





DISSERTATIO JURIDICA
DE
JURAMENTO
IN
LITEM AFFECTI-
ONIS,

1710/1
21

Quam
Consentiente Illustri Jctorum Ordine
PRÆSIDE
PHILIPPO BALTHASAR
GERDESIO,

J. U. LIC.

Loco Horisque consvetis
Die Februarii Anno M DCC X.
defendet

RESPONDENS
JOHANN GEORGIUS SCHILLING,
GRYPHISWALDA-POMERANUS.

GRYPHISWALDIÆ,
LITERIS DANIELIS BENJAMINIS STARCKII
REG. ACAD. TYPOGR.



412.73

036

um.
m.
id.
ipa
vod
oti,
lt.
ft.
tis
am
qua
olum
midia
Lipf.
9. 480.
tagium
annu.
s; que
emo in
atio ali
, domi
immit
BYND



VIRO
GENEROSO ATQVE STRENUO,
DOMINO
CHRYSANTO FRIDE-
RICO DE MAGDEBOURG,
Regii Dicasterii per Rugiam & Pome-
raniam Svecicam ASSESSORI
longe gravissimo,
Dynastæ in PENTIN, &c.

NEC NON
PRÆNOBILISSIMO, CONSULTISSIMO,
PRUDENTISSIMOQVE
DOMINO

JOACHIMO Westphal/
Inclytæ Civitatis Gryphiswaldensis
SENATORI meritissimo,
Cognato suo honoratissimo,
Susceptoribus ex SS. Baptismate,
Patronis, Benefactoribus suis summe deveneran-
dis ac colendis,

DISSERTATIONEM HANC
Cum ardentissimo omnigenæ felicitatis voto
dicat & consecrat.

RESPONDENS
JOH. GEORGIUS SCHILLING.

55-512
030

PRÆFATIO.



Ni uerſa iuramenti in litem materia adeo perplexa habetur ac difficilis, ut de ea Raphaël Fulgoſ. circa hunc ff. Tit. ſit. præſatus, ſe iſtum nunquam intellexiſſe, dum Scholaris fuiſſet & ſubtilis, ut audit Dn. Zaſio ad h. t., Juris Conſultus Joh. Faber, ſe hic potius uelle diſcere quam docere, confeſſus.

Quibus nouiter ſuum addidit calculum Dn. Thomafius in Diſſertat. de Pretio Affect. in res fungibiles non cadente, quando CAP. III. §. 2. ita ait: Si ullus unquam Titulus juris Romani diſſenſionibus Interpretum fuit obſcuratus, certe hunc Titulum merito huic referendum arbitror, ita fere nulla propoſitio eſt, quæ non inepta quorundam expoſitione fuerit in dubium uocata. Quod quam uere etiam ſit dictum, uitium tamen eſt, id in aliis culpate, in quo nemo magis ac idem Dn. Thomaf. peccauit. Ut enim taceam, quod citata Diſſertat. omnes nouas ſubtili DD. ingenio excogitatas opiniones ſedulo conquiſuerit, eaſque fecerit ſuas, maxime ſuis inuentis hanc implicauit doctrinam, eamque longe obſcuriorem reddidit, adeo ut non abs re eſſe exiſtimauerim, Iuramentum in litem affectionis ſeligere, ſelectumque pro ingenii modulo, ſi non exprimere, ſaltem adumbrare atque a fictis fucatisque uendicare opinionibus. Quod ut Bene Fertat, DEUM ſupplicamur.

A

CAP. I.

CAPUT I.

§ I. Operis introductio. § II. Juramenti in litem definitio.
 § III. Ejus divisio. § IV. Juramenti in litem veritatis descriptio,
 eiusque existentia defenditur. § V. Definitio Juramenti in litem
 affectionis, sâque dari probatur. § VI. Juramenti in litem interesse
 singularis recte DD. non agnoscere, ostenditur contra Thomâsum
 & Ludovicum.

§. I.



Uris jurandi nomen quid sit, nemini ne
 puerulis quidem ignotum, jurandi passim effecit
 cacoetes & rei sanctissimæ his tam profanis mori-
 bus nimis familiaris abusus, prout vere ac gra-
 viter scribit *Rob. Sanderfon de juramenti promissio-
 Obligat. Sect. I. §. 2.* Nullam ergo de hujus vocis
 Etymologia litem movebo, nec de reali ejus defi-
 nitione pluribus agam, cum ea ad generalem pertineat de juramentis
 tractationem, de quibus totos conscripserunt tractatus Viri Cla-
 rissimi Theologi pariter ac JurisConsulti, *Thuminius, Serferus, Sera-
 phinus de Seraphin, &c.* quos videat, cui vacat. Exstant autem
 variaz apud JCos juramentorum divisiones seu distinctiones, quas
 operose congregavit Dn. *Lauterbach.* in *Compend. suo Tit. de Jure-
 jurando*, atque illustravit Dn. *Ludovicus* in *Uso distincti. Practico*
 eodem *Tit. Quarum omnium tamen nobilissima nec cuidam,*
quem quidem de juramenti ex professo agentem vidi, prætermissa
ea est, quâ distinguitur in assertorium & promissorium, quæ inter-
licet nonnulla intercedant differentiaz, cum illud de rebus præteri-
tis & præsentibus, hoc de futuris interponatur; damnamus tamen
singularem Grotii opinionem sectam Anabaptistarum recte Tesmaro
ad Grot. Libr. 2. Cap. 13. §. 2. n. 1. lit. a., subolentem, quando
 assertoria quidem novo scedere licita pronuntiat, promissoria vero
 illicita. Utraque enim utroque Testamento concessa esse, licet in
 promissoriis major adhibenda prudentia, ne temere quid jurato quis
 promittat, quod humeri ipsius deinceps ferre reculant, probat *cit.*
Tesm. l. c.

§. II. Spe-

§. II.

Species vero juramenti assertorii, de cujus iustitia nec ipse Gro-
tius ambigit, est Juramentum in litem, quod Generaliter con-
sideratum est, quo propter dolum aut culpam rei non restituentis aut
solventis aliquis litem aestimat. Litis vocabulum hic improprie &
Metonymice accipimus, pro ipsa re, quæ in controversiam deducta,
sic litem aestimare idem est, ac rem, in litem deductam, taxare,
L. 47. ff. de rei vind. L. 3. ff. de in lit. jur. L. 36. ff. de verb. signif.
quo sensu quoque lis mortua dicitur L. 21. ff. jud. solu.

§. III.

Cujus juramenti in litem tres quidam DD. statuunt species, ita,
ut aliud dicant juramentum in litem veritatis, aliud affectionis, aliud
denique singularis interesse Borch. Tract. de juram. in lit. Cap. 2.
Quæ omnes & singulæ ab aliis Doctoribus acriter impugnantur, ac
negantur, quod quam recte fiat, paucis examinandum erit.

§. IV.

Juramentum in litem veritatis, est, quo Lis, quanti revera est,
ab actore aestimatur, & toties locum habet, quoties Judex sine
juramenti delatione non potest aestimare rem restituendam, quia
per culpam rei non exstat, cujus casum eleganter exhibet Dn. Tabor
ad Coll. Argent. Tit. de in lit. jurando §. 4. Conf. Dn. Pres. Dis.
Inaug. de Remed. Subsid. Cap. ult. num. 18. Quin nos hic amplius
statuimus, quando in casu doli vel contumaciæ versamur, Jura-
mento in litem veritatis locum esse, etiam si aliunde, sed difficili
probatione, de rei pretio vel vero interesse constare possit, arg.
leg. 3 ff. b. 2. Cujus utriusque ratio est in aprico, ne scilicet actor
cum summo suo incommodo ac damno, re peremta, ad impossi-
bilem vel difficilem adstringatur probationem, neve in rei præju-
diciu[m] Judex actoris nudum assertum sequi debeat, conf. Lynker.
in Comment. J. C. Tit. b. ib. 20. Frustra ergo cum Häbero & Wisf.
P. I. Disp. Pandect. 14. 1b. 24. Dn. Thomasius hoc juramentum in
dubium vocavit. Licet enim appellatio ipsa in jure nullibi occur-
rat, sed saltem sit doctrinalis, ipsam rem tamen satis in jure nostro
fundatam esse, probatum dedi in cit. Disertat. Inaug. l. c. quibus
A 2 nunc

nunc addimus *Leg. 3. §. 2. Commod.* Ubi agi de juramento in
 item veritatis, tum ex formula, *Quantis res sit*, patet sic *Brunnem.*
ad Leg. 3. ff. Commodat. tum quod ibi dicatur, quando venit
 ad estimationem per juramentum in litem, tunc in actionibus bo-
 nae fidei inspicitur tempus sententiae, in negotiis vero stricti juris huius
 contestatur, quod accipi oportet de juramento in litem veritatis,
 & quod affectionis in stricti juris actionibus cesset, & quod circa
 affectionis juramentum non quaratur, cuiusnam temporis in es-
 timatione ineunda ratio haberi debeat? quoniam illa tota est in
 affectione jurantis *Lynk. cit. loc. Thes. 23.* Add. ad majorem illustra-
 tionem *Borcholt Cap. 11. per tot.*

§. V.

Juramentum in litem affectionis utpote secunda species jura-
 menti in litem, quodque eximie juramentum in litem dicitur teste
Brunnem. ad Leg. 2. h. 2. (quoniam hoc non perpetuo *§. fin. l. 5.*
ff. h. 1.) est quo Actor ob dolum adversarii non resistentis rem in
 iudicium deductam aestimat ultra verum rei pretium, pro singulari
 sua in rem affectione, *Voetus in Comment. ff. h. Tu. §. 2.* Existentiam
 huius in iure nostro negare aucti, *Berlachin in Repertorio juris voc.*
Juram. in litem. Corasius Libr. 6. Miscell. cap. 9. *Lyclama in Com-*
ment. de ineunda rei deb. aestimat. ad L. 27. de reb. cred. n. ult. mod.
lege 33. ff. ad Leg. Aquilam. L. 63. ff. ad Leg. Falcid. L. fin. §. 2.
ff. de operis Serv. L. 1. §. 15. siquid in Fraudem Patroni, quorum
 tamen dubiis ex asse satisfecerunt *Wissenb. cit. loc. thes. 44.* *Borch-*
olt loc. & Dn. Thomasius dicta Dissert. §. 6. & seqq. Nec quicquam
 obstat, quod tamen nominatenus in iure nostro haud obveniat
 juramentum in litem affectionis, nam fatemur hanc denominatio-
 nem itidem à DD. inventam, sed eam simul legibus nostris eru-
 tam, iisque consonam esse, multis probatur textibus, ex quibus
 legi possunt, *L. 1. 4. 8. h. 1. L. 2. Cod. eodem. L. 68. de rei vindic.*

§. VI.

Ultimam speciem juramenti in litem, quam DD. vocant inter-
 esse singularis, iure non agnoscit *Dn. Lauerb. h. 1. in fin.* cuius men-
 tem non assecutus videtur *Dn. Thomas. alleg. Dissert. cap. 3. §. 36.*
 quem,

quem, ut semper fere, ita & nunc secutus *Dn. Ludovicus in Usu suo*
pract. Distinct. cum, quem habet consentientem, nihilominus refel-
 lere conetur *D. II. h. s.* Nec enim unquam *Lauterbachio & Brunni*
 in mentem venit, inficias ire, dari affectionem extra rem ejusque
 rationem esse habendam, (*vid. Lauterb. Fin. de minor.* Ubi eandem
Legem 35. Tit. de minor. pro qua vitiose *Dn. Ludovicus Legem 38.*
ead. allegavit, adducit. Add. *Brunnem. ad Leg. 3. in fin.* ubi habet
 exemplum aff. extra rem,) sed saltem eorum improbant sententiam,
 qui juramentum in litem extra rem diversam à juramento in litem
 affectionis statuunt speciem, sicque species citra necessitatem mul-
 tiplicant. Quia ex mente *Lauterbachii* omne juramentum affe-
 ctionis singularis esse debet affectionis, cum ex sua affectione spe-
 ciali in rem jurat, non ex communi estimatione. Quare si res,
 super qua jurandum, per se rara, & ab omnibus pro tali habetur,
 quatenus tum ex communi hac estimatione jurat, male ejusmodi
 juramentum in litem dicitur affectionis, cum revera sit veritatis,
 utpote notum est, quod pretia rerum ex earum raritate augeantur,
 & quo rarior quævis res est, eo carius communiter vendi solet,
 secundum, quod in omnium versatur ore, *Juris Brocardicum.*
Tanti res valet, quanti vendi potest; Andr. Dinnerus tr. de justo
rerum pretio definiendo Quest. 2. n. 5. ibique alleg. DD. Sin ultra
 communem istam estimationem ejusmodi rem raram ex speciali
 sua erga illam affectione juramento in litem taxat, erit demum
 propriissime juramentum in litem affectionis extra rem, non in
 ipsa re radicata. Immeritos ergo *Dn. Ludovicus Brunnemannum*
 & *Lauterb.* arguit, quasi illi negaverint, propter affectionem extra
 rem, juramentum in litem affectionis locum habere, cum illi æq;
 ut ipse, ajunt: Affectionis extra rem in sensu *Dn. Ludovici v. gr.*
 si res à Principe alicui donata, rationem habendam, imò amplius
 dicere videntur, omnem affectionem extra rem facere, ut juramento
 in litem affectionis sit locus. Ultimo *Dn. Ludovicus* ignorare nõ-
 luit vim termini interesse singularis, quid nimirum eo Plotus à *Lau-*
terbachio alleg. intelligi velit? Siquidem eo sensu quo *Plotus Tra-*
ctat. de Jur. in lit. §. 52. n. 3. ex sensu *Pauli de Castro Jafenis &*
aliorum explicat juramentum in litem extra rem, vel interesse sin-

gularis, exempla à Ludovico adducta sunt plane impertinentia; Longe enim abest, ut Plotus ejusmodi exempla ponat in exemplum affectionis extra rem, ut potius cit. loc. expresse ea referat ad interesse affectionis sive ut male id Dn. Ludov. vocat, in ipsa re radicatum, oppositum affectioni interesse singularis; Quæ omnia magis clarescent ex exemplo quod cit. loc. adducit Dn. Plotus, ut puta liber manu mea vel Patris vel alterius docti apostillatus posset mihi esse carus centum aureis, vel quia in eo studui, cum tamen communi estimatione non reperiretur nisi decem. Ejusmodi affectio secundum Ludovici loquendi stylum est extra rem, ut revera suo quoque sensu est, nec tamen à Ploto aliisque qui tertiam juramenti in litem speciem asserunt, eo refertur. Admiratione ergo dignum, Dn. Ludovicum, qui neglexit sensum juramenti in litem interesse singularis Dni. Ploti aliorumque, quos rejicit Dn. Lauterbach. cit. loc., tamen ambiguo nominis sono deceptum, DD. hanc tertiam speciem non agnoscentes, refutare ausum fuisse. Remanent ergo saltem duæ species juramenti in litem, nec Exemplum Ploti ex leg. 3. ff. de in lit. jur. tertiam extorquet, cum in promptu ad illum Textum sit responsio scilicet, juramentum in litem affectionis quæ pecuniam plane exulat, cum sit res, in quam specialis cadere nequit affectio, sin mea interfuit, nummos mihi sua die redditos esse, tum de isto interesse Judex juramentum quidem mihi deferre potest, quod tamen erit veritatis, si juraverim, quantum meâ re vera interfuit, eos sua die redditos, conf. Borch. c. l. ubi fuscè probat hanc tertiam speciem citra necessitatem à DD. effictam, eamque in unam ex duobus prioribus recidere. *Consentit Lynk Comm. ad Tit. ff. de in lit. jur. th. 3. cap. 2.*

CAPUT II.

§. I. Ordo dicendorum. §. II. Causa efficiens hujus juramenti.
 §. III. Quis deferat & an necessario deferendum. §. IV. Defertur
 an & quando contra heredem locum habet?

§. I. AGURI

§. I.

Acturi nunc specialius de Juram. in lit. affect. Cap. præcedenti descripto, totam tractationem dispecimus in quatuor sectiones. 1. evolvatur causa efficiens nostri juramenti. 2. habilitas personæ jurantis. 3. qualitas & natura rei ad hoc apta. 4. demum debita actionis qualitas, ubi simul pauca de effectu subjiciemus.

§. II.

Et quidem ipsa fuit æquitas, quæ legislatorem ad hoc juramentum introducendum commovit. Quid enim magis æquum, quam ut actor, qui sine facto suo alieno delicto rei suæ possessione ac dominio in vitis privatur, in quandam hujus damni compensationem ultra verum pretium beneficio hujus juramenti consequatur æstimationem ejus non ex communi valore, sed ex affectione ac arbitrio suo. Nec jure de legum duritie reus conqueritur, dum potius propriam suam malitiam incusare debet ac contumaciam, quod legibus obsequi, ac evitare noluerit, quo minus in illud condemnetur.

§. III.

Ne tamen hujus juramenti usus degeneret in abusum, leges civiles prudenter caverunt, ut solum penes judicem istud deferendi sit potestas *Leg. 4. b. l.* Cui consequens, ut, si alio deferente aut nemine, juratum sit, nulla sit religio, nec ullum jusjurandum *L. 4. §. 1. eod.* utrum vero Leges judici adeo laxam indulerint potestatem, ut in ejus sit arbitrio, an omnino ab initio deferre velit, vel non, mirum DD. defudant? Communiter tamen indistincte Judici licentiam deferendi vel non largiuntur. *Eck. ff. b. 1. §. 3. Sc.* Quorum opinio mihi quidem videtur temperanda ac restringenda ad casum, quo Actor adhuc possidet & contumax est in restituendo, tum enim Judicis arbitrio relicto, ut pro qualitate circumstantiarum vel rem manu militari auferat, vel jusjurandum deferat, & de hoc casu accipiendæ. *L. 68. princ. ff. de rei vend. L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. ff. b. 1.* Sin de dolo adversarii aperte liqveat, nec res manu militari juxta *Leg. 68. de R. V.* auferri queat, judicem utiq; oportet actori ad ejus instantiam permittere, ut juramento in litem affect. rem suam, quæ dolo rei carere debet, æstimet ac taxet, quod

quod si facere recuset, ab ea appellari potest secundum communem opinionem. *Plor. d. w. §. 47. n. 16.* Et de hoc ultimo casu commode accipi possunt verba initialia *§. 1. L. 4. h. t.* quancquam *Bach. ad Trenil. V. 1. d. 2. obs. 21. lit. c.* aliter, commodo tamen sensu, paragraphum istum exponat. Quo adhibito temperamento non opus est temeritate. *Ant. Fabr. Dec. 12. Err. 10.* violentas inferentis manus *cit. Leg. 4. quem idcirco merito reprehendit Vinetius L. 1. qv. 45. in fin.* quancquam ille paulum aliter, sed obcurius, difficultates has expediat. Quo casu nunc Judex habet facultatem jusjurandum in litem affectionis deferendi, vel non, eo potest etiam isti certam adjicere quantitatē, ne, arrepta occasione, in immensum juretur. *L. 4. §. 2. h. t.* Econtra quando Judex compelli potest, ut id deferat, tum jurat in infinitum, nec modum Judex jurijurando statuere potest. *L. 62. de R. V.* Cujus ratio & collectio aperta est in *Leg. 4. §. 1. Leg. 5. §. 1. h. t.* secundum quas tum Judex potest & taxare quantitatē, in quam juretur, & ideo potest, quia in totum jusjurandum non potest deferre. Cum itaque reus dolo deserit possidere, potestatem deferendi vel non, Judex sibi jure arrogare nequit, sed præcise ad istud deferendum usq; juretur. Quo casu vero Judex certam præfigere potest quantitatem, ea non debet continere veram rei æstimationem, sed eam excedere, ne contumacia maneat impunita.

§. II.

Causa quæ Judicem movete debet ad deferendum hoc jusjurandum est dolus rei restituere jussi, qui vero vel detrectat per contumaciam, *L. 36. in fin. de pecul. L. 1. 2. §. 1. L. 8. h. t.* vel non valet, quia dolo desit possidere. *L. 68. de R. V. L. 25. §. 10. de Her. Pet.* Et doli quidem vocabulum ita interpretatur, ut levem culpam excludat, *L. 4. §. fin. L. 5. §. 3. h. t. Gal. 2. Obs. 64. n. 9. Myns. 5. Obs. 71.* adeo, ut nec excipiamus causam Tutoris, contra quem secundum quosdam etiam ob levem culpam in litem jurari potest per *Leg. 4. Cod. h. t.* quæ opinio licet *Plor. d. w. n. 766. Phanuc. cod. w. P. 2. C. 2. n. 12. Card. Tusch. Pract. Concl. 439.* communis dicatur, caret tamen fundamento, haud quicquam attentā,

attentâ, *L. 4. Rubrica*, utpote quæ non authentica, sed Saliceti
 Jcti vox est; Potius *cit. leg.* præsupponendum est, tutorem, si
 inventarium & cætera non exhibeat, hæc dolo fecisse *Schurf. Cent. 2.*
Conf. 41. eamque ob causam ipsi solet deferri juramentum, quo se
 à dolo purget, ne contra illum in litem jurari possit, *Mev. P. VII.*
Dec. 282. Comprehendimus tamen nomine doli latam culpam,
L. 2. C. h. t. Mev. c. l. Carpzov. P. I. C. 1. 23. d. 18. n. 5. Duf.
Scraphin de Scraphin Pr. 31. n. 58. Plot. f. 48. n. 13. ubi nega-
 tivam dicit communem add. *Schottan. h. t.* qui omnes dictam *l. 2.*
 restringunt ad tutelam, quòd tamen mihi committere videntur fal-
 laciã accidentis, cum ex fortuita ista Personæ circumstantia deci-
 sionem sumere volunt. Stamus ergo potius regulæ communi,
 secundum quam doli nomine continetur lata culpa, si agatur de
 pecuniario interesse *L. 226. de verb. signif. Ec. Ec.* licet particula
 taxativa doli vocabulo addita sit *L. 1. §. 5. de O. A. Bargal. Tr.*
de Dol. l. 5. c. 2. n. 6. à qua ut hic recedamus, nulla prægnans
 ratio produci potest. Ubi autem reus nec doli, nec latæ culpæ
 argui potest, contra istum nec juramentum in litem affectionis
 præstari potest. Unde ex communi DD. sententia *Mascard. de*
Prob. C. 371. n. 17. Pbanuc. d. tr. d. 2. c. 2. P. 2. n. 11. statuitur
 ob dolum defuncti contra hæredem id locum non habere, tum
 argumento *L. 4. 5. Cod. h. t. junctâ leg. unic. C. ex delicto def. tum*
 quod per hoc juramentum pœna quædam doli, imponatur quam
 hæres non sustinet; quod tamen limita ex *L. 4. eod.* nisi lis cum
 defuncto contestata *Mascard. C. 447. n. 3.* quam limitationem sine
 causa sufficienti rejicit *Bach. ad W. h. t.* cum aperte fundata in *l. 4.*
C. h. t. & pœna contumaciæ, quæ hic rei æstimatio est, bene in
 hærede obtinere potest, *L. unic. C. ex delicto defuncti §. 1. in fin.*
de Perpet. ac Temp. act.

CAPUT III.

§. I. Quis juramentum in lit. ass. præstat? §. II. An creditor
 Hypothecarius? §. III. An hæres Aëloris? §. IV. An pupillus,
 Tutor, minor, & Mater tutrix, item an Procurator, jurare possint?
 §. V. Nemo ad juramentum cogi potest?

B

§. I. Qua-

§. I.

Qualitas personæ jurantis ex duobus cognoscitur. (1.) Ut sit Dominus litis: (2.) Ut eam suo nomine sit contestatus, pro- ut hæc duo conjunctim in *L. 7. ff. b. t. requiruntur*. Ergo qui- cunque est Dominus actionis, licet non rei, eamque suo intentavit nomine, is ad illud admittendus est. In quo vero alterutrum desideratur, arcendus est.

§. II.

In specie vero de Creditore hypothecario controversitur, an is juramentum in Lit. affect. præstare possit? Ubi quidem tot scrupulos movet *Ant. Faber Libr. 16. Conf. 15.* ut eos superare difficile sit, quæquam *Meier. Dec. 7. cap. 1. in évdoξοις Justinian.* se omnes amovisse crediderit. Nobis non vacat singula eorum momenta excutere, inde nostram saltem opinionem, quæ nostro quidem judicio omnis dissensuum fluctus componi potest, paucis proponemus. Scilicet si dolo res oppignorata non restituatur, tum natura actionis hypothecariæ & persona actoris admittunt juramen- tum affect.: cum tamen insuper requiratur affectio in rem speci- alis, primo intuitu dicendum videtur, creditorem præstare juramen- tum affectionis non posse. Qualem enim quæso singularem affe- ctionem jure in rem quoque tempore revocabilem habere potest? Sed superest adhuc, ut juret creditor, quanti sua intersit, se rem oppignoratam possedisse, cujus æstimatio cum valde sit incerta ac quæ tota ex affectione dependeat, ratione ejus adhuc juram. in lit. affect. locum habere posse videtur. Quod si enim Actori ob- dolum rei permittatur interesse suum speciali sua affectione plu- rimi, ultra communem forsitan æstimationem, æstimare, adhuc jura- mentum in litem affectionis ipsi delatum censetur. Contra si actori id, quod sua interest, non simpliciter pro arbitrio suo & pro sua affectione æstimare concedatur, sed tantum, ut, quod vere sua interesse putaverit, jure jurando definiat, erit saltem juramentum in litem veritatis. Sic ex accidenti contingere potest, ut creditor, cui jurament. in lit. affect. delatum, quando saltem juravit, quanti communiter uniuscujusque interest, possessionem retineri, compu- tato damno illato & lucro intercepto, revera præstet juram. in lit. veri-

veritatis, cujus causa non est, quod non debuit, sed quod nescivit speciali aliqua affectione communem estimationem excedente, aestimare interesse suum. Et ita tolli possunt difficultates, quæ legi 16. §. 3, ubi expresse juramentum affecti. Creditori actione hypothecaria agenti deferendum asseritur, objiciuntur, quoniam lumbens concedam, hanc nostram utpote communem opinionem ab aliis non sine ratione in dubium vocari.

§. III.

De Hærede Dni. Litis quoque quæri solet, an juram. in Litis affecti præstare possit, si Dominus ante prælitum mortuus? Ubi quidem *Gail. l. 3. Obs. 43.* & ex eo *Tabor in not. ad C. A. h. t. th. 5.* respondent, juramentum à defuncto pro prælitato haberi, & mortem loco juramenti esse: quod si concesserim, ubi Judex certam præstinavit quantitatem, ad quem casum trahi potest decisio *Me. vii 374. P. VII.* aliàs frigide omnino dictum videtur, dum constare nequit, in quam summam defunctus juraturus sit. Necesse ergo erit hoc casu hæredi permittere, ut vel de credulitate super affectione defuncti, vel si rei notitiam habeat, & sibi comparare possit, de sua affectione juret, cum æque ut defunctus sit litis Dominus eamque suo nomine contestatus habendus, quod ipse & defunctus una eademque censenda persona. Vid. *Nic. à Noalis de transmissione cap. 54. n. 2. seqq.*

§. IV.

Minorem in litem jurare posse, constat ex lege 4. *pr. in fin. b. t.* & vix dubium habere potest, cum & Dominus sit litis, & eam suo contestetur nomine. In pupillo vero diversum placuit, *cit. pr. l. 4. h. t.* cujus diversitatis rationem vid. apud *Borch. C. 3. n. 23. tr. de in lu. jur. Hanium b. t. n. 4.* Loco pupilli tamen & minorum admittendi eorum Tutores Curatoresque, si velint. Cogi enim non possunt, cum grave visum, eos & ignorantes & invitos sub alieni compendii emolumento anceps subire perjurium *l. 4. ff. h. t.* Quoniam vero ex ratione supra dictæ regulæ prorsus arcendi videantur, favore tamen pupilli aliud placuit, nec sine ratione, ut est videre apud *Borch. dist. tr. c. 3. n. 16. 17.* Quando autem Tutor vult jurare, juramentum in utilitatem pupilli concipiendum est,

ac ita jurare debet, se, si pupilli loco esset, tanti eam rem æstimaturum esse *Mev. ad J. L. l. i. t. 7. a. 4. Carpz. P. III. Dec. 265.* Occasione hujus de Matre quoque tutrice controversitur, an illa nomine liberorum suorum id præstare possit? quod affirmandum putamus, nullatenus obstante *l. 4. pr. h. t.* cum tempore, quo Divi Fratres matrem arcendam scripserunt, materna tutela adhuc fuit incognita, & sic matrem saltem ut matrem, non ut tutricem jurare prohibuerunt, *Borch. dicit. C. 3. §. 21.* Dissentit sine causa *Job. Voetius ad Tit. ff. de in lit. jur. §. 3.* Non enim, quam opinatus Voetius Glos. secutus, vera arcendi matrem est ratio, nimia affectio matris in filium, alioquin nec auctori ipsi in causa propria jurare permitteretur, cum quilibet sibi affectior; sed quia mater quæ tutrix non est in causa filii nec Domina est litis, nec pro Domina habetur. *Vid. Zas. ad l. 4. n. 4.* De Procuratore etiam quæri solet, an is nomine sui Principalis in litem de affectione jurare possit? quod, cum is per litis contestationem fiat Dominus, prima facie affirmandum videtur, quia tamen saltem improprie fit Dominus, nec litem suo nomine contestatur, ipsum arcendum per *l. 7. h. t.* verius est. De Jure tamen Canonico, & secundum *Recessum imperii Spirensem de An. 1600.* & *Ratisbonens. de Ao. 1664.* speciali mandato ad hoc instructus in litem jurare poterit, *Stryk. de Cant. Jur. Cap. 3. pos. 3. n. 180.*

§. V.

Hoc dubio vacat neminem cogi posse, ut jureamento in litem affectionis rem restituendam æstimet *l. 1. 2. C. h. t.* sed vel de veritate jurare, vel omisso jureamento potest petere adversarium condemnari quanti res est *l. 7; de R. V.*

CAPUT IV.

§. I. Qualitas rei juramenti. in lit. affect. recipientis, ubi casualiter refutatur *Thomas.* & *Ludovicus* solam probantes affectionem, que ex ambitione oriur. §. II. De rebus fungibilibus non juratur in lit. affect. §. III. An de rebus incorporalibus? ubi simul disputatur contra novam *Thomasi* divisionem juramenti in lit. affect. in regulare & irregulare. §. IV. An de immobilibus?

§. I. Res

Res apta, ut super eâ Juramentum in lit. affect. præstari possit, in genere ejusmodi esse debet, cujus pretium est incertum & secundum locorum, temporum, varietatem mutabile, l. *pretia rerum* §. *fn. ad Falc.* ac in quam specialis aliqua affectio cadere potest. Quamobrem *Dn. Stryk cit. loc. n. 275.* reo commendat Cautelam, ut inquirat, an Actor rem petitam ante venalem habuerit, quo probato actorem non admittendum statuit quam doctrinam, cum teste *Zalio ad l. 5. ff. n. 26.* non habeat contradictorem, cum ipso in medio relinquimus. Pulchram tamen eam & notabilem vocal. d. l. si est vera. Oritur autem affectio ex affectibus humanis, afficimurque proprie erga personas, cum res non tam amamus quam iis fruimur: Interim tamen homines affectione erga res nimium duci, quotidia testatur experientia, quæ ipsa tamen indifferens esse potest, si non tam propter rem ipsam quam personam aut aliam extrinsecam rationem nascatur. Equidem ex judicio *Dn. Ludovici d. tr. h. t. Distinct. 2. Dn. Thomasio d. Disfert. c. 1. §. 22.* egregiam hic navavit operam, quasi rem ipsam ex fundamento explicaverit. Quam gloriam ipsi haud invidemus, sed faciem potius ei illustrandæ subjeçturi, ni suis utriqve inventis hanc inquinassent doctrinam. Tres illos fontes, ex quibus, tanquam rivuli, omnes humani profluunt affectus, scil. ambitionem, voluptatem & avaritiam lubentes cum ipso *Dn. Thomasio* agnoscimus, sed in eo nimis quantum mihi curiosi videntur, quod adeo rigoroſe judicem compellant, ut ipse antequam juram. in lit. affect. deferret, sollicitè in ipsum fontem, unde illa agentis affectio pullulat, inquirat; Cum tamen nulla poterit ostendi lex, qua hoc judici injungitur, sed saltem simpliciter jubetur, ubi controvertitur de re, quæ præsumtive affectionem recipit, hoc deferre juramentum actoris arbitrio, ubi is rem restituendam non tenetur, ut communiter rerum pretia definiuntur, sed ultra verum definitum rei pretium suo arbitrio æstimare l. 4. §. 3. l. 8. h. t. l. 70. de reg. jur. & hoc iusta inductum ratione, quia, sicut in voluntaria venditione Dominus ponit pretium rei suæ, ita multo magis ipsi hoc concedendum erit, in casu, ubi dolo rei coactus rem suam quasi vendere

dere debet, nec adversarius de injuria iuste querulatur, cum rem restituere debuisset. Aperte ergo labitur Dn. Ludov.; quando *cit. loc.* præeunte tamen Thomaf. hanc exstruit regulam: *Præcium affectionis ex ambitione proveniens, licet sit affectio extra rem, juramento in lit. affect. locum concedit, secus quam illud, quod ex voluptate oritur.* Nam ut demus, Jctos Romanos, utpote Ethnicos, ambitionem, si non in classem virtutum retulerint, tamen non ita turpem habuisse, ut avaritiam; quod inde quodammodo patet, quod illi, qui quæstus causa in certamina descendunt, famosi pronuntientur. *l. 2. §. 5. de his qui not. in f.* Illi vero, qui virtutis gratia pugnant, non tantum non sint infames, sed insuper præmium victoribus destinari solet *L. un. de Athl. ibique DD.* Ex eodem gentilismi principio fuit, quod legibus nostris *l. 2. ff. de Athl.* lusus, qui virtutis causa fiunt, sint permitti, qui lucri gratia, prohibiti: Sed inde omnem damnare voluptatem & quæ inde oritur, affectionem, nulla iusta est ratio, nec leges unquam fecerunt. Potius Veteres sicut Venerem ita amorem quoque duplicem fecere; Purum alterum & honestum, quem & cœlestem nominarunt, alterum vulgarem & spurium. Sic ponamus casum; Sponsus sponsæ ex antiquo more *Kirchn. de annul. pag. 198.* anulum pronubum donat, donatum Sponsa alteri commodat, commodotarius dolo istum restituere renuit; Sponsæ à Judice defertur jurament. in lit. affect.; illa anulum ex affectione, quod à Sponso accepit, æstimat 200. solidis, cum vere saltem 150. constiterit. Quis hic negaret, hanc affectionem erga rem scaturire ex voluptate? sed quis inde, nisi inepte, negaret juramento in lit. affect. locum hic dandum. Idem esto iudicium de re alteri ab amico intimo donata. Quibus & similibus casibus verius statuitur, reum in æstimationem jurato factam condemnandum esse, licet pluris, quam vere constiterit, ex affectione honesta actor rem taxaverit: Magis enim jura dolum adversarii punire voluerunt, quam quod respexerint ad originem affectionis agentis. Exemplum à Ludov. & Dn. Thomasio adductum de Linteolo aut ligamento affectionis, germanice, Affections-Wändchen / est ridiculum ac jocosum, qualia ut minora, prætor merito non curat. *Legem 6. §. 1. de Oper. Serv.* quam Dn. Ludov. pro

pro confirmatione dictorum in fine subjicit, finire applicatam, ipsum *Dn. Thomaf.* cujus vestigia alias fideliter legit, docebit in *all. Dissert. Cap. 3. §. 6.* ubi ad hunc textum, qui ab iis qui juram. in lit. affect. profus negant, adduci solet, recte responderi, ibi non agi de dolosa denegata rest: nec de æstimatione faciendâ secundum affectionem, sed secundum veritatem, ac tum constat nec voluntatis nec ullius affectionis rationem habendam. Eodem modo accipiendâ *l. 36. ff. ad l. Falc.* Tandem eorum opinio expressis Juris nostri redarguitur Textibus, ex quibus unice *L. 54. ff. Mand.* adducemus, ubi *JCtus Papinianus* ita ait: *Placuit prudentioribus. affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam, finge: Filium naturalem vel fratrem esse.* Relinquendum ergo ipsius jurantis conscientia, nec præsumendum quod is pro exiguo temporali lucello cum periculo vitæ æternæ nimium suis indolgeret affectibus ultra honestatem rem restituendam æstimando; Et Judex prudens jam providebit, ne jurans terminos excedat honesti. Sin tamen ædificanda sit regula, potius hanc nostram, ut magis speciosam, substituimus: *Pretium affectionis permissæ facit locum juramento in lit. affect. non attento, utrum ambitioni an voluptati licite suam debeat originem.* Conferri potest *Phan. dict. tr. p. 1. m. 4. n. 55.* ubi justas affert affectionis causas.

§. II.

Quando vero de re restituenda agitur, quæ nullam omnino recipere potest affectionem, tum desuper juramentum in lit. affect. deferri ac præstari nequit. Sic cum in res fungibiles, quæ natura sua ita comparatæ, ut aliæ aliarum fungantur vice, & si alia ejusdem generis reddatur, non tam aliud pro alio solvatur, quam idem reddi censeatur, nulla cadat specialis affectio, consequenter nec in iis juram. in lit. affect. locum habere potest. Et hoc non restringendum ad pecuniam, cujus fit mentio in *l. 3. ff. b. i.* & cujus perpetua æstimatio esse perhibetur *l. 1. pr. ff. de Contrab. emi;* sed extendendum ad vinum, oleum, frumentum aliasque species rerum fungibilium. *Quid enim, ut utar verbis Hunni de Rer. æstim. Sect. II qu. 16. pag. 192, interest, utrum vinum tuum apud alium depositum in specie recipias, an aliud ejusdem generis & quantitatis,*

titatis? certe nihil; sed num in vinum ceram poteris habere affectionem, juxta quam illud jurejurando aestimes? Nullo modo. In numismatibus tamen jurari posse de affectione constat ex *Brannem. ad leg. 3. in fin. Phanuc. P. l. m. 4. n. 55.*

§. III.

De rebus incorporalibus gravius dubitatur, utrum super iis juramentum hoc praestari queat? *Do. Thomasius dicta Dissert. C. 3. §. 7.* inquit, harum rerum proprie nec pretium esse, minus affectionis, & cum contra expressos textus *l. 7. si serv. vend. l. 10. ff. h. t.* negare non audeat, juramentum in lit. affect. in his rebus locum sibi vindicare; novam juram. in lit. affect. divisionem pangit, nempe in *regulare & irregulare*, hoc vocans, quod super incorporalibus praestatur. Verum non indigemus hoc novo Ente, sed idem specie juramentum in lit. affect. esse statuimus, quod super re corporali ac incorporali praestatur, ne, si ratione rei in judicium deducta species jur. in lit. constituere velimus, infinitas eas fingere debeamus, cum infinita sint res, quae per juramentum in lit. aestimantur. Et quidni aequè daretur pretium rerum incorporalium ac corporalium? Et quid quæso obstat, quo minus affectio in has cadat cum secundum quosdam servitutes solius animi gratia constitui possint, *l. 3. ff. de aqua quovis. et asirv. Franz. Tu. de Servit. n. 73. seqq.* earumque aestimatio tota in affectione consistat, quod præcipue ostendunt servitutes ne prospectui officiantur, item ne luminibus. Sic esto casus. Habeo iter per fundum alienum ad meum huic adjacentem, hic maxime potest pretio esse locus, quod aestimandum ex utilitate intercepta, vel damno illato, quid enim si illam servitutem certo mihi comparaverim pretio? Potest etiam adesse pretium affect. propter amoenitatem itineris, quare ego pluris iter aestimo. Quando itaque juro de utilitate, quæ mihi ob negatam servitutem vere abest, erit saltem juramentum veritatis, cui denuo non adversatur illa *Do. Thomasi Cap. 3. §. 8. dict. Dissert. hypothesis*: ob dolum de veritate in litem non jurari. In stricti enim juris judicii & quando de re controversitur, quæ nullam specialem patitur affectionem, & ubi actor simplici aestimatione

matione contentus esse mavult, quam de affectione jurare, utiq̃ etiam ob dolum juratur in litem de veritate, quod dum non animadvertit Dn. Thomas. incidit in devia putans jurament. in lit. verit. ex cōmuni sententia semper ob levem culpam nunquam ob dolum locum habere, cui adstipulari videtur Dn. Stryk de *Causelis juram. Cap. 3. Pos. 3. n. 20. ibi saltem propter culpam* quantam inde recedere videatur n. 132. seqq. Nobiscum sentiunt quam inde recedere videatur n. 132. seqq. *Joh. Vocuus h. e. th. 1. Titius in sua jurispr. privata libr. 2. cap. 15. §. 7. Quando autem veræ rei incorporalis utilitati accedit affectio, propter quam negatam servitutem plus æstimo, propter dolum adversarii utiq̃ admittendus ero, & tanti condemnandus reus quanti jurabo. Repeti hic debent, quæ dicta Cap. 3. §. 2.*

§. IV.

De rebus immobilibus anceps est quæstio, an super iis hoc juramentum præstari possit? *Lauterb. hoc iii. id affirmat, negat Wissemb. cod. cujus propugnator est Dn. Thomas. dicti. Disseri. Cap. 3. §. 23. Sed nimis debiles sunt, quas pro sua adducit sententia, rationes; nam argumentum quod ex leg. 48. §. 1. Loc. deducit; est inane. Inde enim, quod Jctus dicit non solum de servo, sed & alia re mobili, in litem jurari posse, non excluditur res immobilis, cum Jctus verba illa; *vel aliam rem non immobilem*, modo adjecerit, ne quis putet, ipsius orationem ad solum servum restringendam. Neque magis firma, qua præcipue movetur, est ipsius ratio §. 33. adducta, nam utiq̃ casus accidere potest, quo res immobilis manu militari auferri nequit, v. gr. Reus dolo defuit possidere alienando rem dolose in tertium, eamque ipsi tradendo, hic judici adempta potestas transferendi possessionem in Actorem, cum à novo possessore res sine justa cognitione auferri non debeat, quod res inter alios, acta aliis non præjudicat *tot. iii. C. inter alios acta etc. l. 2. fin. C. quibus res judicata non noc.* Nullam ergo aliam viam Judex hic ingredi potest, qua sine Actoris incommodo, & sine commodo rei dolosi rem ad effectum deducere possit, quam, si deterat Actori jusjur. in lit. affecti, cui eo magis*

magis locus dandus, quod nullus dubitare potest, quin in rem immobilem specialis affectio cadere possit. Et quo omnis tollatur scrupulus, proferimus l. 41. §. 1. ff. de Re jud. ubi agitur de fundo restituendo, quem si reus dolo desit possidere, desuper in litem jurandum & tanti, quanti juratum, reum condemnandum, dicitur, quem textum ipse Dn. Thomaf. ni contradictionem committere velit, de juram. in lit. affect. interpretari debet, cum ex ipsius, licet falso, supposito, ob dolum de veritate non juret. Apprime itaq; Dn. Lauterbachius allegavit l. 68. ff. R. V. cum ibi in genere asseratur, contra eum qui dolo fecit, quo minus rem restituere possit, in litem jurandi debere, quod speciali exemplo de re immobili declaratur l. 41. de Re Jud. Regula loco ergo tenendum; In omni re tam mobili quam immobili, incorporali æque ac corporali positus terminis habilibus juram. in lit. affect. locum habere posse.

CAPUT V.

§. I. Ponitur Regula, in qua actione jurari nequit. §. II. In B. F. actionibus juratur in lit. de affect. etiam emti, ubi insignis Thomaf. error notatur, quando statuit in casum rei exstantis nunquam de affect. jurari in litem. §. III. It. in arbitrariis. §. IV. Non vero in stricti juris, nec de Jure Civili, ubi refutatur Dn. Thomaf. invehens in Tribonianum & J. C. Marcianum, nec de praxi contra Ludov. §. V. De effectu juris jurandi in lit.

§. I.

Ultimo dispicere restat de debita actionis qualitate. Quamvis enim dolo adversarii res non restituatur, non tamen statim desuper juramentum hoc deferri potest, sed insuper ipsa actionis natura attendenda, & secundum eam res definienda. Sic in nulla actione, qua non ad rem restituendam agitur, in litem de affect. jurari potest. (Verbum tamen restituere large accipimus, ut & tradendi ac exhibendi contineat.) Nemo ergo mirabitur, cur in l. 33. ad l. Aquil. negetur, in ea de affect. in lit. jurari, cum ipsa hujus

huius actionis natura sit, damnum æstimari juxta verum pretium vid. *Struv. in Evolut. p. 257.* Ob eandem rationem in actionibus contrariis, ubi non de fide rupta, sed de indempnitate saltem agitur præstanda, cessat juramentum hoc *l. 5. princ. depos.*

§. II.

Quando nunc versamur in actione, ubi de restituenda re agitur, an tum indistincte juramento affect. in lit. locus dandus sit, mirum controvertitur. Et quidem quia actiones B. F. plerique consentiunt e. gr. *Commodat. Depos. l. 3. §. 26. Locat. &c.* nisi quod quidam actionem emti in dubium vocent (1.) per *l. 4. C. de act. emti.* (2.) quod hic affectio ostendi nequeat, & quæ aliæ sunt rationes; quibus tamen opponimus quod in genere dicitur, in B. F. actionibus jurare de affect. & quod hic concurrat ratio, ne creditori invito aliud pro alio solvatur. Nec quæ pro contraria sententia adferuntur argumenta, solvere difficile est. *Ad primum* enim diversimode responderi potest, scilicet vel ibi supponi casum, ubi quis non habet affectionem in rem venditam, vel quod ejusmodi res vendita, in quam ne cadere quidem potest affectio specialis, vel loqui textum de ipso juramento in litem affectionis, *Thomas. c. 1. §. 23.* quo loco tamen duplicem ob rationem notandus, & quod recoquat opinionem suam, secundum quam in re immobili cessat juramentum affectionis, & quod in genere asserat, in casu rei exstantis jurari in litem de affectione non posse, in quo itidem ampliter errat. Neque enim quisquam, præter *Anton Fabrum* ea propter à *Bach. ir. de Act. D. VII. ib. 13.* castigatum, opinor, hoc dixit, & si quis dixit, nequaquam ei subscribimus, cum contrarium expresse decusum in *lege 8. ff. h. t. cujus legis verba, ad redarguendum hunc errorem, ut ita cum Bach. all. l. loquar, adscribere lubet: Tutor rem adnli, quam possidet, restituere ei non vult, quæro, utrum quanti res, an quanti in litem juratum fuerit, condemnari debet? R. Non est æquum pretio (i. e. quanti res est,) litem æstimari, cum & contumacia puniendi sit, & arbitrio potius Domini rei pretium statuendum sit. potestate petitori in litem juranti concessa. Add. l. 46. 47. de R. P.*

L. ult. de fidel. juss. conf. Vinnius ad Inst. Tit. act. §. 3. l. n. 9. Alterum falsum esse sequens declarabit Casus. Finge: obligavi tibi Digestum, in quo studueram sub hac conditione, ut nisi intra certum tempus redimerem, liceat tibi distrahere, distractum postea emi ab emptore, hic recusat traditionem perficere, condemnandus erit, non solum ad commune ff. pretium, sed ad id, quod ex affectione erga Digestum quondam suum aestimatur. Et hanc nostram sententiam esse Lynk. cit. l. th. 10. forum recepit. Dissensit Job. Voetius ff. b. i. §. 5.

§. III.

In arbitrariis actionibus jur. in lit. affect. locum habere ut rei vend. act. de dolo, quod metus causa &c. inter plerosque DD. constat per l. 68. de R. P. quas singulas enumerare super sedemus, remittentes B. L. ad *Malleri Comm. ad Struv. Syntag. Exerc. 17. th. 63.* ubi prolixum earum contexitur catalogum. Hoc unicum saltem hic monemus, plane non sequi; In hac vel illa actione juratur, quanti interest, ergo juram. in lit. affect. in ea cessat, ut id perpetuo contendere videtur *Ant. Faber. l. 16. conj. c. 18. & Dec. §. 2. Err. 4.* quod etiam inclinare videtur *Brunnem.* quando ad l. 4. C. ad exhib. contra non exhibentem, ait; aut nimis sero exhibentem dari juramentum in litem non affectionis, sed veritatis, quo juro, tanti mea interfuisse, exhibitionem non fuisse dilatam. Nam interesse dupliciter juramento in litem aestimari potest, vel communi aestimatione, vel suo arbitrio ac speciali affectione, illo casu erit in litem veritatis, hoc affectionis juramentum. Cum itaque in l. 5. pr. ff. de in lit. jur. l. 3. §. 2. ff. l. 4. C. ad exhib. de deservendo juramento in litem agatur, hoc accipiendum, non de veritatis, sed affectionis, (quod teste ipso *Brunnem. κατ' ἐξοχήν* juram. in lit. adpellatur,) ita quidem, ut Actori concedatur suo singulari arbitrio interesse contra dolose non exhibentem jurato taxare. Quo facto reus condemnandus non in id, quod exhibitionem postulantis interfuit, sed quanti in litem juratum. Unde hic notabilis fluere effectus videtur, reum, si probare sit paratus, actorem ultra, quam vere communiter suam interfuit, jurasse, audiendum non esse. Conferri debent dicta §. 2. C. 3.

§. IV. Re-

§. IV.

Restant adhuc actiones stricti juris, super quibus duplex hodie exurgit quaestio, altera, utrum Jure Civili in his juram. in lit. affect. locum habuerit; altera, utrum praxi hodierna. De Jure Civ. plerisque DD. negativa approbatur *C. A. b. 1. ib. 6. Bachov. Disp. 7. de Act. ib. 12. circa fin. Borch. d. 17. C. 4. n. 76. 77. & aliis innumeris. Sed noviter Dn. Thomas. cit. diss. c. 3. §. 24. quorundam id affirmantium sententiam, more solito refuscitavit, eamque defendit, cujus castra novissime suis argumentis propugnata Dn. Ludov. citato *Disp. 1. b. 1. quos secutus Böhmer in Introduct. sua ad ff. b. 1. §. 5. in fin. qui tamen sibi ipsi §. 9. eod. tit. contradicit. Verum cum nec quicquam proferant, quod aliquem in ipsorum pertrahere posset partes, nec solide, quae à communi stant sententia, discutiant momenta; communi magis utpote veriori sententiae nostrum addimus calculum. Et quidem communis illa opinio probatur (1.) ex Principio *l. 5. ff. b. 1. ubi, cum Jctus definire velit, in quibus actionibus in litem juratur, in actionibus, inquit, in rem & ad exhibendum & in B. F. judicis in litem juratur, unde concludimus in stricti juris judiciis non jurari, qualis à contrario sensu desumpta argumentatio, de jure ff. est firmissima & adhuc magis hoc nostro casu, ubi ex professo negotia, in quibus locum habet juram. in lit. affect. Jctus recenset. (2.) Nititur textu in *l. 6. b. 1. ubi Paulus expresse ait, Si ex stipulatu vel testamento agatur, non solet in litem jurari. Cæcos ergo esse oportet, qui cum Domino Ludovico citato loco hanc legem 6. communi sententiae adversari, eamque male à Lauterbachio pro ea allegatam esse, contendere volunt, cum vix quicquam apertius pro ea stabienda adduci possit. Sed, inquis, quæ ratio differentiae? Meier. *C. A. ib. 6. ex Bach. Disp. 7. de act. ib. 12. circa fin.* hanc apponit, quia in stricti juris actionibus agit, qui non Dominus est, quæ ratione tamen sibi ipsi contrariatur, cum affirmet, in actione emti locum habere Juram. in lit. affect. & tamen constat, emtorem ante traditionem nondum esse Dominum; Quare quoque admittitur ista ratione, rectius Bachov. Donel.****

Donellus *l. 26. cap. 8.* negant, in actione emti id locum habere. Nos adæquatam ejus rationem potius constituimus in ipsa diversa natura negotiorum B. F. & stricti juris, cum illa ita comparata, ut Judex in iis reum condemnare possit, etiam in id, de quo non cogitatum. In his autem Judiciis potestas adeo restricta, ut ultra quam in judicium deductum, reum condemnare haud debeat, quod in stricti juris judiciis non tanta doli exigatur præstatio, *l. 152. §. fin. de R. J. L. ult. §. 1. de fid. tut.* Probatio contrariæ sententiæ, quam *Dn. Thomas & Ludov. ex l. 5. §. 4.* petunt, est infirma. Licet enim ipsis eorum interpretatio displiceat, qui istum §. de juram. in lit. Verit. exponunt; ipsa tamen verba finalia *cit. §. quia Judex &c.* hunc insinuant sensum, & ut sit concordia cum cæteris textibus, illam quodammodo necessitant interpretationem. Dicitur enim ibi, in stricti juris judiciis jurari in litem, quando Judex sine relatione jurisjurandi non potest rem, quæ non existat, æstimare; nunc constat juram. in lit. affect. locum habere, etiamsi Judex rem æstimare possit, (ut supra hunc Thomasi nævum denudavimus, *conf. Bach. d. VII. ib. 15. de act.* ubi hanc hypothefin modo falsissimam modo ineptam vocat) ex ratione, quia hic juratur de affectione, jurantis autem affectionem Judex scire nequit, quamvis rei, de qua litigatur, valorem optime noverit, ac licet testes produci possint, quibus notum, quanti res vere constiterit, nam & illis ignota esse potest, quam jurans erga rem habet affectionem Per rerum ergo naturam non potest aliter accipi §. iste, quam de juramento in litem veritatis, cui isto casu demum locus, ubi ejus æstimatio citra jusjurandum fieri nequit: Nec, quam fingit *Dn. Thomas.* moramur Marciæ rationem inter Emblemata Triboniani sine omni librorum suffragio refert, quasi is eam inarserit *Cap. 3. §. 16.* Quali tamen medicina in sano membro non opus, quin interdictum, ad ejusmodi asyla ac præsidia citra necessitatem contra leges confugere. Et lubrica est conjectatio, quam *Dn. Thomas* ex *cit. §.* verbis: *Actio fidei judicii,* cogit, quam loquendi formulam antiquis Jctis insolentem esse dicit. Nam non possumus numero

mero eandem ab omnibus JCtis loqvendi formulam exigere, alia enim aliis placet, hæc ut elegans nostro arrisit Marciano; eodem modo, qvo Ulpianus vocat stricti juris judicia l. 3. §. 2. ff. *Commod.* qvæ denominatio, ni fallor, jure nostro æqve rara, sed ideo istum qvoqve §. inter emblemata Triboniani referre, nimis temerarium foret. Subactæ magis in Latinitate antiquorum JCtorum aures has voces minime Tribonianum redolere facile audient. Aliter enim ut *Vinn. l. 1. qv. 45. in fin.* ait, olent catuli, aliter fues. Longe exactius alba & atra discernere novit magni nominis JCtus *Franciscus Duarenius in Tit. ff. de in lit. jurum. ad l. 5. n. 13.* cujus verba apponere non pigebit, ita resonant: *Etenim stricti juris actio aut judicium nunquam in veteribus emendatisqve codicibus, qui manuscripti sunt, leguntur; sed actio stricta potius, strictum judicium, actio stricti judicii. Sed plerosqve locos corruperunt, vel diligentissimi quique Typographi nostri temporis &c.* Qvo modo cum hujus consummatisimi JCti Duareni utpote oculati testis effato Dni. Thomasi conjectura concordet, quamqve adhuc mereatur fidem penes lectorem sit judicium? Neqve credendum Marcianum hac sua ratione, quam temere idem *Dn. Thomas. §. 15. C. 3.* ineptam vocat, contradicere *Ulpiano l. 4. §. 4. b. 2.* sed potius hæc diversa JCtorum loca distinctione utrum res existat vel non, concilianda. Minus opus est, (ut has difficultates sibi frustra excitat *Dn. Thomas. cap. cit. §. 24.*) *Legem 60. §. 1. ff. ad leg. Falcid.* accipere de juramento in lit. verit. vel antinomiam inter istam & l. 6. statuere; Res enim expedita est, si eam interpretemur de casu, qvo legatum per rei vindicationem, in qva, utpote arbitraria actione, in litem juratur, petitur *Goehofred. & Gloss. ad cit. l. 60. §. 1. F.* Evicta ita veritate communis opinionis, de Jure Civili in stricti juris Judiciis de affectione non jurari in litem: Tandem transeundum ad qvæstionem de moribus hodiernis, cujus tota decisio dependebit à præjudiciali qvæstione, num hodie omnis qvæ Jure Romano inter B. F. & stricti juris judicia intercessit differentia, sit sublata? qvam qvæstionem dicunt *Ludov. in sape allegat. tr. Tit. de pact. Tinius Obs. 1150. ad Lauterb. quibus tamen objicimus Sirvium Exerc. 46. th. 74. Berg. in Resol. ad l. 8. in fin.*

qvi

qui rectius sentiunt eam nec Jure Canonico C. 3. de caus. Possess. & prop. C. final. X. depositi c. 6. X. de except. nec moribus omnino abrogatam. Quin Faber de Erroribus Pragmat. scribit; Hanc distinctionem hodie quoque esse attendendam, aut totum jus subvertendum, quorum sententiam præjudiciis ac exemplis facile, si opus foret, comprobare possem, Vid. interim *Herzins de fructuum pers. in act. pers. ib. 15. &c.* add. *illustris Dn. Mevius Cons. 99. qv. 2. per totum præcipue n. 42.* Nullatenus vero stringit ratio, quæ in contrarium Dominum Ludov. aliosque compulit, quod scilicet hodie cessent Judices Pedanei, quorum intuitu differentie inter hæc duo judicia inducitur. Neutiquam enim Judicis Pedanei potestas in B. F. contractibus laxior, & in stricti limitatior erat, quod esset Judex Pedaneus, sed, prout supra dictum, quod ipsa diversa B. F. & stricti juris negotiorum qualitas svaserit diversam hanc juris dispositionem vid. *Puffendorffius de jure natura & Gent. Libr. V. cap. II. §. 8. &c.* quod inde ad oculos ostenditur, quia in utroque negotio Judex Pedaneus intervenit. Deinceps si huic Domini Ludov. argumento vis sua constet, quod vicies, ni ultra, quando usum juris communis destruere conatur, urget, quomodo idem salva ejus auctoritate, hodiernum usum inter officium Judicis nobile & mercenarium concedere potuit *Libr. I. Tit. I. Dist. 20.* Neminem enim, qui paululum modo peius juris nostri intima penetravit, latere potest, illam distinctionem ad Judices Pedaneos & processum Romanorum formularium pertinere; Ut id præter alios eleganter docet *Vinnius Comm. Insit. Tit. de off. Jud.* ubi ista loquitur: *Aliud est Veteribus officium jus docentis, aliud judicis, alterum jurisdictionis, alterum notionis nude, illud interpretis vulgo officium Judicis nobile, hoc mercenarium vocant.* Cum ergo Dn. Ludovic. usum conclusionis, quæ originem ex ipsius sensu debet diversitati officii Judicis & Magistratus, admittat, immerito certe in aliis juris articulis ex hoc solo fundamento istum negat. Nullus itaque asserere dubito differentiam, quam ratione juram. in lit. affect. inter B. F. & stricti juris actiones de Jure Civ. propugnavi, & hodie obtinere debere, nisi contraria consuetudo doceri possit, ne quicquam dissentientibus

Dn. Ludov.

Dn. Ludov. cit. l. Titio Obs. 340. in Lauterb. it. in Jurisprad. sua privata l. 2. cap. 15. seductis falsa, à nobis jam destructa, hypothese, quasi illa differentia ex nullo alio fundamento quam restrictio ad formulam judicis officio derivari possit. Nam potius firmiter credimus, nec Prætozem, si ipse judicis defungi voluisset munere, in stricti juris actionibus potuisse juram. in lit. affect. deferre, cum leges prohibitoria id non admiserint. Equidem Dn. Ludov. & alii, quo suæ sententiæ autoritatem quandam concilient, provocant ad Dn. Carpzov. P. I. C. 23. def. 19. n. 7. quem tamen Brunnem. ad l. 5. ff. in b. t. accipit de juram. in lit. verit., quæ interpretatio eo magis recipienda, quod ex præcedentibus constet, ipsum primario non tam de differentia inter b. f. & stricti juris actiones, quam de ipsa divisione juramenti in lit. affect. & verit. loqui, statuentem n. 9. arbitrio Judicis relicto, utrum velit deferre; quod tamen oppido falsum judico, dum Judex, nec olim potuit, nec hodie potest juramentum in lit. affect. deferre, ubi res culpa perit, & debet, posticis terminis habilibus, ubi ob dolum res restitui nequit, quod in Patria minus dubii habet, cum Ordinatione Summi Tribunalis P. II. Tit. 34. §. 10. statutum, omne, quod de juramento in litem jure communi introducum, id in praxi observari debere, conf. Stryk in usu. mod. ad t. ff. de jur. in lit. §. 2. Et, concessio, Carpzovium loqui de sublata differentia inter b. f. & stricti juris actiones quæ juram. in lit. affect.; illa tamen assertio terminanda erit intra fines Saxonie, extra eos vero dispositioni juris Civil. & hac in parte inhzendum, ni contrarium vel consuetudine aut lege speciali constitutum doceri possit, secundum decantatum & receptum juris axioma, quod non mutatum, cur stare prohibeatur: licet me non lateat, istam, ut vocant, cantilenam auribus novas edere deproperantium opiniones, atq; ex infida explicatione antiquarum & obsoletarum vocum Germanicarum gloriolam aucupantium per quam esse invisam ac molestant. Vid. Conradi Snelri Epistolam ad Amicum.

§. V.

De effectu hujus juram. in lit. affect. paucula adhuc subjecimus. Præstito juramento, sequitur condemnatio, & quidem regulariter in quantitatē ab Actore juratam; quando tamen propter rei con-

D

rei contumaciam) in arbitrio Judicis fuit deferre jusjurandum vel non. tam Judex haud tenetur quantitatem jurejurando definitam praecise sequi, sed reum vel minoris condemnare, vel si magna causa doceri possit, absolvere potest l. 5. §. 2. ff. b. i. l. 4. §. 3. si propter id juramentum hoc delatum, quod dolo vere possidere deserit, nec magna retractandi causa praesto sit, Judex praecise reum in quantitatem juratam condemnare debet, cum hoc casu ipsum oportuit jusjurandum deferre, nec ab initio certam adicere quantitatem potuit. Cum ergo J. C. Paulus in l. fin. ff. b. i. ait. De perjurio eius; qui ex necessitate juris in litem juravit, quod facile non solere, hoc ex l. 4. §. 3. eod. nisi ex magna causa limitandum. Vid. Bach. ad Wesf. b. i. n. 7. qui L. ult. restringit ad juramentum veritatis quod DD. necessitatis appellant. Alius juramenti hujus effectus est, quod aestimatione actori a reo praestita, dominium rei ad reum illico transferatur, si possideat, aut si non possideat, cum ex voluntate actoris possessionem ejus nactus sit l. 46. 47. de R. V. conf. omnino C. A. ut. de in lit. jur. ib. 10.

TANTUM!

Corollaria huic materiae affinia.

- I. Defendi potest Regula Juris Canonici; Juramentum, quod salva conscientia servari potest, servandum.
- II. Perjurium poenis humanis coercendum; poena tamen ipsa est arbitraria.
- III. Perjurium promissorium leviolem assertorio mereri poenam, quod sit promissorium, jure forensi est inauditum, nec ullus unquam J. C. affirmavit.





(x228 2796)

ULB Halle

3

005 372 038







B.I.G.

Farbkarte #13

DISSERTATIO JURIDICA
DE
JURAMENTO
IN
LITEM AFFECTI-
ONIS,

1710/1
21

Quam
Consentiente Illustri Actorum Ordine
PRÆSIDE
**PHILIPPO BALTHASAR
GERDESIO,**
I. U. LIC.

Loco Horisque consvetis
Die *Februarii* Anno M DCC X.
defendet

RESPONDENS
JOHANN GEORGIUS SCHILLING,
GRYPHISWALDA-POMERANUS.

GRYPHISWALDIÆ,
LITERIS DANIELIS BENJAMINIS STARCKII
REG. ACAD. TYPOGR.

6.12.73

036

