



1.
1.
2.
3.
4.
5.
170
1.
25
3412
=



35.
28. 696
1707. 6.
Dissertatio Juridica,

DE

**PRÆCISA
PRÆSTATIONE
REI DEBITÆ,**

**INSIGNEM NÆVUM JURIS RO-
MANI CIRCA HOC ARGUMENTUM EXHIBENS,**

QVAM

Annuente DEO T. O. M.

IN ILLUSTRACADEMIA HASSO-SCHAUMBURGICA,

PRÆSIDE

VIRO *Consultissimo & Excellentissimo*

DN. HERMANNO ZOLLIO,

Jcto, Consiliario Hassiaco & Professore Juris in hac Acad.

Primario p. t. RECTORE ejusdem MAGNIFICO.

Publicæ disquisitioni submittit

CASPARUS HENRICUS WILLIUS,

Spangenbergensis-Hassus,

RESPONDENS.

IN AUDITORIO JCTORUM

Ad diem 25. Novembr. An. 1707.

RINTHELII,

Literis HERMANNI AUGUSTINI ENAX, Univ. Typogr.

Dissertatio Juridica

De

PRÆCISA
PRÆSTATIONE
REI DEBITÆ

INGENIUM NOVUM JURIS RO-
MANI CIRCA HOC ARGUMENTUM EXHIBENS

AVT

ANNONTE DDO T. O. M.

IN ILLUSTRI ACADEMIA HANNOVERENSIS

PRÆSIDE

VIRI & Consilii & Rectoris

DR. HERMANNI VOLLO

JO. Consilio Historico & Professore Juris in hac Acad.

Publico & RACTORE eadem MAGNifico

Publicæ dispensationi admittit

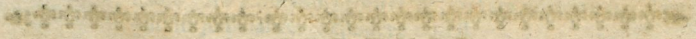
CASPARUS HENRICUS WILLIUS

Spangenbergensis-Hallis

RESPONDENS

IN AUSTRIÆ TORON

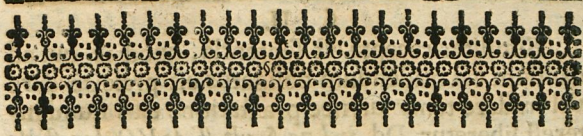
Et die 27. Novembris 1707



LEIPZIG

Apud HERMANNI AUGUSTINI ENACK, Typogr.





I. N. D. J. C. A.

§. I.



Executionem in rem judicio petitam & per sententiam adjudicatum præcisè fieri debere, ideoque si certum corpus actione in rem vel personam petitum sit & extet, debitor autem spon-

tè præstare nolit, manu militari auferendum & actori tradendum aut Judice ita arbitrante, Reum in litis æstimationem præstitò desuper ab actore juramento in litem condemnandum esse, communis & in foro recepta est sententia, gloss Bartol. & Dd. communiter in l. 68. ff. de RV. §. 2. instit. de Offic. jud. & in l. 4. §. 2. & l. 5. §. 1. ff. de in lit. jur. Struv. Synt. jur. civ. Exerc. 17. th. 61. & Exerc. 44. th. 18. Brunne- mann. in l. 5. ff. de in lit. jur. num. 13, 14. Umm. disp. ad process. jud. 20. num. 4. Hahn. ad Wesenb. tit. ff. de in lit. jur. num. 3.

A. 2

§. II.

700

§. II.

Similiter recepta est sententia, quod is qui ad dandum vel tradendum obligatus est præcise dare vel tradere teneatur, nec præstatione ejus quod interest liberetur, Dd. in l. 75. §. ult. ff. de V.O. l. 25. ff. de contrab. empt. Struv. Exerc. 47. th. 22. Vinn. in princ. instit. de Empt. vend. num. 7. Unde etiam in specie ad Emptorem & Donatorem dogma illud applicant. Struv. Exerc. 23. th. 107. & Exerc. 40. th. 12. Vinn. ad d. loc. Brunneemann. & Dd. communiter in l. 1 ff. de act. Empt. & §. 2. instit. de donat.

§. III.

Quæ quidem sententiæ sine dubio naturali æquitati & generalibus juris & justitiæ principiis consentaneæ sunt; id enim præstandum quod promissum est. l. 176. ff. de V. S. nec aliud pro alio invito creditori obrudi potest l. 1. §. 1. ff. de reb. cred. l. 16. Cod. de solut. ideoque justè exigi ejusque præstatio præcise à Magistratu imponi potest, cui jussui, si non obtemperetur, meritò vis & coactio adhibenda est, Magistratui enim sua autoritas constare debet, l. 2. ff. de just. & jur. l. 19 ff. de offic. præsid. l. unic. pr. ff. si quis jus dic. non obtemp. t. r. instit. de offic. jud. Et nihil tam naturale est, quàm id ad quod præstandum quis suo consensu se obligavit vel alias ipso jure tenetur, exigere & ab invito & contumace per vim extorquere. Grot. de Jur. B. & P. l. 2. c. 7. §. 2. Puffendorff. de Jur. N. & G. lib. 5. c. ult. §. ult.

§. IV.

Ut ut autem hæc ita se habeant, dogmata tamen illa



694

illa Juri Romano convenire haecenus persuasum, nobis non est, & laterem eos lavare credimus, qui ea ex Jure Romano adstruere conantur. Nullibi enim in jure scriptum legitur, quod in istis actionibus quibus de re nostra restituenda, exhibenda aut reddenda, sive actione in rem vel personam, sive ad dandum vel tradendum agatur, contumacia Rei qui restituere, exhibere, reddere, dare vel tradere jussus est & non paret, aliter quam litis seu rei in litem deductae aëstimatione mediante jurejurandò actoris quod in litem appellatur, determinatâ coërcetur *l. 1. l. 2. §. 1. l. 5. princ. l. 8. l. 9. ff. de in lit. jur. l. 1. §. 2. Cod. eod. l. 46. l. 47. l. 68. l. 71. ff. de R. V. l. ult. ff. de fidejuss. l. 48. §. 1. ff. loc. cond. l. 20. §. ult. §. 25. §. 10. ff. de hered. pet. l. ult. §. 14. in fin. Cod. de jure delib. l. 7. ff. si serv. vind. l. 16. §. 3. ff. de pign. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 1. §. 26. ff. depos. l. 18. ff. de dolo malo l. 8. §. 1. l. 9. l. 10. ff. rer. amot. l. 15. §. 9. ff. quod vi aut clam. l. 8. §. 4. ff. de precar. l. 1. §. 41. ff. de vi §. vi arm. l. 9. C. unde vi l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. ff. ad exhib. l. 5. Cod. eod. §. 2. §. 3. instir. de Offic. jud.*

§. V.

Nec ad rem facit quod Ulpianus scribit in *l. 68. ff. de V. S.* ex quo textu Dd. sententiam suam de violenta ablatione rei stabilire solent, scilicet: *Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere, siquidem habeat rem, manu militari officio judicis possessio ab eo auferatur.* Utenim præterea minus censuram Antonii Fabri *lib. 16. conjectur. c. 17.* qui audacter pronunciat, ne unum quidem verbum esse

300



esse in tota illa lege quod Ulpiano adscribi debeat, omnia esse Triboniani, & Hüberum utcunque, omnem lapidem ad refellendam illam censuram in sua Eunomia Juris Romani in *d. l.* moveat, hunc textum à Triboniano aliquatenus interpolatum esse, non diffiteri: Ex ipso textu prout jacet, evidense est, causam istius militaris executionis non esse solam contumaciam, sed simul mendacium, in quo deprehensus erat Reus contentendo se non posse restituere, cum tamen haberet, quod præsertim in iudicio rei vindicationis extra ordinem coerceri solet Jure Romano *arg. l. ult. ff. de R. V.* Ubi similiter Reus rei vindicatione conventus, si se possidere neget & mendacii convictus sit ab actore, in pœnam istius mendacii amissione possessionis, licet actor suam esse non probaverit, mulctatur. Nec immeritò cum extra ordinem & acrius ut vulgo coerceri debeat, qui judicem decipit vel decipere conatus est *arg. l. 15. 16. 17. ff. de his, qui not. infam.*

§. VI.

Alioquin autem possessionem ab aliquo manu militari vel ministrorum & apparitorum auferre remedium est aliquod extraordinarium & minus civile, id est Juri Civili minus consentaneum *l. 1. §. 2. ff. si ventr. nom. mul. in possess. miss. l. ult. §. ult. ff. quod met. caus. l. 3. pr. ff. ne vis fiat ei. qui in poss. miss. erit.* nec locum habet, nisi in casibus specialibus, scilicet si possessor per mendacium dicat se non possidere, ideoque non posse restituere, uti in *d. l. 68. ff. de R. V.* vel si cautionem de damno infecto præstare quis re-

recuset, l. 15. §. 23. ff. de damno infecto, aut si quis fideicommissi servandi causa in possessionem missus non admittatur d. l. 3. pr. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est; Item, si servum quis evicerit eumque abducere velit, hoc enim in casu Dominus litis æstimationem pro eo accipere non cogitur, uti notanter ait Papinianus in l. 36. ff. de liberali causa, & ex eo evidenter apparet, Dominum ad litis æstimationem accipiendam regulariter cogi posse.

§. VII.

Neque enim in arbitrio judicis est, an velit juramentum in litem deferre, an manu militari possessionem Reo auferre, uti vulgo Dd. existimant, arg. l. 4. §. 2. & l. 5. §. 1. ff. de in lit. jur. Quin potius si judex oblata litis æstimatione à Reo militarem executionem decernat, appellationi locus est, uti rectè notat Bachov. disp. 7. de action. th. 8. in fin. Quod enim in d. l. 4. & l. 5. dicitur, in arbitrio judicis esse, utrum deferre velit actori jusjurandum in litem nec ne? Hoc eo pertinet, ut judex quidem eo casu quo res adhuc extat, non præcisè cogatur juramentum actori deferre & per hoc litem æstimare, sed ipsi liberum sit etiam citra juramentum ex æquo & bono litem seu rem de qua litigatur & quidem præsentem æstimare. l. 1. §. 41. ff. de vi & vi armat. §. 3. instit. de offic. judic. Bartol. in l. 4. §. sed an ff. de in lit. jur. Anton Faber. lib. 16. conject. 17. pag. 355. secus ac in casu quo res amplius non extat, ideoque à judice æstimari nequit, tunc enim æstimatio fieri debet prævia delatione jurisjurandi in litem.

l. 5.

ppp

l. 5. §. ult. ff. de in lit. jur. l. 68. ff. de R. V. exceptâ actione doli, in qua relicet extincta iudex ipsemet sine delatione juramenti litem protinus aestimare tenetur l. 18. §. 1. ff. de dol. mal. Nullibi autem in Jure Romano de tali arbitrio iudicis quo ob contumaciam Reo vel possessionem manu militari auferre vel in litis aestimationem eum condemnare liceat quid cautum invenitur, quin potius officium ejus ad ordinarium remedium scilicet condemnationem in litis aestimationem est adstrictum d. §. 2. & 3. instit. de offic. jud. & textt. supra §. 4. relatis.

§. VIII.

Ostendit hoc ipsum formula, quæ in his actionibus arbitrariis olim iudici præscribatur, quam & quidem in rei vindicatione usitatam refert *Cicero 4. in Verrem*, his verbis: *Si apparet rem de qua agitur, Titii esse & ea res arbitrio tuo non restituatur, iudex condemna*: Ubi iudici eo casu quo arbitrio ipsius (quo nomine ejus sententia venit, quæ Reum secundum petita actoris in restitutionem rei condemnaverat) non paruerit, manu militari rem à possessore auferre non conceditur, sed ipsi tantum injungitur, ut Reum condemnet. In quid? non in restitutionem rei? quippe in quam Reum jam ante condemnaverat, sed in litis sive rei in litem deductæ aestimationem jurejurando actoris, aut si actor jurare nolit, iudicis officio determinandam. Praxin hujus rei in vindicatione pignoris suppeditat *Marcianus in l. 16. §. 3. ff. de pign. & hypothec. ibi: Si verò Reus hypothecaria actione*
con-



conventus pignus possideat, & ad jussum judicis aut pecuniam solvat, aut rem restituat, *æque absolvendus est*: Si verò neutrum horum faciat, *condemnatio sequetur*, scilicet in id quod interest actoris neutrum esse factum.

§. IX.

Unde porrò apparet in his arbitrariis actionibus (quale nomen ex isto judicis arbitrio sortiuntur) duplicem intervenire sententiam unam interlocutoriam jussum scilicet seu arbitrium judicis de restituendo vel exhibendo, alteram definitivam quæ litem terminat absolutione aut condemnatione, prout Reus præcedenti arbitrio judicis paruerit aut non paruerit, quæ veteribus absolutè sententia dicitur. *Vinn. in d. §. præterea 31. instit. de act. n. 3. & 4.*

§. X.

Jussus autem judicis de re restituenda vel exhibenda omnino præcedere debet, nec liberum est judici actore rem sibi restitui aut exhiberi petente Reum in litis æstimationem, adeoque in aliud quid statim condemnare *l. 18. ff. commm. div. l. ult. Cod. de fideicom. libert.* sed tum demum ad litis æstimationem judex procedit, quando Reus judicis arbitrio non paret, ultra autem & quidem ad ablationem rei per manum militarem ejus potestas de Jure Romano se non extendit, etiamsi istam executionem enixè urgeat actor.

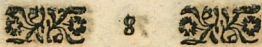
§. XI.

Sanè diffiteri non licet condemnationem illam in litis æstimationem libello & petitioni actoris

B

non

107



non congruere uti quidem debebat, sententia enim conformis debet esse libello *l. ult. C. de fideicom. libert.* nec iudex præter vel ultra petita decernere debet *l. 18. ff. comm. divid.* ac consequenter hoc pacto aliquem invitum re sua carere & alteri vendere cogi (quod sine dubio iniquum *l. 11. Cod. de contrab. emp.*) Nihilominus tamen de Jure Romano non aliter obtinet, uti ex *textt. supra §. 4. citatis* & cumprimis ex *l. 20. §. ult. l. 25. §. 10. ff. de hered. pet. l. 8. §. 1. l. 9. l. 10. ff. rer. amot. l. ult. ff. de fidejuss. l. 8. ff. de in lit. jur. l. 1. Cod. eod. l. 10. pr. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* perspicuè apparet.

§. XII.

Qua ratione autem Romani hæc in parte à Jure Naturali recesserint nusquam disertè expressum invenitur; An ergo hoc placitum inter ea recensendum quorum ratio reddi non potest? Non arbitramur; Sed sine dubio hoc intuitu litis æstimationem admiserunt, quòd existimaverint hoc ipso quo Dominus non tantum pretium rei suæ quod loco rei succedere solet, ideoque qui pretium habet rem ipsam habere videtur *l. 22. ff. de pet. hered. l. 35. §. 1. l. 39. ff. de usufruct.* Sed etiam ratione damni & indignationis quam patitur, dum invitus re sua carere cogitur, tantum consequitur, quantum juramento in litem ipsemet rem æstimaverit Dominum nihil habere de quo amplius conqueri possit, ideoque sufficiens & civilius hoc remedium coercendæ contumaciæ quàm violentam rei ablationem, ad quam, quia facile occasionem tumultus præ-



præbet, non nisi urgente necessitate, si scilicet negotium aliter expediri nequeat, in libera Republica deveniri debere crediderunt: Sed noxia, me hercle! hæc Philosophia est, quæ aliud pro alio, illiquidum pro liquido invito obtrudi vult: Juris enim sui præcisa executio nullam habet injuriam *l. 15. §. 1. ff. de injur.* nec invitus quis debet re sua carere, etiamsi duplum pretii ipsi offeratur *l. 11. Cod. de contrab. empt. l. 6. Cod. de rescind. vend.* Unde etiam hoc jus inter abrogatum seu potius non receptum merito refertur, *Vinn. in d. §. 31. instit. de act. num. 4. Christin. vol. 2. decis. 191. num. 3.*

§. XIII.

Quemadmodum igitur de Jure Romano, ne quidem eo casu quo quis rem suam ab alio sibi restitui aut exhiberi petebat violenta rei ablatio locum habet, uti supra ostensum; Ita multo minus in iis actionibus quibus quis alterum ad dandum seu dominium rei suæ in petiorem transferendum, (siquidem dare est dominium transferre *§. 14. instit. de act.*) aut ad tradendam vacuum possessionem convenit, talis violenta rei ablatio obtinet, sed etiam iis casibus iudex & quidem citra jurisjurandi delationem in id quod interest actoris rem non dari, Reum ob contumaciam in dando commissam condemnat: Sic enim mutuo datô vinô vel simili re fungibili, si debitor idem genus & ejusdem qualitatis & bonitatis habeat, solvere autem nolit, in æstimationem condemnatur atque ita æstimatio creditori etiam invito contra regulam naturalem.

in l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. l. 16. Cod. de solut. obtruditur l. vinum 22. ff. de reb. cred. Struv. Exer. 8. th. 37. Eademque est ratio in aliis conditionibus quibus rem nobis reddi intendimus d. l. 22. ff. de reb. cred. l. 48. §. 1. ff. loc. cond. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 1. §. 26. ff. de pos.

§. XIV.

Similiter ubi ex obligatione ad dandum agitur, nusquam legimus debitorem præcisè & ad eò ad dandum teneri, ut si nolit per vim ei extorqueri res possit, uti vulgò Dd. existimant. arg. l. 68. ff. d. R V. & l. 75. §. ult. ff. de V. O. l. 25. §. 1. ff. de contrab. empt. Quod enim d. l. 68. attinet, ejus intellectus ex iis quæ supra §. 5. retulimus adparet, ut taceamus, textum illum nominatim agere de rei Vindicatione, quâ rem nostram nobis restitui petimus, ideoque ad eas actiones quibus intendimus adversarium dare oportere malè applicatur. Nec magis sententiam communem juvat d. l. 75. §. ult. de V. O. Ubi Ulpianus scribit: *Hec stipulatio: Fundum Tusculanum dari: ostendit se certi esse, continetque ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.* Si quidem JCrus ibidem tantum indolem stipulationis dandi & quid ea contineat demonstrat, scilicet ut hoc in casu debitor obligationi suæ non satisfaciat, si rem promissam tradat, sed simul requiratur, ut propriam non alienam det atque ita dominium in stipulatorem transferat, nullo verbò autem indigitur, quòd, si promissor rem habeat & dare nolit, res per vim ab ipso auferri & stipulatori tradi debeat Imò.



Imò in obligationibus dandi contrarium ejus, scilicet quòd, si debitor dare nolit aut det quidem sed alienam, ad interessè teneatur, traditur *l. 5. §. 1. ff. de præscr. verb.* Unde etiam genuinus sensus *d. l. 25. §. 1. ff. de contrab. empt.* apparet, qui enim vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, sed sufficit, si tantùm vacuam possessionem transferat, etsi res sit aliena *l. 28. ff. de contrab. empt.* At qui fundum dare promisit, non satisfacit obligationi suæ etsi fundum tradat, nisi simul tradentis proprius sit, *d. l. 75. §. ult. ff. de V. O. d. l. 5. §. 1. ff. de P. V. l. 1. pr. & §. 3. ff. de rer. permut.*

§. XV.

His præmissis de efficacia ejus obligationis qua quis non quidem ad dominium transferendum, sed tantùm ad traditionem vacuæ possessionis tenetur & nominatim de Venditore videbimus, de quo argumento jam olim fuit & adhuc hodie acris inter Doctores est controversia. Equidem facilè largimur æquitati minime convenire, ut Emptor præcisè teneatur pretium solvere, Venditor autem contra non teneatur tradere: Ut Emptor rei periculum sustineat rem tamen consequi non possit: Denique ut propter fraudem Venditoris fidem conventionis adimplere, cum potest, recusantis, Emptor probationi difficillimæ ejus quod interest (quod propter suam incertitudinem plerumque ad exiguam summam deducitur *l. ult. ff. de præscr. stip.*) adstringatur. Nihilominus tamen quoad Jus Romanum sine dubio verior est illorum opinio qui eo Jure Ven-



Venditorem ad præcisam traditionem non teneri, sed præstatione ejus quod interest suâ obligatione defungi posse asserunt, utpote quorum opinio non tantum rationi Juris Romani apprimè convenit, sed etiam tot perspicuis juris textibus firmatur,

§. XVI.

In genere enim constat, quòd is qui se facturum aliquid promisit ad factum præstandum præcisè non teneatur, sed præstando interesse liberetur *l. 72. ff. de V. O. l. 13. in fin. ff. de re judic. §. ult. instit. de V. O.* Atqui fundum tradi est factum *d. l. 72. pr. & l. 75. §. 7. ff. de V. O.* ubi nominatim etiam inter facta refertur. Quamvis autem tale nudum factum, ut e. gr. *fossam fodere, tabulam pingere, insulam fulcire*: non sit, sed potius causam bonorum contineat, id est ex hoc facto possessio & dominium nobis acquiratur *l. 52. §. 1. ff. de V. O.* nec ullam molestiam corporis desideret, sed nuda patientia præstari possit: Est tamen & manet talis promissio: *fundum tradi*: obligatio faciendi non dandi *l. 25. §. 1. ff. de contrab. empt.* Imò etsi ad dationem referri possit, nihilo magis obligabitur Venditor ad præcisè tradendum, sed præstando interesse sua obligatione æque defungi potest, quandoquidem obligationes dandi & faciendi in hoc non differunt per tradita supra *§. 14.*

§. XVII.

In specie autem quoad hunc contractum Imperator Justinianus rescribit, quòd pretio statuto necessitas Venditori imponatur vel contractum venditionis perficere, vel id quod Emproris interest ei



ei persolvere l. 17. *Cod. de fide Instrum.* Quamvis enim obligatio Venditoris per se non sit alternativa sed Emptor ab initio ad traditionem rei emptæ agere & iudex etiam Venditorem in traditionem rei condemnare possit ac debeat, per accidens tamen si scilicet Venditor nolit tradere, exitum alternativæ obligationis sortitur, quò Justinianus hîc respexit. Hoc itaque sensu utique alternativa dicitur Venditoris obligatio, ejusque contumacia in non parendo sententiæ & iussui iudicis commissâ, sola condemnatione in id quod interest, mulctatur. Quòd si autem alio modo rumpat fidem contractûs, scilicet eandem rem alteri vendendo, pœna falsi coëreretur. l. 21. ff. *ad l. Corn. de falsi* & Stellionatus, si obligatam pro libera vendiderit. l. 3. §. 1. ff. *Stellionat.*

§. XVIII.

Porro idem docet Ulpianus in l. 1. pr. ff. *de act. empt.* Si res vendita non tradatur in id quod interest agitur. Dicit JCtus indefinitè; Si non tradatur; Ideoque si ve nolit si ve non possit tradere Venditor; Unde perperam hoc restringitur ad casum quo tradere non potest, quin potius verba illa: Si non tradatur ad eum casum pertinent quo rem habet & tradere potest, si enim rem non habet tradere non potest & consequenter traditio ineptè desideratur; Et ut nullus dubitationi locus relinquatur, Celsus in l. 12. ff. *eod.* perspicuè scribit; Si quod extraxit piscium (piscator & Venditor) reddere mihi noluit, id estimari debet, quod extraxit. Similiter Impp. Diocletianus & Maximianus in l. 4. *Cod. de act. empt.*

re-

205



rescribunt his verbis: *Si traditio rei vendita iuxta
 emptionis contractum procacia Venditoris non fiat:
 Quanti interesse compleri contractum fuerit, arbitra-
 tus Praeses provincia tantum in condemnationis ta-
 xationem deducere curabit.* Et Paulus casum pro-
 ponit quo debitor qui voluntate creditoris pignus
 vendiderat, sed quia non tradebat, cum tamen rem
 habebat & tradere poterat, in id quod interest con-
 demnatus erat & hoc modo rem retinuerat: ibique
 decidit, quod pignus hoc casu adhuc saluum sit cre-
 ditori. *l. 10. pr. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.*
 Similiter Venditorem carnis qui fide conventionis
 rupta tempore placito carnem non exhibuit, ad in-
 teresse conveniendum esse rescribunt Imperatores
 in *l. 10. Cod. de act. empt.*

§. XIX.

Licet autem hæc adeo perspicua sint, ut acutis-
 simus ille Juris Romani Indagator, *Antonius Faber*
 in tractatu suo de erroribus Pragmaticorum *decad.*
85. err. 4. non immerito miretur aliquos in dubium
 vocare hanc doctrinam & ægre ferat, esse, qui: *quod*
Venditor præcisè teneatur tradere: adhuc sentire
 ausint & perseverent. Sunt tamen qui adhuc hodie
 communem illam sententiam de præcisâ traditione
 Juri Romano convenire omni nisu contendunt,
 inter quos novissime Celeberrimus ille *JCtus Frisî?*
Ulricus Hüber, qui in opere suo posthumo cujus
 inscriptio est: *Eunomia Romana seu Censura Censuræ*
Juris Justinianeï ad l. 25. §. 1. de contrab. empt. scribit,
 aliquando majori specie rationis alios non posse satis
 mira-

quod ille contendit, verba textus in *l. 1. pr. ff. de act. empt.* in quibus Venditor non tradens ad interesse teneri dicitur, non esse intelligenda ac si per hoc interesse res ipsa æstimeretur, sed quòd tantum propter illam contumaciam, quòd debito loco & tempore vel aliàs secundum conditionem contractus res non fuerit tradita, venditor quidem ad interesse teneatur, seorsim tamen adhuc res ipsa ab Emptore peti possit: insulsum est. Esto enim quòd in omni contractu is qui fidem rumpit, teneatur simul in id quod interest ob moram à se commissam & ad rem ipsam quam debet, præstandam, & utrumque vel simul vel seorsim peti posse: Hoc tamen certissimum est, quòd, si res ipsa sive simul sive seorsim petatur & debitor eam tradere nolit, res ipsa eidem per vim non auferatur, sed debitor ob contumaciam suam commissam in æstimationem rei petitaè condemnetur, per ea quæ supra ex indole Juris Romani retulimus & in specie in hoc argumento per text. in *l. 12. ff. de act. empt. l. 4. Cod. eod.* Imò verba illa: *Si Venditor non tradat, tenetur ad interesse l. 1. pr. ff. de act. empt.* non de æstimatione contumaciæ tantum, sed etiam ipsius rei venditaè pretio disertè loquuntur: Ulpianus enim ibidem docet, *quòd hoc interesse interdum rei venditaè pretium, (quod Venditor ab Emptore antea acceperat,) egrediatur, si pluris intersit quam res valet vel empti sit.* Ecce! hic sub eo quod interest & pretium & quod pluris interest continetur.

§. XXII.

Confirmat idem Celsus in emptione jactus retis &

& piscibus à piscatore extractis, dum ait: *Si, quod piscator extraxit piscium reddere mihi noluit, id aestimari debet quod extraxit, l. 12. ff. de act. empt.* Item Paulus in *d. l. 10. pr. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* ubi exemplum proponit quo Venditor qui à creditore consensum de vendenda hypotheca impetrauerat, ideo quia non tradebat, in id quod interest condemnatus, rem retinuit, & hoc pacto jus pignoris in illa re quod alioquin (quia res voluntate creditoris erat vendita) insecuta traditione extinctum fuisset, creditori conservatum fuit. Et Impp. in *d. l. 10. Cod. de act. empt.* rescribunt, carnibus venditis nec traditis, non carnes sed interesse restituere teneri Venditorem.

§. XXIII.

Sed quid ad hæc Hüberus? Nihil! præterquam quòd ad *l. 12. ff. de act. empt. & l. 10. Cod. eod.* respondet, Celsum in *d. l. 12.* non negare pisces extractos peti potuisse & petitos piscatorem præcisè tradere debuisse, sed ideo quia pisces vivi moram iudicii non ferrent, sed sine dubio interea putrescerent, Celsum de petitione piscium nihil dixisse, utpote qui risum debuisset lectoribus, si de piscibus vivis iudicio licere contendere dixisset, sed pro circumstantia hujus negotii aestimandos esse pisces voluisse, idemque de carnibus in *d. l. 10. Cod. de act. empt.* intelligendum esse existimat. Sed ineptiæ sunt pro palliando hoc nævo Juris Romani invita Minerva adductæ.

§. XXIV.

Nam uti facile largimur, quòd pisces extracti sicut quæcunque res aliæ venditæ actione ex empto peti potuissent, ita negamus, quòd piscator præcisè ad traditionem piscium cogi potuerit, & omnino risui se exposuisset Celsus, si contra jus receptum piscatorem ad præcisam traditionem piscium adstringere voluisset. Quid enim notius quàm possessorem rei nostræ ex jure in re vel contractu ad restitutionem ejus conventum restituere rem à judice quidem juberi posse, sed si jussui non pareat, non aliter quàm condemnatione in litis æstimationem cogi posse? quid notius quàm quòd is qui ex permutatione (contractui emptionis vicinâ *l. ult. ff. de rer. permut.*) ad dandum obligatus est, non aliter quàm condictione ejus quod ipsi datum est vel condemnatione ad id quod interest actoris cogi possit? Quis ergo melioris conditionis deberet esse Emptor qui tamen ne quidem rem suam sibi restitui, sed alienam tantum sibi tradi intendit? Nonne ex solo Ulpiano & Paulo in textt. supra allegatis idem juris in Emptore receptum esse constat?

§. XXV.

Ineptum itaque est id quod Celsus & Impp. in dictis textt. tradunt pro exceptione à regula quæ hætenus ne hilum quidem ostensa est, venditare, præsertim cum nulla exceptionis vera & solida ratio subsit: Celsus enim talem casum proponit quo de contractu liquido constat piscator autem pisces ex vendito retis jactu extractos restituere renuit, nullo
ita-



itaque iudicio hîc opus est, sed Magistratus aditus
piscis extractos tradere aut si Venditor tradere
nolit eorum æstimationem Emptori solvere jubet:
Hæc est sententia Celsi nostri ex textu perspicua &
plana. Et quidnî sinè ulla mora adiri Magistratus
& ab eo in reliquida & suâ naturâ celeris expeditio-
nis executio in continenti fieri poterit antequam
pisces & carnes putrescerent? *arg. l. 1. §. 12. ff. de oper.
nov. nunc.* Quid si hyeme pisces sint extracti aut
etiam æstate & in vivario asservati, ut moram ali-
quam iudicalem admittant? Et quidnî etiam caro
recens nedum falsâ vel fumata etiam in æstate,
multò magis hyeme vendita tantillam moram ad-
eundi iudicem & executionem urgendi ferre pot-
est? Inanes nugæ hæ sunt pro patricinio Juris Ro-
mani contra ejusdem analogiam, quâ violenta rei
ablatio à possessore pro remedio extraordinario
habetur, frustrâ excogitatæ, prout supra §. 6.
ostensum est.

§. XXVI.

Ex quibus etiam Vinnii in Commentario suo ad
Institutiones *pr. de Empt. vend. num. 7.* & aliorum
communis sententiæ propugnatorum explicatio
d. l. 4. Cod. de act. empt. ubi, dum contra ejusmodi
clarum textum nullum effugium vident, existimant,
posse quidem Emptorem eo casu quo Venditor ex
procacia tradere non vult ultro omissa petitione rei
agere, ut consequatur quod sua interest, refellitur.
Actio enim ex empto non est comparata ad conse-
quendum interesse, sed ad tradendam rem cum
fru-



fructibus & accessionibus post venditionem perceptis. *Struv. Exerc. 23. th. 107.* Ideoque Venditori à procacia desistendo & rem tradendo condemnationem ad interesse evitare semper integrum manet, sed iudex demum Venditorem in contumacia perseverantem ad interesse tanquam in pœnam contumaciæ condemnat, & hâc pœnâ Emptor nolens volens contentus esse debet. *d. l. 4.*

§. XXVII.

Neque sententiam nostram afficit aut communem juvat, quod passim in jure traditur: Venditorem teneri rem ejusque vacuam possessionem tradere: necessitatem tradendi ipsi incumbere: Imò cogi venditionem implere & compelli rem tradere: Utique enim Venditor ex natura contractus ad tradendam rem venditam tenetur, idque etiam ab Emptore in libello peti potest & iudex ad tradendum Venditorem condemnare debet, sed sententiam suam de Jure Romano præcisè exequi & rem violenta manu auferre ei non licet, quin potius contumaciam Venditoris qui jussui judicis non pareat civiliore remedio, scilicet condemnatione in id quod interest Emptoris rem non fuisse traditam, coërcere debet, uti talis pœna & non alia Jure Romano ejusmodi contumaciæ est præstituta, per jura supra §. 4. adducta. Necessè, quòd urgeatur locutio illa: *compelli vel cogi* Venditorem tradere, siquidem verba illa civiliter & secundum analogiam Juris Romani sunt intelligenda, & omnino etiam compellitur vel cogitur Venditor. hoc

hoc ipso tradere, dum non impunè fert contumaciam in tradendo commissam, sed hâc commissâ ad id quod Emptoris interest condemnatur, quod sapius verum rei pretium aut quod antea Emptor dedit, egreditur *d.l.i. ff. de act. empt.* Imò verbum *cogi pro teneri* Jctis usurpari ex *l. 25. §. 1. ff. de contrab. empt.* liquet; Ubi Ulpianus scribit. *Qui vendidit necesse non habet fundum Emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulandi spondit.* In hoc enim Venditor cum promissore ex stipulatione, quidem convenit, quòd neuter per vim cogatur, fundum creditori tradere, uti supra §. 14. evictum est. Sed in eo utriusque obligatio differt, quòd Venditor non teneatur dominium transferre, sed satisfaciat obligationi, si modò vacuam possessionem tradat & rem habere licere præstet, etiamsi aliena sit *l. 28. ff. eod.* Qui autem ex stipulatione dare promisit fundum, non satisfacit obligationi si alienum tradat, sed proprium tradere tenetur, aut si alienum tradit omni modo efficere tenetur, ut ejus Dominium ad stipulatorem perveniat *l. 75. §. ult. ff. de V. Obl. junct. l. 1. pr. & §. 3. ff. de rer. permut. l. 5. §. 1. de P. S.*

§. XXVIII.

Similiter non obstat nostræ sententiæ argumentum illud ex *l. 6. Cod. de resc. vend. junct. l. unic. Cod. de sent. que pro eo, quod interest prof. petitem.* Nam quod in *d.l. 6.* dicitur, quòd Emptor duplò etiam pretii sibi oblato ab emptione recedere non cogatur, intelligendum est de emptione non nudo con-

consensu perfecta, sed simul rei traditione consummata uti ex toto titulo *Cod. de resc. vend.* & subjectis eidem legibus apparet; idemque in specie ex eadem l. 6. liquet, dum Venditor Imperatoribus ibidem supplicat, ut Venditio rescindatur & res vendita ipsi reddatur, quo sanè Venditor opus non habuisset si adhuc in possessione fuisset, siquidem re nondum tradita etsi pretium solutum sit Venditor adhuc Dominus est eamque alii vendere potest. §. 3. *instit. de empt. vend. l. 14. pr. ff. de furt. l. 50. ff. de R. V. l. 6. Cod. de hered. vel act. vend. l. 11. Cod. de act. empt.* Uti bene animadvertit & ad hanc objectionem respondet *Wissenbach. disput. ad ff. 37. thes. 2.*

§. XXIX.

Multò minus ad rem facit, quòd Venditor, si Jure Publico ei concessum esset rem venditam, quam tradere potest, non tradere, modò pati velit se condemnari in id quod Emptoris interest, non tradens aut facultatem tradendi sibi adimens dici non possit frangere, rumpere contractùs fidem, uti tamen dicitur in l. 6. *Cod. de hered. Vend. l. 10. Cod. de act. empt.* Ut ut enim hoc argumentum naturaliter non parum stringat, Jure Romano tamen non procedit: Sine dubio enim Tutor, qui rem pupilli quam habet restituere reculat, fidem violat, contumacia tamen ejus non aliter quam litis æstimatione coërcetur l. 8. *ff. de in lit. jur.* Commodatarius, Depositarius, Conductor omnino fidem contractùs rumpunt non restituendo rem



rem commodatam, depositam aut locatam, sola tamen præstatione litis æstimationis perfidiam luunt *l. 3. §. 2. ff. Commod. l. 1. §. 1. ff. depos. l. 48. §. 1. ff. loc. cond.* Locator expellendo Conductorem ante finitum contractûs tempus rumpit fidem contractûs *l. 15. Cod. de loc. & cond. verb. rupta conventionis fide*: Conductor tamen ad restitutionem rei locatæ agere nequit, sed præstatione ejus quod interest vel condemnatione in pœnam conventioni adjectam contentus esse tenetur *l. 1. §. 10. ff. de vi & vi arm. l. 15. §. 8. l. 54. §. 1. l. 33. ff. loc. cond. l. 15. Cod. eod.* Idemque etiam de Venditore qui carnes debito tempore non tradidit nominatim traditur. *l. 10. Cod. de act. empt. verb. fide conventionis rupta.*

§. XXX.

Firma igitur ac vera manet sententia, quòd Jure Romano Venditor præcisè tradere non teneatur, sed præstatione ejus quod interest libereatur; Eaque etiam in Donatore locum habet. Quòdenim Justinianus huic necessitatem tradendi rem donatam imponat & compellendum esse Donatorem ejusque heredes ad tradendam rem donatam velit *l. 35. pr. & Sult. Cod. de donat. Novell. 162. c. 1. §. 1. ex quo Struvius Exer. 40. th. 12. cum communi Dd. schola in d. l. 35. & §. 2. instit. eod.* præcisam traditionem Donatori injungit, ad rem non facit. Siquidem Imperator ibi quidem exactionem rei donatæ Donatario concedit atque ita jus vetus, quo pactum de donando uti alia pacta nuda actionem in foro efficacem non producit, corrigit. Ex eo autem

D

in-

105



inferre non licet, quod Donator præcisè tradere teneatur nec præstando interesse liberetur, uti alioquin in omnibus aliis negotiis & contractibus quibus quis dare vel tradere tenetur juris esse ex ante dictis constat, quin potius hoc civiliter & secundum indolem Juris Romani intelligi oportet, nimirum quod Donator rem donatam tradere aut interesse præstare teneatur. Ad quod alioquin ante Justiniani constitutionem conveniri non poterat. *arg. §. 2. instit. de donat.* Ubi Imperator voluit, ut donatio ad exemplum Venditionis in se habeat necessitatem, traditionis, unde patet, quod Donatori nulla major necessitas tradendi rem donatam incumbat quam Venditori, ad cujus exemplum vel similitudinem Imperator efficaciam pacti donationis introduxit. Atqui ex supra dictis de Venditore necessitatem absolutam tradendi huic non incumbere, sed præstando interesse sua obligatione defungi constat. Ergo idem Juris in Donatore erit.

§. XXXI.

Atque hanc sententiam ulterius confirmat text. 2. Feud. 26. §. si facta. Ubi Feudista ait: *Si facta de Feudo investitura peniteat Dominum, antequam possessionem transferat: An præstando interesse Vasallo liberetur? questum fuit. Responsum est, prætermissa illa condemnatione Dominum possessionem feudi, de quo investituram fecit tradere compellendum. Inquit Feudista: questum fuit. Quare? & quæ ratio dubitandi? Sanè de Jure Naturæ de eo dubitare: An Dominus Feudi rem de qua*



qua Vafallum investivit eamque tradere promisit præcisè tradere teneatur? ineptum foret. *arg. l. 1. pr. ff. de pact.* Ratio igitur dubitandi ex dogmate illo Juris Romani, quòd præstatione ejus quod interest obligatione sua debitor defungi possit, cujus Compilatores Juris Feudalis peritissimi erant, deprompta erat: Quoniam tamen Longobardi ut populi Germani æquitatem naturalem magis quàm Juris Romani subtilitates respiciebant, Responsum est, prætermiffa illa condemnatione ad interesse Dominum ad præcisam traditionem Feudi de quo Vafallum investiverat compellendum esse.

§. XXXII.

Ex dictis itaque evidenter apparet communem sententiam de præcisa præstatione rei debitæ ex Jure Romano defendi non posse, sed manifestum hìc subesse nævum juris istius quem Interpretes quovis modo, sed frustra tegere conantur. Interim tamen in foro & praxi communis sententia ubique recepta est, quam quidem receptionem etiam non quidem ideo quia communis, sed quia æquitate naturali nititur, optimo jure meretur, utcunque manifestum errorem Juris Romani foveat. Præstat enim in judiciis Christianis ab eo quatenus rationi naturali & æquitati adversatur recedere, quàm in justitiam naturalem impingere & æquitativim inferre. *arg. l. 8. Cod. de judic. l. 90. ff. de reg. jur.*

l. 5. §. 2. ff. de impens. in res dot. fact.

FINIS.

005



COROLLARIA.

I.

Nomine impensarum funebrium non veniunt ideoque nec jure prælationis gaudent impensa in pharmaca & Medicos ob morbum quo debitor obiit.

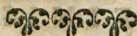
II. In testamento in scriptis à patre inter haberos condito, etiam nullis intervenientibus testibus, extraneo quid legari potest.

III. Reus præstito juramento purgatorio absolutus in expensas non est condemnandus, etiam si culpabilem suspicionis causam dederit.

IV. Exceptio non numeratae pecuniae etiam ad alias causas præter mutuam pertinet.

V. Jus retrahendi proximiori cognato adversus remotiorem cognatum, cui vendita res est, non conceditur.

VI. Nec Domino censûs, si Censitus bona censitica alienat hoc jus scilicet retractûs competit.

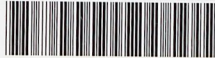




ULB Halle

3

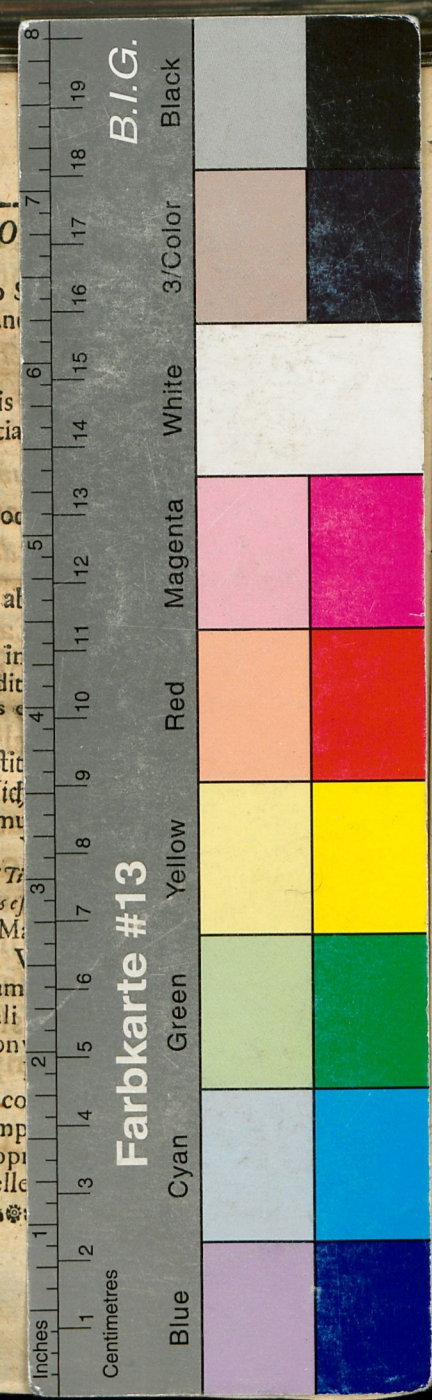
004 173 341



Sl.







35.
28. 696
1707. 6.
Dissertatio Juridica,

DE

**PRÆCISA
PRÆSTATIONE
REI DEBITÆ,**

**INSIGNEM NÆVUM JURIS RO-
MANI CIRCA HOC ARGUMENTUM EXHIBENS,**

QVAM

Annunte DEO T. O. M.

**IN ILLUSTRACADEMIA HASSO-SCHAUMBURGICA,
PRÆSIDE**

VIRO Consultissimo & Excellentissimo

DN. HERMANNO ZOLLIO,

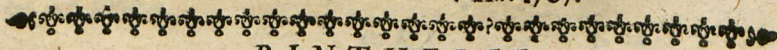
**Jcto, Consiliario Hassiaco & Professore Juris in hac Acad.
Primario p. t. RECTORE ejusdem MAGNIFICO.**

Publicæ disquisitioni submittit

**CASPARUS HENRICUS WILLIUS,
Spangenbergensis-Hassus,
RESPONDENS.**

IN AUDITORIO JCTORUM

Ad diem 25. Novembr. An. 1707.



RINTHELII,

Literis HERMANNI AUGUSTINI ENAX, Univ. Typogr.

