



1701 40 d
1958
4

DN. CHRISTIANI THOMASII,
ICTI,

SAC. REG. MAI. BORVSS. CONSILIARII
PROF. PVBL. ORDIN.

DISSERTATIO

DE

PRETIO
AFFECTIONIS
IN RES FVNGIBILES
NON CADENTE.



HALAE MAGDEBVRGICAE
TYPIS IO. CHRIST. GRVNERTI, ACAD. TYPOGR.
Recusa 1754. (10).

IN CHRISTIANI THOMASII

1671

SAC. REG. MATTHEVS. CONSILII

PROV. LVBL. ORDIN.

DISSERTATIO

DE

PRETIO

AFFECTIONIS

IN RES EVANGELICES

NON CADENTES



HAINE M. GEBRÜDER
TYPE IO. CHRIST. GRÄNERTH AD. FRANKF.
1774





DISSERTATIO IN AVGVRALIS,
DE
PRETIO AFFECTIONIS IN RES
FVNGIBILES NON CADENTE.
CAP. I.

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

SVMMARIA.

- D**octrinae de rerum pretiis vili-
tas. §. I.
Neglectus doctrinae de fundamento
& origine pretii. §. II.
Probatum exemplo Dinneri in tr. de
iusto rerum pretio. §. III.
Doctrinae Grotii & Pufendorffii de
pretii fundamento. §. IV.
Post distinctionem aucta malitia hu-
mana doctrinarum orta sunt com-
merica, quae adeo non sunt iuris
gentium praeceptivae. §. V.
Commercii introductis secutum est
rerum & actionum humanarum
pretium. §. VI.
Pretium vel vulgare, vel eminens
seu nummus. §. VII.
Nummi origo ex luxuria & ambi-
tione. §. VIII.
- Introductis videlicet civitatibus cu-
piditatum humanarum asyis.
§. IX.
Paritas & copia fundamentum v-
niuersale variantis pretii, non
locus & tempus. §. X.
Ad raritatem reliquae causae refe-
rentis 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 commu-
ne & affectionis stricte dictum, ac
vtriusque exempla in iure civili.
§. XIV.

A

Ad

Ad dissertationem nostram pertinet, pretium affectionis stricte dictum §. XV.

Differentis rerum fungibilium & non fungibilium. §. XVI.

Consumtio est vel naturalis rerum, que usu corrumpuntur aut ser- vando seruari nequierunt §. XVII.

Ad fungibiles non pertinent res que usu atteruntur, vt vestimenta, lapsus insignis Triboniani in ca- pite de quasi usufructu. Inepta conciliatio vulgaris. §. XVIII.

Vel est ciuilis. sc. alienatio, edifica- tio &c. §. XIX.

Res fungibiles duplicis sunt generis quedam naturales & perpetuo ta- les. §. XX.

Quedam arbitrariae & modo fungi- biles, modo non. §. XXI.

Posteriores modo ad mutuum perti- nent, modo ad commodatum. §. XXII.

Non omnes merces esse res fungibi- les. §. XXIII.

In materia tamen presenti eas æ- quiparari fungibilibus. §. XXIV.

Pretium affectionis ortum ex affectu ambitiosorum. §. XXV.

Non ex auaritia, quia hæc pecuni- am omnibus rebus præfert. Non ex voluptate, etsi huic affectui dediti multas res pretio affec- tionis æstiment. §. XXVI.

Nemo res fungibiles pretio affec- tionis æstimat, non auarus. §. XXVII.

Non ambitiosus, nec voluptuosus. §. XXVIII.

Ratio: quia res, in quas cadit affe- ctio, debent tales esse, vt seruari & ostentari possint. §. XXIX.

Res mediæ generis, que usu atterun- tur, modo ad regulam pertinent, modo non. §. XXX.

Index rerum, in quas pretium affe- ctionis non cadit. §. XXXI.

§. I.



Ultæ materiæ, de quibus disputationes publi- cæ conscribi & haberi solent, ita sunt com- paratæ, vt licet vsu suo non destituantur, angustioribus tamen terminis includantur, ne- que adeo se latius per iurisprudentiam no- stram diffundant. Verum fido ætrinam de rerum pretiis penitus consideremus, illa in hoc pal- mam reliquis præripere videtur, quod non in certa

certa aliqua iuris prudentiæ nostræ materia sedes fixas habeat, sed latius exspatiatur, & per vniuersam iuris molem ita se diffundat, vt fere nulla materia occurrat, vbi non hæc doctrinæ de rerum pretiis applicari possit. Cum enim omnes contentiones & controuersiæ oriri soleant de *meo* & *tuo*, & ius reddatur ordinarie de iis, quæ in commercio sunt, seu de bonis externis, & vero ex necessitate de iis aliquando ita ius dici debeat, vt vel in subsidium æstimatio ipsius rei, vel cum ipsa re, ratione damni vel alius interesse ipsa sit præstanda, deprehendimus, legislatores fere in omnibus eiusmodi fuisse, quam maxime sollicitos de præstanda & ineunda æstimatione, quod per inductionem sine omni difficultate ostendi potest. Vt iam non tangam iura personarum, vbi tamen illa, quæ de æstimatione seruorum sunt disposita, doctrinam de pretiis rerum omnino expostulant, solummodo ad iura rerum, quæ potiore in iure nostro occupant locum; prouoco, quæ vbiuis de ineunda æstimatione disponunt. Res extinctæ a malæ fidei possessoribus vindicari nequeunt, possunt tamen condici §. 26. l. de rer. diuis. 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 seruitutibus ratio damni dati habetur. At quomodo hoc aliter, quam per æstimationem fieri potest? De hereditate nulum dubium. Et si de cæteris. Potissimum autem pretii vltus sese exferit in conuentionibus, & sic tota hæc materia præcipue hic occupata est circa refundendum damnum dolo vel culpa datum, imo & non raro vicem ipsius rei, quæ alterius culpa interiit, occupat. Sic & extra contractus, vbi damnum fuerit datum, & de eo refarciendo ex L. Aquilia agatur, id aliter fieri nequit, quam secundum genuina doctrinæ de pretio rerum principia. Et infinitum foret, si id latius per singula iurium capita eundo exequi vellemus.

§. II. In dubium itaque est, ingentem huius doctrinæ recte intellectæ & applicatæ esse vsum. Sed hic est communis fere eruditorum nœuus, quod illa, quæ bis aut ter in seculo obtingere solent, magno sudore tractent, & subtilissime de illis disputent, negli-

gligentes e contrario illa, quæ vbiuis obuiua sunt, & quotidianam vt ita loquar, præstant vtilitatem, quasi scilicet talia obiectum minus dignum meditationum constituant, quippe quæ non nisi lata & non vbiuis obuiua intuentur. Inde etiam factum est, vt hæc doctrina hætenus parum feliciter pertractata fuerit, præsertim eam interpretès iuris Romani magis de conclusionibus, quam de fundamentis genuinis; & origine pretii fuerint solliciti, destituti quippe principis moralibus ex iure naturæ & natura ipsius rei desumentis. Iam vero experientia hætenus docuit, quantam iacturam perpeffa fuerit iurisprudentia nostra ex neglectu huius obseruationis, 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 vere fundamenta in moralibus pariter ac in physicis haberi & cognosci non possunt, nisi in historiam de origine rerum accurate inquiratur, ita & iurisprudentiæ Romanæ tradita non aliter ad vera sua reuocari possunt principia, quam per hanc dixi methodum. Id quod Dn. Præses passim in *iurisprudentia diuina*, inprimis *cap. de domino & rerum pretiis*, vt & *de societatibus* ad oculum demonstrauit.

§. III. Sed ne gratias hæc dixisse videar, excutere & in medium producere hic possem omnes, quotquot de æstimatione & pretiis rerum inter ICtos hætenus scripsere: sed ne iis tempus infumendo a scopo meo abducar, solummodo in scenam prodeat Andreas Dinnerus *de iusto rerum pretio definiendo*, cuius meditationes non adeo quidem diffusæ, ita tamen comparatæ sunt, vt si vel aliquoties eas legeris, nil nisi seriem confusarum cogitationum inde colligere possis. Nam vbi inquit, quodnam iustum ac verum pretium rerum in iure dicatur, pro fundamentali propositione hanc ponit regulam: *Verum pretium appellatur, quod emitorem inuenit, siue quot res vendi a quoque comparari communiter solet, vel Tanti res valet, quanti vendi potest 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 diiudicare volumus, quod emtorem inuenit, certe quodlibet pretium est verum, quia nulla res tam vilis est, quæ non suum emtorem inueniat, & ita sunt frustraneæ omnes contentiones de iustitia pretii. Quodsi enim res inuenit emtorem, semper dicere possemus secundum hanc regulam pretium verum esse. Æque infirma & ieiuna est altera regula, quæ asserit, *iustum pretium esse nihil aliud, quam quantitatis æqualitatem, qua pecunia, cuius publica & perpetua est æstimatio, difficultatibus permutationem subuenit*. Sed rursus quæro: in quonam illa æqualitas quantitatis consistat? Vnde æstimanda? cur maiorem summam pecuniæ soluam pro adamante, quam pro alio quodam crystallo? Voluit deinde fundamentum huius æqualitatis quoddam stabilire, sed reuera nos obruit sua liberalitate, dum loco vnus generalis fundamenti plures conglomerat casus, in quibus tamen rursus anceps hæres, cur hoc in casu crescat pretium, in altero vero minuat. Cum igitur parum nostro scopo inferuire possit hic author, ipsum abire iubemus.

§. IV. Equidem & Grotius in aureo *de iure belli & pacis opere* L. 2. c. 12. §. 14. doctrinam hanc de pretiis tangit, sed reuera 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 ciuitas vel prouincia, quæ tamen aliud non adeo magno acquiruntur pretio. Addit deinde ceterorum more alia fundamenta, quæ tamen particulares tantum casus respiciunt, cum fundamentum adæquatum & vniuersale substituendum erat. Reassumit postea hanc doctrinam B. Pufendorffius *de I. N. & G.* & peculiari capite, videlicet L. 5. c. 7. illam fusius & plenius persecutus est, felicior in eo Grotio, quod varia pretii genera inter se distinxerit, & ex origine sua rem deduxerit, quamuis & quoad fundamen-

tum 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 iucundiorem reddendam. Sed quanquam necessitas & commoditas rei mouere possint contrahentes ad acquisitionem earum, hæc tamen parum faciunt ad terminationem pretii, de qua vnice hic quæstio est. Quid enim, summe hac ratione res necessariæ in maiori forent habendæ pretio, quam res commodæ, & hæc, quam iucundæ, id quod tamen contra experientiam est, cum constet annonam vilius emi quauis gemma, vel vnione. Quid quod fatente ipso Pufendorffio §. 5. dentur res quædam vitæ humanæ vtilissimæ, quibus tamen nullum est impositum pretium.

§. V. Emendare itaque hanc instituit Dn. Præf. in *Iurisprud. diu. l. 2. c. 11.* tum simul in veram originem pretii inquirendo tum genuinum eius fundamentum ostendendo. Quod ad originem attinet hoc certum est, quod si homines in communione primæua in quo protoplastos constituisse euicit Dn. Præf. *L. 2. c. 10.* perstitissent, sine dubio nec æstimationis, nec pretii vlla fuisset habita ratio cum quilibet rebus in commune positis vti proprio iure, nec introduci aliquod pretium potuisset quod extra communionem in proprietate singulorum esse debuisset. 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. Quamuis enim nulla regio tam inhabitabilis & infelix esse deprehendatur, quæ fructibus soli proprii incolas alere non possit, modo secundum regulas naturæ, quæ paucis contenta est, viuere vellent, cupiditas tamen rerum superfluarum & avaritia, quæ ad res multas possidendas homines instigat, eosdem simul inpunxit, vt animum ad commercia applicarent. Quo sensu itaque commercia possunt dici a Icto in *l. 5. ff. de l.*

& I. iuris gentium? Id quidem non adeo obscurum est, quippe non aliter iuris gentium sunt commercia, quam quatenus ius gentium denotat mores totius humani generis corruptos & ex dictaminæ corruptæ rationis ortos. Dn. Præf. *Disp. de iure stat. imper. dand. ciuit. §. 14.*

§. VI. Introductis commerciis, frequenter contingere poterat, vt commutarentur diuersæ essentia, & cum tamen quilibet æquivalens accipere vellet necessitas rursus fecit, vt conuentione aliqua ab hominibus rebus imponeretur affectio quædam, secundum quam res disparis naturæ inuicem comparari exæquari possent. Pufend. *cit. l. §. 1.* Dn. Præf. *iuspr. diu. 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, quamuis logica Aristotelica hanc quantitatem ignoret. Quantitas illa moralis rerum & actionum, quatenus in commercium venire possunt, est illud ipsum quod iam 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 iam diximus. Dn. Præf. *cit. l. n. 4.*

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

electa materia est, cuius publica & perpetua aestimatio difficultatibus permutationum equalitate quantitatis subueniret, eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate, nec vltra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.

§. VIII. Complectitur, his verbis ICtis historiam de origine vtriusque pretii, sed causam introducti pretii eminentis minus feliciter eruit. Difficultatum subleuandarum causa illud esse introductum arbitratur, quam cantilenam etiam ingeminat Philosophus *cit. 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 superuenerunt incrementibus hominum cupiditatibus & luxuria. Quamdiu enim homines in simplicitate primæua, quæ non vitium, sed virtutem designat, substiterunt, vulgare pretium nullas habuisset viderit difficultas, id quod Tacitus *de mor. Germ. c. 5. n. 6.* fatetur, inquit: *Proximi ob usum commerciorum aurum & argentum in pretio habent, formasque quasdam nostræ pecuniæ agnoscunt atque eligunt: Interiores (Germani) simplicius & antiquius permutatione mercium viuunt. Et c. 15. n. 4. Gaudent præcipue finitimarum gentium donis, quæ non modo a singulis, sed publice mittuntur; electi equi, magna arma, Phalere torquesque. Iam & pecuniam accipere docuimus. Vides itaque ex verbis Taciti, Germanos antiquos, quamdiu in simplicitate perstiterunt, absque omni difficultate permutationis exercere potuisse. Ast postquam luxuria & ambitio Romanorum penetrauerat etiam in intimam vsque Germaniam, postquam cupiditas plura possidendi eos inuaserat, tum demum pretii eminentis coepit aliquis inter eos esse usus. Latius & expressius id ipsum explicat Conring. *disp. de urbib. Germ. th. 78.* inquit: *Prisci Germani nulla opum cupiditate, nullo luxu, rudis tecti vellere, & cibo simpliciter lacte, caseo, agrestibus pomis, recenti fera contenti, vitam omnem in studis rei militaris transegerunt. Eoque commodius fuit discretis ac dispersis ædibus 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 vilita tantum & obuia petentibus & nullo opum honore, opificia vero pene omnia exularunt; luxuriæ sc. & mollis vitæ instru-**

menta. At postquam vestis elegantior & lautioribus & domus splendidi-
 or mutatis Romana consuetudine moribus paulatim cepit allubescere,
 crescit necessario artificum copia & mercatura ad exteros extensa est.
 Hinc opum cupido & rationes varie excogitate facienda nummi, inde tan-
 dem non elegans amplius vita, sed luxuriosa pretio &c.

§. IX. Sicuti itaque, quo magis vivendi ratio est simplicior,
 eo facilius in vulgari pretio subsistit: Ita e contrario, quo magis vita
 ad luxuriam & infinitas commoditates propendet, eo minus absque
 pretio eminenti esse potest. Vnde non mirandum quare permuta-
 tiones inter eos, qui rusticam vitam agunt, sint frequentiores,
 quam qui civitates inhabitant. Cum enim præprimis illæ commo-
 ditatem & luxuriam sectentur, & civis secundum plures eosque
 variantes, status diuidantur, quorum plurimi vitam plane tueri
 queunt, si a pretio eminenti, luxuria & commoditate abstrahas, se-
 quitur, ut hoc pretium imprimis in civitatibus dominetur. Quomo-
 do enim mercatores varii generis, quomodo tot factores & futores,
 tot alia luxuriæ nostræ instrumenta, possent se suosque alere, si emi-
 nens illud pretium in civitatibus deesset. Atque ita fieri aliter non
 potest, quam ut difficultates ex permutationibus oriantur, quæ ta-
 men non ipsi permutationi, sed luxuriosæ hominum vivendi ratio-
 ni merito adscribendæ.

§. X. Iam ulterius inquirendum in fundamentum pretii va-
 riantis, & vnde modo crescat, non decrescat. Commune pro-
 verbium est; *omne rarum carum*. Non forsan aberrabimus a via, si
 hic subsistamus & fundamentum pretii, prout communiter, inter ho-
 mines consideratur, a sola raritate deducamus. Et quidem ratio
 huius rei in proclivi est. Ambitio enim hominum illa æstimare
 solet, quæ cum paucis habitura est communia, contra eidem vile est,
 quicquid intra cuiusvis suppellestem cernitur. Pufend. *Lib. 5. c. 1.*
 §. 6. Avaritia omnium rerum solitariam possessionem ambit, & cum
 invidia coniuncta est. Quo rarior autem est res ab avaro possessa,
 eo minor causa aliis eam invidendi, eo maius invidiæ & avaritiæ ir-
 ritamentum, si tertius eam possideat; Luxuria denique gulæ suæ
 bene esse ex varia sæpe opinione putat si rarissimi deliciis, vinis,
 esculentis se pascere possit. Quorsum ergo te vertas, raritas ubique

B

est

est in pretio. Et hanc eo magis pro fundamento pretii agnoscimus, quod omnes reliquæ causæ, quæ pro intensione et remissione pretii vulgo afferuntur, ad hanc tanquam ultimam causam reduci possint, id quod per singula capita eundo facile ostendemus. Paulus in *b. pretiâ* 63. §. 2. ff. ad L. Falc. nonnullam varietatem pretio asserere dicit loca temporaque: nec enim, pergit tantidem Roma & in Hispania oleum æstimabitur: nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea, quæ raro accidat, caritate pretia constituuntur. Quid vero, quæso, variat pretium pro locorum & temporum diuersitate, nisi raritas & ei opposita copia? Nec hoc diffitetur ipse Ictus, si modo ad exemplum datum respicere velimus. Vnde varie in iure nostro recurritur ad æstimationem loci & temporis, quando de æstimatione præstanda quæstio mouetur. vid. l. 3. §. 3. l. 21. §. 3. ff. de act. emt. vend. id quod ex l. 3. ff. de eo quod cers. loc. clarius apparet, ubi simpliciter Ictus ait: Scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas ciuitates, 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, culturam prædiorum, vicinitatem, copiam rerum simul venditarum, expensas, periculum, dignitatem rei annexam, subtilitatem & elegantiam artis famam artificis, dignitatem argenti &c. Verum facili negotio hæc omnia ad raritatem reduci possunt. Nam et 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 rariores fructus ex fundo percipiuntur, eo carior ipse fundus. Securitas pretii fere in mundo rara est, quia rara inter homines fides. Nummi bonitas hodie præsertim, rara auis, quia pecunia deprauata ubique deprehenditur. Rarior anticipatio solutionis: Nam plerumque fides habetur de pretio inter contrahentes. Agrorum optime cultorum minor certe copia quam incultorum. Et vicini boni quoque

quæ rari. Qui periculum in se suscipit, certe id facit, quod non quotidie fieri solet & ordinariè. Paucioribus prædiis seu castris adhæret iurisdictio, ius patronatus aliquæ 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 vnicum generale pretii fundamentum scilicet *raritatem*. Neque vero muto, si mihi obicias, sapientiam esse valde raram inter homines, non tamen caram: Nam regula nostra, quod omne rarum carum sit, tantum intelligenda est de rebus vanis, & ad luxuriam ambitionemque hominum spectantibus: vno verbo, quæ sunt in commercio. Et sic simul fontem aperimus, quare gentes communiter nummum pro pretio eminentè habuerint. Raritas metallorum, ex quibus nummus conficitur, potissimum facit, ut multis aliis rebus æquiualeat possint, & sic easdem per eminentiam quasi metiri. Dn. Præf. *Jurisp. diu. l. 2. c. 11. n. 43.*

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

bere solent, id quod *pretium commune* dici sive vid. Dn. Præf. cit. l. n. 24. Verum iis, qui in statu civili viuunt, non eadem est relicta libertas rem suam pro lubitu æstimandi, sed vtilitatis ratione recte ab imperatore hæc restricta est. Vid. hic l. 63. ff. ad L. *falcid.* vbi Paulus inquit; *Pretia rerum non ex affectu, nec vtilitate singulorum sed communiter fungi.* conf. l. 33. ff. ad L. *Aquiliam.* Et cum affectionem singulorum ex variis causis merito leges circumscribant, hic rariora pretii affectionis exempla in iure nostro occurrunt. Remansit tamen nihilominus in pluribus adhuc causis pretium illud commune, quatenus per leges non est taxatum, sed quatenus quis in permu- tando re sua vitur æstimatione consueta aliorum.

§. XIII. Et hoc incuitu pretium aliud est affectionis late sic dictum, aliud legitimum, hoc est quod princeps, vel ex eius concessione magistratus subalternus determinat ad lites præscindendas, & potissimum vsum habet in rebus fungibilibus: quo pertinet l. 1. §. 2. ff. de offic. præf. urb. vbi præfecto vrbis adscribitur cura carum æstimandi, vt iusto pretio præbeat. Et hoc pretium nullam habet latitudinem, sed fere in puncto consistit & quancocunque excessu iniustitia committitur. Pufend. de I. N. & G. L. 5. c. 1. §. 8. ita vt venditori non liceat ab emptore vltra taxam aliquid exigere, & emtor id quod vltra datum est, tanquam indebitum repetere possit. Illud vero rursus, distingui potest in pretium commune, & pretium affectionis stricte dictum: Pretium commune determinatur ad consuetam æstimationem aliorum, & pro fundamento, vt §. 10. seqq. euictum, raritatem habet. Cum enim sæpius in iis rebus vbi pretium commune locum habet, multæ circumstantiæ pretium augentes vel diminu- entes, de quibus §. I. concurrant, illæque infinitis modis variare possit, princeps non potuit leges certas de pretio earum rerum statuere, 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 iustum. Dn. Præf. cit. l. 24.

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 huius vel illius hominis. Neque hanc ignorat iurisprudencia Romana. Sic in *l. 54. pr. ff. mand.* affectus rationem in b. f. iudiciis habendam esse asseritur. in *l. 33. ff. ad leg. aquil.* pretia rerum quæ communiter funguntur, opponuntur iis, quæ ex affectione dependent, quod etiam Ictus repetit in *l. 36. pr. ad L. falcid.* Similiter affectionis ratio habetur in *l. 7. de Seru. 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. tur.* & *l. 14. C. de contr. emt. vend.* Et totum titulum de in litum iurando 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 eius 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 enucleauerimus, paucis quædam de illis dicemus. Res vulgo diuiduntur 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 vna non fungitur vice alterius ita communiter. Sed cum nondum satis perspicue sint hæ definitiones, licet ex legibus videantur petite (nam mire dissentiant doctores, quid sit functionem recipere, vid. Herm. Vuld. *discept. Scholast. c. 14.* Marc. Lyclamæ Membranar. *L. 7. Fol. 14.*) hinc expli-

cationem vltiorem requirunt, scilicet, quædam res ita sunt comparatæ vt si iis absumtis aliæ res eiusdem bonitatis & quantitatis in eodem genere, (secundum sensum iuridicum, vel in eadem specie, secundum sensum philosophicum) restituantur, perinde in commerciis humanis habeatur, ac si eadem in specie seu indiuiduo restitutæ fuissent: quædam vero non sunt ita æqualis æstimationis, naturæ & conditionis, vt idem possit dici restitutum, si aliud indiuiduum eiusdem generis præstetur, non apparet in equis, bobus, &c. quorum alterum corpus non fungitur ita vice alterius, vt idem videatur equus restitutus, si alium equum eiusdem bonitatis mihi restitueris, nam hic singula indiuidua inter se differentiam quandam & diuersitatem admittere videntur. Hinc dicuntur illæ fungibiles, quod eorum vnum eiusdem speciei indiuiduum fungatur vice alterius in commerciis rerum. Quod autem altera res fungatur ita vice alterius, necessitas & ipsa rerum natura postulauit, cum vsus earum consistat ordinarie in abusu, adeoque alteri concedere vsum aliter nequeo, quam cum facultate absumendi. Dicuntur etiam hæ respondere numero & mensura constantes. *l. 2. §. 3. ff. de reb. cred.* Non quod quælibet res, quæ pondus, numerum & mensuram habet simul fungibilis sit, sed quod illæ, quæ fungibiles dicuntur, non aliter in commercium veniant, non aliter certum contractus alicuius obiectum 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, boues, fundi &c. Paucis, res fungibiles considerantur vt corpora iuridica, non fungibiles vt quantitates iuridicæ. conf. Vult. *discept. scholast. c. 19.*

§. XVII. Consistit itaque propria affectio rerum fungibilium in eo, vt vsu consumantur, quæ consumtio in iure duplex est, vel naturalis vel ciuilis. Naturalis contingit vel in rebus, quæ ipso vsu statim absumuntur, vt in cibo, & potu vsu venit: vel in rebus quæ alias corruptioni facile obnoxie, quo pertinent, quæ seruando seruari non possunt.

§. XVIII

§. XVIII. Inter has tamen quæ seruando seruari 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 vsu atteruntur, vel etiam absque vsu saluæ & integræ esse nequeunt, etsi non plane intereant, vt vestimenta, suppellex fictilis &c. Non videtur intellexisse vel saltem attendisse Tribonianus hanc distinctionem, dum vestimenta ad quasi vsumfructum, qui scilicet est earum rerum, quæ vsu consumuntur, retulit, crasso satis errore in §. 2. de l. vsufruct. Neque enim ipso vsu consumuntur vestimenta, licet quodammodo atterantur, cum attritio non statim faciat res fungibiles, alioquin eadem ratione dicendum esset, mobilia fere omnia atque utensilia, præsertim lintea, vt mappas, mantilia, toralia, &c. eodem numero habenda, atque vestimentorum, ita & harum rerum non verum, sed quasi vsumfructum esse: quod nemo sane dixerit. Imo etiam ratio rerum fungibilium est: Adeo vestimenta ad illas res referri nequeant, quarum altera fungitur vice alterius, quod tamen de essentia rerum fungibilium est: Adeoque vestimentorum non erit mutuum, sed commodatum, id quod nec dissentientes dissententur. Hinc & Icti veteres Triboniano longe prudentiores vestimentorum verum vsumfructum esse voluerunt. Nam Ulpianus disertè in l. 15. §. 4. de vsufr. asserit, si vestimentorum vsufructus legatus sit dicendum esse, non sicut quantitatatis vsumfructus legari, h. e. non esse vestimentorum quasi vsumfructum, vti quantitarum, adeoque ita eum vti debere, ne abutatur: quod omnino admitti deberet, si vestimentorum esset quasi vsufructus. Neque vero tollitur hæc antinomia per vulgatam distinctionem inter vestimenta quotidiana & scenica seu lugubria, ita vt horum quidem verus, illorum quasi vsufructus constituitur, nam de vtroque casum intelligendum esse Ictum, ex ipso contextu apparet. Etenim in cit. loc. §. 4. prohibetur vsufructuarius 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 indulget. Quod si ergo §. 4. esset intelligendus de hisce vesti-

stimentorum generibus, reuera esset contradictio inter §. 4. & 5. quod admitti nequit. Accedit quod ratio a ICro addita etiam in vestimentis quotidianis locum habeat, sc. ita debere vsu fructuarium vestimentis vti, neabutatur, vsufructus enim se componit ad naturam obiecti, vnde & ICtus in l. 9. §. 3. ff. vsufr. quemadm. caueat. notanter ait, attritionem sine dolo malo factam non nocere. Ex hisce difficultatibus nec Bachou. ad Treut. t. 1. disp. 16. lit. a. se extricare potuit, hinc ingenue faterur, vel erratum esse a Triboniano, vel metonymice vestem pro lana positam esse: ast posterius contortum est, hinc vt prius asseramus, necessitas exigit. conf. Huber. ad inst. tit. de vsuf. & Vinn. ad inst. ibid. Videant iam subtiles anti-nomiarum conciliatores, quo pacto hanc antinoniam veram & non apparentem, velint tollere: videant illi, qui disputant, vtrum institutiones derogent pandectis? (quod regulariter arbor) an & hic derogent, quod non puto, quia Tribonianus non habuit animum corrigendi tradita ICtorum, sed bona fide ex ignorantia principiorum iurisprudentiæ hic errauit.

§. XIX. Ciuilis consumptio est earum rerum, quarum quidem substantia non absumitur aut esse desinit, vsus tamen consistit in alienatione. Hoc respectu & fructus a. b. f. possessore consumuntur illi, qui quouis modo alienati. Si pecunia ita dicitur consumi, quoties exsoluitur. vid. Da. 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 noua species facta, extincta videtur, & per ædificationem ex aliena materia, ipsa digna videntur esse consumpta, tum vindicari nequeant, sed tantum detur actio de tigno iuncto.

§. 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 vsurpare nequeo, nisi consumptione naturali vel ciuili, qualia exempla occurrunt in vuis, vino, tigno, pecunia &c. & in his consistit, regulariter mutuum, vt & quasi vsufructus. Hoc quidem non diffiteor, quod etiam certis in casibus ali-

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

§. XXI. Res fungibiles arbitrariæ sunt, quæ pro diuersitate vsus inter homines variantes modo destinantur ad consumptionem, modo non. Tales sunt, quæ regulariter adhiberi, & aliis etiam ad vsum concedi possunt, salua manente substantia, seu absque consumptione, interim tamen sæpe etiam destinantur ab hominibus ad commercia & habentur vendendi causa, vt pleræque merces in tabernis, præsertim illæ res, quæ ab artificibus ideo artificio præparatæ sunt, vt vendantur, veluti aratra, rastra, currus, horologia, libri seu compacti, seu non compacti in bibliopolis, & aliæ res infinitæ huius 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, cuius 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. guararia 18. ff. de act. E. V.* Hahn, *ad Wes. tit. de rer. diu. n. 4. verb. nisi per interpretationem.*

§. XXII. Quatenus itaque destinatio hominum hiæ in rebus variat, & ius ipsum circa illas res variare necessum est, ita vt modo mutuuum, modo commodatum in his rebus concipi possit. Sic v. g. a bibliopola possum libros etiam mutuo accipere, quia is destinauit eosdem ad commercia, seu ad consumptionem ciuilem: ab iisdem studiorum gratia vtuntur, eos regulariter soleo commodatio accipere &c.

§. XXIII. Quia autem non sufficit aliquid ad consumptionem esse

C

esse

esse destinatur, nisi ipsa res ita fuerit comparata, vt in rerum com-
merciis vnum indiuiduum possit fungi vice alterius, hinc non omnes
etiam res, quæ a mercatoribus destinatae sunt ad vendendum, ad mu-
tuum referri possunt, quia hic solummodo obligor ad rem in genere,
in indiuiduo restituendum, neque etiam ordinarie commodato so-
lent dari, sed potius vendi. Hinc referenda res ex singulari raritate
conspiciunt, veluti medicamentum rarum, & merces pleraque artifi-
ciales, diligenti ac artificiosa opera specificatae, veluti horologia, in-
strumenta mathematica, instrumenta experimentis physicis inserui-
entia, aliaque.

§. XXIV. Interim, quia communiter res fungibiles, quæ vel
vsu consumuntur, vel ad consumptionem civilem destinatae sunt, pro-
miscue vsurpari solent, liceat in materia nostra voce rerum fungibi-
lium tam late vt, vt etiam has res sub se comprehendat, quia omni-
no certum est, intuitu mercatoris seu artificis, qui eas venales habet,
nec in has cadere pretium affectionis, eo ipso enim, dum eas vendi-
tioni exponit, animum suum tacite declarat, se nullam affectionem in
rem ipsam habere, quam alioquin sibi reseruaret.

§. XXV. Cum iam subiectum & prædicatum huius nostræ
propositionis secundum sua fundamenta enucleauerimus, nihil am-
plius superest, quam vt connexionis subiecti cum prædicato verita-
tem demonstremus. Ipsa tamen denominatio pretii affectionis satis
superque ostendit, illud oriri ex affectibus humanis circa rem quan-
dam concurrentibus. Sunt vero hi triplicis generis, *voluptas* scilicet,
auaritia & *ambitio*. Quod si nunc in examen reuocamus casus illos,
quos communiter Dd. ad doctrinam de pretio affectionis congerere
solent, patet, omnes illas circumstantias, propter quas affectio circa
rem adesse creditur, vnice fundari in aliqua ambitione: v. g. quod
res sint donatae a principe. Ambitiosus enim nihil ipsa gratia prin-
cipis antiquius habet. Etsi quidem leuissimum fuerit, quod prote-
ctum est a principe, ambitioso tamen id inestimabile videur. Pri-
mum illustris alicuius certaminis eandem affectionem producit, & li-
cet vel coronæ gramineæ vt olim, vel ferreæ, aut quercinæ datae,
fuerint, tamen circumstantia certaminis fortitudinis magnam affectio-
nem operatur. vid. *A. Gell. noct. Att. lib. 5. c. 6.* Reliquias porro casus

ſus alicuius inſoliti magnificare ſolemus, non ob alium finem, quam vt iactatione quadam multa de caſu illo inſolito & periculo, in quo nos tanquam homines ſingulares ſeruati fuerimus, aliis narrare poſſimus. Quæ a maioribus 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 alicuius magnum euafit periculum aut prælium cruentum, affectionem quandam in illum equum conicere ſolet, vt vbique docere poſſit, ſe maximis interfuiffe certaminibus, præliis & periculis, ex quibus ambitioſus ſibi laudem parat &c.

§. XXVI. In auaris & voluptuoſis non eadem affectio peculiaris circa res obtinere videtur. Auarus quippe vnice & primario pecuniæ inhiat hanc auide deſiderat, hanc pro ſcopo habet, adeoque ſi hac potitus eſt ſecundum commune pretium, in reliquis reſere 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 arident, quam aliæ gratiæ & beneuolentiæ teſtimonia, quia non illam primario intendit, ſed tantum habet pro medio perueniendi ad finem ſuum, ſc. ad diuitias, 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 linteoſum aliquod, aut ligamentum, amoris teſtimonium, ein Affectionis Båndgen ꝛc. Verum perſuaſiſſimum, talia pretia non attendi a iudicibus. Ratio in promptu eſt: Voluptas eſt vitium, quod omnium reprehenſioni eſt obnoxium, adeoque huic non ſuccurrunt, neque ei fauent leges humanæ. Accedit, quod leges ferantur ab ambitioſis hominibus, h. e. ab hominibus in virili ætate conſtitutis, qui aliis dominantur, quia adeoque leges ingenio proprio valde indulgentes condunt, & ea quæ ipſis aduerſa ſunt, condemnant. Voluptas reſ abiectiſſima ambitioſo videtur: Hinc factum etiam medios inter Chriſtianos, vt ambitioni nomen virtutis attribuat, vnde & fortitudo bellica character plerorumque ambitioſorum, apud Florum, Curtium, alioſque ſcriptores ethnicos nomine virtutis abſolute

lute positæ denotatur, veluti in hoc prælio virtus eius emicuit. De populo Rom. Florus lib. 2 c. 3. ita: *utraq; gente quasi cote quadam populus Romanus ferrum virtutis sue acuebat.* Sic Cæsar L. 13 c. 36. *de bello Gall. intellecturus est, quid inuicti 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 ad eo 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 diuidua qua talia, verum avarus non tam indiuidua 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 iuueni 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 seruare, vt vanam inde captare gloriolam, & iactare nos possimus, 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 nouum inuenerimus, vel designo quodam peculiari providentiæ diuinæ, quod nos in magno seruauerit periculo, cuius rei memoriam hoc ipso ad posteros transmittere desideramus. Iam vero ad hoc requiruntur res, quæ seruando seruari possunt, quales non sunt res fungibiles.

§. XXX. Ad cæteras res mediæ generis, de quibus §. 18. actum quod attinet, ex destinatione & vsu earundem apparebit, an pretium affectionis in eas cadere possit. Quod si eadem ad quotidianum usum adhibeamus, testatur eo ipso, quod in iis nullam habeamus affectionem. In quibus enim rebus affectionem collocamus illas ser-
vare

vare & custodire, certis que tantum temporibus vsurpare solemus, ne præmature atterentur aut corrumpantur. Quodsi itaque eas seruemus & custodiamus, iam etiam in illas affectio cadit, etsi tempore alias sint peritura v. g. si a principe aliquo lintei quoddam genus vel vestimenti donatum, aut si talia e naufragio seruauerimus, aut a maioribus nostris ad nos translata acceperimus.

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

CAP. II.

De

Vsu doctrinæ, quod pretium affectionis
non cadat in res fungibiles.

SUMMARIUM.

Inuitus memorem suum vendere cogitur. Ratio axiomatis. §. I.	Inuitus qui vendere cogitur si id postulat utilitas publica. §. V.
Leges id inculcantes. §. II.	Eadem utilitate publica suadente inuitus creditor aliud pro alio accipere cogitur. §. VI.
Inuito creditori aliud pro alio solui non potest. §. III.	
Quod modis aliud pro alio solua-	

C 3

Ne.

Necessitas etiam facit, ut inuitus rem suam vendere cogatur. §. VII. Et ut creditor inuitus 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 inuita, 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 inuitus vendam ob utilitatem publicam sufficit pretium commune. §. XIV.

Hic pertinet constitutio. l. 1. C. de comm. seru. manum (Medici serui. Eunuchorum maius 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 iuris sit, si res mutetur & non plane inereat. §. 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) Vbi non procedant in rebus non fungibilibus, seu corporibus, vbi non afferri potest iustus pretextus pretii affectionis. §. XXII.

3) Vbi de hoc preteriti iudici probationes verosimiles fides non fuit facta. §. XXIII.

§. I.

Occurrunt in iure nostro duo Brocardica etiam Iustinianeis primis nota, quorum prius est: *Nemo inuitus ad vendendum cogitur*: posterius vero: *Aliud pro alio inuito creditori solui non posse*, vtrumque & rationibus suis & legibus certis innititur. 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 ius de re sua pro lubitu disponendi, quamuis hæc definitio inadæquata sit. Iam vero pugnant

gant inter se: habere liberam facultatem disponendi de re sua lūbitu, & tamen cogi posse ad vendendum. Accedit, quod ipsa natura emtionis venditionis coactionem respuat, cum solo consensum perficiatur adeoque quicquid obest consensui, obest etiam emtioni, venditioni. At quid magis obstat consensui quam coactio? *L. 116. ff. de R. I.*

§. II. Rescripserunt hanc ob causam imperatores in *l. n. C. de contr. E. V. inuitum comparare vel distrabere postulantis desiderium iustam causam non continent.* Neque æquum esse dicit Paulus *l. 9. ff. de act. rer. amot.* inuitum suo pretio res suas vendere, imo idem *l. 70. ff. de rei vind. rapine* instar esse dicit, inuito Domino rem iusto pretio comparare & imperatores in *l. 14. C. de contr. E. V.* grauem esse iniuriam iudicant, vt homines de rebus suis facere aliquid cogantur inuiti, adeo vt ne quidem Iudæorum libertas hac in re restringi debere legislatores voluerint in *l. 9. C. de Iudæis.* Et quidem hæc omnia fluunt ex communi axiomate de obligationibus contrahendis, quod libera potestas vnicuique sit habendi & non habendi contractus, vt 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 iure delib.* Imo & hoc exinde deducitur. Si iam res nostra ab altero retineatur, non tamen ex titulo domini translatio quod inuitis nobis illam alius retinere non debeat. *l. 25. §. 1. ff. solut. matrim.*

§. III. Altera regula: quod aliud pro alio inuito creditori solui non possit, itidem fundata est, tum in ratione, tum in legibus. Ratio certe vult, vt fides promissorum eo modo impleatur quo conuentum est: Qui autem aliud vult soluere, quam id quod est in conuentionem deductum, a sua parte obligationi non satisfacit. Accedit, quod in rebus non fungibilibus vnum indiuiduum non possit fungi vice alterius, vnde qui non soluit id, quod promissum est, fidei pactorum non seruat: sic enim obligatio dissoluenda, vt colligata est *l. de R. I.* Et illud ipsum iam confirmat ICtus in *l. 2. §. ff. de reb. cred. l. 98. §. 6. de solut. l. 16. C. eod.* Vnde qui obligatus est ad soluendum, sed alio modo satisfacere paratus est, non auditur nec pin-

ra ob debitum data ita liberantur. *l. 6. §. 1. quib. mod. pig. vel hypoth. solu.*

§. IV. Soluere autem aliud pro alio videtur 1) quia aliud indiuiduum substituit, quam illud, quod in obligationem erat deductum, veluti, qui promisit certum aliquem equum, non potest offerre solutionis loco alium equum &c. Sicuti enim plus petere videtur, qui rem non petit eo modo, quo est in obligatione §. 33. *l. de act.* ita minus soluere videtur, qui aliam rem similem substituire conatur. 2) Qui aliud genus substituit, quam quod debetur: veluti pro tritico vinum, aut hordeum pro tritico *l. 2. pr. ff. de reb. cred. Struu. exerc. 16. th. 26.* modo etiam generis diuersitas reuera adit, vt morali quoque æstimatione pro diuersis habentur generibus. Hinc qui dedit aureos nummos, & recipit argenteos, diuersum recepisse non videtur, cum in pecunia non tam corpus, quam quantitas consideretur. *l. 1. ff. de cont. E. V.* modo etiam fuerint dati vt quantitas, non vt species: sic enim sufficit quod eandem quis quantitatem recipiat, aliud foret, si non quantitatem exsoluere, sed nomen sui debitoris in solum dari vellet, quod inuito creditori obrudi non potest. *l. 19. C. de solut.* 3) Qui aliud facit, quam ad quod erat obligatus: Vnde liberatio non contingit facto diuerso pro facto soluto, vt dicitur in *l. 99. §. 6. ff. de solut.* 4) Qui pro quantitate speciem substituit, veluti, pro pecunia numerata ædes, agros, quod demum volente creditore ad mittitur. *l. 17. C. de solut.* 5) Qui pretium pro re debita soluere intendit: Hic non auditur venditor, etiam si vel maxime duplum pretii emtori pro re tradenda offerre velit. *l. 6. C. de rescind. vind.* sed præcisa necessitas rem venditam tradendi ipsi incumbit. §. 7. *l. de donat.* cum in singularibus pretium non succedat in locum rei conf. Gail. 2. *obs. 17.* 6) Quo referri etiam potest, qui interesse pro illo, quod faciendum erat offert. Equidem alias hic distinguunt inter obligationem dandi & faciendi, ita vt obligatio dandi præcisam tradendi necessitatem contineat, secus ac obligatio faciendi, vbi præstatione eius, quod interest, debitorem volunt liberari, vt ita aliud pro alio in hoc casu solui permillum videatur per *l. 72. ff. de V. O. l. 13. §. f. de re iud. arc. l. 17. ff. §. 2. de cond. & dem.* quia sc. neminem ad factum præstandum

cogi posse afferunt. Sed præter Cuiacium & Perezium ostendit li-
quido Huber. *in post. ad l. tit. de verb. obs. §. 5.* regulariter etiam il-
lum, qui ad factum obligatur aliud parti inuitæ soluere non posse, cum
& remedia coactiua pignoris captiones, missiones in possessiones, mul-
tæ 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, vbi debitor extreme contumax
est, in locum obligationis faciendi succedat condemnatio ad inter-
esse, id ex accidenti fit, & est quasi pœna, quod fidem violauerit,
quemadmodum & alii, qui contractibus eo modo, quo conuentum
est, non satis faciunt, tandem aliter quam ad interesse conueniri non
possunt. Vnde apparet, interesse non tantum præstari in obligatio-
nibus faciendi, sed etiam in obligationibus dandi, vti mox docebi-
mus.

§. V. Quicquid alias communiter in aliis regulis iuris acci-
dere solet, vt plurimas sc. admittant limitationes & exceptiones,
cum in negotiis, quæ infinitis circumstantiis subiacent, & ideo infi-
nitis etiam modis variare possunt, certa aliqua & quæ nullam patia-
tur limitationem, regula vix dari possit, id ipsum quoque in hisce
duabus regulis vsu venit. Sic itaque, 1) inuitus ad vendendum cogi
potest, *si publica utilitas id suadeat*, hæc enim suprema lex esse debet,
adeoque huius gratia regulis iuris communis quam sæpissime receditur,
fatente ipso Iuliano *in l. si. ff. ad l. aquil.* Fluit hoc ex natura
iuris vulgaris, quod iuri eminenti penes eum, qui summam, in republ.
intuitu rerum & personarum, habet potestatem, existendi subordi-
natur, ita sc. vt quoties vulgare ius concurret cum eminenti, huic sem-
per debeat cedere. Dn. Præs. *iur. pr. diu. l. 1. c. 1. n. 127.* Huic fun-
damento innicitur *ius stapule*, das *Stapel-Recht*, vi cuius Dominus
territorii transeuntes obligat vt ibi subsistant, mercesque suas ad uti-
litatem reipubl. exponant. Cum porro intersit reipubl. ne quis re
sua male abutatur, & vero Romani non raro seruos suos durius abs-
que causa haberi solebant, hinc constituit imperator, cogendum esse
talem Dominum, seruum suum bonis conditionibus vendere, ne
in potestatem suam reuertatur. §. 2. *l. de his qui sui vel al. iur. sumi.*

D

Ex

Ex quo Dd. hodie inferunt, si nimium quis in suos subditos sæniat, eum a superiori cogi posse, vt iurisdictionem vendat. *Mynf. cent. 5. obs. 5. obs. 8.* Gomez. *l. 2. var. resol. c. 2. n. ult.* *Stamm. de seruit. person. l. 3. c. 35. n. 7.* *Carpz. l. 1. resp. 53. n. 11.* *Richt. decis. 98. n. 13.* Sed hæc illatio clariorem meretur indagacionem. Aut enim hæc assertio est intelligenda de principibus imperii nimium subditos suos grauantibus, & sic tum per *rer. imp. de An. 1654. §. 205.* tum per *capit. Leop. art. 3. inf.* dispositum, ne facile audiantur subditi contra principes, hinc in hoc rerum statu vix dabitur casus, vt contra principem propter eius sænitiam in subditos, a camera vel aulico iudicio procedatur, & licet subditi tandem admissi sibi comparauerint mandata, quod per quam rarum esset, cogi tamen non poterit princeps, vt ius suum territoriale propterea vendat, ob argumentum a seruis ad subditos sine ratione extensum: Aut vero hoc intelligi debet, vti plerique alii faciunt, de nobilibus iurisdictionem exercentibus: Sed tunc dubitari posset, annon nobilis potius ita per abusum iure suo plane excideret: regulariter enim Dd. in eo consentiunt: ius amitti per abusum, aut sic nequidem opus foret vt compellatur ad vendendam suam iurisdictionem, 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.* *Brunnem. ad l. 11. C. de cont. E. V.* vbi id singulare est: quod cura hæc olim ex parte etiam pertinuerit ad episcopos, adeoque per censuram ecclesiasticam illi soliti fuerint adigere ciues ad vendendum frumentum. *Brunnem. ad l. 1. §. 7. C. de episc. aud.* Inprimis vero nobiles, qui copiosorem frumenti apparatus possident, tempore necessitatis cogi possunt, vt superfluum vendant rusticis vel ciuibus, etiam sub pœna. *Conf. Bruckner. de vendit. necessar. th. 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. quemad. seru. 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 iusto pretio vt vendat prædium suum ad dilationem vel extractionem cœmisterii cogi posse, euincit *Carpzou. iurispr. eccles. l. 2. th. 24. d. 388.*

mo-

modo alias in promptu non sit locus in quo commode possit extrui cœmeterium, quod præsertim, vbi agitur de dilatando cœmeterio accidere facile potest. Hoc fere concordat cum iure ciu. vbi si quis sepulchrum habebat, via autem ad sepulchrum destitueretur, præses compellere debebat vicinum, iusto pretio iter ei præstari. *l. 12. pr. ff. de relig. & sum. fun.* Sic etiam olim, vbi lapidicinæ fructus priuatorum fundorum erant, vsus necessarii lapidis non erat interclusus, quin, vt permitteret lapidem cædere in publicam vtilitatem cogi poterat dominus prædii *l. 13. §. 1. ff. comm. præd. tam. urb. quem. rust.* Denique huc posset etiam referre, quod in iudicio finium regundorum, si euidentioribus finibus distingui agros commodius & vtilius sit, quam olim fuissent distincti, necesse sit, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari, vt dominus illius agri hanc partem pro certo pretio alteri præstet. *§. 6. l. de off. lud. l. 3. ff. fin. reg.* quippe publice interesse, euidenter distinctos esse agrorum terminos. Alias adhuc limitationes & exceptiones vid. apud Brunnem. *ad l. u. C. de contr. em. vend.*

§. VI. Ex eodem fundamento quoque limitationem patitur altera regula, *quod sc. aliud pro alio inuito solui non possit.* Sæpe enim salus & vtilitas reipubl. creditores compellit, vt aliud pro alio accipere teneantur, nam cum ob vtilitatem publicam princeps possit debitum plane alteri donare, cur non creditorem compellere, vt aliud pro alio accipiat? Luculentissimum huius rei exemplum occurrit in *rec. imp. de An. 1654. §.* So viel nun 172. Multis enim per funestum illud bellum tricennale bonis suis omnino lapsis, & creditoribus suis propter illam feralem ruinam exacte satisfacere non valentibus, de remediis subueniendi debitoribus cogitandum erat, vbi illis quoque inter alia beneficium dationis in solutum indulgebatur, ita enim in *R. I. cit. l.* dispositum legimus: Auf den Fall Er, (debitor scil.) 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 Gücher an statt baarer Bezahlung, (jedoch daß dem Creditori die Wahl nach bestem gemeiner Rechten frey stehe) auf deroselben vorhergehende zwischen den vorigen und gegenwärtigen Zeiten auf das Mittel gestellte billige Schätzung

abjulegen, der Creditor aber solche anzunehmen schuldig seyn. Neque vero hoc beneficium dationis in solum iure civili incognitum, sed clare fundatum in nou. 4. c. 3. & inde desumpta aurb. hoc nisi C. de solut. vbi itidem disponitur, vt detur secundum quantitatem debita possessio rei immobilis creditoribus, modo illa emtorem inuenire non possit. Hoc casu tamen rursus indultum creditori, vt meliora rerum ipsius debitoris eligere possit, cum teneatur coactus suscipere possessionem immobilem: id quoque in ecclesia debitrice receptum est per nou. p. 121. c. 6. verb. Si vero secundum predictum modum & aurb. hoc ius porrectum C. de SS. eccles. vt emtore non inuento res æstimata creditori detur in solum, addita in pretio vniuersæ æstimationis decima parte, & accidente consensu ordinatoris, & maioris partis ibidem seruientium. Quod hic dicitur de decima parte ultra veram rei æstimationem adiicienda, contra ius poli & conscientiæ esse cum Baldo arbitror: ita Accursius *τὰ* addita accipit pro remissa, vt decimam pretii partem ipsi creditori remittendam esse velit, cum rem ecclesiasticam inuitus in solum accipiat, iam vero qui in vno est grauatus, in altero est releuandus: non tamen optimam sed mediocrem rem eligere debet. Huc quoque videtur respexisse summi iudicii Ictus Labeo citatus ab Vlpiano l. 4. §. 3. ff. de re Iud. vbi vis, qui condemnatus erat, vt pecuniam soluat, ex magna & idonea causa audiri debet, si non velit soluere, sed alio modo satisfacere. Talis iusta est, si heres a testatore iustus sit, seruum hæreditarium præstare legatario, qui tamen ipsius pater, vel mater, vel frater naturalis sit, tum enim cogi potest legatarius, vt 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 suadens, 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 perit, tunc necessitate virgente inuitus rem suam vendere & loco rei suæ æstimationem recipere cogitur. Cum itaque secundum commone Dd. assertum commodarius teneatur ad exactissimam diligentiam l. 5. §. 2. ff. commod. hinc,

hinc, si res vel leuissima eius culpa perit commodans ex necessitate pretium eiusdem accipere tenetur, veluti si commodatarius in incendio res commodatas potuisset saluasi facere, suas autem prætulit. *l. 5. §. 4. ff. commod.* Si res a furibus auferatur, cum furtum regulariter fieri præsumatur culpa leui. *§. 16. l. de obl. quæ ex delict. nasc.* vel si non præferatur ab illo, cui ad perferendum erat concredita, *l. 10. ff. commod.* vel aliter perierit, tunc enim itidem pretium debetur. *l. 17. §. 7. eod.* vel etiam si deterior insigniter reddita, *l. 3. §. 1. eod.* ita sc. vt ea commodans amplius vti nequeat, nec tunc eam recipere tenetur, ne damnosum ei sit suum officium. *l. 7. quemadm. restam. aper.* vbi vero commodans æstimationem oblatam recipit, si quidem adhuc exstat, rem offerentis facit. *l. 5. §. commod.* Hoc ipsum quoque in deposito vsu venire potest, quamuis forsitan rarius, cum non eadem exactissima diligentia ibi requiratur, vt in commodato, sed sufficiat, si depositarius a dolo & culpa lata immunis sit. Quod si itaque, dolo vel lata culpa vel etiam leui, si ita conuentum. *l. 1. §. 6. ff. depos.* res deposita deterior reddita, *l. 1. eod.* vel dolo malo depositarii factum, vt seruus depositus aufugeret. *l. 7. pr. ff. eod.* vel aliter res amissa aut deperdita sit, æstimatio præstanda erit. Idem iudicium ferendum de pignore, si culpa creditoris perierit. *l. 5. C. de pign. act.* vel deterius factum fuerit. *l. 7. C. eod.* Inprimis vero sæpius in rei vindicatione æstimatio rei præstanda, si res dolo malo non restituitur: veluti, si possessor dolo malo desit, possidere, quo casu condemnatur in æstimationem, quasi adhuc dosidere. *l. 77. de R. vind.* Itidem si perit, vel alia ratione domini interesse non admittat, vt rem ipsam recipere possit &c. Rei tamen æstimatione præstata, statim dominium ad possidentem transit, cum eo pretio videatur decidisse, quod ipse actor constituit, vt ait Paul. in *l. 46. de R. V.* nam si lis, h. e. res in litem deducta, fuerit æstimata, similis est venditioni. *l. 7. §. 1. ff. de public. in rem act. l. 3. ff. pro emtore.* Et qui litis æstimationem suffert, emtoris loco habendus est, vt ait Iulianus in *l. 77. pr. ff. de act. rer. annot. l. 1. ff. pro emtore l. 17. §. 2. de euict.* Ex iam dictis denuo constat, dominum ad rem suam vendendam interdum reuera cogi. Interire vero potest res vel naturaliter vel ciuilitè: Ciuilitè interire videtur, quoties 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 extincta, ut ipsa vindicari non possit, quia quasi accessorium alterius rei facta, & sic dominio eius quasi ipso facto addicta: Quodnam vero hoc casu domino superest remedium? Nullum aliud, quam ad æstimationem recipiendam præfertim, si res mea, ad alterum sine facto meo peruenit. Nam ubi facto meo res mea alteri acquiritur, veluti, inædificatione in solo alieno ex meis tignis, nulla actio in iure videtur prodita ad petendam æstimationem, sed nudum ius retentionis ædificanti conceditur. §. 30. *l. de R. D. conf. Vimm. ad hunc §. n. 4.* In aliis remedia plura sunt prodita. Si in specificatione domino materię contra m. f. specificantem datur actio ad exhibendum *l. 17. §. 3. ff. ad exhib.* & rei vindicatio, tanquam contra eum, qui dolo desit possidere, sc. vtrinque ad æstimationem: præterea competit conditio furtiua, *l. 13. de condict. furt.* & actio furti. *l. 51. §. 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 obseruaerint, inducti sunt ut crederent, in emtione venditione venditorem non præcise ad tradendam rem esse obligatum, sed præstando interesse liberari, etiamsi vel maxime facultatem tradendi habeat, quales qui fuerint, recenset Vngebauer *in exerc. Iustin. 12. qu. 5.* quod tamen liquido est contra regulam nostram supra satis formatam. Decepti vero sunt sine dubio ex eo, quod in quibusdam textibus iuris dicatur, venditorem condemnandum esse ad interesse, si non tradat, & sic supposuerunt casus, ubi etiam venditor potest rem commode tradere, adeoque alternatiuam quandam obligationem hic substituerunt. Sed omnes textus fere, quos pro sua coaceruant sententia, pertinent ad limitationem hanc, de qua iam solliciti sumus; agite: videamus, quid ex illis legitime inferre liceat: *in l. 1 ff. pr. de act. E. V. dicitur, si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur*
h. t.

b. t. quod rem habere interest emtoris. Idem simpliciter asseritur in *l. 11. §. 9. eod. l. 10. p. ff. quib. mod. ping. vel. hyporb. solu.* Verum multis modis accidere potest, ut res non tradatur, vel quod tradi non possit ob eius interitum, vel deteriorem 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. mora venditoris traditio rei venditæ iuxta emtionis contractum non fiat, ad interesse condemnandum esse venditorem. Quomodo enim aliter fieri potest, si res emta per moram venditoris in eum statim fuerit deducta, ut traditio vel penitus non, vel non commode fieri possit, quam ut emtor ad suam indemnitate egat: Huber *ad l. 11. de emt. vend. §. 4.* Vngebauer *cit. l. 1.* Frustra quoque dissentientes pro sua sententia allegant *l. 12. ff. de act. emt. vend.* ubi disponitur, ut si iactum retis emerit, & piscator quod extraxit, piscium reddere mihi nolit æstimari id debeat, quod extraxit. Nam reuera hic casus ad limitationem nostram spectat. Piscis enim plerumque ad res referendi, quæ statim consumuntur; non asseruantur, sed seruando computrescunt. Finge ergo, te piscatorem in ius 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 fiunt lites: idem est iudicium referendum de carniem emtione, de qua in *l. 10. C. de act. E. V.* cum & caro ad res seruando seruari non solitas pertineat adeoque ex necessitate hisce in casibus aliud pro alio solui 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 successiue fuerit vendita, & posteriori tradita, prior traditionem amplius vrgere nequid, sed venditor ex necessitate quan-

quanti emtoris interest, præstare tenetur *l. 6. C. de hered. vel act. vend.*

§ IX. In stipulatione quoque non raro accidere potest, ut ex necessitate aliud pro alio solui debeat. Id vero quod soluendum est, consistit vel in dando, vel in faciendo. In dando, veluti, si seruum 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 interuenerit, tenetur nihilominus ac si adhuc viueret, *l. 82. §. 1. eod.* perpetuat enim illa obligationem, quod, quomodo sit intelligendum, traditur *in cit. l. 91. §. 3.* Et huc pertinent *l. 23. l. 24. l. 49. pr. §. 1. seqq. eod.* Quomodo vero tenetur? non ad soluendam rem promissam quæ non amplius existat, sed ad eius æstimationem, ceu clare asseritur *in l. 39. §. 1. ff. de leg. 1. ibi. in stipulatione si post moram res interierit, æstimatio eius præstatur.* Ibidem est, si per constitutum promissus homo fuerit, nam & tunc pretium deberi dicitur *in l. 23. ff. de constit. pecun.* In obligatione porro faciendi sæpius aliud pro alio solvitur sed non aliter quam per rationem nostræ limitationis, si scilicet necessitas id suadeat. Nam supra §. 4. *b. t.* iam errorem communem reiecit quasi obligatio faciendi, promiscue admittat præstationem eius, 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 conuenire velit, qui nec offerendo interesse se liberare poteris, nisi actor consentiat, cum alias reus per contumaciam & fidem fractam sibi lucrum & commodum quereretur. Quæstio vero non est, an secundum regulas prudentiæ agat actor, si promissorem necessario ad factum præstandum adstringere velit, præsertim in casu ubi industria & experientia hominis requiritur. Et hoc modo commode explicari possunt textus, qui pro communi in medium produci solent sententiam. Quam enim *in l. 13. §. ff. de re iudic.* simpliciter dicitur, *eum, qui non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnari debere, sicut euenit in omnibus faciendi obligationibus:* hoc tamen in-

intelligi debet, positis terminis habilibus, si scil. actor interesse petat, vel reus ad factum nullo modo compelli possit. Neque aliud euincitur *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 stabi- lienda adducit Vngebauer. *Exercit. Iustin. II. qu. 2.* quati eo ipsi infringere- retur libertas & species quædam seruitutis imponeretur hominibus *arg. l. 71. §. 2. ff. de condit. & demonst.* Ratio hæc si iusta & vera es- set, sane non tantum in obligationibus faciendi, sed plerumque et- iam in obligationibus dandi obtineret, vbi sæpius res præstanda ma- nu militari a contumaci aufertur, aliaque coactione ad rem debitam tradendam res adstringitur, quæ certe non inuoluit liberam volun- tatem, vel, si vis, libertatem, nec definitio ipsa obligationis gene- raliter veritati esset consentanea, quod sc. sit *iuris vinculum*, quo *ne- cessitate* ad aliquid præstandum *adstringimur pr. I. de oblig.* accedit, quod sic in obligatione faciendi debitori indistincte liberum esset ser- vare vel frangere fidem, quod tamen contra æquitatem naturalem foret.

§. X. Cæterum, cum diximus, neminem teneri *inuitum* ad rem suam vendendam, & nemini *inuito* aliud pro alio solui posse, apparet, non ad limitationes sed ad declarationem regularum no- strarum pertinere, si volens quis alteri rem vendat, veluti, si res com- modata vel locata, vel deposita iusto pretio interueniente, commo- datario, conductori, aut depositario vendatur: Item si dominus rem suam vindicans malit pretium, quem ipsam rem recipere, & in hoc possessor consentiat vel etiam si locatæ, depositæ aut commodatæ rei ab initio adiiciatur æstimatio, venditionis gratia, nam & tunc em- ptio venditio ex voluntate vtriusque facta censetur. Sic etiam volen- ti creditori aliud pro alio solui potest, vt liberatio contingat, etiam per satisfactionem aliam, solutionis vice admissam quia pro solutione est: *l. 17. ff. de solut. liberantur pignora. l. 6. §. 1. quib. mod. pign. vel hy- poth. salu.* Inde imperatores rescribunt in *l. 17. C. de solut. Manifesti iuris est; tam alio pro debitore soluente, quam rebus pro numerata pe- cunia consentiente creditore datis, tolli paratam obligationem. conf. pr.*

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

§. XI. His itaque præsuppositis ad vsum nostræ regulæ propius accedimus. Constat vero inter omnes, requiri, quoties res venditur, pretium in pecunia numerata consistens. Quodsi vero aliud pro alio soluitur, requiritur, vel res æquivalentis pretii, vti supra diximus de ratione rei immobilis in solutum, vel pretium æquivalens, quo referri possunt exempla adducta §. 8. seq. Hinc iam oritur quæstio, quale pretium vtrobique præstari debeat, an commune, an legitimum, an vero pretium affectionis. Facile autem apparet, vna eademque decisione quæstionem hanc resolui non posse, cum ex hæctenus dictis constat, variare circumstantias in limitationibus adductis, adeoque & ius variare necesse est.

§. XXII. 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, vt pretium detur iustum, ciuilliter sc. considerando. Iustum autem pretium est, quod vel a principe, vel communi hominum æstimatione definitum est. Vt hæctenus recte Paulus in l. 36. pr. ff. ad ff. ad L. Falcid. ait. *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.* Idem repetit in l. 33. pr. ff. ad L. Aquil. Neque etiam admisit natura commerciorum, vt quilibet ex singulari sua & læpius inepta affectione rem æstimet, vt *cap. antec.* præmissum est. Inprimis in societate ciuili, vbi libertas æstimandi potuit, imo & debuit vtrique restringi: hinc olim secundum l. 1. C. de episc. audiens. ad episcopalem pertinebat prouidentiam curare, ne mercatores carius quam par sit, merces suas distrahant.

§. III. Quodsi mihi volenti aliud pro alio solui patiar, aut illud consistit in æstimatione rei ipsius debitæ, & sic rursus pretium commune locum sibi vindicabit, quia æstimatio 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, vt secundum communem æstimationem res taxetur. Inde Marcianus in l. 46 §. ff. de solut. infert, *quod si quis per dolum pluris æstimatum fundum in solutum dederit non liberatur, nisi ea, quod*

quod deest, repleatur. Cur vero supplemento hic locus est? quia dolose contra leges fundus pluris æstimatus erat, cum tamen in casu, ubi aliud pro alio volenti soluitur, commune pretium obtinere debeat. Quodsi vero dolus abfuerit? puto liberari debitorem, modo læsio non adsit ultra dimidium, nam hætenus datio insolutum obtinet venditionis vicem. *l. 4. C. de euict.* Et is, qui rem insolutum accepit, vel eam lite æstimata retinuit, similis emtori esse dicitur *in l. f. ff. quib. ex caus. an possess. cat.* In emtione autem & venditione non aliter contractus rescinditur ob læsionem, nisi sit ultra dimidium aeri pretii. *l. 2. C. de resc. vend.*

§. XIV. Quid vero iuris, si inuitus quis cogatur rem suam vendere? Equidem si vtilitas publica id suadeat, iniquum foret, si ex singulari affectione rem suam æstimare vellet, præsertim, cum hic concurrant ius eminens & vulgare, & intuitu illius subditorum bona ad vtilitatem publicam promouendam, semper parata esse debeant, quo casu sufficit, si ipse indemnus seruetur. Inde infero, qui viam ad sepulchrum, qui agrum ad cœmeterii dilationem præstare debet, non aliud, quam iustum pretium recipit. *l. 12. ff. de relig.* Qui seruum, quem durius, quam æquum erat, habuit, vendere cogitur, debet id facere *bonis conditionibus*, h. e. iusto pretio, vt plerumque Dd. hæc verba intelligunt, vid. Dn. Stryk. Vinn. Huber. Hopp. Ritterhus. alii- que qui omnes vno ore hoc ita explicant. Quod etiam inuunt verba sequentia, *vt 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 adiudicatur, illo pro ea in certam pecuniam condemnandus dicitur *in l. 3. fin. regund.* Quid vero aliud hoc ipsum denotat, quam pretium legitimum. Qui ad succurrendum annonæ publicæ victualia sua vendere coguntur, iustum ac legitimum, non aliud recipiunt pretium. *arg. l. 1. §. 11. ff. de offic. præs. urb. adeo*, vt si locupletiores æquis pretiis fructus suos vendere recusent, a Dardanariis non videantur esse segregandi *l. 6. ff. de extraord. crim.* Pertinet huc tota dispositio. *l. 2. C. vt nemini liceat in emt. species se excus.*

§. XV. Apparet hoc vltius ex l. i. C. de comm. seru. manum. vbi Iustinianus veteris iuris rigorem sustulit, quo alioquin in manumissione communis serui, ab vno 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 seruo imponere desiderat, ob libertatis fauorem. Quale vero pretium hic obtinet? Ne sc. quantitas eius incerta esset, illam determinauit ipse imperator in §. 5. *cit. l. i.* & sic pretium legitimum tantum hic obtinere voluit. Videlicet seruos nulla arte imbutos pretio viginti solidorum taxauit, nisi vsque ad decimum solum aetatis annum peruenerint, quo casu tantum modo dimidium solutum: Sin autem aliqua arte praediti erant, secundum artis praestantiam seruos taxari voluit, excepit autem singulariter seruos. Notarios, & Medicos, ita vt Notarius quidem vsque ad quinquaginta, Medicus vero vsque ad sexaginta solidos taxaretur *conf. l. 3. comm. de legat. & fideicomm.* vbi & obstetricibus idem pretium cum medicis imponitur. Illud tamen mirandum, quod pro seruis Eunuchis decem annis maioribus, & arte quadam imbutis, maius pretium constitutum sit, quam pro seruis medicis. Medici enim vsque ad 60. taxabatur, Eunuchi vero vsque ad 70. Nulla arte vero praediti ad 50. saltem taxari solebant. Hanc quoque aestimationem obtinere voluit Iustinian. in l. 3. C. *commun. de legat. & fideicomm.* quando plures seruum quendam optandum habeant, vt is quidem, quem fors praetulerit, seruum sibi acquirat, reliquis vero aestimationem ibi expressam praestare debeat. Cur autem ars medica Romanis tam vilis, & inuisa habita fuerit adscribunt primo medico, post aliquot secula, vt volunt, ab vrbe condita Romam venienti, qui ob nimiam secandi & vrendi sauitiam sese nimis exosum reddiderit, ita vt hoc odium ad posteros etiam translatum fuerit. De quibus pluribus videri poterit Royz. Decif. 32. Recte vero iudicat Dion. Gothofr. in *not. ad cit. l. 3.* vitium non artis, sed temporis fuisse, quod medici minus aestimati fuerint, quam Eunuchi. Iustiniani etiam temporibus mollities, luxuria, libido, & quae huc demum spectant vitia, omnium animos, ne dicam aulam inquinauerant, vt instrumentis luxuriae & libidini necessariis, Eunuchis enim carere vix potuerint, ita vt eorum pretium ad

ad summum vsque creuerit. Et eo tempore Constantini & Leonis constitutiones, *in tit. C. de Eunuchis* apparentes, vix videntur in vsu fuisse. Si etiam, qui alienum castrarunt seruum ex L. Aquila non tenebantur cum seruus per castrationem non deterioratus, sed præciosior factus censebatur *l. 27. §. 28. ff. ad l. Aquil.*

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

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

licis indulgendum esse, volunt. *l. 38. ff. de R. V. l. 3. C. per quas person.* adeoque talis malitiosus debitor non poterit de sæuitia & durite con-
 queri, si vltrauerum rei pretium adhuc pretium affectionis ab ipso po-
 stulem. Et cum iam in materia, vbi ad indemnitatem & interesse
 agitur, culpa lata æquiparetur dola, ita vđ quoad effectus iuris pari
 passa ambuletur. *l. 226. de V. S. l. 32. depof. ideo eadem, quæ modo*
de dolo diximus, etiam ad culpam latam extendenda sunt. Qui
 enim latam culpam committit, negligentiam affectasse videtur, & po-
 tius studio neglexisse ea, quæ omnes homines curanda esse sciunt,
 hinc dolum repræsentare dicitur in *l. 1. §. 2. ff. scis, qui intestam liber.*
quod repetit Caius in l. 1. §. 5. de O. & A. vbi 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. 1. 36. ff. de pecul. & c. huius decisionis ratio peti potest ex l. 70.
ff. de R. V. nesc. in potestate cuiusque sit per rapinam ab inuito domino rem
iusto pretio comparare. Atque ita creditore dolose pignus alienante
 recte petitur pretium affectionis *l. 16. §. 3. in f. ff. de pign. item a do-*
natore. l. 41. §. id. e re iudic. a marito dotem dolose restituere no-
lente l. 25. §. ff. solut. materim. vbi additur ratio: quia inuitis nobis, res
nostras alius retinere non debeat. Porro a tutoribus in re pupillari do-
 lose versantibus *l. 8. ff. de in lit. iurand. l. 7. pr. de administ. & peric.*
tut. a locatore, si res conducta dolose non restituatur. l. 48. §. 1. lo-
cat. & 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, vt in locatione,
 commodato, pignore disposito contingit, & sic res mihi perit tan-
 quam domino *l. 5. §. 4. comm. l. 1. C. depof. l. 4. ff. de reb. cred. l. 5. 6. C.*
de pignor. act. 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. inst. de emt. V.* Vnde qui ex
 legati causa, aut ex stipulatu hominem certum debet, interitu eius
 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, vbi res
 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. *I. de R. Div.* Quodsi casu talis fuerit facta mutatio? tunc concurrimus in pretiovero, quanti ea res post mutationem valet, ita sc. iudicis arbitrio contineatur, ut æstimet, quanti cuiusque res fuerit. *arg. §. 27. I. 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 interiit vel transmutata est, ut verum pretium accipiam, neque leges hic a nobis dissentiant. In carnem tamquam rem fungibilem sine dubio non cadit affectio. Quid itaque dicendum, si vendita caro mihi non tradatur? scilicet, ut, quanti mea interest præstetur. *l. 10. C. de act. E. V.* Quid vero voce *interesse* hic denotatur? Explicat id ipsum 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 æstimationem veniat non vero ea, quæ est extra rem, quo etiam pretium affectionis merito referendum est: Vnde nequidem hoc casu præstandum dicit Paulus, si ex vino potuit negotiari, & ita lucem facere, *non magis, pergat quam si triticum emerit & ob eam rem, quod non si traditum familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici,* (verum, id quod ex verbis subleqq. patet) *non seruorum fame necatorum consequitur.* Sic, cum iactum retis emi, & venditor id quod extraxerit, reddere mihi nolit, id æstimatur 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, vnde nomen suum sumfisse censetur, introducta videtur, & postea demum etiam ad res non fungibiles traducta) so-

lum-

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

§. XXI. Quoniam vero & harum rerum pretium variare potest; vt aliud sit tempore damni dati, aliud tempore litis contestatæ, aliud tempore sententiæ, hinc noua & valde intricata exsurgit quæstio, a Dd. tractata, cuiusnam temporis æstimationis hic habenda sit ratio. Et quilibet hic suo indulget ingenio, adeoque tot fere sententias hæc quæstio habet, quod authores. In enuclanda hac quæstione valde desudat Huberus *ad rit. ff. de condict. tritic.* Mirifice se torquet Struuus, & omnes passim ad vnum id agunt, vt 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.* vbi verba: *Verum est, quod Seruius ait:* & alia fati indicant, ea de quæstione dissensisse sectas verum Ictorum & timemus adeo, ne vel deprehendamus antinomias, incuria compilatorum in pandectis relictas, vel crabrones irriteamus reiiciendo 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, vt in rebus non fungibilibus adscitustus prætextus pretii affectionis, quia a plerisque approbatus est. Hic enim, vt ex doctrina *C. 1.* tradita patet, affectio demum legimus, non qualiscunque hominis, possessionibus suis nimium ingentis erga rem amor inspicitur, vnde etiam Struu. *Exerc. 17. th. 62.* a parte actoris requirit iustam affectionem erga rem. Cum itaque apertum sit, iudicem non adiudicaturum esse pretium affectionis si linteolum ab amasi iuueni datum, ab alio fuerit interceptum, vti que apparet, non de omnibus rebus non fungibilibus posse postulari in dictis casibus affectionis pretium, sed de illis saltem, vbi causam allegare possum, ob quam homines, qui pro prudentibus vulgo habentur, rem peculiariter æstimare solent. conf. Phanucius de phanuciis de iuriur. in litem. *p. 1. memb. 4. n. 55.* vbi iustas affectionis causas recenset.

§. XXIII.

§. XXIII. Denique (III) hoc quoque obseruandum, vt cum affectionem ipsam per testes, circumstantias concludentes, aut alia probandi media non possim regulariter probare, credatur assertioni meæ saltem per iuramentum corroboratæ, si modo prius probauiero semiplene, aut vero similiter causam æstimationis, id quod ex dicto §. *antecc.* fluit. Quamuis enim iuramentum in litem ideo videatur introductum, vt affectionem meam docere non videatur esse necessarium, nec huius probationis, quantum recorder, in iure fiat expressa mentio, attamen recte non perpendenti apparebit iuramentum hoc non tam esse introductum ad docendam in genere affectionem, quam ad affectionis iam quodammodo probatæ determinationem. Quod si enim hoc iuramentum ad probandam etiam assertionem præcise pertineret, quomodo iudex posset præfinire certam summam vsque ad quam iuretur, secundum *l. 4. §. 2. & l. 5. §. 1. ff. de in lit. iur.* Quando itaque arbitrio boni iudicis congruit taxationem iureiurando adicere 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 iudex, si absque eius taxatione iuratum fuerit, nihilominus possit minoris reum condemnare *ex postea repertis probationibus*, vt dicitur in *l. 4. §. 3. ff. eod.* Cum enim hæc probationes non possint intelligi de pretio vero, pretium autem affectionis sit solum in meo arbitrio positum, & ita admittat probationem contrariam, quod prohibet, quo minus hæc verba possint ita intelligi, si ex postea repertis probationibus constet, actorem decepisse iudicem in probationibus præcedentibus de causa affectionis.

CAP. III.

Doctrinæ, quædam iuris Romani secundum principia capituli præcedentis examinata.

SVMMARIA

- C**onnexio & methodus dicendorum. §. I.
- C**ausa tot controuersiarum in doctrina de iuramento in litem. §. II.
- D**atur solum iuramentum in litem affectionis, non veritatis. Id quod ex singulis legibus. tit. de in litem iurando ostenditur. §. III-V.
- R**esponderetur illis, qui omne iuramentum affectionis negant. §. VI.
- I**uramentum in litem est vel regulare quod semper est de pretio affectionis, vel irregulare, quod est de rebus incorporalibus, quorum nec pretium veritatis est? huc pertinet l. 7. si seruit. vind. & l. 10. de in lit. iur. §. VII.
- N**eglectus huius distinctionis doctoribus ansam dedit erronea statuendi, quasi in casu culpa iureretur de pretio affectionis. §. VIII.
- C**ompendium doctrinae de iuramento in litem extat in l. 63. de R. V. ex qua certae propositiones formantur. §. IX.
- I.** Locum habet si quis restituere iussus sit. Restituere hic tam late accipitur, ut idem sit quod tradere. §. X.
- II.** Si quis rem, quam possidet, restituere de iure et 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, iuratur in litem. Sub dolo etiam comprehenditur lata culpa. §. XII.
- IV.** Si culpa, condemnatur quanti res est a iudice aestimata absque iuramento actoris. §. XIII.
- O**pponitur ex l. §. 4. de in lit. iur. quod iudex absque iuramento aestimare non possit, rem, quae non extet. §. XIV.
- R**esponderetur, hoc assertum falsum esse. §. XV.
- E**t vero similiter hic subesse emblemata Triboniani. §. XVI.
- V.** Iuramentum hoc in litem locum habet in omni generis actionibus. Etiam in actione de dolo malo & quod metus causa. §. XVII.
- 1) In interdictis 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.

Rationes pro ea. §. XXII.

Respondetur rationibus dubitandi.

§. XXIII.

An etiam A in iudiciis stricti iuris?

Rationes pro negatiua. §. XXV.

Rationes pro affirmatiua Vera ratio

L. 5. §. 4. de in lit. iur. XXV.

Respondetur rationibus dissentien-

tiam. §. XXVI.

Explicatur l. 60. §. 1. ad L. Falcid.

§. XXVII.

In lege Aquilia non iuratur in li-

tem. §. XXVIII.

Ratio huius exceptionis. §. XXIX.

XXX.

Interim si damnum dans dolose aliis

actionibus conueniatur, in litem

iuratur in litem de rebus incorpora-

libus, sed iuramento irregulari.

§. XXXII.

An de rebus immobilibus? Non vi-

detur. §. XXXIII.

Neque iuratur in litem de re-

bus mobilibus fungibilibus. §.

§. XXXIV.

Textus huc pertinentes. §. XXXV.

In iuramento in litem etiam atten-

ditur affectio extra rem posita.

§. XXXVI.

ICios Romanos non semper respe-

xisse ad regulam de pretio affe-

ctionis in res fungibiles non ca-

dente, probatur ex eorum doctri-

na de accessione. §. XXXVII.

Regule quod accessorium sequatur

naturam principalis, in applican-

do difficultas. §. XXXVIII.

In doctrina de specificatione Tribu-

nianus inepte excerpti Gaium.

§. XXXIX.

Grotii vero sententia conciliatur

cum ICtis Romanis. §. XI.

Sententie tam, Sabinianorum quam

Proculianorum ineptitudo. §. XII.

Insufficiencia tertie & medie seu

Iustiniane sententie. §. XII.

Deciditur ex doctrina hactenus ex-

posita, regulariter rem debere

esse specificantis. §. XIII.

Quid iuris, si materia fuerit corpus

in quod cadit affectio? §. XIV.

Quid si specificans speciem venalem

haberet. §. XV.

Vsus doctrine Romane de specifi-

catione. §. XVI.

De accessione partis ad totum con-

sensus fuit, dominum totius esse

etiam dominum partis. §. XVII.

At circa ius domini prioris in par-

tem dissensus fuit; aliis indistin-

cte ei actionem ad exhibendum

concedentibus. §. XVIII.

Aliis distinguuntibus inter ferrumi-

nationem & plumbaturam. §.

XLIX.

Ulpianus fauet priori sententie.

§. L.

Pomponius neuro casu actionem ad

exhibendum concedit. §. LI.

- Conciliationes communes sunt parum probabiles. §. LII.*
Sententia Pomponii videtur rationabilior. §. LIII.
Limitatione ea addita, nisi corpus in quod cadit affectio iunctum sit alterius tota, & adhuc extet. §. LIV.
Durities sententiae Ulpiani, dominum purpuræ vestimento inexte agere posse ad exhibendum docentis. §. LV.
Doctrinae de confusione. §. LVI.
De commixtione doctrina Iustiniani est inepta & aliis textibus æquioribus repugnans. §. LVII.
Alia specimina stultitiæ Trimoniani in hac doctrina. Ulpiani subtilitas de differentia rei vindicationis & iudicii communi diuidendo. §. LVIII.
Confusio doctrinae de rigno iuncto ex sententia Tribonianii orta. §. LIX.
Ex mente veterum ICtorum actio de rigno iuncto saltem data fuit de rigno furtiuo. §. LX.
Contrab. f. edificatorum data fuit actio ad simplum. §. LXI.
De plantatione sententiae ICtorum Romanorum subtiles magis, quam practicae. §. LXII.
Subtilitates ICtorum inutiles, nec absque contradictione aliorum de arbore in confinio posita. §. LXIII.
De satione res est plana. §. LXIV.
Ineptie de scriptura. §. LXV.
Nullum habentes usum practicum. §. LXVI.
De pictura sana dispositio Tribonianii, sed cum negligentia coniuncta, quod antinomia recta sit in pandectis. §. LXVII.
Subtilitates Romanae hæcenus notatae non obligant interpretes sinceros. §. LXVIII.
Nec habent usum in foris Germaniæ. §. LXIX. imo nec habuerunt in foro Romano. §. LXX.

§. I.

Quæ in capitibus præcedentibus a nobis iacta sunt fundamenta, ita partim ex natura rerum & ipsa doctrina morali fuerunt demonstrata & deducta, partim etiam ex doctrina iuris Romani illustrata. Vtinam vero semper & ubique ius Romanum hisce principiis & fundamentis inhæssisset: Vtinam ICti Romani non frequenter magis ad conceptus quosdam subtiliores, & secundum hodiernum loquendi stilum metaphysicos respexissent, quam ad actiones humanas, quæ in ipsis tamen obinent rerum argumentis. Reuocabimus itaque sub examen, potiores doctrinas huc pertinentes secundum

dum principia haecenus exposita, eas partim exinde illustraturi partim correcturi, partim de usu moderno quaedam adiecturi. Cum vero pretium affectionis potissimam sedem habeat in doctrina de iuramento in litem, paucis de illo ab initio quaedam annotanda veniunt.

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

§. III. Tralatitium est, iuramentum in litem duplex esse, aliud *affectionis* aliud *veritatis*. Illud vocant, quando res æstimatur per iuramentum non quanti reuera est, sed quanti valet ex singulari affectione domini: hoc vero quando res æstimatur ex veritate. Et hæc est communis interpretum, pragmaticorum præsertim, opinio, iudice Hunnio de rerum æstimat. *Sect. 2. qu. 2.* Sed sicuti iam Faber infinitos errores pragmaticorum annotauit: ita nec crimen nullum admitturum puto, si & hanc distinctionem canonisatam licet tot interpretum auctoritate, iisdem erroribus inuolutam esse existimem. Quamquam enim iuramentum in litem affectionis fundatum in iure esse haud dubitem, iuramentum tamen veritatis ad prædicata Hippocentauri referri vtiq; meretur, h. e. quod non sit in rerum natura. §. 1. de *inuil. stipul.* Et quid opus esset iuramento veritatis, cum in iis casibus, vbi de vero pretio præstando agitur, iudex ipse æstimat, actor plane non iuret, id quod iam textibus iuris ciuilibus liquidum reddere necesse est. Initio ex *l. 1. ff. de in lit. iurand.* constat, iusiurandum in litem vnice ab Vlpiano definiri, ex eo, quando *excontumaciulis æstimatur ultra rei pretium*, quod fit, vbi ob affectionem æstimatio cre-scit. Et Paulus in *l. subseq. 2. §. 1. od.* id ipsum euidentius declarat: *Duas enim ibi propositiones format: prima est: Interdum quod inter sit agentis: solum æstimatur.* Quomodo, & a quo? Non per iuramentum, id enim verba sequentia non admittunt, nec doctrina

communis Ictorum, qui quoties culpa non restituitur res, æstimationem iudicio relinquunt; vti mox dicemus. Ergo, vbi solum interesse æstimatur, iuramentum cessat: Hinc ex aduerso opponitur altera propositio: *Cum vero dolus aut contumaciis non restituendis puniatur, æstimatio fit, quantum in litem iuravit actor.* Et hoc demum est iuramentum in litem. Sed progrediamur ad reliquas leges huius tituli. *in l. 3.* Vlpianus negat referri posse iusiurandum in litem ob nummos depositos, cum certa sit nummorum æstimatio, & præterea affectionem non recipiant. Idem tamen asserit, posse deferri iuramentum, si quis iurare velit de eo, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse, veluti, si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est. Hic igitur forsan inquis, iuramentum in litem varietatis erit? Imo forsan non erit: Non enim Vlpianus dicit deferri hoc in casu iuramentum in litem de quo tamen casu nobis vnice sermo est. Alioquin enim omnia iuramenta iudicialia & necessaria huc referre posses, vbi itidem veritas rei asseritur, id quod tamen hæctenus memini, vt puto, vnquam in mentem venit. Iurat hoc casu actor sibi tamen abesse, & sic de fundamento suæ assertionis, quod alias probare in iudicio debebat, per iuramentum iudici fidem facit. At hoc non est iuramentum in litem.

§. IV. Idem Vlpianus *in l. 4. pr. eod.* negat, tutores esse cogendos ad subeundum hocce iuramentum. At quare intelligit sine dubio affectionis. Id enim euincunt verba sequentia: *Graue enim videbatur & ignorantes affectionem, quam pater pupillorum erga rem habuit, & pupilli habere possunt, & inuitos tutores sub alieni compendii emolumentum dum vitra verum rei pretium ob affectionem æstimatio crescere debet, etiam periurium anceps subire, si forsan non tantum erga rem affectionem habuerit pater pupillorum, quanti iurasset.* Et ne forsan dubium aliquod superfit, concludit hanc legem §. vlt. Vlpianus hisce verbis sententiam nostram apprimè firmantibus: *Ex culpa autem non esse iusiurandum deferendum constat sed æstimationem a iudice faciendum:* Id quod etiam Marcianus suo approbat calculo *in l. 5. §. 3. eod.* inquis: *Sed in his omnibus ab do- lum*

litem solum in litem iuratur non vero ob culpam, hanc enim iudex aestimat. Equidem in §. seq. 4. hæc assertio videtur esse limitata, & exemplum iuramenti veritatis positum, ad quod etiam interpretes incaute provocare solent, dum ratio a Icto ponitur, cur in actionibus stricti iuris aliquando in litem iuretur, quia sc. iudex non possit aestimare rem, quæ non extat sine relatione iuramenti. Iudex enim de veritatis pretio aestimat. Si ergo iudex ad hoc inveniendum iuramentum in litem defert, dabitur utique iuramentum in litem veritatis. Sed ad hoc dubium infra, commodior respondendi locus erit. §. 14. Ergo adesse iubemus Marcellum in l. 8. eod. qui aperte a nostris fiat partibus. Exemplum ibi affert de tutore rem adulti, quam possidet, restituere recusante, quaritur itaque utrum *quanti res est*, an *quanti in litem iuratum 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 litem esse aestimandum*, non respexisse ad iuramentum in litem, sed ad taxationem iudicis, patet ex oppositione verborum sequentium: *arbitrio potius domini rei pretium statuendum esse potestase petitori in litem iuranti concessa*, quam ipsius iudicis, secundum veritatem litem aestimantis absque vlllo petitoris iuramento.

§. V. Quid vero Iuolenus in l. 29. eod? Ille tantum sollicitus est, ut formulam iurisjurandi in litem in materia conditionis furtivæ explicet, ut sc. dum actor affectionem suam iureiurando in litem exprimere velit, & vero in formula conditionis videat, se iurare debere, *tanti rem fuisse*, non hesitet ac cogitet in iureiurando in litem iurari de tali summa, qua *pluris* rem aestimatio iurans, quam *quanti* res communiter vendebatur. Respondet enim Iuolenus: Quod res *pluris* est, utique *tanti* est, sc. ex affectione eius, cui res furto est ablata. Foran Callistratus in l. 10. eod. dissentientibus ali- quod patrocinium offeret? sed leve erit, si examinetur accuratius. Quæstio ibi soluitur de instrumentis non exhibitis, actorique permittitur *in litem iurare*, *quanti* sua interest, ea proferri, ut tanti condemnatur reus. Ergo inquis, habebimus iuramentum 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 æstinari, quam quanti interest. Denique agmen claudat Paulus in *l. f. eod* qui euidentius firmat nostram hypothesein dicendo: *De periurio eius. qui ex necessitate iuris in litem iuravit, queri facile non solere.* Si de vero pretio iuraretur facile possit de periurio queri, quia facile posset ostendi, rem tanti non fuisse. At cum iuretur de affectione, quis me facile conuincet, me falso iurasse. Nec noua hæc opinio est de solo iuramento affectionis, cum iam dudum Wissenbach. & Huber. *ad ff. h. t.* hanc eandem fouisse constet.

§. VI. Fortius vero contra nos pugnare videntur Marcus Lyclama in *comm de ineund rei debite æstinat. ad l. 27. de R. cred. n. vlt.* & Ioh. Corasius 6. *Miscell. 1.* Qui omne iuramentum affectionis negant, & vnicum solummodo iuramentum veritatis stabilire conantur. Verum ex hæctenus dictis tela eorum facile rumpi & repelli poterunt. Putridum enim fundamentum est, quod peritur *ex l. 63. pr. ff. ad L. falcid* vbi Paulus, (qui tamen, vt *ex anteced. §. §.* constat, tam perspicue pro iuramento in litem affectionis pugnat.) ita: *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.* Exinde colligere volunt: Ergo non datur iuramentum in litem affectionis. Quid vero inde aliud evincitur, quam quod, ut *c. 1.* jam prælibauimus, in ciuitate rarius, & non nisi 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 seruorum æstimandis negat Vlpin. in *l. ff. de oper. seru.* æstimationem haberi voluptatis vel affectionis, veluti, si dilexerit seruum dominus, aut in pretio habuerit. Ergo &c. At vero hinc non agitur de dolosa denegatione restitutionis, vbi iuramentum 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.* vbi patronus non auditur reuocare volens rem iusto pretio liberto venditam, propterea quod dicat rem quidem iusto pretio veniisse, verum tamen hoc interesse sua non esse venundatam, inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem

nem

nem vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel coeli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti: Respondet 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 subfit, id quod tamen cessat, quæ iusto pretio res venit *ad l. 33. ff. ad l. Aquil. infra commodius respondebimus, disquisituri, cur in l. Aquil. non iuretur in litem.* Cæterum, qui ulterius dicti authores formant argumenta contra iuramentum in litem affectionis, ea partim petunt id quod est in principio, veluti, quod nusquam legatur, ex affectione sola æstimationem rei crescere, item quod iuramentum in litem deferatur ratione eius, quod peculiariter actoris interest, damnum autem pecuniarium in affectione non consistere: Partim vero ad ea iam supra §. 3. & 5. responsum, sc. *ad l. nummis 3. & l. in instrum. 10. ff. de in lit. iurand.* partim etiam aperte falsa sunt, veluti, quod alioquin duo specialia circa eandem rem concurrant, sc. ut actor constituatur iudex, & testis in propria causa, & simul iuret de propria affectione, nam hoc non inconueniens esse, in iure nostro apparet ex §. 5. *l. de adopt. vbi duplex fictio concurrit.* vid. Huber. *in posit. ad l. cit. tit. §. 8.* Denique duo reliqua argumenta minus ponderis habent. *Si enim inferunt, ex contumacia crescit æstimatio, non crescit ex affectione.* Negamus enim consequentiam, cum eiusdem rei plures possunt esse causæ. Crescit æstimatio ex contumacia, h. e. dolus rei causa est cur iuretur in litem, & tamen simul crescit ex affectione h. e. actor iurans iurat de affectione sua, quæ pluris est, quam pretium vulgare. Et illud oppido falsum est, quod iurare ultra veritatem ex affectione sit peierare. Naturam periurii & iuramenti in litem affectionis sine dubio non intellexit Corapius, cum hæc scripserit. Reliqua huc pertinentia vid. ap. Hunnium *de rerum æstimatione S. 2. qu. 2.*

§. VII. Ut vero mentem nostram, quam de iuramento in litem in §. 4. explicando leges singulas, dedimus, explicemus, dedere illæ leges occasionem inquirendi, qua ratione commodius iusiurandum in litem diuidi posset. Et tum rei natura tum consensus. Legum Romanorum nos eo deduxit, ut asseramus, iusiurandum in litem

G

re-

rectius diuidi 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, vt sunt res incorporales, iura, seruitutes, & quæ in facto consistunt, vt exhibitio inuentarii, harum rerum proprie non est pretium, multo minus aliquid pretium affectionis, nec sunt obiectum emtionis venditionis ordinarium, vnde hic iuratur necessario, quanti interest. Et sic facilius forsitan iam intelligi potest *l. 7. ff. si seru. vindic.* Vbi, si non præstetur in actione confessoria, quod præstandum erat, neque caueatur, tanti reus condemnandus quanti actor in litem iurauerit. 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.* Quamuis 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, vt putauerint, 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, vbi irregulare locum habet, non possit adesse iuramentum veritatis, cum circumstantiæ casum ibi propositorum indicent, non de culpa, sed potius de dolo agi. Ast de dolo non præstatur veritatis, sed affectionis iuramentum, etiam ex communi hypothesi.

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



tem agitur, sed potius ad titulum, vbi ex professo de iuramento inli-
tem tractatur, referri debuisset. Et si providentia Triboniana non
nimis hic obdormiuisset, providentiores quoque forsan fuissent Dd.
in themate hoc tractando, & ex hac, tanquam fundamentali propositio-
ne, omnes reliquas leges explicassent, nec ita dissensiones multiplicaf-
sent. Age igitur, resoluamus textum in certas propositiones.

§. V. Locum 1) habet iuramentum hoc, *vbi quis restituere iussus est.* Ita enim Vlpianus *qui restituere iussus*, & in *f. ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur.* Restituere autem non solum denotat id, quod reus facere debet in actionibus realibus, sed quod præstare debet in actionibus personalibus, non solum, vbi rem meam peto, sed & mihi debitam, cuius possessionem nondum habui, vti restituere idem sit, ac tradere. Vnde dantur restitutoria interdicta bonorum possessori ad restitutionem, h. e. traditionem eorum, quæ quis pro herede, aut pro possessore possidet. §. 1. *l. de interd.* Et Caius 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 soluere vsurpatur 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 seruo distracto donatum fuerit, hoc quoque restituendum esse emtori, dicit Vlp. in *l. 13. §. 18. ff. eod.* item ibid. *Quod ex operis seruus præstitit. venditori, emtori restituendum est.* conf. *l. 6. C. vnde vi. l. 14. §. ult. ff. de seru. corrupt.*

§. XI. Altera propositio est: *Si quis rem debet restituere, siquidem eam habeat, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur.* Id quod etiam asseritur in *l. 36. ff. de liber. caus.* vbi Papin. ita: *Dominus qui obtrinit, (s. rei vindicatione) si velit seruum suum obducere, litis estimationem pro eo accipere non cogetur.* Atque hoc non tantum locum habet in actionibus realibus, sed etiam in personali-
bus, 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 ius venditori, præcisam necessitatem tradendi rem ex contractu debitum, impo-

nit, sine dubio etiam remedia creditori suggerit, quibus ab inuito res auferri possit, id quod sit per manum militarem, h. e. per eos qui ad exequendam iudicis sententiam semper prompti & 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, is, quantum aduersarius in litem sine vlla taxatione in infinitum iurauerit, damnandus est.* Hic ergo sine dubio intelligitur iuramentum affectionis, quod nec communiter diffidentur Dd. tum, quia dolus hic concurrat, tum, quia ea ratione contumacia alterius puniendae est, vt dicitur in *l. s. ff. de in lit. iur.* Idem ICtus *l. 4. §. 2. ff. de in lit. iurand.* id vltius confirmat, arbitrium tamen iurantis quodammodo restringens, ita, vt aliquando iudex est iustis causis iureiurando modum perficere possit, vt intra certam quantitatem iuret, ne arrepta occasione in immensum iuret, conf. *l. 5. §. 1. ff. eod.* Cum vero sub dolo per interpretationem iuris etiam contineatur culpa lata, vt iam dictum est §. 17. c. antec. in iis videlicet casibus, vbi de damno refarciendo & interesse priuato agitur, Struu. *Ex. 19. th. 27.* ita etiam hic culpa lata non excluditur. Lauterb. *tit. de in lit. iurand.* Neque hac de re dubitandum amplius, postquam imperator Antoninus in *l. 2. C. de in lit. iurand.* hoc disertis definit verbis, inquit: *Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis conuincitur, omissa iurandi facultate, iudex de veritate cognosceret, quae etiam argumentis liquidis inuestigari potest.* conf. Hunn. *de estimat. rer. Sect. 2. qu. 6.*

§. XIII. Quarta propositio est: *Si non potest restituere, nec dolo facit, quo minus possit, non plus quam quanti res est, i. e. quanti aduersario inter fuit, condemmandus est.* Quomodo vero id ipsum, quanti res est aestimetur, diximus iam sub §. 3. & 4. nempe, ipsius iudicis definitioni & taxationi rem committi non vero vllum iusiurandum aduersario imponi, id quod textus ibi allegati euidentissime probant. Probat id ipsum vltius Antoninus in *cit. l. C. de in lit. iur.* vbi diserte asseritur, si neque dolus, neque culpa lata alicui imputari possint, quo minus restituat, iudicem de veritate cognoscere *omissa iurandi facultate*, h. e. vt nequidem possit iurisiurandum deferre, si vel maxime velit. Declarationis vltioris gratia huc etiam referri

ferri posset. *l. 71. ff. de R. V.* vbi actoris, si possessor dolose alienauerit rem, electioni conceditur an velit iurare, h. e. iuramentum affectionis praestare, an vero omisso iuramento, quanti res sit, petere, vbi mos ei gerendus est. Necessario inde concludo, quod saltem ibi iurari possit, vbi de affectione iuratur, non vero vbi veritas tantum inspicitur. Ibi enim solus aestimat iudex. *l. 4. §. 4. l. 5. §. 3. ff. de in lit. iur.*

§. XIV. Verum enim vero hic facile prauideo dissentientes, vltimam illam propositionem Vlpianeam, prout a nobis explicata est, concoquere non posse, dum exinde conclusionem formauimus hanc, quod non detur iuramentum in litera veritatis. Producent enim *l. 5. §. vlt. ff. de in litem iur.* vbi Marcianus ita loquitur: *plane interdum & actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichum fecerit, & Stichus decesserit, quia iudex aestimare sine relatione iurisiurandi non potest rem, quae non extat.* Ex quo inferunt, quia semper supponi debet in materia iuramenti in litem rem non extare (quod si enim extet, iudex manu militari rem auferet secundum propositionem Vlpianeam *d. l. 68. vid. n.*) ergo iudex nunquam ipse aestimare, sed semper iuramentum, etiam hoc casu, vbi per culpam restitui nequit, deferre debet, quod adeoque aliud esse nequit quam iuramentum in litem veritatis.

§. XV. Sed respondemus, rationem istam Marciani esse ineptam, quia contradicit Vlpiano *in l. 4. §. 4. in eod.* vbi docet, iudicem debere aestimare, si res culpa non extet, imo sibi ipsi in eadem *l. 5. §. 3.* vbi idem inculcat, quod Vlpianus dixerat. Si enim eo demum casu, quo res per culpam non potest restitui, & sic non extat, quanti reuera res est, aestimatur, & haec aestimatio per ipsum iudicem tunc fit quomodo absque fuga contradictionis potest dici iudicem non posse sine relatione iurisiurandi aestimare rem, quae non extat? Deinde haec ratio repugnat naturae ipsius rei: Nonne enim potuerit iudex aestimare ipsam rem, quae non extat, veluti, per testes qui illam viderint, antequam periret? facile enim erunt, qui rem vel apud dominum vel apud ipsum possessorem viderunt. Non ipse poterit iudicare de rei pretio, si res post litem contestatam demum perdita fuerit?

siebat enim olim vindicatio in repræsenti, h. e. ante litis contestationem res ducebatur in forum coram prætore, 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 vno contextu sibi ipsi contradixisse) ad Triboniani emblemata hanc rationem referendam esse. Quis enim ignorat, eiusmodi emblematicis corum ius nostrum refertum, imo potius corruptum esse, ita ut iam integrum librum de eiusmodi interpolationibus Tribonianis conscripserit Wissenbachius. Neque vero, hæc assertio coniectura destituitur, sapit enim ratio ibi posita egregie ingenium Triboniani, qui non satis perspicendo ICTORUM veterum mentem, sæpius sua interpolatione hallucinatus est: Indicare quoque hoc ipsum verba legis videntur, vix enim inuenies apud ICTOS veteres, ut voce *actionis stricti iudicii* vsu fuerint, quin ubique stricti iuris actio vel negotium deprehendatur. Veram autem rationem legis dabimus infra, vbi de stricti iuris negotiis, quatenus ibi iuramentum in litem locum habeat, agendum erit.

§. XVII. Quinta & vltima propositio ex *l. 68. de R. V.* hæc est: *Hæc sententia generalis est, & ad omnia, siue interdicta, siue actiones in rem siue in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.* Et ne careat hæc assertio exemplo, statim producemus Paulum, qui in *l. 18. pr. ff. de dolo malo* de actione de dolo malo, & quod metus causa, vbi arbitrio iudicis restitutio fit, ita loquitur *Arbitrio iudicis 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 adiicitur; ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit. Sed officio iudicis debet in vtraque actione, taxatione iusurandum refrenari.* Dubia, quæ hic mouet Ant. Faber, resoluit Hunnius *de æstim. 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 Vlpian. in l. 15. §. 9. ff. quod vi autem clam. ita: *Sed quod inter fuit, aut iusiurandum, quod in litem actor iurauerit, aut si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est.* Se dici poterit, hic tantum interesse praestatur, & vel officio iudicis, vel iureiurando determinatur. At vero aestimatio affectionis, ab aestimatione eius, 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 rulerit in *error. pragm. dec. 18. err. 7.* Interim tamen uterque Vlpiani textus contrarium asserit, & iam patet, quam difficile sit hunc nodum soluendi, si negligatur distinctio supra a nobis tradita inter iuramentum in litem regulare, & irregulare. Nam, cum hictalis res vertatur, cuius pretium proprie non est, hic locum quidem habet iuramentum in litem, sed irregulare, quandi sc. interest. Et hoc modo iam sine omni difficultate responderi potest Fabro, & eius dubiis satisfieri, quod minus feliciter praestitit Hunnius & aestimatione rerum *sect. 7. qu. 9.* vbi quidem dicit, id quod interest, & quanti in litem iuratum est, esse diuersa, non vero contraria, sed non ostendit, in quonam diuersitas illa consistat, quia ex errore communi hanc distinctionem a nobis traditam, in re ipsa tamen fundatam, in super habuit.

§. XIX. Deinde locum obtinet hoc iuramentum in litem secundum vltimam vlpiani propositionem, *in affectionibus 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 L.L. & a Dd. quod iuramentum in litem regulariter dari solet, *quod intuitus nemo debeat cogi ad dominium suum in alterum transferendum.* Prouocat 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. vbi quaestio de muliere res amotas reddere reculante, veritur, & aestimatio, quanti vir in litem iurauerit, fieri debere asseritur, subiuncta hac ratione: *Non enim æquum est, inuitum suo pretio res suas vende-*

re

re. Idem in *l. 25. §. 1. ff. solut. matrim.* ad hunc prouocat si maritus dolo malo facerit, quo minus retticuere possit dotem, & sic damnandus sit quanti in litem mulier iurauerit, quia inquit: *ingitis 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 iuramentum in litem admiserit. Ita enim ille: *Sin vero (is quocum creditori res est:) dolo quidem desit possidere, summa autem ope nifus non possit rem ipsam restituere tanti condemnabitur, quanti actor in litem iurauerit, sicut in ceteris in rem actionibus.* conf. Hunn. *cit. l. qu. 7.* Vbi tamen rursus illud monendum, aliquando tantum locum habere iuramentum in litem regulare, vti *l. 7. ff. si seruit. vind.* de quo actum supra §. 7.

§. XX. Denique locum habet in actionibus in personam, quibus res restitui iubetur. Tales vero sunt, vel quibus res a nobis profecta nobis reddi debet, vel quibus rei certæ possessio, vel vsus, vel dominium in nos transferri, & sic restitui debet. Tam late enim patet vocem restitutionis vt supra §. 19. dictum est. Prioris exempla plura in nostro iure occurrunt. Sic in deposito iurari in litem diserte fatetur Vlpian. in *l. 1. §. 26. depof.* scilicet in directa actione, inquit idem in *l. 5. pr. eod. ibi. de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit.* In actione locati idem iuris esse patet ex *l. 48. §. 1. ff. locat.* De actione commodati idem Vlpian. in *l. 3. §. 2. ff. commod.* ita loquitur: *in hac actione, sicuti in ceteris h. f. iudiciis similiter in litem iurabitur.* Idem de actione tutelæ hoc asserit in *l. pr. ff. de. admin. tut.* conf. *l. 8. ff. de in lit. iur.* Ratio hisce in casibus eandem est, quæ modo in §. 18. allegata est.

§. XXI. Posterioris exemplum potissimum concurret in emtione venditione, sed hic reuera est pomum Eridos neque diffitendum multa dubia circa hanc occurrere, adeo, vt non mirandum sit, plures contrariis stare partibus, vnde negatiuam hic tumentur Struu. *Ex. 17. th. 54.* Franck. *ad ff. h. 1.* Bachou. *at Treutl. vol. 1. dis. 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 hi-

fce

fec potissimum consistunt. 1) quod in *l. 4. C. de act. E. V.* expresse dicatur, *si traditio rei venditæ iuxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emtionem arbitratus fuerit: præses prouincie, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* 2) quod nullibi dicatur, quod in hac actione iurari possit in litem. Equidem Lauterb. *iii. ff. de in lit. iur.* plures hic conglomerat textus, vnde affirmatiuam sustinere contendit, sed tamen inde nihil legitime inferri potest. Nam in *l. 8. § 12. C. de act. E. V.* quidem interesse adiudicatur, sed de iuramento in litem nihil ibidem disponitur. *l. 13. §. 15. ff. eod.* plane nihil de hoc iuramento habet. Idem dicendum reliquis, vt euoluenti hos textus apparebit. 3) Quia hic nihil proprie restituitur, agit enim in hac actione vel ad dandum, vel ad vlcucapiendi conditionem transferendam, vt sc. rem venditam habere liceat, at vero iuramentum in litem tunc demum locum habet, vbi agitur de re nostra restituenda *l. 68. ff. de R. V.* 4) Quia nullibi etiam ratio iuramenti in litem in legibus datur, quod sc. inuito alteri aliud pro alio solui nequeat, sed illa solum extat ratio, quod nemo teneatur rem suam inuitus alteri vendere. vid. §. 19. quæ tamen huc applicari non potest. 5) Quia cum demum in litem iuratur, vbi res æstimanda est. At in emtione venditione res emta iam satis ab ipsis contrahentibus est æstimata. 6) Quod actio emti natura sua detur ad interesse, quo casu non pars, sed iudex interesse æstimat. *cit. l. 4.*

§. XXII. Verum hæc me non mouent, quo minus a negatiua recedam sententia. Etenim 1) eadem est ratio regulæ: *Quod creditori inuito aliud pro alio solui non possit*, quam regulæ, *quod nemo inuitus ad rem suam vendendam cogi possit.* Subest eadem æquitas, vtraque ex eodem principio fluit; iisdem limitationibus constat, ceu *cap. antec.* ad oculos demonstratum est; cur ergo diuersa hic esse deberet dispositio? 2) In genere asseritur in *l. 68. de R. V.* quod in omnibus actionibus, vbi quid restituendum, locum habere debeat hoc iuramentum. Iam 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. iur.* in genere dicitur, quod in b. f. iudiciis in litem iuretur, vbi sc. arbitrium iudicis æquitati fundatam dominatur.

H

Et

Et sane grauitur peccasset Marcianus, si hanc notabilem exceptionem, vt emtio excipi debeat, non expressisset. Ea enim quæ notabilia sunt, a ICtis nunquam negligi solent. *l. 15. §. 6. ff. de iniur.* 4) accedit, quod etiam in strict. iur. negotiis locum habeat, si agatur de corporibus, vt mox dicemus, quidni ergo in emtione, vbi iudex ex æquo & bono potest adiudicare. Atque huic sententiæ accedunt Faber *de in lit. iur. th. 46.* 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, vbi adhuc extat res vendita, sed alter eandem iuxta conuentionis terminos tradere recusat, alter vero pro re eligit petitionem interesse, id quod facere vtique potest. *l. 4. ff. de R. V.* eam in casu rei extantis nequidem in litem iurari potest. Vnde merito reiciendum, quod Wissenb. ex hoc textu colligit quasi venditor non præcise teneatur ad rem tradendam, sed quod præstando interesse liberetur, quem errorem *cap. ansec.* satis superque refutauimus; vel dici potest, legem agere de re immobili vendita, vbi 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 intersit, hæc tamen phrasia non semper excludit affectionem, sed aliquando includit, vt *l. 18. pr. de dolo malo.* vid. sub §. 17. idem in *l. 9. ff. de in lit. iur.* 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 nouo æstimari possit, secundum pretium affectionis? Vltima denique ratio non excludit in casu extraordinarie obueniens iuramentum affectionis.

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

bere, quoties quis iussus est rem restituere, nec ob dolum restituere potest. Quæstio hinc oritur, an etiam in stricti iuris iudiciis locum habeat iuramentum in litem. Qui negatiuam defendunt, fundant se *l. 5. pr. ff. de in lit. iur.* vbi dicitur: In actionibus in rem & ad exhibendum, & in *h. f. iudiciis in litem iuratur.* Accedit quod in *l. 5. §. 4. eod.* in certo demum casu in actionibus stricti iuris concedatur iuramentum hoc, videlicet si res non extat, *quia iudex*, inquit Marcius, *æstimare sine relatione iurisiurandi 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 iurari in litem.* Et enim contra lauolenus in *l. 60. §. 1. ff. ad L. Falcid.* tanquam indubitatum supponat, posse in actione ex testamento iurari in litem, dum quærit, an legis Falcidiæ ratio, an eius summæ, in quam legatarius iuravit, haberi debeat; Dicent tamen dissentientes, forte hic obesse antinomialiam, vel sententiam lauoleni de suo iuramento veritatis exponent.

§. XXV. Nos vero securius inhæremus regulæ Vlpianæ: Vbi contra dolo malo non restituentem iuratur in litem, si modo res talis sit, quæ affectionem recipiat. Quoties ergo etiam in actionibus stricti iuris, qui iubetur talem rem restituere, non autem facit, merito iuratur in litem. Et huc iam spectat *l. 5. §. 4. de in lit. iur.* vbi contra promissorem Stichum, cuius mora res interiit, iuramentum in litem conceditur, etiam in actionibus stricti iuris, quamuis non ex spuria illa & sæpius iam improbata ratione quod iudex æstimare sine relatione iurisiurandi non possit rem, quæ non extat, sed quod Stichus talis res sit, in quam cadere potest affectio, adeoque merito iuramentum in litem admittendum erit, vbi propter moram, quæ plerumque dolum continet vel saltem culpam non potest res restitui. conf. Hun. *de æstim. rer. sect. 2. qu. 14.*

§. XXVI. Vt igitur dicamus quod rei est, in stricti iuris iudiciis modo locum habere potest iuramentum in litem, modo non pro habilitate sc. obiecti, quod in hocce contractibus deduci potest. In conditione certi ex mutuo locum non habet: habet enim pro se restitutiõem rerum fungibilium, in quas nulla cadit affectio. In

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

§. XXVII. Quibus præmissis iam facilis est responsio ad l. 6. §. 1. ff. ad L. Falc. quæ alias grauitèr ob stare visa est. Eius paraphrasis commode hæc esse potest: *Legato petito per actionem ex testamento vel rei vindicationem, cum ab actore in litem iuratum est secundum pretium affectionis, ratio legis Falcidie in computanda massa hereditatis & summæ legatorum, non eius summæ enormis, inquam legatarius iurauit secundum affectionem suam, haberi debet, sed eius quanti reuera id corpus quod petebatur, fuit, quod verum eius petitum est. Nam id, quod pænæ coercendæ scilicet contumaciæ heredis causa actori accreuit, cum id heres sibi imputare debeat, in legem Falcidiam non incidit.*

§. XXVIII. Illud vero adhuc restat excutiendum, cur in L. Aquilia non iuretur in litem? diserte enim Paulus in l. 33. pr. ad L. Aquil. ait: *Si seruum meum occidisti, non assertiones æstimandas esse puto (veluti, si filium tuum naturalem quis occideret, quem tu magno emtum velles) sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait: pretio rerum non ex affectione, ne utilitate singulorum, sed communiter fungi.* Ex hoc textu quoque hi, qui omne iuramentum 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, iuretur in litem, cum &

& hic videantur rationes iuramenti in litem supra datæ locum habere, quod nemo inuitus cogi possit, vt rem suam vendat, quod contumacia & dolus alterius coerceri debeant *l. & 8. ff. de in lit. iur.* subministrat quidem Paulus *in cit. l. 33.* aliquam responsonem, quod in L. Aquil. tantum agatur de damni restitutione, in quo etiam continetur, quod aut consequi possumus, aut erogare cogimur: (vnde & formula actionis L. Aquil. erat: quanti res plurimi fuerit §. 9. *l. de L. Aquil.* quæ formula spectat ad verum pretium, cuius saltem tempus variat.) Sed tamen illud adhuc supereft dubium, cur formula huius legis tantum de vero pretio fuerit concepta exclusio pretio affectionis.

§. XXX. Recurrendum itaque ad illas propositiones supra §. 10. *seqq. ex l. 68. de R. V.* exceptas, ex quibus patet, iurari in litem tunc demum, vbi quis iubetur rem restituere, & tolo fecit, quo minus restituere possit. Quia autem in actione L. Aquil non peto rem mihi restitui, sed tantum damni dati æstimationem, ideo nec iudex iubere potest, vt res restituatur, & sic nec occurrit hic contumacia rem non restituentis, quæ coerceri posset iuramento in litem.

§. XXXI. Deinde etiam supponamus, alterum dolo rem meam corrupisse, siquidem corruptio hæc facta fuerit absque possessionis apprehensione, non quadrabit quoque ratio iuramenti in litem affectionis supra data, quod intuitus nemo rem alteri vendere cogatur, quia damnum dans non intendit rem sibi velle habere, veluti, si per iactum lapilli vitrum aliquod a principe mihi donatum fregerit. Quod si vero rem meam prius vi vel clam abstulerit, vel etiam ex iusta casu apud se existentem dolo perdiderit, locum habebit rei vindicatio utilis (cum dolo possidere desinens habeatur pro possessore) condictio furtiua, actio commodati, depositi, locati &c. in quibus iuramentum in litem etiam obtinet.

§. XXXII. Hactenus, in quibus actionibus hoc iuramentum admittatur, euicimus. Quia vero variæ res in has actiones deduci possunt: nostra adhuc interest inquirere, in quibus rebus hoc iuramentum in litem locum habeat. Equidem in rebus incorporalibus hoc dari iam supra §. 10. & 29. dictum est, vbi notauimus

ex *l. 7. ff. si seruit. vind.* in confessoria iurati in litem, & simul annotauimus hoc iuramentum tunc esse irregulare. De negatoria obligationis paritatem idem Dd. concedunt. Menoch. *l. 1. A. I. Q. qu. 5. n. 11.* quamuis sibi ingentem scrupulum moueant ex eo, quod in illa non agatur de restitutione & exhibitione rei, cum seruitus plane alteri negetur. Verum, quia & hic aduersarius cauere tenetur de non amplius turbando alterum in libertate, adeoque de restituenda securitate, igitur nisi cautionem hanc præster, eodem modo, quo in confessoria, iuramentum in litem quamuis irregulare, obtinebit. Conf. Hillig. *ad Donell. lib. 76. c. 8. in not. li. a.*

§. XXXIII. De rebus immobilibus grauior quaestio exsurgit, an etiam in his possit locum habere. Equidem Lauterb. *tit. de in lit. iurand.* alique ibi allegati id simpliciter affirmant, quia & in his agatur de restituendo, & illæ res quoque affectionem recipiant, adeoque & hic dici possit, dominium non posse inuitum 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 iuratum fuerit, asserit, si rem non immobilem non restituat. Neque caret hæc 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 iudice agitur, ut rem restituat, adeoque iusiurandum in litem hic est superuacuum. Neque hanc sententiam evertunt leges a Lauterb. citatæ: 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 iure pignoris, & sic de re incorporali rei immobili coherente.

§. 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. iurand. p. 192.* Hoc quoque illustrauit Hunnius *de rerum aestimatione sect. 1. qu. 16.* his vltis verbis: *Iuratur in litem de illis rebus, quarum aestimatio incerta est & in quas domini petitoris probabilis aliqua cadit affectio, quæque certa specie*

constant, nec ex quantitate æstimantur. Declarat hoc ulterius de vino oleo & frumento, & in his contra Zesium negat iuramentum in litem locum habere posse, quod eius sint naturæ & qualitatis, vt in illas nulla cadat affectio singularis. *Quid enim obsecro,* pergit, *tua interest, virum vinum tuum apud alium depositum in specie recipias, an aliud eiusdem tamen qualitatis & quantitatis? Certe nihil. Sed num in vinum, certam poteris habere affectionem iuxta quam illud iureiurando æstimes? Nullo modo.*

§. XXXV. Ad hanc doctrinam probandam communiter provocare solent ad l. 3. ff. de in lit. iur. vbi negatur nummis depositis iudicem posse in litem iusiurandum deferre, & quidem recte, quia & in pecuniam tanquam rem fungibilem nulla cadit affectio: verum & alii textus præter illum hoc ipsum liquide ostendunt; cur enim Marcianus 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 stipulatu vel testamento si agitur iurari in litem, ratio certe non est alia. cur in his *stricti iuris* iudiciis non semper locum habeat iuramentum in litem, quam, quod plerumque interueniunt res fungibiles affectionem non recipientes.

§. XXXVI. Denique nec illud ommittendum est, quod quidam Dd. pretium affectionis in iuramento in litem ita determinent, vt in ipsa re debeat esse fundatum, eiusque peculiari vtilitate, veluti si vsui speciali ita sit accommodat, vt vlus iste ab aliis similibus expectari non possit, adeoque, non attendatur affectio extra rem posita, v. g. quod a priacipe sit donata vid. D. Beier in *exposicionibus ad ff. tit. de. in lit. iur. n. 12. seqq.* quo & inclinare videtur Lauterb. eodem in f. Verum indistinete in litem iurari posse arbitror etiam si affectio extra rem sit posita, & satis fundata est hæc assertio in nostro iure. Si minor æstimat rem quod maiorum eius fuisset & inde restitutionem impetrat l. 35. de min. Ita vt patronus ius suum in petenda bonorum possessione contra tabulas non aliorum computatione, sed suo iudicio æstimare potest. *Multi enim casus,* inquit laoulenus in l. 36. de bon. libert. *interuenire possunt. quibus expediat patrono petere bonorum possessionem. quamuis aris alieni magnitudo, quam*
li.

libertus reliquerit, facultates patrimonii eius excedat. Veluti si prædia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus maiorum patroni sepulchra sint & magni æstimat patronus, bonorum possessionis iura pro parte ea ad se pertinere, vel aliquod mancipium, quod non pretio sed affectu sit æstimandum, non ergo ideo minus habere debet ius petendæ bonorum possessionis, qui animo potius quam aliorum computatione bona liberti æstimat. Quod vero in actione Fauiana, ubi patronus rem iusto pretio a liberto venditam reuocare intendit, affectio patroni non admittatur per l. 1. §. si quid in fraud. patron. huius 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 resoluimus §. 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. iamdum remouimus. Sicuti enim in iure 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 iudiciis ratio habetur, sed eius demum, quæ cadit in virum honestum & grauem.

§. XXXVII. Ita ergo hætenus demonstrauius, ius Romanum quam optime congrue cum natura rerum & doctrina morali de pretio affectionis, vnde & eodem non infeliciter vsi sumus in decidendis controuersis intricatissimis de in litem iurando. Verum optandum foret, vt hisce vestigiis semper in hæsisent Icti 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. Quidnam vero sit accessorium, quidnam principale, non æquæ expeditum est, vnde & hic sæpissime Icti fuerunt solliciti, vt in dubio regulas quasdam formarent, ex quibus cognosci possit, quanam res pro principalibus, quanam pro accessoriis sibi habendæ, has & ipsas, alioquin val-

valde subtiles magis respexerunt, quam ad naturam rei eiusque usum, aut regulam nostram simplicissimam de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Vnde etiam factum est, quod intricatas magis reddiderint quaestiones controuersas, & decisiones saepe 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.* Vbi 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 reuerti non possit, is dominus intelligatur, qui illud excussit. Ostendit itaque, se ne quidem in excerptis institutionibus Cuius prudentiam adhibuisse, integrum enim textum Cui non exscripsit, & ita hac incuria fecit ut antinomia quaedam inter §. *cit. & l. 7. §. 7. de A. R. D.* exturgat, quae 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, quae hic non adest, cum negligentia exscribendi sit euidentis.

§. XL. Quodsi Grotium de iure *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 eius, quanti vnumquodque est, cum res, si alterius sit materia, alterius species, constent ex re quadam communi, h. e. materia & species tanquam suis partibus. Sed puto Grotium facile cum iure Romano conciliari posse, cum Icti eius sententiam non videantur absolute negare, sed magis in assertionibus his ad id momentum respiciant, vtri noua species esset adiudicanda, si in communione manere nolint, & vter adeo cogatur inuitus partem suam alteri vendere, vtrum dominus materiae materiam specificanti, vtrum specificans suam speciem domino materiae.

§. XLI. Et hic quidem Sabiniani a Proculianis discedebant, sed singuli sat infeliciter ad regulas metaphysicas in materia morali & ciuili prouocabant. Sabiniani enim dominum eius esse volebant, qui materia dominus fuisset, Proculiani contra eius, qui formam rei dedisset illi materiam tanquam substantiam rei, adeoque tanquam rem principalem considerabant, cuius accidens demum esset forma; hi e contrario formam ideo pro re principali venditabant, eo quod ex forma iudicanda sit essentia rei, cum per eum, qui formam rei dederit, esse coepisset, quod ante non erat. Imo & ad aliam regulam sapius ineptam in hac materia prolapsi sunt asserentes in quaestionibus de re principali vel accessoria, pro principali esse habendum sine quo altera res esse non possit. Vtraque pars hanc regulam ad fauorem 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 controuersiam definiuit Iustinianus distinctione sua, utrum possit res reduci ad pristinam materiam, annon. Ostendit iam Pufendorff *de I. N. l. 4. c. 7. §. 10.* in plurimis casibus decisionem Iustiniani esse iniquissimam, veluti, si quis ex alieno metallo opus quoddam artificiosum v. g. horologium confecerit, vbi longe maioris pretii est forma quam materia & sic utique æquum est specificatori eam relinqui, ut in antiquam & rudem massam redigi queat si modo simile metallum aut eius pretium restituarur. Sic & decisso de medicamentis a Iustiniano, formata bene quidem sese habet si v. g. quis tales materias venales habeat, vel in tanta copia, ut necessitatibus eius supersint, vbi 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 adiudicari. Eadem iniquitas sine dubio subesset si quis ex aliena lamina vel metallo nouum quoddam instrumentum mathematicum, vel quod inseruit physicis demonstrationibus effecerit, & illud secundum hanc decisionem adiudicare vellemus domino materiæ &c.

§. XLIII.

§. XLIII. Simplicis ergo secundum principia hæcenus iacta dicendum, regulariter rem esse debere specificantis, quia ipsa materia, ex quo noua species producitur, plerumque est res fungibilis, in quam nulla cadit affectio. Nullam itaque dominus materiæ iustam causam habet prærendendi dominum, cum utique perinde ei esse debeat, vtrum pretium materiæ, vel aliam rem fungibilem eiusdem quantitatis, qualitatis & bonitatis accipiat.

§. XLIV. Cæterum si materia forsan iam fuerit corpus aliquod arte elaboratum, & alter illud in nouam 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 iusiurandum in litem affectio illa æstimari posset, non posteriori, quia hic me contentum esse oportet vera populi mei æstimatione, id quod fuse ex doctrina de iuramento in litem fluit. Necest quod hic dicas: quia potest reduci ad pristinam materiam, & quia simul dominus materiæ affectionem antea in illam rem habuit, æquum est, vt illi etiam noua species adiudicetur. Nam non video, qua ratione domini materiæ affectioni satisfaceret, si alter aut lancem traderet, aut illam rursus ad formam noui 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 nouam illam speciem venalem haberet? Certe tum illa quoque haberetur pro re fungibili, cum alienationi esset destinata, secundum ea quæ *cap. i.* dicta sint, vnde mecum specificans non litigaret, de dominio eius rei, sed sponte mihi eam relinqueret, interim tamen ego non tenerem præcise illam accipere, & ipsi pretium pro labore & artificio soluere, quin potius ipse etiam hoc casu mihi teneretur secundum distinctionem §. præc.

§. XLVI. Equidem vtrum doctrina Iustiniani de specificatione hodie vsum in foro habeat, nequidem videntur dubitare doctores adeo, vt qui materiam hanc tractauerint, nihil penitus de praxi eiusdem adiciant, quamuis alias de vsu sententiam suam addere soleant, vt Hoppius, Schilterus, Struuius, aliique casu nemo de vsu huius doctrinæ iure dubitare posset. Verum neminem tam imprudentem esse

existimo, qui secundum ineptam Iustiniani distinctionem actiones suas formare & instituere 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 censeantur principes nostri, non vero quatenus ineptias nullum plane effectum producentes continent, & cum ipsa rei natura evidentissime pugnant.

§. XLVII. Pergamus ad §. *sit tamen alienam 26. de R. D.* ubi de accessione stricte sic dicta agitur. Hic I Cti sibi formarunt regulam, quod pars cedere debeat toti, & quod illud, quod ornandæ rei gratia factum est, ei rei accedat, quæ ornata est, & hic videtur vnanimis consensus fuisse I Ctorum. Ita enim Proculum, ita Seruium & Labeonem respondisse Paulus annotat *in l. 26. §. 1. de A. R. D.* ut scil. statuæ pes aut manus, Scypho fundus, lecto fulcrum, naui tabula, ædificio cœmentum cedant, cum iam cum toto coaluisse videantur. Consentit Vlpianus *in l. cum aurum 19. §. 13. de auro argento mund. leg.* & alio loco scil. *in l. 23. §. 2. de R. V.* ipse Paulus calculum suum adiicit, ubi eadem fere exempla, quæ *in l. 26. de A. R. D.* ex Proculo, Seruio & Labeone retulerat, adducit. Vlpianus vero *in cit. l. 19.* alia quoque addit, ita ut ex eius sententia gemmæ inclusæ auro argentoue cedant *semper enim inquit cum querimus quid cui cedat illud spectamus, quid cuius rei ordinandæ causa adhibetur, ut accessio cedat principali, cedent igitur gemmæ phialis vel lancibus inclusæ auro argentoue conf. l. 10. eod.* Addit idem Vlpianus *in l. 7. §. 2. ad exhib.* exempla, si phialæ emblemata, vestimento purpura iuncta 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 eius, cuius res vicem accessorii sustinet, modo huic soluat pretium alioquin enim 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 separationem actione ad exhibendum, quæ ideo præparatoria actionis rei vindicationis esse perhibetur, quam diu enim accessorium adhuc principali rei cohæret, extinctum esse videtur, & sic rei vindicatio directâ

recta cessit, 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 distinguit inter ferrurationem & plumbaturam, dicit enim *si statuæ suæ ferruratione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi & quod semel alienum factum sit, etiamsi inde obrutum sit, redire ad priorem 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 maioris non possit vindicare totum a domino partim, 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 approbauerit Ulpianus, nam in l. 7. §. 2. ff. ad exhibend. non distinguit, sed promiscue dari actionem ad exhibendum concedit, siue armario, siue naui alterius tabula mea, vel ansa Scypho iuncta, vel emblemata phialæ, vel purpura vestimento intextu aut brachium statuæ coadunatum. In hisce exemplis partim coniunctio fit per adplumbaturam, ut in prioribus, partim per ferrurationem, ut si statuæ quis coadunauerit 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 statuæ sit facta coadunatio per ferrurationem.

§. LI. Quod si Pomponium consulamus, hic videtur tertiam fuisse sententiam Ulpianæ plane oppositam. Ulpianus enim concedit ubique tum in ferruratione, tum in applumbatura actionem ad exhibendum, ut separatur, Pomponius vero in l. 27. pr. ff. de A. R. D. ita pronuntiat: *Si tuum Scyphum alieno plumbo plumbaueris, alienoue argento ferruminaueris, non dubitatur, Scyphum tuum esse, & a te recte vindicari.* Ignorauitne ergo Pomponius Cassii subtilem distinctionem, utrum vero eam tacite reliquit? posterius dicendum videtur, cum idem iuris utrobique locum habere asserat. Ego secundum Pom-

po.

ponium nec in ferruminatione, nec in adplumbatura dominus partis poterit agere ad exhibendum.

§. LII. Equidem non ignoro doctores hic antimoniam hanc triplicem non agnoscere, sed Pomponium supplere ex distinctione Cassii, Vlpiani vero verba intelligere de adplumbatura, ut modo regulæ de distinctione inter ferruminationem & adplumbaturam semel formatæ subsistere possint. Verum noui etiam doctrinas eorum non cohæreere cum natura rerum & alterum sic, alterum aliter hæc vtrunque connectere, & tamen vbique connexionem esse lubricam. Etenim Vlpianum non posse commode intelligi te adplumbatura iam ostendimus §. 49. Et non sine causa videtur Pomponium tertiam sententiam elegisse, qui ea ob mox dicenda maxime cum ratione conuenit.

§. LIII. Quod si enim rem ex natura sua consideremus, sane videtur sat plana esse; scilicet, dominum partis regulariter amisisse dominium partis suæ eumque non posse conueniri 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 refoeso eiusdem partis pretio. Regulariter enim illa, quæ per adplumbaturam vel ferruminationem alteri rei accedunt, sed res fungibiles, in has vero non cadit pretium affectionis.

§. LIV. Cæterum, quod hic imitationem doctores alii in adplumbatura quæsiuerint, 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 vtrique æquitas postulat, ne quis inuitus cogatur rem suam vendere, & inclusa & alteri rei adiuncta exhibeantur & separentur, modo adhuc extent veluti si gemma forte a principe donata alterius annulo inclusa sit, aut margaritæ ab Augusta femina alicui donatæ ornamentis muliebribus alienis contextæ sint. *l. 32. §. 1. de auro argenti. mund. legat.* Quod si vero res non amplius exte t, veluti, si ex meo poculo a principe mihi donato suæ statuæ fecerit brachium, & tunc aut irabitur contra eum in litem, si dolo iunxerit, aut verum pretium tantum exigi poterit, si dolo & culpa lata ipsi imputari nequeant, brachium

chium certe vt exhibeatur contendere nequeo, cum post mutationem, & formæ destructionem res fungibilis facta. In reliquis regula §. *anrec.* data manet firma, si se scypho fundus, aut statuæ pes, aut nauis tabula, aut lecto fulcrum, aut candelabro sigillum &c. adiuncta fuerint.

§. LV. Et ne quid hac in re dissimulemus, valde dura videtur sententia Ulpiani l. 7. §. 2. ff. *ad exhibendum*, dominum purpure alieno vestimento intextæ posse agere ad exhibendum, vt sc. a vestimento separetur. Neque cohæret hæc assertio cum doctrina de specificatione, si enim ex sola purpura tua vestimentum confeci, illud secundum doctrinam iure consultorum meum est, tanquam specificantis, quia non potest reduci ad pristinam materiam, cur itaque non idem iuris esset, si tantum purpuram tuam ad partem aliquam vestimenti mei adhibuerim, nisi forsan dicere velis, ex sententia Ulpiani, & Triboniani, vestimentum ex aliena purpura confectum esse ad eos casus, vbi species potest reduci ad pristinum materiam. Ipse Tribonianus, quidem in §. 25. de R. D. vbi exempla quæstionis de specificatione ponit, exemplum de lana & vestimento affert, sed postea ad regulam datam non applicat, vt adeo videatur vel anceps & dubius hic fuisse, vel plane a Caio suo dissensisse. Etenim Caius in suis *institutionibus* l. 2. tit. 1. §. 7. inquit: *Si ex lana vel lino vestimenta fecerit, eius erunt vestimenta, cuius lana vel lino fuisse probabitur.* Tribonianus vero in verbis vltimis §. 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 eiusdem materiæ præstiterit, ad vero in adiunctione, non tantum alter partem materiæ præstat, verum partem etiam potiore, cur itaque hic concederetur facultas petendi separationem non ibi? Quidquid demum sit de opinione Triboniani ex hoc forte decisio dura est, cum purpura sit res fungibilis, adeoque alteri perinde esse debeat, vtrum eandem purpuram, an vero aliam eiusdem generis accipiat.

§. LVI. Quæ de confusione materialium in §. *si duorum materiae* 26. de R. D. traduntur, non adeo habent aliquam difficultatem ad nos pertinentem. Aut enim vtriusque voluntate fit confusio, aut casu fortuito, aut voluntate vnius. Vbi queres sit communis, primo qui-

quidem casu propter vtriusque voluntatem, in duobus reliquis vero: quia vtroque est res fungibilis. Et sic casus non erit de litigio domini, cum quisque accipiendo verum rei pretium secundum proportionem materiae, quam in re communi habet, nihil habeat, de quo quaeratur. Id tamen erit addendum de casu vbi voluntate vnius confusio facta fuerit, & res confusione non meliorata, quod tum æquum sit, confusentem debere præstare alteri verum rei pretium, & solus damnus pati, cum nemo secundum regulam vulgatam possit ex alterius facto prægruari *l. 155. de R. l. c. 22. de R. l. in 610. l. 27. pr. in ff. de procurat.* Nec obstat, quod de casu, si voluntate vnius 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 iure gentium, vbi ex natura potius rei, quam legibus postivis Romanis decisiones formamus.

§. LVII. Equidem circa commixtionem a regula in *priori* §. data diuortium fecisse videtur imperator, dum ibi negat communionem inter dominos vtriusque materiae 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, vti quidem in confusione. At vero hac ratione diuersitas physica alterare nequit decisionem in commixtione, est enim frumentum quoque res fungibilis, & licet mel maxime singula corpora in sua substantia durent, sufficit tamen, quod separari semel commixta non possint, cum in iure eidem sit, moraliter aliquid esse impossibile, aut difficillime fieri, & plane non fieri. Esto iam, si frumentum meum cum frumento tuo misceatur, singula grana manere in sua substantia, quis cognoscere poterit, quænam sint mea, imo quis tam stultus erit, vt separationem petat, si triticum cum hordeo aut auena fuerit mixtum, cum maiores sumtus ad separationem vtriusque requirerentur, quam quidem ipsius vel pretium est. Imo videtur hic Tribonianus vel Caium suum non intellexisse vel ab eo recessisse, cum ille liquido contrarium doceat, referente lauoleno in *l. 78. de solut.* vbi ita: *Si alieni nummi in scio vel inuito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerant, quia pecuniæ aliæ solutio dominium eius transferre nequit ex regula vulgata quod nemo plus iuris in alterum transferre possit, quam ipse habeat: Si mixti essent ita vt discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Caii scriptum*

ptum est. Quidsi itaque supponamus, frumentum Titii furto ablatum tertio fuisse venditum, hocque frumentum cum eius, 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 Caio suo, quem alias vbique sequi amat, in causa viderur fuisse, quod sententiam Vlpiani *in l. 5. pr. de R. V.* & Pauli *in l. 23. §. 5. eod.* non satis intellexerit, & ita hic combinationem fecerit ridiculam. Quæ enim Paulus *in d. l. 23.* tradit, quod in his corporibus, quæ ex distantibus corporibus essent, singulæ partes retineant suam propriam speciem ut singuli homines singulæ oves, & exinde infert *posse me gregem vindicare, quamuis 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 ouium vel bouum declarare velit, deinde quamuis Vlpianus cum Triboniano in ipsa quæstione de commixtione frumenti optime conspirare videatur, tamen videtur magis inutilem subtilitatem de differentia rei vindicationis a communi diuidundo iudicio hic tradidisse, ceu ex toto titulo communi diuidundo apparet, quod peculiarem de hoc iudicio habuerit sententiam, quæ tamen hodie propter formulas sublatas non habet usum. Imo rei vindicatio illa Vlpiani est abusive sic dicta cum euentum habere nequeat, ut idem hic videatur esse officium iudicis, quod est in communi diuidundo, unde & Vinnius *in not. ad cit. §. 28.* non diffiteretur, vi & effectu hic non aliam esse iudicis sententiam & restitutionem, quam si aceruus fere communis esset. Denique etiam differentia inter terminum confusionis & commixtionis, quam hic Tribonianus & interpretes tradunt, quod illa sit corporum liquidorum, hæc solidorum, reuera est inanis & Caius, Vlpianus & Pomponius hos terminos promiscue vsurpant, 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 iuncto secundum §. cum in suo solo *29. ff. de R. Diu.* vbi compilatione sua inepta ansam de-

dit Tribonianus vt interpretes valde defudent de natura huius actionis exponenda, cum contextus ostendat, Tribonianum existimasse actionem de tigno iuncto in duplum etiam dari aduersus b. f. ædificatorem, vnde valde anxii sunt, vtrum actio de tigno iuncto sit rei persecutoria, vtrum pœnalis, vel mixta, item quomodo concilianda sint verba huius paragraphi finalia cum *l. 2. de tigno iuncto*, ibi enim dicitur, diruto ædificio non posse tigna amplius vindicari, si iam fuerit duplum consequutus, id quod *in l. cit. 2.* negatur. Potissimum vero solcite inquirunt, cur b. f. possessor debeat præstare duplum, ratio enim communis, quasi hoc fiat in solatium domini tigni, quod propter vtilitatem publicam cogatur tignum inuitus vendere est valde inepta. 1) quia tignum seu omnis materia ad ædificandum 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. ædificatore, adde 3) quod inauditum sit, vnam eandemque actionem pro diuersitate rerum partim ex delicto, partim ex alio fundamento oriri aut modo esse rei persecutoriam, modo pœnalem.

§. LX. Sed hinc non accuso veteres ICtos, quippe qui destituti vt plurimum fuerunt principiis veris iurisprudentiæ, accuso Tribonianum & interpretes, qui magis imprudentiam Triboniani adorare, quam rem ex vero merito voluerunt. Res certe plana est, actionem de tigno iuncto dari saltem de tigno furtiuo, adeoque etiam *in ff. vir. de tigno iuncto* statim post tit. de furtis collocatus est, quæ collocatio alias esset insipida. Ita Ulpianus tantum mentionem tigni furtiuo facit *in l. 1. §. 2. ff. & l. 2. ff. cit. r.* vbi 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. vxor.* vbi proponit casum, si tigna vxoris ædificio viri iuncta sunt, eam agere quidem posse dicit, sed non ex L. XII. Tabul. his vsus verbis: *in hoc solummodo agi potest, vt sola vindicatio, solutare, competat mulieri, non in duplum ex LXII. Tab. neque enim furtiuum est, quo sciante domino inclusum est.* Rationem ergo actionis, de tigno iuncto ad duplum in eo collocat, quod sit furtiuum, & nisi me omnia fallunt, his verbis innuit Paulus, quod in L. XII. Tabb. tigni furtiuo mentio verbis conceptis facta sit. Quamuis vero idem ICtus *in l. 6. ff. ad exhib. gene-*

neraliter videatur loqui, & non præcise tignum furtivum supponere, ratio tamen postulat, vt Paulum ex Paulo explicemus, præsertim cum *in l. 6. cit.* tantum incidenter de hac actione loquatur, & solummodo illam tractet quæstionem, vtum ad exhibendum, vt tigna eximantur, agi possit. Si itaque dicendum quod res est, erat actio de tigno iuncto, mere pœnalis, & species quædam actionis furti *l. 2. ff. de tigno iuncto*, & dabatur contra eum qui sciens iunxerit *l. 1. §. 2. eod.* Ita etiam idem *in l. 23. §. 6 ff. de R. V.* *Tignum alienum adibus iunctum, nec vindicare potest propter L. XII. Tab. nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi aduersus eum, qui sciens alienum iunxit adibus, sed est actio antiqua de tigno iuncto in duplum, quæ ex L. XII. Tab. descendit.*

§. LXI. Quodsi quis bona fide iunxerit, actio non data fuit in duplum, sed L. XII. Tab. saltem verum pretium refundi voluit, ita enim rursus Paulus *l. 98. §. vlt. de solut.* loquitur: *denique L. XII. Tab. tignum adibus iunctum vindicare posse scit, sed interim id solui prohibuit, pretiumque eius dari voluit* h. e. pretium verum & simplicum. Neque enim putandum est, L. XII. Tab. hanc commississe absurditatem, vt voluerit aliquod pretium affectionis admittere in rebus fungibilibus, commiserunt hac potius interpretes minus caute Tribonianum secuti.

§. LXII. Sed pergamus cum Triboniano ad plantationem & fationem de quibus agitur *in §. 31. & 32. de R. D.* Legislatores hic aliquod discrimen fingere voluere, ita vt consista quidem simpliciter solo cedant, implantata verò 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: Vlpianus contra rationem non tam ex alimento, quam ex nuda coalitione cum terra petiisse videtur *in l. 9. §. 2. ff. de d. imm. infect.* vbi vero semel planta radices in alieno solo egerit ita commutata est, vt ne eruta quidem ad priorem dominum reuertatur. *cit. l. 26.* Cuius rei ratio vltius 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, vt ostendit Grot. *de I. B. & P. l. 2. c. 9.*

§. 3. Apparet itaque has rationes decidendi magis subtiles esse, quam

præficas. 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, vt credo, contentus erit, si verum rei pretium vel aliud indiuiduum eiusdem 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, cuiusnam illa esse debeat. Decisio certe ad nihil utilis est, quam vt occasionem dederit antinomii. Tribonianus quidem cum suo Caio in l. 7. in f. ff. de A. R. D. decidit, arborem prope confinium positam communem fieri, si etiam in vicinum fundum radices egerit. Et quidem pro regione cuiusque prædii, sic addit Marcianus in l. 3. pr. eod. verum grauius huic contradicenti assertioni Pomponius in l. 6. §. vlt. ff. arbor. furt. cas. inquit: *Si radicibus vicini arbor aletur tamen eius est, in cuius fundo origo eius fuerit.* Vnde exinde quoque infert, radices vicino recidere non licere. Omisssa ergo subtilitate aliorum statuit Pomponius indistincte eius esse arborem, in cuius fundo stat pars exterior. Equidem communis conciliatio est, quod Pomponius loquatur de extremis saltem radicum partibus, vid. Vinn. in comm. ad §. 31. verum reuera illa vim infert textui, cum simpliciter dicatur ad originem arboris esse respiciendum, deinde inanis est, quia per extremas radicum partes alimenta arbor ex alieno solo assumit, quæ tamen assumptio alimenti ratio decidendi est, cur ab aliis statuatur arborem esse communem. Et hæc sententia Pomponii moribus Germanorum vt æquior recepta est, ad maximas difficultates in inquisitione radicum, quæ se non vniformiter extendere solent, tollendas, & ne radices, & ita per has arbores lædantur. Bene itaque dicit Huber. ad inst. cit. de R. D. §. 25. *Obscura & subterranea hæc indagandi ratio difficulter usu hominum recipitur, vulgoque in partitione fractuum magis ad ramos, quod expeditius, quam ad radices arborum attendi solet.* Videant itaque conciliatores subtiles, qui scuta textuum se indurare gloriantur contra Antinomios, vt verbis vtar eiusmodi hominum ambiciosorum, qua ratione antinomiam hic occurrentem tollere velint. Nostra certe parum refert, cum hæc subtilitas in foris nostris nunquam fuerit recepta.

§. LXIV.

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

§. LXV. Porro quoque literæ, obligationes, carmina, orationes, &c. perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur aut inferuntur, ait Imper in §. 33. *lur. de R. D.* Elegans Philosophia. Ridemus infantes & pueros, quando libellis suis solent inscribere:

N. N. bin ich genannt,	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 ehrlichen Namen.

Sed ICtos Romanos, licet eandem ineptiam hic committant, adhuc magnificimus, nec dicimus, ridiculum esse meditationes, orationes, carmina & obligationes res sæpe magni momenti, aut certe in quas cadit affectio, cedere debere chartæ vilissimæ, cuius essentia fere in puritate & facultate consistit, postea enim non charta, sed oratio carmen obligatio &c. vocatur. Agnouisse videtur Vlpianus hanc inutilem subtilitatem in 13. §. 14. *ff. ad exhib.* vbi ex æquitate, licet ad exhibendum agi nequeat in factum actionem dandam esse existimat, si rationes Titii in charta aliena fuerint conscriptæ, & illæ a domino chartæ possideantur. Est itaque secundum hanc philosophiam dominus chartæ quoque scripturæ dominus, sed per actionem in factum dominium eius fit inane.

§. LXVI. Viderunt ista plerique interpretes cordatiores, adeoque hunc §. 33. in nostris foris vsu omni destituti afferunt est enim charta res fungibilis, in quam non cadit affectio, ergo merito iniusta est alterius prætenso, si præcisè chartam vellet vindicare. Aliis tamen adhuc arrident dogmata Iustiniani quasi videlicet hæc lex nunquam abrogata, Ludou. *disp. 4. ad Inst. sb. 7. lit. e.* eum tamen prius inquiri debuisset, an vnquam esse recepta, sed abunde quilibet suo sensu: De gustibus enim non est disputandum.

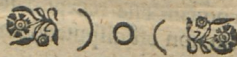
§. LXVII.

§. LXVII. De pictura disponitur §. 34. de R. D. ubi demum Tribonianus sapere incepit, quia sc. sapuit Caius in l. 9. §. 2. ff. de A. R. D. ubi ita: Sed non ut litera chartis membranisque cedunt, ita solent picturae tabulae cedere, sed ex diverso placuit, tabulas picturae cedere, addit Tribonianus alii putant picturam tabula cedere, quibus verbis aperte notat Paulum in l. 23. §. 3. ff. de R. V. inquam: Sed & id, quod in carta mea scribitur, aut in tabula pingitur statim meum sit, licet de pictura quidem (ut Caius) contra senserit propter pretium picturae, 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 inferendo, aperti cavillatores sunt) incaute sane & imprudenter fecit Tribonianus, quod textum Paulinum digestis inseruit, quamvis vel maxime in Instit. postea hanc litem, approbando Cuii sententiam sustulisse videatur. Equidem adhuc novus scrupulus iniicitur a Triboniano in cit. l. 33. quod domino tabulae vtilem actionem concedat, quam tamen litem hic iam meam non facio, quia ad finem disputationis propero.

§. LXIIX. Quo tendit vero tandem tua philosophia, vergebut Encomiastra iuris Romanae Nos LL. Romanis vivimus, aliter I Cti, aliter philosophi iudicant. Equidem doleo, quod haecenus I Cti Romani aliter iudicauerint, 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 incepta a prudentibus Germanis nunquam fuerunt receptae, quippe, qui magis simplicitatem iuris gentium, & naturam ipsius rei secuti sunt praesertim cum Dd. ipsi admittant, haec omnia pertinere ad modos acquirendi iuris gentium, ubi neminem ligant leges Romanae, non magis ac definitiones parum accuratae ibidem non raro occurrentes.

§. LXIX. Et quavis sponione certare velim, si quis perlutret omnia serinia iudiciorum totius Germaniae, non deprehensurum 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 pronuntiatur fuerit.

§. LXX. Et quid si plane dubitarem, vtrum apud ipsos Romanos haec subtilitates usum unquam in praxi habuerint? non enim novum est, quod ipsi I Cti Romani fateantur, suas subtilitates in praxi suorum temporum non attendi, cuius rei specimen dedit Dn. Praeses in disp. in servit. fillicid. ex Paulo, de continua causa servitutum loquente in l. 28 ff. de servit. praed. vrb. qui tamen ipse in l. 9. de servit. P. R. in genere fateatur, in praxi illam subtilitatem non attendi. Et ne videamur destituti exemplo in nostra materia l. 7 §. 5. ff. de A. R. D. Cuius decedit, quod si alveus novus rursus derelinquatur, illum non redire ad pristinum dominium, sed eorum esse, qui prope ripam praedia possident, deinde tamen fateatur paxin sibi esse contrariam, dicendo: Sed vix est, ut id optineat. Nos eodem modo ex haecenus dictis concludimus & cum Caio finimus nostram dissertationem dicente: Vix est, subtilitates A Ctorum Romanorum haecenus recensita obrineant.



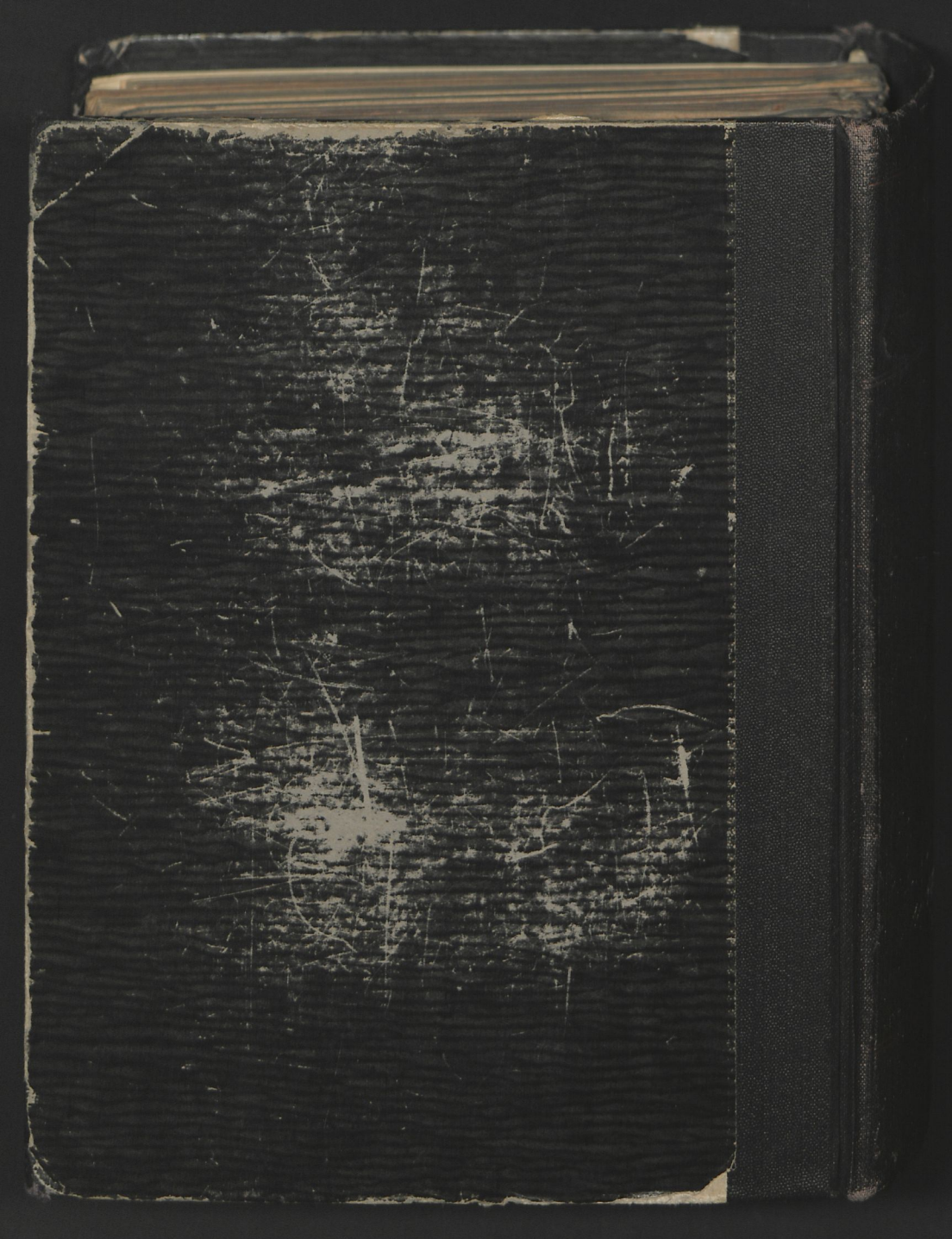
Halle Diss. 1701
(T-2)

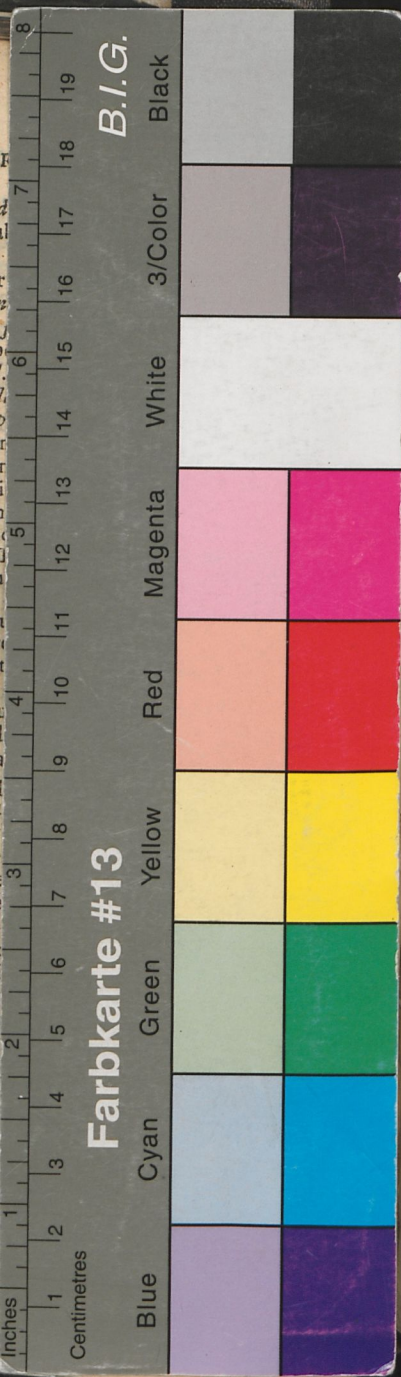
ULB Halle 3
001 923 862



sb







1701
40 d
1958
4

DN. CHRISTIANI THOMASII,
ICTI,
SAC. REG. MAI. BORVSS. CONSILIARII
PROF. PVBL. ORDIN.
DISSERTATIO
DE
PRETIO
AFFECTIONIS
IN RES FVNGIBILES
NON CADENTE.



HALAE MAGDEBVRGICAE
TYPIS IO. CHRIST. GRVNERTI, ACAD. TYPOGR.
Recusa 1754. (10)