANO nullatenus sedisse, sed eum comparationem solum inter Conditionem furtivam & actionem furti instituere ac disquirere voluisse, an, quia actio furti & contra furem ipsum & contra auxiliatorem simul in solidum intentari, & ab utroque poena dupli vel quadrupli exigi potest: *l. 21. §. 9. π. de furt. l. 7. in f. de Jurisdic. arg. l. 11. §. 2. π. ad L. Aquil.* idem quoque de Conditione furtiva adserendum sit? id quod optima ratione negat, siquidem hæc nostra conditio rem furtivam vel ejus æstimationem, quæ bis peti non potest, persequitur & hinc, quia furtum primario illi, qui res abstulit, imputari debet, contra ipsum furem heredemve regulariter instituenda venit, quo tamen non solvendo existente, quin in subsidium contra eos, quorum ope consilio furtum factum esse constat, agi possit, vix ambigendum est. Plane auxiliatores furum à conditione furtiva simpliciter exemptos non esse, luculenter docet *l. 53. §. 1. π. de V. S.* quod hodie ob regulam, quam MORNACIVS atque HVBERVVS juxta §. præcedentem tuentur, quamque ibidem laudavimus, tanto magis adstrui debet. Et secundum hanc nostram sententiam non opus est, ut antinomiam inter *c. l. 53. §. 1. π. de V. S. & l. 6. π. de Condict. furt.* agnoscamus, vel inter eum, cujus ope furtum factum est, & cujus ope furtum fecit, discrimen statuamus,
 vel

vel denique distinctionem, utrum *separatim*, vel ope tantum, vel consilio tantum, an vero conjunctim & ope & consilio furtum commissum sit, adhibeamus, & illum casum *adc. l. 6.* hunc vero ad allegatam *l. 53.* referamus. *Conf. LYNCKER in Anal. ad §. 11. Institut. de Obligat. quæ ex delict.* Unde simul patebit, quam lubrico fundamento nitatur opinio eorum, qui ex *c. l. 6.* quod furtiva conditio ex delicto non sit, evincere conantur, præstruentes, nullo modo ei locum esse contra eos, quorum ope consiliove furtum perpetratum, id quod tamen veritati minus consentaneum esse, nec ex dicto textu probari, modo ostensum est.

§. XIII.

Quid vero de heredibus furis, & an illi quoque conditione teneantur, statuendum sit, nunc eo investigandum est curiosius, quo majoribus difficultatibus hæc ipsa quæstio involuta censetur. Enimvero, si ex sanæ rationis & æquitatis principiis rem æstimemus, omnino asseverandum est, heredes conditione teneri, quemadmodum illi generaliter ad damni à defuncto per delictum illati reparationem Jure naturali obligantur. *v. Excell. Dn. GRIBNERI Princip. Jurispr. Natural. l. 4. c. 4. §. 4. p. 364. seqq. TITII Jus priv. l. 1. c. 11. §. 31.* At cum Romanorum Legislatores ab hac æquitatis regula quodammodo discesserint, & ne actiones ex delictis descendentes contra heredes instituerentur, caveant, nisi forte aliquid ex delicto ad heredes pervenerit, vel cum defuncto lis contestata fuerit: *§. 1. I. de perpet. & temporal. Act. l. un. C. ex delict. defunct. in quant. hered. conven.* Inde resurgit quæstio, num hæc Juris Romani dispo-

C

dispo-

dispositio etiam ad conditionem furtivam applicari & consequenter ea contra heredes cessare debeat, si nihil ex furto ad eos pervenerit, vel lis nondum contestata fuerit? Ait quidem CUVJACIVS L. 7. Obs. c. 37. § l. 13. Obs. c. 37. quem post alios sequitur PAGENSTECHER in sicilim. ad Comp. Lauterb. man. 1. sic. 30. p. m. 40. seqq. tum ob c. l. Un. C. ex del. defunct. in quant. heredes. tum ob l. 9. §. f. § l. 10. π. de Tutel. § rat. distrab. ubi PAVLVS disertis verbis confirmare videtur, quod conditio furtiva, quæ à pupillo contra tutorem durante adhuc tutelæ administratione cum effectu vix institui ac moveri posse dicitur, morte tutoris intereat, non secus ac actio furti, damni, injuriæ; tum quia conditio furtiva actioni rerum amotarum in Jure comparatur l. 6. §. 4. § l. 21. §. 5. π. de action. rerum amotarum. de illa vero sancitum reperitur, quod contra heredem non datur, nisi in quantum is locupletior factus est. v. l. f. C. rer. amot. Verum hæc sententia ex l. 9. π. de Cond. Furt. non obscure refellatur, quandoquidem VLPPIANVS dilucidè exprimit, heredem non pro parte, quæ pervenit, sed NB. in solidum teneri, & præterea, quæ de transmissione actionum ex delicto venientium superius adducta sunt, à permultis Interpretibus ad actiones pœnales vel mixtas restringatur. v. MERILLIVS L. 1. Variant. ex Cujac. c. 21. imprimis quod ipse Imperator Justinianus in §. 9. in f. J. de L. Aquil. perspicue tradat, actiones ad heredes transire, si ultra damnum nunquam lis æstimeretur: nobis vero videtur simillimum, juriq. nostro convenientissimum, quod conditio furtiva, utpote actio merè rei persecutoria, indistinctè sive aliquid pervene-

vene-

venerit ad heredem, sive non pervenerit, sive lis cum defuncto contesta sit, sive non sit, contra heredem institui possit. *vid. MERILL. c. 1. § L. 7. Obs. c. 3. BACHOV. de actionib. D. 4. th. 21. COCCEJVS in Jure Controv. civil. de Condict. Furt. qu. 6. nec interesse putamus, heredes majores sint, an minores, cum & contra infantes & furiosos, si heredes necessarii extiterunt, seu potius contra eorum tutores vel curatores, moveri queat. l. 2. π. de Condict. Furt.* Quamvis enim illi ex proprio facto non obligentur, ex transmissa tamen obligatione prout dubio obstringuntur. *TITIVS in Jur. priv. L. 5. c. 1. §. 13.* Neque tamen ex defensa hucusque sententia colligi debet, conditionem furtivam non esse ex delicto, prout quosdam argumentari §. 7. jam observavimus. Sicut enim heredes ex quolibet delicto à defuncto commisso naturaliter tenentur: ita licet concedamus, Romanos nullas actiones ex delicto fluentes, *ne quidem rei persecutorias*, quod tamen dubio non caret, contra heredes dedisse, tamen exinde, quod illi dictamen sanæ rationis in delicto furti & quod ad conditionem furtivam specialiter secuti fuerint, & à regula Juris positivi tantisper odio furum abierint, nihilo magis actionem hanc ex furto non esse, probabitur, quam ex eo, quod conditio hæc *Domino* detur contra reliquarum conditionum indolem, inferri poterit, eam inter conditiones plane non oportere referri.

§. XIV.

Quemadmodum vero iis, quæ ex *CVJACIO* atque *PAGENSTECHERO* illi, quam propugnamus, sententiæ objici solent, abunde à citatis Auctoribus satisfac-

Etum atque dilucide probatum est. 1) *c. l. Un. Cod. ex delict. def.* si vel maxime ad actiones rei persecutorias proferri possit, tamen regulam solum continere, à qua per modum exceptionis condictionio furtiva, alias etiam singularia multa habens, deflectet. 2) *alleg. l. 9. § 10. π. de Tut. § ration. distrab.* hoc solum velle, quod cum tutor res pupillares surripuerit, & durante tutela mortuus fuerit, condictionio quidem, quæ jam nata erat contra tutorem, morte furis hætenus intereat, pupillus tamen adversus heredem tutoris experiri possit, quamvis etiam dici queat, verba *leg. 10. alleg. quamvis morte tutoris intereant* non ad condictionem, sed ad actionem furti & injuriæ referenda esse. 3) Comparationem, quæ fit inter actionem rerum amotarum & condictionem furtivam non absolutam esse, sed eò solum pertinere, quod condictionio rerum amotarum contra heredem mulieris detur, perinde ut condictionio furtiva contra heredes furis moveri potest, ita novum rursus exoritur dubium, an heredes furis etiam eo casu adhuc in solidum à furtum passo conveniri possint, si furi, quod hodie juxta CC. Carolinam sæpe accidit, vel mortis vel alia corporis afflictiva pœna dictata & executioni data fuerit?

§. XV.

Quamvis enim apud Romanos furtum capitaliter non puniretur, adeo ut Justinianus diserte prohibuerit *in Nov. 134. c. f.* ne pro furto quodlibet membrum abscindatur, aut mors inferatur. Unde videri posset, quæstionem à nobis propositam à Juris Romani rationibus prorsus alienam esse. Quia tamen illius Juris auctores

ctores

ctiores generaliter definiunt, quoties de re familiari & Ci-
 vilis & Criminalis competit actio, utraque licere experiri,
 sive prius criminalis sive civilis actio moveatur, nec si civi-
 liter fuerit actum, criminalem posse consumi, & similiter e
 contrario. l. Un. C. quando Civil. act. Criminal. præjud. j.
 l. 7. §. f. C. ad L. Fab. de Plagiar. l. 23. C. ad L. Cornel. de
 Fals. non insubide isthoc ad furtum applicatur, recte-
 que concluditur, quod sicut ipse fur, vel fustigatione
 vel alia pœna affectus ad rei ablatae restitutionem &
 damni dati reparationem furtum passo obstructus ma-
 net, cum pœna criminalis eidem inflictâ civilem actio-
 nem, qualis est condictio furtiva, rei persecutionem
 continens. l. 7. §. 1. π. de Condict. Furt. non tollat: ita &
 heredes ejus, si is forte ultimo supplicio punitus est, ex
 eadem ratione condictio furtiva nihilominus adhuc
 pulsari queant, idque non solum, si res furtiva extet pe-
 nes heredes, sed & si consumpta à fure fuerit. Neque
 enim suspendio furis domini detrimento, quod perpe-
 sus est, succurritur, quod tamen ipsi resarciendum esse
 & civilis & naturalis ratio præcipit. vid. supr. §. 1. & li-
 cet res furtiva non amplius extet, ista tamen ad da-
 mnum reparandum semel nata obligatio alienatione
 aut consummatione rei haud quaquam extinguitur. l. 7.
 §. f. π. de Condict. furt. Atque hanc sententiam fusius
 declarat HOPPIVS ad §. 19. J. de Oblig. quæ ex delict. nas.
 RICHTER. Decis. 96. n. 114. FINCKELTHAVS Obs. 59.
 recteque asserit STRYK. in Us. mod. π. tit. de Cond. furt.
 §. 7. secundum eam in illis foris Germaniæ, ubi Jus ci-
 vile receptum, pronuntiandum esse. Quid? quod in
 ipsa Electorali Saxonia, ubi quondam, si fides CAR-

PZOVIO p. 4. c. 32. def. 23. n. 13. seqq. habenda est, contrarium invaluerit, nostra sententia Ao. 1719. specialiter per Mandatum Regium confirmata est, de quo vid. B. LVDEK. MENCKEN. *Dissert. de Reo ejusque herede, ex delicto corporis ad afflictivam pœnam merente ad ablati expensarumque restitutionem obligato.*

§. XVI.

E contrario successores singulares conditione furtiva plane conveniri nequeunt. *Nunquam ea conditione alius, quam qui fecit furtum tenetur, aut heres ejus l. 5. π. de Condict. Furt.* nec ratio aliqua apparet, quare obligatio furis in successorem singularem transire debeat. Nec obst. §. 26. *J. de Rer. divis.* ibi: *à furibus & quibusque aliis possessoribus.* Nam dicta verba vel ad possessores furibus similes restringenda, vel de conditione sine causa accipienda, vid. SCHWENDEND. *ad Eckoldt de Condict. furt. §. 5.* vel mendosa dicendum est, quod postremum placuit CONTIO atque CHARONDÆ, qui loco: *quibusque* ex omnibus MS. legere malunt, *quibusdam*, notante EVERARDO OTTONE *Vir. Cl. in not. ad c. §. 26. J. de R. D.*

§. XVII.

Restat ut brevissimis adhuc exponamus, quo conditio furtiva tendat, & ad quid potissimum comparata sit; ubi quidem ex descriptione §. 4. data, nec non ex iis, quæ subinde dicta sunt, elucet, illam ad rem furtivam vel æstimationem ejus consequendam imprimis institui. Quod si igitur res furto subducta adhuc extet, ad illam in specie reddendam agitur. *l. 8. pr. π. de Cond. furt.* licet in aliam formam mutata, & e.g. ex argento sub-

sub-

subrepto pocula facta sint. *l. 13. π. eod.* Nec sufficit, rem ipsam reddi, sed etiam fructus quicumque restitui, & e.g. ovibus vel vaccis surreptis, lana quoque, lac, agni & vituli præstari debent. *l. 8. §. f. π. eod.* Sin res furtiva amplius *non extet*, petitur illius æstimatio. *c. l. 8. pr.* ita quidem, ut in illa determinanda spectetur tempus, quo res unquam à tempore furti commissi usque ad tempus condemnationis plurimi fuit. *c. l. 8. §. 1.* licet æstimatio cura & sumtibus furis creverit. *l. 13. π. eod.* Est enim ille semper in mora, adeoque non solum ad ea, quæ hinc consequuntur, tenetur, sed etiam expensas meliorationis repetere nequit, quia sibi imputare debet, quod in rem alienam dolose adquisitam eas fecerit. vid. TITII *Obs. Lauterb. 379.* Unde quoque confit, nihil interesse, culpa an casu perierit. *l. 2. C. de Condict. Furt. l. f. π. eod.* Nisi fur ante rei interitum domino illam obtulerit. *l. 8. pr. π. eod.* & sic moram purgaverit. *v. l. 17. π. eod.* Ex quibus simul veritatem asserti nostri constare arbitramur, quando supra §. 6. *in f.* diximus, durius longe fures eorumque heredes conditione furtiva, quam simplices possessores rei vindicatione teneri. Hi enim usuali rei interitu liberantur *l. 10. pr. π. de Rei Vind.* Illi vero omnimode tenentur, etiamsi res æque apud actorem peritura fuisset, *l. 8. §. 1. π. de Cond. furt.* EVERARD. OTTO *ad §. 14. F. de action.* Hi impensas in rem factas servant, quia nemo cum alterius detrimento, licet is prædo sit, locupletari debet. *l. 38. π. de H. P.* Illorum intuitu vero expensarum in rem factarum ratio plane non habetur. *c. l. 13. π. de condict. furt.* add. HOTOMANN. *ad c. §. 14. F. de Act.*

§. XVIII.

§. XVIII.

Num vero furtum passo majoris securitatis gratia in bonis furis tacita seu legalis hypotheca saltim moribus Germaniæ tribuenda sit, inter Dd. controvertitur. Affirmat SCHILTER. *Exerc. ad π. XIX. §. 74. in f. & Exerc. XXIV. §. 49.* ubi simul cautelam suppeditat, quod scil. condictio nostra cum actione hypothecaria ab actore utiliter cumulari possit. Verum cum hypotheca tacita extra casus in lege expressos fingi non debeat, de consuetudine vero, quæ pignus legale domino in furis bonis tribuat, non constat, negativa nobis verior videtur cum BRUNNEMANNO *de Process. Concurf. Credit. c. 5. §. 52.* RICHTERO *de Privileg. Credit. c. 5. n. 21.* BERGERO *in Res. Lauterb. p. 203.* STRYKIO *in Us. mod. π. b. §. f.*

§. XIX.

Concurrit condictio furtiva cum aliis actionibus ex furto vel ejus occasione competentibus, & quidem *cumulative* cum actione furti pœnali. *§. f. J. de Oblig. quæ ex delict. nasc.* quæ tamen in Germania recepta non est. *v. omnino THOMAS. not. ad J. c. Tit. p. 242. seqq.* nec non cum persecutione extraordinaria criminali *l. Un. C. quando civil. act. crim. præjud.* at cum rei vindicatione non concurrit, nisi *elective*, ita ut una electa, altera actio consumatur, tendit enim utraque ad rei persecutionem, bona fides vero non patitur, ut idem bis exigatur. *l. 57. π. de Reg. Jur.* Plura de concursu variarum actionum cum nostra condictione congeffit CLVD. *de Condict. furt. c. 51.*

§. XX.

§. XX. Ne vero dissertatio mea nimium excrescat, hic subsisto, examinaturus modo paucissimis, quid de sententia eorum statuendum sit, qui conditionem furtivam in Germania penitus cessare autumant. Plane THOMASIVS diserte in not. ad *π. de Condict. furt. p. 160.* ad mores Germanorum illam non quadrare censet, eamque in rem tribus potissimum rationibus utitur, 1) quod heredes jure Germanico non debeant præstare obligationem defuncti ex furto contractam. 2) quod inanis contra heredes foret actio. 3) quod moribus Germaniæ domino rei furtivæ tacita in bonis furis hypotheca, & sic pinguior actio competat. A qua sententia, non multum recedere videtur TITIVS in *Jur. Pr. L. 5. c. 1. §. 17.* ubi obligationem quidem ad damnum restituendum dubio procul adhuc obtinere fatetur, conditionem tamen, processu civili tractandam, eo fine non facile institui subjungit. Quæ si vera essent, operam & olem nos perdidisse hucusque, vix infitiri possemus. Sed salva res est, nec rationes THOMASII nos movere possunt, ut conditionem furtivam in Germania non receptam vel iterum usu sublatam existimemus. Nam quod primo loco afferebatur, plane à vero nobis alienum videtur, nec ex textibus à SCHILTERO, ad quem provocat, allegatis evincitur. Quoad 2) non diffitemur, actionem nostram si ad æstimationem rei furtivæ amplius non ex tantis agatur, sæpe inanem esse contra fures, eorumque heredes: at id aliis etiam actionibus accidit, de quarum usu tamen dubitari nulla ratione potest,

D &

& sufficit, quod nonnunquam effectu suo non destituitur. Quod vero 3) de hypotheca tacita adstruitur, prorsus a nobis rejectum est. §. 18. neque igitur probationis loco id, de quo adhuc quæritur, debebat assumi. Cum ergo obligatio furis ad rem amotam restituendam, vel æstimationem præstandam Juris naturalis sit, inde hodiernum hanc actionem, ceteris paribus, utiliter moveri posse & solere cum B. STRYKIO in *Us. mod. de Cond. furt. §. 1. reor*, atque tanto magis persuasum habeo, quoniam ipsi mihi, posteaquam causas in Judicio perorare cœpi, occasio oblata est, conditionem hanc nomine Clientis mei contra eum, qui equulum ejus ipso invito & nesciente ex stabulo abduxerat, movendi, atque ejus restitutionem petendi, quæ causa, cum adhuc pendeat, ansam mihi suppeditavit, ut thema hoc de conditione furtiva loco specimen inauguralis eligerem & uberius prosequerer. In quo etsi forte non ubique ea, qua par est, cura atque dexteritate versatus sim, veniam tamen abs Lectore Benevolo me impetraturum esse, facile confido.

T A N T V M.





COROLARIA.

I.

Pater cum liberis in potestate existentibus hodie valide contrahit.

II.

Liberi in Germania à patria Potestate per institutionem peculiaris Oeconomiae liberati, cum Emancipatis Romanorum comparari nequeunt, nec Jura suitatis amittunt.

III.

Actio pignoratitia contra tertium non competit, ne quidem Jure Canonico.

IV.

Distinctio contractuum in bonæ fidei & stricti Juris hodie nullius usus est.

V.

Thesaurus in fundo vendito ante traditionem repertus venditori cedit.

VI.

In Contractu aestimatorio dominium in accipientem transfertur.

VII.

Beneficium Ordinis sive Excussionis extraneo hypothecæ possessori competit, etiamsi Creditor ex speciali hypotheca agat.

VIII.

VIII.

Bona uxorum paraphernalia & receptitia jure Romano non distinguuntur.

COROLLARIA IX.

Promissor facti per praestationem ejus quod interest, non liberatur.

X.

Actiones pœnales in duplum, triplum & quadruplum in Germania receptæ non sunt.

XI.

Legatum rei aliene jure Canonico simpliciter improbat.

XII.

Proprie loquendo non datur Fus imperfectum.



VII.

VIII.