









DISSENTATIO INAUGURALIS JURIDICA

PRETIO AFFE-
CTUUM IN RES FUN-
DARIAS

AVCTORE
FRANCO WILHELMO,
HEREDE ALLEG.
FRIDERICIANA
EX ACADEMIA IURIS FACULTATIS JURIDICAE
PRESIDE



ON CHRISTIANO THOMASIO, JCTO,
S. P. M. S. JOHANNI GOSMUNDI, PROF. PUBL.
ET DECANO
PRO LICENTIA

FRANCO WILHELMUS HEERT
UNIVERSITÄT
KÖNIGSBERG
1848





Halle Diss 1701

(T-Z)

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

De

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

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

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

In Regia hac Fridericiana

EX DECRETO ILLUSTRIS FACULTATIS JURIDICÆ
PRÆSIDE

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

PRO LICENTIA

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

IN AUDITORIO MAJORI

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

PHILIPPUS REINHOLDUS HECHT,

CRUCENACO-PALATINVS.

DENUO RECUSA Anno 1727

HALÆ MAGDER. Litteris Chr. Henckelii, Acad. Typ.



DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

De

PRETIO AFFECTIONIS IN RES FUN-
GIBILES NON CADENTE

Quam

RECTORI MAGNIFICENTISSIMO
SERVISSIMO PRINCIPIS AC DOMINI

DN. FRIDERICO WILHELMO

REGNI BORVSSICI HERED. &c.

in Regia hac Fridericiana

EX DECRETO ACADEMIÆ FACULTATIS JURIDICÆ
PRÆSTIDÆ

DN. CHRISTIANO THOMASO JACOBO

S. REG. MAJ. BORUSS. CONSILIARIO, PROF. PUBL.
ET P. DECANO

PRO LICENTIA

Summos in utroque iure honores, & pri-

vilis doctoralia hinc consequendi

IN ACADEMIA MAJORI

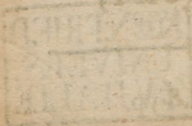
At a XXXI. Nov. Anno MDCCCLXXXIII. m. & semestris
Faberis Fridericiana disputatione habita

Philippus Reinholdus Hecht

CRUCIATAE PALATINÆ

DEUO SACRÆ ACADEM. P. P.

HAEC ACADEMIA LICENTIA CUIUS HONORIS ACADEMIA



22
2





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

CAP. I.

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

SUMMARIA.

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

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

*Ad dissertationem nostram pertinet
pretium affectionis stricte di-
ctum. §. XV.*

*Differentia rerum fungibilium &
non fungibilium. §. XVI.*

*Consumtio est vel naturalis rerum,
que usu corrumpuntur aut ser-
vando servari nequeunt. §. XVII.*

*Ad fungibiles non pertinent res que
usu atteruntur, ut vestimenta,
Lapsus insignis Triboniani in ca-
pite de quasiusufructu. Ineptia
conciliatio vulgaris. §. XVIII.*

*Vel est Civilis. sc. alienatio, edificatio
&c §. XIX.*

*Res fungibiles duplicis sunt gene-
ris quedam naturales & perpe-
tuo tales. §. XX.*

*Quaedam arbitraria, & modo fun-
gibiles, modo non. §. XXI.*

*Posteriores modo admutuum perti-
nent, modo ad commodatum.
§. XXII.*

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

*In materia tamen presenti eas
equiparari fungilibus §. XXIV.*

*Pretium affectionis ortum ex affe-
ctu ambitiosorum §. XXV.*

*Non ex avaritia, quia hec pecuni-
am omnibus rebus preferit. Nota
ex voluptate, nisi huic affectui
dediti multas res pretio affectio-
nis estimant §. XXVI.*

*Nemo res fungibiles pretio affectio-
nis estimat, non avaro §. XXVII.*

*Non ambitiosus, nec voluptuosus,
§. XXVIII.*

*Ratio: quia res, in quas cadit affe-
cti debent tales esse, ut servari &
ostentari possint. §. XXIX.*

*Res medii 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 publicæ contendi & haberi
solent, ita sunt comparatæ, ut licet usu
suo non destituantur, angustioribus ta-
men terminis includantur, neque adeo se-
latius per Jurisprudentiam nostram diffun-
dant. Verum si doctrinam de rerum preti-

is penitus consideremus, illa in hoc pal-
mam reliquis præcipere videtur, quod non in certa aliqua Juris-
pru-

AFFECTIONIS NON CADAT IN RES FUNGIBILES.

prudentiæ nostræ materia sedes fixas habeat, sed latius exspatietur, & per universam juris molem ita se diffundat, ut fere nulla materia occurrat, ubi non hæc doctrina de rerum pretiis applicari possit. Cum enim omnes contentiones & controversiæ oriri soleant de *meo & tuo*, & jus reddatur ordinarie de iis, quæ in commercio sunt, seu de bonis externis, & vero ex necessitate de iis aliquando ita jus dici debeat, ut vel in subsidium æstimatio ipsius rei, vel cum ipsa re ratione damni vel alius interesse ipsa sit præstanda, deprehendimus, legislatores fere in omnibus eiusmodi fuisse quam maxime sollicitos de præstanda & ineunda æstimatione, quod per inductionem sine omni difficultate ostendi potest. Ut jam non tangam jura personarum, ubi tamen illa, quæ de æstimatione servorum sunt disposita, doctrinam de pretiis rerum omnino expostulant, solummodo ad jura rerum, quæ potiorum in jure nostro occupant locum, provoco, quæ ubivis de ineunda æstimatione disponunt. Res extinctæ a mala fidei possessoribus vindicari nequeunt, possunt tamen condici. § 26. *I. de rer. Divis.* h. e. æstimatio earundum petenda. Quid petimus ab his, qui pro possessoribus habentur, quales sunt qui dolo desiere possidere, vel se offerunt liti, quam æstimationem ipsius rei? In ædificatione ædificans repetit æstimationem seu pretium materiæ § 30. *eod.* In servitutibus ratio damni dati habetur. At quomodo hoc aliter, quam per æstimationem fieri potest? De hereditate nullum dubium. Et sic de cæteris. Potissimum autem pretii usus sese exferit in conventionibus, & 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, ubi damnum fuerit datum, & de eo resarciendo ex I. ^{4.} quilibet agatur, id aliter fieri nequit, quam secundum generatam doctrinam de pretio rerum principia. Et infinitum foret. ⁴ id latius per singula jurium capita eundo exequi vellemus.

§. II. Indubium itaque est, ingentem hujus doctrinæ recte intellectæ & applicatæ esse usum. Sed hic est communis fere eruditorum navus, quod illa, quæ bis aut tertio seculo obtingere solent, magno sudore tractent, & subtilissime de illis disputent, ne-

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

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

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

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

tum ipsum pretii in multis communem doctrinam sequatur: collocat enim illud in aptitudine rei vel actionis, qua aliquid mediate vel immediate conferre potest ad vitæ humanæ necessitates, aut ad eandem commodiorem aut jucundiorē reddendam. Sed quamquam necessitas & commoditas rei movere possint contrahentes ad acquisitionem earum, hæc tamen parum faciunt addeterminationem pretii, de qua unice hic quæstio est. Quid enim, numme hæc rationes necessariæ in majori forent habendæ prætio, quam res commodæ, & hæc, quam jucundæ, id quod tamen contra experientiam est, cum constet annonam villius emi quavis gemma, vel unione. Quid quod fatente ipso Pufendorffio § 5. dentur res quædam vitæ humanæ utilissimæ, quibus tamen nullum est impositum pretium.

§. V. Emendare itaque hanc instituit Dn. Præf. in *Jurisprud. Div. L. 2. c. n.* tum simul in veram originem pretii inquirendo tum genuinum ejus fundamentum ostendendo. Quod ad originem attinet, hoc certum est, quod si homines in communione primæva in qua protoplastos constituisse evicit Dn. Præf. *L. 2. c. 10.* perstitissent, sine dubio nec æstimationis, nec pretii ulla fuisset habita ratio, cum quilibet rebus in commune positis uti proprio jure, nec introduci aliquod pretium potuisset, quod extra communionem in proprietate singulorum esse debuerit. Postquam itaque dominium introductum, & refrigescente 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. Quam vis enim nulla regio tam inhabitabilis & infelix esse deprehendatur, quæ fructibus soli proprii incolas alere non possit, modo secundum regulas naturæ, quæ paucis contenta est, vivere vellent, cupiditas tamen rerum superfluarum & avaritia, quæ ad res multas possidendas homines instigat, eosdem simul impulxit, ut animum ad commercia applicarent. Quo sensu itaque commercia possunt dici a ICto in *l. 5. ff. de F.*

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

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

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

etc.

*electa materia est, cujus publicæ & perpetua æstimatio difficultatibus per-
mutationum æqualitate quantitati subveniret, eaq; materia forma pu-
blica percussa usum Dominiūque non tam ex substantia præbet, quam
ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.*

§. VIII. Complectitur, his verbis ICrus historiam de origine
utriusque pretii, sed causam introducti pretii eminentis minus fe-
liciter eruit. Difficultatum sublevandarum causa illud esse intro-
ductum arbitratur, quam cantilenam etiam ingeminat Philosophus
tit. l. sed non exprimit originem istarum difficultatum. Si enim
tantæ difficultates in permutationibus occurrunt, cur quæso olim
non statim nummus introducebatur? Ergo difficultates hæ sine
dubio supervenerunt incrementibus hominum cupiditatibus & lu-
xuria. Quamdiu enim homines in simplicitate primæva, quæ non
vitium, sed virtutem designat, subsisterunt, vulgare pretium nullas
habuisse videtur difficultates, id quod Tacitus *de mor. Germ. c. 5.*
n. 6. fatetur, inquires: Proximi ob usum commerciorum aurum &
argentum in pretio habent, formasque quasdam nostræ pecuniæ agnos-
cunt atque eligunt: Interiores (Germani) simplicius & antiquius per-
mutatione mercium utuntur. *Et c. 5. n. 4.* Gaudent præcipue finitimarum
Gentium donis, que non modo a singulis, sed publice mittuntur; electi
equi, magna arma, Phalææ torquesque. Jam & pecuniam accipere do-
cuimus. Vides itaque ex verbis Taciti, Germanos antiquos, quamdiu
in simplicitate perstitere, absque omni difficultate permutationi-
bus exercere potuisse. Ast postquam luxuria & ambitio Romanor-
um penetraverat etiam in intimam usque Germaniam, postquam
cupiditas plura possidendi eos invalerat, tum demum pretii eminentis
cepit aliquis inter eos esse usus. Latius & expressius id ipsum
explicat Conring. *disp. de urbib. Germ. th. 78.* inquires: Prisci Germani
nulla opum cupiditate, nullo luxu, rudi tecti vellere, & cibo simplice,
*lacte, caseo, agrestibus pomis, recenti fera contenti, vitam omnem in studiis
rei militaris transegerunt. Eoq; commadus fuit discretis ac dispersis edi-
bus habitare, ut fons aliquis, ut campus, ut nemus maximo poterat usui esse
quod ita nihil possent suæ desiderare beatitati. Nec peregrinæ mercaturæ
ergo tunc locus vitia tantis & obvia petentibus, nullo opum honore, opifi-
cia vero pene omnia exularunt, luxuriæ sc. & mollis vitæ instrumenta. At
post*

postquam vestis elegantior & lautior cibus & domus splendidior, mutatis Romana consuetudine moribus paulatim cepit allubescere, crevit necessario artificum copia & mercatura ad externos extensa est. Hinc opum cupiditas & rationes variae excogitatae faciendi nuximi, inde tandem 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. Unde non mirandum, quare permutationes inter eos, qui rusticam vitam agunt, sint frequentiores, quam qui civitates in habitant. Cum enim præprimis illæ commoditatem & luxuriam sectentur, & cives secundum plures, eosque variantes, status dividantur, quorum Plurimi vitam plane tueri nequeunt, si a pretio eminenti, luxuria & commoditate abstrahas, sequitur, ut hoc pretium in primis in civitatibus dominetur. Quomodo enim mercatores varii generis, quomodo tot factores & futores, tot alia luxuriæ nostræ instrumenta, possent se suosque alere, si eminentis illud pretium in civitatibus deesset. Atque ita fieri aliter non potest, quam ut difficultates ex permutationibus oriantur, quæ tamen non ipsi permutationi, sed luxuriôsæ hominum vivendi rationi merito adscribendæ.

§. X. Jam ulterius inquirendum in fundamentum pretii variantes, & unde modo crescat, modo decrescat. Commune proverbium est: *omne rarum curum*. Non forsan aberrabimus a via, si hic subsistamus & fundamentum pretii, prout communiter inter homines consideratur, a sola raritate deducamus. Et quidem ratio hujus rei in proclivi est. Ambitio enim hominum illa æstimare solet, quæ cum paucis habitura est communia, contra eidem vile est, quicquid intra cujusvis supellectilem cernitur. Pufend. *Lib. 5. c. 1.*

§. 6. Avaritia omnium rerum sollicitam possessionem trahit, & cum invidia conjuncta est. Quo rarior autem est res ab avaro possessa, eo minor causa aliis eam invidendi, eo majus invidiæ & avaritiæ irritamentum, si tertius eam possideat; Luxuria denique gulæ suæ bene esse ex varia sæpe opinione putat, si rarissimas delicias, vinis, esculentis se pascere possit. Quorsum ergo te vertas, raritas ubique

B

est

10 CAP. I. DE SENSU AC VERITATE DOGMATIS, QUOD PRETIUM
 est in pretio. Et hanc eo magis pro fundamento pretii agnoscimus,
 quod omnes reliquæ causæ, quæ pro intensione & remissione pretii
 vulgo afferuntur, ad hanc tanquam ultimam causam reduci possint.
 id quod per singula capita eundo facile ostendemus. Paulus in *l.*
pretia 63. §. 2. ff. ad L. Falc. nonnullam varietatem pretio afferre dicit
 loca temporaque: nec enim, pergit, tantidem Romæ & in Hispania
 oleum æstimabimus: nec continuis sterilitatibus tantidem, quam se-
 cundis fructibus: dum hic quoque non ex momentis temporum, nec ex
 ea, que raro accidat, caritate pretia constituuntur. Quid vero,
 quæso, variat pretium pro locorum & temporum diversitate, nisi
 raritas & ei opposita copia? Nec hoc diffitetur ipse JCtus, si modo
 ad exemplum datum respicere velimus. Unde varie in jure nostro
 recurrit ad æstimationem loci & temporis, quando de æstimatione
 præstanda quæstio movetur. vid. *l. 3 §. 3 l. 21. §. 3. ff. de act. em-
 vend.* id quod ex *l. 3 ff. de eo quod cert. loc.* clarius apparet, ubi simpli-
 cius JCtus ait: Scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas crovi-
 tates, Regionesque. Sed tamen propterea locus & tempus fundamen-
 tum variationis genuinum non sunt, sed raritas vel copia, quæ lo-
 cum & tempus comitatur.

§. XI. De cætero ex aliis circumstantiis quoque remitti & in-
 tendi pretium stimant, quo referunt pecuniæ caritatem & copi-
 am, copiam emtorum & inopiam, locum rei sitæ, tempus pacis & bel-
 li fructuum perceptionem, securitatem pretii, bonitatem nummi,
 paratam vel anticipatam solutionem, culturam prædiorum, vicini-
 tatem, copiam rerum simul venditarum, expensas, periculum, di-
 gnitatem rei annexam, subtilitatem & elegantiam artis, famam ar-
 tificis, dignitatem agentis &c. Verum facili negotio hæc omnia ad
 raritatem reduci possunt. Nam & locus rei sitæ potest esse rarus,
 v. g. in foro, in platea, ubi sedes Regia est. Tempore belli pecunia
 rara, emtores rari propter instans periculum. Quo rariores fru-
 ctus ex fundo percipiuntur, eo carior ipse fundus. Securitas pretii
 fere in mundo rara est, quia rara inter homines fides. Nummi bo-
 nitatis, hodie præfertim, rara avis, quia pecunia depravata ubique de-
 prehenditur. Rarior anticipatio solutionis: Nam plerumque fi-
 des habetur de pretio inter contrahentes. Agrorum optime cul-
 torum minor certe copia quam incultorum. Et vicini boni quo-
 que

que rari. Qui periculum in se suscipit, certe id facit, quod non quotidie fieri solet & ordinarie. Paucioribus prædiis seu castris adhæret jurisdictio, jus patronatus aliaque dignitas, pleraque sunt absque omni dignitate. Subtilitas & elegantia artis admodum rara, rari boni artifices: Rari agentes in singulari constituti dignitate. Substituamus itaque loco tot tantarumque causarum unicum generale pretii fundamentum scilicet *rarisæm*. Neque vero muto, si mihi objicias, 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: uno verbo, quæ sunt in commercio. Et sic si mul fontem aperimus, quare gentes communiter nummum pro pretio eminente habuerint. Raritas metallorum, ex quibus nummus conficitur, potissimum facit, ut multis aliis rebus æquivalere possint, & sic eadem per eminentiam quasi metiri. Dn. Præs. *Jurispr. Div. l. 2. c. II. n. 43.*

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

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

§. XIII. Et hoc intuitu pretium aliud est affectionis late dictum, aliud legitimum, hoc est quod princeps, vel ex ejus concessione magistratus subalternus determinat ad lites præscindendas, & potissimum usum habet in rebus fungibilibus: quo pertinet l. 1. §. 2. ff. de offic. præf. urb. ubi præfecto urbis adscribitur cura carnem æstimandi, ut justo pretio præbeatur. Et hoc pretium nullam habet latitudinem, sed fere in puncto consistit & quantumque excessu injustitia committitur. Pufend. de J. N. & G. L. 5. c. 1. §. 8. ita ut venditori non liceat ab emptore ultra taxam aliquid exigere, & emptor id quod ultra datum est, tanquam indebitum repetere possit. Illud vero rursus distingui potest in pretium commune, & pretium affectionis stricte dictum: Pretium commune determinatur ad consuetam æstimationem aliorum, & pro fundamento, ut §. 10. seqq. evictum, *varietatem* habet. Cum enim sapius in iis rebus ubi pretium commune locum habet, multæ circumstantiæ pretium augentes vel diminuentes, de quibus §. 7. concurrant, illæque infinitis modis variare possint, princeps non potuit leges certas de pretio eorum statuere, sed determinationem arbitrio communi contrahentium debuit relinquere, hinc etiam latitudinem aliquam hoc pretium admittit, quæ tamen & suis restricta adhuc est limitibus: Sic tres communis pretii possunt constitui gradus, *infimi* seu pii, *mediocri* seu moderati, & *summi* seu rigorosi, quorum graduum latitudo non tam exacte a legislatore determinari potest: Interim si intra illos gradus subsistatur, pretium adhuc esse dicitur justum. Dn. Præf. cit. l.

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

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

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

14 CAP. I. DE SENSU AC VERITATE DOGMATIS, QUOD PRETIUM
cationem ulteriorem requirunt, scilicet, quædam res ita sunt com-
paratæ, ut si iis absumtis aliæ res ejusdem bonitatis & quantitatis in
eodem genere, (secundum sensum juridicum, vel in eadem specie,
secundum sensum philosophicum,) restituantur, perinde in com-
merciis humanis habeatur, ac si eadem in specie seu individuo resti-
tutæ fuissent: quædam vero non sunt ita æqualis æstimationis, na-
turæ & conditionis, ut idem possit dici restitutum, si aliud indivi-
duum ejusdem generis præstetur, non apparet in equis, bobus, &c.
quorum alterum corpus non fungitur ita vice alterius, ut idem vi-
deatur equus restitutus, si alium equum ejusdem bonitatis mihi
restitueris, nam hic singula individua inter se differentiam quan-
dam & diversitatem admittere videntur. Hinc dicuntur illæ fun-
gibiles, quod eorum unum ejusdem speciei individuum fungatur
vice alterius in commerciis rerum. Quod autem altera res funga-
tur ita vice alterius, necessitas & ipsa rerum natura postulavit, cum
usus earum consistat ordinarie in abusu, adeoque alteri concedere u-
sum 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 ha-
bet simul fungibilis sit, sed quod illæ, quæ fungibiles dicuntur, non
aliter in commercium veniant, non aliter certum contractus alicu-
jus objectum fiant, non aliter determinentur, quam per numerationem,
mensuram & pondus, alioquin enim & res non fungibiles
suam habent quantitatem, pondus, numerum & mensuram, sed non
veniunt in commercium secundum quantitatem, numerum &c.
e.g. equi, boves, fundi &c. Paucis, res fungibiles considerantur
ut corpora juridica, non fungibiles ut quantitates juridicæ, conf.
Vulr. Discept. Scholast. c. 10.

§. XVII. Consistit itaque propria affectio rerum fungibilium
in eo, ut usu consumantur, quæ consumptio in iure duplex est, vel
naturales vel civilis. Naturalis contingit vel in rebus, quæ ipso u-
su statim absumuntur, ut in cibo, & potu usu venit: vel in rebus
quæ alias corruptioni facile obnoxie, quo pertinent, quæ servando
servari non possunt.

§. XVIII.

§. XVIII. Inter has tamen quæ servando servari nequeunt, occurrit quædam differentia: aliæ enim ad res fungibiles referuntur, aliæ ad res non fungibiles; illarum exemplum sunt v.g. fructus arborum, qui, etiamsi non comedantur, facile tamen putrescunt, has intelligo, quæ ipso usu atteruntur, vel etiam absque usu salvæ & integræ esse nequeunt, etsi non plane intereant, ut vestimenta, supellex fictilis &c. Non videtur intellexisse vel saltem attendisse Tribonianus hanc distinctionem, dum vestimenta ad quasi usum fructum, qui scilicet est earum rerum, quæ usu consumuntur, retulit, crasso satis errore in §. 2. *J. de usufr.* Neque enim ipso usu consumuntur vestimenta, licet quodammodo atterantur, cum attritio non statim faciat res fungibiles, alioquin eadem ratione dicendum esset, mobilia fere omnia atque utensilia præsertim lintea, ut mappas, mantilia, toralia, &c. eodem numero habenda, atque vestimentorum, ita & harum rerum non verum, sed quasi usum fructum esse: quod nemo sane dixerit. Imo etiam ratio rerum fungibilium resistit, cum vestimenta ad illas res referri nequeant, quarum altera fungitur vice alterius, quod tamen de essentia rerum fungibilium est: Adeoque vestimentorum non erit mutuum, sed commodatum, id quod nec dissentientes diffitentur. Hinc & JCti veteres Triboniano longe prudentiores vestimentorum verum usum fructum esse voluerunt. Nempe Ulpianus diserte in l. 15. §. 4. *de usufr.* asserit, si vestimentorum usus fructus legatus sit, dicendum esse, non sicut quantitatis usum fructum legari, h. e. non esse vestimentorum quasi usum fructum, uti quantitatium, adeoque ita eum uti debere, ne abutatur: quod omnino admitti deberet, si vestimentorum esset quasi usus fructus. Neque vero tollitur hæc antinomia per vulgatam distinctionem inter vestimenta quotidiana & scenica seu lugubria, ita ut horum quidem verus, illorum quasi usus fructus constituatur, nam de utroque casu intelligendum esse JCtum, ex ipso contextu apparet. Etenim in *cit. loc.* §. 4. prohibetur usufructuarius vestimenta locare, quod vir bonus ita non utatur: hoc vero sine dubio de vestimentis quotidianis intelligendum, Nam in §. 1. *seqq.* agit de vestimentis funebribus & scenicis, & hic demum locatorem indulget. Quod si ergo §. 4. esset intelligendus de hisce ve-

ri-

stimentorum generibus, revera esset contradictio inter §. 4. & 5. quod admitti nequit. Accedit quod ratio a Icro addita etiam in vestimentis quotidianis locum habeat, sc. ita debere usu fructuarii-um vestimentis uti. ne abutatur, ususfructus enim se componit ad naturam objecti, unde & JCtus in l. 9. §. 3. ff. usufr. quemad. caveat. notanter ait, attritionem sine dolo malo factam non nocere. Ex hisce difficultatibus nec Bachov, ad Treut. r. i. 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 ut prius asseramus, necessitas exigit. conf. Huber, ad Inst. tit. de usus. & Vim. ad Inst. ibid. Videant jam subtiles antinomiarum conciliatores, quo pacto hanc antinomial veram, & non apparentem, velint tollere: videant illi, qui disputant, utrum Institutiones derogent Pandectis? (quod regulariter arbitror) an & hic derogent, quod non puto, quia Tribonianus non habuit animum corrigendi tradita JCtorum, sed bona fide ex ignorantia principiorum Jurisprudentiæ hic erravit.

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

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

aliquando hæ res fungibiles alium præstare possint usum præter illum, qui in abusu consistit, veluti, si res, quæ usu 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.* que casu quidem non est mutuum sed commodatum. Item si tignum alterius acceperim ad usum momentaneum, veluti ad fulviendas ædes &c. Sed hi casus sunt specialissimi raroque occurrentes, adeoque usus hic merito pro extraordinario habendus: leges autem disponunt de iis, quæ ut plurimum fiunt, & a potiori & frequenti-ori facienda denominatio.

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

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

C

§. XXIII.

§. XXIII. Quia autem non sufficit aliquid ad consumptionem esse destinatum, nisi ipsa res ita fuerit comparata, ut in rerum commerciis unum individuam possit fungi vice alterius, hinc non omnes etiam res, quæ mercatoribus destinatae sunt ad vendendum, ad mutuum referri possunt, quia hic solummodo obligor ad rem in genere, non in individuo restituendam, neque etiam ordinarie commodato solent dari, sed potius vendi. Huc referenda res ex singulari raritate conspicuæ, veluti medicamentum rarum, & merces pleræque artificiales, diligenti ac artificiose opera specificatae, veluti horologia, Instrumenta mathematica, instrumenta experimentis physicis inservientia, aliaque.

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

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

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

§. XXVI. In avaris & voluptuosis non eadem affectio peculiaris circa res obtinere videtur. Avarus quippe unice & primario pecuniæ inhiat hanc avidè desiderat, hanc pro scopo habet, adeoque si hac potius est secundum commune pretium, in reliquas res fere nullam habebit affectionem singularem, nec interest, an pecuniam a Principe, an vero ab alio vilis conditionis homine consequutus sit: aliquot nummi a Principe donati magis ipsi arrident, quam alia gratiæ & benevolentiæ testimonia, quia non illam primario intendit, sed tantum habet pro medio perveniendi ad finem suum, sc. addivitias, 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 accepit, veluti linteolum aliquod, aut ligamentum, amoris testimonium, ein affections-Båndgen &c. Verum persuasissimum, talia pretia non attendi a Judicibus. Ratio in promptu est: Voluptas est vitium, quod omnium repræhensionis est obnoxium, adeoque huic non succurrunt, neque ei favent leges humanæ. Accedit, quod leges ferantur ab ambitiosis hominibus, h. e. ab hominibus in virili ætate constitutis, qui aliis dominantur, qui adeoque leges ingenio proprio valde indulgentes condunt, & ea quæ ipsis adversa sunt, condemnant. Voluptas res ajectissima ambitioso videtur: Hinc factum etiam medios inter Christianos, ut ambitioni nomen virtutis attribuat unde & fortitudo bellica, bichra-

20 CAP. I. DE SENSU AC VIRITATE DOGMATIS, QUOD PRETIUM
character plerorumque ambitionum, apud Romanos, Curtium, a-
liosque Scriptores Ethnicos nomine virtutis absolute posita de-
notatur, veluti in hoc prælio virtus ejus emicuit. De populo Romæ Flo-
rus lib. 2. c. 3. ita; utraque gens quasi cote quadam populus Romanus Flo-
rum virtutis sue acuebat. Sic Cæsar L. 1. c. 36. de bello Gall. intellecturus
est, quid victi Germani virtute possint. &c.

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

§. XXVIII. Idem judicium ferendum de ambizioso & voluptu-
oso. Neuter certe æstimat ita res fungibiles v. g. Si Princeps am-
phoram vini dono alicui dederit; si virgo juveni cuidam poma aut
alia esculenta miserit. Uterque enim de his solet alios participes
facere jactationis vel ostentationis gratia, vel certe mox tales res,
consumit.

§. XXIX. Consistit enim natura pretii affectionis in eo, quod
soleamus ea servare, ut vanam inde captare gloriolam, & jactare
nos possimus, de gratia Principis, de singulari favore patroni, de a-
micitia sexus sequioris aut alius hominis voluptuosi, vel de anti-
quitate generis, vel de præstantia nostra, cum forsitan instumen-
tum quoddam novum invenerimus, vel designo quodam peculia-
ri providentiæ divini, quod nos in magno servaverit periculo, cu-
jus rei memoriam hoc ipso ad posteros transmittere desideramus.
Jam vero ad hoc requiruntur res, quæ servando servari possunt,
quales non sunt res fungibiles.

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

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

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

GAP. II.

DE

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

SUMMARIÆ.

I Nolut nemorem suam vendere cogitur. Ratio axiomatis. §. I.	I nvitus quis vendere cogitur si id postulat utilitas publica. §. V.
L eges iunctulantes. §. I.	E adem utilitate publica suadente invitius creditor aliud pro alio accipere cogitur. §. VI.
I nvito creditari aliud pro alio solvi non potest. §. III.	
Q uo modis aliud pro alio solvatur. §. IV.	

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 intercedat, aut altero quodnam intercedat, aut commune, an affectiuus? § 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.

Huc pertinet constitutio l. 1 C. de comm. serv. manum. (Medici serui, Eunuchorum majus pretium, quam Medicorum) § XV.

Si 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.

Quod si casu res pereat, nullum debetur pretium § XVIII.

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

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

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

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

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

§. I.

Occurrunt in iure nostro duo Brocardica etiam Justinianeis primis nota, quorum prius est: *Nemo inuitus ad vendendum cogitur*: posterius vero: *Aliud pro alio inuito creditori solvi non posse*, utrumque & rationibus suis & legibus certis innitur. Prior regula fluit ex vulgato principio, quod quilibet sit rerum suarum moderator & arbiter, adeoque tanquam Dominus de rebus suis pro lubitu disponere possit. l. 2. C. mand. Potissimum enim hic effectus adeo proprius dominii esse censetur, ut vulgo inde Dominium describatur, quod sit jus de re sua pro lubitu disponendi, quamvis hæc definitio inadæquata sit. lam vero pugnant

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

§ II. Rescripserunt hanc ob causam Imperatores *in l. 11. C. de contr. E. V. invitum comparare vel distrabere postulantis desiderium; si tam causam non continens*. Neque æquum esse dicit Paulus *l. 9. ff. de act. Rev. a. mot.* invitum suo pretio res suas vendere, imo idem *in l. 70 ff. de Rei vind. Rapinæ* instar esse dicit, invito Domino rem justo pretio comparare, & Imperatores *in l. 14. C. de contr. E. V.* gravem esse injuriam judicant, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, adeo ut ne quidem Judæorum libertas hac in re restringi debere legislatores voluerint *in l. 9. C. de Judæis*. Et quidem hæc omnia fluunt ex communi axiomate de obligationibus contrahendis, quod libera potestas unicuique sit habendi & non habendi contractus, ut dicitur *in l. 5. C. de O. & A.* dum magis voluntatis & officii humanitatis sit, quam necessitatis cum altero contrahere *arg. l. 7 §. 3. ff. commod.* Sicuti vero nemo ad vendendum, ita quoque nec ad emendum compelli potest *l. 16. C. de Jure delib.* Imo & hoc exinde deducitur. Si jam res nostra ab altero retineatur, non tamen ex titulo Domini translativo quod invitis nobis illam alius retinere non debeat. *l. 25. §. 1. ff. solut. marrim.*

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

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

§. IV. Solvere autem aliud pro alio videtur 1) qui aliud individuum substituit, quam illud, quod in obligationem erat deductum, veluti, qui pomisit 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 *f. de act.* ita minus solvere videtur, qui aliam rem similem substituere conatur. 2) Qui aliud genus substituit, quam quod debetur: veluti pro tritico vnum, aut nordeum pro tritico *l. 2, pr ff. de Reb, Cred. Struv. Exerc. 16. th. 26.* modo etiam generis diversitas revera adit, ut morali quoque æstimatione pro diversis habentur generibus. Hinc qui dedit aureos nummos, & recipit argenteos, diversum recepisse non videtur, cum in pecunia non tam corpus, quam quantitas consideretur *l. 1. ff. de cont. E. V.* modo etiam fuerint dati ut quantitas, non ut species: sic enim sufficit quod eadem quis quantitatem recipiat, aliud foret, si non quantitatem exsolvere, sed nomen sui debitoris in solutum dari vellet, quod invito creditori obrudi non potest *l. 19. C. de solut.* 3) Qui aliud facit, quam ad quod erat obligatus: Unde liberatio non contingit facto diverso pro facto soluto, ut dicitur in *l. 99, § 6 ff. de solut.* 4) Qui pro quantitate speciem substituit, veluti, pro pecunia numerata ædes, agros, & quod demum volente creditore admittitur *l. 17. C. de solut.* 5) Qui pretium pro re debita solvere intendit: Hic non auditur venditor, etiamsi vel maxime duplum pretii emtori pro retradenda offerre velit, *l. 6. C. de Rescind. Vind.* sed præcisa necessitas rem venditam tradendi ipsi incumbit. §. 7. *f. 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 ut obligatio dandi præcisa tradendi necessitatem contineat, fecus ac obligatio faciendi, ubi præstatione ejus, quod interest, debitorem volunt liberari, ut ita aliud pro alio in hoc casu solvi permissum videatur per *l. 72. ff. de V. O. l. 13, § f de re Jud. ore. l. 17. ff. §. 2. de cond. & dem.* quia sc. neminem ad factum præstandum

cogi posse asserunt. Sed præter Cujacium & Perezium ostendit liquido Huber. in *posit. ad f. tit. de Verb. Obs.* §. 7. regulariter etiam illum, qui ad factum obligatur, aliud parti invitæ solvere non posse, cum & remedia coactiva, pignoris captiones, missiones in possessiones, multæ dictiones hic locum habeant, rumpit enim æque fidem ac is, qui dare recusat quod debet, quam tamen frangere non licet. Accedit quod illa remedia applicari non possent, si is non præcise ad factum teneretur. Quod vero aliquando, ubi debitor extreme contumax est, in locum obligationis faciendi succedit condemnatio ad interesse, id ex accidenti fit, & est quasi poena, quod fidem violaverit, quemadmodum & alii, qui contractibus eo modo, quo conventum est, non satis faciunt, tandem aliter quam ad interesse conveniri non possunt. Unde apparet, interesse non tantum præstari in obligationibus faciendi, sed etiam in obligationibus dandi, uti mox docebimus.

§. V. Quicquid alias communiter in aliis regulis juris accidere solet, ut plurimas sc. admittant limitationes & exceptiones, cum in negotiis, quæ infinitis circumstantiis subjacent, & ideo infinitis etiam modis variare possunt, certa aliqua, & quæ nullam patiatur limitationem, regula vix dari possit, id ipsum quoque in hisce duabus regulis usu venit. Sic itaque, 1) invitus ad vendendum cogi potest *si publica utilitas id suadeat*, hæc enim suprema lex esse debet, adeoque hujus gratia regulis juris communis quam sæpissime receditur, fatente ipso Juliano in *l. 51. inf. ad L. Aquil.* Fluit hoc ex natura juris vulgaris, quod juri eminenti penes eum, qui summam, in republ. intuitu rerum & personarum, habet potestatem, existendi subordinatur, ita sc. ut quoties vulgare jus concurrat cum eminenti, huic semper debeat cedere. Dn. Præf. *Jurispr. Div. l. 1. c. 1. n. 127.* Huic fundamentum innititur *jus stapule* das Stabel-Recht, vi cujus Dominus territorii transeuntes obligat ut ibi subsistant, mercesque suas ad utilitatem reipubl. exponant. Cum porro intersit Reip. ne quis re sua male abutatur, & vero Romani non raro servos suos durius absque causa haberi solebant, hinc constituit Imperator, cogendum esse italem Dominum, servum suum bonis conditionibus vendere, ne in potestatem suam revertatur. § 2. *f. de his qui sui vel. al. jar.*

D

sunt

funct. Ex quo Dd. hodie inferunt, si niquum quis in suos subditos læviat, eum a superiori cogi posse, ut jurisdictionem vendat. *Mynf. cent. 5. obs. 8.* Gomez *l. 2. var. resol. c. 2 n. ult.* Stamm. *de servit. per son. l. 3. c. 35. n. 7.* Carpz *l. 1. Resp. 53. n. 11.* Richt. *Decis. 98. n. 13.* Sed hæc illatio clariorem meretur indagationem. Aut enim hæc assertio est intelligenda de principibus Imperii nimium subditos suos gravantibus, & sic, tum per *Rec. Imp. de Ao. 1654. §. 105.* tum per *Capit. Leop. art. 3. inf.* dispositum, ne facile audiantur subditi contra Principes, hinc in hoc rerum statu vix dabitur casus, ut contra Principem propter ejus lævitiam in subditos, a Camera vel aulico Judicio procedatur, & licet subditi tandem admissi sibi compa-averint mandata, quod perquam rarum esset, cooï tamen non poterit Princeps, ut jus suum territoriale propterea vendat, ob argumentum a servis ad subditos sine ratione extensum: Aut vero hoc intelligi debet, uti plerique alii faciunt, de nobilibus Jurisdictionem exercentibus: Sed tunc dubitari posset, annon Nobilis potius ita per abusum jure suo plane excideret: Regulariter enim Dd. in eo consentiunt, jus amitti per abusum, ast sic nequidem opus foret, ut compellatur ad vendendum suam jurisdictionem, quam per abusum amisit. Porro huc refero, quod etiam ob annonæ caritatem vitandam, quis recte victualis sua vendere cogatur, licet ea alias, vel maxime non habeat venalia. *Mynf. cent. 5. obs. 27.* Brunn. *ad l. 11. C. de contr. E. V.* ubi id singulare est: quod cura hæc olim ex parte etiam pertinuerit ad Episcopos, adeoque per censuram Ecclesiasticam illi soliti fuerint adigere cives ad vendendum frumentum, Brunn. *ad l. 1. §. 7. C. de Episc. aud.* In primis vero nobiles, qui copiosiore frumenti apparatus possident, tempore necessitatis cogi possunt, ut superfluum vendant rusticis vel civibus, etiam sub poena. *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. quem ad. serv. amitt. l. 1. §. 25 ff. ne quid in loco publ.* sicuti etiam vicini ad viam sternendam cogi possunt. *l. ult. §. 15 ff. de muner.* Dominum quoque justo pretio ut vendat prædium suum ad dilatationem vel extruccionem Cœmeterii cogi posse, evincit Carpz. *Jurispr. Eccles. l. 2. th.*

th. 24. d. 388. modo alius in promptu non sit locus, in quo commodè possit extrui cœmeterium, quod præsertim, ubi agitur de dilatando cœmeterio accidere facile potest. Hoc fere concordat cum jure Civ. ubi si quis sepulchrum habebat, via autem ad sepulchrum destitueretur. præses compellere debebat vicinum, in isto pretio iter ei præstari. *l. 12. pr. ff. de relig. & sumt. fun.* Sicutiam olim, ubi lapidicinæ fructus privatorum fundorum erant, usus necessarii lapidis non erat interclusus, quin, ut permitteret lapidem cædere in publicam utilitatem cogi poterat Dominus prædii *l. 13 § 1. ff. comm. præd. tam, urb. quam rust.* Denique huc posses etiam referre, quod in judicio finium regundorum, si evidentioribus finibus distingui agros commodius & utilius sit, quam olim fuissent distincti, necesse sit, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari, ut Dominus illius agri hanc partem pro certo pretio alteri præstet. *§. 6. F. de Off. Jul. l. 3 ff. fin. reg.* quippe publice interesset, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Alias adhuc limitationes & exceptiones vid. apud Brunnem. ad *l. 11. C. de contr. Em. Vend.*

§ VI. Ex eodem fundamento quoque limitationem patitur altera regula, *quod sc. aliud pro alio invito solvi non possit.* Sæpe enim salus & utilitas Reip. creditores compellit, ut aliud pro alio accipere teneantur, nam cum ob utilitatem publicam Princeps possit debitum plane alteri donare, cur non creditorem compellere, ut aliud pro alio accipiat? Luculentissimum hujus rei exemplum occurrit in *Rec. Imp. de An. 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 subveniendi debitoribus cogitandum erat, ubi illis quoque inter alia beneficium dationis in solutum indulgebatur, ita enim in *R. F. cis. l. dispositum* legimus: Auf den Fall Er, (debitor scilic.) bey diesen Geldklemmen Zeiten keine baare Mittel hätte, noch erlangen könnte, soll dem debitori frey stehen nnd zugelassen seyn, durch Dargebung anderer heweg- und unbeweglichen Güther an statt baarer Bezahlung, (jedoch daß dem creditori die Wahl nach bestem gemeiner Rechten frey stehe) auf derselben vorhergehende zwischen den vorigen und gegenwärtigen Zeiten auf das

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

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

datarius teneatur ad exactissimam diligentiam *l. 5. §. 2. ff. commod.* hinc, si res vel levissima eius culpa perit commodans ex necessitate pretium ejusdem accipere tenetur, veluti, si commodatarius in incendio res commodatas potuisset salvas facere, suas autem prætulit. *l. 5. §. 4. ff. commod.* Si res a furibus auferatur, cum futurum regulariter fieri præsumatur culpa levi. *§. 16. f. de obl. que ex delict. nasc.* vel si non perferatur ab illo, cui ad perferendum erat concedita. *l. 10. ff. commod.* vel aliter perierit, tunc enim itidem pretium debetur. *l. 17. §. eod.* vel etiam si deterior insigniter reddita, *l. 3. §. 1. eod.* ita sc. ut ea commodans amplius uti nequeat, nec tunc eam recipere tenetur, ne damnosum ei sit suum officium *l. 7. quem ad. testam. aper.* ubi vero commodans æstimationem oblatam recipit, si quidem adhuc exstat, rem offerentis facit. *l. 5. §. 1. commod.* Hoc ipsum quoque in deposito usu venire potest, quamvis forsitan rarius, cum non eadem exactissima diligentia ibi requiratur, ut in commodato, sed sufficiat, si depositarius a dolo & culpa lata immunis sit. Quod si itaque, dolo vel lata culpa vel etiam levi, si ita conventum. *l. 1. §. 6. ff. de pos.* res deposita deterior reddita, *l. 1. §. eod.* vel dolo malo depositarii factum, ut servus 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.* In primis 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 possideret, *l. 77. de R. Vind.* Itidem si perit, vel alia ratione domini interresse non admittat, ut rem ipsam recipere possit &c. Rei tamen æstimatione præstita, statim dominium ad possidentem transit, cum eo pretio videatur decidisse, quod ipse actor constituit, ut ait Paul. *in l. 46. de R. V.* nam 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 Emptore* Et qui litis æstimationem suffert, emptoris loco habendus est, ut ait Julianus *in l. 77. pr. ff. de act. Rer. annot. l. 1. ff. pro emptore. l. 71. §. 2. de evict.* Ex jam dictis denuo constat, dominum ad rem suam vendendam interdum revera cogi. Interire vero potest res vel naturaliter vel civiliter: Civiliter interire vi-

detur, quoties aliam plane a priori formam & denominationem accipit, vel alia ratione desisse videtur. Hinc specificatione, fermentatione, 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 ejus quasi ipso facto addicta: Quodnam vero hoc casu Domino superest remedium? Nullum aliud, quam ad æstimationem recipiendam præsertim, si res mea, ad alterum sine facto meo pervenit. Nam ubi facto meo res mea alteri acquiritur, veluti, inædificatione in solo alieno ex meis tignis, nulla actio in jure videtur prodita ad perendam æstimationem, sed nudum jus retentionis ædificanti conceditur. §. 30. *l. de R. D.* conf. Vinn. ad hunc §. n. 4. In alis remedia plura sunt prodita. Scin specificatione domino materiæ contra m. f. specificantem datur actio ad exhibendum *l. 17. §. 3. ff. ad exhib.* & rei vindicatio, tanquam contra eum, qui dolo desit possidere, sc. utrinque ad æstimationem: præterea competit condictio furtiva, *l. 13. de cond. et. furt.* & actio furti *l. 52. §. 14. de furt.* contra b. f. specificantem vero actio in factum *arg. l. 23. §. 5. de R. V.* rursus ad æstimationem. Idem judicium esto de cæteris.

§. VIII. Similiter quoque altera regula eandem admittit limitationem, quod cum nonnulli inter Dd. non accurate observaverint, inducti sunt ut crederent, in emtione venditione venditorem non præcise ad tradendam rem esse obligatum, sed præstando interesse liberari, etiamsi vel maxime facultatem tradendi habeat, quales qui fuerint, recenset Ungebauer in *Exerc. Justin.* 12. qu. 5. quod tamen liquido est contra regulam nostram supra satis formatam. Decepi vero sunt sine dubio ex eo, quod in quibusdam textibus Juris dicatur, venditorem condemnandum esse ad interesse, si non tradat, & sic supposuerunt casus, ubi etiam venditor potest rem commode tradere, adeoque alternativam quandam obligationem hic subtruerunt. Sed omnes textus sere, quos pro sua coacervant sententia, pertinent ad limitationem hanc, de qua jam 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. pr. ff. quib. mod. ping. vel hypoth. solv.* Verum multis modis accidere potest, ut res non tradatur, vel quod tradi non possit ob ejus interitum, vel deterio 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 peractio nem triticariam hoc casu ob moram tradere nolentis, licitum erit interesse postulare *l. 3. & 4. de condict. iuris.* quem in sensum quoque accipio *l. 4. C. de act. E. V.* ubi diserte additur: si procacia, h. e. mora venditoris traditio rei venditæ juxta emtionis contractum non fiat, ad interesse condemnandum esse venditorem. Quomodo enim aliter fieri potest, si res emta per moram venditoris in eum statum fuerit deducta, ut traditio vel penitus non, vel non commode fieri possit, quam ut emtor ad suam integritatem agat: Huber *ad 1. tit. de Emt. Vend. §. 4.* Ungebauer *cit. l.* Frustra quoque dissentientes pro sua sententia allegant *l. 12. ff. de act. Emt. Vend.* ubi disponitur, ut si jactum retis emero, & piscatur quod extraxit piscium reddere mihi nolit, aestimari id debeat, quod extraxit. Nam revera hic casus ad limitationem nostram spectat. Piscis enim plerumque ad res referendi, quæ statim consumuntur, non asservantur, sed servando computrescunt. Finge ergo, te piscatorum in jus vocare, citationem decerni, reum litem contestari, condemnari, num putas, pisces adhuc in rerum natura fore, præsertim, si rem metiri velimus secundum hodiernum procedendi morem, ubi ob res minimas sæpe immortales sunt litet: idem est judicium ferendum de carnis emtione, de qua in *l. 10. C. de act. E. V.* cum & caro ad res servando servari non solitas pertineat adeoque ex necessitate hisce in casibus aliud pro alio solvi debet. Ad eundem modum commode intelligi potest *l. 17. C. de fid. Instrum.* ubi videtur venditori electio concessa, utrum rem tradere, an vero id, quod interest emtoris, persolvere velit: Nam interesse itidem in hoc textu in subsidium demum admittitur, quantum res vendita præstari amplius nequeat. Huc pertinet etiam, si res duobus successive fuerit vendita, & posteriori tradita, prior traditionem amplius urgere nequit, sed venditor ex necessitate quan-

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

§. IX. Instipulatione quoque non raro accidere potest, ut ex necessitate aliud pro alio solvi debeat. Id vero quod solvendum est, consistit vel in dando, vel in faciendo. In dando, veluti, si servum stipulatus fuero, isque per dolum aut culpam promissoris etiam ante moram commissam interit, utique ad æstimationem tenetur *l. 91. pr. ff. de V. O.* Si vero post moram, homo decesserit, licet promissoris culpa non inter venerit, tenetur nihilominus, ac si adhuc viveret, *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.* Quo modo vero tenetur? non ad solvendam 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.* Idem 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. *h. t.* jam errorem communem ejus, quod interest. Contingere tamen potest, ut actor necessitate urgente interesse accipere teneatur, si nimirum propter extremam contumaciam promissor ad factum debito modo præstandum, nullo modo adduci queat, attamen, a tempore moræ commissæ in actoris est arbitrio, an debitorem ad factum præstandum, an ad interesse convenire velit, qui nec offerendo interesse sese liberare poteris, nisi ipse actor consentiat, eum alias reus per contumaciam & fidem fractam sibi lucrum & commodum quæreret. Quæstio vero non est, an secundum regulam 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, que pro communi in medium produci solent sententia. Quamvis enim *in l. 13. §. 1. ff. de R. Judic.* simpliciter dicatur, *eum, qui non facit, quod promissit, in pecuniam numeratam condemnari debere, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus:* hoc tamen

in-

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

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

E

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

§. XII. Quodsi itaque quis volens rem alteri, penes quem illa ex contractu, vel alio modo existit, vendat, venditio retinet naturam suam & sufficit pretium commune; vel legitimum. Nam hæc est natura venditionis, ut pretium detur justum, civiliter sc. considerando. Justum autem pretium est, quod vel a Principe, vel communi hominum æstimatione definitum est. Et hætenus recte Paulus in l. 36. pr. 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 admittit natura mercatorum, ut quilibet ex singulari sua & sæpius inepta affectione rem æstimet, ut cap. antec. præmissum est. Inprimis in societate civili, ubi libertas æstimandi potuit, imo & debuit utique restringi: hinc olim secundum l. 1. C. de Episcop. audient. ad episcopalem pertinebat providentiam curare, ne mercatores carius quam par sit, merces suas distrahant.

§. XIII. Quodsi mihi volenti aliud pro alio solvi 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 convlvetas: aut vero in re, æquivalens pretium admittente, & eodem modo leges volunt, ut secundum communem æstimationem res taxetur. Inde Marcianus in l. 46. §. f. ff. de solut. inferet, *quod si quis*

quis per dolum pluris æstimatum fundum in solutum dederit, non liberatur, nisi ea, 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 solvitur, commune pretium obtinere debeat. Quodsi vero dolus abfuerit? puto liberari debitorem, modo læsio non adsit ultra dimidium, nam hæctenus datio insolutum obtinet venditionis vicem. *l. 4. C. de Evict.* Etis, qui rem insolutum accepit, vel eam lite æstimata retinuit, similis emtori esse dicitur in *l. f. ff. quib. ex caus. an poss. ca. 1.* In emtione autem & venditione non aliter contractus rescinditur ob læsionem, nisi sit ultra dimidium veri pretii. *l. 2. C. de Resc. Vend.*

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

§. XV. Apparet hoc ulterius *ex l. 1. C. de comm. serv. manum.* ubi Justinianus veteris juris rigorem sustulit, quo aliquin in manumissione communis servi, ab uno ex dominis tantum facta, alteri nolenti manumittere alterius portio crescebat. Imperator vero *cit. l. necessitatem* imposuit hoc casu condomino ad partem suam vendendam ei, qui libertatem servo imponere desiderat, ob libertatis favorem. Quale vero pretium hic obtinet? Ne sc. quantitas ejus incerta esset, illam determinavit ipse Imperator in §. 5. *cit. l. 1.* & sic pretium legitimum tantum hic obtineri voluit. Videlicet servos nulla arte imbutos pretio viginti solitorum taxavit, nisi usque ad decimum solum ætatis annum pervenerint, quo casu tantummodo dimidium solum: Sin autem aliqua arte præditi erant, secundum artis præstantiam servos taxari voluit, excepit autem singulariter servos Notarios, & Medicos, ita ut Notarius quidem usque ad quinquaginta, Medicus vero usque ad sexaginta solidos taxaretur. *conf. l. 3. comm. de Legat. & fideicom.* ubi & obstetricibus idem pretium cum medicis imponitur. Illud tamen mirandum, quod pro servis Eunuchis decem annis majoribus, & arte quadam imbutis, majus pretium constitutum sit, quam pro servis Medicis. Medici enim usque ad 60 taxabantur, Eunuchi vero usque ad 70. Nulla arte vero præditi ad 50. saltem taxari solebant. Hanc quoque æstimationem obtineri voluit Justinian. in *l. 3. C. comman. de Legat. & fideicom.* quando plures servum quendam optandum habeant, ut is quidem, quem fors prætulerit, servum sibi acquirat, reliquis vero æstimationem ibi expressam præstare debeat. Cur autem ars Medica Romanis tam vilis, & invisita habita fuerit, adscribunt primo Medico, post aliquot secula, ut volunt, ab urbe condita Romam venienti, qui ob nimiam secundi & urendi sævitiam sese nimis exosum reddiderit, ita ut hoc odium ad posteros etiam translatum fuerit. De quibus pluribus videri poterit Royzius Decis. 32. Recte vero judicat Dion. Gothof. in *not. ad cit. l. 3.* vitium non artis, sed temporis fuisse, quod Medici minus æstimati fuerint, quam Eunuchi. Justiniani enim temporibus mollities, luxuria, libido, & quæ huc demum spectant vitia, omnium animos, ne dicam Aulam inquinaverant, ut instrumentis luxuriæ & libidinia necessariis, Eunuchis

chis enim: carere vix potuerint, ita ut eorum pretium ad summum usque creverit. Et eo tempore Constantini & Leonis constitutiones, *in tit. C. de Eunuchis* apparentes, vix videntur in usu fuisse. Ii etiam, qui alienum castrarunt servum ex L. Aquilia non tenebantur cum servus per castrationem non deterioratus, sed preciosior factus 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, utrum res mihi inreceptiatur alterius culpa, an dolo. Si culpa, iniquum foret, ut eius culpa vergeret in meum detrimentum, quia nnicuique culpa propria imputari debet, hinc, ut verum rei pretium restituat, æquitas postulat, sufficit tamen me indemnem servari, ita ut pretium affectionis exinde exigere non possim, sed alteri ulterius condonandum sit. cum nemo adeo diligens reperiatur, quin quotidie sæpius erret, unde leges merito huic succurrunt imbellitati humanæ, nec alterum, ultra id, quod mihi abest, abstringunt, hinc etiam factum esse arbitror, ut iudex, non pars adversa, si propter culpam res restitui doffer, æstimationem facere debeat *l. 4. §. 4. l. 5. §. 3. de in lit. jurand.* ne domini affectibus suis valde indulgentes, rei pretium nimis extendant. Respexit huc Ulpian. in *l. 68. ff. de R. V.* ubi reum, qui rem, quæ vindicatur, restituere non potest, non pluris condemnandum esse vult, quam *quanti res est.* Idem dicendum de aliis contractibus, ubi res in specie præstanda venit, quæ tamen non amplius existit. Leges enim in tantum solummodo prospicere voluerunt, ut quis indemnis servetur, id quod per verum rei pretium acceptum contingit. vid. *l. 3. §. 2. commod.* adeoque & in actione Triticiaria, ubi rei æstimatio peritur, non alia, quam communis intelligitur, licet illa ratione temporis varia possit.

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

liris indulgendum esse, volunt. *l. 38 ff. de R. V. l. 3. C. per quas person.* adeoque talis malitiosus debitor non poterit de servitia & duritie conqueri, si ultra verum rei pretium adhuc pretium affectionis ab ipso postulem. Et cum iam in materia, ubi ad indemnitate[m] & interesse agitur, culpa lata æquiparetur dolo, ita ut quoad effectus juris pari passu ambuletur. *l. 226. de V. S. l. 32. de pos.* ideo eadem, quæ modo de dolo diximus, etiam ad culpam latam extendenda sunt. Qui enim latam culpam committit, negligentiam affectasse videtur, & potius studio neglexisse ea, quæ omnes homines curanda esse sciunt, hinc dolum representare dicitur *in l. 1. §. 2. ff. scis, qui in testam. liber.* quod repetit Cajus *in l. 1. §. 5. de O. & A.* ubi ait: *magnam negligentiam in doli crimen cadere.* Ita etiam in hac materia idem asserendum est. Cum hac nostra sententia optime conspirant. *l. 25. §. 10. de bere d. perit. l. 36 ff. de pecul. & c.* hujus decisionis ratio peti potest *ex l. 70 ff. de R. V. nesc. in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare.* Atque ita creditore dolose pignus alienante recte petitur pretium affectionis. *l. 16. §. 3. in ff. de pign. item a donatore, l. 41. §. 1. de Re iudic.* a marito dorem dolose restituere nolente *l. 25. §. 1. ff. solut. matrim.* ubi additur ratio: *quia invitis nobis, res nostras alius retinere non debeas.* Porro a tutoribus in re pupillari dolose versantibus *l. 8. ff. de in lit. iurand. l. 7. pr. de administ. & peric. tut.* a locatore, si res conducta dolose non restituitur. *l. 48. §. 1. locat. & sic de cæteris.*

§. XVIII. Quodsi casu res interit: vel res perit domino, vel ei, cui debetur. Scilicet, vel res mea ex contractu penes alterum est, quæ tamen inspecie mihi restituenda venit, ut in locatione, commodato, pignore, deposito contingit, & sic res mihi perit tanquam domino *l. 5. §. 4. comm. l. 1. C. de pos. l. 4. ff. de reb. cred. l. 5. 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 Em. V.* Unde qui ex legari causa, aut ex stipulatu hominem certum debet, interitu ejus liberatur. *l. 23 ff. de V. O.* & ita de pretio communi vel affectionis hic frustranea est disceptatio.

§. XIX. Rei vero interitus duplex est, alius naturalis, ubi res 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 inmeritus acciderit, eadem dicenda sunt, quæ supr. §. 16. & 17. in genere allata, quia hic eadem subest ratio: Et quia regulariter a genere ad speciem recte argumentari possum. Nisi quod mihi integrum sit, si velim, in communione manere, si res non in totum, sed pro parte perit conf. §. 27. *J. de R. Div.* Quod si casu talis fueris facta mutatio? tunc concurrimus in pretio vero, quanti ea res post mutationem valet, ita sc. ut iudicis arbitrio contineatur, ut æstimet, quanti cuiusque res fuerit. *arg. §. 27. J. eod. conf. l. 27. §. 3. de Resc. V.*

§. XX. Cæterum, quæ §. 17. de pretio affectiionis, in casu, ubi debitor in dolo versatur, diximus, ea, secundum doctrinam cap. præced. merito limitanda sunt. ut, (1) non procedant in rebus fungibilibus, quippe, quæ non recipiunt affectiionem. Quocirca hic sufficit, si res mea, vel mihi debita interiit vel transmutata est, ut verum pretium accipiam, neque leges hęc nobis dissentiunt. In carnem tanquam rem fungibilem sine dubio non cadit affectiio. 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, recusat idem 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 affectiionis merito referendum est: Unde nequidem hoc casu præstandum dicit Paulus, si ex vino potuit negociari, & ita lucrum facere, *non magis, pergit, quam si triticum emerit & ob eam rem, quod non sit evadisum familia ejus fame laboraverit; nam pretium tritici* (verum, id quod ex verbis subsequ. patet) *non servorum fame necatorum consequitur.* Sic, cum jactum 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, unde nomen suum summisse censetur, introducta videtur, & postea demum etiam ad res non fungibiles traducta) fo-

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

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

§. XXII. Deinde quoque(2) requiritur, ut in rebus non fungibilibus ad sit justus prætextus pretii affectionis, qui a plerisque approbatus est. Hic enim, ut ex doctrina C. I. tradita patet, affectio demum legitima, non qualiscunque hominis, possessionibus summi in indulgentis erga rem amor inspicitur, unde etiam Struvius *exerc. 17. sb. 62.* a parte actoris requirit justam affectionem erga rem. Cui itaque apertum sit, Judicem non ad iudicandum esse pretium affectionis, si linteolum ab amasia juveni datum, ab alio fuerit interceptum, utiq; apparet, non de omnibus rebus non fungibilibus posse postulari in dictis casibus affectionis pretium, sed de illis saltem, ubi causam allegare possum, ob quam homines, qui pro prudentibus vulgo habentur, rem peculiariter æstimare solent. conf. Phanucius de phanucii de jur. in litem. *p. l. memb. 4. n. 55.* ubi justas affectionis causas recenset.

§. XXIII.

§. XXIII. Denique (III) hoc quoque observandum, ut, cum affectionem ipsam per testes, circumstantias concludentes, aut alia probandi media non possim regulariter probare, credatur assertioni meæ saltem per juramentum corroboratæ, si modo prius probavero semiplene, aut vero similiter causam æstimationis, id quod ex dicti §. *ante c.* fluit. Quamvis enim juramentum in litem ideo videatur introductum, ut affectionem meam docere non videatur esse necessarium, nec hujus probationis, quantum recorder, in jure fiat expressa mentio, attamen recte rem perpendenti apparebit, juramentum hoc non tam esse introductum ad docendam in genere affectionem, quam ad affectionis jam quodammodo probatæ determinationem. Quod si enim hoc juramentum ad probandum etiam assertionem præcise pertineret, quomodo iudex posset præfinire certam summam, usque ad quam juretur, secundum l. 4. §. 2 & l. 5. §. 1. ff. de in lit. jur. Quando itaque arbitrio boni judicis congruit taxationem jurijurando 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 ejus taxatione juratum fuerit, nihilominus possit minoris reum condemnare ex postea repertis probationibus uti 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, quid prohibet, quo minus hæc verba possint ita intelligi, si ex postea repertis probationibus constet, actorem decepisse iudicem in probationibus præcedentibus de causa affectionis.

GAP. III.

Doctrinæ quædam iuris Romani secundum principia capituli præcedentis examinata.

F

SUM.

SUMMARIÆ.

- C**onnexio & methodus dicendorum. §. I.
- C**ausa tot controversiarum in doctrina de juramento in litem, §. II.
- D**atur solum juramentum in litem affectionis, non veritatis. Id quod ex singulis legibus in de in litem iurando ostenditur. §. III. IV. V.
- R**espondetur illis, qui omne iuramentum affectionis negant. §. VI.
- J**uramentum in litem est vel regulare, quod semper est de pretio affectionis, vel irregulare, quod est de rebus incorporalibus, quorum nec pretium veritatis est; huc pertinet l. 7. si servus, vind. & l. 10. de in lit. iur. §. VII.
- N**eglectus huius distinctionis doctoribus ansam dedit, erroneo statuenendi, quasi in casu culpe iuretur de pretio affectionis. §. VIII.
- C**ompendium doctrinæ de iuramento in litem extat in l. 8. de R. V. ex qua certæ propositiones formantur. §. IX.
- I** Locum habet si quis restituere iustus sit. Restituere hic tam late accipitur, ut idem sit quod tradere. §. X.
- II** Si quis rem, quam possidet restituere detrectat, ea manu militari est auferenda, Quod etiam pro-
- credit ubi res tradenda est in actione personali. §. XI.
- III** Si quis rem non potest restituere dolo, juratur in litem. Sub dolo etiam comprehenditur lata culpa. §. XII.
- IV** Si culpa, condemnatur quantum res est a iudice aestimata absque juramento actoris. §. XIII.
- O**pponitur ex l. 5. §. 4. de in lit. iur. quod iudex absque juramento aestimare non posset rem, quæ non exiit. §. XIV.
- R**espondetur, hoc assertum falsum esse. §. XV.
- E**t vero similiter hic subesse emptio Triboniani. §. XVI.
- V** Juramentum hoc in litem locum habet in omni generis actionibus, Etiam in actione de dolo malo, & quod metus causa. §. XVII.
- (1)** In interdicitis, Explicatur l. 5. §. 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, commadato, locato. §. XX.
- Q**uam ubi rei dominium vel usus in nos est transferendus, ut in Emptione. Dubia contra hanc sententiam. §. XXI.

Ra-

Rationes pro ea. §. XXII.

Respondeatur rationibus dubitandi.

§. XXIII.

An etiam (4) in iudiciis stricti iuris?

Rationes pro negativo §. XXIV.

Rationes pro affirmativa. Veraratio l. §. 4 de in lit. iur. §. XXV.

Respondeatur rationibus dissentientium. §. XXVI.

Explicatur l. 60. §. l. d. L. Falcid. §. XXVII.

In Lege Aquilia non iuratur in litem. §. XXVIII.

Ratio huius exceptionis. §. XXIX.

XXX.

Interim si damnum dolo se aliis actionibus conveniatur, in litem iurabitur. §. XXXI.

Furatur in litem de rebus incorporalibus, sed iuramento irregulari. §. XXXII.

An de rebus immobilibus? Non videtur. §. XXXIII.

Neq; iuratur in litem de rebus mobilibus fungibilibus. §. XXXIV.

Textus huc pertinentes. §. XXXV.

In iuramento in litem etiam attenditur affectio extra rem. posita. §. XXXVI.

ICtus Romanos non semper respexisse ad regulam de pretio affectionis in res fungibiles non cadente, probatur ex eorum doctrina de accessione. §. XXXVII.

Regule, quod accessorium sequatur am principalem, in applicando difficultas. §. XXXVIII.

In doctrina de specificatione Tribonianus in epie excerptu Gaium §. XXXIX.

Grotii vero sententia conciliatur cum ICtus Romanis. §. XL.

Sententia tam Sabinianorum quam Proculianorum ineptitudo §. XLI.

Insufficiencia tertia & meda seu Justiniana sententia. §. XLII.

Deciditur ex doctrina hactenus exposta, regulariter rem debere esse specificanti. §. XLIII.

Quid iuri, si materia fuerit corpus in quod cadit affectio? §. XLIV.

Quid si specificans speciem venalem haberet. §. XLV.

Ufus doctrine Romanae de specificatione. §. XLVI.

De accessione partis ad totum consensus fuit, dominum totum esse etiam Dominum partis. §. XLVII.

At circa ius domini prioris in partem consensus fuit, aliis indistincte ei actionem ad exhibendum concedentibus. §. XLVIII.

Aliis distinguentibus inter ferruminationem & plumbaturam §. XLIX.

Ulpianus faveret priori sententia. §. L.

Pomponius neutro casu actionem ad exhibendum concedit. §. LI.

F 2

Con-

- Cunciliationes communes sunt parum probabiles. §. LII.*
Sententia Pomponii videtur rationabilior. §. LIII.
Limitatione ea addita, nisi corpus in quod cadit effectio junctum sit alterius tota, & adhuc extet. §. LIV.
Durities sententiæ Ulpiani, domini purpuræ vestimento inexte agere posse ad exhibendum doctentis. §. LV.
Doctrina de confusione. §. LVI.
De commixtione, doctrina Justiniani est inepta & aliis textibus æquioribus repugnans. §. LVII.
Alia specimina stultitiæ Tribonianii in hac doctrina. Ulpiani subtilitas de differentia rei vindicationis & iudicii communi dividendo. §. LVIII.
Confusio doctrinæ de signo juncto ex sententia Triboniani orta. §. LIX.
Ex mente Veterum ICorum actio de signo juncto saltem data fuit de signo furtivo. §. LX.
Contrab. f. edificatorem data fuit actio ad scriptum. §. LXI.
De Plantatione sententiæ ICorum Romanorum subtiles magis, quæ practica. §. LXII.
Subtilitates ICorum in utiles, nec absq; contradictione aliorum de arbore in consinio posita. §. LXIII.
De satione res est plana. §. LXIV.
Ineptie de scriptura. §. LXV.
Nullum habentes usum practicum. §. LXVI.
De pictura sana dispositio Triboniani, sed cum negligentia conjuncta, quod antinomia recta fit in Pandectis. §. LXVII.
Subtilitates Romanæ hæcenus notatæ non obligant Interpretes fructuosos. §. LXVIII.
Nec habent usum in foris Germaniæ. §. LXIX. imo nec habuerunt in foro Romano. §. LXX.

§ I.

QUÆ in capitibus præcedentibus a nobis jacta sunt fundamenta, illa partim ex natura rerum & ipsa doctrina moraliter fuerunt demonstrata & deducta, partim etiam ex doctrina juris Romani illustrata. Utinam vero semper & ubique jus Romanum hisce Principiis & fundamentis in hæssisset: Utinam Juri Romani non frequenter magis ad conceptus quosdam subtiliores, & secundum hodiernum loquendi stylum Metaphysicos respexissent, quam ad actiones humanas, quæ in ipsis tamen obtinent rerum argumentis. Revo-
cabimus itaque sub examen, potiores doctrinas huc pertinentes
secun-

secundum principia hætenus exposita, eas partim exinde illustratur i, partim correcturi, partim de usu moderno quadam adjecturi. Cum vera pretium affectionis potissimam sedem habeat in doctrina de juramento in litem, paucis de illo ab initio quadam annotanda veniunt,

§. II. Sed fere hic statim in limine obruimur infinitis fluctibus, quos interpretum crudum ingenium hic movet. Si enim unquam titulus juris Romani dissensionibus 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 coconceptus quosdam subtili ingenio excogitatos, quam ad rem ipsam respexerint.

§. III. Tralatitium est, juramentum in litem duplex esse, aliud affectionis aliud veritatis. Illud vocant, quando res æstimatur per juramentum non quanti vera est, sed quanti valet ex singulari affectione Domlai: 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 jam Faber infinitos errores Pragmaticorum annotavit: ita me crimen nullum admitturum puto, si & hanc distinctionem canonisatam licet tot interpretum autoritate, iisdem erroribus involutam esse existimem. Quamquam enim juramentum in litem affectionis fundatum in iure esse haud dubitem, juramentum tamen veritatis ad prædicata Hippocentauri referri utique meretur, h. e. quod non sit in rerum natura. §. 1. *f. de inutil. stipul.* Et quid opus esset juramento veritatis, cum in iis casibus, ubi de vero pretio præstando agitur, iudex ipse æstimat, actor plane non juret, id quod jam textibus juris Civilis liquidum reddere necesse est. Initio ex *l. 1. ff. de in lit. jurand.* constat, jusjurandum in litem unice ab Ulpiano definitur, ex eo, quando *ex contumacialis æstimatur ultra rei pretium*, quod fit, ubi ob affectionem æstimatio crescit. Et Paulus in *l. subseq. 2 §. 1. od.* id ipsum evidentius declarat: Duae enim ibi propositiones format: Prima est: *Indurum quod inter lit. agentis: solum æstimatur.* Quomodo, & a quo? Non per juramentum, id enim verba sequen-

tia non admittunt, nec doctrina communis Ictorum, qui quoties culpa non restituitur res, æstimationem iudici relinquunt, uti mox dicemus. Ergo, ubi solum interesse æstimatur, iuramentum cessat: Hinc ex adverso opponitur altera propositio: *Cum vero dolus aut contumacia non restituentis punitur, æstimatio fit, quantum in litem iuraverit actor.* Et hoc demum est iuramentum in litem. Sed progrediamur ad reliquas leges huius tituli. In l. 3. Ulpianus negat referri posse jusjurandum in litem ob nummos depositos, cum certa sit summorum æstimatio, & præterea affectionem non recipiant. Iqem tamen asserit, posse deferri iuramentum, si quis jurare velit de eo, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse, veluti, si sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est. Hic igitur forsitan inquis, iuramentum in litem veritatis erit? Imo forsitan non erit: Non enim Ulpianus dicit deferri hoc in casu iuramentum in litem de quo tamen casu nobis unice sermo est. Alioquin enim omnia iuramenta iudicialia & necessaria huc referre posses, ubi itidem veritas rei asseritur, id quod tamen hætenus memini, ut puto, unquam in mentem venit. Jurat hoc casu actor sibi tantum 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 Ulpianus in l. 4. pr. eod. negat tutores esse cogendos ad subeundum hocce iuramentum. At quare intelligit sine dubio affectionis. Id enim evincunt verba sequentia: *Grave enim videbatur & ignorantes affectionem, quam pater pupillorum erga rem habuit, & pupilli habere possunt, & invitos tutores sub alieni compendii emolumento dum ultra verum rei pretium ob affectionem æstimatio crescere debet, etiam privarium anceps subire, si forsitan non tantam erga rem affectionem habuerit pater pupillorum, quanti iurasset.* Et ne forsitan dubium aliquod supersit, concludit hanc legem §. ult. Ulpianus hisce verbis, sententiam nostram apprimè firmantibus: *Ex culpa autem non esse iusjurandum deferendum constat, sed æstimationem a iudice faciendam: Id quod etiam Marcianus suo approbat calculo in l. 5. §. 3. eod. inquis: Sed in his omnibus ob do-*
lum

lum solum in litem iuratur, non vero ob culpam hæc enim iudex æstimat. Equidem in §. seq. 4. hæc assertio videtur esse limitata, & exemplum iuramenti veritatis positum, ad quod etiam interpretes incaute provocare solent, dum ratio a Jcto ponitur, cur in actionibus stricti iuris aliquando in litem iuretur, quia sc. iudex non possit æstimare rem, quæ non extat sine relatione iuramenti. Iudex enim de veritatis pretio æstimat. Si ergo iudex ad hoc inveniendum iuramentum in litem defert, dabitur utique iuramentum in litem veritatis. Sed ad hoc dubium infru, commodior respondendi locus erit. §. 14. Ergo adesse iubemus Marcellum in l. 8. eod. qui aperte a nostris stat partibus. Exemplum ibi offert de Tutorerem adulti, quem possidet, restituere recusante, quaritur itaque utrum *quanti res est*, an *quanti in litem iuratum fuerit* condemnari debeat? Responder, non æquum esse pretio (vero nimirum) *litem æstimari* sc. a iudice, cum & *consumaciapunienda sit.* Et Marcellum in verbis, ubi negat, *pretio litem esse æstimandam*, non respexisse ad iuramentum in litem, sed ad taxationem iudicis, patet ex oppositione verborum sequentium: *arbitrio potius Domini rei pretium statuendum esse, potestate petitori in litem iuranti concessa*, quam ipsius iudicis, secundum veritatem litem æstimantis absque ullo petitoris iuramento.

§. V. Quid vero Javolenus in l. 9. eod? Ille tantum sollicitus est, ut formulam iurisiurandi 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 hæsit ac cogitet, in iureiurando in litem iurari de tali summa, qua *pluris* rem æstimat iurans, quam *quanti* res communiter vendebatur. Responder enim Javolenus: Quod res *pluris* est, utique *tanti* est, sc. ex affectione eius, cui res furto est ablata. Forfan Callistratus in l. 10. eod. dissentientibus aliquid parvum offeret? sed leve erit, si examinerur accuratius. Quæstio ibi solvitur 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, qui merx non sunt, nec pretium

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

§. VI. Fortius vero contra nos pugnare videntur Marcus Lydellam *in comm. de ineund. rei debite æstimat. ad l. 27. de R. Cred. n. ult.* & Joh. Corasius 6. *Miscell. 1.* Qui omne iuramentum affectionis negant, & unicum solummodo iuramentum veritatis stabilire conantur. Verum ex hæctenus dictis tela eorum facile rumpi & repelli poterunt. Putridum enim fundamentum est, quod petitur *ex l. 63. pr. ff. ad L. Falcid.* ubi Paulus, (qui tamen, ut *ex anteced. §. §.* constat, tam perspicue pro 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.* iam prælibavimus, in civitate rarius, & non nisi ex necessitate, imo extra ordinem recurratur ad pretium affectionis, ordinarie vero respiciatur ad pretium legitimum. Quis autem hoc negat? Regula non excludit exceptiones Porro, dicunt, in operis servorum æstimandis negat Ulpianus *in l. f. ff. de oper. serv.* æstimationem haberi voluptatis vel affectionis, veluti, si dilexerit servum dominus, aut in pretio habuerit. Ergo &c. A vero hic non agitur de dolosi denegatione restitutionis, ubi 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.* ubi patronus non auditur revocare volens rem iusto pretio a liberto venditam, propterea quod dicat rem quidem iusto pretio veniisse, verum tamen hoc interesse sua non esse venditam, inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem

nem

nem vel oportunitatis, vel vincinitatis, 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 tum fraus subesse credatur, si damnum pecuniarium subsit, id quod tamen cessat, æub iusto pretio res veniit. *Adl. 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 juramentum in litem affectionis, ea partim petunt id, quod est in principio, veluti quod nusquam legatur, ex affectione sola æstimationem rei crescere, item quod juramentum in litem deferatur ratione ejus, quod pecuniariter actoris interest, damnum autem pecuniarium in affectione non consistere: Partim vero ad ea jam supra §. 3 & 5. responsum, sc. *ad l. nummis 3. §. 1. in instrumentis 10. ff. de in lit. jurand* partim etiam aperte falsa sunt, veluti, quod alioquin duo specialia circa eandem rem concurrant, sc. ut actor constitutur iudex, & testis in propria causa, & simul juret de propria affectione, nam hoc non inconueniens esse, in jure nostro apparet ex §. 5. *J. de adopt* ubi duplex fictio continetur. vid. Huber. *in post. ad J. cit. tit. §. 8.* Denique duo reliqua argumenta minus ponderis habent. *Si enim infertur, ex contumacia crescit æstimatio, non crescit ex affectione.* Negamus enim consequentiam, cum ejusdem rei plures possint esse causæ. Crescit æstimatio ex contumacia, h. e. dolus rei causa est, cur juretur in litem, & tamen simul crescit ex affectione h. e. actor jurans jurat de affectione sua, quæ plures est, quam pretium vulgare. Et illud oppido falsum est, quod jurare ultra veritatem ex affectione sit pejorare. Naturam perjurii & juramenti in litem affectionis sine dubio non intellexit Corasius, cum hæc scripserit, Reliqua huc pertinentia vid. apud Hunnium *de rerum æstimatione S. 2. quest. 2.*

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

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

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

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

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

§. V. Locum (1) habet iuramentum huc, *ubi quis restituere iussus est*. Ita enim Ulpianus *qui restituere iussus*, & in *f. ex quibus arbitrato iudicis quid restituatur*. Restituere autem non solum prestare debet in actionibus personalibus, non solum, ubi rem meam peto, sed & mihi debitam, cuius possessionem nondum habui, ut restituere idem sit, ac tradere. Unde dantur restitutoria interdicta bonorum possessori ad restitutionem, h. e. traditionem eorum, quæ quis pro herede, aut pro possessore possidet. §. 1. *f. de interdictis*. Et Cajus in *l. 22. de V. S.* restituere, in genere dicit, esse possessorem facere. Qui solvere & prestare hominem certum ex stipulatione debuit, dicitur restituere. in *l. 32. in f. de O. V.* Restituere pro solvere usurpatur in *l. 8. in f. C. de act. E. V.* vinum, quod ex ento tradi debuit, restituendum esse dicitur in *l. 12. C. ead.* Si quid servo distracto donatum fuerit, hoc quoque restituendum esse emtori, dicit Ulp. in *l. 13 §. 18. ff. eod.* item ibid: *Quod ex operis servus prestavit venditori, emtori restituendum est.* conf. *l. 6. C. unde vi. l. 14. §. ult. ff. de serv. 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.* ubi P. pin. ita: *Dominus qui obtinuit*, (sc. rei vindicatione) *si velit servum suum abducere, litis estimationem pro eo accipere non cogetur.* Atque hoc non tantum locum habet in actionibus realibus, sed etiam in personalibus, cum nunquam in alterius arbitrio sit, an velit rem mihi debitam prestare sed præcise eam tradere tenetur, id quod *cap. and. c.* exemplo emtionis venditionis fustus declaratum. Dum enim jus venditori, præcisam necessitatem tradendi rem ex contractu debitum, imponit, sine

dubio etiam ruined a creditori suggerit, quibus ab invito res auferri possit, id quod fit per manum militarem, h. e. per eos qui, ad exequendam Judicis 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 adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est.* Hic ergo sine dubio intelligitur juramentum affectionis, quod nec communiter diffitentur Dd. tum, quia dolus hic concurrit, tum, quia ea ratione contumacia alterius puniendi est, ut dicitur in l. 8. ff. *de in lit. jur.* Idem JCrus in l. 4. §. 2. ff. *de in lit. jurand.* id ulterius confirmat, arbitrium tamen jurantis quodammodo restringens, ita, ut aliquando judex ex justis causis jurijurando modum præfinire possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione in imensum juretur, conf. l. 5. §. 1. ff. *eod.* Cum vero sub dolo per interpretationem Juris etiam contineatur culpa lata, ut jam dictum est §. 17. c. *antec.* in iis videlicet casibus, ubi de damno resarciendo & interesse privato agitur, Struv. *Ex 19. th. 21.* ita etiam hic culpa lata non excluditur. Lauterb. *tit. de in lit. jurand.* Neque hac de re dubitandum amplius, postquam Imperator Antonius in l. 2. c. *de in lit. jurand.* hoc difertis definit verbis, inquit: *Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur, ommissa jurandi facultate, judex de veritate cognoscat, quæ etiam argumentis liquidis investigari potest.* conf. Hunn. *de estimat. rer. Sect. 2. qv. 6.*

§. XIII. Quarta propositio est: *Si non potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris quam quanti res est, i. e. quanti adversari interfuit condemnandus est.* Quomodo vero id ipsum, quanti res est æstimerur, diximus jam sub §. 3 & 4. nempe, ipsius judicis definitioni & taxationi rem committi non vero ullum jusjurandum adversario imponi, id quod textus ibi allegati evidentissime probant. Probat id ipsum ulterius Antoninus in *cit. l. 2. c. de in lit. jur.* ubi diferte asseritur, si neq; dolus, neque culpa lata alicui imputari possint, quominus restituat, iudicem de veritate cognoscere *ommissa jurandi facultate*, h. e. ut nequidem possit iusjurandum deferre, si vel maxime velit. Declarationis ulterioris gratia huc etiam referri posset

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

§. XIV. Verum enim vero hic facile prævideo dissentientes, ultimam illam propositionem Ulpianeam, prout a nobis expl. cara est, concoquere non posse, dum exinde conclusionem formavimus hanc, quod non detur iuramentum in litem veritatis. Producent enim *l. 5. §. ult. ff. de in litem. iur.* ubi Marcianus ita loquitur: *plane interdum & actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichum moram fecerit, & Stichus decesserit, quia iudex æstimare sine relatione iuris iurandi non potest rem, quæ non extat.* Ex quo inferunt, quia semper supponi debet in materia iuramenti in litem rem non extare (quod si enim extet iudex manu militum rem auferret secundum propositionem secundum Ulpianeam *d. l. 68. vid. §. II.*) erga iudex nunquam ipse æstimare, sed semper iuramentum, etiam hoc casu, ubi per culpam restitui nequit, deferre debet, quod adeoque aliud esse nequit quam iuramentum in litem veritatis.

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

54 CAP. III. DOCTRINÆ QUÆDAM IURIS ROMANI SECUNDUM
mum perditâ furtit? fiebat enim olim vindicatio in re præfenti, h.
e. ante litis conteftationem res ducebatur in forum coram Prætoꝛe,
Conf. Cic. in orat. pro Mur. c. 11.

§. XVI. Quid itaque de Marciano tandem fiet? vel dicen-
dum, ipſum ſomniaſſe, dum hanc rationem ſibi ipſi repugnantem po-
neret, vel quod probabilius, (quis enim de homine prudente præ-
fumeret, ipſum in uno contextu ſibi ipſi contradixiſſe) ad Triboni-
ani emblemata hanc rationem referendam eſſe. Quis enim igno-
rat, eiꝛumodi emblematis totum jus noſtrum reſertum, imo po-
tius corruptum eſſe, ita ut iam integrum librum de eiꝛumodi inter-
polationibus Tribonianis conſcripſerit Wiſſenbachius. Ne-
que vero, hæc aſſertio conjectura deſtituitur, ſapit enim ratio ibi po-
ſita egregie ingenium Triboniani, qui non ſatis perſpicendo JCtoꝛ-
rum veterum mentem, ſæpius ſua interpolatione hallucinatus eſt:
Indicare quoque hõ ipſum verba legis videntur, vix enim inveni-
es apud JCtos veteres, vt voce *actionis ſtricti iudicii* uſi fuerint,
quin ubique ſtricti iuris actio vel negotium deprehendatur. Ve-
ram autem rationem legis dabimus infra, ubi de ſtricti iuris nego-
tiis, quatenus ibi iuramentum in litem locum habeat, agendum
erit.

§. XVII. Quinta & ultima propoſitio ex l. 68. de R. V. hæc eſt:
*Hæc ſententia generalis eſt, & ad omnia, ſive interdicta ſive actiones in
rem ſive in perſonam ſunt, ex quibus arbitratu 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, ubi arbitrio iudicis reſtitutio ſit, ita loquitur:
*Arbitrio iudicis in hac quoque actione reſtitutio comprehenditur, & niſi
ſiat reſtitutio, ſequitur condemnatio, quanti ea res eſt. Id eo autem &
hic, & in metus cauſa actione certa quantitas non adicitur; ut poſſit per
contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iura-
verit. Sed officio iudicis debet in utraque actione, taxatione iurjuran-
dum reſrenari,* Dubia, quæ hic movet Anton. Faber reſolvit Hun-
nius de aſſert. ſect. 2. q. 13 ſed videamus de ſingulis.

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

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

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

re. Idem in l. 25. §. 1. ff. *solut. matrim.* ad hanc provocat si maritus dolo malo fecerit, quo minus restituere possit dotem, & sic damnandus sit quanti in litem mulier juraverit, quia inquit: *inviis nobis res vestras alius retinere non debet.* Cum itaque & actio hypothecaria ad actiones in rem referri debeat, hinc non mirandum, quare Marcianus in l. 16. §. 3. ff. *de pign.* hic quoque juramentum in litem admiserit. Ita enim ille: *Sin vero* (is quocum creditori res est) *dolo quidem desit possidere, summa autem ope nusus, non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in cæteris in rem actionibus.* conf. Hunn *cit. l. qu. 7.* Ubi tamen rursus illud monendum, aliquando tantum locum habere iuramentum in litem irregulari, uti in l. 7. ff. *si servit; 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 usus, vel dominium in nos transferri, & sic restitui debet. Tam late enim patre vocem restitutionis supra §. 19. dictum est. Prioris exempla plura in nostro iure occurrunt. Sic in deposito iurari in litem diserte fatetur Ulpian. in l. 1. §. 26. *depos.* 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. 43. §. 1. ff. *locat.* De actione commodati idem Ulpian. in l. 3. §. 2. ff. *commod.* ita loquitur: *in hac actione, sicuti in cæteris b. f. iudiciis similiter in litem iurabitur.* Idem de actione tutelæ hoc afferit in l. 9. *pr. ff. de adm. tut.* conf. l. 8. ff. *de in lit. iur.* Ratio hisce in casibus eadem est, quæ modo in §. 18. allegata est.

§. XXI. Posterioris exemplum potissimum occurrit in Emtione venditione, sed hic revera est pomum Eridos neque diffidentium, multa dubia circa hanc occurrere, adeo, ut non mirandum sit, plures a contrariis stare partibus, unde negativam hic tuentur Scriv. *Ex. 17. th. 54.* Franck, *ad ff. h. t.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disp. 21. th. 12. lit. a.* Perez. *in C. b. u. 4.* Anton. Faber. *dec. 27. error. 9.* Hunnius *cit. l. qu. 11.* & plures alii. Uationes vero dubitandi in hi-

sce

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

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

dominatur. Et sane graviter peccasset Marcianus, si hanc notabilem exceptionem, ut emptio venditio excipi debeat, non expressisset. Ea enim, quæ notabilia sunt, a Iuris nunquam negligi solent. *l. 15. §. 26. ff. de iniur.* (4) accedit, quod etiam in stricti iur. negotiis locum habeat, si agatur de corporibus, uti mox dicemus, quid ni ergo in emtione, ubi iudex ex æquo & bono potest adiudicare. Arque huic sententiæ accedunt Faber. *de in lit. iur. lib. 64. Lauterb. Ex. 23. concl. 20.*

§. XXIII. Ex his itaque iam sine omne difficultate satisfieri potest dubiis, supra §. 21. factis. Potissimum dubium dissentientium consistit in *l. 4. C. de act. E. V.* ad quam tamen varie responderi potest. Illa enim agit de eo casu, ubi adhuc extat res vendita, sed alter eandem iuxta conventionis terminos tradere recusat, alter vero pro re eligit petitionem interesse, id quod facere utique potest. *l. 4. ff. de R. V.* nam in casu rei extantis nequidem in litem iurari potest. Unde merito reiiciendum, quod Wissenb. ex hoc textu colligit, quasi venditor non præcise teneatur ad rem tradendam, sed quod præstando interesse liberetur, quem errorem *cap. antec.* satis superque refutavimus; vel dici potest, legem agere de re immobili vendita, ubi non procedit iuramentum in litem, quod ex mox dicendis liquidem reddemus. Imo quod si dicamus *d. l. 4.* loqui de condemnatione ex iuramento affectionis faciendæ? Etsi enim mentionem faciat, quanti interfit, hæc tamen phrasis non semper excludit affectionem, sed aliquando includit, ut in *l. 18. pr. de dolo malo.* vid. sub. §. 17. idem in *l. 9 ff. de in lit. iur.* vid. sub. §. 5. Ratio secundæ nullius momenti est: sufficit enim quod in genere dicatur, in b. f. iudiciis in litem iurari. Ad tertiam & quartam iam responsum est in rationibus decidenti §. 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? Ultima denique ratio non excludit in casu extraordinarie obveniente iuramentum affectionis.

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

habere, quoties quis iussus est rem restituere, nec ob dolum restituere potest. Quæstio hinc oritur, an etiam in stricti Juris iudiciis locum habeat iuramentum in litem. Qui negativam defendunt, fundant se in *l. 5. pr. ff. de in lit. jur.* ubi dicitur: In actionibus in rem & in ad exhibendum, & in *b. f. iudiciis in litem juratur.* Accedit quod in *l. 5. §. 4. eod.* in certo demum casu in actionibus stricti Juris concedatur iuramentum hoc, videlicet si res non extat, quæ *iudex*, inquit Marcianus, *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 Javolenus in *l. 60. §. 1. ff. ad L. Falcid.* tanquam indubitatum supponat, posse in actione ex testamento jurari in litem, dum quærit, an legis Falcidiæ ratio; an ejus summæ, inquam legatarius juravit, haberi debeat; Dicent tamen dissentientes forte hic subesse antinomiam, vel sententiam Javoleni de suo iuramento veritatis exponent.

§. XXV. Nos vero securius inhæremus Regula Ulpianæ: Ubi contra dolo malo non restituentem juratur in litem, si modo res talis sit quæ affectionem recipiat, Quoties ergo etiam in actionibus stricti iuris quis iubetur talem rem restituere, non autem facit, merito iuratur in litem, Et huc iam spectat. *l. 5. §. 4. de in lit. jur.* ubi contra promissorem Stichæ, cuius mora res interit, iuramentum in litem conceditur, etiam in actionibus stricti iuris, quamvis non ex spuria illa & sæpius jam improbata ratione, quod iudex æstimare sine relatione iurisiurandi non possit rem, quæ non extat, sed quod Stichæ talis res sit, in quam cadere potest affectio, adeoque merito iuramentum in litem admittentum erit, ubi propter moram, quæ plerumque dolum continet, vel saltem latam culpam non potest res restitui. conf. Hunn. *de æstim. rer. Sect. 2. qu. 14.*

§. XXVI. Ut igitur dicamus quod res est, in stricti iuris iudiciis modo locum habere potest iuramentum in litem, modo non, pro habilitate sc. obiecti, quod in hoc contractus deduci potest In Conditione certi ex mutuo locum non habet; habet enim pro siue restitutionem rerum fungibilium, in quas nulla cadit affectio. In

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

§. XXVI. Quibus præmissis jam facilis est responsio ad l. 69. §. 1. ff. ad L. Falc. quæ alias graviter obtare 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 iuravit secundum affectionem suam, haberi debet, sed eius quanti revera id corpus quod petebatur, fuit, quod verum eius petitum est. Nam id, quod pænæ coercendæ scilicet contumaciæ heredis causa actori accrevit, 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? d. ferte anim Paulus in l. 33. pr. ad L. Aquil. ait: *Si seruum meum occidisti, non asseriones æstimandas esse puto (veluti, si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velle) sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait: pretia rerum non ex affectione, nec 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. Veruntamen illud non contemnendam parit difficultatem, quoniam in L. Aquil. coercentur & dolus & culpa, cur non, si dolo vel culpa lata damnum datum sit, iuretur in litem, cum &

& hic videantur rationes iuramenti in litem supra datæ locum habere, quod nemo invito cogi possit, ut rem suam vendat, quod contumacia & dolus alterius coerceri debeant *L. 1. & 8. ff. de in lit. jur.* subministrat quidem Paulus *in cit. l. 33.* aliquam responcionem, quod in *L. Aquil.* tantum agatur de damni restitutione, in quo etiam continetur, quod aut consequi possumus, aut erogare cogimur: (unde & formula actionis *L. Aquil.* erat: quanti res plurimi fuerit §. 9. *J. de L. Aquil.* quæ formula spectat ad verum pretium, cuius saltem tempus variat.) Sed tamen illud adhuc superest dubium, cur formula huius legis tantum de vero pretio fuerit, concepta excluso pretio affectionis.

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

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

§. XXXII. Hæc ænus in quibus actionibus hoc iuramentum admittatur, evicimus. 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. & 19. dictum est, ubi notavimus

ex l. 7. ff. si servus vind. in confessoria iurati in litem, sed simul an-
notavimus hoc iuramentum tunc esse irregulare. De negatoria ob-
rationis puritatem idem Dd. concedunt. Menoch. l. 1. A. F. Q. qu. 5.
n. 21, quamvis sibi ingentem scrupulum moveant ex eo, quod in
illa non agatur de restitutione & exhibitione rei, cum servitus pla-
ne alteri negetur. Verum, quia & hic adversarius cavere tenetur
de non amplius turbando alterum in libertate, adeoque de restituenda
securitate, igitur nisi cautionem hanc præstet, eodem modo,
quo in confessoria, iuramentum in litem, quamvis irregulare, obti-
nebit. Conf. Hillig. ad Donell. lib. 76. c. 8. in not. lit. a.

§. XXXIII. De rebus immobilibus gravior quæstio exurgit,
an etiam in his possit locum habere. Equidem Lauterb. tit. de in
lit. jurand. alique ibi allegati id simpliciter affirmant, quia & in his
agatur de restituendo, & illæ res quoque affectionem recipiant, ad-
eoque & hic dici possit, dominum non posse invitum cog. ad rem
suam vendendam. Verum hanc quæstionem negat Willenbach.
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, ve-
rum res immobiles ita in occulto esse nequeunt, & hoc casu posses-
sora Judice agitur, ut rem restituat, adeoque jusjurandum in li-
tem hic est supervacuum. Neque hanc sententiam evertunt Le-
ges a Lauterb. citatæ; cum lex 68. de rei vind. nihil de hac quæstio-
ne determinet, Marcianus vero in l. 16. §. 1. de pign. non possit in-
telligi de iuramento in litem regulari, sed potius irregulari, quia
ibi sermo est de jure pignoris, & sic de re incorporali rei immobili
coherente.

§. XXXIV. Vindicat ergo sibi tantum locum in rebus mobi-
libus & quidem non omnibus. sed in iis tantum, in quas cadere po-
test affectio, vid. Lauterb. ad ff. de in lit. jurand. p. 192. Hoc quoque il-
lustravit Hannius de rerum æstimatione sect. 1. qu. 16. his usus verbis:
*Juratur in litem de illis solum rebus, quarum æstimatio incerta est, & in
quas Domini petitoris probabilis aliqua cadit affectio, quæq; certa specie*
con-

constans, nec ex quantitate æstimantur. Declarat hoc ulterius de vino oleo & frumento, & in his contra Z sium negat iuramentum in litem locum habere posse, quod eius sint natura & qualitatis. ut in illas nulla cadat affectio singularis. *Quid enim obsecro,* pergit, *tua in se habet, utrum vinum tuum apud alium depositum in specie recipias, an aliud ejusdem tamen qualitatis & quantitatatis? Certe nihil. Sed num in vinum, certam poteris habere affectionem juxta quam illud iurando æstimes? Nullo modo.*

§. XXXV. Ad hanc doctrinam probandam communiter provocare solent ad l. 3. ff. de in lit. iur. ubi 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 Stichii 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 Juris* iudiciis non semper locum habeat iuramentum in litem, quam, quod plerumque interveniunt res fungibiles affectionem non recipientes.

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

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

§. XXXVII. Ita erga hæcenus demonstravimus, jus Romanum quam optime congruere cum natura rerum, & doctrina morali de pretio affectionis, unde & eodem non infeliciter usi sumus in decidendis controversiis intricatissimis de in litem jurando. Verum optandum foret, ut hæc vestigiis semper inhæssissent JCI Romani, & ipse Tribonianus, nec passim ad his principiis in natura rei fundatis recessissent, ex quo non potuit non farrago contradictio- num & obsecritatum 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 æque expeditum est, unde & hic sæpissime JCI fuerunt solliciti, ut in dubio regulas quasdam formarent, ex quibus cognosci possit, quænam res pro principalibus, quænam pro accessoriis sint habendæ, & hæc ipsas, alioquin

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

§. XXXIX. Occurrit autem primo loco in accessione artificiali specificatio. §. cum ex aliena materia. 25. l. de R. D. Ubi statim Tribonianus inertiam suam circa explicationes rerum prodidit, dum ad exempla specificationis refert, si ex specie frumentum ex cussum fuerit, & inde decisionem format, quod quia ad speciem reverti non possit, is dominus intelligatur, qui illud exussit. Ostendit itaque, se nequidem in excerptis Institutionibus Caji prudentiam adhibuisse, integrum enim textum Caji non exscripsit, & ita hac incurgia fecit antinomia quædam inter §. c. 2. & l. 7. §. 7. de A. R. D. exurgat, quæ tamen adhuc facile tolli potest, si textus Institutionum ex digestis suppleatur, quod & necessario fieri debet si decisionem Triboniani ab omni absurditate liberare velimus. Etenim alias in casibus ubi Institutiones Pandectis contradicunt, institutiones tanquam posteriores Pandectis derogent, ut tamen hoc procedat, requiritur intentio in Triboniano derogandi Pandectis, quæ hic non adest, cum negligentia exscribendi sit evidens.

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

§. XLI. Et hic quidem Sabiniani a Proculianis discedebant, sed singuli sat infelicitè ad regulas metaphysicas in materia morali & civili provocabant. Sabiniani enim dominium ejus esse volebant, qui materiæ dominus fuisset, Proculiani contra ejus, 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, id esse cœpisset, quod ante non erat. Imo & ad aliam regulam sæpius ineptam in hac materia prolapsi sunt, afferentes in questionibus de re principali vel accessoria, pro principali esse habendum sine quo altera res esse non possit. Utraque pars hæc regulam ad favorem suæ sententiæ torquebat, cum nec materia possit esse sine forma, nec forma sine materia, utrobique autem materia sine hac forma, forma sine hac materia.

§ XLII. Ineptius adhuc istam controversiam definiit Justinianus distinctione sua, utrum possit res reduci ad pristinam materiam, annon. Ostendit iam Pufendorf. *de l. N. l. 4. c. 7. §. 10.* in plurimis casibus decisionem Justiniani esse iniquissimam, veluti, si quis ex alieno metallo opus quoddam artificiosum v. g. horologium confecerit, ubi longe majoris pretii est forma quam materia & sic utique æquum est, specificatori eam relinqui, ut in antiquam & rudem massam redigi queat, si modo simile metallum aut ejus pretium restitatur. Sic & decisio de medicamentis à Justiniano, formata bene quidem sese habet si v. g. quis tales materias venales habeat, vel in tanta copia, ut necessitatibus ejus superent, ubi nulla ratio est, cur non res specificatori sit reliquenda, si pretium materiæ refundat, sed non præcise 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 Pufendorfus domino materiæ speciem illam adjudicari. Eadem iniquitas sine dubio subesset, si quis ex aliena lamina vel metallo novum quoddam instrumentum mathematicum, vel quod inservit physicis de, nonstrationibus efficeret, & illud secundum hanc decisionem adjudicare vellemus domino materiæ &c.

§. XLIII. Simplicius ergo secundum principia hætenus iacta dicendum, regulariter rem esse debere specificantis, quia ipsa materia, ex qua nova species producitur, plerumque est res fungibilis, in quam nulla cadit affectio. Nullam itaque dominus materię iustam causam habet prætendendi dominum, cum utique pei inde ei esse debeat, utrum precium materię, vel aliam rem fungibilem eiusdem quantitatis qualitatis & bonitatis accipiat.

§. XLIV. Cæterum si materia forsan iam fuerit corpus aliquod arte elaboratum, & alter illud in novam redegerit formam, veluti si ex poculo meo a Principe mihi donato alter fecerit lancem argenteam, tum 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 poculi mei æstimatione, id quod fuse ex doctrina de iuramento, in litem fluit. Nec est quod hic dicas: quia potest reduci ad pristinam materiam, & quia simul dominus materię affectio- nem antea in illam rem habuit, æquum est, ut illi etiam nova species adiudicetur. Nam non video, qua ratione Domini materię affectio satisfieret, si alter aut lancem traderet, aut illam rursus ad formam novi poculi edigeret & ita restitueret, non enim idem esset poculum, adeoque nec eadem affectio. In materiam autem ipsam, ex qua poculum a Principe donatum constat, ipsa affectio non cadit.

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

§. XLVI. Equidem utrum doctrina Justiniani de specificatio- ne hodie usum in foro habeat, ne quidem videntur dubitare Doctores adeo ut, qui materiam hanc tractaverint, nihil penitus de praxi eiusdem adiciant, quamvis alias de usu sententiam suam addere

soleant, uti Hoppius, Schilterus, Struvius, alique, quasi nemo de usu huius doctrinæ iure dubitare posset. Verum neminem tam imprudentem esse existimo, qui secundum ineptam Justiniani distinctionem actiones suas formare & influere 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 §. *fit tamen alienam*, 26 de R. D. ubi de accessione stricte sic dicta agitur. Hic Jcti sibi formarunt regulam, quod pars cedere debeat toti, & quod illud, quod ornandæ rei gratia factum est, ei rei accedat, quæ ornata est, & hic videtur unanimis consensus fuisse Jctorum. Ita enim Proculum, ita Servium & Labeonem respondisse Paulus annotat in l. 26. §. 1. de A. R. D. ut scilicet tuæ pes aut manus, Scypho fundus, lecto fulcrum, navi tabula, ædificio cæmentum cedant, cum jam cum toto coaluisse videantur. Consentit Ulpianus in l. cum aurum 19. §. 13. de Auro argento mund leg. & alio loco scilicet in l. 23. §. 2. de R. V. ipse Paulus calculum suum adjicit, ubi eadem fere exempla, quæ in l. 26. de A. R. D. ex Proculo, Servio & Labeone retulerat, adducit. Ulpianus vero in cit. l. 19. alia quoque addit, ita ut ex ejus sententia gemmæ inclusæ auro argento ve cedant *semper enim inquit cum querimus quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ordinandæ causa adhibetur, ut accessio cedat principali, cedent igitur gemmæ phialis vel lancibus incluse auro argento ve. conf. l. 20. eod.* Ad idem Ulpianus 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 etiã a domino partis, seu eius, cuius res vicem accessorii sustinet, modo huic solvat pretium, alio quin enim ipsi obstaret exceptio doli l. 73. §. 4. de R. V. arg. §. 39. l. de R. D. Dominus ergo partis seu accessorii totum non potest vindicare, ipsi tamen concessum est, ut possit agere ad separatio-

ratio-

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

§. XLIX. Noluit tamen simpliciter hanc sententiam approbare Cassius, qui que eum sequitur Paulus in l. 23. §. 5. de R. V. sed distinxit inter ferruminationem & plumbaturam, dicit enim *si statuae suae ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis confusum, & quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abrutum sit, redire ad priorem dominum non posse, non idcirco in eo, quod ad plumbatum sit, quia ferruminatione 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 ad domino partis, sed cogi huic partem exemptam relinquere, posse tamen in ferruminatione, adeo ut dominus partis agere ad exhibendum nullo modo queat.

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

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

ex te recte vindicari. Ignoravitne ergo Pomponius Cassii subtili-
lem distinctionem, utrum vero eam tacite reiicit? posterius dicen-
dum videtur, cum idem juris utrobique iocum habere asserat. Ego
secundum Pomponium nec in ferruginatione, nec in applumbatura
dominus partis poterit agere ad exhibendum.

§. LII. Equidem non ignoro Doctores hic antinomiam hanc
triplicem non agnoscere, sed Pomponium supplere ex distinctione
Cassii, Ulpiani vero verba intelligere de adplumbatura, ut modo
regulæ de distinctione inter ferruginationem & adplumbaturam se-
mel formata subsistere possint. Verum novi etiam doctrinas eo-
rum non coherere cum natura rerum, & alterum sic, alterum ali-
ter hæc utrinque connectere, & tamen ubique connexionem esse
lubricam. Etenim Ulpianum non posse commode intelligi de ad-
plumbatura jam ostendimus §. 49. Et non sine causa videtur Pom-
ponius tertiam sententiam elegisse, quia ea ob mox dicenda maxi-
me cum ratione convenit.

§. LIII. Quodsi enim rem ex natura sua consideremus, sa-
ne videtur sat plana esse, scilicet, dominum partis regulariter ami-
sisse dominium partis suæ, eumque non posse conqueri si verum
rei pretium acceperit, & sic recte Paulus in *l. 23. §. 4. de R. V.* ex-
ceptionem doli mali domino partis concedit, si velit ab ipso totam
rem vindicare, non refuso ejusdem partis pretio. Regulariter enim
illa, quæ per adplumbaturam vel ferruginationem alteri rei acce-
dunt, sunt res fungibiles, in has vero non cadit pretium affectionis.

§. LIV. Cæterum, quod hic limitationem Doctores alii in ad-
plumbatura quæserint, 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 e-
nim utique æquitas postulat, ne quis invitus cogatur rem suam ven-
dere, ut inclusa & alteri rei adjuncta exhibeantur & separentur, modo
adhuc extent, veluti si gemma forte a Principe donata alterius annu-
lo inclusa sit, aut margaritæ ab Augusta foeminae alicui donatæ orna-
mentis muliebribus alienis contextæ sint. *l. 32. §. 1. de Auro argent.
mund. legat.* Quodsi vero res non amplius extet, veluti, si ex meo
potu-

populo a principe mihi donato sua statuta fecerit brachium, & tunc aut iurabitur contra eum in litem, si dolo malo iunxerit, aut vetum precium tantum exigi poterit, si dolus & culpa lata ipsi imputari nequeant, brachium certe ut exhibeatur contendere nequeo, cum post mutationem, & formæ destructionem res fungibilis fuerit facta. In reliquis regula §. *anteq.* data manet firma, si se. f. ypho fundus, aut statua pes, aut navi tabula, aut lecto fulcrum, aut candelabro sigillum &c. adiuncta fuerint.

§. LV. Et ne quid hac in re dissimulemus, valde dura videtur sententia Ulpiani in l. 7. §. 2. ff. *ad exhibendum*, dominum purpuræ alieno vestimento intextæ posse agere ad exhibendum, ut se. a vestimento separetur. Neque cohæ. et hæc essetio cum doctrina de specificatione, si enim ex sola purpura tua vestimentum confeci, illud secundum doctrinam Jurisconsultorum 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 referendum esse ad eos casus, ubi species potest reduci ad pristinam materiam. Ipse Tribonianus, quidem in §. 25. *de R. D.* ubi exempla quæstionis de specificatione ponit, exemplum de lana & vestimento affert, sed postea ad regulam datam non applicat, ut adeo videatur vel anceps & dubius hic fuisse, vel plane a Caio suo dissensiss. Etenim Caius in suis *Institutionibus* l. 2. tit. 1. §. 7. inquit: *Si ex lana vel lino vestimenta fecerit, ejus erunt vestimenta, cujus lana vel lino fuisse probabitur.* Tribonianus vero in verbis ultimis §. 25. exemplum adducit, si quis partim ex sua lana, partim aliena vestimentum fecerit, quo casu dubitandum non esse inquit, eum esse dominum qui fecerit, cum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit, at vero in adiunctioe, non tantum alter partem materiæ præstat, verum partem etiam potiorum, cur itaque hic concederetur facultas petendi separationem, non ibi? Quidquid demum sit de opinione Triboniani, ex hoc fonte decisio dura est, cum purpura sit res fungibilis, adeoque alteri

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

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

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

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

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

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

§. LIX. Progredior ad actionem de tigno juncto secundum §. cum in suo solo 29 ff. de R. Div. ubi compilatione sua inepta ansam dedit Tribonianus ut interpretes valde defudent de natura hujus actionis exponenda, cum contextus ostendat, Tribonianum existimasse actionem de tigno juncto in duplum etiam dari adversus b. f. ædificatorem, unde valde anxii sunt, utrum actio de tigno juncto sit rei persecutoria, utrum pœnalis, vel mixta, item quomodo concilianda sint verba hujus paragraphi finalia cum *l. 2. de tigno juncto*, ibi enim dicitur, diruto ædificio non posse tigna amplius vindicari, si jam fuerit duplum consequutus, id quod in *l. cit. 2.* negatur. Porro simum vero sollicitè inquirunt, cur b. f. possessor debeat præstare duplum, ratio enim communis, quasi hoc fiat in solatium domini tigni, quod propter utilitatem publicam cogatur tignum invitus vendere est valde inepta. (1) quia tignum seu omnis materia ad 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, unam eandemque actionem pro diversitate reorum partim ex delicto, partim ex alio fundamento oriri, aut modo esse rei persecutoriam, modo pœnalem.

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

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

§. LXI. Quod si quis bona fide junxerit, actio non data fuit in duplum, sed L. XI. Tabb. saltem verum pretium refundi voluit, ita enim rursus Paulus l. 98 §. ult. de solut. loquitur: *denique L. XII. Tabb. tignum ædibus junctum vindicare posse scit, sed interim id solvi prohibuit, pretiumque eius dari voluit.* h. e. pretium verum & simpliciter. Neque enim putandum est, L. XII. Tabb. hanc commississe absurditatem, ut voluerit aliquod pretium affectionis admittere in rebus fungibilibus, com miserunt hæc potius interpretes minus caute Tribonianum secuti.

§. LXII. Sed pergamus cum Triboniano ad plantationem & sationem de quibus agitur in §. 21 & 32. de R. D. Leg. sutores hic

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

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

ina-

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

§. LXIV. In fatione vero uti dictum §. 61. non inquiritur utrum 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 quod & fata sint res fungibiles. Sicut ergo in facis indistincte dominus eorum verum pretium a seminante 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. *Jur. de R. D. Elegans Philosophia.* Ridemus infantes & pueros, quando libellis suis solent inscribere.

N. N. bin ich genaunt

Zu N. ist mein Waterland

Das Papier ist mein Ufer,

Darauf schreib ich so wacker

Die Feder ist mein Pflug,

Damit bin ich so flug,

Die Dinte ist mein Saamen,

Damit schreib ich meinen christl. Nahmẽ

Sed Jctos 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, cujus essentia fere in puritate & facultate consistit, postea enim non charta, sed oratio, carmen, obligatio &c. vocatur. Agnoviss. videtur Ulpianus hanc inutilem subtilitatem in 13 §. 14. *ff. ad exhib.* ubi 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 ejus fit inane.

§. LXVI. Viderunt ista plerique interpretes cordatiores, adeoque hunc §. 33. in nostris foris usu omni destitui asserunt est enim charta res fungibilis, in quam non cadit affectio, ergo merito injusta est alterius prætentio, si præcise chartam vellet vindicare. Alius tamen adhuc arriident dogmata Justiniani quasi videlicet hæc
lex

78 C. III. DOCTR. QUÆD. JURIS ROMANI SECUND. PRINCIPIA &c.

lex nunquam abrogata, Ludvv. *disp. 4. ad Inst. lib. 7. lit. e.* cum tamen prius inquiri debuisset, an unquam esset recepta, sed abundet quilibet suo sensu: De gustibus enim non est disputandum.

§. LXVII. De pictura disponitur §. 34. *de R. D.* ubi demum Tribonianus sapere incepit, quia sc. hic sapuit Cajus in l. 9. §. 2. *ff. de A. R. D. ubi ita: Sed non uti literæ chartis membranisque cedunt, ita solent picturæ tabule cedere, sed ex diverso placuit, tabulas picturæ cedere,* addit Tribonianus alii putant picturam tabula cedere, quibus verbis aperte notat Paulum in l. 23 §. 3. *ff. de R. V.* inquentem: *Sed quod id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur statim meum sit, licet de pictura quidem (ut Cajus) contra senserint propter pretium picturæ, sed necesse est, ei rei cedi quod sine illa esse non potest.* Quoniam itaque, hic aperte occurrit antinomia, illi (enim qui dictam legem Pauli eum institutionibus conciliare satagunt, multa verba textui Paulino inferendo, aperti cavillatores sunt) incaute sane & imprudenter fecit Tribonianus, quod textum Paulinum digestis inferuerit, quamvis vel maxime in Instit. postea hanc licem, approbando Caji sententiam sustulisse videatur. Equidem adhuc novus scrupulus injicitur a Triboniano in cit. l. 33. quod domino tabulæ utilem actionem concedat, quam tamen licem hic jam meam non facio, quia ad finem disputationis prope.

§. LXIIX. Quo tendit vero tandem tua Philosophia, urgebunt Encomiastæ juris Romani Nos LL. Romanis vivimus, aliter J Cti, aliter philosophi judicant. Equidem doleo, quod hæcætenus J Cti Romani aliter judicaverint, 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 ab eis nos habere ulum has subtilitates, quia tanquam res ineptæ a prudentibus Germanis nunquam fuerunt receptæ, quippe, qui magis simplicitatem juris Gentium, & naturam ipsius rei secuti sunt, præsertim cum Dd. ipsi admittant, hæc omnia pertinere ad modos acquirendi juris Gentium, ubi neminem ligant Leges Romanæ, non magis, ac definitiones parum accurate ibidem non raro occurrentes.

§. LXIX. Et quavis sponcione certare velim, si quis perlustrat omnia scrinia judiciorum totius Germaniæ, non deprehensurum esse, quod ex istis capitibus Institutionum per duo vel tria seculi 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 pronunciatum fuerit.

§. LXX. Et quid si plane dubitarem, utrum apud ipso Romanos hæc subtilitates usum unquam in praxi habuerint? non enim novum est, quod ipsi J Cti Romani fateantur, suas subtilitates in praxi suorum temporum non attendi, cuius rei specimen dedit Dn. Præses in *Disp. de servit. Stilleid.* ex Paulo, de continua causa servitutum loquente in l. 28. *ff. de servit. præd. Urb.* qui tamen ipse in l. 9. *de servit. P. R.* in genere fatetur, in praxi illam subtilitatem non attendi. Et ne videamur destitui exemplo in nostra materia, l. 7. §. 5. *ff. de A. R. D.* Cajus decidit, quod si alveus novus rarius derelinquatur, illum non redire ad pristinum dominum, sed eorum esse, qui prope ripam prædia possident, deinde tamen fatetur praxin sibi esse contrarium, dicendo: *Sed vix est ut id obtineat.* Nos eodem modo ac hæcætenus dictis concludimus, & cum Cajo finimus nostram dissertationem dicentes. *Vix est, subtilitates*

J Ctarum Romanorum hæcætenus recensita obtineant

Halle Diss. 1701
(T-2)

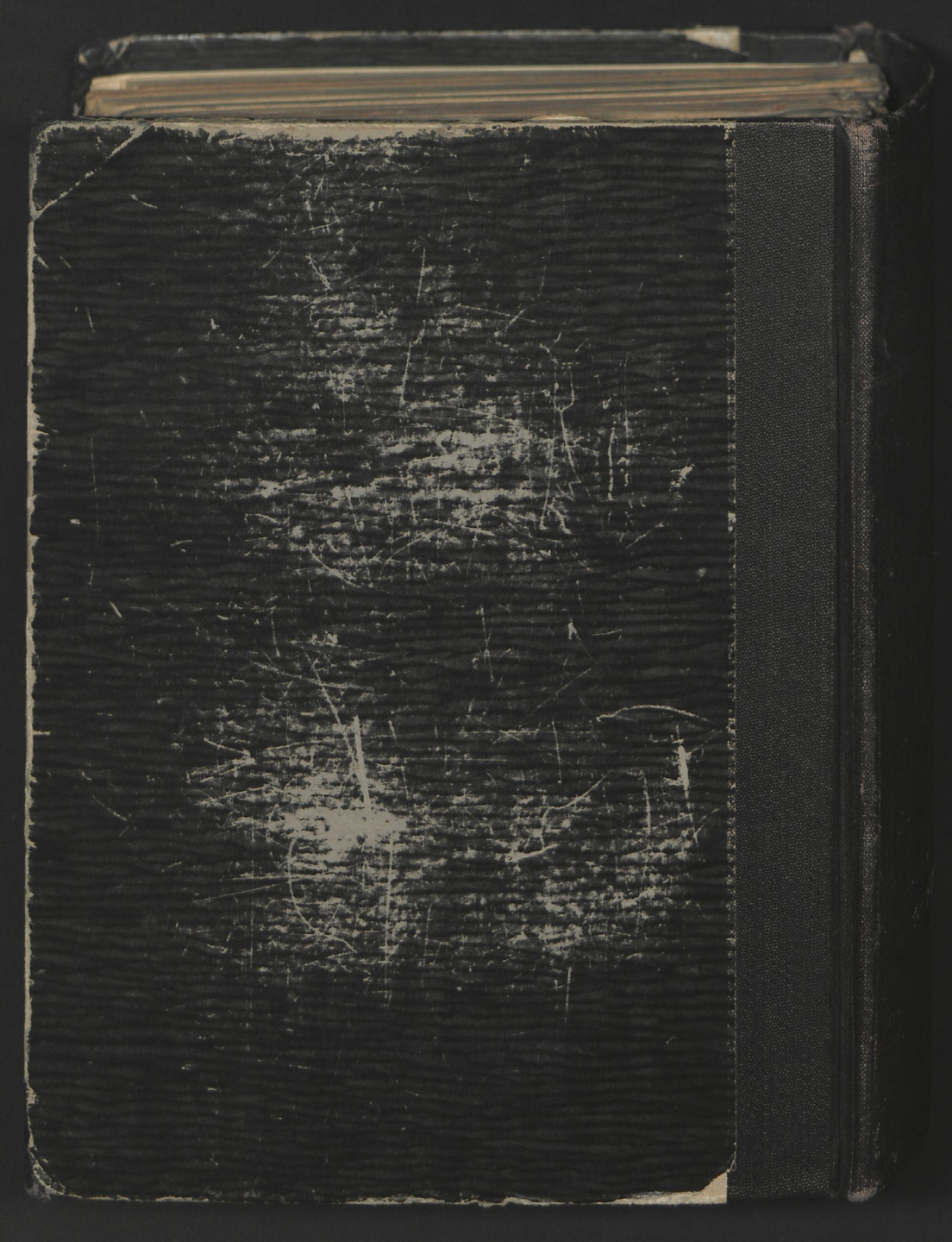
ULB Halle

3

001 923 862



sb





DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

G. 5. num. 30. 2. 25.

De

PRETIO AFFECTIONIS IN RES FUNGIBILES NON CADENTE,

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

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

In Regia hac Fridericiana

EX DECRETO ILLUSTRIS FACULTATIS JURIDICÆ
PRÆSIDE

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

PRO LICENTIA

Summos in utroque jure honores, & privilegia DOCTORALIA rite consequendi,

IN AUDITORIO MAJORI

Ad d. XVII. Sept. Anno MDCCCI. horis ante - & pomeridianis
Publicæ Eruditorum disquisitioni submitter

PHILIPPUS REINHOLDUS HECHT,
CRUCENACO-PALATINVS.

DENUO RECUSA Anno 1727

HALÆ MAGDEB. Litteris Chr. Henckelii, Acad. Typ.

