



DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA  
DE

PRETIO AFFE-  
CTIONIS IN RES FUN-  
GIBILES NON CADENTE,

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,  
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DN. FRIDERICO WILHELMO,  
REGNI BORUSSICI HEREDE &c. &c.

*In Regia hac Fridericiana*

EX DECRETO ILLUSTRIS FACULTATIS JURIDICÆ  
PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO, Jcto,  
S. REG. MAJ. BORUSS. CONSILIARIO PROF. PUBL.  
ET p. t. DECANO

PRO LICENTIA

Summos in utroque jure honores, & pri-  
vilegia DOCTORALIA rite consequendi,

IN AUDITORIO MAIORI

*Ad d. XVII. Sept. Anno MDCCI. horis ante- & pomeridianis*

Publicæ Eruditorum disquisitioni submitter

PHILIPPUS REINHOLDUS HECHT,  
CRUCENACO-PALATINUS.

DENUO RECUSA Anno 1734.  
APUD CHRISTIANUM HENCKELIUM,

DISENTIA JURIS

PRELATIO  
IN RES PUN  
GROSSA VON CAPPIT

ON FRIDERICUS WILHELMUS  
RECHTSGESCHICHTLICHE  
IN DER RECHTSLEHRE  
AN DER UNIVERSITÄT

DR. CHRISTIANUS THOMASIO  
S. REG. MAJ. BOV. CONSILIARIO  
ET LEG. LEG. NO.

PRO LICENTIA  
Sunt in hoc libro  
magis doctorum  
IN ADUCTIONE  
ET ALIA

KLIENTES REINOLDUS HECHT  
CAROLUS-FRANZIS

DAVID  
VON CHRISTIANUS HENRICUS





DISSERTATIO INAUGURALIS,  
 DE  
 PRETIO AFFECTIONIS IN RES  
 FUNGIBILES NON CADENTE.

CAP. I.

De Sensu ac veritate dogmatis, quod pretium affectionis  
 non cadat in res fungibiles.

SUMMARIA.

- D**octrina de rerum pretiis utilitas. §. I.  
 Neglectus doctrinae de fundamento & origine pretii. §. II.  
 Probatur exemplo Dinneri in er. de justo rerum pretio. §. III.  
 Doctrina Grotii & Pufendorffii de pretii fundamento. §. IV.  
 Post distinctionem aucta malitia humanae Doctrinarum orta sunt commercia, quae adeo non sunt juris Gentium praeceptivi. §. V.  
 Commercii introductis secutum est rerum & actionum humanarum pretium. §. VI.  
 Pretium vel vulgare, vel eminentes seu nummus. §. VII.  
 Nummi origo ex luxuria & ambitione. §. VIII.
- Introductis videlicet civitatibus cupiditatum humanarum alylis. §. IX.  
 Raritas & copia fundamentum univrsale variantis pretii, non locus & tempus. §. X.  
 Ad raritatem reliquae causae referentis pretii a Dd. adductae referri possunt. §. XI.  
 Pretium in statu naturali & civili. §. XII.  
 Pretium Civile vel affectionis vel legitimum, illud vel commune, vel affectionis stricte dictum. §. XIII.  
 Differentia inter pretium commune & affectionis stricte dictum, ac utriusque exempla in Jure Civil. §. XIV.

A

Ad

2 CAP. I. DE SENSU AC VERITATE DOGMATIS, QUOD PRETIUM

- Ad* dissertationem nostram pertinet, pretium affectionis stricte dictum §. XV.
- Differentia* rerum fungibilium & non fungibilium. §. XVI.
- Consumtio* est vel naturalis rerum, que usu corrumpuntur aut servando servari nequeunt. §. XVII.
- Ad* fungibiles non pertinent res que usu atteruntur, ut vestimenta, Lapsus insignis Triboniani in capite de quasi usufructu. Inepta conciliatio vulgaris. §. XVIII.
- Vel* est Civilis, sc. alienatio, edificatio &c. §. XIX.
- Res* fungibiles duplicis sunt generis quedam naturales & perpetuo tales. §. XX.
- Quaedam* arbitrarie, & modo fungibiles, modo non. §. XXI.
- Posteriores* modo admittuntur pertinent, modo ad commodatum. §. XXII.
- Non* omnes merces esse res fungibiles §. XXIII.
- In* materia tamen presenti eas a qui parari fungibilibus. §. XXIV.
- Pretium* affectionis ortum ex affectu ambiciosorum. §. XXV.
- Non* ex avaritia, quia hec pecuniam omnibus rebus profert. Non ex voluptate, etsi huic affectui dediti multas res pretio affectionis astiment. §. XXVI.
- Nemo* res fungibiles pretio affectionis aestimat, non avarus. §. XXVII.
- Non* ambitiosus, nec voluptuosus. §. XXVIII.
- Ratio*: quia res, in quas cadit affectus debent tales esse, ut servari & ostentari possint. §. XXIX.
- Res* medii generis que usu atteruntur, modo ad regulam pertinent, modo non. §. XXX.
- Index* rerum, in quas pretium affectionis non cadit. §. XXXI.

§. I.



**M**Ultæ materiæ, de quibus disputationes publicæ conscribi & haberi solent, ita sunt comparatæ, ut licet usu suo non destituantur, angustioribus tamen terminis includantur, neque adeo se latius per Jurisprudentiam nostram diffundant. Verum si doctrinam de rerum pretiis penitus consideremus, illa in hoc palam reliquis præripere videtur, quod non in certa aliqua Jurispru

prudentiæ nostræ materia sedes fixas habeat, sed latius exspatiatur, & per universam juris molem ita se diffundat, ut fere nulla materia occurrat, ubi non hæc doctrinæ de rerum pretiis applicari possit. Cum enim omnes contentiones & controversiæ oriri soleant de *meo* & *mo*, & jus reddatur ordinarie de iis, quæ in commercio sunt, seu de bonis externis, & vero ex necessitate de iis aliquando ita jus dici debeat, ut vel in subsidium æstimatio ipsius rei, vel cum ipsa re ratione damni vel alius interesse ipsa sit præstanda, deprehendimus, legislatores fere in omnibus ejusmodi fuisse quam maxime sollicitos de præstanda & incunda æstimatione, quod per inductionem sine omni difficultate ostendi potest. Ut jam non tangam jura personarum, ubi tamen illa, quæ de æstimatione servorum sunt disposita, doctrinam de pretiis rerum omnino expostulant, solummodo ad jura rerum, quæ potiorum in jure nostro occupant locum, provo- co, quæ ubivis de incunda æstimatione disponunt. Res extinctæ a male fidei possessoribus vindicari nequeunt, possunt tamen condici §. 26. I. de rer. Divis. h. e. æstimatio earundem petenda. Quid petimus ab his, qui pro possessoribus habentur, quales sunt qui dolo desiere possidere, vel se offerunt, liti, quam æstimationem ipsius rei? In ædificatione ædificans repetit æstimationem seu pretium materiæ §. 30. eod. In servitutibus ratio damni dati habetur. At quomodo hoc aliter, quam per æstimationem fieri potest? De hereditate nul- lum dubium. Et si de cæteris. Potissimum autem pretii usus sese exerit in conventionibus, & sic tota hæc materia præcipue hic oc- cupata est circa refundendum damnum dolo vel culpa datum, imo & non raro vicem ipsius rei, quæ alterius culpa interit, occupat. Sic & extra contractus, ubi damnum fuerit datum, & de eo resar- ciendo ex L. Aquilia agatur, id aliter fieri nequit, quam secundum genuina Doctrinæ de pretio rerum principia. Et infinitum foret, si id latius per singula jurium capita eundo exequi vellemus.

§. II. In dubium itaque est, ingentem hujus doctrinæ recte intellectæ & applicatæ esse usum. Sed hic est communis fere eru- ditorum nævus, quod illa, quæ his aut ter in seculo obtingere so- lent, magno sudore tractent, & subtilissime de illis disputent, negli-



4 CAP. I. DE SENSU AC VERITATE DOGMATIS, QUOD PRETIUM.

gligentes e contrario illa, quæ ubivis obvia sunt, & quotidianam ut ita loquar præstant utilitatem, quasi scilicet talia objectum minus dignum meditationum constituant, quippe quæ non nisi lata & non ubivis obvia intuentur. Inde etiam factum est, ut hæc doctrina hætenus parum feliciter pertractata fuerit, præsertim eam interpretes Juris Romani magis de conclusionibus, quam de fundamentis genuinis, & origine pretii fuerint solliciti, destituri quippe principiis moralibus ex Jure Naturæ & natura ipsius rei desumendis. Jam vero experientia hætenus docuit, quantam jacturam perpeffa fuerit Jurisprudentia Nostra ex neglectu hujus observationis, contra vero quantum lumen & incrementum ei accesserit, postquam fundamenta ex ipsa rerum natura sollicitè indagata, & ex historia genuina de origine rerum deducta fuerunt. Sicuti enim vera fundamenta in moralibus pariter ac in Physicis haberi & cognosci non possunt, nisi in historiam de origine rerum accurate inquiratur, ita & Jurisprudentiæ Romanæ tradita non aliter ad vera sua revocari possunt principia, quam per hanc dixi methodum. Id quod Dn. Prætor passim in *Jurisprudentia Divina*, imprimis *cap. de Domino & rerum* is, ut & *de Societatibus* ad oculum demonstravit.

§. III. Sed ne gratias hæc dixisse videar, excutere & in medium producere hic possem omnes, quotquot de æstimatione & pretiis rerum inter ICros hætenus scripsere: sed ne iis tempus infumendo a scopo meo obducar, solummodo in scenam prodeat Andreas Dinnerus *de justo rerum pretio definiendo*, cujus meditationes non adeo quidem diffusæ, ita tamen comparatæ sunt, ut si vel aliquoties eas legeris, nil nisi seriem confusarum cogitationum inde colligere possis. Nam ubi inquirat, quodnam justum ac verum pretium rerum in jure dicatur, pro fundamentali propositione hanc ponit regulam: *Verum pretium appellatur, quod emitorem invenit, sive quo res vendi atque comparari communiter solet, vel: Tanti res valet, quanti vendi potest homini scienti qualitatem rei.* Idem est, ac si dicere vellem: ille verus homo est, qui communiter pro tali haberi solet. Vides obscurum per æque obscurum explicari. In quo enim, quæro, se fundat illud *communiter*, seu cur res pro hoc vel illo pretio communiter comparatur? Cur tanti homini scienti qualitatem rei venditur? antequam enim  
id



id perspicue fuerit declaratum, æque ambigue hæremus in fundamento pretii, quam si nihil fuisset dictum. Deinde si illud pretium verum exinde dijudicare volumus, quod emtorem invenit, certe quodlibet pretium est verum, quia nulla res tam vilis est, quæ non suum emtorem inveniatur, & ita sunt frustraneæ omnes contentiones de justitia pretii. Quodsi enim res invenit emtorem, semper dicere possemus, secundum hanc regulam, pretium verum esse. Æque infirma & jejuna est altera regula, qua asserit, *justum pretium esse nihil aliud, quam quantitatis æqualitatem, qua pecunia, cujus publica & perpetua est æstimatio, difficultatibus permutationem subvenit.* Sed rursus quaero: in quonam illa æqualitas quantitatis consistat? Unde æstimanda? cur majorem summam pecuniæ solvam pro adamante, quam pro alio quodam Crystallo? Voluit deinde fundamentum huius æqualitatis quoddam stabilire, sed revera nos obruit sua liberalitate, dum loco unius generalis fundamenti plures conglomerat casus, in quibus tamen rursus anceps hæres, cur hoc in casu crescat pretium, in altero vero minuatur. Cum igitur parum nostro scopo inservire possit hic Author, ipsum abire jubemus.

§. IV. Equidem & Grotius in aureo *de jure Belli & Pacis opere L. 2. c. 12. §. 14.* doctrinam hanc de pretiis tangit, sed revera tantum tangit, h. e. superficialiter tantum pertractat, neque enim pretia varii generis inter se distinguit, & indigentiam tanquam principale fundamentum pretii substituit, quod tamen nec adæquatum nec verum est. Multis enim carere possumus rebus, quæ tamen maximo in pretio habentur, & contra necessariis rebus sæpe indiget aliqua civitas vel provincia, quæ tamen aliud non adeo magno acquiruntur pretio. Addit deinde ceterorum more alia fundamenta, quæ tamen particulares tantum casus respiciunt, cum fundamentum adæquatum & universale substituendum erat. Reassumit postea hanc doctrinam B. Pufendorfius *de J. N. & G. & peculiari capite, videlicet L. V. c. 1.* illam fusius & plenius persecutus est, felicior in eo Grotio, quod varia pretii genera inter se distinxerit, & ex origine sua rem deduxerit, quamvis & quoad fundamentum

6 CAP. II. DE SENSU AC VERITATE DOGMATIS, QUOD PRETIUM

rum ipsum pretii in multis communem doctrinam sequatur: collocat enim illud in aptitudine rei vel actionis, qua aliquid mediate vel immediate conferri potest ad vitæ humanæ necessitates, aut ad eandem commodiorem aut jucundiorem reddendam. Sed quanquam necessitas & commoditas rei movere possint contrahentes ad acquisitionem earum, hæc tamen parum faciunt ad terminationem pretii, de qua unice hic quæstio est. Quid enim, summè hac ratione res necessariæ in majori forent habendæ pretio, quam res commoda, & hæc, quam jucundæ, id quod tamen contra experientiam est, cum constet annonam vilis emi quavis gemma, vel unione. Quid quod farente ipso Pufendorffio §. 5. dentur res quædam vitæ humanæ utilissimæ, quibus tamen nullum est impositum pretium.

§. V. Emendare itaque hanc instituit Dn. Præf. in *Jurisprud. Div. L. 2. c. 11.* tum simul in veram originem pretii inquirendo tum genuinum ejus fundamentum ostendendo. Quod ad originem attinet hoc certum est, quod si homines in communione primava in quo protoplastos constituisse evicit Dn. Præf. *L. 2. c. 10.* perstitissent, sine dubio nec æstimationis, nec pretii ulla fuisset habita ratio cum quilibet rebus in commune positis uti proprio jure, nec introduci aliquod pretium potuisset, quod extra communionem in proprietate singulorum esse debuerit. Postquam itaque dominium introductum, & refrigerante inter homines propter lapsum amore a communione recessum est, humanæ necessitates & indigentia ortæ sunt, aucto præsertim genere humano, & simul luxuria & ambitione incrementa capientibus. Ad has necessitates supplendas non aliud supererat remedium, quam commerciorum introductio, vi quorum res inter se commutari, & indigentia ita alterius, ex alterius gentis superfluo suppleri debebat. Quamvis enim nulla regio tam inhabitabilis & infelix esse deprehendatur, quæ fructibus soli proprii incolas alere non possit, modo secundum regulas naturæ, quæ paucis contenta est, vivere vellent, cupiditas tamen rerum superfluarum & avaritia, quæ ad res multas possidendas homines instigat, eosdem simul inpunxit, ut animum ad commercia applicarent. Quo sensu itaque commercia possunt dicitur in *l. 5. ff. de J.*

579.  
 § 7. Juris Gentium? Id quidem non adeo obscurum est, quippe non aliter Juris gentium sunt commercia, quam quatenus jus gentium denotat mores totius humani generis corruptos & ex dictamine corruptæ rationis ortos. Dn. Præf. *Disp. de Jure Stat. Imper. dand. Civit. §. 14.*

§. VI. Introductis commerciis, frequenter contingere poterat, ut commutarentur diversæ essentia, & cum tamen quilibet æquivalens accipere vellet, necessitas rursus fecit, ut conventionem aliqua ab hominibus rebus imponeretur affectio quædam, secundum quam res disparis naturæ invicem comparari & exæquari possent. Pufend. *cit. l. §. 1.* Dn. Præf. *Jurispr. Div. cit. l. n. 2.* Exæquari autem possunt res vel secundum quantitatem moralem, cum res æstimari possint non solum secundum substantiam Physicam, sed etiam secundum considerationem quandam moralem, quamvis Logica Aristotelica hanc quantitatem ignoret. Quantitas illa moralis rerum & actionum, quatenus in commercium venire possunt, est illud ipsum quod jam quærimus, sc. PRETIUM, quod secundum hanc considerationem nihil aliud est, quam *valor rerum & actionum in commercium venientium, quatenus usum aliquem & delectationem hominibus afferunt, in hoc enim finem commerciorum esse positum jam diximus.* Dn. Præf. *cit. l. n. 4.*

§. VII. Variat hoc pretium pro conditione & corruptione humana. Hinc statim duo genera pretii obvia sunt, aliud enim est *vulgare*, quo res inter se quæcunque conferuntur, & commodantur. Aliud *eminens*, quod quasi res omnes cæteras æstimat, & ad quod cætera omnia preia vulgaria exiguntur, ita ut virtualiter in eo contineantur, & dicitur nummus. Vulgare pretium in permutationibus conspicitur, & antiquius est ipso eminenti, fatente ipso Paulo *in l. 1. ff. de contr. ab. emt.* & Aristotele *1. Polit. c. 6. Olim*, inquit Paulus, *non ita erat nummus, neque aliud merx aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superesset, alteri desisset. Sed quia non semper, ne facile concurrebat, ut cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod in accipere velles;*  
 16.

8 CAP. I. DE SENSV AC VERITATE DOGMATIS, QVOD PRETIVM

*electa materia est, cujus publica & perpetua aestimatio difficultatibus per-  
mutationum equalitate quantitatis subveniret, eaque materia forma pu-  
blica percussa usum Dominiumque non tam ex substantia præbet, quam  
exquantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.*

§. VIII. Complectitur, his verbis ICris historiam de origine  
utriusque pretii, sed causam introducti pretii eminentis minus fel-  
liciter eruit. Difficultatum sublevandarum causa illud esse introdu-  
ctum arbitratur, quam cantilenam etiam ingeminat Philosophus  
*dit. l.* sed non exprimit originem istarum difficultatum. Si enim  
tantæ difficultates in permutationibus occurrunt, cur quæso olim  
non statim nummus introducebatur? Ergo difficultates hæc sine dubio  
supervenerunt incrementibus hominum cupiditatibus & luxuria.  
Quamdiu enim homines in simplicitate primævæ, quæ non vitium,  
sed virtutem designat, subsisterent, vulgare pretium nullas habuis-  
se videretur difficultates, id quod Tacitus *de mor. Germ. c. 5. n. 6.* fa-  
teretur, inquit: *Proximi ob usum commerciorum aurum & argentum  
in pretio habent, formasque quasdam nostræ pecunie agnoscunt atque  
eligunt: Interiores (Germani) simplicius & antiquius permutatione mer-  
cium utuntur. Et c. 15. n. 4. Gaudent præcipue finitimarum Gentium  
donis, que non modo a singulis, sed publice mituntur; electi equi,  
magna arma, Phalera torquesque. Jam & pecuniam accipere docui-  
mus. Vides itaque ex verbis Taciti, Germanos antiquos, quam-  
diu in simplicitate persisterunt, absque omni difficultate permuta-  
tiones exercere potuisse. Ast postquam luxuria & ambitio Roma-  
norum penetraverat etiam in intimam usque Germaniam, post-  
quam cupiditas plura possidendi eos invalerat, tum demum pretii  
eminentis cepit aliquis inter eos esse usus. Latius & expressius id  
ipsum explicat Conring. *disp. de urbib. Germ. eb. 78.* inquit: *Prisci  
Germani nulla opum cupiditate, nullo luxu, rudis tecti vellere, & cibo sim-  
plici lacte, caseo, agrestibus pomis, recenti sera contenti, vitam omnem in stu-  
dii rei militaris transegerunt. Eoque commodius fuit discretis ac dispersis edi-  
bus habitare, ut fons aliquis, ut campus, ut nemus maximo poterat usui esse  
quod ita nihil possent suæ desiderare beatitati. Nec peregrinæ mercaturæ  
ergo tunc locus vilia tantum & obvia potentibus & nullo opum honore, opifi-  
cia vero pene omnia exularunt, luxuriæ sc. & mollis vitæ instrumenta.* At  
post*

AFFECTIONIS NON CADAT IN RES EVNGIBILES. 69

postquam vestis elegantior & laetior cibus & domus splendidior, mutatis Romana consuetudine moribus paulatim capit allubescere, crescit necessario artificum copia & mercatura ad externos extensa est. Hinc opum cupido & rationes variae excogitate faciendi nummi, inde tandem non elegans amplius vita, sed luxuriosa pretio &c.

§. IX. Sicuti itaque, quo magis vivendi ratio est simplicior, eo facilius in vulgati pretio subsistit: Ita e contrario, quo magis vita ad luxuriam & infinitas commoditates propendet, eo minus absque pretio eminenti esse potest. Unde non mirandum quare permutationes inter eos, qui rusticam vitam agunt, sint frequentiores, quam qui civitates inhabitant. Cum enim praeripimus illae commoditatem & luxuriam sectentur, & cives secundum plures eosque variantes, status dividantur, quorum Plurimi vitam plane tueri nequeunt, si a pretio eminenti, luxuria & commoditate abstrahas, sequitur, ut hoc pretium inprimis in civitatibus dominetur. Quomodo enim mercatores varii generis, quomodo tot factores & futores, tot alia luxuriae nostrae instrumenta, possent se suosque alere, si eminentis illud pretium in civitatibus deesset. Atque ita fieri aliter non potest, quam ut difficultates ex permutationibus orientur, quae tamen non ipsi permutationi, sed luxuriosae hominum vivendi rationi merito adscribendae.

§. X. Jam ulterius inquirendum in fundamentum pretii variantes, & unde modo crescat, modo decreseat. Commune proverbium est: *omne rarum carum*. Non forsitan aberrabimus a via, si hic subsistamus & fundamentum pretii, prout communiter, inter homines consideratur, a sola raritate deducamus. Et quidem ratio hujus rei in proclivi est. Ambitio enim hominum illa aestimare solet, quae cum paucis habitura est communia, contra eidem vile est, quicquid intra cujusvis supellestem cernitur. Pufend. *Lib. 5. c. 1. §. 6.* A varitia omnium rerum solitariam possessionem ambit, & cum invidia conjuncta est. Quo rarior autem est res ab avaro possessa, eo minor causa aliis eam invidendi, eo majus invidiae & avaritiae irritamentum, si tertius eam possideat; Luxuria denique gulae suae bene esse ex varia saepe opinione putat, si rarissimi delicias, vinis, esculentis se pascere possit. Quorsum ergo te vertas, raritas ubique

est in pretio. Et hanc eo magis pro fundamento pretii agnoscimus, quod omnes reliquæ causæ, quæ pro intensioe & remissione pretii vulgo afferuntur, ad hanc tanquam ultimam causam reduci possint, id quod per singula capita eundo facile ostendemus. Paulus in *b. pretia* §. 2. ff. ad L. Falc. nonnullam varietatem pretio asserre dicit loca temporaque: nec enim, pergit, tantidem Romæ & in Hispania oleum aestimabitur: nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus: dum his quoque non ex momentis temporum, nec ex ea, quæ raro accidat, caritate pretia constituentur. Quid vero, quaeso, variat pretium pro locorum & temporum diversitate, nisi raritas & ei opposita copia? Nec hoc diffidetur ipse JCtus, si modo ad exemplum datum respicere velimus. Unde varie in jure nostro recurritur ad æstimationem loci & temporis, quando de æstimatione præstanda quaestio movetur. vid. *l. 3. §. 3. l. 21. §. 3. ff. de act. emt. vend.* id quod ex *l. 3. ff. de eo quod cert. loc. clar.* apparet, ubi simplicius JCtus ait: *Scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates, Regionesque.* Sed tamen propterea locus & tempus fundamentum variationis genuinum non sunt, sed raritas vel copia, quæ locum & tempus comitatur.

§. XI. De cætero ex aliis circumstantiis quoque remitti & intendi pretium æstimant, quo referunt pecuniæ caritatem & copiam, copiam emtorum & inopiam, locum rei sitæ, tempus pacis & belli, fructuum perceptionem, securitatem pretii, bonitatem nummi, paratam vel anticipatam solutionem, expensas, periculum, dignitatem, copiam rerum simul venditarum, culturam prædiorum, vicinitatem rei annexam, subtilitatem & elegantiam artis, famam artificis, dignitatem agentis &c. Verum facili negotio hæc omnia ad raritatem reduci possunt. Nam & locus rei sitæ potest esse rarus, v. g. in foro, platea, ubi sedes Regia est. Tempore belli pecunia rara, emtores rari propter instans periculum. Quo rariore fructus ex fundo percipiuntur, eo carior ipse fundus. Securitas pretii fere in mundo rara est, quia rara inter homines fides. Nummi bonitas hodie præferrim, rara avis, quia pecunia depravata ubique deprehenditur. Rarior anticipatio solutionis: Nam plerumque fides habetur de pretio inter contrahentes. Agrorum optime cultorum minor certe copia quam inculorum. Et vicini boni quoque

REMITTENS AFFECTIONIS NON CADAT IN RES FUNGIBILES. II

que rari. Qui periculum in se suscipit, certe id facit, quod non quotidie fieri solet & ordinarie. Paucioribus prædiis seu castris adhaeret jurisdictio, jus patronatus alique dignitas, pleraque sunt absque omni dignitate. Subtilitas & elegantia artis admodum rara, rari boni artifices: Rari agentes in singulari constituti dignitate. Substituamus itaque loco tot tantarumque causarum unicum generale pretii fundamentum scil. raritatem. Neque vero muto, si mihi objicias, sapientiam esse valde raram inter homines, non tamen earam: Nam regula nostra, quod omne rarum carum sit, tantum intelligenda est de rebus vanis, & ad luxuriam ambitionemque hominum spectantibus: uno verbo, quæ sunt in commercio. Et sic simul fontem aperimus, quare gentes communiter nummum pro pretio eminentem habuerint. Raritas metallorum, ex quibus nummus conficitur, potissimum facit, ut multis aliis rebus æquivalere possint, & sic easdem per eminentiam quasi metiri. Dn. Præf. Jurispr. Div. l. 2. c. 11. n. 43.

§. XII. Cæterum alia quoque est consideratio pretii viventium in statu naturali, alia in civili: In statu naturali quidem præcepta de vitanda subergia & officiis humanitatis præstandis exigunt, ne rem nostram ad alterius comparatim magis æstimemus quam rem alterius ejusdem qualitatis & bonitatis: Sed cum talia præcepta jus perfectum non producant, & exhibitio officiorum humanitatis multas præsupponat circumstantias, non adeo semper in sensus incurrentes, hinc, si quidem licentiam exteriorem respicere velis, licet cuique pro affectu suo rem suam æstimare, modo res non sit fungibilis ejusdem speciei, & huc videtur respexisse Ulp. in l. 16. §. 4. ff. de minor. quod in pretio emtionis venditionis liceat contrahentibus naturaliter se circumvenire, h. e. quod in statu naturali affectio ementium & vendentium pretium faciat, adeoque licitum sit pro re sua magnam pecuniæ summam postulare, sicuti contra emtori haud denegatum est longe minorem eidem offerre, ut adeo l. 2. C. de Rescind. Emt. & vend. mere positiva sit. Ast vero parum hac ratione consuleretur commercii: Hinc non sine ratione inter gentes receptum videtur, ut singuli accomodent judicio plurium, & illam æstimationem pro æquiori reputent, quam sui similes in negotiis similibus adhibere

CAP. I. DE SENSU AC VERITATE DOGMATIS, QUOD PRETIUM

bere solent, id quod *pretium commune* dici suevit. vid. Dn. Præf. cit. l. n. 24. Verum iis, qui in statu Civili vivunt, non eadem est relicta libertas rem suam pro lubitu aestimandi, sed utilitatis ratione recte ab Imperatore hæc restricta est. Vid. hic. l. 63. ff. ad L. Falcid. ubi Paulus inquit: *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum sed communiter fungi.* conf. l. 33. ff. ad L. Aquilianam. Et cum affectionem singulorum ex variis causis merito leges circumscribant, hinc rariora pretii affectionis exempla in jure nostro occurrunt. Remansit tamen nihilominus in pluribus adhuc causis pretium illud commune, quatenus per leges non est taxatum, sed quatenus quis in permutanda re sua utitur aestimatione consueti aliorum.

§. XIII. Et hoc intuitu pretium aliud est affectionis late sic dictum, aliud legitimum, hoc est quod princeps, vel ex ejus concessione magistratus subalternus determinat ad lites præscindendas, & potissimum usum habet in rebus fungibilibus: quo pertinet l. 1. §. 2. ff. de offic. præf. urb. ubi præfecto urbis adscribitur cura carnem aestimandi, ut justo pretio præbeatur. Et hoc pretium nullam habet arietudinem, sed fere in puncto consistit & quantocunque excessu injustitia committitur. Pufend. de J. N. & G. L. 5. c. 1. §. 8. ita ut venditori non liceat ab emptore ultra taxam aliquid exigere, & emptor id quod ultra datum est, tanquam indebitum repetere possit. Illud vero rursus distingui potest in pretium commune, & pretium affectionis stricte dictum: Pretium commune determinatur ad consuetam aestimationem aliorum, & pro fundamento, ut §. 10. seqq. evictum, *varietatem* habet. Cum enim sæpius in iis rebus ubi pretium commune locum habet, multæ circumstantiæ pretium augentes vel diminuentes, de quibus §. I. concurrant, illæque infinitis modis variare possit, princeps non potuit leges certas de pretio earum rerum statuire, sed determinationem arbitrio communi contrahentium debuit relinquere, hinc etiam latitudinem aliquam hoc pretium admittit, quæ tamen & suis restricta adhuc est limitibus: Si tres communis pretii possunt constitui gradus, *infimi* seu pii, *mediocri* seu moderati, & *summi* seu rigorosi, quorum graduum latitudo non tam exacte a legislatore determinari potest: Interim si intra illos gradus subsistatur, pretium adhuc esse dicitur justum. Dn. Præf. cit. l.



MIXTUM AFFECTIONIS NON CADAT IN RES FUNGIBILES. I. 13

n. 49. Pretium autem affectionis stricte dictum est, quando res quædam non secundum communem hominum æstimationem, sed peculiari ex affectu, inter homines tamen probato, æstimatur.

§. XIV. Liquido hinc apparet, magnam inter pretium commune & affectionis stricte dictum esse differentiam, cum illud communem hominum sectetur affectionem: hoc vero singularem & peculiarem hujus vel illius hominis. Neque hanc ignorat Jurisprudentia Romana. Sic in *l. 54. pr. ff. mand.* affectus rationem in b. f. Judiciis habendam esse asseritur. in *l. 33. ff. ad Leg. Aquil.* pretia rerum quæ communiter funguntur, opponuntur iis, quæ ex affectione dependent, quod etiam JCtus repetit in *l. 63. pr. ad L. falcid.* Similiter affectionis ratio habetur in *l. 7. de Serv. export.* eoque nomina ibidem actio conceditur. Clarius adhuc opponitur pretium commune pretio affectionis in *l. 36. de bon. libert. conf. l. 24. C. de admin. tut. & l. 14. C. de contr. Emr. Vend.* Et totum titulum de in litum jurando de quo tamen pluribus infra cap. tertio.

§. XV. Cum itaque duplex pretium affectionis late & stricte sic dictum deprehenderimus, facile apparet, nobis tantum esse sermonem de pretio affectionis stricte sic dicto, quando ostensuri postea sumus, pretium affectionis non cadere in res fungibiles. Nam in pretio communi regula nostra haud locum habet, sæpe enim nimia affectio voluptuosorum in loco luxurioso, sæpe affectio ambitiosorum & superbientium in rebus etiam fungibilibus raritatem inducit, ut ita pretium ejus augeatur, adeoque pretii communis intuitu etiam in res fungibiles caderet affectionis pretium.

§. XVI. Quoniam vero sensum nostræ regulæ non recte possumus intelligere, nisi etiam conceptum rerum fungibilium enucleaverimus, paucis quædam de illis dicemus. Res vulgo dividuntur in fungibiles & non fungibiles: Fungibiles dicuntur, quæ magis in genere suo functionem recipiunt quam in specie *l. 2. §. 1. ff. de Reb. Cred.* Non fungibiles, quarum una non fungitur vice alterius ita communiter. Sed cum nondum satis perspicue sint hæc definitiones, aliter ex legibus videantur petita (nam mire dissentiant Doctores, quid sit functionem recipere, vid. Herm. Vuid. *Discept. Scholast. c. 14. Marc. Lyclanæ Membranar. L. 7. Fol. 14.*) hinc explicatio

cationem ulteriorem requirunt, scilicet, quaedam res ita sunt comparatae, ut si iis absumtis aliae res ejusdem bonitatis & quantitatis in eodem genere, (secundum sensum juridicum, vel in eadem specie, secundum sensum philosophicum,) restituantur, perinde in commerciis humanis habeatur, ac si eadem in specie seu individuo restituta fuissent: quaedam vero non sunt ita aequalis aestimationis, naturae & conditionis, ut idem possit dici restitutum, si aliud individuum ejusdem generis praestetur, non apparet in equis, bobus, &c. quorum alterum corpus non fungitur ita vice alterius, ut idem videatur equus restitutus, si alium equum ejusdem bonitatis mihi restitueris, nam hic singula individua inter se differentiam quandam & diversitatem admittere videntur. Hinc dicuntur ille fungibiles, quod eorum unum ejusdem speciei individuum fungatur vice alterius in commerciis rerum. Quod autem altera res fungatur ita vice alterius, necessitas & ipsa rerum natura postulavit, cum usus earum consistat ordinarie in abusu, adeoque alteri concedere usum aliter nequeo, quam cum facultate absumendi. Dicuntur etiam haec respondere numero & mensura constantes l. 2. §. 3. ff. de reb. cred. Non quod quaelibet res, quae pondus, numerum & mensuram habet simul fungibilis sit, sed quod illae, quae fungibiles dicuntur, non aliter in commercium veniant, non aliter certum contractus alicujus objectum fiant, non aliter determinentur, quam per numerationem, mensuram & pondus, alioquin enim & res non fungibiles suam habent quantitatem, pondus, numerum & mensuram, sed non veniunt in commercium secundum quantitatem, numerum &c. e. g. equi, boves, fundi &c. Paucis, res fungibiles considerantur ut corpora juridica, non fungibiles ut quantitates juridicae. conf. Vult. *Discept. Scholast. c. 19.*

§. XVII. Consistit itaque propria affectio rerum fungibilium in eo, ut usu consumantur; quae consumptio in jure duplex est, vel naturalis vel civilis. Naturalis contingit vel in rebus, quae ipso usu statim absumuntur, ut in cibo, & potu usu venit: vel in rebus quae alias corruptioni facile obnoxiae, quo pertinent, quae servando servari non possunt.

§. XVIII. Inter has tamen quæ servando servari nequeunt, occurrit quædam differentia: aliæ enim ad res fungibiles referuntur, aliæ ad res non fungibiles; illarum exemplum sunt v. g. fructus arborum, qui, etiamsi non comedantur, facile tamen putrescunt, has intelligo, quæ ipso usu atteruntur, vel etiam absque usu salvæ & integræ esse nequeunt, etsi non plane intereant, ut vestimenta, suppellex fictilis &c. Non videtur intellexisse vel saltem attendisse Tribonianus hanc distinctionem, dum vestimenta ad quasi usumfructum, qui scilicet est earum rerum, quæ usu consumuntur, retulit, crasso satis errore in §. 2. §. de usufr. Neque enim ipso usu consumuntur vestimenta, licet quodammodo atterantur, cum attritio non statim faciat res fungibiles, alioquin eadem ratione dicendum esset, mobilia fere omnia atque utensilia, præsertim lineata, ut mappas, mantilia, toralia, &c. eodem numero habenda, atque vestimentorum, ita & harum rerum non verum, sed quasi usumfructum esse: quod nomen sane dixerit. Imo etiam ratio rerum fungibilium resistit, cum vestimenta ad illas res referri nequeant, quarum altera fungitur vice alterius, quod tamen de essentia rerum fungibilium est: Adeoque vestimentorum non erit muruum, sed commodatum, id quod nec dissentientes dissentent. Hinc & JCI veteres Triboniano longe prudentiores vestimentorum verum usumfructum esse voluerunt. Nam Ulpianus disertè in l. 15. §. 4. de usufr. asserit, si vestimentorum usufructus legatus sit, dicendum esse, non sicut quantitatis usumfructus legari, h. e. non esse vestimentorum quasi usumfructum, uti quantitatum, eoque ita cum uti debere, ne abutatur: quod omnino admitti deberet, si vestimentorum esset quasi usufructus. Neque vero tollitur hæc antinomia per vulgatam distinctionem inter vestimenta quotidiana & scenica seu lugubria, ita ut horum quidem verus, illorum quasi usufructus constituatur, nam de utroque casum intelligendum esse JCtum, ex ipso contextu apparet. Etenim in cit. loc. §. 4. prohibetur usufructuarius vestimenta locare, quod vir bonus ita non utatur: hoc vero sine dubio de vestimentis quotidianis intelligendum. Nam in §. 5. seqq. agit de vestimentis funebribus & scenicis, & hic demum locationem de vestimentis indulget. Quod si ergo §. 4. esset intelligendus de hisce vestimentis.

stimentorum generibus, revera esset contradictio inter §. 4. & §. 5. quod admitti nequit. Accedit quod ratio a JCTo addita etiam in vestimentis quotidianis locum habeat, sc. ita debere usu fructuarii-um vestimentis uti, ne abutatur, ususfructus enim se componit ad naturam objecti, unde & JCTus in l. 9. §. 3. ff. usufr. quemadm. caveat. notanter ait, attritionem sine dolo malo factam non nocere. Ex hisce difficultatibus nec Bachov; ad Trent. t. 1. disp. 16. lit. a. se extricare potuit, hinc ingenue fatetur, vel erratum esse a Triboniano, vel metonymice vellem pro lana positam esse: alit posterius contortum est, hinc ut prius asseramus, necessitas exigit. conf. Huber. ad Inst. tit. de usufr. & Vinn. ad Inst. ibid. Videant jam subtiles antinomiarum conciliatores, quo pacto hanc antinomiali veram & non apparentem, velint tollere: videant illi, qui disputant, utrum Institutiones derogent Pandectis? (quod regulariter arbitror) an & hic derogent, quod non puto, quia Tribonianus non habuit animum corrigendi tradita JCTorum, sed bona fide ex ignorantia principiorum Jurisprudentiæ hic erravit.

§. XIX. Civilis consumptio est earum rerum, quarum quidem substantia non absimitur aut esse desinit, usus tamen consistit in alienatione. Hoc respectu & fructus a. b. f. possessore consumpti dicuntur illi, qui quovis modo alienati. Sic pecunia ita dicitur consumi, quoties exsolvitur. vid. Dd. ad §. si quis a non Domino 35. Inst. de R. D. Huc pertinent omnes aliæ alienationes, permutationes, inædificatio, aut artificialis specificatio. Nam & per specificationem materia alterius, ex qua nova species facta, extincta videtur, & per ædificationem ex aliena materia, ipsa digna videntur esse consumpta, tum vindicari nequeant, sed tantum detur actio de tigno juncto.

§. XX. Secundum hanc considerationem res fungibiles sunt duplicis generis. Quædam enim naturales & perpetuo tales, quædam vero arbitrariæ & pro destinatione hominum variantes. Illæ sunt, quas regulariter aliter usurpare nequeo, nisi consumptione naturali vel civili, qualia exempla occurrunt in uvis, vino, tigno, pecunia &c. & in his consistit regulariter mutuum, ut & quasi ususfructus. Hoc quidem non disiteor, quod etiam certis in casibus  
ali.

aliquando hæ res fungibiles alium præstare possunt usum præter illum, qui in abusu consistit, veluti, si res, quæ usu consumitur, datur forte ad pompam vel ostentionem. *l. 3. §. f. ff. commod.* vel si pecunia datur ut dicis gratia numerationis loco intercedat *l. 4. ff. eod.* quo casu quidem non est mutuum sed commodatum. Item si tignum alterius acceperim ad usum momentaneum, veluti ad fulciendas ædes &c. Sed hi casus sunt specialissimi raroque occurrentes, adeoque usus hic mentio pro extraordinario habendus: leges autem disponunt de iis, quæ ut plurimum fiunt, & a potiori & frequentiori facienda denominatio.

§. XXI. Res fungibiles arbitrariæ sunt, quæ pro diversitate usus inter homines variantis modo destinantur ad consumptionem, modo non. Tales sunt, quæ regulariter adhiberi, & aliis etiam ad usum concedi possunt, salva manente substantia, seu absque consumptione, interim tamen sæpe etiam destinantur ab hominibus ad commercia & habentur vendendi causa, ut pleræque merces in tabernis, præsertim illæ res, quæ ab artificibus ideo artificio præparate sunt, ut vendantur, veluti aratra, rastra, currus, horologia, libri, seu compacti, seu non compacti in bibliopoliis, & aliæ res infinitæ hujus generis. Sicuti itaque in rebus naturaliter fungibilibus sola natura ipsius rei facit res fungibiles, ita in arbitrariis sola destinatio artificis vel mercatoris tales constituit. Neque alias in iure infrequens est, destinationem patrisfam. idem operari, quod natura ipsa rei, cujus rei exemplum quoque est in rebus immobilibus, quæ vel ex natura sua tales sunt, vel etiam habentur pro talibus ex destinatione patrisfam. ad rem immobilem. vid. *l. granaria 18. ff. de act. E. V. Hahn. ad Wes. tit. de Rev. Div. n. 4. verb. nisi per interpretationem.*

§. XXII. Quatenus itaque destinatio hominum hæc in rebus variat, & jus ipsum circa illas res variare necessum est, ita ut modo mutuum, modo commodatum in his rebus concipi possit. Sic v. g. a bibliopola possunt libros etiam mutuo accipere, quia is destinavit eosdem ad commercia, seu ad consumptionem civilem: ab iisdem studiorum gratia utuntur, eos regulariter soleo commodato accipere &c.

§. XXIII. Quia autem non sufficit aliquid ad consumptionem esse  
C desti-

destinatum, nisi ipsa res ita fuerit comparata, ut in rerum commerciis unum individuum possit fungi vice alterius, hinc non omnes etiam res, quæa mercatoribus destinatæ sunt ad vendendum, ad mutuum referri possunt, quia hic solummodo obligor ad rem in genere, in individuo restituendum, neque etiam ordinarie commodato solent dari, sed potius vendi. Huc referendæ res ex singulari raritate conspicuæ, veluti medicamentum rarum, & merces pleræque artificiales, diligenti ac artificiosa opera specificatæ, veluti horologia, Instrumenta mathematica, instrumenta experimentis physicis inservientia, aliaque.

§. XXIV. Interim, quia communiter res fungibiles, quæ veluti consumuntur, vel ad consumptionem civilem destinatæ sunt, promiscue usurpari solent, liceat in materia nostra voce rerum fungibilium tam late uti, ut etiam has res sub se comprehendat, quia omnino certum est, intuitu mercatoris seu artificis, qui eas venales habet, nec in has cadere pretium affectionis, eo ipso enim, dum eas venditioni exponit, animum suum tacite declarat, se nullam affectionem in re ipsam habere, quam alioquin sibi reservaret.

§. XXV. Cum jam subjectum & prædicatum hujus nostræ propositionis secundum sua fundamenta enucleaverimus, nihil amplius superest, quam ut connexionis subjecti cum prædicato veritatem demonstremus. Ipsa tamen denominatio pretii affectionis satis superque ostendit, illud oriri ex affectibus humanis circa rem quandam concurrentibus. Sunt vero hi triplicis generis, *voluptas* scilicet, *avaritia* & *ambitio*. Quod si nunc in examen revocamus casus illos, quos communiter Dd. ad doctrinam de pretio affectionis congregere solent, patet, omnes illas circumstantias, propter quas affectio circa rem adesse creditur, unice fundari in aliqua ambitione: v. g. quod res sint donatæ a Principe. Ambitiosus enim nihil ipsa gratia principis antiquius habet. Et si quidem levissimum fuerit, quod profectum est a Principe, ambitioso tamen id inæstimabile videtur. Primum illustri alicujus certaminis eandem affectionem producit, & licet vel coronæ gramineæ ut olim, vel ferreæ, aut quercinæ datæ, fuerint, tamen circumstantia certaminis fortitudinis magnam affectionem operatur

ratur vid. *A. Gell. Noct. Att. Lib. 5. c. 6.* Reliquias porro casus alicujus insoliti magnificare solemus, non ob alium finem, quam ut jactatione quadam multa de casu illo insolito & periculo in quo nos tanquam homines singulares servati fuerimus, aliis narrare possimus. Quæ a majoribus accepimus in magno etiam pretio habemus, antiquitas enim familiæ ambitionem auget, nam quo antiquior res est, eo antiquius præbet testimonium de antiquitate familiæ. Denique qui ope equi alicujus magnum evasit periculum aut prælium cruentum, affectionem quandam in illum equum conicere solet, ut ubique docere possit, se maximis interfuisse certaminibus, præliis & periculis, ex quibus ambitiosus sibi laudem parat &c.

§. XXVI. In avaris & voluptuosis non eadem affectio peculiaris circa res obtinere viderur. Avarus quippe unice & primario pecuniæ inhiat hanc aude desiderat, hanc pro scopo habet, adeoque si hac potitus est secundum commune pretium, in reliquas res fere nullam habebit affectionem singularem, nec interest, an pecuniam a Principe, an vero ab alio vilis conditionis homine consequutus sit: aliquot nummi a Principe donati magis ipsi arrident, quam alia gratiæ & benevolentiae testimonia, quia non illam primario intendit, sed tantum habet pro medio perveniendi ad finem suum, sc. ad divitias, quæ tamen vere nihil aliud sunt, quam felix amentia. Voluptuosus quidem singulari etiam pretio affectionis æstimat res non fungibiles, quas a sodalibus suis, vel ab amasia accipit, veluti linteolum aliquod, aut ligamentum, amoris testimonium, ein affections Båndgen &c. Verum persuasissimum, talia pretia non attendi a Judicibus. Ratio in promptu est: Voluptas est vitium, quod omnium reprehensioni est obnoxium, adeoque huic non succurrunt, neque ei favent leges humane. Accedit, quod leges ferantur ab ambitiosis hominibus, h. e. ab hominibus in virili ætate constitutis, qui aliis dominantur, qui adeoque leges ingenio proprio valde indulgentes conduunt, & ea quæ ipsis adversa sunt, condemnant. Voluptas res adjectissima ambitioso viderur: Hinc factum etiam medios inter Christianos, ut ambitioni nomen virtutis attribuarur unde & fortitudo bellica

character plerorumque ambitionum, apud Florum, Curtium, aliosque Scriptores Ethnicos nomine virtutis absolute positæ denotatur, veluti *in hoc prelio virtus eius emicuit*. De populo Rom. Florus lib. 2. c. 3. ita: *utraque gente quasi cote quadam populus Romanus ferrum virtutis sue acuebat*. Sic Cæsar L. 1. c. 36. *de bello Gall. intellecturus est, quid invicti Germani virtute possint, &c.*

§. XXVII. Quidquid vero sit de origine pretii affectionis, id tamen ex natura rei certum est, res fungibiles a nullo affectu pretio affectionis æstimari posse. Avarus præter ipsam pecuniam nihil adeo in pretio habere solet, aut cum de pretio affectionis sermo est semper supponendæ sunt res, pecuniæ seu pretio contradistinctæ, quæ in emtione venditione mercium locum sustinere possunt. Deinde affectionis pretium tantum cadit in certa dividua qua talia, verum avarus non tam individua æstimat in pecunia, quam quantitatem seu valorem.

§. XXVIII. Idem iudicium ferendum de ambitioso & voluptuoso. Neuter certe æstimat ita res fungibiles v. g. Si Princeps amphoram vini dono alicui dederit; si virgo juveni cuidam poma aut alia esculenta miserit. Uterque enim de his solet alios participes facere iactationis vel ostentationis gratia, vel certe mox tales res, consumit.

§. XXIX. Consistit enim natura pretii affectionis in eo, quod soleamus ea servare, ut vanam inde captare gloriolam, & iactare nos possumus, de gratia Principis de singulari favore patroni, de amicitia sexus sequioris aut alius hominis voluptuosi, vel de antiquitate generis, vel de præstantia nostra, cum forsitan instrumentum quoddam novum invenerimus, vel desigmo quodam peculiari providentiæ diviniæ, quod nos in magno servaverit periculo, cuius rei memoriam hoc ipso ad posteros transmittere desideramus. Iam vero ad hoc requiruntur res, quæ servando servari possunt, quales non sunt res fungibiles.

§. XXX. At cæteras res medii generis, de quibus §. 18. actum, quod attinet, ex destinatione & usu earundem apparebit, an pretium affectionis in eas cadere possit. Quod si eadem ad quotidianum usum adhibemus, testamur eo ipso, quod in iis nullam habeamus

mus



mus affectionem. In quibus enim rebus affectionem collocamus illas servare & custodire, certisque tantum temporibus usurpare solemus, ne præmature atterantur aut corrumpantur. Quod si itaque eas servemus & custodiamus, jam etiam in illas affectio cadit etsi tempore alias sint peritura v. g. si a Principe aliquo linthei quoddam genus vel vestimenti donatum, aut si talia e naufragio servaverimus aut a majoribus nostris ad nos translata acceperimus.

§. XXXI. Ex his itaque jam judicare possumus de rebus ipsis & quatenus in eas cadat pretium affectionis. Sic indubie in vinum, oleum, frumentum, uvas, farinam & omnia esculenta; medicamenta, massas argenteas, materias omnes fabriles, chartas, tabulas, in quibus pingitur, pecuniam ipsam numeratam, non cadit affectio. De pecunia perspicuus est textus in *l. 3. ff. de in lit. jurand.* De tabula picturæ gratia comparata id nequidem diffitentur Dn. *ad §. 34. l. de R. D.* Cum Imperator ipse huc videatur respexisse dicendo: *Ridiculum esse picturam vilissimæ tabulæ cedere, ut adeo pretium affectionis tabula exclusisse videatur.* Materie fabriles ut plurimum destinantur consumptioni, & rarius accidit, ut talis sit materia, quæ amplius haberi nequeat, in casu tamen quo hoc probari posset, extraordinarie concedendum foret pretium affectionis.

## CAP. II.

## DE

## Usu doctrinæ, quod pretium affectionis

non cadat in res fungibiles.

## SUMMARIÆ.

- I** Nolutus nemorem suum vendere cogitur. Ratio axiomatis. §. I. *Invidus qui vendere cogitur si id postulat utilitas publica. §. V.*  
 Leges id inculcantes. §. II. *Eadem utilitate publica suadente invitus creditor aliud pro alio solvendi non potest. §. III.*  
 Quod modis aliud pro alio solvatur. §. IV. *Invitus creditor aliud pro alio accipere cogitur. §. VI.*

*Necessitas etiam facit, ut invito rem suam vendere cogatur. §. VII.*

*Et ut creditor invitus aliud pro alio accipiat. §. VIII. IX.*

*Volentes autem, qui vendunt res suas, & aliud pro alio accipiunt regulas illas non limitant, sed declarant. §. X.*

*Pretium in venditione invita, aut solutione alterius pro altero quodnam intercedat, aut commune, an affectionis? §. XI.*

*Commune pretium requiritur in venditione voluntaria. §. XII.*

*Item si volens aliud pro alio accipiam. §. XIII.*

*Si invitus vendam ob utilitatem publicam, sufficit pretium commune. §. XIV.*

*Hic pertinet constitutio. l. 1. c. de comm. sero. manum. (Medici serui. Eunuchorum majus pretium, quam Medicorum) §. XV.*

*Sic ex necessitate cogar rem meam vendere, vel aliud pro alio accipere propter culpam alterius sufficit pretium verum. §. XVI.*

*Si propter dolum, debetur pretium affectionis. §. XVII.*

*Quodsi casu res pereat, nullum debetur pretium. §. XVIII.*

*Quid juris sit, si res mutetur & non plane intereat. §. XIX.*

*Limitantur dicta de pretio affectionis prestando si res dolo interierit, 1) ut non procedat in rebus fungibilibus. §. XX.*

*Quodnam tempus pretii variantis in his rebus adspiciat. §. XXI.*

2) *Ut non procedant in rebus non fungibilibus, seu corporibus, ubi non afferri potest justus pretextus pretii affectionis. §. XXII.*

3) *Ubi de hoc pretextu iudici per probationes verosimiles fides non fuit facta. §. XXIII.*

## §. I.

**O**ccurrunt in jure nostro duo Brocardica etiam Justinianeis primis nota, quorum prius est: *Nemo invitus ad vendendum cogitur*: posterius vero: *Aliud pro alio invito creditori solvi non posse*, utrumque & rationibus suis & legibus certis innitur. Prior regula fluit ex vulgato principio, quod quilibet sit rerum suarum moderator & arbiter, adeoque tanquam Dominus de rebus suis pro lubitu disponere possit. l. 21. c. mand. Potissimus enim hic effectus adeo proprius domini esse censetur, ut vulgo inde Dominium describatur, quod sit jus de re sua pro lubitu disponendi, quamvis hæc definitio inadæquata sit. Iam vero pu-

gust

gnant inter se: habere liberam facultatem disponendi de re sua libitu, & tamen cogi posse ad vendendum. Accedit, quod ipsa natura emtionis venditionis coactionem respuat, cum solo consensu perficiatur, adeoque quicquid obest consensui, obest etiam emtionis, venditioni. Alit quid magis obstat consensui quam coactio? *L. 16. ff. de R. I.*

§. II. Rescripserunt hanc ob causam Imperatores in *l. 1. n. C. de contr. E. V. invitum comparare vel distrabere postulantis desiderium iustam causam non continent.* Neque æquum esse dicit Paulus *l. 9. ff. de act. Res. amot. invitum* suo pretio res suas vendere, imo idem *l. 70. ff. de Rei vind. Rapina* instar esse dicit, invito Domino rem iusto pretio comparare, & Imperatores in *l. 14. C. de contr. E. V.* gravem esse injuriam iudicant, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur invitum, adeo ut ne quidem Judæorum libertas hac in re restringi debere legislatores voluerint in *l. 9. C. de Judæis.* Et quidem hæc omnia fluunt ex communi axioma de obligationibus contrahendis, quod libera potestas unicuique sit habendi & non habendi contractus, ut dicitur in *l. 5. C. de O. & A.* dum magis voluntatis & officii humanitatis sit, quam necessitatis cum altero contrahere *arg. l. 7. §. 3. ff. commod.* Sicuti vero nemo ad vendendum, ita quoque nec ad emendum compelli potest. *l. 16. C. de Jure delib.* Imo & hoc exinde deducitur. Si jam res nostra ab altero retineatur, non tamen ex titulo Domini translativo quod invitum nobis illam alius retinere non debeat. *l. 25. §. 1. ff. solut. matrim.*

§. III. Altera regula: quod aliud pro alia invito creditori solvi non possit, itidem fundata est, tum in ratione, tum in legibus. Ratio certe vult, ut fides promissorum eo modo impleatur, quo conventum est: Qui autem aliud vult solvere, quam id quod est in conventionem deductum, a sua parte obligationi non satisfacit. Accedit, quod in rebus non fungibilibus unum individuum non possit fungi vice alterius, unde qui non solvit id, quod promissum est, fidem pactorum non servat: sic enim obligatio dissolvenda, uti colligata est *l. 35. de R. I.* Et illud ipsum jam confirmat JCrus in *l. 2. §. ff. de Reb. Cred. l. 98. §. 6. de solut. l. 16. C. eod.* Unde qui obligatus est ad solvendum, sed alio modo satisfacere paratus est, non auditur nec pigno-

24 CAP. II. DE SENSU AC VERITATE DOGMATIS, QUOD PRETIUM  
ra ob debitum data ita liberantur. l. 6. §. 1. quib. mod. pig. vel hypoth.  
solv.

§. IV. Solvere autem aliud pro alio videtur 1) quia aliud indivi-  
duum substituit, quam illud, quod in obligationem erat deductum,  
veluti, qui promisit certum aliquem equum, non potest offerre so-  
lutionis loco alium equum &c. Sicuti enim plus petere videtur,  
qui rem non petit eo modo, quo est in obligatione §. 33. *J. de act.*  
ita minus solvere videtur, qui aliam rem similem substituere co-  
natur. 2) Qui aliud genus substituit, quam quod deberur: veluti  
pro tritico unum, aut hordeum pro tritico l. 2. *pr. ff. de Reb. Cred.*  
*Struv. Exerc. 16. th. 26.* modo etiam generis diversitas revera adit,  
ut morali quoque aestimatione pro diversis habentur generibus.  
Hinc qui dedit aureos nummos, & recipit argenteos, diversum  
recepisse non videtur, cum in pecunia non tam corpus, quam  
quantitas consideretur l. 1. *ff. de cont. E. V.* modo etiam fuerint dari  
ut quantitas, non ut species: sic enim sufficit quod eandem quis  
quantitatem recipiat, aliud foret, si non quantitatem exsolvere, sed  
nomen sui debitoris in solutum dari veller, quod invito creditori  
obtrudi non potest l. 19. *C. de solut.* 3) Qui aliud facit, quam ad quod  
erat obligatus: Unde liberatio non contingit facto diverso pro fa-  
cto soluto, ut dicitur in l. 99. §. 6. *ff. de solut.* 4) Qui pro quantitate  
speciem substituit, veluti, pro pecunia numerata aedes, agros, quod  
demum volente creditore admittitur l. 17. *C. de solut.* 5) Qui pretium  
pro re debita solvere intendit: Hic non auditur venditor, etiamsi  
vel maxime duplum pretii emtori pro re tradenda offerre velit l. 6.  
*C. de Rescind. Vind.* sed praecisa necessitas rem venditam tradendi  
ipfi incumbit §. 7. *J. de Donat.* cum in singularibus pretium non  
succeedat in locum rei. conf. *Gail. 2. Obs. 17.* 6) Quo referri et-  
iam potest, qui interesse pro illo, quod faciendum erat offert.  
Equidem alias hic distinguunt inter obligationem dandi & fa-  
ciendi, ita ut obligatio dandi praecisam tradendi necessitatem  
contineat, secus ac obligatio faciendi, ubi praestatione ejus, quod  
interest, debitorem volunt liberari, ut ita aliud pro alio in hoc casu  
solvi permillum videatur per l. 72. *ff. de V. O. l. 13. §. f. de re Jud. arc.*  
l. 17. *ff. §. 2. de cond. & dem.* quia sc. neminem ad factum praestandum  
co.

cogi posse asserunt. Sed præter Cujacium & Perezium ostendit li-  
quido Huber. *in post. ad J. tit. de Verb. Obs. §. 5.* regulariter etiam il-  
lum, qui ad factum obligatur, aliud parti invitæ solvere non posse,  
cum & remedia coactiva, pignoris captiones, missiones in possessiones,  
multæ dictiones hic locum habeant, rumpit enim æque fidem  
ac is, qui dare recusat quod debet, quam tamen frangere non licet.  
Accedit quod illa remedia applicari non possent, si is non præcise  
ad factum teneretur. Quod vero aliquando, ubi debitor extreme  
contumax est, in locum obligationis faciendi succedat condemnatio  
ad interesse, id ex accidenti fit, & est quasi pœna, quod fidem vio-  
laverit, quemadmodum & alii, qui contractibus eo modo, quo con-  
ventum est, non satis faciunt, tandem aliter quam ad interesse con-  
veniri non possunt. Unde apparet, interesse non tantum præstari  
in obligationibus faciendi, sed etiam in obligationibus dandi, uti  
mox docebimus.

§. V. Quicquid alias communiter in aliis regulis juris accidere  
solet, ut plurimas sc. admittant limitationes & exceptiones, cum in  
negotiis, quæ infinitis circumstantiis subjacent, & ideo infinitis et-  
iam modis variare possunt, certa aliqua, & quæ nullam patiatu-  
r limitationem, regula vix dari possit, id ipsum quoque in hisce duabus re-  
gulis usu venit. Sic itaque, 1) invitus ad vendendum cogi potest, si  
*publica utilitas id suadeat*, hæc enim suprema lex esse debet, adeoque  
hujus gratia regulis juris communis quam sæpissime receditur, faten-  
te ipse Juliano *in l. si. in f. ad L. Aquil.* Fluit hoc ex natura juris vulga-  
ris, quod juri eminenti penes eum, qui summam, in republ. intuitu  
rerum & personarum, habet potestatem, existendi subordinatur, ita  
sc. ut quoties vulgare jus concurrat cum eminenti, huic semper de-  
beat cedere. Dn. Præf. *Jurispr. Div. l. 1. c. 1. n. 127.* Huic fundamen-  
to innititur *jus Stapule das Stabel-Recht*, vi cujus Dominus territorii  
transeuntes obligat ut ibi subsistant, mercesque suas ad utilitatem  
reipubl. exponant. Cum porro interfit Reip. ne quis re sua ma-  
le abutatur, & vero Romani non raro servos suos durius absque  
causâ haberi solebant, hinc constituit Imperator, cogendum esse  
talem Dominum, servum suum bonis conditionibus vendere, ne  
in potestatem suam revertatur. §. 2. *J. de his qui sui vel al. jur.*  
D sunt

sunt. Ex quo Dd. hodie in serunt, si nimium quis in suos subditos sæviat, eum a superiori cogi posse, ut jurisdictionem vendat. *Mynf. cent. 5. obs. 8. Gomez. l. 2. var. resol. c. 2. n. ult. Stamm. de servit. person. l. 3. c. 35. n. 7. Carpz. l. 1. Resp. 53. n. n. Richt. Decif. 98. n. 13.* Sed hæc illatio clariorem meretur indagationem. Aut enim hæc assertio est intelligendo de principibus Imperii nimium subditos suos gravantibus, & sic tum per *Rec. Imp. de An. 1654. §. 105.* tum per *Capit. Leop. art. 3. inf.* dispositum, ne facile audiantur subditi contra Principes, hinc in hoc rerum statu vix dabitur casus, ut contra Principem propter ejus sævitiam in subditos, a Camera vel alicuius Judicio procedatur, & licet subditi tandem admissi sibi comparaverint mandata, quod perquam rarum esset, cogi tamen non poterit Princeps, ut jus suum territoriale propterea vendat, ob argumentum a servis ad subditos sine ratione extensum: Aut vero hoc intelligi debet, uti plerique alii faciunt, de nobilibus Jurisdictionem exercentibus: Sed tunc dubitari posset, annon Nobilis potius ita per abusum jure suo plane excideret: Regulariter enim Dd. in eo consentiunt, jus amitti per abusum, aut sic nequidem opus foret, ut compellatur ad vendendum suam jurisdictionem, quam per abusum amisit. Porro huc refero, quod etiam ob annonæ caritatem vitandam, quis recte victualia sua vendere cogatur, licet ea alias, vel maxime non habeat venalia. *Mynf. cent. 5. obs. 27. Brunn. ad l. n. C. de cont. E. V. ubi id singulare est: quod cura hæc olim ex parte etiam pertinerit ad Episcopos, adeoque per censuram Ecclesiasticam illi soliti fuerint adigere cives ad vendendum frumentum. Brunn. ad l. 1. §. 7. C. de Episc. aud.* Inprimis vero nobiles, qui copiosiore frumenti apparatus possident, tempore necessitatis cogi possunt, ut superfluum vendant rusticis vel civibus, etiam sub pena. *conf. Bruckner de vendit. necessar. lb. 23.* Ex eodem fonte fluit, quod si via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa sit, vicinus proximus cogi possit ad viam præstandam de suo agro. *l. 14. §. 1. ff. quem. ad. serv. amit. l. 1. §. 25. ff. ne quid in loco publ. sicuti etiam vicini ad viam sternendam cogi possunt. l. ult. §. 15. ff. de muner.* Dominum quoque justo pretio ut vendat prædium suum ad dilatationem vel extractionem Cæmeterii cogi posse, evincit *Carpzov, Jurispr. Eccles. l. 2. lb.*

ib. 24. d. 388. modo alias in promptu non sit locus in quo commode possit extrui cœmeterium, quod præsertim, ubi agitur de dilatando cœmeterio accidere facile potest. Hoc fere concordat cum jure Civ. ubi si quis sepulchrum habebat, via autem ad sepulchrum destitueretur præses compellere debebat vicinum, justo pretio iter ei præstari. l. 12. pr. ff. de relig. & sumt. fun. Sic etiam olim, ubi lapidicinæ fructus privatorum fundorum erant, usus necessarii lapidis non erat interclusus, quin, ut permitteret lapidem cadere in publicam utilitatem cogi poterat Dominus prædii l. 13. §. 1. ff. comm. præd. iam. urb. quem rust. Denique huc posses etiam referre, quæ in judicio finium regundorum, si evidentioribus finibus distingui agros commodius & utilius sit, quam olim fuissent distincti, necesse sit, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari, ut Dominus illius agri hanc partem pro certo pretio alteri præstet. §. 6. J. de Off. Jud. l. 3. ff. fin. reg. quippe publice interesse, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Alias adhuc limitationes & exceptiones vid. apud Brunnem. ad l. n. C. de contr. Emr. Vend.

§. VI. Ex eodem fundamento quoque limitationem patitur altera regula, quod sc. aliud pro alio invito solvi non possit. Sæpe enim salus & utilitas Reip. creditores compellit, ut aliud pro alio accipere teneantur, nam cum ob utilitatem publicam Princeps possit debitum plane alteri donare, cur non creditorem compellere, ut aliud pro alio accipiat? Luculentissimum hujus rei exemplum occurrit in *Rec. Imp. de An. 1674. §.* So viel nun 172. Multis enim per funestum illud bellum tricennale bonis suis omnino lapsis, & creditoribus suis propter illam feralem ruina exacte satisfacere non valentibus, de remediis subveniendi debitoribus cogitandum erat, ubi illis quoque inter alia beneficium dationis in solutum indulgebatur, ita enim in *R. J. cit. l.* dispositum legitur: Auf den Fall Er, (debitor scilic.) bey diesen Geldklemmen = Zeiten keine baare Mittel hätte, noch erlangen könnte, soll dem debitori frey stehen und zugelassen seyn, durch Dargebung anderer beweg- und unbeweglichen Güther an statt baarer Bezahlung, (jedoch daß dem creditori die Wahl nach bestem gemeiner Rechten frey stehe) auf deroelben vorgehende zwischen den vorigen und gegenwärtigen Zeiten auf das

D 2

Mit

Mittel gestellte billige Schätzung abzulegen, der creditor aber solche anzunehmen schuldig seyn. Neque vero hoc beneficium donationis in solum iure civili incognitum, sed clare fundatum in *Nov. 4. c. 3.* & inde desumpta *auth. hoc. nisi C. de solut.* ubi itidem disponitur, ut detur secundum quantitatem debita possessio rei immobilis creditoribus, modo illa emtorem invenire non possit. Hoc casu tamen rursus indultum creditori, ut meliora rerum ipsius debitoris eligere possit, cum teneatur coactus suscipere possessionem immobilem: id quoque in Ecclesia debitrice receptum est per *Nov. p. 121. c. 6. verb. Si vero secundum prædictum modum* & *auth. hoc. jus porrectum C. de SS. Eccles.* ut emtore non invento res æstimata creditori detur in solum, addita in pretio universæ æstimationis decima parte, & accedente consensu ordinatoris, & majoris partis ibidem servientium. Quod hic dicitur dedecima parte ultra veram rei æstimationem adjicienda, contra jus poli & conscientie esse cum Baldo arbitrator: ita Accursius *rd* addita accipit pro remissa, ut decimam pretii partem ipsi creditori remittendam esse velit, cum rem ecclesiasticam invitus in solum accipiat, jam vero qui in uno est gravatus, in altero est relevandus: non tamen optimam sed mediocrem rem eligere debet. Huc quoque videtur respexisse summi iudicii Iustus Labeo citatus ab Ulpiano in *l. 4. §. 3. ff. de Re Jud.* ubi, is qui condemnatus erat, ut pecuniam solvat, ex magna & idonea causa audiri debet, si non velit solvere, sed alio modo satisfacere. Talis iusta est, si heres a testatore iustus sit, servum hæreditarium præstare legatario, qui tamen ipsius pater, vel mater, vel frater naturalis sit, tum enim cogi potest legatarius, ut æstimationem officio iudicis determinandam accipiat. *l. 71. §. 3. ff. de Leg. 1.* Item res aliena legata, quam tamen Dominus vendere detrectat, vel pro ea immensum exigit pretium.

§. VII. Limitantur quoque (II) prædictæ regulæ, si necessitas id suadeat, sc. si res mea vel mihi debita, culpa vel dolo alterius interit. Quando ergo res creditoris penes alterum ex contractu quodam existens suo tempore restituenda, ita periit, tunc necessitate urgente invitus rem suam vendere & loco rei suæ æstimationem recipere cogitur. Cum itaque secundum commune Dd. assertum commo-



datarius teneatur ad exactissimam diligentiam l. 5. §. 2. ff. *commod.* hinc, si res vel levissima ejus culpa perit commodans ex necessitate pretium ejusdem accipere tenetur, veluti si commodatarius in incendio res commodatas potuisset salvas facere, suas autem prætulit. l. 5. §. 4. ff. *commod.* Si res a furibus auferatur, cum furtum regulariter fieri præsumatur culpa levi. §. 16. *f. de obl. que ex delict. nasc.* vel si non perferatur ab illo, cui ad perferendum erat concedita. l. 10. ff. *commod.* vel aliter perierit, tunc enim itidem pretium debetur l. 17. §. *cod.* vel etiamsi deterior insigniter reddita, l. 3. §. 1. *cod.* ita scilicet ut ea commodans amplius uti nequeat, nec tunc eam recipere tenetur, ne damnosum ei sit suum officium. l. 7. *quemad. testam. aper.* ubi vero commodans æstimationem oblatam recipit, si quidem adhuc exstat, rem offerentis facit. l. 5. §. 1. *commod.* Hoc ipsum quoque in deposito usu venire potest, quamvis forsitan rarius, cum non eadem exactissima diligentia ibi requiratur, ut in commodato, sed sufficiat, si depositarius a dolo & culpa lata immunis sit. Quod si itaque, dolo vel lata culpa vel etiam levi, si ita conventum. l. 1. §. 6. ff. *depos.* res deposita deterior reddita, l. 1. *cod.* vel dolo malo depositarii factum, ut servus depositus aufereret. l. 7. *pr. ff. cod.* vel aliter res amissa aut deperdita sit, æstimatio præstanda erit. Idem judicium ferendum de pignore, si culpa creditoris perierit. l. 5. *C. depign. act.* vel deterius factum fuerit. l. 7. *C. cod.* Inprimis vero sæpius in rei vindicatione æstimatio rei præstanda, si res dolo malo non restituatur: veluti, si possessor dolo malo desit, possidere, quo casu condemnatur in æstimationem, quasi adhuc possidere. l. 77. *de R. Vind.* Itidem si perit, vel alia ratione domini interesse non admittat, ut rem ipsam recipere possit &c. Rei tamen æstimatione præstita, statim dominium ad possidentem transit, cum eo pretio videatur decidisse, quod ipse actor constituit, ut ait Paul. in l. 46. *de R. V.* nam filis, h. e. res in litem deducta, fuerit æstimata, similis est venditioni. l. 7. §. 1. ff. *de public. in rem act.* l. 3. ff. *pro Emptore.* Et qui litis æstimationem suserit, emptoris loco habendus est, ut ait Julianus in l. 77. *pr. ff. de act. Res. annot.* l. 1. ff. *pro emptore* l. 71. §. 2. *de evict.* Ex jam dictis denuo constat, dominum ad rem suam vendendam interdum revera cogi. Interire vero potest res vel naturaliter vel civiliter: Civiliter interire videtur.

detur, quories aliam plane a priori formam & denominationem accipit, vel alia ratione defuisse videtur. Hinc specificatione, ferruminatione, accessione, commixtione, confusione, inædificatione, fatione, plantatione, scriptura, pictura, res nostra, quæ apud alterum est, ratione domini nostri videtur extracta, ut ipsa vindicari non possit, quia quasi accessorium alterius rei facta, & sic dominio ejus quasi ipso facto addita: Quodnam vero hoc casu Domino superest remedium? Nullum aliud, quam ad æstimationem recipiendam præsertim, si res mea, ad alterum sine facto meo pervenit. Nam ubi facto meo res mea alteri acquiritur, veluti, inædificatione in solo alieno ex meis tignis, nulla actio in jure videtur prodita ad petendam æstimationem, sed nudum jus retentionis ædificanti conceditur. §. 30. l. de R. D. conf. *Vinn.* ad hunc §. n. 4. In aliis remedia plura sunt prodita. Sic in specificatione domino materiæ contra m. f. specificantem datur actio ad exhibendum l. 17. §. 3. ff. ad exhib. & rei vindicatio, tanquam contra eum, qui dolo desit possidere, sc. utrinque ad æstimationem: præterea competit conditio furtiva, l. 13. de condit. furt. & actio furti. l. 52. §. 14. de furt. contra b. f. specificantem vero actio in factum arg. l. 23. §. 5. de R. V. rursus ad æstimationem. Idem iudicio esto de cæteris.

§. VIII. Similiter quoque altera regula eandem admittit limitationem quod cum nonnulli inter Dd. non accurate observaverint, inducti sunt ut crederent, in emtione venditione venditorem non præcisè ad tradendam rem esse obligatum, sed præstando interesse liberari, etiamsi vel maxime facultatem tradendi habeat, quales qui fuerint, recenset Ungebauer in *Exerc. Justin.* 12. qu. 5. quod tamen liquido est contra regulam nostram supra satis formatam. Decepti vero sunt sine dubio ex eo, quod in quibusdam textibus Juris dicatur, venditorem condemnandum esse ad interessè, si non tradat, & sic supposuerunt casus, ubi etiam venditor potest rem commode tradere, adeoque alternativam quandam obligationem hic supstituerunt. Sed omnes textus fere, quos pro sua concervant sententia, pertinent ad limitationem hanc, de qua jam solliciti sumus; Agite: videamus, quid ex iis legitime inferre liceat: in l. 1. ff. pr. de act. E. V. dicitur, si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur  
b. 1.

*h. t. quod rem habere interest emtoris.* Idem simpliciter asseritur in *l. n. §. 9. eod. l. 10. pr. ff. quib. mod. ping. vel hypoth. solv.* Verum multis modis accidere potest, ut res non tradatur, vel quod tradi non possit ob ejus interitum, vel deteriolem rationem culpa venditoris contingentem, vel quod tradi non debeat propter moram factam, ita scilicet ut emtori rem non amplius habere liceat, ut, si caro emta tempore placito non exhibeatur *l. 10. C. de act. E. V.* nam etiam peractionem triticariam hoc casu ob moram tradere nolentis, licitum erit interesse postulare. *l. 3. §. 4. de condict. tritic.* quem insensum quoque accipio *l. 4. C. de act. E. V.* ubi diserte additur: si procacia, h. e. moravenditoris traditio rei venditæ juxta emtionis contractum non fiat, ad interesse condemnandum esse venditorem. Quomodo enim aliter fieri potest, si res emta per moram venditoris in eum statum fuerit deducta, ut traditio vel penitus non, vel non commode fieri possit, quam ut emtor ad suam indemnitate agat: Huber *ad r. tit. de Emt. Vend. §. 14.* Ungebauer *cit. l. Frustra* quoque dissentientes pro sua sententia allegant *l. 12. ff. de act. Emt. Vend.* ubi disponitur, ut si jactum retis emero, & piscator quod extraxit, piscium reddere mihi nolit, aestimari id debeat, quod extraxit. Nam revera hic casus ad limitationem nostram spectat. Piscis enim plerumque ad res referendi, quæ statim consumuntur; non asservantur, sed servando putrescunt. Finge ergo, te piscatorem in jus vocare, citationem decerni, reum litem contestari, condemnari, num putas pisces adhuc in rerum natura fore, præsertim, si rem metiri velimus secundum hodiernum procedendi morem, ubi ob res minimas sæpe immortales sunt lites: idem est judicium ferendum de carniem emtione, de qua in *l. 10. C. de act. E. V.* cum & caro ad res servando servari non solitas pertineat, adeoque ex necessitate hisce in casibus aliud pro alio solvi debet. Ad eundem modum commode intelligi potest *l. 17. C. de fid. Instrum.* ubi videtur venditori electio concessa, utrum rem tradere, an vero id quod interest emtoris, persolvere velit: Nam interesse itidem in hoc textu in subsidium demum admittitur, quatenus res vendita præstari amplius nequeat. Huc pertinet etiam, si res duobus successive fuerit vendita, & posteriori tradita, prior traditionem amplius urgere nequit, sed venditor ex necessitate quan-

32 CAP. II. DE SENSU AC VERITATE DOGMATIS, QVOD PRETIUM  
quanti emtoris interest, præstare tenetur *l. 6. C. de hered. vel ass  
vend.*

§. IX. In stipulatione quoque non raro accidere potest, ut ex  
necessitate aliud pro alio solvi debeat. Id vero quod solvendum est,  
confistit vel in dando, vel in faciendo. In dando, veluti, si servum  
stipulatus fuero, isque per dolum aut culpam promissoris etiam ante  
moram commissam interit, utique ad æstimationem, tenetur *l. 91. pr.  
ff. de V. O.* Si vero potest moram, homo decesserit, licet promissoris  
culpa non intervenerit, tenetur nihilominus, ac si adhuc viveret, *l. 82.  
§. 1. eod.* perpetuat enim illa obligationem, quod, quomodo sit intel-  
ligendum, traditur in *cit. l. 91. §. 3.* Et huc pertinent *l. 23. l. 24. l. 49. pr.  
§. 1. seqq. eod.* Quomodo vero tenetur? non ad solvendam rem pro-  
missam quæ non amplius existat, sed ad ejus æstimationem, ceu cla-  
re asseritur in *l. 39. §. 1. ff. de Leg. 1.* ibi. *in stipulatione si post moram res  
interierit, æstinatio ejus præstatur.* Ibidem est, si per constitutum pro-  
missus homo fuerit, nam & tunc pretium deberi dicitur in *l. 23. ff. de  
constit. pecun.* In obligatione porro faciendi sæpius aliud pro alio sol-  
vitur, sed non aliter quam per rationem nostræ limitationis, si scilicet  
necessitas id suadeat. Nam supra §. 4. *b. t.* jam errorem communem  
rejecimus quasi obligatio faciendi, Promiscue admittat præstationem  
ejus, quod interest. Contingere tamen potest, ut actor necessitate  
urgente interesse accipere teneatur, si nimirum propter extremam  
contumaciam promissor ad factum debito modo præstandum, nullo  
modo adduci queat, attamen a tempore moræ commissæ in actoris  
est arbitrio, an debitorem ad factum præstandum, an ad interesse  
convenire velit, qui nec offerendo interesse sese liberare poteris, nisi  
ipse actor consentiat, cum alias reus per contumaciam & fidem fra-  
ctam sibi lucrum & commodum quæreret. Quæstio vero non est, an  
secundum regulas prudentiæ agat actor, si promissorem necessario  
ad factum præstandum adstringere velit, præsertim in casu ubi indu-  
stria & experientia hominis requiritur. Et hoc modo commode ex-  
plicari possunt textus, qui pro communi in medium produci solent  
sententia. Quamvis enim in *l. 13. §. ff. de Re Judic. simpliciter* dic-  
tatur, *eum, qui non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam conde-  
mnari debere, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus:* hoc tamen  
in-

intelligi debet, positis terminis habilibus, si sc. actor interesse petat, vel reus ad factum nullo modo compelli possit. Neque aliud evincitur *ex l. 72. pr. de V.O.* quam, quod non factum fuerit quod fieri debuit, succedat obligatio ad pecuniam, h. e. æstimationem dandam. Et inane certe est fundamentum, quod pro contraria sententia stabilienda adducit Ungebauer. *Exercit. Justin. n. quæst. 2.* quæ si eo ipsi infringereetur libertas & species quædam servitutis imponeretur hominibus *arg. l. 71. §. 2. ff. de Condit. & Demonstr.* Ratio hæc si justa & vera esset, sane non tantum in obligationibus faciendi, sed plerumque etiam in obligationibus dandi obtineret, ubi sæpius res præstanda manu militari a contumaci aufertur, aliæque coactione ad rem debitam tradendam reus adstringitur, quæ certe non involvit liberam voluntatem, vel, si vis, libertatem: nec definitio ipsa obligationis generaliter veritati esset consentanea, quod sc. sit *Juris vinculum*, quo necessitate ad aliquid præstandum *adstringimur* *pr. §. de oblig.* accedit, quod sic in obligatione faciendi debitori indistincte liberum esset servare vel frangere fidem, quod tamen contra æquitatem naturalem foret.

§. X. Cæterum, cum diximus, neminem teneri *invitum* ad rem suam vendendam, & nemini *invito* aliud pro alio solvi posse, apparet, non ad limitationes sed ad declarationem regularum nostrarum pertinere, si volens quis alteri rem vendat, veluti, si res commodata vel locata, vel deposita justo pretio interveniente, commodataro, conductori, aut depositario vendatur: Item si dominus rem suam vindicans malit pretium, quam ipsam rem recipere, & in hoc possessor consentiat vel etiam si locata, depositæ aut commodatæ rei ab initio adjiciatur æstimatio, venditionis gratia, nam & tunc emptio venditio ex voluntate utriusque facta censetur. Sic etiam volenti creditori aliud pro alio solvi potest, ut liberatio contingat, etiam per satisfactionem aliam, solutionis vice admissam quia pro solutione est: *l. 57. ff. de solut. liberantur pignora. l. 6. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Inde Imperatores rescribunt in *l. 17. C. de solut. Manifesti juris est, tam alio pro debitore solvente, quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis, tolli paratam obligationem. conf. pr. Inst. quib.*

quib. mod. toll. oblig. l. 24. C. de solut. l. 10. C. l. 16. ff. eod. l. 10. C. si. cert. per. l. 26. §. 4. de condict. indeb.

§. XI. His itaque praesuppositis ad usum nostrae regulæ propius accedimus. Constat vero inter omnes, requiri, quoties res venditur, pretium in pecunia numerata consistens. Quodsi vero aliud pro alio solvitur, requiritur, vel res æquivalentis pretii, uti supra diximus de ratione rei immobilis in solutum, vel pretium æquivalens, quo referri possunt exempla adducta §. 8. seq. Hinc jam oritur quaestio, quale pretium utrobique præstari debeat, an commune, an legitimum, an vero pretium affectionis. Facile autem apparet, una eademque decisione quaestionem hanc resolveri non posse, cum ex hæcenus dictis constat, variare circumstantias in limitationibus adductis, adeoque & jus variare necesse est.

§. XII. Quodsi itaque quis volens rem alteri, penes quem illa ex contractu, vel alio modo existit, vendat, venditio retinet naturam suam & sufficit pretium commune; vel legitimum. Nam hæc est natura venditionis, ut pretium detur justum, civiliter sc. considerando. Justum autem pretium est, quod vel a Principe, vel communi hominum aestimatione definitum est. Ut hæcenus recte Paulus in l. 36. pr. ff. ad L. Falcid. ait. *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.* Idem reperit in l. 35. pr. ff. ad L. Aquil. Neque etiam admittit natura commerciorum, ut quilibet ex singulari sua & sæpius inepta affectione rem aestimet, ut *cap. antec.* præmissum est. Inprimis in societate civili, ubi libertas aestimandi potuit, imo & debuit utique restringi: hinc olim secundum l. 1. C. de Episcop. audient. ad episcopalem pertinebat providentiam curare, ne mercatores carius quam par sit, merces suas distraherent.

§. XIII. Quodsi mihi volenti aliud pro alio solvi patiar, aut illud consistit in aestimatione rei ipsius debitæ, & sic rursus pretium commune locum sibi vindicabit, quia aestimatio venditionis loco est l. 1. ff. pro emt. adeoque etiam admittere debet regulas in emtione consuetas: aut vero in re, æquivalens pretium admittente, & eodem modo leges volunt, ut secundum communem aestimationem res taxetur. Inde Marcianus in l. 46. §. f. ff. de solut. infert, quod si

quis per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dederit non liberatur, nisi ea, quod deest, repleatur. Cur vero supplemento hic locus est? quia dolose contra leges fundus pluris aestimatus erat, cum tamen in casu, ubi aliud pro alio volenti solvitur, commune pretium obtinere debeat. Quod si vero dolus abfuerit? puto liberari debitorem, modo læsio non adsit ultra dimidium, nam hæctenus datio insolutum obtinet venditionis vicem. l. 4. C. de Evict. Et is, qui rem insolutum accepit, vel eam lite aestimata retinuit, similis emtori esse dicitur in l. ff. quib. ex caus. an possess. cat. In emtione autem & venditione non aliter contractus rescinditur ob læsionem, nisi sit ultra dimidium veri pretii. l. 2. C. de Resc. Vend.

§. XIV. Quid vero juris, si invitus quis cogatur rem suam vendere? Equidem si utilitas publica id suadeat, iniquum foret, si ex singulari affectione rem suam aestimare veller, præsertim, cum hic concurrant jus eminens & vulgare, & intuitu illius subditorum bona ad utilitatem publicam promovendam, semper parata esse debeant, quo casu sufficit, si ipse indemnus servetur. Inde infero, qui viam ad sepulchrum, qui agrum ad cœmiterii dilatationem præstare debet, non aliud, quam justum pretium recipit. l. 12. ff. de Relig. Qui servum, quem durius, quam æquum erat, habuit, vendere cogitur, debet id facere bonis conditionibus, h. e. justo pretio, uti plerumque Dd. hæc verba intelligunt, vid. Dn. Stryk. Vinn. Huber. Hopp. Ritterhus. aliique qui omnes uno ore hoc ita explicant. Quod etiam innuunt verba sequentia, ut pretium dominis daretur: Vox autem pretii absolute posita, commune vel legitimum denotat arg. l. 63. pr. ad L. Falc. Cui in finium regundorum iudicio certa portio ex alterius agro adjudicatur, illo pro ea in certam pecuniam condemnandus dicitur in l. 3. fin. regund. Quid vero aliud hoc ipsam denotat, quam pretium legitimum. Qui ad succurrendum annonæ publicæ victualia sua vendere coguntur, justum ac legitimum, non aliud recipiunt pretium. arg. l. 1. §. n. ff. de offic. præf. urb. adeo, ut si locupletiores æquis pretiis fructus suos vendere recusent, a Dardanariis non videantur esse segregandi l. 6. ff. de Extraord. crim. Periturus hoc tota dispositio, l. 2. C. ut nemini liceat in emt. species se excus.

§. XV. Apparet hoc ulterius *ex l. 1. C. de comm. sero. manum.* ubi Justinianus veteris juris rigorem sustulit, quo aliquin in manumissione communis servi, ab uno ex dominis tantum facta, alteri nolenti manumittere alterius portio crescebat. Imperator vero *cit. l.* necessitatem imposuit hoc casu condomino ad partem suam vendendam ei, qui libertatem servo imponere desiderat, ob libertatis favorem. Quale vero pretium hic obtinet? Ne sc. quantitas ejus incerta esset, illam determinavit ipse Imperator in §. 5. *cit. l. 1.* & sic pretium legitimum tantum hic obtinere voluit. Videlicet servos nulla arte imbutos pretio viginti solidorum taxavit, nisi usque ad decimum solum ætatis annum pervenerint, quo casu tantum modo dimidium solum: Sin autem aliqua arte præditi erant, secundum artis præstantiam servos taxari voluit, excepit autem singulariter servos. Notarios, & Medicos, ita ut Notarius quidem usque ad quinquaginta, Medicus vero usque ad sexaginta solidos taxaretur *conf. l. 3. comm. de Legat. & fideicomm.* ubi & obstetricibus idem pretium cum medicis imponitur. Illud tamen mirandum, quod pro servis Eunuchis decem annis majoribus, & arte quadam imbutis, majus pretium constitutum sit, quam pro servis Medicis. Medici enim usque ad 60. taxabantur, Eunuchi vero usque ad 70. Nulla rationem obtinere voluit Justinianus, in *l. 3. C. commun. de Legat. & fideicomm.* quando plures servum quendam optandum habeant, ut is quidem, quem fors prætulerit, servum sibi acquirat, reliquis vero æstimationem ibi expressam præstare debeat. Cur autem ars Medica Romanis tam vilis, & invisa habita fuerit adscribunt primo Medico, post aliquot secula, ut volunt, ab urbe condita Romam venientem, qui ob nimiam secandi & urendi sævitiam sese nimis exosum reddiderit, ita ut hoc odium ad posteros etiam translatum fuerit. De quibus pluribus videri poterit Royzius Decis. 32. Recte vero judicat Dion. Gothof. in *not. ad cit. l. 3.* vitium non artis, sed temporis fuisse, quod medici minus æstimati fuerint, quam Eunuchi. Justiniani etiam temporibus mollities, luxuria, libido, & quæ huc demum spectant vitia, omnium animos, ne dicam Aulam inquinaverant, ut instrumentis luxuriæ & libidini necessariis, Eunuchi



564.

chis enim carere vix poterint, ita ut eorum pretium ad summum usque creverit. Et eo tempore Constantini & Leonis constitutiones, *in tit. C. de Eunuchis* apparentes, vix videntur in usu fuisse. Ii etiam, qui alienum castrarunt servum ex L. Aquilia non tenebantur cum servus per castrationem non deterioratus, sed preciosior factus censetur *l. 27. §. 28. ff. ad. l. Aquil.*

§. XVI. Si ex necessitate res mea, vel mihi debita non possit restitui, sed ejus loco pretium præstari necesse sit, videndum, utrum res mihi intercipiatur alterius culpa, an dolo. Si culpa, iniquum foret, ut ejus culpa vergeret in meum detrimentum, quia unicuique culpa propria imputari debet hinc, ut verum rei pretium restituat, æquitas postulat, sufficit tamen me indemnem servari, ita ut pretium affectionis exinde exigere non possim, sed alteri ulterius condonandum sit, cum nemo adeo diligens reperitur, quin quotidie sæpius erret, unde leges merito huic succurrunt imbecillitati humanæ, nec alterum, ultra id, quod mihi abest, abstringunt, hinc etiam factum esse arbitror, ut iudex, non pars adversa si propter culpam res restitui possit, æstimationem facere debeat *l. 4. §. 4. l. 5. §. 3. de in lit. jurand.* ne domini affectibus suis valde indulgentes, rei pretium nimis extendant. Respexit huc Ulpian. in *l. 68. ff. de R. V.* ubi reum, qui rem, quæ vindicatur, restituere non potest, non pluris condemnandum esse vult, quam *quanti res est.* Idem dicendum de aliis contractibus, ubi res in specie præstanda venit, quæ tamen non amplius existit. Leges enim in tantum solummodo prospicere voluerunt, ut quis indemnis serveretur, id quod per verum rei pretium acceptum contingit. vid. *l. 3. §. 2. commod.* adeoque & in actione Triticiaria, ubi rei æstimatio peritur, non alia quam communis intelligitur, licet illa ratione temporis varia possit.

§. XVII. Ast ubi debitor rem meam, vel mihi debitam dolo non restituerit, non eadem gaudebit excusatione & beneficio, venia enim non dignus est, qui ex malevolo proposito & animo malitioso rem detinet, & ita delinquit, cum deceptis saltem, h. e. per culpam lapsis, jura succurrant, non vero malitiosis & decipientibus, qui pœnam potius merentur. Et frustra leges invocant, qui contra eas committit. *l. 37. in f. ff. de minor.* nec leges, hominum malitiis

litis indulgendum esse, volunt. *l. 38. ff. de R. V. l. 3. C. per quas person.* adeoque talis malitiosus debitor non poterit de sævitia & duritie con-  
 queri, si ultraverum rei pretium adhuc pretium affectionis ab ipso pos-  
 tulet. Et cum jam in materia, ubi ad indemnitatem & interesse  
 agitur, culpa lata æquiparetur dolo, ita ut quoad effectus juris pari  
 passa ambuletur. *l. 226. de V. S. l. 32. depos.* ideo eadem, quæ modo  
 de dolo diximus, etiam ad culpam latam extendenda sunt. Qui  
 enim latam culpam committit, negligentiam affectasse videtur, & po-  
 rius studio neglexisse ea, quæ omnes homines curanda esse sciunt;  
 hinc dolum repræsentare dicitur in *l. 1. §. 2. ff. scis, qui in testam. Liber.*  
 quod repetit Cajus in *l. 1. §. 5. de O. & A.* ubi ait: magnam negligentiam  
 in doli crimen cadere. Ita etiam in hac materia idem asserendum  
 est. Cum hac nostra sententia optime conspirant. *l. 25. §. 10. de hered. petit. l. 36. ff. de pecul. &c.* hujus decisionis ratio peti potest ex *l. 70. ff. de R. V. nesc. in potestate cujusque sit per rapinam ab invito dominorem justo pretio comparare.* Atque ita creditore dolose pignus alienante recte petitur pretium affectionis. *l. 16. §. 3. in f. ff. de pign. item a donatore, l. 41. §. Id. e Re judic. a marito dotem dolose restituere nolente l. 25. §. ff. solut. matrim.* ubi additur ratio: quia invitis nobis, res nostras alius retinere non debeat. Porro a tutoribus in repupillari dolose versantibus *l. 8. ff. de in lit. jurand. l. 7. pr. de admini. & pericuz.* a locatore, si res conducta dolose non restituatur. *l. 48. §. 1. locat. & sic de cæteris.*

§. XVIII. Quodsi casu res interit: vel res perit domino, vel ei, cui debetur. Scilicet, vel res mea ex contractu penes alterum est, quæ tamen in specie mihi restituenda venit, ut in locatione, commodato, pignore deposito contingit, & sic res mihi perit tanquam domino *l. 5. §. 4. comm. l. 1. C. depos. l. 4. ff. de reb. cred. l. 5. 6. C. de pignor. acti. l. 13. §. 1. ff. eod. l. 28. C. locat.* vel etiam res mea alteri ex contractu in specie (genus enim periri nequit. *l. 11. C. si cert. petat*) debetur, & sic perit ei, cui debetur §. 3. *Instit. de Empt. V.* Unde qui ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum debet, interitu ejus liberatur. *l. 23. ff. de V. O. & ita de pretio communi vel affectionis hic frustranea est disceptatio.*

§. XIX. Rei vero interitus duplex est, alius naturalis, ubi res  
 nihil  
 pla

plane definit esse in rerum natura, alius civilis, ubi tantum pro extincta habetur, veluti, si ex poculo meo quis lancem, vel ex pallio meo fecerit vestimentum. Hisce in casibus, si dolo vel culpa talis interitus acciderit, eadem dicenda sunt, quæ supr. §. 16. & 17. in genere allata, quia hic eadem subest ratio: Et quia regulariter a genere ad speciem recte argumentari possum. Nisi quod mihi integrum sit, si velim, in communione manere, si res non in totum, sed pro parte perit conf. §. 27. *J. de R. Div.* Quodsi casu talis fuerit facta mutatio? tunc concurrimus in pretio vero, quanti ea res post mutationem valet, ita sc. ut iudicis arbitrio contineatur, ut aestimet, quanti cuiusque res fuerit. arg. §. 27. *J. eod.* conf. l. 27. §. 3. *de Resc. V.*

§. XX. Cæterum, quæ §. 17. de pretio affectionis, in casu, ubi debitor in dolo versatur, diximus, ea, secundum doctrinam præced. merito limitanda sunt, ut, (1) non procedant rebus fungibilibus, quippe: quæ non recipiunt affectionem. Quocirca hic sufficiet, si res mea, vel mihi debita interit vel transmutata est, ut verum pretium accipiam, neque leges hic a nobis dissentiant. In eam rem tanquam rem fungibilem sine dubio non cadit affectio. Quid itaque dicendum, si vendita caro mihi non tradatur? scilicet, ut, quanti mea interest præsterur l. 10. *C. de act. E. V.* Quid vero voce *interesse* hic denotatur? Explicat id ipsam Paulus in l. 21. §. 3. *ff. eod.* in alio exemplo de vino, & tritico, rebus itidem fungibilibus ut scilicet omnis quidem utilitas emtoris, quæ circa rem ipsam consistit, in aestimationem veniat non vero ea, quæ est extra rem, quo etiam pretium affectionis merito referendum est: Unde nequidem hoc casu præstandum dicit Paulus, si ex vino potuit negotiari, & ita lucrum facere, non magis, pergat quam si triticum emerit *Et ob eam rem, quod non sit traditum familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici* (verum), id quod ex verbis subseqq. patet) non servorum fame necatorum consequitur. Sic, cum jactum retis emi, & venditor id quod extraxerit, reddere mihi nolit, id aestimatur secundum verum pretium, quod extraxit. l. 12. *ff. de act. E. V.* Accedit quod in actione Triticiaria, (quæ primitus propter res fungibiles, triticum vinum, oleum, unde nomen suum summisse confertur, introducta videtur, & postea demum, etiam ad res non fungibiles traducta) sola.

lummodo de vera æstimatione quærat. *l. pr. l. 3. § 4. de condict. tritic.*

§. XXI. Quoniam vero & harum rerum pretium variare potest; ut aliud sit tempore damni dati, aliud tempore litis contestatæ, aliud tempore sententiæ, hinc nova & valde intricata exurgit quæstio, a Dd. tractata, cujusnam temporis æstimationis hic habenda sit ratio. Et quilibet hic suo indulget ingenio, adeoque tot fere sententias hæc quæstio habet, quod Authores. In enucleanda hac quæstione valde defudat Huberus *ad tit. ff. de condict. trit.* Mirifice se torquet Struvius, & omnes passim ad unum id agunt, ut certum fundamentum hac in re quærant, sed dum rem conficere distinctionibus subtilissimis annuntur, infinita dubia & contradictiones non effugiunt. Verum hæc quidem doctrina ad nostrum scopum non facit, sed peculiarem requirit dissertationem. conf. tamen Dd. *ad l. 3. § 4. ff. de condict. tritic.* ubi verba: *Verum est, quod Servius ait:* & alia satis indicant, ea de quæstione dissensisse sectas veterum Juristorum & timemus adeo, ne vel deprehendamus antinomias, incuria compilatorum in Pandectis relictas, vel crabrones irriteremus rejiciendo Dd. distinctiones in earum conciliatione subtiliter excogitatas, vel etiam superficialia inspectione antinomias faciamus ex legibus quibusdam, quæ forte conciliari possent. Ergo liceat ea de re tota iudicium suspendere.

§. XXII. Deinde quoque (2) requiritur, ut in rebus non fungibilibus adsit justus prætextus pretii affectionis, qui a plerisque approbatus est. Hic enim, ut ex doctrina C. i. tradita patet, affectio demum legitima, non qualiscunque hominis, possessionibus suis nimium indulgentis erga rem amor inspicitur, unde etiam Struv. *Exerc. 17. th. 62.* a parte actoris requirit justam affectionem erga rem. Cum itaque appetum sit, Judicem non adjudicaturum esse pretium affectionis si litæolum ab amasi juveni datum, ab alio fuerit interceptum, utique apparet, non de omnibus rebus non fungilibus posse postulari in dictis casibus affectionis pretium, sed de illis saltem, ubi causam allegare possum, ob quam homines, qui pro prudentibus vulgo habentur, rem peculiariter æstimare solent. conf. Phanucius de phanuciis de jurjur. in litem. *p. 1. memb. 4. n. 55.* ubi justas affectionis causas recenset.

§. XXIII.

§. XXIII. Denique (III) hoc quoque observandum, ut, cum affectionem ipsam per testes, circumstantias concludentes, aut alia probandi media non possim regulariter probare, credatur assertioni meae saltem per juramentum corroboratae, si modo prius probavero semiplene, aut vero similiter causam aestimationis, id quod ex dicto §. antec. fluit. Quamvis enim juramentum in litem ideo videatur introductum, ut affectionem meam docere non videatur esse necessarium, nec hujus probationis, quantum recorder, in jure fiat expressa mentio, attamen recte rem perpendenti apparebit, juramentum hoc non tam esse introductum ad docendam in genere affectionem, quam ad affectionis jam quodammodo probatae determinationem. Quod si enim hoc juramentum ad probandum etiam assertionem praecise pertineret, quomodo judex posset praefinire certam summam usque ad quam juretur, secundum l. 4. §. 2. & l. 5. §. 1. ff. de in lit. jur. Quando itaque arbitrio boni judicis congruit taxationem jurijurando adjicere, id non aliter efficere potest, quam si ei semiplene saltem fides de ipsa affectione fuerit facta, nam secundum illam affectionem taxationem debet moderare. Evidentius hoc ipsum cognoscitur ex eo, quod judex, si absque ejus taxatione juratum fuerit, nihilominus possit minoris reum condemnare *ex postea repertis probationibus* uti dicitur in l. 4. §. 3. ff. cod. Cum enim haec probationes non possit intelligi de pretio vero, pretium autem affectionis sit solum in meo arbitrio positum, & ita admittat probationem contrariam, quid prohibet, quo minus haec verba possint ita intelligi, si ex postea repertis probationibus constet, actorem decepisse judicem in probationibus praecedentibus de causa affectionis.

CAP. III.

Doctrinae quaedam juris Romani secundum principia capitis praecedentis examinata.



## SUMMARI A.

- C**onnexio & methodus dicendorum. §. I.
- C**ausa tot controversiarum in doctrina de juramento in litem. §. II.
- D**atur solum juramentum in litem affectionis, non veritatis. Id quod ex singulis legibus tit. de in litem jurando ostenditur. §. III. IV. V.
- R**espondetur illis, qui omne juramentum affectionis negant. §. VI.
- J**uramentum in litem est vel regulare quod semper est de pretio affectionis, vel irregulare, quod est de rebus incorporalibus, quorum nec pretium veritatis est; hoc pertinet l. 7. si seruit. vind. & l. 10. de in lit. jur. §. VII.
- N**eglectus hujus distinctionis doctoribus ansam dedit erronea statuendi, quasi in casu culpa juretur de pretio affectionis. §. VIII.
- C**ompendium doctrinae de juramento in litem extat in l. 68. de R. V. ex qua certa propositiones formantur. §. IX.
- I.** Locum habet si quis restituere justus sit. Restituere hic tam late accipitur, ut idem sit quod tradere. §. X.
- II.** Si quis rem, quam possidet restituere detrectat ea manu militari est auferenda. Quod etiam pro-
- cedit ubi rei tradenda est in actione personali. §. XI.
- III.** Si quis rem non potest restituere dolo juratur in litem. Sub dolo etiam comprehenditur lata culpa. §. XII.
- IV.** Si culpa, condemnatur quanti res est a judice aestimata absque juramento actoris. §. XIII.
- O**pponitur ex l. 5. §. 4. de in lit. jur. quod iudex absque juramento aestimare non posset, rem, que non extet. §. XIV.
- R**espondetur, hoc assertum falsum esse §. XV.
- E**t vero similiter hic subesse emblemata Triboniani. §. XVI.
- V.** Juramentum hoc in litem locum habet in omnis generis actionibus. Etiam in actione de dolo malo, & quod metus causa. §. XVII.
- (1) In interdicitis. Explicatur l. 15. §. 9. quod vi aut clam. §. XVIII.
- (2) In actionibus in rem. §. XIX.
- (3) In actionibus in personam, tam illis, quibus res nostra nobis reddi debet, ut in deposito, commodato, locato. §. XX.
- Q**uam ubi rei dominium vel usus in nos est transferendus, ut in Emptione. Dubia contra hanc sententiam. §. XXI.

507.

- Rationes pro ea. §. XXII.  
 Respondetur rationibus dubitandi. §. XXIII.  
 An etiam (4) in iudiciis stricti juris? Rationes pro negativa. §. XXIV.  
 Rationes pro affirmativa. Vera ratio l. 5. §. 4. de in lit. jur. §. XXV.  
 Respondetur rationibus dissentientium. §. XXVI.  
 Explicatur l. 60. §. 1. ud. L. Falcid. §. XXVII.  
 In lege Aquilia non juratur in litem. §. XXVIII.  
 Ratio hujus exceptionis. §. XXIX. XXX.  
 Interim si damnum dans dolose aliis actionibus conveniatur, in litem jurabitur. §. XXXI.  
 Juratur in litem de rebus incorporabilibus, sed juramento irregulari. §. XXXII.  
 An de rebus immobilibus? Non videtur. §. XXXIII.  
 Neque juratur in litem de rebus mobilibus fungibilibus. §. XXXIV.  
 Textus huc pertinentes. §. XXXV.  
 In juramento in litem etiam attenditur affectio extra rem posita. §. XXXVI.  
 Jctos Romanos non semper respexisse ad regulam de pretio affectionis in res fungibiles non cadente, probatur ex eorum doctrina de accessione. §. XXXVII.  
 Regule quod accessorium sequatur naturam principalis, in applicando difficultas. §. XXXVIII.  
 In doctrina de specificatione Tribonianus inepte excerptis Gaium. §. XXXIX.  
 Grotii vero sententia conciliatur cum Jctis Romanis. §. XL.  
 Sententia tam Sabinianorum quam Proculianorum ineptitudo. §. XLI.  
 Insufficiencia tertia & media seu Justinianæ sententiæ. §. XLII.  
 Deciditur ex doctrina hæcenus expressa, regulariter rem debere esse specificantis. §. XLIII.  
 Quid juris, si materia fuerit corpus in quod cadit affectio? §. XLIV.  
 Quidsi specificans speciem venalem haberet. §. XLV.  
 Usus doctrine Romane de specificatione. §. XLVI.  
 De accessione partis ad totum consensus fuit, dominum totius esse etiam Dominum partis. §. XLVII.  
 At circa jus domini prioris in partem dissensus fuit; aliis indistincte ei actionem ad exhibendum concedentibus. §. XLVIII.  
 Aliis distinguentibus inter ferruminationem & plumbaturam. §. XLIX.  
 Ulpianus favet priori sententiæ. §. L.  
 Pomponius ne utro casu actionem ad exhibendum concedit. §. LI.

F s

Cor.

- Conciliationes communes sunt parum probabiles.* §. LII.
- Sententia Pomponii videtur rationalior.* §. LIII.
- Limitatione ea addita, nisi corpus in quod cadit affectio junctum sit alterius tota, & adhuc extet.* §. LIV.
- Durities sententiæ Ulpiani, dominum purpura vestimento in texte agero posse ad exhibendum docentis.* §. LV.
- Doctrinæ de confusione.* §. LVI.
- De commixtione doctrinæ Justiniani est inepto & aliis textibus æquioribus repugnans.* §. LVII.
- Alia specimina stultitiæ Triboniani in hac doctrina. Ulpiani subtilitatis de differentia rei vindicationis & iudicii communi dividundo.* §. LVIII.
- Confusio doctrinæ de tigno juncto ex sententiâ Triboniani orta.* §. LIX.
- Ex mente Veterum ICtorum actio de tigno juncto saltem data fuit de tigno furtivo.* §. LX.
- Contrah. f. edificatorum data fuit actio ad simplicum.* §. LXI.
- De Plantatione sententiæ ICtorum Romanorum subtilis magis, quam practicæ.* §. LXII.
- Subtilitates ICtorum inutiles, nec absque contradictione aliorum de arbore in consinio posita.* §. LXIII.
- De satione res est plana.* §. LXIV.
- Ineptiæ de scriptura.* §. LXV.
- Nullum habentes usum practicum.* §. LXVI.
- De pictura sana dispositio Triboniani, sed cum negligentia conjuncta, quod antinomia recta sit in Pandectis.* §. LXVII.
- Subtilitates Romane hæcenus notate non obligant Interpretes sinceros.* §. LXVIII.
- Nec habent usum in foris Germanicæ.* §. LXIX. imò nec habuerunt in foro Romano. §. LXX.

**Q**UÆ in capitibus præcedentibus a nobis jacta sunt fundamenta, illa partim ex natura rerum & ipsâ doctrinâ morali fuerunt demonstrata & deducta, partim etiam ex doctrinâ juris Romani illustrata. Utinam vero semper & ubique jus Romanum hisce Principiis & fundamentis inhaesisset: Utinam JCTi Romani non frequenter magis ad conceptus quosdam subtiliores, & secundum hodiernum loquendi stylum Metaphysicos respexissent, quam ad actiones humanas, quæ in ipsis tamen obtinent rerum argumentis. Revocabimus itaque sub examen, potiores doctrinas huc pertinentes secundum



secundum principia haecenus exposita, eas partim exinde illustraturi partim correcturi, partim de usu moderno quaedam adjecturi. Cum vero pretium affectionis potissimam sedem habeat in doctrina de juramento in litem, paucis de illo ad initio quaedam annotanda veniunt.

§. II. Sed fere hic statim in limine obruimur infinitis fluctibus, quos interpretum crudum ingenium hic mover. Si enim unquam titulus juris Romani dissensionibus interpretum fuit obscuratus, certe hunc titulum merito huc referendum esse arbitror, ita fere nulla propositio est, quae non inepta quorundam expositione fuerit in dubium vocata. Et quid mirum? cum interpretes officium boni interpretis negligentes magis ad conceptus quosdam subtili ingenio excogitatos quam ad rem ipsam respexerint.

§. III. Tralatitium est, juramentum in litem duplex esse, aliud affectionis aliud veritatis. Illud vocant, quando res aestimatur per juramentum non quanti revera est, sed quanti valet ex singulari affectione Domini: hoc vero quando res aestimatur ex veritate. Et haec est communis Interpretum, Pragmaticorum praesertim, opinio, judice Hunnio de rerum aestimat; Sect. 2. qu. 2. Sed sicuti jam Faber infinitos errores Pragmaticorum annotavit: ita me crimen nullum admitturum puto, si & hanc distinctionem canonisatam licet tot interpretum autoritate, iisdem erroribus involutam esse existimem. Quamquam enim juramentum in litem affectionis fundatum in jure esse haud dubitem juramentum tamen veritatis ad praedicata Hippocentauri referri utique meretur, h. e. quod non sit in rerum natura. §. 1. de inutil. stipul. Et quid opus esset juramento veritatis, cum in iis casibus, ubi de vero pretio praestando agitur, iudex ipse aestimat, actor plane non juret, id quod jam textibus juris Civilis liquidum reddere necesse est. Initio ex l. 1. ff. de in lit. jurand. constat, jusjurandum in litem unice ab Ulpiano definiti, ex eo, quando excontumacialis aestimatur ultra rei pretium, quod fit, ubi ob affectionem aestimatio crescit. Et Paulus in l. subseq. §. 1. od. id ipsum evidentius declarat: Duas enim ibi propositiones format: Prima est: *Interdum quod interfit agentis: solum aestimatur.* Quomodo, & a quo? Non per juramentum, id enim verba sequentia

tia non admittunt, nec doctrina communis Juratorum, qui quoties culpa non restituitur res, æstimationem iudicio relinquunt, uti mox dicemus. Ergo, ubi solum interessè æstimatur, juramentum cessat: Hinc ex adverso opponitur altera propositio: *Cum vero dolus aut contumacis non restituentis punitur, æstimatio fit, quantum in litem juravit actor.* Et hoc demum est juramentum in litem. Sed progrediamur ad reliquas leges hujus tituli. In l. 3. Ulpianus negat referri posse jusjurandum in litem ob nummos depositos, cum certa sit nummorum æstimatio, & præterea affectionem non recipiant. Idem tamen asserit, posse deferri juramentum, si quis jurare velit de eo, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse, veluti, si sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est. Hic igitur forsân inquis, juramentum in litem veritatis erit? Imo forsân non erit: Non enim Ulpianus dicit deferri hoc in casu juramentum in litem de quo tamen casu nobis unice sermo est. Alioquin enim omnia iuramenta judicialia & necessaria huc referre posses, ubi iidem veritas rei asseritur, id quod tamen hætenus memini, ut puto, unquam in mentem venit. Jurat hoc casu actor sibi tamen abesse, & sic de fundamento suæ assertionis, quod alias probare in iudicio debebat, per juramentum iudici fidem facit. At hoc non est juramentum in litem.

§. IV. Idem Ulpianus in l. 4. *pr. eod.* negat, tutores esse cogendos ad subeundum hocce juramentum. At quare intelligit (sine dubio affectionis. Id enim evincunt verba sequentia: *Grave enim videbatur & ignorantibus affectionem, quam pater pupillorum erga rem habuit, & pupilli habere possunt, & invito tutore sub alieni compendii emolumentum dum ultra verum rei pretium ob affectionem æstimatio crescere debet, etiam perjurium anceps subire, si forsân non tantum erga rem affectionem habuerit pater pupillorum, quanti jurasset.* Et ne forsân dubium aliquod superlit, concludit hanc legem §. *ult.* Ulpianus hisce verbis sententiam nostram apprime firmitibus: *Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum constat, sed æstimationem a iudice faciendum;* Id quod etiam Marcianus suo approbat calculo in l. 5. §. 3. *eod.* inquis: *Sed in his omnibus ob do-*  
lunt

569.

*lum solum in litem juratur non vero ob culpam hanc enim iudex aestimat*  
 Equidem in §. seq. 4. hæc assertio videtur esse limitata, & exemplum  
 juramenti veritatis positum, ad quod etiam interpretes incaute pro-  
 vocare solent, dum ratio a JCro ponitur, cur in actionibus stricti ju-  
 ris aliquando in litem juretur, quia sc. iudex non possit aestimare  
 rem, quæ non extat sine relatione juramenti. Iudex enim de veri-  
 tatis pretio aestimat. Si ergo iudex ad hoc inveniendum juramen-  
 tum in litem defert, dabitur utique juramentum in litem veritatis.  
 Sed ad hoc dubium infra, commodior respondendi locus erit. §. 14.  
 Ergo adesse jubemus Marcellum in l. 8. eod. qui aperte a nostris stat  
 partibus. Exemplum ibi affert de Tutore rem adulti, quam possi-  
 det, restituere recusante, quæritur itaque utrum *quanti res est*, an  
*quanti in litem juratum fuerit* condemnari debeat? Respondebat, non  
 æquum esse pretio (vero nimirum) *litem aestimari* sc. a iudice *cum &*  
*contumacia punienda sit*. Et Marcellum in verbis, ubi negat, *pretio li-*  
*tem esse aestimandum*, non respexisse ad juramentum in litem, sed ad  
 taxationem iudicis, patet ex oppositione verborum sequentium;  
*arbitrio potius Domini rei pretium statuendum esse potestate petitori in litem*  
*juranti concessa*, quam ipsius iudicis, secundum veritatem litem æsti-  
 mantis absque ullo petitoris juramento.

§. V. Quid vero Javolenus in l. 9. eod? Ille tantum sollicitus  
 est, ut formulam jurisjurandi in litem in materia conditionis furti-  
 væ explicet, ut sc. dum actor affectionem suam jurejurando in li-  
 tem exprimere velit, & vero in formula conditionis videat, se jura-  
 re debere, *tanti* rem fuisse, non hæset ac cogitet in jurejurando  
 in litem jurari de tali summa, qua *pluris* rem aestimatio jurans, quam  
*quanti* res communiter vendebatur. Responder enim Javolenus:  
 Quod res *pluris* est, utique *tanti* est, sc. ex affectione ejus, cui res  
 furto est ablata. Forfan Callistratus in l. 10. eod. dissentientibus ali-  
 quod patrocinium offeret? sed leve erit, si examinetur accuratius.  
 Quæstio ibi solvitur de instrumentis non exhibitis, actorique per-  
 mittitur in litem jurare, *quanti* sua interest, ea proferri, ut tanti con-  
 demnetur reus. Ergo inquis, habebimus juramentum in litem,  
 ubi pretium veritatis attenditur. Minime vero. Nam lex de nullo  
 pretio loquitur. Instrumenta enim quæ merx non sunt, nec pre-  
 tium

tium affectionis habent, nec verum pretium. Ergo ex natura rei non poterit aliter res æstimari, quam quanti interest. Denique agmen claudat Paulus in l. f. eod. qui evidentius firmat nostram hypothefin dicendo: *De perjurio ejus, qui ex necessitate juris in litem juravit, queri facile non solere.* Si de vero pretio juraretur facile possit de perjurio quæri, quia facile posset ostendi, tanti rem non fuisse. At cum juretur de affectione, quis me facile convincet, me falso jurasse. Nec nova hæc opinio est de solo juramento affectionis, cum jam dudum Wissenbach. & Huber. ad ff. b. t. hanc eandem fovisse constet.

§. VI. Fortius vero contra nos pugnare videntur Marcus Lyclama in comm. de incund. rei debite æstimat. ad l. 27. de R. Cred. n. ut. & Joh. Corasius 6. Miscell. 1. Qui omne juramentum affectionis negant, & unicum solummodo juramentum veritatis stabilire conantur. Verum ex hæctenus dictis tela eorum facile rumpi & repelli poterunt. Putridum enim fundamentum est, quod petitur ex l. 63. pr. ff. ad L. Falcid. ubi Paulus, (qui tamen, ut ex anteced. §. §. constat. tam perspicue pro juramento in litem affectionis pugnat,) ita: *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.* Exinde colligere volunt: Ergo non datur juramentum in litem affectionis. Quid vero inde aliud evincitur, quam quod, ut a. i. jam prælibavimus, in civitate rarius, & non nisi ex necessitate, imo extra ordinem recurratur ad pretium affectionis, ordinarie vero respiciatur ad pretium legitimum. Quis autem hoc negat? Regula non excludit exceptiones. Porro, dicunt, in operis servorum æstimandis negat Ulpin. in l. f. ff. de oper. serv. æstimationem haberi voluptatis vel affectionis, veluti, si dilexerit servum dominus, aut in pretio habuerit. Ergo &c. At vero hic non agitur de dolosa denegatione restitutionis, ubi juramentum in litem affectionis demum locum habet. Termini etiam habiles in omni casu supponendi sunt Neque huc commode applicari potest l. 1. §. 15. ff. si quid in fraud. patron. ubi patronus non auditur revocare volens rem justo pretio a liberto venditam, propterea quod dicat rem quidem justo pretio venisse, verum tamen hoc interesse sua non esse venundatam, inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, inquam habet patronus affectionem

nem vel opportunitatis, vel vincinitatis, vel ceceli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti: Responder enim ipse Ulpianus, hic non agi de restitutione rei dolose denegata, ne quidem fraudem in hoc casu, ubi iusto pretio res vendita est, concipi posse, cum demum dum fraus subesse credatur, si damnum pecuniarium subsit, id quod tamen cessat, quae iusto pretio res venit *Adl. 33. ff. ad L. Aquil.* infra commodius respondebimus, disquisituri, cur in *L. Aquil.* non juretur in litem. Ceterum, qui ulterius dicti Authores formant argumenta contra juramentum in litem affectionis, ea partim petunt id quod est in principio, veluti, quod nusquam legatur, ex affectione sola aestimationem rei crescere, item quod juramentum in litem deferatur ratione ejus, quod pecuniariter actoris interest, damnum autem pecuniarium in affectione non consistere: Partim vero ad ea jam supra §. 3. & 5. responsum, sc. *ad l. nummis 3. §. 1. in instrumentis 10. ff. de in lit. jurand.* partim etiam aperte falsa sunt, veluti, quod alioquin duo specialia circa eandem rem concurrant, sc. ut actor constituatur iudex, & testis in propria causa, & simul juret de propria affectione, nam hoc non inconveniens esse, in jure nostro apparet ex §. 5. *J. de adopt.* ubi duplex fictio concurrit. vid. Huber. *in posit. ad J. cit. tit. §. 8.* Denique duo reliqua argumenta minus ponderis habent. Si enim inferunt, ex contumacia crescit aestimatio, non crescit ex affectione. Negamus enim consequentiam, cum ejusdem rei plures possunt esse causae. Crescit aestimatio ex contumacia, h. e. dolus rei causa est cur juretur in litem, & tamen simul crescit ex affectione h. e. actor jurans jurat de affectione sua, quae pluris est, quam pretium vulgare. Et illud oppido falsum est, quod jurare ultra veritatem ex affectione sit pejerare. Naturam perjurii & juramenti in litem affectionis sine dubio non intellexit Corasius, cum haec scripserit. Reliqua huc pertinentia vid. apud Hunnium *de rerum aestimatione S. 2. quest. 2.*

§. VII. Ut vero mentem nostram, quam de juramento in litem in §. 4. explicando leges singulas, dedimus, explicemus, dedere illae leges occasionem inquirendi, qua ratione commodius jusjurandum in litem dividi possit. Et tum rei natura tum consensus. Legum

G

gum

gum Romanarum nos eo deduxit, ut asseramus, iusiurandum in litem rectius dividi posse in *regulare* & *irregulare*: illud vocamus, quod præstatur de rebus, quarum pretium est, & quæ mercium vicem possunt sustinere in emtione, venditione. Atque hoc semper affectionis est, quia tales res supponit, in quas cadit affectio. Iuramentum vero in litem irregulare vocamus, quod præstatur de rebus quæ mercium nomine non veniunt, ut sunt res incorporales, iura, servitutes, & quæ in facto consistunt, ut exhibitio inventarii, harum rerum proprie non est pretium, multo minus aliquod pretium affectionis, nec sunt obiectum emtionis venditionis ordinarium unde hic iuratur necessario, quanti interest. Et sic facilius forsitan iam intelligi potest l. 7. ff. si servit. vindic. Ubi, si non præstetur in actione confessoria, quod præstandum erat, neque caveatur, tanti reus condemnandus quanti actor in litem iuraverit. Quis vero dixerit, hoc casu adesse pretium veritatis? Similiter ratione instrumentorum non exhibitorum permittitur actori iurare in litem, quanti sua interest, ea proferri l. 10. ff. de in lit. iur. Quamvis itaque hoc casu dolose denegetur exhibitio, non tamen regulare iuramentum in litem præstari potest, ob deficiens obiectum affectionis, sed quanti alterius interest.

§. VIII. Hanc distinctionem dum neglexerunt Doctores, in crassum inciderunt errorem, ut putaverint, hoc in casu adesse iuramentum veritatis, quod semper locum habeat, si culpa res non possit restitui, cum tamen in casu culpæ plane non iuretur, sed ipse iudex rem taxet. Quid vero, si ex hypothesi communi in illis casibus, ubi irregulare locum habet, non possit adesse iuramentum veritatis, cum circumstantiæ casuum ibi propositorum indicent, non de culpa, sed potius de dolo agi. At de dolo non præstatur veritatis, sed affectionis iuramentum, etiam ex communi hypothesi.

§. IX. Summarium porro totius doctrinæ de iure iurando in litem Ulpianus proposuit in l. 68. de R. Vind. Sed utinam prudentius Tribonianus in compilandis legibus versatus fuisset, & leges suo loco non alieno, ut hic, proposuisset. Certe, quia in hac lege compendium totius doctrinæ, de qua nunc agimus, continetur, non ad titulum de rei vindicatione, ubi tantum incidenter de iuramento in litem

rem

tem agitur, sed potius ad titulum, ubi ex professo de juramento in litem tractatur, referri debuisset. Et si providentia Triboniana non nimis hic obdormivisset, providentiores quoque forsân fuissent Dd. in themate hoc tractando, & ex hac, tanquam fundamentali propositione, omnes reliquas leges explicassent, nec ita dissensiones multiplicassent. Age igitur, resolvamus textum in certis propositiones.

§. V. Locum (1) habet juramentum huc, *ubi quis restituere jussus est*. Ita enim Ulpianus *qui restituere jussus*, & in *f. ex quibus arbitrato judicis quid restituitur*. Restituere autem non solum denotat id, quod reus facere debet in actionibus realibus, sed quod præstare debet in actionibus personalibus, non solum, ubi rem meam peto, sed & mihi debitam, cujus possessionem nondum habui, uti restituere idem sit, ac tradere. Unde dantur restitutoria interdicta bonorum possessori ad restitutionem, h. e. traditionem eorum, quæ quis pro herede, aut pro possessore possidet. §. 1. *f. de interd.* Et Cajus in *l. 22. de V. S.* restituere, in genere dicit, esse possessorem facere. Qui solvere & præstare hominem certum ex stipulatione debuit, dicitur restituere in *l. 82. in f. de O. V.* Restituere pro solvere usurpatur in *l. 8. f. C. de act. E. V.* vinum, quod ex emto tradi debuit, restituendum esse dicitur in *l. 12. C. eod.* Si quid servo distracto donatum fuerit, hoc quoque restituendum esse emtori, dicit Ulp. in *l. 13. §. 18. ff. eod.* item ibid: *Quod ex operis servus præstitit. venditori, emtori restituendum est.* conf. *l. 6. C. unde vi. l. 14. §. ult. ff. de servo. corrupt.*

§. XI. Altera propositio est; *Si quis rem debet restituere siquidem eam habeat, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur.* Id quod etiam asseritur in *l. 36. ff. de liber. caus.* ubi Papin. ita: *Dominus qui obtinuit, (sc. rei vindicatione) si velit servum suum abducere, litis estimationem pro eo accipere non cogetur.* Atque hoc non tantum locum habet in actionibus realibus, sed etiam in personalibus, cum nunquam in alterius arbitrio sit, an velit rem mihi debitam præstare sed præcisè eam tradere tenetur, id quod *cap. antec.* exemplo emtionis venditionis fufius declaratum. Dum enim jus venditori, præcisam necessitatem tradendi rem ex contractu debitum, imponit, sine

dubio etiam remedia creditori suggerit, quibus ab invito res auferri possit, id quod fit per manum militarem, h. e. per eos qui, ad exequendam Judicis sententiam semper promti & parati esse debent. vid. l. 3. ff. ne vis fiat.

§. XII. Tertia propositio est: *Si non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, in quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est.* Hic ergo sine dubio intelligitur juramentum affectionis, quod nec communiter diffidentur Dd. tum, quia dolus hic concurrat, tum, quia ea ratione contumacia alterius punienda est, ut dicitur in l. 8. ff. de in lit. jur. Idem JCrus in l. 4. §. 2. ff. de in lit. jurand. id ulterius confirmat, arbitrium tamen jurantis quodammodo restringens, ita, ut aliquando iudex ex iustis causis iurijurando modum perficere possit, ut intra certam quantitatem jurerat, ne arrepta occasione in immensum juretur, conf. l. 5. §. 1. ff. eod. Cum vero sub dolo per interpretationem Juris etiam contineatur culpa lata, uti jam dictum est §. 17. c. antec. in iis videlicet casibus, ubi de damno resarciendo & interesse privato agitur, Struv. Ex. 19. th. 21. ita etiam hic culpa lata non excluditur. Lauterb. tit. de in lit. jurand. Neque hac de re dubitandum amplius, postquam Imperator Antoninus in l. 2. C. de in lit. jurand. hoc disertis definit verbis, inquit: *Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus hereditate convincitur, omnia jurandi facultate, iudex de veritate cognoscet, quae etiam argumentis liquidis investigari potest.* conf. Hunn. de aestimat. rer. Sect. 2. qv. 6.

§. XIII. Quarta propositio est: *Si non potest restituere, nec dolo facit, quo minus possit, non plurius quam quanti res est, i. e. quanti adversario inter fuit condemnandus est.* Quomodo vero id ipsum, quanti res est aestimetur, diximus jam sub §. 3. & 4. nempe, ipsius iudicis definitioni & taxationi rem committi non vero ullum jusjurandum adversario imponi, id quod textus ibi allegati evidentissime probant. Probat id ipsum ulterius Antoninus in cit. l. 2. C. de in lit. Jur. ubi diserte asseritur, si neque dolus, neque culpa lata alicui imputari possint, quo minus restituat, h. e. ut nequidem possit jusjurandum deferre, si vel maxime velit. Declarationis ulterioris gratia huc etiam referri possit



posset *l. 71. ff. de R. V.* ubi actoris, si possessor dolose alienaverit rem, electioni conceditur a velit jurare, h. e. juramentum affectionis præstare, an vero omisso juramento, quanti res sit, petere, ubi mos ei gerendus est. Necessario inde concludo, quod saltem ibi jurari possit, ubi de affectione juratur, non vero ubi veritas tantum inspicitur. Ibi enim solus æstimat iudex. *l. 4. §. 4. l. 5. §. 3. ff. de in lit. jur.*

§. XIV. Verum enim vero hic facile prævideo dissentientes, ultimam illam propositionem Ulpianeam, prout a nobis explicata est, concoquere non posse, dum exinde conclusionem formavimus hanc, quod non detur juramentum in litera veritatis. Producent enim *l. 5. §. ult. ff. de in litem. jur.* ubi Marcianus in loquitur: *plane interdum & actione stricti iudicii in litem jurandum est, veluti si promissor Stichum moram fecerit, & Stichus decesserit, quia iudex æstimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quæ non extat.* Ex quo inferunt, quia semper supponi debet in materia juramenti in litem rem non extare (quodsi enim extet iudex manu militari rem auferret secundum propositionem secundum Ulpianeam *d. l. 68. vid. §. 11.*) ergo iudex nunquam ipse æstimare, sed semper juramentum, etiam hoc casu, ubi per culpam restitui nequit, deferre debet, quod aduocare aliud esse nequit quam juramentum in litem veritatis.

§. XV. Sed respondemus, rationem istam Marciani esse inceptam, quia contradicit Ulpiano in *l. 4. §. 4. eod.* ubi docet, iudicem debere æstimare, si res culpa non extet, imo sibi ipsi in eadem *l. 5. §. 3.* ubi idem inculcat, quod Ulpianus dixerat. Si enim eo demum casu, quo res per culpam non potest restitui, & sic non extat, quanti vera res est, æstimatur, & hæc æstimatio per ipsum iudicem tunc fit quomodo absque fuga contradictionis potest dici iudicem non posse sine relatione jurisjurandi æstimare rem, quæ non extat? Deinde hæc ratione repugnat naturæ ipsius rei: Nonne enim potuerit iudex æstimare ipsam rem, quæ non extat, veluti, per testes qui illam viderint, antequam periret? facile enim erunt, qui rem vel apud dominum vel apud ipsum possessorem viderunt. Nonne ipse poterit iudicare de rei pretio, si res post litem contestatam de-

num perditâ fuerit? fiebat enim olim vindicatio in repræsenti, h. e. ante litis contestationem res ducebatur in forum coram Pratore, Conf. *Cic. in orat. pro Mur. c. 11.*

§. XVI. Quid itaque de Marciano tandem fiet? vel dicendum, ipsum somniasse, dum hanc rationem sibi ipsi repugnantem poneret, vel quod probabilius, (quis enim de homine prudente præsumeret ipsum in uno contextum sibi ipsi contradixisse) ad Triboniani emblemata hanc rationem referendam esse. Quis enim ignorat, ejusmodi emblematis totum jus nostrum referunt, imo potius corruptum esse, ita ut jam integrum librum de ejusmodi interpolationibus Tribonianeis conscripserit Wissenbachius. Neque vero, hæc assertio conjectura destituitur, sapit enim ratio ibi posita egregie ingenium Triboniani, qui non satis perspicendo JCTorum veterum mentem, sæpius sua interpolatione hallucinatus est: Indicare quoque hoc ipsum verba legis videntur, vix enim invenies apud JCTos veteres, ut voce *actionis stricti judicii* usu fuerint, quin ubique stricti juris actio vel negotium deprehendatur. Veram autem rationem legis dabimus infra, ubi de stricti juris negotiis, quatenus ibi juramentum in litem locum habeat, agendum erit.

§. XVII. Quinta & ultima propositio ex l. 68. de R. V. hæc est: *Hæc sententia generalis est, & ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato judicis quid restituitur, locum habet.* Et ne careat hæc assertio exemplo, statim producamus Paulum, qui in l. 18. pr. ff. de dolo malo de actione de dolo malo, & quod metus causa, ubi arbitrio judicis restitutio fit, ita loquitur: *Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, & nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est. Ideo autem & hic, & in metus causa actione certa quantitas non adficitur; ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit.* Sed officio judicis debet in utraque actione, taxatione jurjurandum refrænnari. Dubia, quæ hic movet Anton. Faber resolvit Hunnius de æstimat. Sect. 2. qu. 13. sed videamus de singulis.

§. XVIII. Locum (1) habet in interdictis, cum enim ibi quoque agatur de restitutione possessionis, non dubium, quin etiam

etiam hic iuramentum in litem locum habere possit. Illustrat suam propositionem ipse Ulpian. in l. 15. §. 9. ff. quod vi aut clam. ita: Sed quod inter fuit, aut per iurjurandum, quod in litem actor iuraverit, aut si jurare non possit, iudicis officio aestimandum est. Sed dici poterit, hic tantum interesse præstatur, & vel officio iudicis, vel iurjurando determinatur. At vero aestimatio affectionis, ab aestimatione ejus, quod interest longe differt. Largior certe, hoc argumentum utique aliquid in recessu habere, ut non mirandum sit, quare summus Ictus Anton. Faber ad errores Pragmaticorum hanc sententiam re- tulerit in *Error. Pragm. Dec. 18. Err. 7.* Interim tamen uterque Ulpiani textus contrarium asserit, & jam patet, quam difficile sit hunc nodum solvendi, si negligatur distinctio supra a nobis tradita inter iuramentum in litem regulare, & irregulare. Nam, cum hic talis res vertatur, cujus pretium proprie non est, hic locum quidem habet iuramentum in litem, sed irregulare, quanti scilicet interest. Et hoc modo jam sine omni difficultate responderi potest Fabro, & ejus dubiis satisfieri, quod minus feliciter præstitit Hunnius & aestimatione rerum. *Sect. 7. qu. 9.* ubi quidem dicit, id quod interest, & quanti in litem juratum est, esse diversa, non vero contraria, sed non ostendit, in quonam diversitas illa consistat, quia ex errore communi hanc distinctionem a nobis traditam, in re ipsa tamen fundatam, in super habuit.

§. XIX. Deinde locum obrinet hoc iuramentum in litem secundum ultimam Ulpiani propositionem, in actionibus in rem, seu realibus. Nam forsitan, nemo dubitabit ibi de restituendo agi, conf. l. 5. pr. ff. de in lit. iur. Accedit & illa ratio, quæ etiam & a Ictis veteribus in LL. & a Dd. quoad iuramentum in litem regulare dari solet, quod invitum nemo debeat cogi ad dominium suum in alteram transferendum. Provocat ad hanc ipsam Pomponius in l. 70. de R. V. quam Tribonianus l. 68. subiecit, ut ita ad illam quoque pertineat. Apertius hanc subsistit Paulus in l. 9. ff. de act. rer. amot. ubi quæstio de muliere res amotas reddere recusante, vertitur, & aestimatio, quanti vir in litem iuraverit, fieri debere asseritur, subiuncta hac ratione: *Non enim æquum est, invitum suo pretio res suas vende-*

70. Idem in l. 25. §. 1. ff. solut. matrim. ad hanc provocat si maritus dolo malo fecerit, quo minus restituere possit dotem, & sic damnandus sit quanti in litem mulier juraverit, quia inquit: *inviis nobis res nostras alius retinere non debet.* Cum itaque & actio hypothecaria ad actiones in rem referri debeat, hinc non mirandum, quare Marcianus in l. 16. §. 3. ff. de pign. hic quoque juramentum in litem admiserit. Ita enim ille: *Sin vero (is quocum creditori res est:) dolo quidem desit possidere, summa autem ope nusus, non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit, sicut in ceteris in rem actionibus.* conf. Huan. cit. l. qu. 7. Ubi tamen rursus illud monendum, aliquando tantum locum habere juramentum in litem regulare, uti in l. 7. ff. si servit. vind. de quo actum supra §. 7.

§. XX. Denique locum habet in actionibus in personam, quibus res restitui jubetur. Tales vero sunt, vel quibus res a nobis profecta nobis reddi debet, vel quibus rei certæ possessio, vel usus, vel dominium in nos transferri, & sic restitui debet. Tam late enim patet vocem restitutionis ut supra §. 19. dictum est. Prioris exempla plura in nostro jure occurrunt. Sic in deposito jurari in litem diserte fatetur Ulpian. in l. 1. §. 26. de pos. scilicet in directa actione, inquit idem in l. 5. pr. eod. ibi. *de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus qui depositum suscepit.* In actione locati idem juris esse patet ex l. 48. §. 1. ff. locat. De actione commodati idem Ulpian. in l. 3. §. 2. ff. commod. ita loquitur: *in hac actione, sicuti in ceteris b. f. judicii similiter in litem jurabitur.* Idem de actione tutelæ hoc asserit in l. 9. pr. ff. de admin. tut. conf. l. 8. ff. de in lit. jur. Ratio hinc in casibus eadem est, quæ modo in §. 18. allegata est.

§. XXI. Posterioris exemplum potissimum occurrit in Emptione venditione, sed hic revera est pomum Eridos neque dissentendum, multa dubia circa hanc occurrere, adeo, ut non mirandum sit, plures contrariis stare partibus, unde negativam hic tuentur. Struv. Ex 17. th. 54. Franck. ad ff. b. t. Bachov. ad Treutl. vol. 1. diff. 21. th. 12. lit. a. Perez. in C. b. n. 4. Anton. Faber. dec. 17. error. 9. Hunnius cit. l. qu. 11. & plures alii. Rationes vero dubitandi in hisce

see potissimum consistunt. (1) quod in l. 4. C. de Act. E. V. expresse dicatur, *si traditio rei vendita juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emtionem arbitratus fueri: praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* (2) quod nullibi dicatur, quod in hac actione jurari possit in litem. Equidem Lauterb. tit. ff. de in lit. jur. plures hic conglomerat textus, unde affirmativam sustinere contendit, sed tamen inde nihil legitime inferri potest. Nam in l. 8. § 12. C. de act. E. V. quidem interesse adjudicatur, sed de juramento in litem nihil ibidem disponitur. l. 13. §. 15. ff. eod. plane nihil de hoc juramento habet. Idem dicendum de reliquis, uti evolventi hos textus apparebit. (3) Quia hic nihil proprie restituitur, agitur enim in hac actione vel ad dandum, vel ad usucipiendi conditionem transferendam, ut sc. rem venditam habere liceat, at vero juramentum in litem tunc demum locum habet, ubi agitur de re nostra restituenda l. 68. ff. de R. V. (4) Quia nullibi etiam ratio juramenti in litem in legibus datur, quod sc. invito alteri aliud pro alio solvi nequeat, sed illa solum extat ratio, quod nemo teneatur rem suam invito alteri vendere. vid. §. 19. quæ tamen huc applicari non potest. (5) Quia tum demum in litem juratur, ubi res æstimanda est. At in emtione venditione res emta jam satis abipsis contrahentibus est æstimata. (6) Quod actio emti natura sua detur ad interesse, quo casu non pars, sed judex interesse æstimat. cit. l. 4. ;

§. XXII. Verum hæc me non movent, quo minus a negativa recedam sententia. Etenim (1) eadem est ratio regulæ: *Quod creditori invito aliud pro alio solvi non possit, quam regulæ, quod nemo invito ad rem suam vendendam cogi possit.* Subest eadem æquitas, utraque ex eodem principio fluit, iisdem limitationibus constat, ceu cap. antec. ad oculos demonstratum est, cur ergo diversa hic esse deberet dispositio? (2) In genere asseritur in l. 68. de R. V. quod in omnibus actionibus, ubi quid restituendum, locum habere debeat hoc juramentum. Jam vox *restitutionis* etiam prædicatur de iis, quæ præstari debent ex contractu emtionis venditionis. vid. sup. §. 10. (3) Quia in l. 5. pr. ff. de in lit. jur. in genere dicitur, quod in b. f. iudiciis in litem juretur, ubi sc. arbitrium judicis æquitati fundatum

dominatur. Et sane graviter peccasset Marcianus, si hanc notabilem exceptionem, ut emtio venditio excipi debeat, non expressisset. Ea enim quæ notabilia sunt, a Ictis nunquam negligi solent. *l. 15. §. 6. ff. de injur.* (4) accedit, quod etiam in strict. iur. negotiis locum habeat, si agatur de corporis, ut mox dicemus, quidni ergo in emtione, ubi iudex ex æquo & bono potest adiudicare. Atque huic sententiæ accedunt Faber *de in lit. jur. th. 64.* Lauterb. *Ex. 23. concl. 20.*

§. XXIII. Ex his itaque iam sine omni difficultate satisfieri potest dubiis, supra §. 21. factis. Potissimum dubium dissentientium consistit in *l. 4. C. de act. E. V.* ad quam tamen varie responderi potest. Illa enim agit de eo casu, ubi adhuc extat res vendita, sed alter eandem iuxta conventionis terminos tradere recusat, alter vero pro re eligit petitionem interesse, id quod facere utique potest. *l. 4. ff. de R. V.* nam in casu rei extantis nequidem in litem iurari potest. Unde merito rejiciendum, quod Wissenb. ex hoc textu colligit quasi venditor non præcisè teneatur ad rem tradendam, sed quod præstando interesse liberetur, quem errorem *cap. antec.* satis superque refutavimus; vel dici potest, legem agere de re immobili vendita, ubi non procedit iuramentum in litem quod ex mox dicendis liquidum reddemus. Imo quodsi dicamus *d. l. 4.* loqui de condemnatione ex iuramento affectionis facienda? Etsi enim mentionem faciat, quanti interst, hæc tamen phrasis non semper excludit affectionem sed aliquando includit, ut in *l. 18. pr. de dolo malo.* vid. sub §. 17. idem in *l. 9. ff. de in lit. jur.* vid. sub §. 5. Ratio secunda nullius momenti est: sufficit enim quod in genere dicatur, in b. f. iudiciis in litem iurari. Ad tertiam & quartam iam responsum est in rationibus decidendi §. *præc.* Quinta certe minus obstat. Cum enim res duplex pretium recipiat, (1) verum (2) affectionis, quid obstat, quo minus res æstimata secundum verum pretium, adhuc de novo æstimari possit secundum pretium affectionis? Ultima denique ratio non excludit in casu extraordinarie obveniente iuramentum affectionis.

§. XXIV. Cum vere in lege nostra 68. non distinguatur inter actiones *b. f. & strict. juris*, sed generaliter asseratur, toties locum ha-

habere, quoties quis iustus est rem restituere, nec ob dolum restituere potest. Quæstio hinc oritur, an etiam in stricti Juris judiciis locum habeat iuramentum in litem. Qui negativam defendunt fundant se in *l. 5. pr. ff. de in lit. jur.* ubi dicitur: In actionibus in rem & in ad exhibendum, & in *b. f. judiciis in litem juratur.* Accedit quod in *l. 5. §. 4. eod.* in certo demum casu in actionibus stricti Juris concedatur iuramentum hoc, videlicet si res non extat, *quia iudex,* inquit Marcianus, *æstimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quæ non extat.* Ex quo inferunt, quod regulariter non habeat locum in his actionibus cum exceptio firmet regulam in casibus non exceptis. Imo in *l. 6. eod.* expresse dicitur, *si ex stipulatu vel testamento agatur, non solet jurari in litem.* Et enim contra Javolenus in *l. 6. §. 1. ff. ad L. Falcid.* tanquam indubitatum supponat, posse in actione ex testamento jurari in litem, dum quaerit, an legis Falcidiae ratio, an ejus summa, in quam legatarius juravit, haberi debeat; Diceat tamen dissentientes forte hic subesse antinomiam, vel sententiam Javoleni de suo iuramento veritatis exponent.

§. XXV. Nos vero securius inhaeremus Regulæ Ulpianæ: Ubi contra dolo malo non restituentem juratur in litem, si modo res talis sit quæ affectionem recipiat. Quoties ergo etiam in actionibus stricti juris qui jubetur talem rem restituere, non autem facit, merito iuratur in litem. Et huc iam spectat *l. 5. §. 4. de in lit. jur.* ubi contra promissorem Strichi, cujus mora res interiit, iuramentum in litem conceditur, etiam in actionibus stricti iuris, quamvis non ex spuria illa & sæpius iam improbata ratione quod iudex æstimare sine relatione jurisjurandi non possit rem, quæ non extat, sed quod Strichas talis res sit, in quam cadere potest affectio, adeoque merito iuramentum in litem admittendum erit, ubi propter moram, quæ iuramentum in litem continet vel saltem latem culpam non potest restitui. conf. Hun. *de æstim. rer. Sect. 2. qu. 14.*

§. XXVI. Ut igitur dicamus quod res est, in stricti juris judiciis modo locum habere potest iuramentum in litem, modo non, pro habilitate se, obiecti, quod in hosce contractus deduci potest. In conditione certi ex mutuo locum non habet: habet enim pro se restitutionem rerum fungibilium, in quas nulla cadit affectio. In

conditione certi ex stipulatu, siquidem promissa sit certa res, in quam cadere potest affectio, ut Stichus, locum sine dubio habebit, si vero certa res fungibiles vel incerta, ut factam, quia hæc non recipiunt pretium affectionis, nec juramentum in lit. m. admittetur, sed in obligatione faciendi interesse simpliciter æstimatur, non habito respectu ad aliquod juramentum affectionis, quodsi admitteretur, non hoc, sed irregulare forer, qui factum ordinariæ pretium non recipit, ut ita difficulter a Judice hoc æstimari queat. In actione ex testamento eadem distinctio observetur, prout petitur aliquid v. g. vel pecunia legata, vel corpus.

§. XXVII. Quibus præmissis jam facilis est responsio ad l. 69. §. i. ff. ad L. Falc. quæ alias graviter obtare visa est. Ejus paraphrasis commode hæc esse potest: *Legato petito per actionem ex testamento vel rei vindicationem, cum ab actore in litem juratum est secundum pretium affectionis, ratio Legis Falcidie in computanda massa hereditatis & summæ legatorum, non ejus summæ enormis, inquam legatarius juravit secundum affectionem suam, haberi debet, sed ejus quanti revera id corpus quod petebatur, fuit, quod verum ejus petitum est. Nam id, quod pœne coercenda scilicet contumaciæ heredis causa actori accrevit, cum id heres sibi imputare debeat, in Legem Falcidiam non in idit.*

§. XXVIII. Illud vero adhuc restat excutiendum, cur in L. Aquilia non juretur in litem? diserte enim Paulus in l. 33. pr. ad L. Aquil. ait: *Si servum meum occidisti, non assertiones æstimandas esse puto (veluti, si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum vellet) sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait: pretio rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.* Ex hoc textu quoque hi, qui omne juramentum affectionis negant, præsidium aliquod petere solent, quibus tamen facillime potest satisfieri: Aliud enim est, plane non datur pretium affectionis, aliud, pretii affectionis non habetur ratio in L. Aquil. quod posterius saltem in hac asseritur lege.

§. XXIX. Verum tamen illud non contemnendam parit difficultatem, quoniam in L. Aquil. coercentur & dolus & culpa, cur non, si dolo vel culpa lata damnum datum, iureretur in litem, cum



& hic videantur rationes juramenti in litem supra datae locum habere, quod nemo invitus cogi possit, ut rem suam vendat, quod contumacia & dolus alterius coerceri debeant *l. r. §. ff. de in lit. jur.* subministrat quidem Paulus *in cit. l. 33.* aliquam responsionem, quod in L. Aquil. tantum agatur de damni restitutione, in quo etiam continetur, quod aut consequi possumus, aut erogare cogimur: (unde & formula actionis L. Aquil. erat: quanti res plurimi fuerit §. 9. *J. de L. Aquil.* quae formula spectat ad verum pretium, cuius saltem tempus variat.) Sed tamen illud adhuc superest dubium, cur formula hujus legis tantum de vero pretio fuerit concepta excluso pretio affectionis.

§. XXX. Recurrendum itaque ad illas propositiones supra §. 10. *seqq. ex l. 68. de R. V.* excerptas, ex quibus patet, jurari in litem tunc demum, ubi quis jubetur rem restituere, & dolo fecit, quominus restituere possit. Quia autem in actione L. Aquil. non peto rem mihi restitui, sed tantum damni dati aestimationem, ideo nec iudex jubere potest, ut res restituatur, & sic nec occurrit hic contumacia rem non restituentis, quae coerceri posset juramento in litem.

§. XXXI. Deinde etiamsi supponamus, alterum dolo rem meam corrupisse, siquidem corruptio haec facta fuerit absque possessionis apprehensione, non quadrabit quoque ratio juramenti in litem affectionis supra data, quod invitus nemo rem alteri vendere cogatur, quia damnum dans non intendit rem sibi velle habere, veluti, si per factum lapilli vitrum aliquod a principe mihi donatum fregerit. Quodsi vero rem meam prius vi vel clam abstulerit, vel etiam ex justa causa apud se existentem dolo perdiderit, locum habet rei vindicationi utilis (cum dolo possidere desinens habeatur pro possessore) conditio furtiva, actio commodati, depositi, locati &c. in quibus juramentum in litem etiam obtinet.

§. XXXII. Haecenus in quibus actionibus hoc iuramentum admittatur, evicimus. Quia vero variae res in has actiones deduci possunt, nostra adhuc interest inquirere, in quibus rebus hoc juramentum in litem locum habeat. Equidem in rebus incorporalibus hoc dari jam supra §. 10. & 29. dictum est, ubi notavimus

ex l. 7. ff. si seruit. vind. in confessoria jurati in litem, & simul annotavimus hoc iuramentum tunc esse irregulare. De negatoria obligationis paritatem idem Dd. concedunt. Menoch. l. 1. A. J. Q. qu. 5. n. 21. quamvis sibi ingentem scrupulum, moveant ex eo, quod in illa non agatur de restitutione & exhibitione rei, cum servitus plane alteri negetur. Verum, quia & hic adversarius cavere tenetur de non amplius turbando alterum in libertate, adeoque de restituenda securitate, igitur nisi cautionem hanc praestet, eodem modo, quo in confessoria, iuramentum in litem, quamvis irregulare, obtinebit. Conf. Hillig. ad Donell. lib. 76. c. 8. in not. lit. a.

§. XXXIII. De rebus immobilibus gravior quaestio exurgit, an etiam in his possit locum habere. Equidem Lauterb. iit. de in lit. jurand. aliqui ibi allegati id simpliciter affirmant, quia & in his agatur de restituendo, & illae res quoque affectionem recipiant, adeoque & hic dici possit, dominium non posse invitum cogi ad rem suam vendendam. Verum hanc quaestionem negat Wiffenbach. ad ff. & pro hac sententia pugnat l. 48. §. 1. locati ubi Marcellus tum demum reum damnari, quanti in litem juratum fuerit, asserit, si rem non immobilem non restituar. Neque caret haec sententia ratione, nam mobiles quidem ita transferri vel alienari possunt, ut ignoretur ubi lateant, & sic manu militari auferri non possunt, verum res immobiles ita in occulto esse nequeunt, & hoc casu possessor a Judge agitur, ut rem restituat, adeoque iusjurandum in litem hic est supervacuum. Neque hanc sententiam evertunt Leges a Lauterb. citatae: cum lex 68. de rei vind. nihil de hac quaestione determinet, Marcianus vero in l. 16. §. 1. de pign. non possit intelligi de iuramento in litem regulari, sed potius irregulari, quia ibi sermo est de jure pignoris, & sic de re incorporali rei immobili cohaerente.

§. XXXIV. Vindicat ergo sibi tantum locum in rebus mobilibus & quidem non omnibus, sed in iis tantum, in quas cadere potest affectio, vid. Lauterb. ad ff. de in lit. jurand. p. 192. Hoc quoque illustravit Hunnius de rerum aestimatione sect. 1. qu. 16. his usibus verbis: *Juratur in litem de illis solum rebus quarum aestimatio incerta est, & in quas Domini petitoris probabilius aliquis cadit affectio, quaeque certa specie*  
con.

constant, nec ex quantitate aestimantur. Declarat hoc ulterius de vino, oleo & frumento, & in his contra Zesium negat iuramentum in litem locum habere posse, quod ejus sint naturæ & qualitatis, ut in illas nulla cadat affectio singularis. *Quid enim obsecro, pergit, tua interest, utrum vinum tuum apud alium depositum in specie recipias, an aliud ejusdem tamen qualitatis & quantitatis? Certe nihil. Sed num in vinum, certam poteris habere affectionem juxta quam illud jurejurando aestimes? Nullo modo.*

§. XXXV. Ad hanc doctrinam probandam communiter provocare solent ad *l. 3. ff. de in lit. jur.* ubi negatur nummis depositis iudicem posse in litem iusiurandum deferre, & quidem recte, quia & in pecuniam, tanquam rem fungibilem nulla cadit affectio: verum & alii texus præter illum hoc ipsum liquide ostendunt; Cur enim Marcanus in *l. 5. pr. ff. eod.* tantum facit mentionem iudiciorum *b. f. Cur in §. 4. leg. cit.* specialem casum de stipulatione Stichi excipit? Cur Paulus in *l. 6. eod.* negat ex stipulari vel testamento si agitur, iurari in litem, ratio certe non est alia cur in his *stricti juris* iudiciis non semper locum habeat iuramentum in litem, quam, quod plerumque interveniunt res fungibiles affectionem non recipientes,

§. XXXVI. Denique nec illud omittendum est, quod quidam Dd. pretium affectionis in iuramento in litem ita determinent, ut in ipsa re debeat esse fundatum, eiusque peculiari utilitate, veluti si usus speciali ita sit accommodata, ut usus iste ab aliis similibus expectari non possit, adeoque, non attendatur affectio extra rem posita, v. g. quod a Principe sit donata vid. D. Beier in *expositionibus ad ff. tit. de in lit. Jur. n. 12. seqq.* quo & inclinare videtur Lauterb. *eodem in f.* Verum indistincte in litem iurari posse arbitrator etiam si affectio extra rem sit posita, & satis fundata est hæc assertio in nostro iure. Si minor aestimat rem quod maiorum eius fuisset & inde restitutionem impetrat *l. 35. de min.* Ita ut patronus ius suum in petenda bonorum possessione contra tabulas non aliorum computatione, sed suo iudicio aestimare potest. *Multi enim casus* inquit Javolenus in *l. 36. de bon. libert. intervenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, quamvis aris alieni magnitudo, quam*  
li.

*libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat. Veluti si prædictæ sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus majorum patroni sepulchra sunt & magni æstimat patronus, bonorum possessionis jura pro parte ea ad se pertinere, vel aliquod mancipium, quod non pretio sed affectu sit æstimandum, non ergo ideo minus habere debet jus petende bonorum possessionis, qui animo potius quam aliorum computatione bona liberti æstimat.* Quod vero in actione Faviana, ubi patronus rem justo pretio a liberto venditam revocare intendit, affectio patroni non admittatur per l. 1. §. si quid in fraud. patron. hujus rei supra in §. 6. h. cap. a nobis data est ratio. Videntur vero dissentientes seducti esse per l. 33. ad l. Aquil. cui tamen satisfactum in §. 28. & seqq. Alios textus huc pertinentes resolvimus §. 6. Aut respexerunt dissentientes ad eos, qui ex affectu voluptatis rem æstimant, veluti ab Amasia quadam donatam, quos tamen casus, per ea quæ dicta sunt cap. 1. jamdum removimus. Sicut enim in jure non quilibet metus actionem quod metus causa producit, sed qui cadit in virum constantem l. 5. §. 6. ff. quod met. caus. & a viris bonis, h. e. ambitiosis approbatus est. l. 8. §. 2. eod. ita nec omnis affectionis erga rem in judiciis ratio habetur, sed ejus demum, quæ cadit in virum honestum & gravem.

§. XXXVII. Ita erga hæcenus demonstravimus, jus Romanum quam optime congrue cum natura rerum, & doctrina morali de pretio affectionis, unde & eodem non infeliciter usi sumus in decidendis controversiis intricatissimis de in litem jurando. Verum optandum foret, ut hisce vestigiis semper inhæssissent JCI Romani, & ipse Tribonianus, nec passim ab his principiis in natura rei fundatis recessissent, ex quo non potuit non farrago contradictionum & obscuritatum oriri. Adducamus quædam speciminis loco ex sola doctrina de accessione.

§. XXXVIII. In hac materia regulam hanc pro fundamento ponunt, quod accessorium sequatur naturam sui principalis. Quidam vero sit accessorium, quidnam principale, non æque expeditum est, unde & hic sæpissime JCI fuerunt solliciti, ut in dubio regulas quasdam formarent, ex quibus cognosci possit, quænam res pro principalibus, quænam pro accessoris sint habendæ, & has ipsas, alioquin

valde subtiles magis respexerunt, quam ad naturam rei ejusque usum, aut regulam nostram simplicissimam de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Unde etiam factum est, quod intricatas magis reddiderint quæstiones controversas, & decisiones sæpe formarint absurdissimas & iniquas, quas feliciter forte solemus regula nostra.

§. XXXIX. Occurrit autem primo loco in accessione artificiali specificatio §. cum ex aliena materia. 25. I. de R. D. Ubi statim Tribonianus inertiam suam circa explicationes rerum prodidit, dum ad exempla specificationis refert, si ex spicis frumentum excussum fuerit, & inde decisionem format, quod quia ad spicas reverti non possit, is dominus intelligatur, qui illud excussit. Ostendit itaque, se ne quidem in excerptis Institutionibus Caji prudentiam adhibuisse, integrum enim textum Caji non exseripit, & ita hac incuria fecit ut antinomia quædam inter §. cit. §. 1. 7. §. 7. de A. R. D. exurgat, quæ tamen adhuc facile tolli potest, si textus Institutionum ex digestis suppleatur, quod & necessario fieri debet, si decisionem Triboniani ab omni absurditate liberare velimus. Etsi enim alias in casibus ubi Institutiones Pandectis contradicunt, institutiones tanquam posteriores Pandectis derogent, ut tamen hoc procedat, requiritur intentio in Triboniano derogandi Pandectis, quæ hic non adest, cum negligentia exscribendi sit evidens.

§. XL. Quodsi Grotium de jure B. & P. lib. 2. cap. 8. §. 19. hac de materia consulamus, ille repudiata Sabinianorum & Proculianorum cum ipsius Triboniani sententia, existimat, naturaliter rem communem fieri pro rata ejus, quanti unumquodque est, cum res, si alterius sit materia, alterius species, consent ex re quadam communi, h. e. materia & species tanquam suis partibus. Sed puto Grotium facile cum jure Romano conciliari posse, cum JCI ejus sententiam non videantur absolute negare, sed magis in assertionibus his ad id momentum respiciant, utri nova species esset adjudicanda, si in communi manere nolint, & uter adeo cogatur invitus partem suam alteri vendere, utrum dominus materiæ materiam specificanti, utrum specificans suam speciem Domino materiæ.

§. XLI. Et hic quidem Sabiniani a Proculianis discedebent, sed singuli sāt infeliciter ad regulas metaphysicas in materia morali & civili provocabant. Sabiniani enim dominum ejus esse volebant, qui materiæ dominus fuisset, Proculiani contra ejus, qui formam rei dedisset illi materiam tanquam substantiam rei, adeoque tanquam rem principalem considerabant, cujus accidens demum esset forma; hic e contrario formam ideo pro re principali venditabant, eo quod ex forma judicanda sit essentia rei, cum per eum, qui formam rei dederit, esse ceppisset, quod ante non erat. Imo & ad aliam regulam sæpius ineptam in hac materia prolapsi sunt asserentes in quæstionibus de re principali vel accessoria, pro principali esse habendum sine quo altera res esse non possit. Utraque pars hanc regulam ad favorem suæ sententiæ torquebat, cum nec materia possit esse sine forma, nec forma sine materia, utrobique autem materia sine hac forma, forma sine hac materia.

§. XLII. Ineptius adhuc istam controversiam definit Justinianus distinctione sua, utrum possit res reduci ad pristinum materiam, annon. Ostendit iam Pufendorff. *de I. N. l. 4. c. 7. §. 10.* in plurimis casibus decisionem justiniani esse iniquissimam, veluti, si quis ex alieno metallo opus quoddam artificiosum v. g. horologium confecerit, ubi longe majoris pretii est forma quam materia & sic utrius æquum est specificatori eam relinqui, ut in antiquam & rudem massam redigi queat si modo simile metalum aut ejus pretium restituarur. Sic & decisio de medicamentis a Justiniano, formata bene quidem sese habet si v. g. quis tales materias venales habeat, vel in tanta copia, ut necessitatibus ejus supersint, ubi nulla ratio est, cur non res specificatori sit relinquenda, si pretium materiæ refundat, sed non præcisè ex illa ratione, quod non possit reduci ad pristinam materiam. Nam si forte tam rara sit illa materia, ut aliunde commoda non sit occasio similis materiæ parandæ, æquum putat Pufendorffius domino materiæ speciem illam adjudicari. Eadem iniquitas sine dubio subesseret si quis ex aliena lamina vel metallo novum quoddam instrumentum mathematicum, vel quod inservit physicis demonstrationibus effecerit, & illud secundum hanc decisionem adjudicare vellemus domino materiæ &c.

§. XLIII. Simplicius ergo secundum principia hactenus jacta dicendum, regulariter rem esse debere specificantis, quia ipsa materia, ex quo nova species producitur, per unquam est res fungibilis, in quam nulla cadit affectio. Nullam itaque dominus materiae justam causam habet pretendendi dominum, cum utique perinde ei esse debeat, utrum pretium materiae, vel aliam rem fungibilem ejusdem quantitatis, qualitatis & bonitatis accipiat.

§. XLIV. Cæterum si materia forsitan jam fuerit corpus aliquod arte elaboratum, & alter illud in novam redigerit formam, veluti si ex poculo meo a Principe mihi donato alter fecerit lancem argenteam, dum distinguendum esse arbitror, an specificans dolo id fecerit, an vero culpa: priori casu per jusjurandum in litem affectio illa aestimari posset, non posteriori, quia hic me contentum esse oportet vera poculi mei aestimatione, id quod fuscè ex doctrina de juramento in litem fuit. Nec est quod hic dicas: quia potest reduci ad pristinam materiam, & quia simul dominus materiae affectionem antea in illam rem habuit, æquum est, ut illi etiam nova species adjudicetur. Nam non video, qua ratione Domini materiae affectioni satisfaceret, si alter aut lancem traderet, aut illam rursus ad formam novi poculi redigeret & ita restitueret, non enim idem esset poculum, adeoque nec eadem affectio. In materiam autem ipsam, ex qua poculum a Principe donatum constat, ipsa affectio non cadit.

§. XLV. Quid vero dicendum si specificans novam illam speciem venalem haberet? Certe tum illa quoque haberetur pro re fungibili, cum alienationi esset destinata, secundum ea quæ *cap. 1.* dicta sunt, unde mecum specificans non ligaret de dominio ejus rei, sed sponte mihi eam relinqueret, interim tamen ego non tenerem præcise illam accipere, & ipsi pretium pro labore & artificio solvere, quin potius ipse etiam hoc casu mihi teneretur secundum distinctionem §. *preced.*

§. XLVI. Equidem utrum doctrina Justiniani de specificatione hodie usum in foro habeat, nequidem videntur dubitare Doctores adeo ut qui materiam hanc tractaverint, nihil penitus de praxi ejusdem adjiciant, quamvis alias de usu sententiam suam addere

soleant, uti Hoppius, Schilterus, Struvius, alique quasi nemo de usu hujus doctrinæ jure dubitare posset. Verum neminem tam imprudentem esse existimo, qui secundum ineptam Justiniani distinctionem actiones suas formare & instituire velit, cum nihil inde, vel parum lucri sit consequuturus, quid quod inanis decisio per se in praxi non possit habere usum cum leges Romanæ quidem sint receptæ, quatenus cum rei natura conveniunt, cum id in dubio voluisse censentur Principes nostri, non vero quatenus ineptias nullum plane effectum producentes continent, & cum ipsa rei natura evidentissime pugnant.

§. XLVII. Pergamus ad §. *fit tamen alienam 26. de R. D.* ubi de accessione strictè sic dicta agitur. Hic JCrī sibi formarunt regulam, quod pars cedere debeat toti, & quod illud, quod ornandæ rei gratia factum est, ei rei accedat, quæ ornata est, & hic videtur unanimis consensus fuisse JCrītorum. Ita enim Proculum, ita Servium & Labeonem respondiisse Paulus annotat in *l. 26. §. 1. de A. R. D.* ut scilicet statuæ pes aut manus, Scypho fundus, lecto fulcrum, navitabula, ædificio cæmentum cedant, cum jam cum toto coaluisse videantur. Consentit Ulpianus in *l. cum aurum 19. §. 13. de Auro argendo mund. leg.* & alio loco scilicet in *l. 23. §. 2. de R. V.* ipse Paulus calculum suum adjicit, ubi eadem fere exempla, quæ in *l. 26. de A. R. D.* ex Procūlo, Servio & Labeone retulerat, adducit. Ulpianus vero in *cit. l. 19.* alia quoque addit, ita ut ex ejus sententia gemmæ incluse auro argentove cedant *semper enim inquit cum querimus quid cui cedat illud spectamus, quid ejus rei ordinandæ causa adhibetur, ut accessio cedat principali, cedent igitur gemmæ phtalis vel lancibus incluse auro argentove conf. l. 10. eod.* Addit idem Ulpianus in *l. 7. §. 2. ad exhib.* exempla, si phialæ emblemata, vestimento purpura juncta sit, de quo ultimo casu etiam agit Tribonianus *d. §. 26.*

§. XLVIII. Effectus harum decisionum in eo consistit, ut possit dominus rei principalis seu totius rem vindicare etiam a domino partis, seu ejus, cujus res vicem accessorii sustinet, modo huic solvat pretium alioquin alioquin ipsi obstaret exceptio doli *l. 73. §. 4. de R. V. arg. §. 39. de R. D.* Dominus ergo partis seu accessorii totum non potest vindicare, ipsi tamen concessum est, ut possit agere ad sepa-

ratio



rationem actione ad exhibendum, quæ ideo præparatoria actionis rei vindicationis esse perhibetur, quam diu enim accessorium adhuc principali rei cohaeret, extinctum esse videtur, & sic rei vindicatio directa cessat. *erg. §. 26. eod. cit. 23. §. 5. de R. V. l. 6. §. 7. §. 1. §. 2. ff. ad exhibend.*

§. XLIX. Noluit tamen simpliciter hanc sententiam approbare Cassius, quique eum sequitur Paulus in *l. 23. §. 5. de R. V.* sed distinxit inter ferrurationem & plumbaturam, dicit enim *si statuæ suæ ferruratione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi & quod semel alienum factum sit, etiamsi inde obrutum sit, redire ad priorum dominum non posse, non idem in eo, quod ad plumbatum sit, quia ferruratio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit.* Horum verborum sensus videtur esse hic, quod in plumbatura dominus partis majoris non possit vindicare totum a domino partis, sed cogi huic partem exemptam relinquere, posse tamen in ferruratione, adeo ut dominus partis agere ad exhibendum nullo modo queat.

§. L. Nescio tamen, an hanc distinctionem approbaverit Ulpianus, nam in *l. 7. §. 2. ff. ad exhibend.* non distinguit, sed promiscue dari actionem ad exhibendum concedit, sive armario, sive navi alterius tabula mea, vel ansa Scypho junctæ, vel emblemata phialæ, vel purpura vestimento intexta aut brachium statuæ coadunatum. In hisce exemplis partim conjunctio fit per adplumbaturam, ut in prioribus, partim per ferrurationem, ut si statuæ quis coadunaverit brachium, coadunatio enim fit per ferrurationem secundum Paul. in *l. 23. §. 5. de R. V.* Immo si secundum Ulpianum propter purpuram vestimento intextam ad exhibendum agi potest, multo magis, si saltem in statua sit facta coadunatio per ferrurationem.

§. LI. Quod si Pomponium consulamus, hic videtur tertiam fovisse sententiam Ulpianæ plane oppositam. Ulpianus enim concedit ubique tum in ferruratione, tum in applumbatura actionem ad exhibendum, ut separetur, Pomponius vero in *l. 27. pr. ff. de A. R. D.* ita pronuntiat: *Si tuum Scyphum alieno plumbo plumbaveris, alienove argento ferrunaveris, non dubitatur, Scyphum tuum esse.*

*Et a te recte vindicari.* Ignoravitne ergo Pomponius Cassii subtilē distinctionem, utrum verò eam tacite rejicit? posterius dicendum videtur, cum idem juris utrobique locum habere asserat. Ego secundum Pomponium nec in ferruminatione, nec in adplumbatura dominus partis poterit agere ad exhibendum.

§. LII. Equidem non ignoro Doctores hic antinomiam hanc triplicem non agnoscere, sed Pomponium supplere ex distinctione Cassii, Ulpiani verò verba intelligere de adplumbatura, ut modo regulæ de distinctione inter ferruminationem & adplumbaturam semel formatæ subsistere possint. Verum novi etiam doctrinas eorum non coherere cum natura rerum & alterum sic, alterum aliter hæc utrinque connectere, & tamen ubique connexionem esse lubricam. Etenim Ulpianum non posse commode intelligi te adplumbatura jam ostendimus §. 49. Et non sine causâ videtur Pomponius tertiam sententiam elegisse, qui ea ob mox dicenda maxime cum ratione convenit.

§. LIII. Quodsi enim rem ex natura sua consideremus, sane videtur sat plana esse; scilicet, dominum partis regulariter amisisse dominium partis suæ eumque non posse conqueri si verum rei pretium acceperit, & sic recte Paulus in l. 23. §. 4. de R. V. exceptionem doli mali domino partis concedit, si velit ab ipso totam rem vindicare, non reusò ejusdem partis pretii. Regulariter enim illa, quæ per adplumbaturam vel ferruminationem alteri rei accedunt, sed res fungibiles, in has verò non cadit pretium affectionis.

§. LIV. Cæterum, quod hic limitationem Doctores alii in adplumbatura quæsierint, id non videtur naturæ ipsius rei congruere, cum potius in eo quærenda esset limitatio, si pars seu accessorium sit corpus quoddam aut tale quid, in quod cadere potest affectio. Hic enim utique æquitas postulat, ne quis invito cogatur rem suam vendere, & inclusa & alteri rei adjuncta exhibeantur & separentur, modo adhuc extant veluti si gemma forte a Principe donata alterius annulo inclusa sit, aut margaritæ ab Augusta feminae alicui donatæ ornamentis muliebribus alienis contextæ sint. l. 32. §. 1. de Auro argent. mund. legat. Quodsi verò res non amplius extet, veluti, si ex meo

pocu-

populo a principe mihi donato suae statuae fecerit brachium, & tunc aut jurabitur contra eum in litem, si dolo malo junxerit, aut verum pretium tantum exigi poterit, si dolus & culpa lata ipsi imputari nequeant, brachium certe ut exhibeatur contendere nequeo, cum post mutationem, & formae destructionem res fungibilis fuerit facta. In reliquis regula §. *anteq.* data manet firma, si se scypho fundus, aut statuae pes, aut navi tabula, aut lecto fulcrum, aut candelabro sigillum &c. adjuncta fuerint.

§. LV. Et ne quid hac in re dissimulemus, valde dura videtur sententia Ulpiani l. 7. §. 2. ff. *ad exhibendum*, dominum purpure alieno vestimento intextae posse agere ad exhibendum, ut scilicet a vestimento separetur. Neque cohaeres haec assertio cum doctrina de specificatione, si enim ex sola purpura tua vestimentum confecta, illud secundum doctrinam Jureconsultorum meum est, tanquam specificantis, quia non potest reduci ad pristinam materiam, cur itaque non idem juris esset, si tantum purpuram tuam ad partem aliquam vestimenti mei adhibuerim, nisi forsitan dicere velis, ex sententia Ulpiani, & Triboniani, vestimentum ex aliena purpura confectum referendum esse ad eos casus, ubi species potest reduci ad pristinum materiam. Ipse Tribonianus, quidem in §. 25. *de R. D.* ubi exempla quaestionis de specificatione ponit, exemplum de lana & vestimento affert, sed postea ad regulam datam non applicat, ut adeo videatur vel anceps & dubius hic fuisse, vel plane a Caio suo dissensisse. Etenim Cajus in suis *Institutionibus* l. 2. tit. 1. §. 7. inquit: *Si ex lana vel lino vestimenta fecerit, ejus erunt vestimenta, cujus lava vel linum fuisse probabitur.* Tribonianus vero in verbis ultimis §. 25. exemplum adducit, si quis partim ex sua lana partim aliena vestimentum fecerit, quo casu dubitandum non esse nequit, eum esse dominum qui fecerit, cum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiae praestiterit, at vero in adjunctione, non tantum alter partem materiae praestat verum, partem etiam potiorum, cur itaque hic concederetur facultas petendi separationem non ibi? Quidquid demum sit de opinione Triboniani ex hoc fore decisio dura est, cum purpura sit res fungibilis, adeoque alteri pe-

perinde esse debeat, utrum eandem purpuram, an vero aliam ejusdem generis accipiat.

§. LVI. Quæ de confusione materiarum in §. *si duorum materie* 27. de R. D. tradunter, non adeo habent aliquam difficultatem ad nos pertinentem. Aut enim utriusque voluntate fit confusio, aut casu fortuito, aut voluntate unius. Ubique res fit communis, primo quidem casu propter utriusque voluntatem, in duobus reliquis vero, quia utrobique est res fungibilis. Et sic casus non erit de litigio domini, cum quisque accipiendo verum rei pretium secundum proportionem materiæ, quam in re communi habet, nihil habeat de quo queratur. Id tamen erit addendum de casu ubi voluntate unius confusio facta fuerit, & res confusione non meliorata, quod tum æquum sit, confundentem debere præstare alteri verum rei pretium, & solus damnus pati, cum nemo secundum regulam vulgatam possit ex alterius facto prægravari *l. 155. de R. l. c. 22. de R. l. in 610. l. 27. pr. in f. ff. de procurat.* Nec obstat, quod de casu, si voluntate unius fiat confusio, textus Institutionum taceat. Nam natura rei hoc postulat, & sic ex ipsa suppleri debet. Ut taceam, agi etiam hic de acquirendo rerum dominio ex jure gentium, ubi ex natura potius rei, quam legibus positivis Romanis decisiones formamus.

§. LVII. Equidem circa commixtionem a regula in *priori* §. data divortium fecisse videtur Imperator, dum ibi negat commixtionem inter dominus utriusque materiæ non liquidæ, quæ non facile separari potest, dari, ex subtilissima illa ratione, quod singula corpora in sua substantia durent, nec ita alterum alterius substantiam ingrediatur, uti quidem in confusione. At vero hac ratione diversitas physica alterare nequit decisionem in commixtione, est enim frumentum quoque res fungibilis, & licet vel maxime singula corpora in sua substantia durent, sufficit tamen, quod separari semel commixta non possint, cum in jure idem sit, moraliter aliquid esse impossibile, aut difficillime fieri, & plane non fieri. Esto jam, si frumentum meum cum frumento tuo misceatur, singula grana manere in sua substantia, quis cognoscere poterit, quamnam sint mea, imo quis tam stultus erit, ut separationem petat, si triticum cum

cum hordeo aut avena fuerit mixtum, cum majores sumtus ad separationem utriusque requirerentur, quam quidem ipsius vel pretium est. Imo videtur hic Tribonianus vel Cajum suum non intellexisse vel ab eo recessisse, cum ille liquido contrarium doceat, referente Javoleno in l. 78. de solut. ubi ita: *Si alieni nummi in scio vel invito domino soluti sunt, manent ejus cujus fuerant*, quia pecuniae aliae solutio dominium ejus transferre nequit ex regula vulgata, quod nemo plus juris in alterum transferre possit, quam ipse habeat: *Si mixti essent ita ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit in libris Caji scriptum est.* Quidsi itaque supponamus, frumentum Titii furto ablatum tertio fuisse venditum, hocque frumentum cum ejus, cui venditum est, ita esse mixtum ut grana discerni aut separari non possint, eadem sine dubio decisio obtinebit.

§. LVIII. Quod itaque tribonianus hac in materia recesserit a Cajo suo, quem alias ubique sequi amat, in causa videtur fuisse, quod sententiam Ulpiani in l. 5. pr. de R. V. & Pauli in l. 23. §. 5. eod. non satis intellexerit, & ita hic combinationem fecerit ridiculam. Quae enim Paulus in d. l. 23. tradit, quod in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, singulae partes retineant suam propriam speciem ut singuli homines singulae oves, & exinde infert posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed & te arietem vindicare posse, ad commixtionem plane non pertinent, cum aliud sit immisceri aliud commisceri, ibi singula corpora vindicantur, quod de commixtione vera dici nequit, cum ibi singula corpora separari non possint. Hinc maxime impertinens est, quod Tribonianus sententiam suam de commixtione frumenti exemplo ovium vel boum declarare velit, deinde quamvis Ulpianus cum Triboniano in ipsa quaestione de commixtione frumenti optime conspirare videatur, tamen videtur magis inutilem subtilitatem de differentia rei vindicationis a communi dividendo iudicio hic tradidisse, ceu ex toto titulo communi dividendo apparet, quod peculiarem de hoc iudicio habuerit sententiam, quae tamen hodie propter formulas sublatas non habet usum. Imo rei vindicatio illa Ulpiani est abusive sic dicta cum eventum habere nequeat, ut idem hic videatur esse officium iudicis, quod est in communi dividendo, unde & Vinnius in

*not. ad cit. §. 28. non diffitetur, vi & effectu hic non aliam esse iudicis sententiam & restitutionem, quam si acervus fere communis esset. Denique etiam differentia inter terminum confusionis & commixtionis, quam hic Tribonianus & interpretes tradunt, quod illa sit corporum liquidorum, hæc solidorum, revera est inanis & Cajus, Ulpianus & Pomponius hos terminos promiscue usurpant, vid. l. 3. §. 2. de ff. R. V. ibi: ita confusum atque commixtum. l. 5. pr. eod. ibi: si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit. l. 7. §. 8. & 9. ff. de A. R. D.*

§. LIX. Progredior ad actionem de tigno juncto secundum §. cum in suo solo 29. ff. de R. Div. ubi compilatione sua inepta ansam dedit Tribonianus ut interpretes valde desudent de natura hujus actionis exponenda, cum contortus ostendat, Tribonianum existimasse actionem de tigno juncto in duplum etiam dari adversus b. f. aedificatorem, unde valde anxii sunt, utrum actio de tigno juncto sit rei persecutoria, utrum pœnalis, vel mixta, item quomodo concilianda sint verba hujus paragraphi finalia cum l. 2. de tigno juncto, ibi enim dicitur, diruto aedificio non posse tigna amplius vindicari, si jam fuerit duplum consequutus, id quod in l. cit. 2. negatur. Porissimum vero solícite inquirunt, cur b. f. possessor debeat præstare duplum, ratio enim communis, quasi hoc fiat in solatium domini tigni, quod propter utilitatem publicam cogatur tignum invitus vendere est valde inepta. (1) quia tignum seu omnis materia ad aedificandum destinata, est res fungibilis, ad hanc autem non quadrare illam regulam supra c. 2. dictum est, (2) quia etiam in aliis rebus pretium affectionis peti nequit ab eo, qui culpa desit possidere, ergo nec a b. f. aedificatore, adde (3) quod inauditum sit, unam eandemque actionem pro diversitate rerum partim ex delicto, partim ex alio fundamento oriri aut modo esse rei persecutoriam, modo pœnalem.

§. LX. Sed hic non accuso veteres JCros, quippe qui destituti ut plurimum fuerunt principiis veris Jurisprudentiæ, accuso Tribonianum & interpretes, qui magis imprudentiam Triboniani adorare, quam rem ex vero metiri voluerunt. Res certe plana est, actionem de tigno juncto dari saltem de tigno furtivo, adeoque etiam in ff. tit. de tigno juncto statim post tit. de furtis collocatus est, quæ collocatio alias esset insipida. Ita Ulpianus tantum mentionem

nem tigni furtivi facit in l. 1. §. 2. ff. §. l. 2. ff. cit. r. ubi etiam dat actionem ad exhibendum, ex ea ratione, quod parci non oporteat ei, qui sciens alienam rem ædificio inclusit; adeoque merito pro eo, qui dolo desit possidere habendus sit. Expressius hoc ipsum declarat Paulus in l. 63. ff. de donat. int. vir. uxor. ubi proponit casum, si tigna uxoris ædificio viri juncta sunt, eam agere quidem posse dicit, sed non ex L. XII. Tabul. his usus verbis: *in hoc solummodo agi potest, ut sola vindicatio, solvatur, competat mulieri, non in duplum ex L. XII. Tab. neque enim furtivum est, quo sciens domino inclusum est.* Rationem ergo actionis, de tigno juncto ad duplum in eo collocat, quod sit furtivum, & nisi hæc omnia fallunt, his verbis innuit Paulus, quod in L. XII. Tab. tigni furtivi mentio verbis conceptis facta sit. Quamvis vero idem Jctus in l. 6. ff. ad exhib. generaliter videatur loqui, & non præcisè tignum furtivum supponere, ratio tamen postulat, ut Paulum ex Paulo explicemus, præsertim cum in l. 6. cit. tantum incidenter de hac actione loquatur, & solummodo illam trajecter quaestionem, utrum ad exhibendum, ut tigna eximantur, agi possit. Si itaque dicendum quod res est, erat actio de tigno juncto, mere pœnalis, & species quædam actionis furti l. 2. ff. de tigno juncto, & dabatur contra eum qui sciens junxerit l. 1. §. 2. eod. Ita etiam idem in l. 23. §. 6. ff. de R. V. *Tignum alienum adibus junctum, nec vindicari potest propter L. XII. Tab. nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum, qui sciens alienum junxit adibus, sed est actio antiqua de tigno juncto in duplum, quæ ex L. XII. Tab. descendit.*

§. LXI. Quod si quis bona fide junxerit, actio non data fuit in duplum, sed L. XII. Tab. saltem verum pretium refundi voluit, ita enim rursus Paulus l. 98. §. ult. de solut. loquitur: *denique L. XII. Tab. tignum adibus junctum vindicare posse scit, sed interim id solum prohibuit, pretiumque ejus dari voluit h. e. pretium verum & simplum.* Neque enim putandum est, L. XII. Tab. hanc commisisse absurditatem, ut voluerit aliquod pretium affectionis admittere in rebus fungibilibus, commiserunt hac potius interpretes minus caute Tribonianum secuti.

§. LXII. Sed pergamus cum Triboniano ad plantationem & sationem de quibus agitur in §. 31. & 32. de R. D. Legislatores hic

aliquod discrimen fingere voluere, ita ut confita quidem simpliciter solo cedant, implantata vero non aliter, quam si radices egerint: Et Paulus *l. 26. §. 2. de A. R. D.* hanc subtilem affert rationem, quod credibile sit, alio terræ alimento, aliam fuisse factam: Ulpianus contra rationem non tam ex alimento, quam ex nuda coalitione cum terra petiisse videtur in *l. 9. §. 2. ff. de d. imm. insect.* ubi vero semel planta radices in alieno solo egerit ita commutata est, ut ne erura quidem ad priorem dominum revertatur, *cit. l. 26.* Cujus rei ratio ulterius ex subtili Alfeni philosophandi ratione videtur esse petenda, quod nimirum res quælibet ex particulis minimis consistant, & hæc quotidie ex corpore ipso decedant, aliæque in eorum locum accedant extrinsecus, quæ philosophia etiam fuit Stoicorum, ut ostendit Grot. *de l. B. & P. l. 2. c. 9. §. 3.* Apparet itaque has rationes decidendi magis subtiles esse, quam practicas. Plantæ enim sunt res fungibiles ad emendum & vendendum destinatæ, in quas non facile cadit affectio peculiaris, ergo nemo ex hoc §. rei vindicationem instituet, sed quilibet, ut credo, contentus erit, si verum rei pretium vel aliud individuum ejusdem generis acceperit. Adeoque si vel maxime arbor dolo ablata, radicesque egerit, poterit pretium affectionis postulari.

§. LXIII. Eadem est ratio subtilitatis de arbore in confinium posita, cujusnam illa esse debeat. Decisio certe ad nihil utilis est, quam ut occasionem dederit antinomii. Tribonianus quidem cum suo Cajo in *l. 7. inf. ff. de A. R. D.* decidit, arborem prope confinium positam communem fieri, si etiam in vicinum fundum radices egerit. Et quidem pro regione cujusque prædii, sit addit Marcianus in *l. 8. pr. cod.* verum graviter huic contradicit assertioni Pomponius in *l. 6. §. ult. ff. arbor. furt. cas.* inquiens: *Si radicibus vicini arbor aleur tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit.* Unde exinde quoque infert, radices vicino recidere non licere. Ommissa ergo subtilitate aliorum statuit Pomponius indistincte ejus esse arborem, in cujus fundo stat pars exterior. Equidem communis conciliatio est, quod Pompon. loquatur de extremis saltem radicum partibus, vid. Vinn. in *comm. ad §. 31.* verum revera illa vim infert textui, cum simpliciter dicatur ad originem arboris esse respiciendum, deinde  
ina-



inanis est, quia per extremas radicum partes alimenta arbor ex alieno solo assumit, quae tamen assumptio alimenti ratio decidendi est, cur ab aliis statuatur arborem esse communem. Et haec sententia Pomponii moribus Germanorum ut aequior recepta est, ad maximas difficultates in inquisitione radicum, quae se non uniformiter extendere solent, tollendas, & ne radices, & ita per has arbores laedantur. Bene itaque dicit Huber. *ad Inst. cit. de R. D. §. 25. Obscura & subterranea haec indagandi ratio difficulter usu hominum recipitur, vulgoque in partitione fractum magis ad ramos, quod expeditius, quam ad radices arborum attendi solet.* Videant itaque conciliatores subtiles, qui scuta textuum se indurare gloriantur contra Antinomicos, ut verbis utar ejusmodi hominum ambitiosorum, qua ratione antinomiam hic occurrentem tollere velint. Nostra certe parum refert, cum haec subtilitas in foris nostris nunquam fuerit recepta.

§. LXIV. In sanatione vero ut dictum §. 61. non inquiritur utrum fata radices egerint, nec ne, quia videlicet moraliter impossibile est, fata, antequam etiam radices egerint interum velle colligere. Supr. autem §. 56. iam diximus idem in iure haberi moraliter esse impossibile aut difficillime aliquid fieri, & plane non fieri. Accedit quod & fata sint res fungibiles. Sicut ergo in fati indistincte dominus eorum verum pretium a feminante accipit ita non video, quare non idem de plantis & arboribus dicendum sit, eum itidem sint res fungibiles.

§. LXV. Porro quoque literae, obligationes, carmina, orationes, &c. perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea, quae inaedificantur aut inferuntur, ait Imper. in §. 33. *Fur. de R. D. Elegans Philosophia.* Ridemus infantes & pueros, quando libellis suis solent inscribere.

N. N. bin ich genant,	Die Feder ist mein Pfug,
Zu N. ist mein Vaterland	Damit bin ich so flug,
Das Papier ist mein Acker,	Die Dinte ist mein Saamen,
Darauf schreib ich so wacker,	Damit schreib ich meinen ehrliehen Namen.

Sed ICros Romanos, licet eandem ineptiam hic committant, adhuc magnificimus, nec dicimus, ridiculum esse meditationes, orationes, carmina & obligationes res sane magni momenti, aut certe in quas cadit affectio, cedere debere chartae villissimae, cuius essentia fere in puritate & facultate consistit, postea enim non charta, sed oratio, carmen, obligatio &c. vocatur. Agnovisse videtur Ulpianus hanc inutilem subtilitatem in 13. §. 14. ff. *ad exhib.* ubi ex aequitate, licet ad exhibendum agi nequeat in factum actionem dandam esse existimat, si rationes Titii in charta aliena fuerint inscriptae, & illae a domino chartae possideantur. Est itaque secundum hanc philosophiam dominus chartae quoque scripturae dominus, sed per actionem in factum dominium ejus fit inane.

§. LXVI. Viderunt ista plerique interpretes cordatiores, adeoque hunc §. 33. in nostris foris usu omni destitutum asserunt est enim charta res fungibilis, in quam non cadit affectio, ergo merito injusta est alterius praesentio, si praesens chartam vellet vindicare. Aliis tamen adhuc arrident dogmata Iustiniani quasi videlicet haec

lex

lex nunquam abrogata, Ludov. *disp. 4. ad Inst. lb. 7. lit. e.* cum tamen prius inquiri debuisset, an unquam esse recepta, sed abunde quilibet suo sensu: De quibus enim non est disputandum.

§. LXVII. De pictura disponitur §. 74. de R. D. ubi demum Tribonianus sapere incepit, quia sc. hic sapuit Caius in l. 9. §. 2. ff. de A. R. D. ubi ita: Sed non ut literæ chartis membranisque cedunt, ita solent picturæ tabula cedere, sed ex diverso placuit, tabulas picturæ cedere, addit Tribonianus alii putant picturam tabule cedere, quibus verbis aperte notat Paulum in l. 23. §. 3. ff. de R. V. inquentem: Sed & id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur statim meum fit, licet de pictura quidem (ut Caius) contra senserint propter pretium picturæ, sed necesse est, ei rei cedi quod sine illa esse non potest. Quoniam itaque, hic aperte occurrit antinomia, illa (enim qui dictam legem Pauli cum institutionibus conciliari satagunt, multa verba textui Paulino inserendo, aperti cavillatores sunt) in caute sane & imprudenter fecit Tribonianus, quod textum Paulinum digestis insererit, quanvis vel maxime in Instiit. postea hanc litem, approbando Caji sententiam sustulisse videatur. Equidem adhuc novus scrupulus injicitur a Triboniano in cit. l. 33. quod domino tabulæ utilem actionem concedat, quam tamen litem hic jam meam non facio, quia ad finem disputationis propero.

§. LXIIX. Quo tendit vero tandem tua Philosophia, urgebunt Encomiastæ iuris Romani Nos LL. Romanis vivimus, aliter ICti, aliter philosophi judicant. Equidem doleo, quod hæcenus ICti Romani aliter judicaverit, quam quidem ipsa natura rei admittit, imo doleo, quod nimis subtiliter philosophari maluerint, quam ipsam rei naturam considerare. Cum itaque satis constet, eos non attendisse, nec considerasse quod in res fungibiles non cadat affectio, merito iudicare licet, nullum apud nos habere usum has subtilitates, quia tanquam res inepte a prudentibus Germanis nunquam fuerunt receptæ, quippe, qui magis simplicitatem juris Gentium, & naturam ipsius rei secuti sunt, præsertim cum Dd. ipsi admittant, hæc omnia pertinere ad modos acquirendi juris Gentium, ubi neminem ligant Leges Romanæ, non magis, ac definitiones parum accurate ibidem non raro occurrentes.

§. LXIX. Et quavis sponstone certare velim, si quis perlustret omnia serinia iudiciorum totius Germaniæ, non deprehensarum esse, quod ex istis capitibus Institutionum per duo vel tria secula decies, aut saltem bis vel ter sit actio instituta, tantum abest, ut eadem secundum Institutionum regulas finita, ac definita sit, vel secundum eas in iudiciis pronuntiatum fuerit.

§. LXX. Et quid si plane dubitarem, utrum apud ipsos Romanos hæc subtilitates usum unquam in praxi habuerint? non enim novum est, quod ipsi ICti Romani fateantur, suas subtilitates in praxi suorum temporum non attendi, cuius rei specimen dedit Dn. Præf. in *Disp. de servit. Siciliæ.* ex Paulo, de continuis causâ servitutum loquente in l. 28. ff. de servit. præd. Urb. qui tamen ipse in l. 9. de servit. P. R. in genere fatetur, in praxi illam subtilitatem non attendi. Et ne videamur destituti exemplo in nostra materia l. 7. §. 5. ff. de A. R. D. Cujus decidit, quod si alvens novus rursus de relinquatur, illum non redire ad pristinum dominum, sed eorum esse, qui prope ripam prædia possident, deinde tamen fatetur praxin sibi esse contrariam, dicendo: Sed vix est ut id obrineat. Nos eodem modo ex hæcenus dictis concludimus, & cum Cajo finimus nostram dissertationem dicentes. Vix est subtilitates

ICtorum Romanorum hæcenus recensere obrineant.

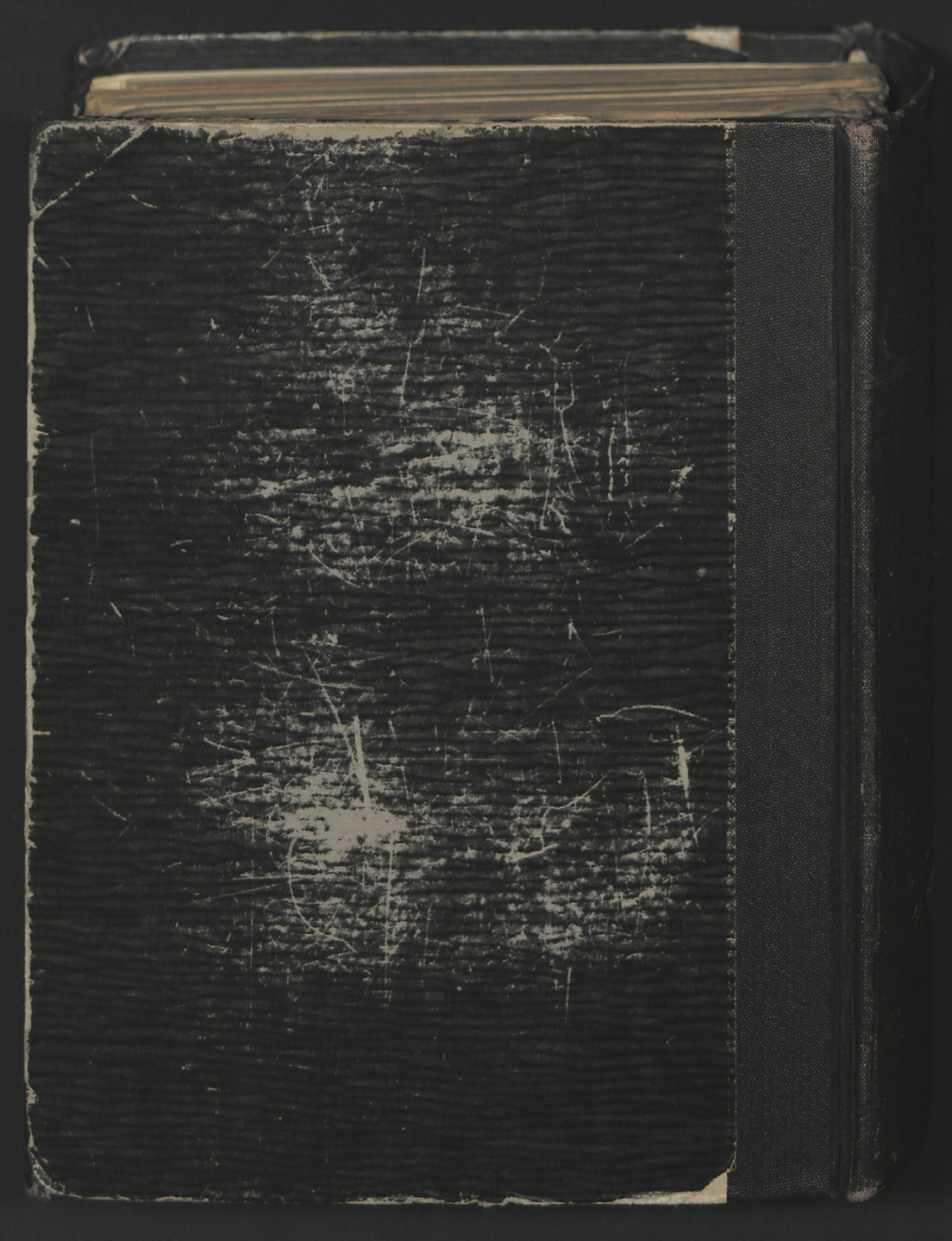
Halle Diss. 1701  
(T-2)

ULB Halle 3  
001 923 862



sb







DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

DE  
**PRETIO AFFE-  
CTIONIS IN RES FUN-  
GIBILES NON CADENTE,**

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,  
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

**DN. FRIDERICO WILHELMO,**  
REGNI BORUSSICI HEREDE &c. &c.

*In Regia hac Fridericiana*

EX DECRETO ILLUSTRIS FACULTATIS JURIDICÆ  
PRÆSIDE

**DN. CHRISTIANO THOMASIO, Jcto,**  
S. REG. MAJ. BORUSS. CONSILIARIO PROF. PUBL.  
ET p. t. DECANO

*PRO LICENTIA*

Summos in utroque jure honores, & pri-  
vilegia DOCTORALIA rite consequendi,

IN AUDITORIO MAIORI

*Ad d. XVII. Sept. Anno MDCCI. horis ante- & pomeridianis*  
Publicæ Eruditorum disquisitioni submittet

**PHILIPPUS REINHOLDUS HECHT,**  
CRUCENACO-PALATINUS.

*DENUO RECUSA Anno 1734.*  
APUD CHRISTIANUM HENCKELIUM.