

Franckesche Stiftungen zu Halle

Dissertatio Inauguralis Juridica De Pretio Affectionis In Res Fungibiles Non Cadente

Thomasius, Christian

Halæ Magdeb., [1701?]

VD18 90813766

Cap. III. Doctrinae quaedam iuris Romani secundum principia capituli
praecedentis examinata.

Nutzungsbedingungen

Die Digitalisate des Francke-Portals sind urheberrechtlich geschützt. Sie dürfen für wissenschaftliche und private Zwecke heruntergeladen und ausgedruckt werden. Vorhandene Herkunftsbezeichnungen dürfen dabei nicht entfernt werden.

Eine kommerzielle oder institutionelle Nutzung oder Veröffentlichung dieser Inhalte ist ohne vorheriges schriftliches Einverständnis des Studienzentrums August Hermann Francke der Franckeschen Stiftungen nicht gestattet, das ggf. auf weitere Institutionen als Rechteinhaber verweist. Für die Veröffentlichung der Digitalisate können gemäß der Gebührenordnung der Franckeschen Stiftungen Entgelte erhoben werden.

Zur Erteilung einer Veröffentlichungsgenehmigung wenden Sie sich bitte an die Leiterin des Studienzentrums, Frau Dr. Britta Klosterberg, Franckeplatz 1, Haus 22-24, 06110 Halle (studienzentrum@francke-halle.de)

Terms of use

All digital documents of the Francke-Portal are protected by copyright. They may be downloaded and printed only for non-commercial educational, research and private purposes. Attached provenance marks may not be removed.

Commercial or institutional use or publication of these digital documents in printed or digital form is not allowed without obtaining prior written permission by the Study Center August Hermann Francke of the Francke Foundations which can refer to other institutions as right holders. If digital documents are published, the Study Center is entitled to charge a fee in accordance with the scale of charges of the Francke Foundations.

For reproduction requests and permissions, please contact the head of the Study Center, Frau Dr. Britta Klosterberg, Franckeplatz 1, Haus 22-24, 06110 Halle (studienzentrum@francke-halle.de)

urn:nbn:de:hbz:5:1-198584

§. 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 verosimiliter causam æstimationis, id quod ex dictis §. *antec.* fuit. Quamvis enim juramentum in litem ideo videatur introductum, ut affectionem meam docere non videatur esse necessarium, nec hujus probationis, quantum recordor, in jure fiat expressa mentio, attamen recte rem perpendenti apparebit, juramentum hoc non tam esse introductum ad docendam ingenere affectionem, quam ad affectionis jam quodammodo probatæ determinationem. Quod si enim hoc juramentum ad probandam etiam assertionem præcisè pertineret, quomodo judex 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 adjicere, id non aliter efficere potest, quam si ei semiplene saltem fides de ipsa affectione fuerit facta, nam secundum illam affectionem taxationem debet moderare. Evidentius hoc ipsum cognoscitur ex eo, quod judex, si absque ejus taxatione juratum fuerit, nihilominus possit minoris reum condemnare *ex postea repertis probationibus* uti dicitur *in l. 4. §. 3. ff. 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 judicem in probationibus præcedentibus de causa affectionis.

CAP. III.

Doctrinæ quædam iuris Romani secundum principia capitis præcedentis examinata.

F

SUM-

- C**onnexio & methodus dicendorum. §. I.
- Causa tot controversiarum in doctrina de juramento in litem. §. II.
- Datur solum juramentum in litem affectionis, non veritatis. Id quod ex singulis legibus tit. de in litem jurando ostenditur. §. III. IV. V.
- Respondetur illis, qui omne juramentum affectionis negant. §. VI.
- Juramentum in litem est vel regulare, quod semper est de pretio affectionis, vel irregulare, quod est de rebus incorporalibus quarum nec pretium veritatis est; Huc pertinet l. 7. si servit. vind. & l. 10. de in lit. jur. §. VII.
- Neglectus hujus distinctionis doctoribus ansam dedit, erronee statuendi, quasi in casu culpa juretur de pretio affectionis. §. VIII.
- Compendium doctrina de juramento in litem extat in l. 68. de R. V. ex qua certa propositiones formantur. §. IX.
- I. Locum habet si quis restituere jussus 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 procedit 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 quanti res est a judice aestimata absque juramento actoris. §. XIII.
- Opponitur ex l. 5. §. 4. de in lit. jur. quod judex absque juramento aestimare non posset rem, quæ non extet. §. XIV.
- Respondetur hoc assertum falsum esse. §. XV.
- Et verosimiliter hic subesse emblemata Triboniani. §. XVI.
- V. Juramentum hoc in litem locum habet in omnis generis actionibus. Etiam in actione de dolo malo, & quod metus causa. §. XVII.
- (1) In interdicitis. Explicatur l. 15. §. 9. quod vi aut clam. §. XVIII.
- (2) In actionibus in rem. §. XIX.
- (3) In actionibus in personam, tam illis, quibus res nostra nobis reddi debet, ut in deposito, commodato, locato, §. XX.
- Quam ubi rei dominium vel usus in nos est transferendus, ut in Emptione. Dubia contra hanc sententiam. §. XXI.

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

Conciliationes communes sunt parum probabiles. §. LII.

Sententia Pomponii videtur rationabilior. §. LIII.

Limitatione ea addita, nisi corpus in quod cadit affectio junctum sit alterius toto, & adhuc extet. §. LIV.

Durities sententia Ulpiani, dominum purpure vestimento intexte agere posse ad exhibendum docentis. §. LV

Doctrina de confusione. §. LVI.

De commixtione doctrina Justiniani est inepta & aliis textibus equioribus repugnans. §. LVII.

Alia specimina stultitiæ Triboniani in hac doctrina. Ulpiani subtilitas de differentia rei vindicationis & judicii communi dividundo. §. LVIII.

Confusio doctrinæ de tigno juncto ex sententia Triboniani orta. §. LIX.

Ex mente Veterum Ictorum actio de

tigno juncto saltem data fuit de tigno furtivo. §. LX.

Contrab. f. edificatorem data fuit actio ad simplum. §. LXI.

De Plantatione sententiæ Ictorum Romanorum subtiles magis, quam practica. §. LXII.

Subtilitates Ictorum inutiles, nec absque contradictione aliorum de arbore in confinio posita. s. LXIII.

De satione res est plana. §. LXIV.

Ineptia de scriptura. §. LXV.

Nullum habentes usum practicum. §. LXVI.

De pictura sana dispositio Triboniani, sed cum negligentia conjuncta, quod antinomia relicta sit in Pandectis. §. LXVII.

Subtilitates Romane hætenus notata non obligant Interpretes sinceros. §. LXVIII.

Nec habent usum in foris Germaniæ. §. LXIX. imo nec habuerunt in foro Romano. §. LXX.

§. I.

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

secundum principia hæctenus exposita, eas partim exinde illustrari, partim correcturi, partim de usu moderno quædam adjecturi. Cum vero pretium affectionis potissimam sedem habeat in doctrina de juramento in litem, paucis de illo ab initio quædam annotanda veniunt.

§. II. Sed fere hic statim in limine obruimur infinitis fluctibus, quos interpretum crudum ingenium hic moret. 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 conceptus quosdam subtili ingenio excogitados, 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 revera est, sed quanti valet ex singulari affectione Domini: hoc vero quando res æstimatur ex veritate. Et hæc est communis Interpretum, Pragmaticorum præsertim, opinio, judice Hunnio de rerum æstimat: *sect. 2. qu. 2.* Sed sicuti jam Faber infinitos errores Pragmaticorum annotavit: ita me crimen nullam admitturum puto, si & hanc distinctionem canonisatam licet tot interpretum autoritate, iisdem erroribus involutam esse existimem. Quanquam enim juramentum in litem affectionis fundatum in jure esse haud dubitem, juramentum tamen veritatis ad prædicata Hippocentauri referri utique meretur. h. e. quod non fit in rerum natura. §. 1. *J. de inutil. stipul.* Et quid opus esset juramento veritatis, cum in iis casibus, ubi de vero pretio præstando agitur, judex ipse æstimet, 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 defini, ex eo, quando *ex contumacia lis æstimatur ultra rei pretium*, quod fit, ubi ob affectionem æstimatio crescit. Et Paulus in *l. subseq. 2. §. 1. eod.* id ipsum evidentius declarat: Duas enim ibi propositiones format: Prima est: *Interdum quod interfit agentis, solum æstimatur.* Quomodo, & a quo? Non per juramentum, id enim verba sequen-

tia

46 CAP. III. DOCTRINÆ QUÆDAM JURIS ROMANI SECUNDUM
tia non admittunt, nec doctrina communis]Ctorum, qui quoties
culpa non restituitur res, æstimationem judici relinquunt, uti mox
dicemus. Ergo, ubi solum interesse æstimatur, juramentum ces-
sat: Hinc ex adverso opponitur altera propositio: *Cum vero dolus
aut contumacia non restituentis punitur, æstimatio fit quantum in litem
juraverit actor.* Et hoc demum est juramentum in litem. Sed pro-
grediamur ad reliquas leges hujus tituli. *In l. 3.* Ulpianus negat
referri posse jusjurandum in litem ob nummos depositos, cum cer-
ta sit nummorum æstimatio, & præterea affectionem non recipi-
ant. Idem tamen asserit, posse deferri juramentum, si quis jurare
velit de eo, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse,
veluti, si sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia
deposita ei pecunia abnegata est, distractum est. Hic igitur forsan
inquis, juramentum in litem veritatis erit? Imo forsan non erit:
Non enim Ulpianus dicit deferri hoc in casu juramentum in litem
de quo tamen casu nobis unice sermo est. Alioquin e-
nim omnia juramenta judicialia & necessaria huc referre posses,
ubi itidem veritas rei asseritur, id quod tamen hæctenus nemini, ut
puto, unquam in mentem venit. Jurat hoc casu actor sibi tantum
abesse, & sic de fundamento suæ assertionis, quod alias probare in
judicio debebat, per juramentum judici fidem facit. At hoc non
est juramentum in litem.

§. IV. Idem Ulpianus *in l. 4. pr. eod.* negat, tutores esse cogen-
dos ad subeundum hocce juramentum. At quale 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 com-
pendii emolumento dum ultra verum rei pretium ob affectionem æ-
stimatio crescere debeat, etiam periurium anceps subire, si forsan non
tantam erga rem affectionem habuerit pater pupillorum, quanti
jurasset.* Et ne forsan dubium aliquod supersit, concludit hanc
legem §. *ult.* Ulpianus hisce verbis, sententiam nostram opprime
firmantibus: *Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum constat,
sed æstimationem a iudice faciendam:* Id quod etiam Marcianus suo
approbat calculo *in l. 5. §. 3. eod.* inquit: *Sed in his omnibus ob do-*
lunt

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

§. V. Quid vero Javolenus in l. 9. eod? Ille tantum sollicitus est, ut formulam jurisjurandi in litem in materia conditionis furtivæ explicet, ut sc. dum actor affectionem suam jurejurando in litem exprimere velit, & vero in formula conditionis videat, se jurare debere, *tanti* rem fuisse, non hæsitet ac cogitet, in jurejurando in litem jurari de tali summa, qua *pluris* rem aestimat jurans, quam *quanti* res communiter vendebatur. Respondet enim Javolenus: Quod res *pluris* est, utique *tanti* est, sc. ex affectione ejus, cui res furto est ablata. Forsan Callistratus in l. 10. eod. dissentientibus aliquid patrocinium offeret? sed leve erit, si examinetur accuratius. Quæstio ibi solvitur de instrumentis non exhibitis, actorique permittitur *in litem jurare, quanti* sua interest, ea proferri, ut *tanti* condemnatur reus. Ergo inquis, habebimus juramentum in litem, ubi pretium veritatis attenditur. Minime vero. Nam lex de nullo pretio loquitur. Instrumenta enim, quia merx non sunt, nec pretium

tium

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

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

nem

nem vel opportunitatis, vel vicinitatis vel cœli, 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 ubi iusto pretio res venit. *Ad l. 33. ff. ad L. Aquil.* infra commodius respondebimus, disquisituri, cur in L. Aquil. non juretur in litem. Caterum quæ 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. & l. in instrumentis 10. ff. de in lit. jurand.* partim etiam aperte falsa sunt, veluti, quod alioquin duo specialia circa eandem rem concurrant, sc. ut actor constituatur judex, & testis in propria causa, & simul juret de propria affectione, nam hoc non inconueniens esse, in jure nostro apparet ex §. 5. *f. de adopt.* ubi duplex fictio concurrat. vid. Huber. *in posit. ad f. cit. tit. §. 8.* Denique duo reliqua argumenta minus ponderis habent. *Si enim, inferunt ex contumacia crescit æstimatio, non crescit ex affectione.* Negamus enim consequentiam, cum ejusdem rei plures possunt esse cause. 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 pluris est, quam pretium vulgare. Et illud oppido falsum est, quod jurare ultra veritatem ex affectione sit pejerare. Naturam perjurii & juramenti in litem affectionis sine dubio non intellexit Corafius, 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 illæ leges occasionem inquirendi, qua ratione commodius jusjurandum in litem dividi posset. Et tum rei natura tum consensus Le-

G

gum

50 CAP. III. DOCTRINÆ QUÆDAM JURIS ROMANI SECUNDUM
gum Romanarum nos eo deduxit, ut asseramus, jusjurandum in li-
tem 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 affe-
ctionis est, quia tales res supponit, in quas cadit affectio. Juramen-
tum vero in litem irregulare vocamus, quod præstatur de rebus,
quæ mercium nomine non veniunt, ut sunt res incorporales, ju-
ra, servitutes, & quæ in facto consistunt, ut exhibitio inventarii,
harum rerum proprie non est pretium, multo minus aliquod pre-
tium affectionis, nec sunt objectum emtionis venditionis ordina-
rium, unde hic juratur necessario, quanti interest. Et sic facilius
forsan jam intelligi potest. *l. 7. ff. si servit. vindic.* Ubi, si non præste-
tur in actione confessoria, quod præstandum erat, neque caveatur,
tanti reus condemnandus, quanti actor in litem juraverit. Quis
vero dixerit, hoc casu adesse pretium veritatis? Similiter, ratione in-
strumentorum non exhibitorum permittitur actori jurare in litem,
quanti sua interest, ea proferri. *l. 10. ff. de in lit. jur.* Quamvis itaque
hoc casu dolose denegetur exhibitio, non tamen regulare juramen-
tum in litem præstari potest, ob deficiens objectum affectionis, sed
quanti alterius interest.

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

§. IX. Summarium porro totius doctrinæ de jureiurando in
litem Ulpianus proposuit in *l. 68. de R. Vind.* Sed utinam pruden-
tius Tribonianus in compilandis legibus versatus fuisset, & leges
suo loco non alieno, ut hic, proposuisset. Certe, quia in hac lege com-
pendium totius doctrinæ de qua nunc agimus, continetur, non ad
titulū de rei vindicatione, ubi tantum incidenter de juramento in li-
tem

tem agitur, sed potius ad titulū, ubi ex professo de juramento in-
litem tractatur, referri debuisset. Et si providentia Triboniana,
non nimis hic obdormivisset, providentiores quoque forsan fuif-
sent Dd. in themate hoc tractando, & ex hac, tanquam funda-
mentali propositione, omnes reliquas leges explicassent, nec ita
dissensiones multiplicassent. Age igitur, resolvamus textum in
certas propositiones.

§. X. Locum (1) habet juramentum hoc, *ubi quis resti-
tuere jussus est.* Ita enim Ulpianus *qui restituere jussus, & in f. ex qui-
bus arbitrato judicis quid restituitur.* Restituere autem non solum de-
notat id, quod reus facere debet in actionibus realibus, sed & quod
præstare debet in actionibus personalibus, non solum, ubi rem
meam peto, sed & mihi debitam, cujus possessionem nondum ha-
bui, ut restituere idem sit, ac tradere. Unde dantur restitutoria in-
terdicta bonorum possessori ad restitutionem, h. e. traditionem eo-
rum, quæ quis pro herede, aut pro possessore possidet. §. 1. f. de in-
terd. Et Cajus in l. 22. de V. S. restituere, in genere dicit, esse posses-
sorem facere. Qui solvere & præstare hominem certum ex stipula-
tione debuit, dicitur restituere. in l. 82. in f. de V. O. Restituere pro
solvere usurpatur in l. 8. in f. C. de act. E. V. vinum, quod ex emto
tradi debuit, restituendum esse dicitur in l. 12. C. eod. Si quid ser-
vo distracto donatum fuerit, hoc quoque restituendum esse emtori
dicit Ulp. in l. 13. §. 18. ff. eod. item ibid: *Quod ex operis servus præ-
stitit 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, siqui-
dem eam habeat, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur.* Id
quod etiam asseritur in l. 36. ff. de liber. caus. ubi Papin. ita: *Dominus
qui obtinuit, (sc. rei vindicatione) si velit servum suum abducere, litis æ-
stimationem pro eo accipere non cogetur.* Atque hoc non tantum lo-
cum habet in actionibus realibus, sed etiā in personalibus, cum nun-
quam in alterius arbitrio sit, an velit rem mihi debitam præstare, sed
præcisè eam tradere tenetur, id quod cap. antec. exemplo emtionis
venditionis fufus declaratum. Dum enim jus venditori, præci-
sam necessitatem tradendi rem ex contractu debitam, imponit, sine

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

§. XII. Tertia proposita 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 concurrat, tum, quia ea ratione contumacia alterius punienda est, ut dicitur in l. 8. ff. de in lit. jur. Idem Jctus in l. 4. §. 2. ff. de in lit. jurand. id ulterius confirmat, arbitrium tamen jurantis quodammodo restringes, 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, uti jam dictum est §. 17. c. antec. in iis videlicet casibus, ubi de damno refarciendo & interesse privato agitur, Struv. Ex. 19. tb. 21. ita etiam hic culpa lata non excluditur. Lauterb. tit. de in lit. jurand. Neque hac de re dubitandum amplius, postquam Imperator Antoninus in l. 2. C. de in lit. jurand. hoc disertis definivit verbis, inquit: *Si vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur, ommissa jurisjurandi facultate, judex de veritate cognoscet, que 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, quominus possit, non pluris, quam quanti res est, i. e. quanti adversarius interfuit condemnandus est.* Quomodo vero id ipsum quanti res est existimetur, diximus jam sup. §. 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 neque dolo, neq; culpa lata alicui imputari possint, quominus restituat, judicem de veritate cognoscere, ommissa jurisjurandi facultate, h. e. ut nequidem possit jusjurandum deferre, si vel maxime velit. Declarationis ulterioris gratia huc etiam referri posset

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

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

§. XV. Sed respondemus, rationem istam Marciani esse ineptam, quia contradicit Ulpiano in *l. 4. s. 4. eod.* ubi docet, judicem debere æstimare, si res culpa non extet, imo sibi ipsi in eadem *l. 5. §. 3.*, ubi idem inculcat, quod Ulpianus dixerat. Si enim eo demum casu, quo res per culpam non potest restitui, & sic non extat, quanti revera res est, æstimatur, & hæc æstimatio per ipsum judicem tunc fit, quomodo absque fuga contradictionis potest dici, judicem non posse sine relatione jurisjurandi æstimare rem, quæ non extat? Deinde hæc ratio repugnat naturæ ipsius rei: Nonne enim poterit judex 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 judicare de rei pretio, si res post litem contestatam de-

54 CAP. III. DOCTRINÆ QUÆDAM JURIS ROMANI SECUNDUM
num perdita fuerit? fiebat enim olim vindicatio in re præfenti, h. e.
ante litis contestationem res ducebatur in forum coram Prætorē,
Conf. Cic. in orat. pro Mur. c. 11.

§. XVI. Quid itaque de Marciano tandem fiet? vel dicendum,
ipsum somniasse, dum hanc rationem sibi ipsi repugnantem pone-
ret, vel, quod probabilius, (quis enim de homine prudente præsu-
meret, ipsum in uno contextu sibi ipsi contradixisse) ad Tribonia-
ni emblemata hanc rationem referendam esse. Quis enim igno-
rat, ejusmodi emblematis totum jus nostrum refertum, imo po-
tius corruptum esse, ita ut jam integrum librum de ejusmodi in-
terpolationibus Tribonianeis conscripserit Wissenbachius. Ne-
que vero hæc assertio conjectura destituitur, sapit enim ratio ibi po-
sita egregie ingenium Triboniani, qui non satis perspicendo JCto-
rum veterum mentem, sæpius sua interpolatione hallucinatus est:
Indicare quoque hoc ipsum verba legis videntur, vix enim inve-
nies apud JCtos veteres ut voce *actionis stricti judicii* usi fuerint,
quin ubique stricti juris actio vel negotium deprehendatur. Ve-
ram autem rationem legis dabimus infra, ubi de stricti juris nego-
tiis, quatenus ibi juramentum in litem locum habeat, agendum
erit.

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

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

etiam hic juramentum 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 jusjurandum, quod in litem actor juraverit, aut si jurare non possit, iudicis officio æstimandum est.* Sed dici poterit, hic tantum interesse præstat, & vel officio iudicis, vel jurejurando 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. Err. 7.* Interim tamen, uterque Ulpiani textus contrarium asserit, & jam patet, quam difficile sit hunc nodum solvendi, si negligatur distinctio supra a nobis tradita inter juramentum in litem regulare, & irregulare. Nam, cum hic talis res vertatur, cujus pretium proprie non est, hic locum quidem habet juramentum 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 *sect. 7. qu. 9.* ubi quidem dicit, id quod interest, & quanti in litem juratum est, esse diversa, non vero contraria, sed non ostendit, in quonam diversitas illa consistat, quia ex errore communi hanc distinctionem a nobis traditam, in re ipsa tamen fundatam, insuper habuit.

§. XIX. Deinde locum obtinet hoc juramentum in litem, secundum ultimam Ulpiani propositionem, in *actionibus in rem*, seu personalibus. Nam forsitan nemo dubitabit ibi de restituendo agi, conf. l. 5. pr. ff. de in lit. jur. Accedit & illa ratio, quæ etiam & a Ictis veteribus in LL. & a Dd. quoad juramentum 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 substituit Paulus in l. 9. ff. de act. rer. amot. ubi quæstio de muliere, res amotas reddere recusante, vertitur, & æstimatio, quanti vir in litem juraverit, fieri debere asseritur, subjuncta hac ratione: *Non enim æquum est, invitum suo pretio res suas vende-*

re

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: *invitis nobis res nostras alius retinere non debet.* Cum itaque & actio hypothecaria ad actiones in rem referri debeat, hinc non mirandum, quare Marcianus in *l. 16. §. 3. ff. de pign.* hic quoque juramentum in litem admiserit. Ita enim ille: *Sin vero (is quocum creditori res est:) dolo quidem desit possidere, summa autem ope nisus, non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit, sicut in ceteris in rem actionibus.* conf. Hunn. *cit. l. qu. 7.* Ubi tamen rursus illud monendum, aliquando tantum locum habere juramentum in litem irregulare, uti in *l. 7. ff. de servit. vind.* de quo actum supra §. 7.

§. XX. Denique locum habet in actionibus in personam, quibus res restitui jubetur. Tales vero sunt, vel quibus res a nobis profecta nobis reddi debet, vel quibus rei certæ possessio, vel usus, vel dominium in nos transferri, & sic restitui debet. Tam late enim patere vocem restitutionis supra §. 19. dictum est. Prioris exempla plura in nostro jure occurrunt. Sic in deposito jurari in litem diserte fatetur Ulpian, in *l. 1. §. 26. de pos.* scilicet in directa actione, quia ibi de restituenda re deposita agitur, non in contraria, *non enim,* inquit idem in *l. 5. pr. eod.* *ibi de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.* In actione locati idem iuris esse patet ex *l. 48. §. 1. ff. locat.* De actione commodati idem Ulpian. in *l. 3. §. 2. ff. commod.* ita loquitur: *In hac actione, sicuti in ceteris b. f. iudiciis similiter in litem jurabitur.* Idem de actione tutelæ hoc asserit in *l. 9. pr. ff. de admin. tut.* conf. *l. 8. ff. de in lit. jur.* Ratio 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 diffitendum, multa dubia circa hanc occurrere, adeo, ut non mirandum sit, plures a contrariis stare partibus, unde negativam hic tuentur, Struv. *Ex. 17. th. 64.* Franzk. *ad ff. h. t.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disp. 21. th. 12. lit. a.* Perez. *in C. b. n. 4.* Anton. Faber. *dec. 17. error. 9.* Hunnius *cit. l. qu. 11.* & plures alii. Rationes vero dubitandi in hisce

fce

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

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

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

§. XXIII. Ex his itaque jam sine omni difficultate satisfieri potest dubiis, supra §. 21. factis. Potissimum dubium dissentientium consistit in *l. 4. C. de act. E. V.* ad quam tamen varie responderi potest. Illa enim agit de eo casu, ubi adhuc extat res vendita, sed alter eandem juxta 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 jurari potest. Unde merito rejiciendum, 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 juramentum in litem, quod ex mox dicendis liquidum reddemus. Imo quod si dicamus *d. l. 4.* loqui de condemnatione ex juramento affectionis facienda? Et si enim mentionem faciat, quanti interfit, hæc tamen phrasis non semper excludit affectionem, sed aliquando includit, ut in *l. 18. pr. de dolo malo.* vid. sup. §. 17. idem in *l. 9. ff. de in lit. jur.* vid. sup. §. 5. Ratio secunda nullius momenti est: sufficit enim quod in genere dicatur, in b. f. judiciis in litem jurari. Ad tertiam & quartam jam responsum est in rationibus decidendi §. præc. Quinta certe minus obstat. Cum enim res duplex pretium recipiat, (1) verum, (2) affectionis, quid obstat, quo minus res æstimata secundum verum pretium, adhuc de novo æstimari possit secundum pretium affectionis? Ultima denique ratio non excludit in casu extraordinarie obveniente juramentum affectionis.

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

ha-

habere, quoties quis jussus est rem restituere, nec ob dolum restituere potest. Quæstio hinc oritur, an etiam in stricti Juris judiciis locum habeat juramentum in litem. Qui negativam defendunt, fundant se in *l. 5. pr. ff. de in lit. jur.* ubi dicitur: In actionibus in rem & in ad exhibendum, & in *b. f. judiciis in litem juratur.* Accedit quod in *l. 5. §. 4. eod.* in certo demum casu in actionibus stricti Juris concedatur juramentum hoc, videlicet si res non extat, quia *judex, inquit Marcianus, æstimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quæ non extat.* Ex quo inferunt, quod regulariter non habeat locum in his actionibus, cum exceptio firmet regulam in casibus non exceptis. Imo in *l. 6. eod.* expresse dicitur, *si ex stipulatu vel testamento agatur, non solet jurari in litem.* Et si enim contra Javolenus in *l. 60. §. 1. ff. ad L. Falcid.* tanquam indubitatum supponat, posse in actione ex testamento jurari in litem, dum quarit, an legis Falcidiæ ratio, an ejus summæ, in quam legatarius juravit, haberi debeat; Dicent tamen dissentientes forte hic subesse antinomiam, vel sententiam Javoleni de suo juramento veritatis exponent.

§. XXV. Nos vero securius in hæremus Regulæ Ulpianæ: Ubi contra dolo malo non restituentem juratur in litem, si modo res talis sit quæ affectionem recipiat. Quoties ergo etiam in actionibus stricti juris quis jubetur talem rem restituere, non autem facit, merito juratur in litem. Et huc jam spectat. *l. 5. §. 4. de in lit. jur.* ubi contra promissorem Stichi, cujus mora res interiit, juramentum in litem conceditur, etiam in actionibus stricti juris, quamvis non ex spuria illa & sapius jam improbata ratione, quod *judex æstimare sine relatione jurisjurandi non possit rem, quæ non extat, sed quod Stichus talis res sit, in quam cadere potest affectio, adeoque merito juramentum in litem admittendum 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 juris judiciis modo locum habere potest juramentum in litem, modo non, pro habilitate sc. objecti, quod in hosce contractus deduci potest. In Conditione certi ex mutuo locum non habet: habet enim pro fine restitutionem rerum fungibilium, in quas nulla cadit affectio. In

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

§. XXVII. Quibus præmissis jam facilis est responsio ad l. 60. §. 1. ff. ad L. Falc. quæ alias graviter obstare visa est. Ejus paraphrasis commode hæc esse potest: *Legato petito per actionem ex testamento vel rei vindicationem, cum ab actore in litem juratum est secundum pretium affectionis, ratio Legis Falcidie in computanda massa hereditatis & summæ legatorum, non ejus summa enormis, in quam legatarius juravit secundum affectionem suam, haberi debet, sed ejus quanti revera id corpus quod petebatur, fuit, quod verum ejus petitum est. Nam id, quod pene coercende 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 juretur in litem? diserte enim Paulus in l. 33. pr. ad L. Aquil. ait: *Si servum meum occidisti, non assertiones æstimandas esse puto (veluti, si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles) 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 juramentum affectionis negant, præsidium aliquod petere solent, quibus tamen facillime potest satisfieri: Aliud enim est, plane non datur pretium affectionis, aliud, pretii affectionis non habetur ratio in L. Aquil., quod posterius saltem in hac asseritur lege.

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

&

& hic videantur rationes juramenti in litem supra datæ locum habere, quod nemo invitus 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 responsionem, quod in *L. Aquil.* tantum agatur de damni restitutione, in quo etiam continetur, quod aut consequi possumus, aut erogare cogimur: (unde & formula actionis *L. Aquil.* erat: quanti res plurimi fuerit §. 9. *f. de L. Aquil.* quæ formula spectat ad verum pretium, cujus saltem tempus variat.) Sed tamen illud adhuc superest dubium, cur formula hujus legis tantum de vero pretio fuerit concepta excluso pretio affectionis.

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

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

§. XXXII. Hactenus in quibus actionibus hoc juramentum admittatur evicimus. Quia vero variæ res in has actiones deduci possunt, nostra adhuc interest inquirere, in quibus rebus hoc juramentum in litem locum habeat. Equidem in rebus incorporalibus hoc dari jam supra §. 10. & 19. dictum est, ubi notavimus

ex l. 7. ff. si servit. vind. in confessoria jurari in litem, sed simul annotavimus hoc juramentum tunc esse irregulare. De Negatoria ob rationis paritatem idem Dd. concedunt. Menoch. l. 1. A. J. 2. qu. 5. n. 21. quamvis sibi ingentem scrupulum moveant ex eo, quod in illa non agatur de restitutione & exhibitione rei, cum servitus plane alteri negetur. Verum, quia & hic adversarius cavere tenetur de non amplius turbando alterum in libertate, adeoque de *de restituenda* securitate, igitur nisi cautionem hanc præstet, eodē modo, quo in confessoria, juramentum in litem, quamvis irregulare, obtinebit. Conf. Hillig. ad Donell. lib. 76. c. 8. in not. lit. a.

§. XXXIII. De rebus immobilibus gravior quæstio exsurgit, 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, adeoque & hic dici possit, dominum non posse invitum cogi ad rem suam vendendam. Verum hanc quæstionem negat Wissenb. ad ff. & pro hac sententia pugnat l. 48. §. 1. locati ubi Marcellus tum demum reum damnari, quanti in litem juratum fuerit, asserit, si rem non immobilem non restituat. Neque caret hæc sententia ratione, nam mobiles quidem ita transferri vel alienari possunt, ut ignoretur ubi lateant, & sic manu militari auferri non possunt, verum res immobiles ita in occulto esse nequeunt, & hoc casu possessor a Judice adigitur, ut rem restituat, adeoque jusjurandum in litem hic est supervacuum. Neque hanc sententiam evertunt Leges a Lauterb. citatæ cum lex 68. de rei vind. nihil de hac quæstione determinet, Marcianus vero in l. 16. §. 1. de pign. non possit intelligi de juramento in litem regulari, sed potius irregulari, quia ibi sermo est de jure pignoris, & sic de re incorporali rei immobili cohærente.

§. XXXIV. Vindicat ergo sibi tantum locum in rebus mobilibus & quidem non omnibus, sed in iis tantum, in quas cadere potest affectio vid. Lauterb. ad ff. de in lit. jurand. p. 192. Hoc quoque illustravit Hunnius de rerum estimatione sect. 2. qu. 16. his usus verbis: *Juratur in litem de illis solum rebus, quarum estimatio incerta est, & in quas Domini petitoris probabilis aliqua cadit affectio, quæque certa specie*

con-

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

§. XXXV. Ad hanc doctrinam probandam communiter provocare solent ad *l. 3. ff. de in lit. jur.* ubi negatur nummis depositis judicem posse in litem jusjurandum 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 judiciorum *b. f.* Cur in *§. 4. leg. cit.* specialem casum de stipulatione Stichi excipit. Cur Paulus in *l. 6. eod.* negat ex stipulatu vel testamento si agatur jurari in litem, ratio certe non est alia, cur in his *stricti juris* Judiciis non semper locum habeat juramentum in litem, quam, quod plerumque interveniunt res fungibiles affectionem non recipientes.

§. XXXVI. Denique nec illud omittendum est, quod quidam Dd. pretium affectionis in juramento in litem ita determinent, ut in ipsa re debeat esse fundatum, ejusque 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 fit donata vid. D. Beier in *positionibus ad ff. tit. de in lit. Jur. n. 12. seqq.* quo & inclinare videtur Lauterb. *eodem in f.* Verum indistincte in litem jurari posse arbitror, etiamsi affectio extra rem sit posita, & satis fundata est hæc assertio in nostro jure. Sic minor æstimat rem quod majorum ejus fuisset, & inde restitutionem impetrat *l. 35. de min.* Ita patronus jus suum in petenda bonorum possessione contra tabulas non aliorum computatione, sed suo judicio æstimare potest. *Multi enim casus* inquit Javolenus in *l. 36. de bon. libert. intervenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, quamvis æris alieni magnitudo, quam*

li-

libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat. Veluti si prædia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus majorum patroni sepulchra sint, & magni æstimat patronus, bonorum possessionis jura pro parte ea ad se pertinere, vel aliquod mancipium, quod non pretio, sed affectu sit æstimandum, non ergo ideo minus habere debet jus petenda bonorum possessionis, qui animo potius quam aliorum computatione bona liberti æstimat. Quod vero in actione Faviana, ubi patronus rem justo pretio a liberto venditam revocare intendit, affectio patroni non admittatur per l. 1. §. 15. si quid in fraud. patron. hujus rei supra in §. 6. b. cap. a nobis data est ratio. Videntur vero dissentientes seducti esse per l. 33. ad L. Aquil. cui tamen satisfactum in §. 28. & seqq. Alios textus huc pertinentes resolvimus §. 6. Aut respexerunt dissentientes ad eos, qui ex affectu voluptatis rem æstimant, veluti ab Amasia quadam donatam, quos tamen casus, per ea quæ dicta sunt cap. 1. jamdum removimus. Sicuti enim in jure non quilibet metus actionem quod metus causa producit, sed qui cadit in virum constantem l. 5. & 6. ff. quod met. caus. & a viris bonis, h. e. ambitiosis approbatus est. l. 8. §. 2. eod. ita nec omnis affectionis erga rem in judicium ratio habetur, sed ejus demum, quæ cadit in virum, honestum & gravem.

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

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

de

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

§. XXXIX. Occurrit autem primo loco in accessione artificiali *specificatio*. §. cum ex aliena materia. 25. I. de R. D. Ubi statim Tribonianus inertiam suam circa explicationes rerum prodidit, dum ad exempla specificationis refert, si ex spicis frumentum excussum fuerit, & inde decisionem format, quod quia ad spicas reverti non possit, is dominus intelligatur, qui illud excussit. Ostendit itaque, se ne quidem in excerptis Institutionibus Caji prudentiam adhibuisse, integrum enim textum Caji non exscripsit, & ita hac incuria fecit, ut antinomia quædam inter §. cit. & l. 7. §. 7. de A. R. D. exsurgat, quæ tamen adhuc facile tolli potest, si textus Institutionum ex digestis suppleatur, quod & necessario fieri debet, si decisionem Triboniani ab omni absurditate liberare velimus. Ersi enim alias in casibus, ubi Institutiones Pandectis contradicunt, institutiones tanquã 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 & specie tanquam suis partibus. Sed puto Grotium facile cum jure Romano conciliari posse, cum Jcti ejus sententiam non videantur absolute negare, sed magis in assertionibus his ad id momentum respiciant, utri nova species esset adiudicanda, si in communi manere nolint, & uter adeo cogatur invitus partem suam alteri vendere, utrum dominus materiæ, materiam specificanti, utrum specificans suam speciem Domino, materiæ.

§. XLI. Et hic quidem Sabiniani a Proculianis discedebant, sed singuli sat infeliciter 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 materiã tanquam substantiã rei, adeoque tanquam rem principalem considerabant, cujus accidens demum esset forma; hi e contrario formam ideo pro re principali venditabant, eo quod ex forma judicanda sit essentia rei, cum per eum, qui formam rei dederit, id esse cœpisset, quod ante non erat. Imo & ad aliam regulam æque sæpius ineptam in hac materia prolapsi sunt, asserentes in quæstionibus de re principali vel accessoria, pro principali esse habendum sine quo altera res esse non possit. Utraque pars hanc regulam ad favorem suæ sententiæ torquebat, cum nec materia possit esse sine forma, nec forma sine materia, utrobique autem materia sine hac forma, forma sine hac materia.

§. XLII. Ineptius adhuc istam controversiam definiuit Justinianus distinctione sua, utrum possit res reduci ad pristinam materiam, annon. Ostendit jam Puffendorff *de I. N. l. 4. c. 7. §. 10.* in plurimis casibus decisionem Justiniani esse iniquissimam, veluti, si quis ex alieno metallo opus quoddam artificiosum v.g. horologium confecerit, ubi longe majoris pretii est forma quam materia, & sicutique æquum est, specificatori eam relinqui, utut in antiquam & rudem massam redigi queat, si modo simile metallum aut ejus pretium restituatur. Sic & decisio de medicamentis a Justiniano, formata bene quidem sese habet si v.g. quis tales materias venales habeat, vel in tanta copia, ut necessitatibus ejus supersint, ubi nulla ratio est, cur non res specificatori sit relinquenda, si pretium materiæ refundat, sed non 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 Puffendorffius 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 demonstrationibus effecerit, & illud secundum hanc decisionem adjudicare vellemus domino materiæ &c.

§. XLIII.

§. XLIII. Simplicius ergo secundum principia hæctenus jacta 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 materiæ justam causam habet prætendendi dominium, cum utique perinde ei esse debeat, utrum pretium materiæ, vel aliam rem fungibilem ejusdem quantitatis qualitatis & bonitatis accipiat.

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

§. XLV. Quid vero dicendum, si specificans novam illam speciem venalem haberet? Certe tum illa quoque haberetur pro re fungibili, cum alienationi esset destinata, secundum ea quæ cap. i. dicta sunt, unde mecum specificans non litigaret de dominio ejus rei, sed sponte mihi eam relinqueret, interim tamen ego non tenerer præcise 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 specificatione hodie usum in foro habeat, ne quidem videntur dubitare Doctores adeo ut, qui materiam hanc tractaverint, nihil penitus de praxi ejusdem adjiciant, quamvis alias de usu sententiam suam addere

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

§. XLVII. Pergamus ad §. *si tamen alienam. 26. de R. D.* ubi de accessione strictè 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 unanims consensus fuisse Jctorum. Ita enim Proculum, ita Servium & Labeonem respondisse Paulus annotat in *l. 26. §. 1. de A. R. D.* ut sc. statuæ pes aut manus, Scypho fundus, lecto fulcrum, navi tabula, ædificio cæmentum cedant, cum jam cum toto coaluisse videntur. Consentit Ulpianus in *l. cum aurum 19. §. 13. de Auro argento mund. leg.* & alio loco scil. in *l. 23. §. 2. de R. V.* ipse Paulus calculum suum 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 argentove cedant, *semper enim inquit cum quærimus quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandæ causa adhibetur, ut accessio cedat principali, cedent igitur gemmæ phialis vel lancibus inclusæ auro argentove. conf. l. 20. eod.* Addit idē Ulpianus in *l. 7. §. 2. ad exhib.* exempla, si phialæ emblemata, vestimento purpura juncta sit, de quo ultimo casu etiam agit Tribonianus *d. §. 26.*

§. XLVIII. Effectus harum decisionum in eo consistit, ut possit dominus rei principalis seu totius rem vindicare etiam a domino partis, seu ejus, cujus res vicem accessorii sustinet, modo huic solvat premium, alioquin enim ipsi obstaret exceptio doli *l. 73. §. 4. de R. V. arg. §. 30. I. de R. D.* Dominus ergo partis seu accessorii totum non potest vindicare, ipsi tamen concessum est, ut possit agere ad separati-

rationem actione ad exhibendum, quæ ideo præparatoria actionis rei vindicationis esse perhibetur, quamdiu enim accessorium ad huc principali rei coheret, extinctum esse videtur, et sic reivindicatio directa cessat. arg. §. 26. eod. cit. l. 23. §. 5. de R. V. l. 6. §. 7. §. 1. & 2. ff. ad exhibend.

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

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

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

te recte vindicari. Ignoravit ne ergo Pomponius Cassij subtilem distinctionem, utrum vero eam tacite rejecit? posterius dicendum videtur, cum idem juris utrobique locum habere asserat. Ergo secundum Pomponium nec in ferruminatione, 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 regula de distinctione inter ferruminationem & applumbaturam, semel formata subsistere possint. Verum novi etiam doctrinas eorum non cohærere cum natura rerum, & alterum sic, alterum aliter hæc utrinque connectere, & tamen ubique connexionem esse, lubricam. Etenim Ulpianum non posse commode intelligi de adplumbatura jam ostendimus §. 49. Et non sine causa videtur, Pomponium tertiam sententiam elegisse, quia ea ob mox dicenda, maxime cum ratione convenit.

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

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

pocu-

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

§. LV. Et ne quid hac in re dissimulemus, valde dura videtur sententia Ulpiani in l. 7. §. 2. ff. *ad exhibendum*, dominum purpuræ alieno vestimento intextæ posse agere ad exhibendum, ut sc. a vestimento separetur. Neque cohæret hæc assertio cum doctrina de specificatione, si enim ex sola purpura tua vestimentum confeci, illud secundum doctrinam Jureconsultorum meum est, tanquam specificantis, quia non potest reduci ad pristinam materiam, cur itaque non idem juris esset, si tantum purpuram tuam ad partem aliquam vestimenti mei adhibuerim, nisi 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 Cajo suo dissenfisse. Etenim Cajo in suis *Institutionibus* l. 2. tit. 1. §. 7. inquit, *Si ex lana vel lino vestimenta fecerit, ejus erunt vestimenta, cajo lana vel linum fuisse probabitur.* Tribonianus vero in verbis ultimis §. 25. exemplum adducit, si quis partim ex sua lana, partim aliena, vestimentum fecerit, quo casu dubitandum non esse inquit, eum esse dominum qui fecerit, cum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit, at vero in adjunctione, non tantum alter partem materiæ præstat, verum partem etiam potio-rem, cur itaque hic concederetur facultas petendi separationem, non ibi? Quicquid demum sit de opinione Triboniani, ex hoc fonte decisio dura est, cum purpura sit res fungibilis, adeoque alteri

pe-

72 CAP. III. DOCTRINÆ QUÆDAM JURIS ROMANI SECUNDUM
perinde esse debeat, utrum eandem purpuram, an vero aliam ejusdem 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 materiae, quam in re communi habet, nihil habeat de quo queratur. Id tamen erit addendum de casu, ubi voluntate unius confusio facta fuerit, & res confusione non meliorata, quod tum æquum sit, confundentem debere præstare alteri verum rei pretium, & solus damnum pati, cum nemo secundum regulam vulgaram possit ex alterius facto prægravari *l. 155. de R. I. c. 22. de R. I. in 6to. 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 diuortium fecisse videtur Imperator, dum ibi negat, communionem inter dominos utriusque materiae non liquidæ, quæ non facile separari potest, dari, ex subtilissima illa ratione, quod singula corpora in sua substantia durent, nec ita alterum alterius substantiam ingrediatur, uti quidem in confusione. At vero hæc ratio diuersitatis physica alterare nequit decisionem in commixtione, est enim frumentum quoque res fungibilis, & licet vel maxime singula corpora in sua substantia durent, sufficit tamen, quod separari semel commixta non possint, cum in jure idem sit, moraliter aliquid esse impossibile, aut difficillime fieri, & plane non fieri. Esto jam, si frumentum meum cum frumento tuo misceatur, singula grana manere in sua substantia, quis cognoscere poterit, quænam sint mea, imo quis tam stultus erit, ut separationem petat, si triticum
(cum)

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

§. LVIII. Quod itaque Tribonianus hac in materia recesserit a Cajo suo, quem alias ubique sequi amat, in causa videtur fuisse, quod sententiam Ulpiani in l. 5. pr. de R. V. & Pauli in l. 23. §. 5. eod. non satis intellexerit, & ita hic combinationem fecerit ridiculam. Quæ enim Paulus in d. l. 23. tradit, quod in his corporibus, quæ ex distantibus corporibus essent, singulæ partes retineant suam propriam speciem ut singuli homines, singulæ oves, & exinde infert posse me gregem vindicare, 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, ceu ex toto titulo communi dividundo apparet, quod peculiarem de hoc iudicio habuerit sententiam, quæ tamen hodie propter formulas sublatas non habet usum. Imo rei vindicatio illa Ulpiani est abusive sic dicta, cum eventum habere nequeat, ut idem hic videatur esse officium iudicis, quod est in communi dividundo, unde & Vinnius in

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

§. LIX. Progredior ad actionem de tigno juncto secundum §. cum in suo solo. 29. ff. de R. Div. ubi compilatione sua inepta ansam dedit Tribonianus, ut interpretes valde desudent de natura hujus actionis exponenda, cum 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. Potissimum vero sollicite inquirent, 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 Ictos, quippe qui non destituti ut plurimum fuerunt principiis veris Iurisprudentiæ, 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

etiam in *ff. tit. de tigno juncto* statim post *tit. de furtis*, collocatus est, quæ collocatio alias esset insipida. Ita Ulpianus tantum mentionem tigni furtivi facit in *l. 1. §. 2. ff. & l. 2. ff. cit. t.* 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 quidē posse dicit, sed non ex *L. XII. Tabul.* his usus verbis: *in hoc solummodo agi potest, ut sola vindicatio, soluta re, competat mulieri, non in duplum ex L. XII. Tabul. neque enim furtivum est. quod sciente domino inclusum 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. Tabul.* tigni furtivi mentio verbis conceptis facta sit. Quamvis vero idem Ictus 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 poenalis, & species quædam actionis furti *l. 2. ff. de tigno juncto.* & dabatur contra eum qui sciens junxerit *l. 1. §. 2. eod.* Ita etiam idem in *l. 23. §. 6. ff. de R. V. Tignum alienum adibus junctum, nec vindicari potest propter L. XII. Tabul. nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum, qui sciens alienum junxit, adibus sed est actio antiqua de tigno juncto in duplum, quæ ex L. XII. Tabul. descendit.*

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

§. LXII. Sed pergamus cum Triboniano ad plantationem & sationem de quibus agitur in §. 31. & 32. l. de A. D. Legislatores hic aliquod discrimen fingere voluere, ita ut consita quidem simpliciter solo cedant, implantata vero non aliter, quam si radices egerint; Et Paulus in l. 26. §. 2. de A. R. D. hanc subtilem affert rationem, quod credible 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 damn. infect. ubi vero semel planta radices in alieno solo egerit, ita commutata est, ut ne eruta quidem ad priorem dominum reuertatur, cit. l. 26. Cujus rei ratio ulterius ex subtili Alfeni philosophandi ratione videtur esse petenda, quod nimirum res quælibet ex particulis minimis consistant, & hæc quotidie ex corpore ipso decedant, aliæque in eorum locum accedant extrinsecus, quæ philosophia etiam fuit Stoicorum, ut ostendit Grot. de I. B. & P. l. 2. c. 9. §. 3. Apparet itaque has rationes decidendi magis subtiles esse, quam practicas. Plantæ enim sunt res fungibiles ad emendum & vendendum destinata, 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 eiusdem generis acceperit. Adeoque si vel maxime arbor dolo ablata, radicesque egerit, poterit pretium affectionis postulari.

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

na-

nanis est, quia per extremas radicum partes alimenta arbor ex alieno solo assumit, quæ tamen assumptio alimenti ratio decidendi est, cur ab aliis statuatur arborem esse communem. Et hæc sententia Pomponii moribus Germanorum ut æquior recepta est, ad maximas difficultates in inquisitione radicum, quæ se non uniformiter extendere solent, tollendas, & ne radices, & ita per has arbores lædantur. Bene itaque dicit Huber. *ad Inst. tit. de R. D. §. 25. Obscura & subterranea hæc indagandi ratio difficulter usu hominum recipitur, vulgoque in partitione fructuum magis ad ramos, quod expeditius, quam ad radices arborum attendi solet.* Videant itaque conciliatores subtiles, qui scuta textuum se indurare gloriantur contra Antinomios, ut verbis utar ejusmodi hominum ambitiosorum, qua ratione antinomiali 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 §. 6. jam diximus, idem in jure haberi, moraliter esse impossibile aut difficillime aliquid fieri, & plane non fieri. Accedit quod & fata sint res fungibiles. Sicut ergo in satis 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 §. 37. 7. *de R. D. Elegans Philosophia.* Ridemus infantes & pueros, quando libellis suis solent inscribere,

N. N. bin ich genant

Zu N. ist mein Vaterland

Das Papier ist mein Acker/

Darauff schreib ich so wacker/

Die Feder ist mein Pflug/

Damit bin ich so klug/

Die Dinte ist mein Saamen/

Damit schreib ich meine ehrlichen Rahmen

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 & vacuitate consistit, postea enim non charta, sed oratio, carmen, obligatio &c. vocatur. Agnovisse videtur Ulpianus hanc inutilem subtilitatem in l. 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, & illa 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 §. 37. in nostris foris usu omni destitui asserunt, est enim charta res fungibilis, in quam non cadit affectio, ergo merito injusta est alterius prætenso, si præcisè chartam vellet vindicare. Aliis tamen adhuc arrident dogmata Justiniani quasi videlicet hæc lex nunquam

quam