

Epidosis Collegii Actionum Bachoviani Publici De Concursu Actionis
Mere Rei Persecutoriae Ac Poenalis Mixtae

Ienae

Fibig, Gottfried; Ayrer, Johann Georg

4 Diss.jur.22(4)

https://collections.thulb.uni-jena.de/receive/HisBest_cbu_00018721

urn:nbn:de:urmel-f2854e22-3601-4144-8944-3e729c3cd16c4-00004120-019

Lizenz: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



4.
Quod DEUS benè vertat!
ΕΠΙΔΟΣΙΣ
COLLEGII ACTION-
NUM BACHOVIA-
NI PUBLICI
DE CONCURSU
ACTIONIS MERE REI
PERSECUTORIÆ AC POENA-
LIS MIXTÆ,

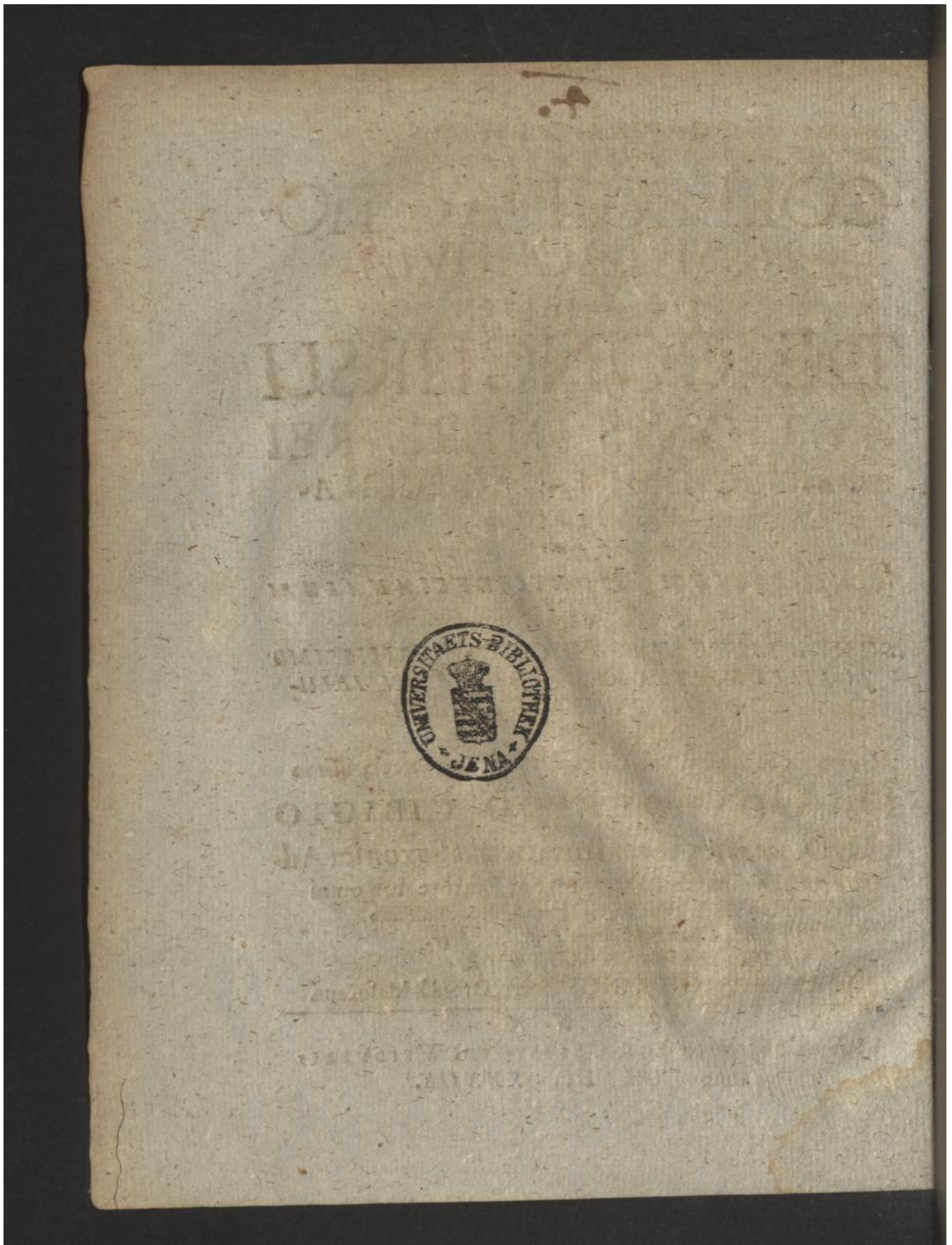
Quam
VINDICIARUM HORTLEDERIANARUM
locò

SUFFRAGANTE MAGNIFICO ET NOBILISSIMO
JURISCONSULTORUM ORDINE IN ILLU-
STRI LL. NUTRICE SALANA
PRÆSIDE

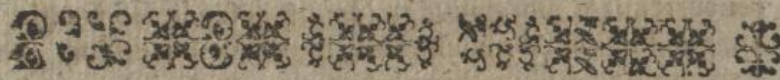
VIRO Excellentissimo, Consultissimo atq; Praclarissimo
Dn. GOTHOFREDO FIBIGIO
J. U. D. & Dicastarii Provincialis Saxonici Ad-
vocato Ordinario, Præceptore ac Fautore suo omni
observantiæ genere per ætatem studiosè colendo
in Auditorio Jctorum ad d. Febr.

Examine placido submitte
JOHANNES GEORGIUS *Arret/Dresdâ-Misnicus.*

J E N Æ
Sub calcographéo JOH-CHRISTOPH. WEIDNERI,
anno M, DC, XXXIIX,



urn:nbn:de:urmel-f2854e22-3601-4144-8944-3e729c3cd16c4-00004120-025



GRATIÂ FAVENTE DIVINÂ!



Non incongruè fortean Coronidis locò Collegio nostro Actionum Bachoviano publico, ex confragosa Concursus Actionum materie depromptam subdifficilem illam controversiam adjicimus, Utrum scilicet actio merè rei persecutoria concurrat cum actione pœnali mixta? Et certè tùm ab affirmante, tùm à negante sententiâ stant Jurisconsulti eminentissimi. Utræque opinio suo nititur fundamine & autoritate hujuscemodi virorum, pro quibus singulis vel illud solum *curat* & Quæ firmiter pugnare posset, Vis fidem verbi? Ecce! prioris opinionis defensorem habes magnum illud Themidos lumen Cujacium, & qui eum sequitur, jurisconsultum ferè incomparabilem Hilligerum. Ex posterioris sententiæ Patronis unicum hîc modò nominasse sufficit Magnificum nostræ Salanzæ decus Dn. Fridericum Hortleder, qui singulari planè modo firmissimis rationibus illam defensare felicissimè tentavit in de Concursu actionis realis mera ac pœnalis mixta libello suo singulari. Quid ergò nobis faciendum? Faciemus periculum, uti nam sine periculo! Associaturi nos jam jam laudato egregio negativæ opinionis defensori.

Quod ut fiat feliciter, observandum hîc venit primitus, in quæstione proposita, non agi de Electivo, sed Cumulativo actionum Concursu, (quid uterq; sit, vide sis *prodrum meum sect. 3. pag. 63. & seqq.*) An nimirum ita actio realis mera concurrat cum pœnali mixtâ, ut utraq; successivè exerceri & in judicio intentari possit, nec altera alteram consumat, sed alterâ in judicium deductâ, altera nihilominus integra maneat? Cæterum & nobis ipsis quâ electivam harum actionum

4 2

con:

concurrentiam affirmativa arripet, & defenditur sententia eo ipso, dum cumlativum earum negamus concursum. Impugnamus verò illum sequentibus argumentis.

Primum ac principale esto, quod desumitur ex l. 13. D. de rei vindicat. fulcro certè assertionis nostræ, quod si quis subvertet rit, herbam dabitur. Verba legis cum sint ponderosa, adponere allubescit. Ita verò inquit Ulpianus: Non solum autem rem restitui, verum & si deterior res sit facta, rationem habere iudex debet. Finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utiq; ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus, quanquam & legis Aquiliæ actione conveniri possessor possit. Unde queritur, an non alias iudex æstimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliæ? Et Labeo putat, cavere peti- torem oportere, lege Aquiliæ non acturum, quæ sententia vera est. Hic optimè & in primis notari velim, quod dicatur, in rei per- secutorio iudicio non solum rem restitui, sed & si res deterior sit facta, rationem illius damni iudicem habere debere, quod vocabulum necessitatem damni æstimandi involvere, nemo non videt. Ergò hinc ita argumentamur:

Si in actione reali merà ipsa damni actionis legis Aquiliæ æstimatio fit per iudicem, sequitur quod hæc actio consumatur per illam:

Sed verum prius. Ergò & posterius.

Consequentia ratio est in apico, cum actio legis Aquiliæ, quæ oritur ex damno injuriâ dato, actione rei persecutoriâ jam institutâ spectet duntaxat damni æstimationem, quam bis consequi contra bonam fidem esset, l. 57. D. de reg. jur. Et jure meritoque objici posset exceptio rei judicatæ, utpote locum habens in eo casu, ubi idem petitur, quod quis jam consecutus est l. 12, 13, 14. D. de except. rei judicatæ. Sed memini hîc à dis- sentientibus responderi, æstimationem damni, quæ fit à iudice in rei persecutoriâ actione longè alienam esse ab eâ, quam persequitur actio legis Aquiliæ. In hac enim illud damnum duntaxat æstimari, quod quis corpore suo dedit, in illa verò, quod alterius etiâ accidit culpâ vel dolo: Isti damni æstima- tio-

tionem meram in se complecti ipsius rei persecutionem, non
 verò vel esse poenam, vel ad poenam spectare, cum, qui damnum
 facit in rei vindicatione, ipse suo corpore damnum non de-
 derit, nec ipse deliquerit, atque ita nec ipse poenam luere debeat,
l. 22. C. de pen. Hic autem damni estimationem nihil aliud
 esse, quam poenam, ideoque ratione istius poenae actionem le-
 gis Aquiliae dici poenalem mixtam, §. 19. *instic. de actionibus*.
 Concludunt ergo dissentientes, impossibile esse, ut superfluum
 illud in actione legis Aquiliae, quod poena est, veniat in formu-
 lam actionis realis meræ: Ita enim ex actione merè rei perse-
 cutoriâ effici dicunt actionem poenalem mixtam, dum actio il-
 la ex parte rei, ex parte poenam persequi dicatur, quod nihil
 aliud sit, quam iudicium esse poenale mixtum, *d. §. 19.* Paucis:
 Damnum illud, quod aestimari dicitur in *l. nostra 13. de R. V.* &
 cujus rationem iudex habere cogitur, non esse illud actionis
 legis Aquiliae superfluum, eam scilicet respiciens estimationem,
 quanti eò anno res fuerit plurimi, ideoque adhuc actionem le-
 gis Aquiliae post rei vindicationem intentari posse statuunt,
 nec ita bis idem peti, quod qui asserant, humani aliquid pati
 illi asserunt.

Non levia profectò hæc sunt, sed, quæ doctissimum quemvis
 quæ ad divortium commovere possent. Tentabimus tamen
 aliquid, & quid responderi possit, videbimus. Certum, opi-
 nor, omnibus est, agi in lege nostra superius allegata *13. de R. V.*
 de concursu actionis rei persecutoriae cum actione Aquiliae, ob
 hominem debilitatum, vel verberatum, vel vulneratum com-
 petente, quod potissimè ex illis appareat verbis, *quanquam & le-
 gis Aquiliae actione conveniri possessor possit.* Quò posito, certum
 simul exinde fit, præsupponi hîc damnum injuriâ datum, h. e.,
 illud, quod aestimari solet in ipsâ legis Aquiliae actione. Secus,
 quî, quæso, posset hoc in casu competere & concurrere illa
 ipsa actio leg. Aquiliae? Jam verò illud ipsum damnum à iudice
 aestimari debet in rei vindicatione, cujus respectu datur actio
 L. Aq. & quod nihil aliud est, quam superfluum illius actionis
 legis Aquiliae. Hinc quod *secundo loco* maximè est observan-
 dum, responderetur in textu nostro, iudicem non alias damnum

A 2

aest

æstimare debere, quàm si remittatur actio L. Aq. petitorque
 simul caveat, se lege Aquiliâ non acturum, Verùm ad quid tan-
 dem ista actionis L. Aq. remissio necessaria esset, & quidem,
 cum annexa expressa actoris cautione, de non exercenda
 actione L. Aq. nisi ipse eandem damni æstimationem in rei
 persecutoria judicio mediante officio judicis consequeretur,
 quàm aliàs in actione L. Aquiliâ? Facit huc optumè sequens
 L. 14. D. de R.N. ubi ita legitur: *quod si male actor potius leg. aq.
 actione uti, absolvendus est possessor.* Verba hæc, *absolvendus
 est possessor*, explicant Dissidentibus de absoluteione à præstatio-
 ne damni æstimationis, non verò de eâ, quæ fit à restitutione
 ipsius rei. Si quærerem ex ipsis, quæ sit hujus explicationis ra-
 tio, certè responderent, & respondere ita cogerentur, idèò ni-
 mirùm hoc fieri, cum actio L. Aq. tendat ad præstationem da-
 mni, quâ, ne idem bis petatur, reus jam actione L. Aq. convectus
 absolvi debeat, nec judex rationem damni injuriæ dati, in ipso
 reali persecutorio judicio habere possit, cum illud in ipsa
 actione L. Aq. æstimetur ut restituatur. Sed annon hoc est ver-
 bis negare, quod damni æstimatio actionis L. Aq. veniat in
 actionem realem, reipsâ verò & effectivè concedere? Eò ipsò
 enim, dum conceditur, absolvendum esse possessorem à præ-
 statione damni, in ipso rei vindicationis judicio, concedatur,
 simul necesse est, idem damnum venire in actionem L. Aq.
 quod æstimari solet per officium judicis in rei vindicatione.
 Unde ad oculos apparet, vel hæc etiam dissidentium expli-
 catione positâ, minimè tamen in præjudicium veritatis con-
 cessâ, (*vide Dn. Hortleder. d. l. cap. 4. pag. 18.*) adhuc tamen no-
 stram stare propositionem minorem prolatis superius syllo-
 gismi. Immo deinde & id suspectum est, quod dicant, illud
 saltem damnum pertinere ad actionem L. Aq. quod quis cor-
 pore suo corpori dedit, Renuit hoc ipsum textus ipse noster
 in l. 13. de rei vindicat. qui propter debilitatum & vulneratum
 hominem actionem damni injuriæ, uti vocatur in pr. I. de L.
 Aq. concedit contra ipsius hominis debilitati vel vulnerati
 possessorem, non distinguens, utrum ab ipso possessore reo, an
 ab alio fuerit deterior factus, Nesciunt itaque, aut ut lenius
 &

& verius loquar, nolunt potius distinguere inter directam A-
 quilæ actionem & utilem. Ad illius quidem competentiam
 requiritur, ut damnum datum sit corpore corpori, non verò
 ad hujus exercitium *§. ult. l. de L. Ag.* Utpote quæ datur ob le-
 vissimam quoque culpam *l. 44. D. ad L. Ag.* & contra eum, qui
 qualiter qualiter, vel ut vulgata habet lectio, qualitercunque
 damnum dederit, *l. 1. §. 2. D. si is qui test. liber esse jussus fuerit.* Nec
 obstat etiam porro, quòd damni æstimatio in actione L. Ag.
 instar pœnæ sit, atque ita illa nequeat fieri in rei vindicatio-
 ne, nisi ipsam actionem merè rei persecutoriam, esse pœ-
 nalem mixtam falsò ex mente dissentientium concedere
 velimus. Responderi enim potest negando consequen-
 tiam, cum istam damni æstimationem non inesse dicamus ipsi
 actioni rei persecutoriæ per se & ex se atque suâ naturâ, sed ex-
 trinsecus accedente nimirum & mediante officio judicis, quod
 liberrimum & latissimum est in bonæ fidei judiciis, efficitque,
 ut quod quis duabus aliâs consequeretur actionibus, una con-
 sequatur. Videri hanc in rem possunt textus elegantes *in l. 43.
 D. locat. §. l. 25. §. 5. D. eod.* Exemplo rem declarare lubet:
 Cælius possidet equum Sempronii, quem quamvis optimè cur-
 rentem fastibus aut calcaribus ita vulneravit aut debilitavit,
 ut multò factus sit deterior. Sempronio duplex hîc competit
 actio: Rei vindicatio, & L. Ag. actio. Illa propter dominium,
 hæc propter damnum injuriâ datum: Si hæc experitur, indu-
 bium est, & rem & damni æstimationem ipsum consequi, quia
 est pœnalis mixta, h. e. & rem & pœnam persequitur. Si illam
 intentat, utrumque etiam adipiscitur, sed, non beneficio solius
 rei vindicationis, verum simul per officium judicis *dd. LL.*
 Hinc Sempronius eligere debet, quamnam velit exercere
 actionem, an merè rei persecutoriam, an pœnalem mixtam:
 Illâ electâ & intentatâ non datur regressus ad hanc, ne actio
 triplum consequatur, simplam scil. per illam, duplam per
 hanc, in qua, uti accessorium non potest subsistere absq; prin-
 cipali, ira & pœna nequit sine re ipsa, sed simulcum illa peti &
 restitui. Simplo enim per rei vindicationem subducto, locum
 non habet, quia simplò accedit, *l. 34. D. de O, & A.* Si verò
 Sem-

Sempronius institutâ jam rei vindicatione adhuc Aquiliâ experiri, quâ illâ se non acturum cavere, & iudici potestatem affirmandi subducendique damnum concedere mallet, absolvendus esset possessor ab ipsâ institutâ rei vindicatione, ne triplum Sempronius, sed ut duplum consequatur. Et hunc genuinum l. 14. de R. V. esse sensum autumo, quicquid etiam dicant alii. Ita enim ibidem actori conceditur electio, ut liberum sit ipsi, vel hâc vel illâ experiri actione, & hâc vel illâ consequi duplum possit: Minimè verò rei vindicatio nudam duntaxat rem, Aquiliæ damnum rei solummodò exigit. Sed ut redeamus ad L. nostram 13. de R. V. urgeriâ dissentientibus videmus verba illa: quanquam & legis Aquiliæ actione conveniri possessor possit. Explicationi enim Hortlederianæ ob stare putant ipsam sermonis structuram, dicentes, si Iureconsultus Ulpianus in hisce verbis concursum rei vindicationis & L. Aq. electivum indigitare voluisset, certè vocabulo potuisset non verò possit ille usus fuisset, quod vocabulum posterius exercitium actionis L. Aq. salvâ jam institutâ rei vindicatione manente innuat. Ergò & post rei vindicationem actione L. Aq. possessorem conveniri posse hinc inde concludunt. Sed legis hæc est objectio, & refutatur ex L. 13. subsequentibus verbis, ubi actionis legis Aquiliæ remissio exercitio contraria requiritur. Refutatur insuper ex l. 18. §. 1. D. commodat. l. 9. D. arb. furt. Cef. l. 18. D. ad L. Aq. l. 43. D. locat. in quibus etiam offenditur tenoris præsentis locutio, nimirum non modo istâ actione, sed & Lege Aquiliâ & ex locato agi posse, Lege Aquiliâ & pignoratitiâ teum conveniri posse, L. Aq. & ex locato actionem esse, & tamen deinde negatur earum concursus cumulativus per verba, Sed si quâ earum actum fuerit, aliæ tolluntur, unâ actione, alterutrâ actione contentus actor esse debet.

Novissimè nostram l. 13. de rei vindicat. ita à quodam meminisse inductam, quod non sequatur, iudex non aliâ damnum affirmare debet, quâ si actor remittat L. Aq. actionem, &

caveat ea se non usurum, Ergo etiam si nolit remittere actionem, sed velit potius post actionem rei persecutoriam, Aquilia experiri, eaque damnum aestimari, non licebit ipsi, quanti plurimi res laesa in anno fuerit, per L. Aq. quod sibi adhuc abest, consequi: Immo remissionem actionis & hujus causa cautionem interponendam arguere, jus fasque esse auctori, & in rei vindicatione, si rem consecutus est, culpam rei probare, posteaque intendere Aquiliam: Quorsum enim alias oporteret ipsum remittere actionem & juri suo expresse renunciare, maxime cum actiones in favorem auctoris sint inventae, ut quod sibi debeat, eo melius consequatur: Si vero non liceret ipsi, id quod in altera actione amplius est, persequi, non consequeretur, quod sibi debeat. Sed haec & id genus alia ex supradictis optime refelli possunt, ut in hisce ad nauseam usque longius immorari nec liceat nec libeat: Ad ea potius me convertam, quae porro nostram stabiliunt sententiam.

Alterum & firmissimum nostrae assertionis fundamentum largiuntur l. 27. §. 11. D. ad L. Aq. l. 43. D. locat. l. 35. §. 2. l. 25. §. 5. D. eod. l. 50. D. pro soc. l. 18. §. 1. D. commod. l. 18. D. ad L. Aq. l. 9. D. arb. furt. Cels. & ita septem leges apertissimae. Singulas hic referre, & ut decet inducere temporis angustia, nec instituti nostri ratio patitur. Remitto lectorem cupidum ad supra laudatum elegans Dn. Hortlederii Scriptum: Et unice id hic ex iis observari velim, quod si post competentiam actionis merè rei persecutoriae & actionis poenalis mixtae propositam, subjiciant vel hanc vel illam experiri debere auctorem, quam formulam & ipsi dissentientes propter vocabulum iteratum vel signum concursus electivi alias agnoscunt: Alterutra actione petitem debere esse contentum residuumque L. Aq. officio judicis contineri: Si qua earum actum, alias tolli & consumi: quod profecto nihil aliud est, quam concurrere electivè, aut secundum eos, qui concursum electivum concedere nolunt, non concurrere. Varii variè & hic quidem excipiunt, sed rem magis implicant, quam explicant.

B

Vul-

Vulgata apud omnes ferè Cujacii est responsio ad l. 18. §. 1. D. commodat. statuentis, tum demum actionem Commodat. & actionem L. Aq. se invicem tollere ac consumere, Si prius Aquilia, non verò si commodati prius actum fuerit. Verum enim verò & ipse dissentiens magni nominis. Jctus responsum hoc tanquam verè divinatorium suæque deque habens rejicit: Verba enim ibidem existentia, Si quâ earum actum aliæ tolluntur, omnem planè gravioris & levioris actionis differentiam tollunt, nihilque referre innuunt, sive prius fuerit actum commodati, sive prius Aquiliâ, non verò, uti vult Cujacius cum suis adseclis, si lege Aquiliâ prius actum.

Nec melior est altera verbis diversa, sed reipsâ cum prior eadem Cujaciana cæterarum LL. interpretatio, utut eam approbet Obrechtus in suo de concipiendis libellis tractatu, dum existimat, verba hæc, unâ contentus debet esse actor, ita intelligi debere, non quod electione altera sit consumpta, sed consecutione, si scil. prius mixtâ actor expertus fuerit, quâ egisse satishabeat; Si verò prius rei persecutoria egerit, & aliquid exegerit, eò minùs in mixtâ consequatur. Ut summatim dicam, has leges vult Cujacius loqui non de totali sed partiali consumptione, ut nempe eatenus actio L. Aq. tollatur, quatenus ex priori judicio ad actorem pervenerit, non omnimodò. Cum hac responsione Cujacii certè convenit doctissimi cujusdam viri interpretatio, licet ipso invito, cum ipse fateatur, Cujaciano responso scrupulum non tolli, ideoque ille hæc verba, Unâ vel alterutrâ actione debet esse contentus actor, sic intelligenda esse docet, quod actor sive prior actio intentata naturâ suâ gravior, sive levior fuerit, aliam ad idem consequendum contra bonam fidem intentare actionem, & captatoriè exercere nequeat. Quis, quæso, non videt, eandem hanc esse horum verborum, una contentus actor esse debet, limitationem cum illis restrictionibus, nisi alia in plus competat, nisi actor minùs consecutus fuerit, nisi plaris intersit aliâ agi, alias actiones tolli, non in totum, sed

sed in tantum, quantum ex priori actione ad actorem pervē-
nit, si lege Aquiliā prius fuerit actum? Ergo & hoc responsum
erit insufficiens, quia convenit cum responsis vel ipsi auctori in-
sufficientibus. Reclamat insuper huic explicationi ratio in
l. 43. D. locat. allata, quæ sese in officio iudicis fundat, quia illo
superfluum *L. Aq.* contineatur, & ita planè remouetur ibi actio
L. Aquiliæ. Reclamat etiam *l. 18. §. 1. D. commod.* ubi dicitur,
Si quā earum actum, aliæ tolluntur: Quorum profectò verbo-
rum non hic potest esse sensus, qd. actor alias actiones captato-
riè intentare non debeat. Reclamat denique *l. 27. §. 11. D. ad
L. Aq.* Ubi habetur vocula iterata *VEL*, vel ex locato, vel ex *L.
Aquiliā*. Et quid multis? Renidentes jam datam explicatio-
nem, proprio dissentientes jugulabimus gladio, & quidem tali
argumento:

Si unā actione actor debet esse contentus, nec aliam ca-
ptatoriè exercere, sequitur, quod nec actio *L. Aq.*
post intentatam rei persecutoriam actionem moveri
possit.

Sed verum prius. E. & posterius.

Conclusio est assertioni ipsorum dissentientium contra-
ria: Minor probatur ex dd. LL. & est illorum propria. Con-
sequentia stabilitur exinde, quod ita actio *L. Aq.* omninò in-
tentaretur captatoriè, quoniam idem bis actor consequere-
tur, cum superflui in actione *L. Aq.* ratio ab ipso iudice habe-
atur, *l. 13. D. de R. V.* seu officio iudicis contineatur, *l. 25. §. 5. l. 43.
D. locat.* Sed manum de tabula! Videamus nunc & illa,
quæ in contrarium produci solent, & in quibus dissentientes
magnum nobis obicem, sibi ipsis verò inexpugnabile præsi-
dium positum esse autumant.

Præcipuum verò illorum fundamentum existere videtur
in *l. qui servum 34. §. ult. D. de O. & A.* circa quem quadruplex
occurrit lectio. Vulgata & Florentina lectio est cum nega-
tione unā, & ita habet: Sed verius est remanere, quia sim-
plo subducto locum non habet. Altera & secunda hu-
jus §. lectio est, subductā utrāque negatione: Sed verius est

B 2 re-

remanere, quia simplō subducto locum habet. Tertia est cum duabus negationibus. Sed verius est, non remanere, quia simplō accedit, & simplō subducto locum non habet. Quarta & ultima continet virgulam criticam, leniter inversā unā corrigens literas, & pro voculā remanere, substituens vocabulum, removeri.

Primæ lectionis defensores inveniēs illos, qui pro cursu actionis merè rei persecutoriæ & actionis poenalis mixtæ, de quo in allegato §. agitur, pugnant. In explicanda tamen subjectâ ratione, quid nimirum in illis verbis, quia simplō accedit & simplō subducto locum non habet, denotetur, ipsi inter se discrepant. Quidam hoc modo rem explicare conantur, quod scilicet actio L. Aq. non habeat locum quoad simplum, quia illud ex iudicio commodati jam actor consecutus fuerit. Sed non immeritò hanc interpretationem cum ipsâ lectione, omnimodâ dubitandi ratione carere, & perspicuè ineptam esse, statuit Bachovius in suis Notis ad Treutler. Ratio enim hæc non congruit quæstioni propositæ, an nimirum actio L. Aq. post commodati actionem remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est? Quæstio est de residuo, responsionis verò ratio ita esset de simplō, & ideò remanere actionem L. Aq. quod simplō accedat, & non habeat locum, quoad simplum. Quæ, amabò, ratio? Aliter & melius enucleat hæc veracissima verba Celebratissimus Hilliger, simplum referendo ad actionem commodati, & vocabulum accedere explicando pro superesse, ut sensus sit, actorem non contentum esse simplō, sive verâ æstimatione damni præstitâ, sed accedere, h. e. unâ & simul ei dari ac superesse L. Aq. actionem. Verba finalia, simplō subducto locum non habet, intelligit de eo casu, ubi nihil amplius est in actione L. Aq. quàm in actione commodati, puta quando in triginta diebus, res, cui damnum illatum, non fuit pluris: Tunc enim simplō subducto locum non habere, quia omnis obligatio ita extincta fit. Melior sane, inquam, superiori hæc est explicatio, sed tamen (quod pace omnium dixerim) nondum ex asse scrupulum tollere

lere videtur. Si enim hæc verba, quia *simplo* accedit, idem significarent ac hæc, quia actio *L. Aq.* superest, concedendum hîc esset necessariò quæsitum principii. Nam quæritur in d. §. uti antea dictum, an actio *L. Aq.* post commodati actionem, quoad residuum remaneat sive supersit? Et respondetur, remanere. Quæ est ratio? Quia *simplo* accedit, h. e. secundum Hiliiger. quia actio *Aquilie* superest & unâ actori datur. Simili modo verborum ultimorum interpretatio, *simplo* subducto locum non habet, à scopo hujus *L.* videtur esse remota & aliena. Non enim video, quâ ratione hæc verba exaudiri queant de eo casu, ubi nihil amplius est in actione *L. Aq.* Cùm sint annexa mediante vocula *ET* ipsi rationi, quæ loquitur in tali casu, ubi quid amplius est in actione illâ, & omninò pertineant ad quæstionis resolutionem, quam & ipse parens hujus explicationis non indefinitè moram, sed de eo casu, ubi aliquid amplius superest in actione *L. Aq.* conceptam esse statuit. Singulati planè & non ineleganti modo aliter verba hujus §. à quodam induci & explicari memini, sed mens nostra non est, omnia hîc proponere: Dies enim fortè brevierit, in quo plenus de concursu actionum electivo tractatus videbit lucem, & hoc omne effectum dabit.

Secundæ lectionis, quæ est subducta utrâque negatione, defensor existit Hortomannus: Sed profectò contortam illa exposcit verborum explicationem, dum per verba, subducto *simplo*, intelligi vult *delibatum & computatum simplū*, ut videlicet in residuum adhuc supersit actio. Immo & illam planè respuit ratio] Cui, quia *simplo* accedit.

Tertiam lectionem defendat Accursius Codicibus antiquis comprobata, & videtur hæc omninò præ cæteris accedere ad mentem] Cui Pauli, potissimè cùm confirmet eam subiecta ratio, quod illud plus, ejus in *Aquilie L. actione* retrò habetur ratio, sit merum accessorium simpli tanquam principalis, quod ubi actor iudicio commodati consecutus sit, actione leg. *Aq.* amplius nequeat experiri. Accessorium enim non potest esse absque suo principali, & ita nec pœna *L. Aq. sine*

B ; sim-

simplio, sed poenam simul simplio tolli consumi que necesse est,
 quoniam pecuniam accipiendo poenam remisisse quis vide-
 tur, *l. ult. D. de eo quod certo loco*. Sanè ita omnia concordabunt
 sponte sua, non coactè. Apprimè etiam stabiliunt hanc
 lectionem antecedentia nostri §. in quibus quod JCtus dixerat
 de actione locari & conditione furtivâ; illas nempe actiones
 inter se misceri, h. e. concurrere electivè, ut unâ electâ, altera
 tollatur, idem prædicat de actione L. Aq. & actione commo-
 dati, hæc ratione annexâ, quod utraque rei persecutionem
 contineat. Et profectò ineptus Paulus fuisset, si hanc ratio-
 nem, cur L. Aq. actio remaneret, attulisset, quia simplio ac-
 cederet. Nam etsi nunquam sublato principali consistere
 posset accessorium, certè tamen non ob id, quod accederet.
 Sensus ergò verus & genuinus §. istius ultimi hic erit, quod
 actio L. Aq. non remaneat post commodati actionem, quoad
 damni injuriâ dati æstimationem, quia simplio accedat, & sim-
 plo per commodati actionem à L. Aq. subducto, actio L. Aq.
 quoad superfluum istud non habeat locum, sed illud officio
 judicis contineatur, supra dd. LL.

Quartam & ultimam textus nostri lectionem primò
 adinvenit sæpius laudatus Dn. Hortleder, eamque ponderosis
 certè stabilit rationibus *d. libello singular. cap. 8. pag. 60. & seqq.*
 quibus & ego permotus, in ipsius descendo sententiam, cum
 quâ effectivè coincidit præcedens tertia lectio. Idem enim
 est, sed veriùs est removeri, ac si dicerem, sed veriùs est, non
 remanere: Utrumque iisdem nititur fundamentis, utrumque
 ad eundem tendit finem, nisi quod illud lenitius, hoc verò vio-
 lentius videatur esse sanandi medium. Objecturo mihi, leges
 non licere corrigi, illud modestè reponam, melius esse manum
 legi adhiberi criticam, quàm vim rationi, melius esse legem ob-
 scuram ex LL. clarioribus & magè perspicuis illustrari, quàm
 ex lege obscurâ illas obscurari, & quæ aliàs certæ sunt, subver-
 ti. Ubi enim illas à veritate, & æquiore juris ratione, lectio
 recepta retineri non potest, ibi certè misericordiæ, ut Ulpiani
 verbis in *l. 7. pr. D. de pos. utar*, intempestivæ non debet esse,

10.

locus. Nam si clames, vim adferri scripto, clamabo, dum a-
de vis tenere scriptum, vitiare te & corrumpere rationem.
Quod vitium certè, illo longè deterius, aut hoc potius vitium,
non illud, inquit adversus Robertum Cujacius *lib. 15. obs. 21.*
Ure igitur, seca.

Tatius est ferro jam putrida membra recidi,
Quam partis vitio totum tabescere corpus.

ut cum Günthero eleganter dicit Dn. Hortleder, patronus
noster suspiciendus. Immo & hoc adjicio, legem ita non cor-
rigi, cum id soli Imperatori liceat, sed à vitio saltem, quod à li-
brario vel critico imperito irrepsit, liberari, corruptam sanari,
& in antiquam dignitatem reponi, pristinoque restitui ni-
tori.

Atque ita unum contrariæ opinionis fundamentum di-
latum est; restant alia: sed de his tempore alio, Nunc rece-
ptui canere cogimur. Ergò

Terminalia sunt.

— — — Deo sit laus & gloria Patri,
Gloria sit Christo; *compar sit gloria sancto*
Spiritui, nullis seclorum in sæcula metis.

Quam

Quam celeri cursu te felix indolis ardor
ducat ad Eunomie per juga celsa domum,
Cum causas veras falsasq; è ponte Cathedra
Solvas iudicio, Sympatriota, gravi:
Lux hodierna docet. Quare precor, adjuvet, ampli
Ut capias titulum nominis, ipse Deus.

Ita.

Præstantissimo nec non Doctis-
simo Dn. Respondenti; ami-
co suo verè sincero & sence-
rè vero animuùs gratulaba-
tur.

Sigismundus Hinderfeller/
LL. Studiosus.

F I N I S.