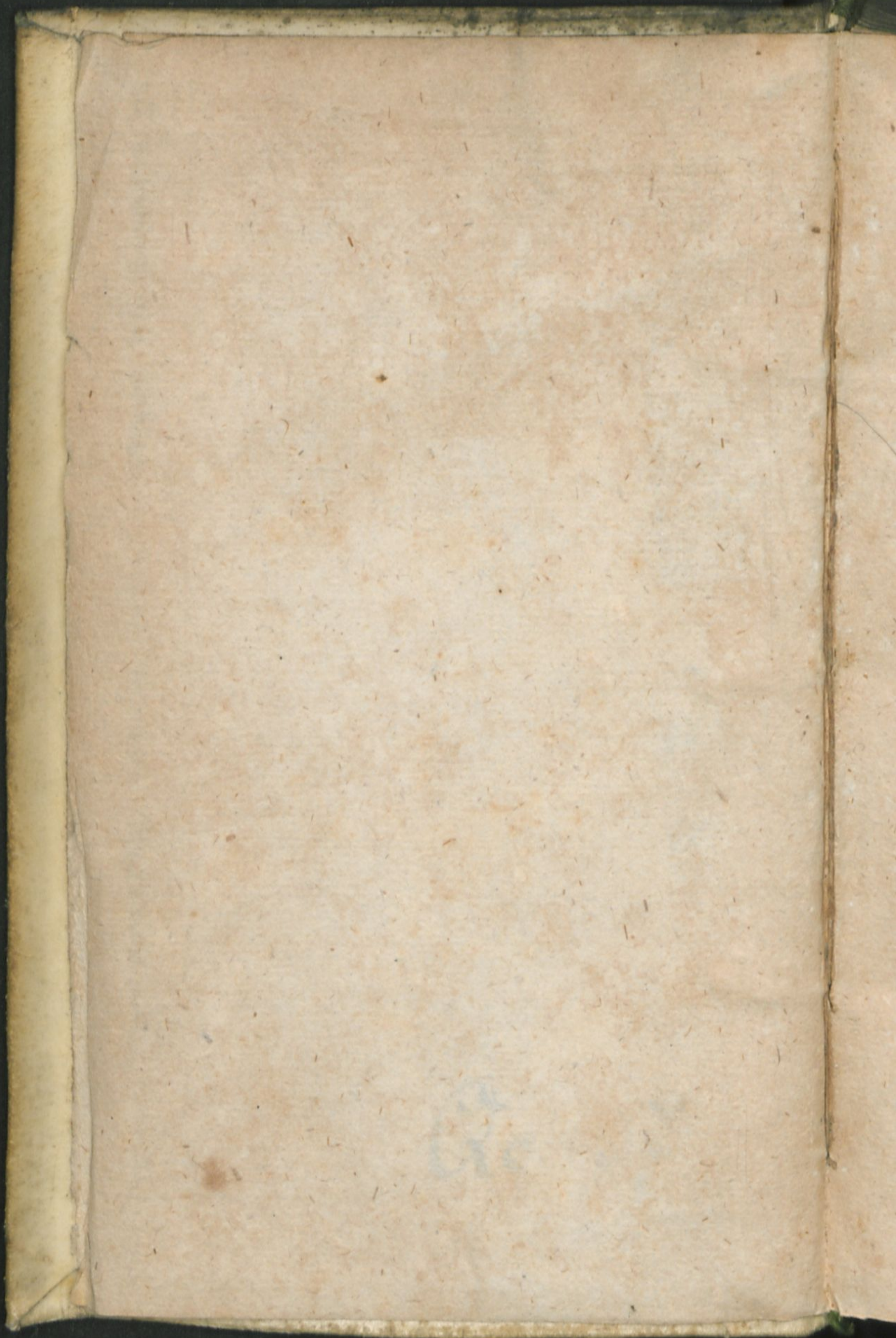
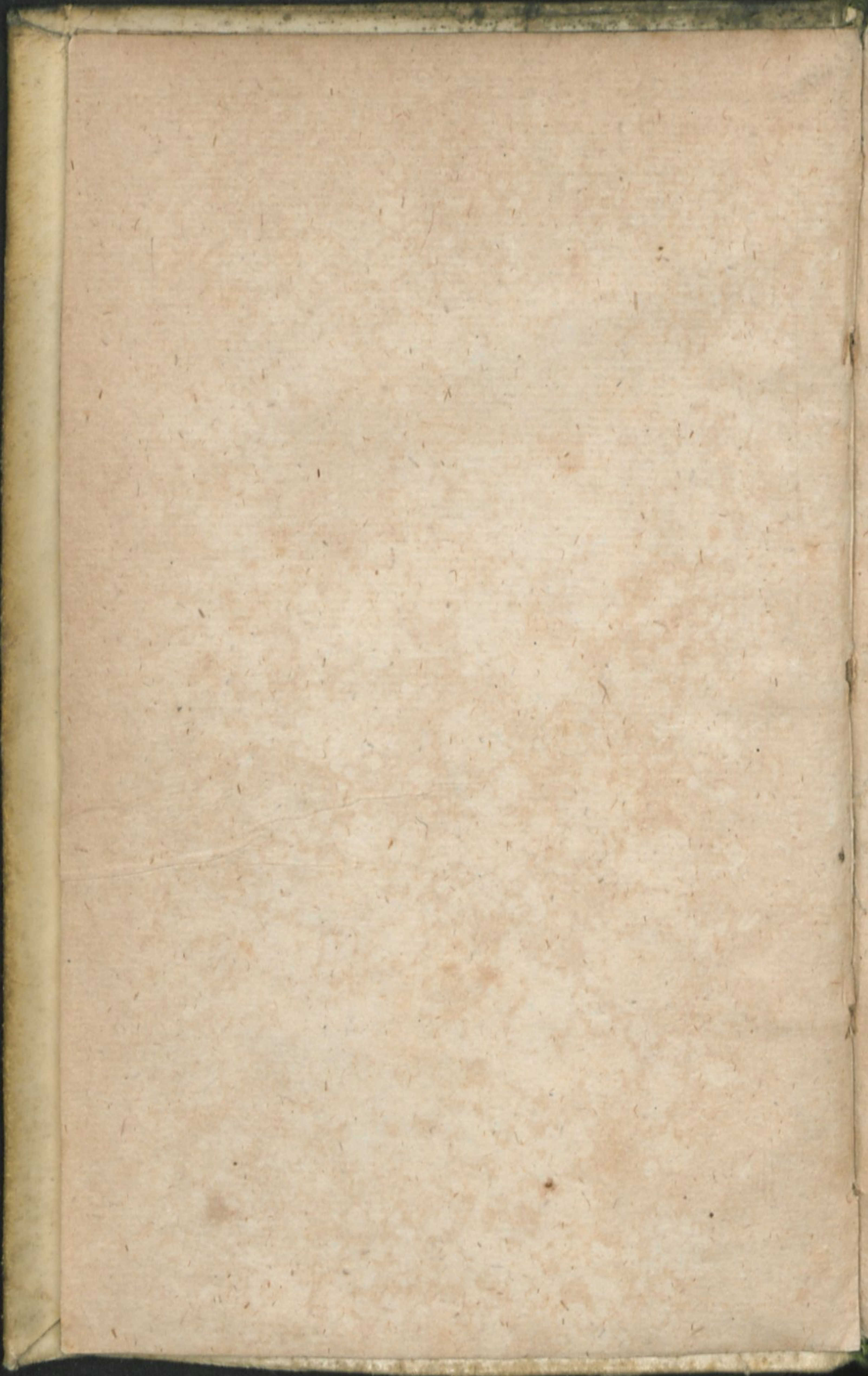
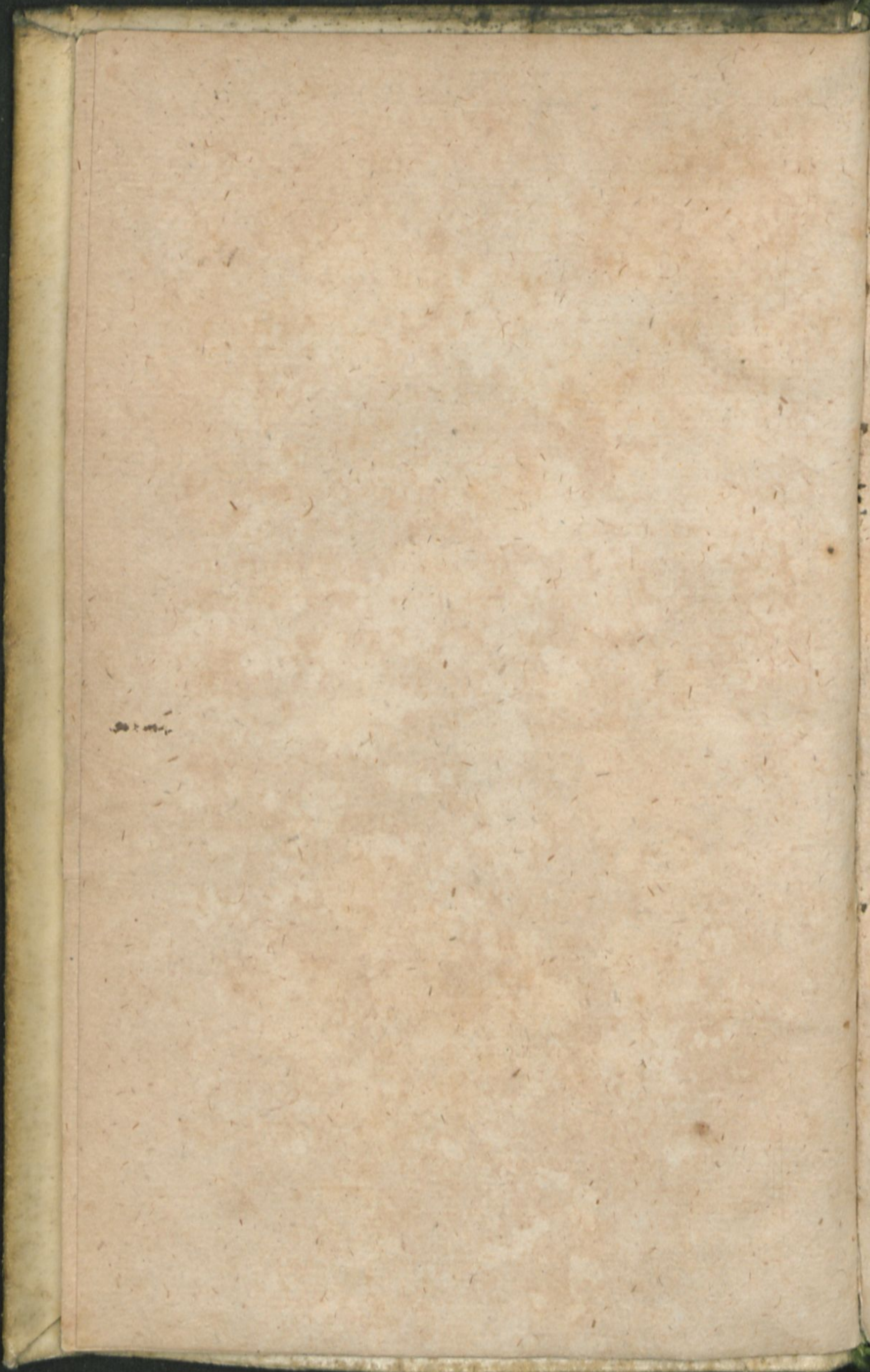


Ac. 37







T

I.

De

II.

A.

a.

II

Ex



D. HIERONIMI TORNIELLI

I. C. Nouariens. clariss.

Tractatus,

SI, QVOD AGO,
NON VALET VT AGO, AN

VALEAT VT VALERE POTEST: ex-
cerptus ex eiusdem commentarijs in §.

Si quis ita l. i. ff. de ver-
bor. obligat.

Nec non

Celebris quaestio: AN ET QUAN-

DO POENALIS STIPVLATIO PRÆCE-
DENTEM NORET; ex eiusdem com-
mentarijs in l. ita stipulatus ff. de
verbor. obligat.

Quibus

*Accessit aureus eiusdem tractatus DE VTILIBVS
ET DIRECT. ACTION.*



FRANCOFVRTI,

Excudebat Ioannes Collitius, impensis Petri Kopsfii.

M. D. XCVII.

AD LECTOREM.

QUÆ quondam ex Italis Lucanus vexerat oris,
Dum Celso Themidem calle secutus erat.
Atq; Patavinis cathedris audita notarat,
Atq; sua pondus iusserat esse via.
Teutonicis illata plagis, prece victus honesta,
Ex pluteis promit lector amice suis.
Inq; bonum commune Typis luciq; recenti
Cognita qua nostris non scitis ante dedit.
Digni equidem tanti authores quos manus & ister
Noscat, & ingenti laude per ora vehat.

HERMANNVS KIRCHNERVS,
Poeta Cæsareus, Professor Mät-
purgensis, F.

ILLVS.



ILLVSTRI AC RE-
VERENDO CAROLO
CICADAE, ALBINGANEN-

si Episcopo designato,

NICOLAUS GALERIUS

S. D.



*VM Hieronymus Torniellus Iu-
risconsultus grauis. superiori-
bus diebus summa cum omnium
admiratione interpretatus esset
Paragraphum Si quis ita, ex
l. i. de verb. oblig. pleraq; ab
eo, quod temporis angustijs vrgeretur, praetermissa
fuisse animaduertisti, quae praecleara & difficilia esse
viderentur, maximeq; ad celebrem illum articulum
pertinerent: Si Actus quemadmodum agitur non
valet, vtrum eum, quem de iure potest effectum sal-
tem sortiatur: quorum desiderio cum non solum te,
sed omnes etiam eius auditores accensos viderem,
hanc mihi apud ipsum Torniellum causam suscipi-
endam, agendamq; esse duxi, non modo vt tibi, cui*

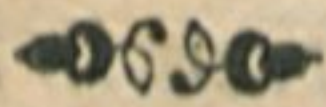
A 2 omnia

omnia debeo, verum ut ceteris quoque iuris studiosis
 prodessem. Itaque ipsum, quem ego semper cum mei a-
 mantissimum, tum tui obseruantissimum, omniumque
 studiosorum iuuenum studiosissimum esse intellexe-
 rant, confestim conueni, ac verecunde quidem (vere-
 bar enim ne grauis ei ac molestus essem) sed tamen ut
 facile cerneret, me id summo studio exoptare, secum,
 ut ea saltem ederet, agere coepi, quae ipse in eo articulo
 tradidisset: fore enim, ut inde omnes maximas ipsi
 gratias essent habituri. Grauate ille primum, quod
 diceret non decere eum, qui esset aliquando in plures
 iuris ciuilis partes iustos commentarios editurus,
 ipsos quasi per frustra secare, ac ita concisos, minusque
 accurate adhuc purgatos foras dare. Sed tamen vel
 aequa postulatio mea cum omnium utilitate coniun-
 cta, vel tui, ceterorumque iusti desiderij commemora-
 tio ita eum permouit, ut se à me vel in hoc exorari
 passus sit, ut eum mihi totum tractatum, uti velim
 emittendum, largiretur, quem ego, ut in commune a-
 liquid conferrem, quamprimum exire volui. At cum
 eum in opusculi formam haud crescere viderem, ali-
 quid, quo decentius in publicum veniret, addendum
 esse putavi. Quamobrem memoria tenens, quam di-
 lucide ipse ac subtiliter, ut omnia, alias me audiente
 obscurissimam illam, atque copiosissimam questionem
 pœnalis stipulationis pertractasset, An precedentem
 nouet, quamque feliciter aureum quendam De utili-
 bus, & direc. act. tractatum perfecisset, precibus con-
 tendere

DEDICATORIA.

S

tendere ab eo cœpi, ut hæc mihi quoq̃, traderet: illęq̃,
 quæ eius humanitas esse solet, libenter concessit. Quæ
 omnia typis cudenda curavi, eaq̃, tibi nuncupare vo-
 lvi, ut vel hoc officii genere animum meum testatio-
 rem apud te relinquerem, quod eo aptius me facere
 arbitratus sum, si hæc tibi inscriberem, qui & iuris
 studiosissimus, & ipsius auctoris frequens auditor e-
 xistis, ac ingenio peracuto graviq̃, iudicio ardua quæ-
 que in iure civili, cuiusmodi hæc sunt, percipis et per-
 tractas. In his enim innumeras prope difficultates mi-
 ro differendi acumine discussas, ac dissolutas, varias-
 que cum veterum, tum recentiorum interpretum o-
 piniones inter se reconciliatas, plurima iuris consulto-
 rum obscura, difficiliaque responsa illustrata, omnia
 deniq̃, quæ ab intimis legum penetralib. profiscun-
 tur, ad summam quandam diluciditatem, æquita-
 temq̃, relata reperies. Hoc igitur à me munuscu-
 lum eo animo accipe, quo tibi offero, nempe
 gratissimo, meque, ut facis, a-
 ma. Vale.



A 3



D. HIERONYMI
TORNIELLI NOVA-
RIENSIS, IVRISCON-
sulti clarissimi, Tra-
ctatus.

Si quod ago, non valet vt ago, an valeat vt
valere potest.

SVMMAE RERV M.

- 1 **Q**uid considerandum, vt dignosci possit, an
id, quod agebatur, valeat, vt agi po-
tuit, quando vt agebatur valere ne-
quisit.
- 2 Clausula vt actus valeat omni meliori modo, su-
stinet actum etiam in forma peccantem.
- 3 Iuramentum habet vim clausula, vt actus vale-
at omni meliori modo.
- 4 An iuramento vel clausula, vt actus valeat o-
mni meliori modo, stipulatio rei, cuius stipu-
lator non erat capax, sustineatur saltem in
aestimatione.
- 5 Quoties ex eo, quod agi potuit, non inducitur
dispositio

dispositio diuersa ab ea, quæ inducebatur ex eo quod agebatur, tunc semper procedit regula affirmatiua, siue in eo, quod agi potuit, sit plus quam in eo, quod agebatur, siue minus.

- 6 Quibus casibus dici possit esse differentia in modo, non in constituendi modo.
- 7 Quoties dispositio, quæ agebatur includit omnes effectus, qui possunt oriri ex dispositione, quæ agi potuit, tunc semper indistincte procedet regula affirmatiua, licet sit diuersitas in modo constituendi.
- 8 Virum dispositio, quæ iure directo non valet, possit iure obliquo valere.
- 9 Intellectus ad l. precibus C. de Imp.
- 10 Quoties præsumitur potius vere id agi, quod potuit, quam aliud, semper valebit vt potuit.
- 11 Materiam, seu substantiam actus, vel dispositionis, potius attendi, quam nomen.
- 12 Quibus casibus procedat regula negatiua.
- 13 Ex diuersis inferri non posse.
- 14 A minori ad maius inferri nequit.
- 15 Diuersitatem in modo constituendi non inducere dispositionem diuersam.
- 16 Ex consensu in vnâ obligationis speciem non posse inferri ad consensum in aliam.
- 17 Ratio cur matrimonium, quod non potest propter ætatem valere, sustineatur in vim sponsalium.

- 18 Ratio cur stipulatio rei, cuius stipulator sit incapax, non valeat saltem in estimatione.
- 19 Obligationem difficultate solutionis non impediri.
- 20 Ratio cur transactio inualida non sustineatur in vim pacti gratuiti.
- 21 Ratio, quare acceptilatio inualida sustineatur in vim pacti de non petendo.
- 22 Intellectus l. an inutilis, ff. de acceptil.
- 23 Regulam affirmatiuam nunquam procedere, vbi apparet disponentem noluisse, vt actus seu dispositio alio modo, quam quo agebatur, valeret.
- 24 Quomodo dignosci possit, quem voluisse facere actum nugatorium, seu elusorium.



le dubitatur, an & quando, si quod ago non valet vt ago, valeat vt valere potest. Qui tractatus est admodum intricatus, & minus perfecte a Docto. declaratus. † Pro cuius resolutione præmittendum est, quod omni casu, quo legitime constabit de voluntate disponentis vt valeat eo modo, quo agi potuit, semper procedet regula affirmatiua, videlicet vt valeat eo modo, quo potest.

potest. Nam si de eo, quod agi potuit, ad-
est potestas & voluntas, utique de eo di-
cetur esse dispositio efficax. Vbi vero
non constabit legitime de volūtate dis-
ponentis, quod valeat id quod agitur eo
modo quo agi potuit, semper procedet
regula negatiua, videlicet vt si non va-
let eo modo quo agitur, nec eo modo
quo agi potuit. Nam hoc casu nullo
modo potest esse dispositio efficax de eo
quod agi potuit, si non apparet legitime
de voluntate disponētis, quoniam sem-
per diceretur esse defectus voluntatis, si-
ne qua non potest esse materia illius dis-
positionis, quæ agi potuit. Hinc vide-
mus, quod omnia iura, quæ loquuntur
in hac materia, semper considerant, an
sit ista voluntas, & animus disponentis
circa id, quod agi potuit, vt si sit ista vo-
luntas, valeat, aliàs non valeat eo modo
quo agi potuit, *l. 1. §. eum qui. ff. de const. pecul. l.
an inutilis. infr. de accep. l. si vnus. §. acceptila. ff. de
pac. l. 1. ff. de iu. codicil. l. fin. §. illud. C. de codicil. l.
cum quis decedens. §. Seio. ff. de leg. 3. & in pluribus
alijs legibus infra allegandis. Et hoc se-
quitur, quod resolutio huius tractatus*

A § tota

tota cōsistit in declaratione seu discussi-
 one casuum, in quibus legitime poterit
 apparere de voluntate disponentis, vt
 valeat eo modo quo agi potuit, & casu-
 um in quibus non poterit apparere, quia
 in primo casu procedit regula affirma-
 tiua, in alio procedit regula negatiua.
 Hoc sic premissis, circa regulam affirma-
 tiuā constituo ibi aliquas cōclusiones,
 quæ iudicio meo sunt veræ, & indubita-
 tæ, in quibus actus, qui nō valet eo mo-
 do quo agitur, valebit eo modo quo agi
 potuit, & cōstabit legitime de mēte dis-
 ponētis, quod valeat eo modo quo agi
 potuit. Prima cōclusio est, quod semper
 valebit eo modo quo agi potuit, quotiēs
 vel per verba specialia, vel generalia in-
 telligitur dispositum, vt de eo, quod age-
 batur, inducatur illa dispositio, quæ agi
 potuit. Ista conclusio non potest habere
 dubitationem, quoniā in casu huius cō-
 clusionis cōstat manifeste de voluntate
 disponentis, quod valeat eo modo quo a-
 gi potuit. Quā etiā conclusionem firmāt
 Bart. & alii omnes hic in primo mem-
 bro suæ distinctionis.

Exem-

Exemplificatur ista conclusio in clausula codicillari adiecta in testamentis. *l. 1. ff. de iur. codicil. §. illud C. de Codicil.* Et in illa clausula, quod actus valeat omni meliori modo. † Hæc enim clausula sustinet actum, qui etiam peccaret in forma, *vt per Deci. con. 14.* Exemplificatur etiam quando esset appositum iuramentum. † Nam iuramentum habet vim clausulæ, *vt actus valeat omni meliori modo quo potest. l. cum pater. §. filius matrem. ff. de leg. 2. secundo.*

Nec contra hanc conclusionem obstat *tex. in c. 1. de postulation. prelati. in sexto*, de quo opponit *Ias. hic*, nam quicquid ipse dicat, optime procedit solutio *Gemini. in d. c. 1.* videlicet, quod ideo in casu illius *tex.* neutro modo valet id, quod agitur, quia defectus est in forma. Nam in casu *d. c. 1.* erat defectus in vtraque dispositione, quia nec electio, nec postulatio poterat fieri sub dicta forma. Id autem quod dicit *Ias.* videlicet quod per dictam clausulam Codicillarem sustineatur testamentum in vim codicillorum, non obstante, quod sit defectus in forma;

ma; Ideo procedit, quia defectus est solum in dispositione testamenti, quod principaliter agitur, non autem in dispositione codicillorum, quæ agi poterat. Ex hac conclusione inferunt Doct. quod si in casu tex. nostri interrogans dixisset, promittis per stipulationē, vel alio meliori modo, valeret semper conuentio, quamuis respōsio esset facta nutu. Constat enim de voluntate ipsius interrogantis etiam circa obligationes ex consensu, & dispositionem pacti, *vt hic per Rip. n. 25. pro quo allegat notata per Soci. consil. 66. col. 2. in tertio & per Deci. in d. consil. 14.* Inferunt etiam quod semper stipulatio, quæ non potest valere in vim stipulationis, sustineretur in vim pacti, quando interuenisset iuramentum, *vt concludunt communiter Doct. post Bar. hic, ver. sed quid si super tali stipulatione.* Iuxta tamen prædictam conclusionem sunt aliquæ dubitationes. Prima est † an per dictam clausulam, *omni meliori modo, &c.* & propter iuramentum stipulatio, quæ non potest valere in re promissa propter incapacitatem stipulatoris, sustineatur in æstimatione ipsius rei, de qua

agi

agi potuit, ita quod propter dictam clausulam, seu propter iuramentum cesset dispositio, *l. multum interest infra eo.* Ego credo quod non, ex quo licet dicta clausula & iuramentum operetur, ut id quod agitur, possit sustineri per alium modum, non tamen operatur circa aliud, de quo dispositum non fuit, *l. fin. C. de non nume. pec. l. fin. supra, qui satisda. cog. Bar. in l. si quis pro eo. col. si infra de fideiussoribus.* Et propterea in casu questionis nostrae stipulatio non poterit sustineri in æstimatione, quia æstimatio in proposito dicetur diuersa res ab illa re promissa, & propter dictam clausulam & iuramentum non debet extendi stipulatio ad aliam rem, *l. si vnus. §. ante omnia. ff. de pac.* Accedit quia in casu huius conclusionis non videtur tractari, an per dictam clausulam & per iuramentum sustineatur id, quod agitur, sed an dispositio possit valere in eo, quod est omnino diuersum ab illo, de quo agitur. Et propterea etiam dico, quod per dictam clausulam seu iuramentum non posset fieri, quod valeat uti agi potuit, id quod non potest valere uti agebatur, vbi de eo, quod agi potuit,

tuit, esset aliquid plusquam in eo, quod agebatur. *Arg. d. l. fin. C. de non num. pec & per ea quæ dicemus infra. in 3. conclusione.* Alia est dubitatio, an propter iuramentum transactio, quæ non potest valere vti transactio, valeat in vim pacti gratuiti, de qua tractant Doct. ordinarie in *l. si causa cognita C. de transactio.* Et circa eam sunt opiniones. Nam Bartol. & magis communiter alij concludunt valere in vim pacti, vt attestatur Ias. in *dicta lege si causa cognita.* Bal. tamen & plerique alij tenuerunt oppositum. Ego in præsentiarum non discutio præsentem dubitationem, sed remitto me ad ea quæ per alios dicuntur, in *dicta lege si causa cognita.* Secunda conclusio est † Quod quotiens per id, quod agi potuit, non inducimus dispositionem diuersam ab illa, quæ agebatur, ex quo id quod agi potuit inducitur, & causatur ex illa dispositione, quæ agitur, semper valebit eo modo, quo agi potest, & dicitur constare legitime de voluntate disponentis, vt valeat eo modo quo agi potuit. Ratio huius cōclusionis est euidentis, quia cum adsit legitimus consensus cir-

ca con-

ea constituendum ipsam dispositionem quæ agitur, utique constat, quod etiã ad- sit cõsensus circa omnes effectus natura- les, qui possunt ab ipsa dispositione cau- sari. *l. si duo ff. de acqui. here.* Vnde semper con- stabit adesse consensum circa id quod a- gi potuit; quod illud est de effectu, qui causatur & inducitur ex illa dispositio- ne, quæ agitur.

Hanc conclusionem præsupponunt Barto. & cõmuniter alij, dũ concludũt, quod semper procedit regula affirmati- ua, ut valeat eo modo, quo agi potuit, quãdo inter id quod agebatur, & id quod agi potuit, est solum differentia in com- modo, non in constituendi modo.

† Nam tunc dicitur esse differentia so- lum in commodo, non in constituendi modo, quando illud, quod agi potuit, potest valere absque eo, quod induca- mus aliam dispositionem diuersam ab illa quæ agebatur, verum potest induci & causari ex illa met dispositione, quæ agebatur. Nam non potest dici diffe- rentia in modo constituendi, cum vtrunq; constituatur ex eadem disposi- tione;

tione; solum dicetur differentia in modo
 constituendi, quādo id, quod agi po-
 tuit, non potest valere, nisi inducendo a-
 liam dispositionem diuersam ab illa, quę
 agebatur, ex quo dum constituitur non
 per illam dispositionem, sed per aliam,
 dicetur differentia in modo consti-
 tuendi. In terminis huius conclusionis pro-
 cedit decisio tex. in *l. si tam angusti*, ff. de seruitut.
 & in *l. via*, ff. de seruitut. rustico. pradio. nam illa
 commoditas itineris, vel actus, quę solū
 potuit acquiri propter angustiam loci,
 inducitur & causatur ex illamet disposi-
 tione concessionis vię, quę agebatur,
 non autem per aliam diuersam, quini-
 mo dicetur esse seruitus vię, de qua age-
 batur, non autem alia seruitus, quamuis
 contineat solūm commoditatem itine-
 ris, vel actus. quod etiam pręsupponit
 Bar. hic cum dixit, quod in casu dictarum
 legum non est differentia in modo con-
 stituendi, sed solum in commodo. Hoc
 idem pręsupposuerunt Comen. & Iason
 dum dicunt, quod *in d. legib.* iter vel actus
 continetur sub seruitute vię, & hoc ali-
 ter esse non potest, nisi dum accipitur
 pro

pro seruitute itineris, vel actus, non esset seruitus viæ, sed seruitus diuersa, *l. 1. ff. de seruit. rustico. prædio. l. 1. ff. de adimen. lega.* Hoc etiam præsupponit *tex. in d. l. si tam angusti*, in his verbis: *Iter magis quam via aut actus acquisitus videbitur.* Nec obstat *tex. in d. l. via*, in his verbis: *alioquin iter erit non via* quia *in d. l. illud* nomen itineris, vel viæ, non accipitur pro seruitute itineris vel viæ, sed pro ipso loco aptato ad iter vel viam, vt patet ex illis verbis: *Via constitui vel latior octo pedibus, vel angustior potest, &c. & dicitur in l. 4. §. Cato. infra eo.* Et aduertendum est, quod licet *las. post Comen.* dicat, quod ista conclusio non probatur *in d. l. si tam angustia & in d. l. via*, quia si valuit in ea commoditate, de qua agi potuit, illud est quia id quod agi potuit, continetur in eo, quod agebatur, ex quo seruitus viæ, de qua agebatur, quæ est amplior, continet seruitutem itineris vel actus, quæ est minor. Attamen ista solutio pertinet solum ad limitandum præfatam conclusionem ad casum, quando illud commodum, de quo agi potuit, sit minus eo, de quo agebatur. Quæ tamen limitatio non est vera, quia vt sta-

B tim

tim dicetur, præsens conclusio procedit, quamuis in eo quod agi potuit, sit plus quam in eo quod agebat. Et quamuis I. mo. & Ale. in l. qui Romæ §. duo fra. in eo quos etiã hic refert Ias. dicãt, quod in d. l. si tam angustis, & d. l. via ageretur solũ de seruitute itineris, nõ autem de seruitute viæ, ex quo fuit demonstrata latitudo loci ad oculum corporis, vel ad oculum intellectus, & videtur actum de eo, quod fuit demonstratum per oculũ magis quam de eo, quod denotatur per ipsum nomen viæ, quod fuit expressum. Arg. eo. quæ notantur per glo. in l. quæ extrinsecus. infra eo. tamen istud nullo modo potest procedere, tum quia dicta iura procedũt quamuis expresse dictum esset quod concedebatur ius eundi, agendi & uehiculũ ducendi, quo casu negari non potest quin esset actum de concessione viæ, & quia sola demonstratio situs uel latitudinis loci non significat aliquam seruitutem, sed illa solum significari potest per illud nomen viæ, quod fuit expressum. Vnde ad cognoscendum speciem seruitutis de qua agitur, necesse est, quod atten-

attendamus nomen expressum, non autem attendamus demonstrationem loci. Id autē quod dicit glo. in d. l. quæ extrins. procedit quando res de qua agitur sine expressione nominis potest per solam demonstrationem ad oculum denotari. Ista conclusio procedit non tantum in casu, quo in eo quod agi potuit, sit minus, quam in eo, quod agebatur, sed etiam quando in eo, quod agi potuit, sit plus, quam in eo quod agebatur, quoniam per illud, quod fuit additum, uel ad limitandum, uel restringendum id quod agi potuit, nō videtur sublatus cōsensus circa illud, quod agi potuit, præterquam in casu quo propter illud, quod fuit adiectum, colligitur, quod disponens habuit animum irritandi dispositionem quæ agebatur, & ut dixi, in terminis huius conclusionis procedit & loquitur tex. in d. l. si tam angusti, & in d. l. via. loquitur etiam text. in l. sancimus C. de donatio. procedit etiam quod annotant Doct. in leg. Stipulatio ista. §. alteri, infra eodum volunt, quod illa stipulatio facta alteri quæ non potest valere quo

ad effectum vtriusq; obligationis, ciuilibis videlicet & naturalis, prout agebatur, valeat tamen quo ad effectum naturalis, vti agi potuit. Et procedit tex. *in l. 1. infr. de nouat.* & quod ibi notat Bart. de promissione facta à pupillo sine Tutoris auctoritate per stipulationem quæ valet vt potest, videlicet quo ad naturalem obligationem. Procedit etiam quod deciditur *in lege si stipuler. §. final. & in l. si quis stipulatus §. Grijogonus infra eo. & in lege certi condictio. §. quoniam ff. si certa petantur*, de illa stipulatione quæ interponitur super aliquo contractu, vt tamen valeat contractus ille, licet non valeat stipulatio. Non etiam in casu isto inducitur dispositio diuersa ab illa, quæ agebatur. Quoniam vtrunq; agebatur, stipulatio videlicet, & contractus. Procedit etiam illa conclusio, quod acceptilatio inutilis valet in vim pacti de non petendo. *lege si vnus §. si acceptilatio ff. de pactis. lege si acceptilatum, lege an inutilis. infr. de acceptilation. secundum verum intellectum, quem infra declarabo.* Nam quia in acceptilatione semper includitur pactum de non petendo, dummodo sit consensus

fus circa acceptilationem, vt præsupponunt prædicta iura, propter id quod valeat in vim pacti prout agi potuit, non inducimus nouam & diuersam dispositionem. Procedit etiam decisio, *lege multum interest infra eo.* videlicet vt illa obligatio ex stipulatione, quæ non potest dissolui per solutionem rei promissæ propter incapacitatem promissoris, possit dissolui propter solutionem æstimationis. Nam per hoc non inducimus dispositionem diuersam ab ea, quæ agebatur: de quo tamen tex. *in dicta lege multum*, quia indiget aliqua declaratione, aliqua infra dicemus. Et prædicta loquuntur, & procedunt, quando in eo quod agi potuit, est minus quam sit in eo quod agebatur. Sunt modo alia iura, quæ loquuntur, & procedunt etiam in casu, in quo sit plus in eo, quod agi potuit, quam in eo, quod agebatur. In quo casu loquitur textus *in lege prima, §. item si ex fundo, & in lege hereditas ex die, ff. de hered. institu.* Patet enim in casu *d. l. quod plus est in eo, quod agi potuit quam in eo quod age-*

B 3 batur.

batur. Et tamen procedit regula affirmatiua, cum ex eo quod agi potuit, non inducimus dispositionem diuersam ab ea, quæ agebatur. Illa enim institutio de tota hæreditate & de perpetuo tempore, quæ agi potuit, est eadem cum illa institutione, quæ fuit limitata ad certas res, vel ad certum tempus, quæ agebatur. Ut vult tex. *in d. §. Item si ex fundo*, in his verbis: *Valet institutio detracta fundi mentione*. Nam in vtraq; institutione siue limitata, ad certas res, siue simpliciter facta, principaliter disponitur de eadem successione personæ illius defuncti, res uero particulares veniunt secundario, & in consequentiam in ipsa institutione. *l. 1. §. Scauola. infra si quis omissa causa testam. l. legatum est. ff. de leg. secundo*. Et diximus alias *in rub. & l. 1. ff. de leg. 1.* Loquitur etiam & procedit in his terminis *c. Diaconus 28. distinct.* agebatur enim in tex. illo, quod si sacer ordo susciperetur absq; eo quod suscipiens obligetur ad continentiam, & eo modo non potest valere, valet vt agi potuit, videlicet cum dicta obligatione ad continentiam.

Et

Et sic licet sit plus in eo, quod agi potuit, quam in eo, quod agebatur: tamen quia non inducitur per id, quod agi potest, dispositio diuersa, ab ea, quæ agebatur, valet eo modo quo agi potuit. Procedit etiam decisio *tex. in c. cum M. de constitut.* Agebatur enim electio Canonici ea lege, ne Capitulum teneretur prouidere illi de præbenda. Non valet eo modo, quo agitur, valebit eo modo quo agi potuit, videlicet cum dicta obligatione, quod Capitulum teneatur illi prouidere de præbenda, quamuis sit plus in isto, quod agi potuit. Et ratio est, quia illud quod agi potuit, inducitur, & causatur ex eadē dispositione quæ agebatur. Non autem ex alia diuersa. Procedit etiam decisio *tex. in lege libertas ad tempus, & l. ideo supra de manum. decisio testa.*

Ita conclusio procedit nulla habita distinctione, an agatur de obligatione contrahenda, an de dissoluenda, & nulla habita distinctione, an sit defectus in materia, an in forma, an in causa efficiente, vt patet ex prædictis, quod etiam

B 4 vide-

videtur esse de mente Bart. hic, dum in casu, quo sit solum differentia in comodo, non autem in modo constituendi, concludit, generaliter & indistincte valere eo modo quo agi potuit. Solum limitatur, vt non procedat, quando apparebit legitime de voluntate disponentis, quod non valeat eo modo quo agi potuit: quia tunc procedet regula negativa, vt infra dicetur.

- 7 Tertia conclusio est † quod licet id quod agi potuit, inducatur & causetur ex alia dispositione diuersa ab ea quæ agebatur, & sic sit diuersitas in modo constituendi inter id quod agitur, & id quod agi potuit, si tamen illa dispositio, quæ agitur, includit omnes effectus, qui possunt causari ex illa dispositione, quæ agi potuit, semper procedit regula affirmatiua: Vt valeat eo modo quo agi potuit. Et legitime constabit de voluntate disponentis circa illam dispositionem quæ agi potuit. Ratio huius conclusionis est, euidentis, quia cum ex illa dispositione quæ agebatur, constet esse consensum circa omnes effectus, qui causari pos-

possunt ex illa dispositione, quæ agi potuit, inferitur in necessariam consequentiam, quod sit consensus circa eandem dispositionem. Quemadmodum ex eo, quod quis vult cōsequēs, inferitur, quod etiam velit necessarium antecedens. *l. 2. ff. de iurisdic. om. Iudi. l. nec is. l. illud. ff. de acqui. hered.* Et quemadmodum qui vult vnum videtur etiam velle ea, per quæ ad id peruenitur. *l. oratio ff. de sponsali. l. ad legatum l. ad rem mobilem, ff. de procurator.*

Ista conclusio nequit pertinere ad casum, quando sumus in dependentibus ex voluntate vnius, & agitur de totali dispositione, quia hoc casu dispositio, quæ agitur, non potest includere omnes effectus illi⁹ dispositionis, quæ agi potuit. Et idcirco procedet regula negatiua, vt infra dicetur in conclusionibus regulæ negatiuæ. Nec etiam potest pertinere ad casum, quando sumus in his, quæ pendent ex voluntate vnius, & agitur de particulari dispositione ipsius testamenti, vbi illa dispositio, quæ agi potest, tendit ad alium finem & effectum, ad quem non tendit illa, quæ agebatur: aut illa

B § dispositio,

dispositio, quæ agi potuit continet plus quam illa, quæ agebatur; ex quo in casu isto non potest dici, quod dispositio illa, quæ agitur, includat effectus omnes, quos continet illa dispositio, quæ agi potuit, sed quod contineat minores effectus seu diuersos.

Quinimo procederet in casu isto regula negatiua, vt infra dicetur in conclusionibus regulæ negatiuæ. Exemplum est in casu. *l. si seruus legatus. §. si seruus alienus. ff. de leg. 1.* & est exemplum in his casibus in quibus directa substitutio, quæ non potest valere iure directo, non trahitur ad intellectum fideicommissariæ. *vt in l. verbis ciuilibus. in l. in pupillari. ff. de vulg. & in pluribus alijs casibus, de quibus infra dicetur.*

Nec etiam potest ista conclusio pertinere ad casum quando sumus in his, quæ pendent ex voluntate duorum. Quoniam vbi id quod agi potest non potest induci ex illa dispositione, quæ agitur, sed ex alia diuersa dispositione; nunquam illa dispositio, quæ agitur, poterit includere effectus alterius, quæ
agi

agi potuit : quia si est diuersa dispositio, erit etiam diuersa & separata species obligationis. Sed in casu isto semper procedet regula negatiua, vt infra dicitur. Solum igitur potest exemplificari in aliqua particulari dispositione vltimæ voluntatis facta per verba directæ, de qua quæstio fit. † An ex eo, & quia non potest valere iure directo, vt agebatur, valeat in vim fideicommissariæ, de qua agi potuit. Nam semper valebit, dum modo illa directæ, quæ agebatur, includat omnes effectus illius fideicommissariæ, & illa fideicommissaria, quæ agi potuit, tendat ad eundem finem, ad quem tendit illa directæ, quæ agebatur. In quibus terminis loquitur tex. in l. filiusfamilias. §. vt quis heredem. ff. de leg. 1. in l. ex facto. in princi. ff. ad Trebell. in l. cum quis decedens. §. scio. ff. de leg. 3. Nam omnes effectus illius fideicommissariæ, quæ agi potuit in casu dictarum legum, includuntur in illa directæ, quæ agebatur, si valuisset iure directo. Hæres. n. directus, penes quem sunt omnia iura hæreditatis, dicitur
 etiam

etiam habere omnia iura dictæ hæreditatis, quæ possunt transire in fideicommissarium, mediante restitutione hæreditatis. Et in terminis huius conclusionis loquitur & procedit decisio tex. in *l. Sceuola ff. ad Trebel.* Nam illa fideicommissaria, de qua agi potuit in casu d. l. expirat adueniente pubertate, & per illam succeditur pupillo, prout illa directæ pupillaris, quæ agebatur, ut dicit Bart. in d. l. *Sceuola*, & est casus in *l. si fundus per fideicommissum §. si. & l. seq. ff. de leg. 1.* Et ideo illa pupillaris directæ, quæ agebatur, comprehendit omnes effectus illius fideicommissariæ, quæ agi potuit. Procedit etiam & loquitur in terminis huius conclusionis decisio. *l. 9. precibus C. de impuber.* † Nam omnes effectus illius fideicommissariæ, quæ agi potuit, includuntur in illa directæ militari, quæ agebatur. Verus. n. intellectus illius legis est, quod ille testator tēpore testamenti erat miles, & fecerat illam substitutionem directam filio suo post pubertatem etiam pro directæ militari, quæ tamen non potuit valere iure directo, ex quo post testamentum non decessit in militia

dicto

militia nec infra annum missionis. §. *sed*
hactenus, institu. de test. mil. Et ideo trahitur ad
 fideicommissariam, vt latius declaratū
 fuit in *l. Cēturio. ff. de vulg.* In his terminis pro-
 cedunt & loquuntur illa iura, in quibus
 dicitur, quod libertas directā, quæ non
 potest valere in vim directæ libertatis,
 quæ agebatur, valeat in vim libertatis fi-
 deicommissariæ, vt in *l. cogi. §. sed si seruo*
ff. ad Trebel. in l. generaliter. §. si seruo pignorato.
supra de fideic. libertat. Nam loquuntur in ca-
 su, quando fideicōmissaria libertas ten-
 dit ad eundem finem & effectum, ad
 quem tendit directā, id est, ad grauamen
 & præiudicium eius, ad quem tendit di-
 rectā libertas. Est verum, quod fauore li-
 bertatis inductum fuit, vt non obstante
 quod fideicommissaria libertas inferat
 maius præiudicium illi hæredi grauato,
 quam fuisset illatum per directam liber-
 tatem, attamen si non potest valere iu-
 re directæ libertatis, prout agebatur, va-
 leat in vim fideic. prout agi potuit, vt est
 casus. *in d. §. si seruo pignorato.* Cum tamen,
 circumscripto dicto fauore libertatis, a-
 liud esset, quia nunquam valeret dispo-
 sitio

sitio, quæ agi potuit, quãdo in ea plus est
 quã in illa, quæ agebatur, vt infra dicetur
 in cõclusionib. regulę negatiuæ. Ista etiã
 cõclusio potest exēplificari, quãdo per il-
 lã dispositionē, quæ agi potuit, perueni-
 retur ad illã, quę agebatur. Nã clarum est
 quod dispositio quę agitur, includit effe-
 ctus omnes illius dispositionis, quæ agi
 potuit. Cũ per istã preueniatur ad illam,
 quæ agitur. Et ideo in casu isto procedit
 regula affirmatiua, vt est casus *in c. 1. de de-
 sponsat. impub. in 6.* & ratio est, quia ex eo quod
 agitur legitime constabit de cõsensu di-
 sponētis circa dispositionē, quę agi potu-
 it, ex quo per illã peruenitur ad id, quod
 agebatur. *d. l. oratio, & d. l. ad rem mobilē.* Quar-
 ta & vltima est conclusio, quod semper
 valet dispositio, quæ agi potuit, quando
 præsumitur quod vere agatur illud quod
 agi potuit, magis quã aliud. † Quæ con-
 10 conclusio nõ potest habere difficultatē, quia
 in casu isto apparebit esse cõsensum cir-
 ca id, quod agi potuit. Casus autē huius
 conclusionis solet euenire duob. modis.
 Primus est, quãdo id quod agitur, potest
 intelligi vel eo modo, quo agi potuit, vel
 alio

alio modo, quo agi, nec valere potest. Nam lex interpretatur quod agatur eo modo, quo agi potuit, non alio modo, *l. quotiens in stipulationibus. infra. eo. l. quotiens. ff. de reb. dub.* Et in his terminis procedit illa decisio gl. communiter approbata in *l. iurisgentium. §. igitur nuda, ff. de pac. de illa conventionione, quæ fit inter absentes per nuntium vel epistolam. Lex. n. eo in casu interpretatur non agi inter contrahentes de stipulatione, & obligatione verborum, quæ agi non potuit, sed de pacto & obligatione ex consensu, de quo agi potuit. Procedit etiam illa deci. Bal. in rub. C. de const. pec. videlicet quod partes intelligantur velle pacisci, & contrahere obligationem ex consensu, quando in interrogatione actum esset quod responderetur die sequenti.*

Nā cum non possit agi stipulatio propter separationē responsionis ab interrogatione, *l. continuus, in prin. infra. eo. & dictum fuit supra in §. precedenti.* interpretatur lex quod voluerint pacisci. Alius modus est quando interuenit solum materia

materia illius actus, qui agi potuit, non autem eius, cuius nomen sit expressum.

II † Nam lex explicatur quod agatur ille contractus, cuius materia interuenit, non autem contractus, cuius nomen fuit expressum. In his terminis procedit deci. l. *insulā ff. de prescri. ver. & l. si vno ff. loc. procedit etiā decisio glo. Bar. & aliorū in l. haftenus. §. 1. ff. de const. pecu. de eo qui scienter constituit pecuniam indebitam.*

Nam quia in casu illo interuenit solum materia donationis non autem cōstituti, legē interpretamur quod in veritate agatur donatio, nō autē constitutū cuius nomen fuit expressum, sed quod simulatur constitutum. In his quatuor conclusionibus, vt videtis, procedit regula affirmatiua, vt valeat eo modo quo agi potuit, & semper cōstabit legitime de voluntate disponentis circa id quod agi potuit. Prædictæ tamen omnes conclusiones procedunt ita demum, si non sit defectus in eo quod agi potuit. Nam si etiam sit defectus in eo quod agi potuit, non valeret, quia nec etiam censeretur posse agi. Et in his terminis loquitur tex.

in c. 1. de postul. prelati. in sexto. & tex. in §. nostro,
ut supra declaratum fuit circa tertiam decisi-
onem textus.

Quantum autem ad regulam negati-
 uam, quod non valeat uti agi potest, &
 non potest valere prout agitur; consti-
 tuo duas conclusiones, quæ iudicio meo
 sunt veræ. † Prima est, quod non valet id 12
 quod agi potest, quando non potest va-
 lere, nisi per aliam dispositionem diuer-
 sam ab ea, quæ agebatur, & quæ inducat
 quid diuersum vel maius illo, quod fuis-
 set inductum ex ea dispositione, quæ a-
 gitur.

Hæc conclusio probatur concluden-
 tiratione. Quia cum dispositio, quæ agi
 potest, inducat effectum diuersum ab il-
 lo, qui inducitur ex dispositione, quæ a-
 gitur, nullo modo ex consensu circa dis-
 positionem, quæ agitur, poterit inferri
 consensus circa eam, quæ agi potuit,
 † quia ex diuersis non fit illatio *l. Papinia-* 13
nus exuli ff. de minoribus l. si. ff. de calumniat. l. na-
turaliter. §. nihil commune, supra de acquir. poss.
 Idem etiam si inducitur aliquid plus,
 quia ex eo quod agitur, quod est mi-

C nus,

nus, nō potest inferri ad aliud maius, agi
 14 quod potuit. Nō enim potest inferri id,
 quod est plus eo quod est minus, sed so-
 lum è contra. *l. in eo quod plus. infra, de reg. iur.*
& in c. plus semper, de reg. iur. in. 6. l. diem. §. si
plures ff. de arbi. & 24. quest. 4. c. si quis dederit.
 Vnde cum non appareat legitime de
 voluntate disponentis, non poterit in-
 duci dispositio efficax de eo, quod agi
 potuit, sed potius in casu isto procedet il-
 la contraria regula, videlicet quod potui
 nolui, quod volui, adimplere nequui,
 de qua habetur *in l. multum C. si quis alteri,*
vel sibi. Et in c. cum semper Abbatia. de offi. de
leg.

Ex hac conclusione generali com-
 probantur quam plures conclusiones
 speciales, quæ loquuntur & procedunt
 in terminis huius conclusionis. Nam
 primo iustificatur illa conclusio Bar. hic,
 videlicet quod vbi agitur de totali dis-
 15 positione in his, quæ pendent ex volun-
 tate vnius, si non valet, vti agitur, nec
 etiam eo modo, quo agi potest. Quæ
 conclusio probatur per tex. quem alle-
 gat

gat Bar. in l. non codicillum. C. de test. Nam dum in illo tex. dicitur, ex eo, quod apparet, quem voluisse facere testamen. non posse inferri, quod voluerit facere codicillos casu quo testam. non valeret, sequitur etiam eius voluntatem non esse, quod legata & fideicommissa debeantur ex causa intestati, casu quo testamen. sit inualidū, ita quod decisio d. l. nō pertinet ad denotandum quod non valeat instituto exhæredato, vt arbitrantur Ias. & Ruin. hic, sed ad denotandum, quod nec vlla alia dispositio valeat, vti ex causa intestati, quod etiam clarius deciditur. in l. i. ff. de iur. codicil. & in l. si. §. illud. C. de codicil.

Probatum etiam ex prædictis, quia cū dispositio codicillorum, quæ agi potuit, inducat effectus diuersos ab his, quos induxisset dispositio testam. quæ agebatur, (Non. n. facit quod relicta debeantur ex causa testati, nec quod debeantur ab illo herede instituto, sed à succedentibus ab intestato. cōficiuntur ff. de iur. codicil. Igitur ex illa dispositione testamēti, quæ agebatur, nō potest inferri quod sit cōsensus circa dis-

positionem codicillorum, quæ agi potuit.

Nec contra hanc conclusionem obstat si dicatur, quod testam. in scriptis, ubi non potest valere vti testam. in scriptis prout agebatur, valet vti testamentum nuncupatiuum, si illo modo agi & valere potest, vt dicunt communiter Doct. in *l. hac consultissima. §. per nuncupationem C. de testa. cum concordantibus, de quibus per Ias. hic.* Et similiter testam. militis quod non potest valere de iure communi, prout agebatur, valet de iure speciali, prout agi potuit. *l. si miles. ff. de testam. mili.* quia in casu isto disposita per testatorem dicentur valere eo modo, quo agitur videlicet ex testamento. Licet testamen. ipsum censeatur factum sub diversa forma, quinimo dicetur esse eadem dispositio testamenti, sub quacunque forma fiat.

15 † Quoniam sicut non constituimus diuersum ius possessionis propter diuersos modos acquirendi possessionem *l. 1. in prin. l. 3. §. genera. supra de acquiren. pos.* Ita etiam non constituitur diuersum testamentum, seu diuersa dispositio testamenti,

stamenti, propter diuersos modos testandi.

Præterea etiam, quod fateremur esse aliud testamentum, seu aliam dispositionem: attamen non pertineret ad præsentem conclusionem, quia ex illo testamento nuncupatiuo, & ex illo testamento de iure speciali, quod agi potuit, causantur iidemmet effectus, non autem diuersi ab his, qui causantur ex testamento in scriptis, & ex testam. de iure communi, quod agebatur, verum istud pertineret ad tertiã conclusionem reg. affirmatiuæ. Secundo comprobatur illa conclusio Bar. hic videlicet, quod in his, quæ pendent à uoluntate duorum, quando est differētia in modo constituendi, & agitur de obligatione cōtrahenda, nō valet vti agi potuit, quando non potest valere eo modo quo agitur. Ista. n. conclusio Bart. loquitur, quādo id, quod potest agi, inducitur, & causatur ex alia dispositione diuersa ab illa, quæ agebatur, ex quo alias non diceretur esse differētia in modo cōstituendi: quæ conclusio Bar. *ultra tex. in l. 1. §. eum qui, ff. de consti. pecu. vbi est*

casus pro ista conclusione, probatur etiam manifesta & concludenti ratione.

16 † Nam cum non possit ex consensu circa vnā speciem obligationis inferri consensus circa aliam speciem obligationis, vt præsupponitur *in tex. nostro, & in §. sequenti, & in l. inter stipulantem. §. 1. infra. eo.* Ita etiam ex dispositione, quæ agitur, non potest inferri, quod sit consensus circa aliam diuersam dispositionē quæ agi potuit. Ex quo si est diuersa dispositio, erit etiam diuersa obligatio, & consequenter diuersus effectus.

Nec contra hanc conclusionem obstat, quod conuentio matrimonij, quæ propter defectum ætatis non potest valere vti conuentio matrimonij, prout agitur, valet tamen vt conuentio sponsalium, prout agi potuit, *cap. 1. circa medium de desponsat. impube. in sexto*, quia dico, quod licet propter hoc Abbas *in c. cum supra, de officio dele.* recedat ab ista conclusione Bar. attamen vltra solutionem Gemina. ibi & Ias. hic est clara & aperta solutio. † quod ex quo ex illa conuentione sponsalium, quæ agi potuit, peruenitur ad

tur ad matrimonium, de quo agebatur, non dicetur ista conuentio sponsalium continere effectus diuersos, ab his qui continentur in conuentione matrimonij, quæ agebatur, & propterea non pertinet ad propositum huius conclusionis, sed procedit in terminis tertiæ cōclusionis positæ supra, circa reg. affirmatiuam, vt ibi dictum fuit.

Nec etiam obstat tex. in *l. insulam ff. de præscrip. verb.* & in *l. si vno. ff. locati*, & quæ notantur per glos. & Doct. in *l. hætenus. §. 1. ff. de consti. pecu.* quia iura prædicta loquuntur in casu, quo præsumitur vere agi id, quod potuit agi, non autem aliud, vt dictum fuit supra, in quarta conclusione reg. affirm.

Non etiam obstat dictum glo. in *l. iurisdictionum. §. igitur nuda. ff. de pac.* quia respondetur, eo modo, quo supra videlicet quod in casu *d. gl.* præsumitur, quod reuera agatur pactum, prout agi potuit, non autem quod agatur stipulatio, quin imo si constaret quod ageretur stipulatio, quæ agi nō potuit, non valeret cōuētio in vim pacti, vt dictū fuit supra in tex.

Ad notata per Bar. in l. 1. in fi. per illum tex. infra de nouation. & ad notata per glos. & Doct. in l. stipulatio ista, §. alteri, infra eo. de quibus contra hanc conclusionem Bar. opponunt Doct. vbi stipulatio, quæ non potest valere quo ad vtramque obligationem naturalem, videlicet & ciuilem, prout agebatur, valet quo ad naturalem tantum, prout agi potuit. Respondetur, quod ista non pertinent ad casum præsentis conclusionis, quæ loquitur in casu, quo id, quod agi potest, non potest valere, nisi per dispositionem diuersam ab ea, quæ agebatur. Et sic quando est differentia in modo constituendi, sed solum loquuntur in casu, quando potest valere per eandem dispositionem, quæ agitur, ita quod sit solum differentia in commodo. Et propterea pertinent ad secundam conclusionem regulæ affirmatiuæ vt ibi dictum fuit. Similiter est solutio ad aliud, de quo opponunt Doct. videlicet, quod ingressus in fundum, qui non potest valere in vim retentionis possessionis, prout agebatur, valet tamen

men in vim acquisitionis, ut concludunt Bar. & Doc. communiter in l. 3. in prin. reprobata glo. ibi ff. de acquiren. possess. Quia ille effectus acquisitionis, de quo agi potuit, inducitur & causatur ex illo actu ingressus facto etiam animo retinenti possessionē, ut ibi annotat Bar. per text. in l. 2. C. communia utriusque iudicij. cum alijs concordantibus, de quibus per eum ibi. non autem causatur ab alio actu diuerso ab illo, qui agebatur. Tertio iustificatur illa conclusio Bar. & communis, uidelicet quod in his, quæ pendent à voluntate duorum, si sit differentia in modo constituendi, & agitur de contrahenda obligatione, si non ualet quod agitur propter defectum causæ efficientis, nec etiam id quod agi potest: quæ conclusio comprobatur per text. in l. multum interest, infr. eo. in 1. responso. Quatenus ibi deciditur, quod si non ualet stipulatio in re promissa propter incapacitatem stipulatoris, non ualebit in æstimatione ipsius rei, de qua agi potuit. Probatum etiam ratione, † quia cum illa stipulatio æstimationis, de qua agi potuit, sit stipulatio diuersa à stipulatione rei,

quæ agebatur, & producat diuersam obligationem, non potest ex consensu circa illam stipulationem rei, quæ agitur, inferri, quod sit cōsensus circa stipulationem æstimationis, quæ agi potuit. Et licet Ias. hic post Ant. de But. *in c. cum super Abbatis, de offi. deleg.* in hoc tenuerint oppositum, per tex. *in c. 1. de postul. prel. in 6.* qui tex. nihil facit ut dictum fuit super in 1. *conclusionem reg. affirmatiuæ & per tex. in d. l. multum interest. 2. responso*, attamen dicta conclusio est indubitata. Et quantum ad tex. *in d. l. mul. interest*, est aduertendum, quod licet Bar. hic dixerit in casu *d. l.* agi de obligatione dissoluenda: attamen Ias. & Ant. de But. existimant in ea agi de contrahenda obligatione, sed Bart. in hoc melius sensit. Et pro intelligentia, sciendū est, quod ubi stipulatio nō potest ualere in re promissa, propter incapacitatē stipulatoris, tunc dicetur agi de contrahēda obligatione. Militat enim hic quæstio, an ex quo propter dictā incapacitatē, non potuit contrahi obligatio in re promissa prout agebatur, contrahatur in æstimatione, ipsius rei, prout agi potuit: & deciditur quod nō, per rationē, de qua supra, quia stipulatio de æstimatione est de alia re: & per cō-

sequēs diuersa à stipulatione rei *l. scire debe. inf. eo.* Et incapacitas stipulatoris impedit ne possit contrahi obligatio in re promissa, ex quo si non est capax acquisitionis rei, nec etiam erit capax acquisitionis actionis ad ipsam rē, sed in casu quo incapacitas sit solum in promissore, tunc non dicetur agi de obligatione contrahēda, sed de dissoluenda, ut præsupponit Bar. hic. Nō enim hoc casu potest esse quæ. de eo, an quia obligatio non possit cōtrahi in re promissa propter incapacitatē promissoris, cēseatur cōtracta in æstimatione, ex quo obligatio uerè contrahitur in re promissa. † Difficultas. n. præstationis, ¹⁹ quæ est in promissore, nō impedit obligationem. *l. 2 §. ex quo, infra eo.* verum questio solum esse potest de eo, an ex quo dissolutio obligationis non potest fieri per solutionē rei promissæ, prout agebatur propter incapacitatem promissoris, qui non potest rem ipsam acquirere, valeat, & fieri possit in dissolutionem obligationis, quæ fit per solutionem estimationis, de qua agi potuit. Vnde hoc respectu dicitur agi de obligatione dissoluenda.

Ratio

Ratio autem quare in isto secundo casu Eualeat, ut agi potuit, *secun. Bar. hic*, est illa, quia veluti agitur de obligatione dissoluenda, melior tamē ratio est, quod ideo valet, quia per id quod agi potest non inducimus nouam dispōem, seu nouam obligationem diuersam ab illa dispositione & obligatione, quæ agitur, attento quod valet & permanet semper stipulatio & obligatio in re promissa. Et propterea in hoc casu militant termini secundæ conclusionis regulæ affirmatiuæ. Ista conclusio procedit absq; dubio etiam in casu quando agitur de dissoluenda obligatione, quoniam si illud, quod agi potuit, non potest induci nisi per dispositionem diuersam ab ea, quæ agebatur, & quæ inducat effectus diuersos ab his, quos inducit dispositio, quæ agitur, nunquam ualebit eo modo quo agi potest. Istud patet, quia attendo, quod transactio non includit pactum gratuitum, propterea remissio, quæ fit per transactionem, si non potest valere eo modo, quo agitur, videlicet per transactionem, non valet eo modo, quo agi potuit, veluti remissio

missio per pactum gratuitum *l. si causa cognita C. de transact. l. suus, C. de repud. hered.* † Nam 20.
 ratio est, quia talis remissio, quæ agi potuit, non potest valere nisi inducendo pactum gratuitum, cuius pacti dispos. est diuersa à dispõe transactionis, quæ agitur. Et ex hoc dico, quod ea, quæ dicuntur per Bart. & Doc. circa articulum, quando agitur de obligatione dissoluenda, distinguendo an sit defectus in materia, an in forma, ut primo casu valeat eodem modo, quo agi potest, *per text. in l. si unus §. si acceptilatio. ff. de pac. & l. si acceptilatum, infra de acceptilation.* Sed in alio casu non valeat *per l. an inutilis, infra de acceptilation.* Secundum literam negatiuam, non fuit vera, nec possunt procedere. Verum distinguendum est, quod si id quod agi potest, sustinetur per illam dispõem, quæ agebatur, & tunc semper valebit eodem modo quo agi potest, dummodo sit consensus circa illam dispõem, quæ agebatur. Nã isto casu militabit secunda conclusio regulæ affirmatiuæ, & erit solum differentia in commodo. † Vnde quia in acceptilatione continetur etiam pactum quod 21
 non

non petatur, ut præsupponit tex. *in d. l. si vnus §. si acceptilatio & tex. in dicta lege. an inutilis in principio* declarando, vt infra dicetur. Et firmant Glo. Bar. & alij *in d. l. an inut. §. si regulariter*, si non potest valere acceptilatio eo modo, quo agitur, videlicet vt liberet debitorem ipso iure, valebit semper in vim pacti de non petendo, prout agi potuit: quia propter id non inducimus dispositionem diuersam ab ea quæ agebatur. Ex quo in ipsa acceptilatione agebatur etiam de ista pactione ne peteretur. Et ista conclusio procedit non solum in casu quando est defectus in materia, seu causa efficienti, sed et quando est defectus in forma. Nec obstat tex. *in d. l. an inutilis.*

22

Nam quicquid dicant Doc. circa illum tex. † ille tex. secundum verum intellectum nihil aliud decidit, nisi quod tunc pactum de non petendo non contineatur in acceptilatione inutili, quando non apparet fuisse eum sensum circa acceptilationem, quæ agebatur, sed semper contineri pactum in acceptilatione quotiens apparet fuisse consensum circa
acce-

acceptilationem, quę agebatur quocun-
que modo sit inutilis acceptilatio etiam
propter defectum formę. Et hanc deci-
sionem pręsupponit textus secundum
utranque literam. Est enim aduertendũ
pro intelligentia illius tex. dum ad illam
propositam quęstionem, videlicet, an
inutilis acceptilatio habeat utile pactum
iuxta literam negatiuam, Respondet
per hæc verba: *Et nisi in hoc quoq; consensum sit,
non habet pactum.* Hęc verba non sunt ac-
cipienda in eum sensum, videlicet, quod
si non sit consensus circa pactum de non
petendo, acceptilatio non habet pa-
ctum, prout intelligunt Doctores, iux-
ta quem sensum decisio text. esset,
quod non haberet pactum, si ultra con-
sensum acceptilationis non esset con-
sensus circa pactum de non petendo.
Et videretur pręsupponere, quod con-
sensus circa acceptilationem non inclu-
deret consensum circa pactum de non
petendo, & quod in acceptilatione non
videatur agi tacita pacto, ne petatur.
Verũ dicta verba sunt accipienda in istũ
aliũ sensum, videlicet: Et nisi circa ipsam
accepti-

acceptilationem consensum sit, & ut debitor liberetur per acceptilationem, ita ut illud verbum, *in hoc quoq;* accipiatur pro ipsa acceptilatione, seu pro eo. quod debitor liberetur per acceptilationem, acceptilatio nō habet pactum, ita quod decisio tex. sit, quod si non adest consensus circa id quod manifeste agitur in conventionē acceptilationis, non etiam dici possit, esse consensum circa pactum de non petendo, seu de eo, ut non petatur decisio solum, & in consequentiam agitur in conventionē acceptilationis, & in eundem sensum accipienda est respōsio iuxta literam affirmatiuam, dum legitur: *Et nisi in hoc quoq; contra sensum sit, habet pactum.* Nam sensus est: Et nisi in hoc quoq;, videlicet quod fiat liberatio per acceptilationem, contra sensum sit, habet pactum: adeo quod siue legatur iuxta literam communem, quæ est negatiua, siue iuxta aliam, quæ est affirmatiua, resultabit semper idem sensus, & eadem decisio, videlicet quod omni casu, quo fit consensus circa id, ut fiat liberatio per acceptilationem, acceptilatio habebit pactum,

pactum, quamuis sit inutilis, non habita
 distinctione, an sit inutilis propter defe-
 ctum formæ, an propter defectum ma-
 teriæ. Et concordabit text. ille cū textu
in d. l. si unus §. si acceptilatio ff. de pact. Et cum
 prædicta conclusione, & quod text. ille
 in prædictis verbis habeat istum sensum,
 & intellectum, declarant verba sequen-
 tia. Nam dum quæritur, an sit possibile
 non esse consensum, quæstio & respon-
 sio non potest accipi, nisi de consensu
 acceptilationis, seu de eo, quod liberatio
 fiat per acceptilationem, quia dum ex-
 emplificat casum, in quo possibile sit
 non esse consensum, tex. utitur istis ver-
 bis: *Fingamus eum qui accepto ferebat scientem
 prudentemq; nullius momenti esse acceptilationem
 sic acceptotulisse.* Quæ verba expresse perti-
 nent ad denotandum, non fuisse consen-
 sum circa acceptilationem, & circa id,
 quod fiat liberatio per acceptilationem.
 Accedit quia tex. ille ex hoc quod dix-
 rat in casu proposito non esse consensum
 circa id, ut fiat liberatio, facit illam illa-
 tionem, quod in casu prædicto sit indu-
 bitatum, non inesse pactum in dicta ac-
 cepti-

D

cepti-

ceptilatione, cum non habuerit consensum paciscendi, resultat quod intentio tex. fuit dicere, si constat non fuisse consensum circa liberationem per acceptilationem, de qua manifeste agitur, non posse dici, quod sit consensus circa liberationem per pactum de non petendo. Ita quod tota difficultas illius tex. consistit solum in exemplificando, quando censi possit fuisse factam acceptilationem sub tali modo & forma, sub qua is, qui acceptoferebat, sciret illam esse nullius momenti, eo proposito ut faceret actum nugatorium, quod etiam infra declarabitur. Et reuera nunquam negari potest, quin semper acceptilatio habeat pactum de non petendo, quotiens sit consensus de eo, quod fiat liberatio per acceptilationem, quia ultra quod istud firmant Glo. Bar. & alij in d. l. an inutilis §. si. & illud expresse dicit tex. in d. l. si unus §. si accepti. manifeste etiam patet ad sensum. Vnum solum videtur obstare contra predictum intellectum, quia prima facie predicta verba: *Et nisi in hoc quoque consensus sit, vel contra sensum sit, secundum aliam literam, non videntur*

tur

tur posse accipi in illum sensum, videlicet de acceptilatione, seu de eo quod fiat liberatio per acceptilationem, attento, quod illa dictio, *quoq;*, cum sit implicatiua, denotat quod tex. non loquatur de consensu circa acceptilationem, sed de consensu circa aliud. Attamen istud est clara solutio, quod illa dictio, *quoq;*, non implicat alium consensum, sed aliud factum, ut sensus sit, non sufficere, quod sit facta stipulatio, ut censeatur esse pactum de non petendo, quia nisi in hoc quoq; consensum sit, videlicet ut fiat liberatio per acceptilationem, non habetur pactum, ita quod non denotatur quod tex. loquitur de consensu circa aliud, quàm circa acceptilationem, vel circa id ut fiat liberatio per acceptilationem.

Ista conclusio procedit etiam in his, quæ pendent ex voluntate vnius, & agitur de particulari dispositione, quia omni casu quo id quod agi potest inducitur, & causatur ex alia noua dispositione diuersa ab illa, quæ agebatur, & quæ inducat aliquid diuersum, vel maius eo, quod fuisset inductum.

ex illa quæ agebatur, nunquam valeret eo modo, quo agi potest, per ea quæ supra dicta sunt. Et ideo illa substitutio directa, quæ censetur facta cum testamento filij, & quæ non potest valere in vim directæ pupillaris prout agebatur, non valet in vim fideicommissariæ, quæ agi potuit, ubi illa fideicommissaria tendit ad alium finem, ad quem non tendit ipsa directæ pupillaris, quia sit fideicommissaria, per quam non succedatur pupillo, sed solum testatori, & quæ non pertineat ad commodum pupilli, sed ad eius onus, & grauamen. *l. in pupillari. l. verbis ciuilibus ff. de vulg. & fusius declaratum fuit in l. centurio.* Similiter directæ libertas data seruo alieno, quæ non valet in vim directæ libertatis, non valet in vim fideicommissariæ, quæ agi potuit in casu *l. si seruus legatus. §. si seruus alienus ff. de leg. 1.* ea ratione, quia illa fideicommissaria libertas pertinet ad grauamen & præiudicium hæredis, ad cuius præiudicium non pertinuisset directæ libertas, si valuisset vti libertas directæ, quia pertinuisset solum ad præiudicium domini illius serui. Pari modo

ri modo videmus, quod legatum relictū à substituto filij pupilli exhæredati, cui aliquid sit legatum, quod non potest valeret vti relictum ab ipso substituto, prout agebatur, non valet vti relictum ab ipso pupillo prout agi potuit. *l. ab exhæredari. ff. de legat. 1. l. cum quidam. C. de leg. 1. qui fundum. § qui filias ff. ad l. falci.* Nam ratio est quia relictum à filio pupillo, quod agi potuit, inducit quid diuersum ab eo, quod fuisset inductum ex dispositione relictū ab ipso substituto, quæ agebatur. Vnde infertur, quod conclusio Bartol. quam facit in his, quæ pendent ex voluntate unius in casu, quo sit differentia in modo constituendi, & agitur solum de particulari dispositione, vt in casu isto procedat regula affirmatiua, ut valeat eo modo, quo agi potest.

Dicta eius conclusio solum potest sustineri, & procedere quando illa dispositio, quæ ageretur, continet omnes effectus illius dispositionis, quæ agi potuit, & illa, quæ agi potuit, pertinet ad eundem finem & effectum, ad quem pertinet illa, quæ ageretur, & ut dictum fuit supra in 3. conclus.

clusione regule affirmatiua. Sed non posset pro-
 cedere in casu quo dispositio, quæ agi
 potuit, induceret quid diuersum vel ma-
 ius eo, quod inductum fuisset ex ea di-
 spōc, quæ ageretur. Secunda conclu-
 sio est † quod nunquam valet eo modo,
 quo agi potuit, quotiens constat de vo-
 luntate disponentis, quod non valeat a-
 lio modo, nisi prout agitur. Quæ con-
 clusio non potest habere dubitationem,
 quia constat de opposita voluntate ipsi-
 us disponentis, vt non valeat aliter, quā
 ageretur. Ista conclusio exemplificatur.
 Primo in casu, quando expresse dictum
 esset, quod non intendit actum valere
 alio modo, nisi prout agitur, ut est in ca-
 su Dec. Bar. & aliorum *in l. quotiens. §. si duo*
ff. de hered. instituen. dum concludunt, quod
 institutio in re certa, quæ non valet in re
 certa, non trahitur ad vniuersum, in quo
 posset valere, quando testator dixisset,
 nolo aliter valere institutionem, quam
 in re certa. Secundo etiam exemplifica-
 ri potest in casu, quando esset adiectum
 aliquid ad denotandum, quod intende-
 bat facere contractum, qui non haberet
 effe-

effectum iuris, sed gratia joci. *ut est in casu l. obligationum substantia. §. si. sup. tit. 1.* Exemplificatur etiam in omnibus casibus, in quibus protestatio adiecta tollit actum, quos casus enumeravi *in l. non solum §. morte supra de oper. noui nuncia.* videlicet quando protestatio tendit ad tollendum aliquod necessarium antecedens, sine quo non potest ualere id quod agebatur. *vt in l. quia ratio ff. de cod. inst. & in c. sollicitudinem de appellation.* Et quando protestatio pertinet ad tollendum unum ex substantialibus actus, qui celebratur, quo sublato, non posset esse ille actus, *vt in l. actus legitimi infra. de reg. iur. & in l. si filius ff. de adoptioni. & in c. si. de condi. appos.* Et quando voluit tollere vnum ex substantialibus rei relictæ, sine quo res ipsa esse non potest. *l. per seruum §. deniq; ff. de usu. & habitatio.* Quos casus fusius explicavi *in d. §. morte.* Nam in omnibus prædictis casibus, quemadmodum constat disponentem non velle, quod actus valeat eo modo, quo agi potuit, puta cum illo necessario antecedente, vel cum illo substantiali actus, seu rei relictæ, quod disponens voluit auferre,

vtiq; apparebit mentem ipsius esse, quod non aliter valeat, quàm agebatur, non autem ullo alio modo, quo agi potuisset.

Tertia est conclusio, quod nunquam valet eo modo quo agi potuit, quando in eo, quod agebatur, partes nihil agere intelliguntur, sed quod voluerint facere actum nugatorium. Conclusio est indubitata, ex quo in casu isto, non potest inferri cōsensus circa illam dispositionem, quæ agi potuit. *l. non salum ad fi. sup. tit. 1. l. an inutilis, infra de acceptilation.* Dubitatio solū consistit in declarando, quando poterit apparere quod partes non intendebant aliquid agere, sed facere actum nugatorium. Nam prima facie videretur dicendū, quòd istud non possit allegari à partibus, attento quòd in celebratione contractus, qui agebatur, dictum fuit quòd consentiebant circa illum contractum, & eius effectum. Ex quo colligitur, quòd voluerunt facere actum utilem: non enim censentur dixisse id, quod non sentiunt. *l. labeo §. idem Tubero ff. de supellect. lega.*

Et

Et quia in stipulatione facta inter ab-
 sentes, quæ est nullius momenti propter
 defectum formæ, tamen partes censen-
 tur voluisse facere stipulationem vti-
 lem, non nugatoriam: vt præsupponit
 tex. *supra. ea. l. in prin. & §. Item verborum insti.*
de inutil. stipulation. dum dicitur quod inter
 absentes impeditur stipulatio, nõ ea ra-
 tione quia defuerit consensus, sed quia
 non possunt se inuicem exaudire. Et di-
 ctum fuit supra circa primam decisio-
 nem tex. nostri, dum ex mente Doct.
 conclusum fuit, quod non obstante ab-
 sentia, constabit partes voluisse stipulari,
 vbi expresse dictum sit, promittis per sti-
 pulationem, quod etiam respondetur
 velle tex. *in l. 1. §. eum qui. ff. de consti. pec.* dum
 dicit, eum, qui inutiliter stipulatur, cum
 vtiliter stipulari voluerit &c. quæ verba
 denotant, quod licet stipulatio sit inuti-
 lis, præsumptio tamen sit, quod partes
 voluerint vtiliter stipulari. Et quam-
 uis præsumptio sit, quod partes sciant il-
 lum actum, quem faciunt fore inutilem,
 dum præsumuntur scire leges. *l. leges sacra-*
tissimæ C. de legi. tamen istud non sufficit ad

D § facien-

faciendum, quod censeantur voluisse
facere actum nugatorium.

Nam quia expresse dictum fuit, quod
consentiebant circa contractum, & e-
ius effectus, ob hoc quod dictum fuit,
non potest recedi, nisi constet de mani-
festa volūtate in cōtrariū. *l. nō aliter ff. de leg. 3.*

Ego circa propositam dubitationem
distinguendo, constituo duas conclu-
siones: Prima est quod † quotiens a-
ctus, qui celebratur est inutilis non pro-
pter aliquid, quod sit adiectum per dis-
ponētes, sed solū propter aliquid, quod
fuit omissum, tunc non apparebit, quod
voluerint facere actum nugatorium, sed
quod voluerint facere actum vtilem.

Quæ conclusio probatur per ea, quæ
dicta sunt. Nā procedunt in terminis hu-
ius conclusionis, quia stipulatio inter ab-
sentes nō irritatur propter aliquid, quod
sit adiectum à partibus; sed solū propter
absentiam loquitur etiā & procedit tex.
in d. l. 1. §. eum qui, procedit etiā id quod dici-
tur in textu nostro. Nā quia vitiatur sti-
pulatio solum ex eo quia verba respon-
sionis sunt omissa, quia fuit facta nutu,
non

non colligitur, quod voluerint facere actum inutile seu nugatorium. Nec huic conclusioni obstat *tex. in l. an inutilis*, quia procedit, & loquitur in terminis sequentis conclusionis, vt statim dicetur.

Alia est conclusio, quod quotiens actus, qui celebratur, redditur inutilis, & irritus ex eo, quod fuit adiectum ab ipso disponente, quia stante eo quod fuit adiectum, ille actus valere non posset, tunc poterit allegari, & dici quod voluerint facere actum nugatorium, & quod illud addidit eo proposito, vt actum illum irritaret. Et in terminis huius conclusionis procedit id quod dicitur *in l. actus legitimi, infra. de reg. iur.* Nam ibi irritatur acceptilatio, & etiam alius actus legitimus ex quo adiecta fuit dies vel conditio. In eisdem terminis loquitur *tex. in d. l. non solum, supra. tit. 1.* Nam ibi irritatur stipulatio, ex quo fuit adiecta conditio impossibilis. In his terminis loquitur etiam *tex. in l. quia ratio ff. de condition. institutio.* Irritatur enim ibi institutio serui, ex quo fuit additum quod esset haeres sine libertate. Loquitur etiam

tex.

tex. in l. per seruum, §. denique ff. de usu & habitacion. Nam ibi irritatur relictum vsusfructus, quia fuit additum, quod ex eo vsufructu detrahatur vsus, sine quo non potest esse vsusfructus. In terminis etiã huius conclusionis procedit *tex. in d. l. an inutilis.* Debet. n. intelligi in casu quo acceptilatio sit inutilis propter aliquid, quod sit adiectum à partibus in ipsa acceptilatione, puta dies, vel conditio. Hoc. n. denotant verba illius *tex.* Dicitur enim, fingamus illum, qui accepto ferebat scientem prudentemque acceptilationem nullius esse momenti sic accepto tulisse. In quibus verbis ponderandum est illud verbum, *sic accepto tulisse*, quod denotat aliquid fuisse adiectum in acceptilatione, per quod ipsa acceptilatio irritatur, quia illud verbum, *sic*, denotat aliquam qualitatem temporis, vel conditionis, quæ sit inserta in ipsa conuentione acceptilationis; quasi sensus sit, quod sub tali forma acceptilationem conceperint, per quam acceptilatio non posset valere, alias enim illa dictio, *sic*, foret superflua.

Contra §. quibus. in prima constitutione C. quia satis

L...

satis fuisset dicere, scientem prudentem-
que acceptilationem nullius esse mo-
menti acceptotulisse.

Nec contra hanc conclusionem ob-
stat si dicatur, quod ex quo dictum fuit,
quod partes consentiebant circa illum
contractum, & quod intendebāt facere
actum nullum; quod ideo à verbis istis
non sit recedendum, *d. l. non aliter*, quia re-
spondetur, quod propter istud, quod fuit
adiectum, per quod actus ipse irritatur,
constat manifeste de opposita volunta-
te, quod actus potius irritetur, quam
quod valeat sine eo quod fuit adiectum,
& propterea potest recedi ab illis verbis,
quæ significabant partes velle facere a-
ctum utilem. Nec etiam obstat quod in
casu, *l. 1. §. item si ex fundo & l. hereditas ex die. ff. de here. instituen. & in c. diaconus. 28. distinct. & in c. cum M. de constit. irritatur actus per id quod fuit adiectum à disponente. Et tamen non colligitur, quod voluerit facere actum nugatorium, & inutilem, quia valet eo modo, quo valere potest absque eo quod fuit adiectum. Nam responde-
tur, quia in casu *dd. legum*, per id quod fuit
adiectum,*

adiectum, non potest actus irritari, quia etiam stante illo, quod fuit adiectum, actus tamen remaneret utilis, *ut est in casibus dd. legum.* Et in omnibus alijs casibus, in quibus protestatio non tollit actum, quos casus enumeravi *in. non solum. §. morte. ff. de ope. no. nunc.* Et ideo nimirum si ex eo non potest colligi, quod velint facere actum nugatorium. Sed conclusio nostra loquitur & procedit, quando impossibile est, quod actus valeat stante eo, quod fuit adiectum. Ex predictis infertur quod semper acceptilatio, quavis inutilis, valebit in vim pacti de non petendo, & praesumptio erit, quod partes voluerint facere acceptilationem utilem, praeterquam in casu, quo acceptilatio irritetur propter adiectionem diei, vel conditionis. Et ultra quod istud probatur ex predictis, probatur etiam per tex. *in l. si vnus. §. si acceptilatio. ff. de pac.* Nam dum tex. dicit, quod licet acceptilatio sit inutilis, tacita tamen pactio actum videtur, ne petatur. In quibus verbis praesupponit, quod in acceptilatione inutili, censeatur esse

esse consensus partium faciendi utilem acceptilationem, & quod in consensu acceptilationis includatur etiam consensus de eo, ut non petatur. Nec dici potest, quod tex. ille debeat limitari ad casum, quando acceptilatio est nulla propter defectum materiae, seu causae efficientis, ita ut non comprehendat, quando est nulla propter defectum formae, ut arbitrantur Doct. quia tex. ille loquitur simpliciter, & indistincte: Et quia conventio acceptilationis propter defectum materiae, seu causae efficientis proprie non potest dici inutilis, cum in casu isto dicatur adhuc conventio acceptilationis, & valeat in vim pacti. *l. si acceptilatum, infra, de acceptil. & l. quacunque ff. de procur.*

Et quia in nulla lege dicitur, aut nominatur acceptilatio inutilis propter defectum materiae, seu causae efficientis, sed solum potest dici inutilis, quando est defectus in forma, quia talis defectus facit quod non sit, nec dicatur conventio acceptilationis.

Nec

Nec obstat tex. *in d.l. inutil.* quia vt supra dixi, loquitur quando acceptilatio est nulla propter aliquid, quod sit adiectum a partibus in ipsa acceptilatione. Nec obstat si dicatur, quod posito quod partes sciant acceptilationem esse inutilem, vel propter defectum materiæ, seu causæ efficientis, vel defectum formæ; semper & indistinctè dicendum sit, quod voluerint facere actum inutilem, & quod acceptilatio non contineat pactum, vt etiam dicebat Bar. *in d.l. an inutilis*, quia solutio est, quod ex quo expresse dictum fuit, quod consentiebant circa contractum acceptilationis, & circa id quod debitor ipso iure liberetur, non potest ex eo solum, quia sciant, vel præsumantur scire, acceptilationem fore inutilem, recedi a dictis verbis, & dici quod non consentiant circa actum acceptilationis, & quod voluerint facere actum nugatorium. *Arg. d.l. non aliter.* Concludendum est igitur, quod non solum, quando adest solum defectus in materia, & in causa efficienti, partes censentur facere acceptilationem vtilem, & acceptilatio continet pactum,

pactum, prout etiam concludunt com-
 muniter Doc. *in d. l. an inutilis, & in d. §. si ac-*
ceptilatio. Verum etiam in casu, quo sit de-
 fectus in forma, ex eo, quia vel sit factus
 inter absentes per nuntium, vel episto-
 lam, vel quia responsio non sit facta per
 verba, sed per nutum. Nam isto casu par-
 tes censerī debent voluisse facere acce-
 ptilationem vtilem, & consentire circa
 acceptilationem, ex quo non redditur
 inutilis acceptilatio, propter aliquid,
 quod sit adiectum à partibus, sed solum
 propter id, quod fuit omissum. Et pro-
 pterea etiam in casu isto valebit in vim
 pacti de non petendo. Licet Doc. com-
 muniter voluerint oppositum. Et reue-
 ra istud non potest in dubium reuocari,
 tum per ea, quæ supra dicta sunt: tum
 quia si non obstante absentia censentur
 partes consentire circa stipulationem,
 igitur etiam censerī debent, quod con-
 sentiant circa acceptilationem, & per
 consequens circa pactum de non peten-
 do, quia, vt dictum fuit, consensus cir-
 ca acceptilationem includit consensum
 circa pactum de non petendo. *d. l. si vnus. §. si*
 E accepti-

acceptilatio. Et quia cum negari non possit in casu, quo responsio sit facta nutu, quin ex parte interrogatoris sit consensus circa acceptilationem, consequenter apparet, quod sit consensus circa pactum de non petendo. Similiter in promissore, qui respondet annuendo, manifeste constat, quod sit consensus circa pactum de non petendo, igitur sequitur, quod conventio valebit in vim pacti. Nam quemadmodum, ubi ex parte interrogatoris actum sit de stipulatione, & de alio contractu ultra stipulationem; Et ex parte respondentis actum sit solū de illo alio contractu, non autem de stipulatione, inducitur tamen ille alius contractus, quamvis non valeat stipulatio, *l. si stipulet. §. si. infra, eo*. Ita in casu nostro cum ex parte interrogatoris actum sit de acceptilatione, & de pacto de non petendo, ex parte respondentis nutu agatur solum de pacto de non petendo, debet induci pactum, quamvis acceptilatio non valeat. Nec obstat tex. noster hic, quoniam loquitur in interrogatione, quæ fit ad stipulationem, & obligationem verborum,

borum, quæ non includit consensum, quoad obligationem consensus, & dispositionem pacti nudi, ut dictum fuit supra in tex. Sed conclusio nostra procedit in interrogatione acceptilationis, quæ includit consensum pacti de non petendo. Stabit igitur conclusio, quod solum in casu, quo acceptilatio sit inutilis propter adiectionem dici, vel conditionis, vel alterius, quod sit adiectum per partes, allegari potest, quod voluit facere actum nugatorium, & quod non contineat pactum de non petendo. Et in his terminis loquitur tex. *in d. l. an inutilis*, pro quo etiam est casus *in d. l. actus legitimi*. Et hæc sufficiant pro resolutione præsentis tractatus, An & quando non potest valere id quod agitur, prout agitur, valeat eo modo, quo agi potest.

IN L. SI ITA STIPVLA-
tus, De verborum obligatione.

SUMMARIA.

- 1 **P** Rincipalis obligatio quaesita ex interuallo a-
tequam pœnalis contraheretur, nunquam
commissa pœna nouatur.
- 2 Diuersitas rei nouationem impedit.
- 3 In dissoluenda obligatione quaesita, quid velit cre-
ditor, inspiciendum est.
- 4 Quoties ex vna dispositione contrahitur princi-
palis obligatio, & pœnalis ex alia, tunc nun-
quam fit nouatio, licet eodem tempore vtra-
que obligatio contraheretur.
- 5 Nisi vnus duntaxat contractus inducatur, nun-
quam fit nouatio, & quæ sit ratio, vide in
num. 11.
- 6 Quoties principalis & pœnalis eadem dispositio-
ne inducuntur, tunc semper obligatio princi-
palis nouatur.
- 7 Intellectus ad l. duo societatem. ff. pro soc.
- 8 Commissa pœna purgationem more usque ad litis
contestationem admitti.
- 9 Ratio cur pœnalis stipulatio non dicatur vere no-
uare precedentem, sed quasi.
- 10 Quicquid in testamento disponitur, id omne di-
ci in postremo testamenti puncto dispositum.
- 12 In contractibus bonæ fidei exuberantiorē fidem
requiri, quàm in alijs.

13 Exem -

- 13 Exemplum quo principalis, & pœnalis ex eodem bonæ fidei contractu oriuntur.
- 14 Licet contractus, ex quo principalis, & pœnalis inducuntur, sit bonæ fidei, principalem tamen per pœnalem nouari.
- 15 Vt in testamentis, ita & in contractibus bonæ fidei latæ interpretatio est admittenda.
- 16 Nouationem nunquam ob electionem pœnae induci.
- 17 Conuentio liberatoria nunquam per pœnalem nouatur, & rationem vide in nu. 19.
- 18 Lex facilius conseruat conuentionem liberatoriam, quam obligatoriam.
- 20 Exceptionem quasitam nouatione nunquam tolli.
- 21 Quoties principalis obligatio in personam vnius confertur, & pœnalis in personam alterius, tunc nunquam inducitur nouatio. & quæ sit ratio, ibidem.
- 22 Iure digestorum, vbi secunda obligatio est æque principalis, seu coequalis, & minus continet, quam prima, non præsumitur nouatio.
- 23 Diuersitas rei promissæ in duabus stipulationibus æque principalibus nouationem impedit, & quomodo hoc procedat.
- 24 Constitutionem l. fi. C. de noua. non procedere in ea quasi nouatione, quæ fit per pœnalem stipulationem, & quomodo ea constitutio intelligi debeat.

- 25 Facilius quid impeditur ne fiat, quam factum iam tollatur.
- 26 Quid considerandum ut dignosci possit principalem, & pœnalem ex diuersis contractibus, seu dispositionibus oriri, non ex eadem.
- 27 Stipulatio pœnalis apposta iuxta contractum innominatum, vel obligationem, quare contrahatur, nunquam principalem nouat, & quæ sit ratio, ibidem.
- 28 Vtrum quoad nouationem reserat an quis promittat fundum, vel aliud quippiam sub pœna, an vero, si fundum nõ dederit, promittat pœnam, & quid in testamentis.
- 29 Pœnalis obligatio aliam pœnalem non nouat, & quæ sit ratio, ibi. num. 30.
- 31 Vtrum his casibus, quibus prior obligatio cõmissione pœnae nouatur, ipsa solutione tollatur.
- 32 Quid inspiciendum ut dignosci possit pœnam fuisse adiectam ob dissolutionem principalis obligationis, potius quam ob contemptum.
- 33 Iuramentum obtinet vim clausulae, Rato manente pacto.

Su-



Ubi sequitur in gēs illa, & per-
difficilis quæstio, An pœna-
lis obligatio nouet principa-
lem, ita ut commissa pœna,
res principalis desinat esse in
obligatione, circa quam Bar. in vltima
parte laborat per 40. opp. & tot in ea fue-
runt sententiæ, quod capita, ut asserit Ca-
stren. in l. prædia, supra, de act. emp.

Ego pro eius resolutione, & pro recō-
ciliatione omnium legum, quæ secun-
dum Doc. videntur contrariæ, omissis
quæ dicant cæteri, quæ tamen infra dis-
cutiam, constituo tres conclusiones.
† Prima est quod principalis obligatio,
quæ quæsitæ sit ex aliquo interuallo, an-
tequam contrahatur pœnalis obliga-
tio, nunquam nouatur nec tollitur
per commissionem obligationis pœ-
nalis.

Pro hac conclusione est casus l. apud Cel-
sum. §. Labeo, supra, de except. doli. ibi enim
tex. præsupponit pro indubitato, quod
illa obligatio, tradendi hominem,
quæ oritur ex illa sententia, per quam
de illo homine petito fuit iudicatum

secundum actorem, non tollatur per
 commissionem pœnæ, quæ postea fuit
 promissa sub conditione, si certa die reus
 condemnatus, illum hominem non
 tradiderit. Ratio huius conclusionis est
 duplex. Prima, quia obligatio iam quæsi-
 ta non potest tolli, nisi per veram no-
 uationem, *l. quoties, & per totum titulum, infra*
de nouatio. & est de mente Bar. *in 7. oppositione,*
 vt infra dicemus in discussione eorum,
 quæ dicuntur per eum. Igitur non pote-
 rit nouari per pœnalem obligationem
 2 de alia re: † quia diuersitas rei impetit
 veram nouationem. *l. fundum Cornelianum,*
 3 *infra de nouat.* Secunda ratio est † quia
 in tollendo obligationem quæsitam in-
 tuemur animum creditoris. *l. si ex pluri-*
bus, in princ. infra de sol. l. emptor. §. Lucius, supra
de pac. l. si stichum. §. fin. infra de nouatio, facit l. id
quod nostrum, infra de reg. iur. Bartolus infra in 7.
oppos.

Igitur non potest fieri quasi nouatio
 principalis per pœnalem. Nō enim præ-
 sumi potest cū fuisse animum creditoris
 in stipulatione pœnæ, vt per pœnalem
 stipulatio-

stipulationem fiat qua si nouatio principali obligationis antè sibi quæsitæ, quia per istud ius suum diminueretur, & debitor diceretur in minus obligatus. Nā ante stipulationem pœnalem obligabatur præcise ad principale debitum, & si pœnalis stipulatio illud nouaret, nō obligaretur præcise ad illud, sed esset in eius potestate, quid vellet soluere, vel id, quod est in principali obligatione, vel pœnam: & sic diceretur in minus obligari. *l. Græce §. si stichum. infra de fideius.* quini- mo, ut ex infra dicendis apparebit, ista quasi nouatio, quæ fit per pœnalem, nō potest fieri nisi in actu contrahendi obligationem principalem, quod etiam fuit de mente Bar. post Ray. *infra in 7. oppo.*

Nec huic conclusioni obstat rex. noster hic *in si. & in d. l. obligationum fere §. si. supra tit. 1. cum concord.* in quibus habetur, quod principalis obligatio nouatur per pœna- lem; quia ista iura non loquuntur in principali obligatione, quam sit quæsitæ antequam contrahatur stipulatio pœnalis, sed in illa principali, quæ inducitur ex

eademmet dispositione, ex qua inducitur ipsa obligatio pœnalis.

4 Secunda est conclusio † quod ubi obligatio principalis contrahitur ex contractu, seu dispositione diuersa ab illa, ex qua inducitur obligatio pœnalis, non nouatur per pœnalem, quamuis eodem tempore contrahatur. In his terminis loquitur tex. in *l. si quis à socio, & in l. duo societatem, supra pro socio*. Nam illa obligatio principalis de obseruando conuenta in societatis contractu, quæ inducitur ex ipso principali contractu, non nouatur per illam obligationem pœnalem, quæ inducitur ex stipulatione licet in cõtinenti fuit interposita. Procedit etiam tex. in *l. pradia supra, de actio. emp.* nam illa obligatio principalis de obseruando id quod conuenerat in contractu emptionis, & ex illo inducitur, non nouatur per obligationem pœnalem, quæ inducitur ex stipulatione eodem tẽpore interposita. Procedit etiam tex. in *l. qui Romæ S. Flavius, infra eodem.*

Nam in casu illius text. illa obligatio
princi-

principalis de manumittendo seruum
 oritur ex illo contractu innominato,
 qui resultat ex donatione illius serui, fa-
 cta sub illo modo, ut manumittere-
 tur, non autem ex ipsa stipulatione pœ-
 nali, quę est dispositio diuersa à dicto cō-
 tractu, unde per illam non nouatur.
 Procedit etiam & loquitur tex. *in d. l. qui*
Roma §. duo fratres, nam præsупponitur pro
 indubitato, quod illud ius quæsitum ex
 diuisione, siue sit ius excipiendi siue a-
 gendi, non nouatur per pœnalem stipu-
 lationem. Oritur enim ex illo contractu
 diuisionis, non autem à dicta stipulati-
 one.

Nec huic conclusioni obstant iura, in
 quibus habetur, fieri quasi nouationem
 principalis obligationis per pœnalem
 dispositionem, quia, ut statim declarabo
 loquuntur in terminis sequentis cōclu-
 sionis, quando principalis obligatio &
 pœnalis ex eadem dispositione oriun-
 tur.

Ista cōclusio probatur manifesta & ad-
 modum concludenti ratione, † quia si
contrahentes ultra dispositionem pœ-
nalem

nalem voluerunt facere alium contractum seu dispositionem, ex qua oriatur obligatio poenalis; igitur sequitur, quod non voluerunt illam nouari per poenalem, consequentia patet, quia non aliter fit nouatio in actum contrahendi, nisi inducatur unus contractus tantum. ut est tex. in *l. cum enim, infra de nouatio.* & in *l. si stipulatus §. Chrisogonus infra eo. iunctis ijs quæ habentur per Bar. & Doc. in l. singularia in 6. speciali sup. si cert. pet.* Nam in d. ll. habetur, quod vbi iuxta numerationem pecuniæ vel traditionis rei interponitur stipulatio, non sunt duo contractus, sed unus tantum stipulationis, ex quo oritur obligatio & actio, & Bar. & alii in d. *l. singularia* dicunt istud esse, quia per ipsam stipulationem nouatur obligatio & actio, quæ erat contrahenda ex ipsa numeratione seu traditione. Ecce igitur quod vnus tantum contractus inducitur, non plures, quando fit quasi nouatio in actu contrahendi.

Hinc est quod vbi fit quasi nouatio principalis per poenalem, lex præsupponit esse unam dispositionem stipulationis

nis

nis seu legati, non plures *vt in l. obligationum fere. §. si. sup. tit. 1. in l. cum sine praefinitione in pr. sup. quando dies leg. ced.* & omni casu, in quo videntur esse plures dispositiones, vna de re principali, alia de poenali, infertur non esse quasi nouationem: ut est casus *in l. 1. §. si. inf. de stipul. seruo.* & rationem huius infra declarabo.

Istæ duæ conclusiones procedunt omni casu, siue obligatio principalis sit ex causa lucratiua, siue ex causa onerosa, nã omni casu, quo principalis obligatio est quaesita, antequam cõtrahatur poenalis dispositio, vel inducatur ex alia dispositione poenali, nunquam nouabitur per ipsam dispositionem poenalem. Procedunt etiam istæ duæ conclusiones non tantum in casu, quando stipulatio poenalis incipiat à conditione eius, quod debetur ex principali obligatione, sed etiam in casu, quando incipit ab eius promissione: casus est *in d. l. apud Celsum §. Labeo.* Nam ista stipulatio fuit concepta hoc modo: Promittis tradere hominem tali die, & si non tradideris, promittis poenam; & sic incipit à promissione tradendi ho-

di hominem, de quo est illa principalis obligatio antea causata ex sententia, & tamen non fit nouatio. Est etiam casus *in l. duo societatem sup. pro socio*. Nam stipulatio fuit concepta sub illa forma: Ea ita dari fieriue, & aduersus ea non fieri, & si ita data factaue non erunt, 20. dari: & sic incipit à promissione eorum, de quibus erat obligatio principalis ex contractu societatis, & tamen non fit nouatio. Et licet *tex.* ille in his verbis: siquidem pacto conuento ita stipulati essent, &c. videatur prima facie obstare, tamen non obstat, sed concordat, ut dicemus infra declarando sensum & intellectum illius textus.

- 6 Tertia est conclusio, † quod ubi obligatio de re principali inducitur ex eademmet dispositione, ex qua inducitur obligatio pœnæ, semper nouatur per pœnalem. In istis terminis loquitur & procedit *textus noster hic*, est enim una stipulatio & de pœna, & de re principali, quæ incipit à promissione rei principalis. Nam dictum fuit: promittis Pamphilum, & si Pamphilum non dederis, promittis

tis

mittis centum: ita etiam procedit & loquitur d. l. *obligationum fere §. si*. fuit enim ita concepta stipulatio: promittis nauem facere, & si non feceris, promittis centum. In eisdem terminis procedit & loquitur tex. in l. 1. *supra*, de pœn. leg. in l. 1. §. *item si ita supra*, l. *ad falc.* in l. *si pœnum*, *supra*, quando dies leg. ced. nam in dd. ll. fuit dictum: hæres meus pœnum dato, & si pœnum non dederis, dato centum, quo casu patet, quod obligatio pœnis & obligatio quantitatis, inducitur ex eadem dispositione testamenti, quinimo ut statim declarabo, ex eadem dispositione legati.

Nec contra hanc conclusionem obstant iura, quæ allegantur in contrarium, in quibus dicitur, non nouari principalem per pœnalem, quia dico, quod omnia prædicta iura probant istam conclusionem, & omnes alias præcedentes. Nam primo quoad tex. in d. l. *apud Celsum §. labeo*. aduertendum est, quia in casu illius tex. est obligatio de tradendo hominem, & sic rei principalis ex sententia.

Est

Est etiam obligatio tradendi eundem hominem ex illa conventionione, à qua incipit stipulatio pœnalis, & tex. ille licet præsupponat pro indubitato, quòd per obligationem pœnalem, non nouant illud ius, quod oritur ex sententia, quod fuit quæsitum antequam contraheretur illa stipulatio pœnalis, non tamen negat, quin nouetur illa obligatio tradendi hominem, quæ oritur ex illa stipulatione pœnali, videlicet à conuentionione, ex qua incipit illa stipulatio pœnalis, imò præsupponit quod nouat, dum dicit illum hominem uendicari per stipulatorem, & sic peti in executionem sententiæ latæ super rei uendicatione, non autem dicit, quod ad illum hominem agatur actione personali. Idem dicendum est circa textum *in l. qui Romæ §. duo fratres*. Nam debes aduertere, quod in casu illius tex. est ius obligationis quæsitum ex diuisione, quo inuicem fratres obligantur stare, & non contrafacere diuisioni. Est etiam obligatio de eodem, quæ oritur ex illa conuentionione, à qua incipit stipulatio pœnalis, dum post diuisionem

onem inuicem promittunt nihil se contra dictam diuisionem facturos, & si quis contrafecisset promittunt inuicem poenam. Licet igitur textus præsupponat pro indubitato, quod per commissionē poenæ, non nouatur illud ius quæsitum ex diuisione, non tamen negat, quin nouetur illud ius quæsitum ex diuisione, non tamen negat, quin nouetur ius illud obligationis, quod oritur ex illa conuentione, a qua incipit ipsa stipulatio poenalis, imo præsupponit quod nouetur. Nam dum simpliciter dicit poenam commissam, videtur præsupponere, quod ex dicta stipulatione solum possit agi ad poenam, non autem simpliciter ad totum illud, quod interfit propter contrafactionē, posito quod interfit in plus, quam sit in poena compræhensum. Vides igitur, quod hæc duo iura manifestè probant per obligationem poenalem, nouari illud ius obligationis de re principali, quod oritur ex illa conuentione, à qua incipit ipsa stipulatio poenalis, & sic ex eademmet dispositione, ex qua inducitur ipsa obligatio poenalis, & non no-

F uari

uari illud ius quaesitum antea, vel ex alia dispositione diuersa. Idem dicendum est circa textum *in d. l. si quis à socio*. Nam in casu *dd. ll.* potest esse ius obligationis principalis, quaesitum ex illo contractu venditionis, seu societatis, & ex illa conuentione, à qua incipit ipsa stipulatio poenalis. Nam illa iura loquuntur generaliter & indistincte, etiam in casu, quo stipulatio poenalis incipiat à conuentione eorum, de quibus fuit conuentum in principali contractu, & tamen praesupponitur non posse agi ad id, quod est in principali obligatione, nisi actione oriente ex illo contractu, non autem actione ex stipulatu, sed ex illa actione ex stipulatu, tantum agi ad poenam.

Ecce quod illud ius obligationis de re principali, quod oritur ex illa promissione, à qua incipit stipulatio poenalis, non uatur per poenalem, quia oritur ex eadē stipulatione & dispositione, & tamen non nouatur illud ius obligationis, quod causatur ex ipso principali contractu diuerso ab ipsa dispositione, à qua oritur obligatio poenalis. Clarius hoc habetur

in

in d. l. duo societatem. Nam in casus illius text. est ius obligationis de re principali quæsitum ex contractu societatis, & ex illa promissione, à qua incepit stipulatio pœnalis, fuit enim concepta illa stipulatio co modo: Ea ita dari, fieri uè, & aduersus ea non fieri, & si ita ea data, facta uè non erunt, 20. dari, & tamen commissa pœna non agitur ad id, quod est in principali obligatiõe, actiõe ex stipulatu sed solū actione pro socio, & sic patet nouari ius obligationis principalis, ortum ¹² ex eadem met stipulatione pœnali, sed non nouari illud quod oritur ex alio cõtractu diuerso. Ita quod ex prædictis potest colligere, quod omnes istæ leges cõcordant cum alijs legibus, quæ dicunt principalem obligationem nouari per pœnalem, & determinant illud idem, videlicet nouari illam principalem, quæ oritur ex eadem dispositione, ex qua oritur pœnalis obligatio. Vides etiam, quod ista iura præsupponunt, quod licet illa principalis obligatio, quæ oritur ex illa dispositione, ex qua oritur obligatio

F. a. pœ-

poenalis, si sit ex causa onerosa, & non lucratiua, quod tamen nouatur per poenalem. In terminis huius conclusionis procedit etiam, illa decisio, quod ubi in compromisso quis promisit stare sententiae arbitri, & si non paruerit, promisit poenam, quod commissa poena nouatur illud ius obligationis, quod posset oriri ex illa promissione, seu ex sententia arbitri, etiam a partibus emologata, ut illa ex sententia non possit agi. *vt per gl. Bar. & alios in l. 2. in l. si duo sup. de arbi. Bar. in l. cum ant. C. de arb.* Nam ratio est, quia illa principalis obligatio de parendo sententiae arbitri, oritur ex eadem dispositione compromissi, ex qua oritur obligatio poenalis, & tamen ista principalis obligatio non est ex causa lucratiua. Procedunt etiam plures aliae conclusiones Docto. de quibus infra dicemus.

Iuxta tamen istam tertiam & ultimam conclusionem stat dubitatio, an verum sit id quod supra praesupposui, videlicet esse vnam & eandem dispositionem stipulationis, seu legati, quoties agitur quod poenalis stipulatio nouet principalem

palem. Nam prima facie istud videtur implicare contradictionē, quod sit dup. videlicet obligatio principalis & pēnalis & sit vna tantum dispositio, & quod sit vna & eadem dispositio de re principali, & de pōna, & vna dicatur subrogari in locum alterius. Breuiter respondeo, quod illud assumptum, supra factum, est indubitatum, & probatur legibus, & rationibus. Nam primo de hoc est casus *in d. l. obligationum fere, §. si. supra tit. 1.* Dum enim tex. quærit, an cum stipulor nauem fieri, & pōnam sub conditione si non fiat, sint duæ stipulationes, pura videlicet, & conditionalis, ita ut sequens existens conditio, non perimat priorem, an vero transferat in se, & fiat quasi nouatio, aperte denotat non esse duos stipulationes, sed vnam tantū, quoties existens sequens conditio transferat priorem in se, & fit quasi nouatio. Est etiam casus *in l. cum sine p̄sinitione, in princi. sup. quando dies leg. ced.* vult enim quod ubi dictum sit: Hæres meus dato pōnum, & si pōnum non dederis, dato centum; quod sit vnum legatum, & centū peti possunt. Et

si dixeris, aduerte quia tex. in versicul. sequenti videtur velle oppositum, dum præsupponit esse differentiam inter casum præcedentem & casum quando solum dictum fuit: Si hæres non dederit pœnum, det centum, quia hoc secundo casu non sunt duo legata, nam videtur præsupponere, quod in præcedenti casu sint duo legata. Respondeo quod sensus illorum verborum, videlicet, *non efficitur quod sint duo legata*, non est quod nō sint duæ dispositiones legatorum distincte, sed quod duę res nō censentur comprehensæ in legato, quod innuitur in verbis sequentibus, dum ille met tex. subdit: Sed centum legata sub conditione. Quę verba referuntur ad res, non ad ipsas dispositiones, & sic quod differentia sit in hoc quod in primo casu, quando testator dixit: Hæres dato pœnum, & si pœnū non dederis, dato centum: duę res sunt comprehensæ in legato. Sed quando solum dixit: Si pœnum non dederis, dato centum; sola centum sint in legato, utroque tamen casu sit & censetur vnica dispo-

dispositio, seu unum legatum. Probat-
 tur etiam ratione, quia cum simul & se-
 mel in eadem dispositione stipulationis,
 vel legati disponitur de re principali, &
 de pœna, colligitur mentem disponentiũ
 esse quod sit vna dispositio de re prin-
 cipali, si res principalis solvatur, aliàs
 quod illa dispositio desinat esse de re
 principali, & solum sit, & censeatur esse
 de pœna: ita quod commissa pœna, res
 principalis desinat esse in dispositione,
 & solum pœna censeatur esse in disposi-
 tione, ut est casus *in l. 1. §. item si ita ad l. Falci-*
diam, vult enim quod ubi dictum sit: Hæ-
 res pœnum dato, & si pœnum non de-
 deris, decem dato; quod pœnus ita de-
 mum censeatur esse in legato, si in con-
 tinenti solvatur, aliàs si in continenti
 non solvatur, non dicatur esse in legato,
 sed solum in conditione, & in legato so-
 lum censeantur esse illa decem. Est et-
 iam casus *in l. duo societatem, supra pro socio*,
 ut statim subdam declarando illum
 textum. Igitur omnino sequitur quod
 sit & censeri debeat una dispositio

stipulationis, vel una & eadem dispositio legati & de re principali, & de pœna. Et ad illud quod supra dicebatur, est solutio, quod licet sit duplex obligatio, & de re principali & de pœna, tamen quia non est utraq; obligatio simul, sed prius est obligatio de re principali, quæ desinit ubi incipit illa pœnalis, propterea non debet dici duplex dispositio, sed una, & illa subrogatio pœnæ in locum rei principalis, vel pœnalis obligationis in locum principalis, non dicatur esse in diuersis dispositionib. sed in una & eadem dispositione. Fit enim, quòd illa dispositio, quæ censebatur esse de re, & obligatione principali, desinat esse de eo, & incipiat esse dispositio de pœna. Hæc omnia ut dixi præsupponit tex. *in d.l. duo societatem.* † Pro cuius legis declaratione & intellectu debes aduertere, quia in casu illius tex. celebrato contractu societatis subsequuta fuit stipulatio pœnalis, quæ incipit à conuentione eorum quæ promissa fuerāt in ipso contractu præambulo in hanc formam. Ea ita dari fieri uè, & aduersus ea non fieri, & si ea ita data facta uè,

ue non erunt, 20. dari. Et quæritur an secuta contrafactione possit agi actione pro socio, & si can sit nouata principalis obligatio ex illo contractu societatis, deciditur, siquidem illi essent stipulati sub hac forma: Ea ita dari fieriue spondes; posse quæri de nouatione obligationis & actionis pro socio, quia tota res contractus principalis videtur in stipulationem translata. Sed in casu, de quo proposita fuit quæstio, non posset quæri de nouatione obligationis & actionis pro socio: quoniam non ita essent stipulati: Ea ita dari fieriue spondes, sed: si ea ita data factaue non erunt, 20. dari; & ideo non videri ibi rem principalis contractus in stipulatione peruenire, sed duntaxat poenam & non videri actum, vt ex dicta stipulatione de vtroque obligaretur, videlicet & de principali, & de poena, sed solum obligaretur de poena. Vides igitur, quod tex. aperte decidit, quod in casu dictæ stipulationis conceptæ sub ea forma: Ea ita dari, fieriue, & aduersus ea non fieri, & si ita data factaue non erunt, 20. dari; non videtur actum, quod res

F § princi-

principalis sit, vel censeatur esse in stipu-
 latione præcise in casu, quo sit contrafa-
 ctum, sed solum poenam; & non videa-
 tur actum, vt ex stipulatione obligetur
 præcise ad rem principalem, sed solum
 præcise ad poenam in casu, quo contra-
 faceret, quinimo in casu contrafactio-
 nis rem principalem non censi in sti-
 pulatione, sed solum esse in conditione,
 & poenam duntaxat censi in stipulatio-
 ne. Dices tu, nonne dum dixit posse que-
 ri de nouatione, & videri totam rem
 translata in stipulationem, vbi dictum
 fuit: Ea ita dari fieriue spondes, videtur
 præsupponere totum oppositum. Respōdeo
 quod nō, sed sensus tex. est, quod vbi de
 re principalis cōtractus fieret promissio
 per stipulationē diuersam à poenali sti-
 pulatione, quia dictum esset: Ea ita dari,
 fieriue spōdes, & tu respōderes: spondeo,
 hoc casu rem principalis cōtractus cen-
 feri præcise deductam in stipulationem,
 vt esset in petitione etiam post contrafa-
 ctionē, & iccirco quæri posse de nouati-
 one, sed vbi promissio rei cōtractus prin-
 cipa-

cipalis sit in eadem stipulatione cum
 promissione pœnæ, vt in casu illo, de
 quo est quæstio, non videri rem ipsam
 principalis contractus deductam in sti-
 pulationem, vt sit in petitione etiã post
 contrafactionem, verum, quod post cõ-
 trafactionẽ censeatur solum esse in con-
 ditione, & in stipulatione, censeatur so-
 lum esse pœna. Ex quo tex. sic declarato
 habes colligere plura, primo, quod vbi
 in eadem stipulatione sit promissio rei
 principalis cum promissione pœnæ,
 rem principalem censeari quidem esse in
 stipulatione, si in continenti præste-
 tur, sed post commissam pœnam non
 censeari amplius in stipulatione, sed solũ
 in præstatione, seu conditione, & solum
 pœnã esse in stipulatione, quod etiã vo-
 luit tex. *in d. l. 1. §. itẽ si ita supra, ad l. Falc.* Secũ-
 do, quod videtur actum, vt de re princi-
 pali non sit obligatio, quoad petitio-
 nem ex dicta stipulatione, sed quod
 solum sit obligatio, quoad petitio-
 nem de ipsa pœna, ita tex. ille in his ver-
 bis: Non enim vtriusque rei promif-
 sorem obligari, &c. quod etiam voluit
 tex.

tex. noster in fine, dum dicit: Quoniam voluntas fuisse probatur, ut aut homo solvatur, aut pecunia petatur. Tertio quod obligatio rei principalis, quæ inducitur ex eademmet dispositione, seu stipulatione, in qua pœna promittitur, nouatur per pœnalem. quod etiam voluerunt omnia alia iura, quæ allegantur in hac materia, ut statim dictum fuit. Quarto, quod obligatio de re principali, quæ oritur ex contractu diuerso a stipulatione, ex qua oritur pœnalis obligatio, non nouatur per ipsam pœnalem, etiam quod illa stipulatio pœnalis incipiat à conuentione, seu promissione eius, de quo est obligatio principalis, ut dixi supra in fi. secundæ conclusionis. Et ratio colligitur ex prædictis, quia res principalis isto casu non videtur deducta in stipulationem, ut ex illa stipulatione de ea sit obligatio, quoad petitionem etiam post commissam pœnam, & solum potest dici, deducta in stipulationem quoad obligationem & petitionem, quando fuit promissa in stipulatione
distin-

distincta & diuersa ab illa pœnali, vt dicitur in illo tex. quæ omnia notabis, quia sunt vera, & de mente illius tex.

Secundo dubitatur, quare ista, quæ fit per pœnalem obligationem, dicatur potius quasi nouatio, & non vera nouatio. *d. l. obligationum ferè. §. fin. Bartol. in §. solutione 1. opposi.* & magis communiter Doctores dicunt ideo esse, † quia post commissam pœnam est permissa purgatio moræ, vsque ad litem contestatam, id est, vt soluendo id, quod est in principali obligatione, possit impedire prosecutionem pœnæ, *l. 1. supra de pen. leg.* Quæ ratio non est generalis, quoniam licet cesset purgatio moræ in casu, quando sit adiecta certa dies. *l. Celsus, in prin. supra de arb. l. magnam. C. eo.* dicitur tamen quasi nouatio.

Non etiam placet id quod dixit *Alex. col. antepenul. & pen. ad fin.* post alios, quos refert, videlicet vt ideo dicatur quasi nouatio, quia non fit statim post commissionem pœnæ, sed solum postquam actor elegit pœnam; quia ista ratio est falsa, quia omni casu, quo principali

cipalis obligatio inducitur ex eadem dis-
 positione, ex qua inducitur obligatio
 poenalis, nouatur statim post cōmissio-
 9 nē poenæ, vt supra dictū fuit. † Vera ratio
 est, quod ideo dicitur quasi nouatio, non
 autem vera nouatio, quia ista nouatio,
 quæ fit de principali obligatione per poe-
 nalem, non fit post obligationem iam
 contractam, & quæsitam, vel ad tollen-
 dam obligationem iam contractam,
 sed fit in ipso actu contrahendi obliga-
 tionem principalem, & ad impediendū,
 ne contrahatur obligatio principalis,
 magis quam ad tollendum obligatio-
 nē iam contractā, vnde non potest dici
 vera nouatio. Nam vera nouatio fit so-
 lum vbi agitur de tollendo obligationē
 iam antea quæsitam, & contractam. *l. quoties,
 & per totum, infra de nouatio. Bart. infra, in 7. op-
 posit. sed vbi illa fit in actu contrahēdi ad
 impediēdum, ne aliqua obligatio con-
 trahatur, dicitur improprie nouatio. I-
 stud volunt Doc. in l. singularia. circa 6. speciale.
 Bart. supra, si cer. pet.* Nam dum Bart. ibi con-
 cludit, quod vbi iuxta numerationem
 pecuniæ, vel rei traditionem interponi-
 tur

tur stipulatio super restitutione illius pecuniae, quod est solum contractus stipulationis, & quod stipulatio nouat contractū, & actionē, quæ debuisset oriri ex numeratione: Dec. & alij Moderni dicūt non esse proprie nouationē actionis, vel obligationis ex numeratione, quia non est nata, sed improprie dici nouationē, quia pertinet ad impediendum, ne inducatur obligatio, & actio ex numeratione. Hoc etiam voluit Bart. *infra, in 7. oppositione.* Nā, vt statim dicemus in discussione eorum, quæ per ipsum dicuntur, præsupponit ibi, quod quando agitur de tollendo seu impediendo aliquā obligationē in actu cōtrahēdi, quod tunc nō dicatur vera nouatio, sed quasi. Dices tu: quō dispositio pœnalis pertinet ad impediēdū, ne inducatur obligatio de re principali. Nam hoc videtur falsum, cum reuera inducatur, & non tollatur ipsa principalis obligatio in actu contrahendi, sed post, dum committitur stipulatio pœnalis? Respondeo, quod sicut conuentio de re principali induxisset obligationem de ipsa re præcisam, & efficacem ad actionem

nem

nem, & quæ saltem esset perpetua: per adiectionem pœnæ in eadem dispositione fit, quod de ipsa re principali non inducatur talis obligatio, sed ea, quæ non sit efficax ad actionem, & quæ desinat in commissione pœnæ: Et ideo ista nouatio dicitur fieri in actu contrahendi ad impediendū, ne inducatur illa obligatio de re principali, prout fuisset inducta, si pœna nō fuisset adiecta. Et licet actū sit, quod in effectu obligatio principalis nō tollatur antequā cōmittitur pœna, tamē quia antequā sit quæ sita, fuit actum quod nouetur, & tollatur in commissione pœnalis obligationis. Ex hoc sequitur quod in ipso actu contrahendi dicatur nouari sub conditione, si cœperit deberi pœna, & consequenter quod ex ipsa obligatione principali, tanquam nouata sub conditione, non possit agi *l. in diem, infra de nouat.* Dices tu, quod imo ista quasi nouatio, quæ fit per pœnalem, dicatur fieri post principalem obligationē perfectā & contractam, vt videtur præsupponere tex. in *l. si penum supra, quando dies leg. ced.* in his verbis, dum testator dixit:
Publi-

Publicum pœnum dato ; statim perfectum esse legatum ? Respondeo quod sensus est, quod legatum sit quo ad verba perfectum, quia interueniunt verba, quæ inducunt vnum legatum integrum, sed non propterea, quod sit prius dispositum, aut ex eo quæsitæ obligatio, antequam sit facta dispositio pœnalis. † quia omnia contenta in testamento 10 dicuntur disposita in vltimo puncto ipsius testamēti. *l. si is qui supra, de test. & ibi Bal. & Imo. no. l. furiosum, & ibi Bald. no. C. de test. Idem Bal. in l. quid ergo. §. pœna grauior col. 7. versic. iuxta hoc quero. supra, de ius qui no. infra, quinimo tex. in d. l. si pœnum, præsupponit quod dispositio pœnalis adiecta impediatur obligationem, & actionem de re principali, dum subdit, & cum dicit Et si non dederit, centum dato ; sub cōditione legatum fundi ademptum videri in casu, quo centum deberi cœperint. Nam hæc verba denotant pœnū, seu fundum videri esse in legato sub contraria conditione, videlicet si centum non debebuntur, & pœna non committetur. *l. quod pure. supra, quando dies leg. ced. & l. aliquando, supra**

G de

de cond. & demon. Et ex hoc habes colligere rationem, quare tex. præsupponit esse vnam dispositionem, & non plures, quando fit quasi nouatio obligationis de re principali per pœnalem, & vbi videtur duæ dispositiones, inferat non fieri quasi nouationem, *d. l. obligationum fere. §. si. & in d. l. cum sine præfinitione. l. 1. §. si. supra, de stip. ser.* nam ratio est, quia in consequentiam huius quasi nouationis fit, quod res principalis dicatur, esse in dispositione sub conditione, si pœna non coeperit deberi, & in casu quo coeperit pœna deberi, solum pœna dicatur esse in dispositione, & propterea necesse est, quod intelligatur vnica tantum dispositio, quia solum intelligi potest de vna re, vel de principali, vel de pœna, sed in omni casu videri debent duæ dispositiones, necesse est igitur, quod cesset ista quasi nouatio, quia cesseretur esse simpliciter dispositio de ipsa re principali, & de ipsa pœna sub conditione, quod contradicit quasi nouationi, cuius natura est facere quod res principalis non cesseretur esse in dispositione simpliciter, sed solum ita demum, si pœna non committeretur.

retur. Ex quibus etiam potest inferri ad resolutionē illius quæstionis, an in casu, quo pœnalis nouat principalem, possit statim agi ad rem principalē, de qua per Bart. *inf. in ult. sua quæstione*, vbi dicitur.

Deueniendo nunc ad ea, quæ per Bar. & alios dicuntur circa propositā quæst. dum Bart. reprobatur duas solutiones seu distinctiones glo. *in l. si quis à socio, supra, pro socio*. bene loquitur, & ab omnibus approbatur, & eius opinio cōprobatur ex prædictis. Quia in casu, quo principalis obligatio inducitur ex illamet dispositione, ex qua inducitur pœnalis obligatio, nouatur & tollitur in totum, & etiam nulla habita distinctione an sit vel non sit, plus vel minus in pœnali. Dum etiam Bart. reprobatur tertiam solutionem, seu distinctionem, quæ fuit glo. *in d. l. duo societatem*, quæ dicebat indistinctè, fieri nouationem post euentum conditionis pœnalis obligationis, sed nō antea, propter duo, vt hic per eum. Dicendum est, vt dixi, quod principalis obligatio, quæ inducitur ex eadem dispositione, ex qua inducitur pœnalis, nouatur per

pœnalem existente conditione pœnalis,
 vt est casus. *in d. l. obligationum fieri. §. si. & in d.
 l. 1. §. item si ita, supra, ad. l. Falc. & d. l. si penum.
 supra quando dies leg. ced.* Et in his terminis
 procedit opinio glo. sed principalis ob-
 ligatio, quæ inducitur ex alia dispositio-
 ne diuersa à dispositione pœnali, nec an-
 te, nec postquam existat conditio obli-
 gationis, nouabitur per pœnalem. So-
 lum isto casu erit videndum, an per exa-
 ctionem pœnæ inducatur liberatio ab
 eo, quod debetur in principali obligati-
 one, de quo infra dicetur. Quo vero ad
 aliam opinionem seu distinctionem glo.
in l. predia, quæ sequuntur Franciscus Accur-
 si. Din. & Pet. quos hic refert Bar. qui di-
 stinguebant inter obligationem princi-
 palem, quæ contrahitur consensu, vel ex
 contractu bonæ fidei, quæ non nouatur
 per pœnalem, & illam quæ contrahitur
 verbis, vel ex contractu stricti iuris, quæ
 nouatur per pœnalem. Quam distincti-
 onem reprobat Bar. hic, quia nouatur
 principalis obligatio & actio ex test. per
 dispositionem pœnalem, *d. l. 1. §. item si ita. d. l.
 si penum.* quæuis æquiparetur obligacioni-
 bus

bus seu actionibus bonæ fidei, *in minorum C. de in integrum rest. minor. Alex. hic col. antepen. post Bal. & Raph. quos refert, licet non admittat ita indistincte quasi nouationem principalis obligationis ex contractu stricti iuris. per tex. in l. apud Celsum. §. labeo, supra de excep. do. & in l. quamuis C. de vsuris, & in l. qui Roma. §. Flavius inf. eo.* Tamen in principali obligatione ex contractu bonæ fidei sequitur præcedentem opinionem, vt nunquam moueatur per pœnalem. Adducit illam rationem, † quod ex 12 quo in contractibus bonæ fidei exigitur exuberantior fides. §. in bonæ fidei, *inst. de actio.* æquū est, quod ex mora & perfidia debitoris, nō obseruantis promissa, nō inducatur liberatio ab obligatione principalis rei. Aduertendū est, quod si loquimur in illa principali obligatione, quæ inducitur ex dispositione diuersa à pœnali dispositione, clarū est, quod ista differentia non potest procedere, quia neutro casu nouabitur per pœnalem dispositionem, vt *supra declaratum fuit.* Si vero loquimur in illa principali, quæ inducitur ex illa dispositione ex qua pœnalis, dubi-

um est an prædicta differentia procedat. Nā licet clarū sit quod fiat quasi nouat. quoties vtraq; obligatio, videlicet principalis & pœnalis, inducitur ex eademmet dispositione quæ sit stricti iuris, non tamē ita videtur expeditum, quando vtraque inducitur ex eadem dispositione,

13 seu contractu bonæ fidei. † Exemplum, vbi dictum esset: Vendo tibi fundum Titianum pro 10. & si non tradidero illū intra mensem, ex nunc pro eodē precio, vendo tibi fundum Seianum; Hic. n. & obligatio principalis de fundo Titiano, & pœnalis de fundo Seiano inducitur ex eademmet dispositione & contractu venditionis quæ est bonæ fidei.

14 † Quicquid tamen sit, veritas est quod inducatur quasi nouatio etiam in casu, quando vtraq; obligatio inducitur ex eodem contractu bonæ fidei. Nam si in modo tollendi per veram nouationem nulla est differentia inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris. *l. Aquiliana, supra de trans. l. 1. in. si. inf. de noua. inst. quibus mod. tol. ob. §. sicut autem,* ita etiam non debet constitui differentia in modo tollendi per quasi

quasi nouationem. Secundo quia sicut in testamentis, in quibus fit larga interpretatio, *l. in test. infra, de regu. iu.* sumitur illa coniectura & interpretatio, ut censeatur actum, quod dispositio de re principali transfundatur in dispositionem poenalem, quando in eadem dispositione dispositum sit de re principali, & de poena. *d. l. i. §. item si ita. d. l. si penum*: igitur in contractibus bonæ fidei sumi debet eadem coniectura, & interpretatio, quamuis in illis fiat larga interpretatio. † Non^{is} fit minus lata interpretatio in testamentis, quam in contractibus bonæ fidei, verum inter dictas dispositiones fit æquiparatio. *l. in minorum. C. in quibus causis integ. restit. non est necess.* Et licet ad istud ultimum respondeant tenentes contrariū, quod ista æquiparatio inter dispositionē testamenti & contractus bonæ fidei non cedat in omnib. *vt declar. Bar. in. l. si heres, supra de eo, quod certo loco, & in l. alias supra, de in litē iurando*, tamē ista sua responsio nō tollit argumētū, quia esto, quod sit differētia inter actionē ex testamēto, & actionē ex cōtractu bonæ fidei, quo ad ea, quæ ex postfa-

Et contingunt præter & ultra intentionem contrahentium, prout in delatione iuramenti in litem si res debita non solvatur, ut dicitur *in d. l. alias.* & quo ad interesse, casu quo solutio non fiat in loco destinato solutioni. ut dicitur *in d. l. si heres. iuncta l. in bonæ fidei, supra de eo quo certo loco,* non tamen est differentia in his, quæ ceteri possunt disposita à principio ex intentione contrahentium, ex quo non minus in testa, quam in cōtractibus bonæ fidei fit larga interpretatio voluntatis. Nec obstat, quod supra adducebatur in contrarium, videlicet non esse æquū, ut debitor in cōtractu bonæ fidei, in quo exigitur exuberantior bona fides, consequatur commoda huius quasi novationis, & liberationem ab obligatione rei principalis propter suam moram, vel perfidiam in non observando promissa. Respondetur quod debitor non consequitur istud commodum ex mora seu perfidia, sed ex potestate sibi reservata in celebratione contract. & in ipso actu cōtrahēdi, ut expresse dixit Bar. hic *in 8. solutione, & in 7. opposit.* Et propterea in exēplo sup. relato

relato concludo, quod existente conditione fiet quasi nouatio, & solum uenditio censebitur de fundo Seiano, & fundus Titianus desinet esse in uenditione. Quam etiam decisionem in specie firmat Benedictus de Plumbino *in l. si quis a socio supra pro socio*, quem hic refert & sequitur Rip. *nu. 64*. Est uerum, quod in contrarium allegatur decisio Decij *cons. 12*, qui in terminis decidit, quod ubi Socer promisit centum in dotem genero soluenda in certo termino, & si non soluisset ex nunc, prout ex tunc dabat insolutum fundum, quod elapso termino, & commissa poena, non fit quasi nouatio dictae promissionis, seu constitutionis dotis, quinimo gener possit, elapso termino, agere ad pecuniã. Ad hanc decisionem respondet Rip. quod est dubia & forte non vera, per praedicta. Tu uero aduerte quod ista decisio nihil obstat, nec loquitur in terminis nostris. Nam nos loquimur ubi obligatio rei principalis & poenalis inducitur ex eadem dispositione, seu contractu bonae fidei, & in casu Decij obligatio principalis fit, & induci-

tur in contractu dotis, & obligatio dandi fundum inducitur ex contractu dationis in solutum, vnde nulla ratione potest agi de quasi nouatione, ut supra dictū fuit *in 2. conclusione*, tanto magis in casu decisionis Decij videtur actum quod nō fiat quasi nouatio principalis obligationis dandi centum in dotem, cum actum sit, quod fundus sit & censeatur datus in solutum pro dictis centum. Quomodo n. posset dici facta datio in solutum pro illis centum, si definerent esse in obligatione, fateor quidem quod decisio Decij non procederet casu quo dictum esset, promitto tibi centum in dotem, & si illa centum non dederō intra tale tempus, constituto ex nunc tibi fundum in dotē: vel promitto tibi fundū in dotē: quia hoc casu, cū promissio quātitatis & promissio fundi sint factæ in eodē cōtractu dotis, omn. induceretur quasi nouatio, & esset idem casus cū decisione Benedicti de Plūbino supra relata, nā videretur etiā in casu isto promissor reseruasse in sua potestate, an vellet dotem esse in quantitate, vel in fundo; quod notabis.

Quo

Quo vero ad aliam oppositionem, seu distinctionem Guil. distinguentis inter principalem obligationem iurisgen. & principalem obligationem iuris ciuilib, quam etiam secuti sunt Din. Iaco. But. & Rai. quã reprobant Bar. & communiter Doc. per ea quæ dicit Bar. dicendum est, ut dixi supra, videlicet, quod quando principalis obligatio inducitur ex alio contractu, seu dispositione diuersa à cõtractu & dispositione pœnali, nunquam nouatur per pœnalem, siue sit iurisgen. siue iuris ciuilib, vbi vero ex eodemmet contractu seu dispositione, semper nouatur, siue sit iurisgen. siue sit iuris ciuilib, ut patet ex prædictis. Aduertendum tamen est ad id, quod Bar. dicit respondendo ad l. *duo societatem, supra pro socio*. Nam vult duo. Primo quod in casu illius text. illa dispositio non fuit cõequalis, sed pœnalis tantum & in hoc bene dicit. quamuis illa stipulatio pœnalis incipiat à cõuentione eorum, de quibus in contractu principali, ut supra dictum fuit declarando sensum illius text.

Dum etiã dicit Bar. quod si esset adie-
cta

Et a stipulatio coequalis, quod fuisset no-
 uata illa principalis obligatio & actio,
 pro socio, & quod si post illam coequal-
 lem subsequuta fuisset stipulatio poenalis,
 per illam non fuisset nouata illa obligatio
 & actio de re principali, quæ oritur ex illa
 stipulatione coequali, & quod istud est
 de mente d. l. *duo societatem*, si bene aduertatur.
 Opinio Bar. est vera, & de mente il-
 lius text. nam si illa obligatio coequalis
 nouat obligationem & actionem ex il-
 lo principali contractu societatis, ut
 vult text. ille, impossibile est quod ipsa
 coequalis stipulatio possit nouari per
 poenalem. Ratio, quia quasi nouatio fit,
 dum res principalis desinit esse in stipu-
 latione, & solum censetur esse poena, ut
 supra deductum & declaratum sepius fu-
 it. Si igitur fieret quasi nouatio ipsius sti-
 pulationis coequalis, necesse esse dice-
 re, quod res principalis desineret esse in
 stipulatione, & solum poena intelligere-
 tur promissa, & propterea non posset
 nouari obligatio & actio ex principali
 contractu societatis, quia res principalis
 non videretur deducta in stipulatione præ-
 cise

cise, sed solum ita demum si poena non committeretur, ut dictum fuit supra, & necesse est si debet fieri nouatio, quod praecise res ipsa in stipulationem deducatur, ut praesupponit tex. ille, si uis quod res ipsa principalis sit praecisa deducta in stipulationem, ita ut non desinat esse in stipulatione per commissionem poenae, omnino cessabit quasi nouatio. Ita credo quod uoluit dicere Bar. & bene loquitur. Aduertendum est tamen, quod haec dicta Bart. sunt exemplificanda, secundum ea quae supra dixi circa declarationem d. l. *duo societatem*, ut intelligatur esse stipulatio de ipsa re principali coequalis, quando est stipulatio distincta a stipulatione poenali, vel quia sit sola stipulatio de re principali absque alia stipulatione poenali, vel quia stipulatio poenalis subsequatur post perfectam & absolutam stipulationem de re principali, puta quia sit dictum; ea ita dari fieriue spondeas; & tu respondeas: spondeo; & sit perfecta ista stipulatio, subdatur alia stipulatio in hunc modum: Si ita data factaue non erunt 20. dari. Nam si dictum esset solum:

lum: Ea ita dari, fieriue, & si ea ita data factaue non erant, 20. dari, non essent duæ stipulationes, sed vna, in qua simul & de re principali, & de pœna disponitur, & non posset dici stipulatio coequalis. De hoc vero, quod hic dicit Bar. videlicet isto iure fforum præsumi nouationẽ, non tantum quando post primam conventionem adijciebatur stipulatio coequalis, quæ contineret plus, sed etiam quando solum tantundem, *per l. qui usum fructum. & l. scire debemus, supra eo.* in quo ut etiam aliqui hic dixerunt, Bar. videtur voluisse oppositum *in l. pen. infra de præto. stip.* non discutio, quia non pertinet ad materiam legis nostræ.

Quo vero ad aliam septimam opinionem, seu distinctionẽ Dini, quod principalis obligatio non nouetur, nec trãsfundatur in pœnalem antequam stipulator eligat agere ad pœnam, sed nouetur postquam elegit. Quã distinctionem Iaco. de Arena. & Alex. admittunt in cõtractibus stricti iuris, sed non in contractibus bonæ fidei. Pau. vero de Cast. *in l.*

in l. pradia., supra de actio. empt. admittit in
 principali obligatione ex causa lu-
 cratiua, sed non in principali ex
 causa onerosa. Concludendum est,
 quod ista distinctio & opinio nullo casu
 potest procedere, ut etiam concludunt
 communiter Doct. post Bar. † quia
 nunquam nouatio fit per electionem 16
 pœnæ. Nam si loquimur in ea princi-
 pali, quæ inducitur ex eadem dispositio-
 ne cum pœnali, clarum est quod nouat
 in commissione pœnæ eo ipso quod ex-
 istit conditio pœnalis, ut est casus *in d. l.*
ex obligation. ferè §. si. in his verbis: *Et existens*
sequens conditio transferat priorem in se, est etiam
text. in l. 1. §. itē si ita, supra ad l. Fal. quæ hic alle-
 gat Bar. Et licet Alex. hic col. antepe-
 soluat: Tamen solutio sua ad *tex. in d. l.*
obligationum ferè §. si. non tollit argumen-
 tum de illo *tex.* in prædictis verbis, *se-*
quēs conditio &c. Aut vero loquimur in
 principali obligatione, quæ non induci-
 tur ex eadem dispositione, ex qua pœna-
 lis, quo casu non inducitur nouatio per
 commissionem pœnæ, tunc etiam non
 inducetur per electionem pœnæ, verū
 solum

solum potest induci per exactionem pœ-
næ ope exceptionis doli, secundum di-
stinctionem, de qua inf. dicemus. *l. pra-*
dia. super de actio. empti. & l. si quis à socio, supra
pro socio.

Quo vero ad opinionem & distincti-
onem Bart. quã cõmuniter approbant
Do. vt attestatur Alex. & Mod. hic, quod
principalis ex causa onerosa nunquam
nouatur per pœnalem, sed nouetur
principalis ex causa lucratiua, per ratio-
nem de qua per Bar. hic, dicendum est,
ut supra dixi, videlicet quod nullo modo
possit procedere. Nam si principalis in-
ducitur ex contractu, seu dispositione
diuersa ab illa, à qua inducitur pœnalis,
nunquam fiat quasi nouatio per pœna-
lem, etiam quod sit ex causa lucratiua,
vt supra dictum fuit *in 2. conclusione.* Si ue-
ro inducitur ex eodem contractu vel di-
spositione, ex qua pœnalis semper no-
uatur per pœnalem, etiam quod sit ex
causa onerosa, vt probat tex. *in l. apud Cel-*
sum §. Labeo. supra de excep. doli, & in d. l. si quis
à socio, & in d. l. pradia, & in d. l. qui Roma §. duo
fratres, inducendo, ut supra dixi in tertia
con-

conclusionē, & eo maxime, quia tex. noster hic & in d. l. obligationum fere §. si. loquuntur generaliter non habita distinctione, an obligatio illa de re principali sit ex causa lucratiua, vel ne. Nec obstat, quod in causa onerosa, poena videatur adiecta in fauorem creditoris, 4. §. si pignora, sup. de re iud. quia solutio est, vt statim subdam.

Dum Bar. hic videtur velle, quod in causa onerosa poena videatur adiecta in fauorem creditoris, sed in causa lucratiua, in fauorem promissoris, & infra in 7. oppositione dicit, quod solum inspicitur animus promissoris, quod censeatur reseruasse in potestate sua, quid eorum solueret in casu, quando simul & semel stipulor fundum dari, & non dedere poenam; Aduertendum est, Bar. firmare noluisse hanc distinctionem inter causam lucratiuam, & onerosam in casu, quo promissio poenae non fiat simul in eadem dispositione cum principali, nam hoc casu praesupponit, nunquam posse dici factam promissionem poenae in fauorem promissoris, sed solum in fauorem creditoris, siue sit causa lucratiua, sine onerosa. Et istud est quoties

H post

post contractam obligationem de re principali ex interuallo adijcitur promissio pœnæ. Hoc enim casu in tollendo obligationem iam quæsitam inspicere debet animus creditoris, *ut dicit Bar. in 7. oppos. & dixi supra in 1. conclusione.* Idem quando eodem tempore fit promissio de re principali, dispositione, seu contractu diuerso ab eo, in quo fit promissio pœnæ, quia ex hoc apparet quod voluit obligationem de re principali esse præcisam, nõ autem sub illa conditione si pœna non committatur.

Nam vbi ageretur, quod pœna cõmissa solum esset in obligatione & dispositione pœnali, diceretur vnus tantum contractus, non duo, *ut dixi supra in 2. & 3. conclusione,* & ideo non potest censerì adiecta pœna nisi in fauorem creditoris: & Bar. recte sensit, si istud voluit, sed in casu quo promissio pœnæ fiat simul in eadem dispositione cum pœnali, firmat Bar. hanc suam distinctionem inter causam lucratiuam, & onerosam, vt ubi causa sit lucrativa, tunc dicatur facta in fauorem promissoris, sed vbi sit onerosa, in fauorem

rem

rem creditoris, & Bart. in hoc, iudicio meo, non recte sentit, nam hoc casu licet causa sit onerosa, generaliter & indistincte concludendum est, quod videatur facta etiam in fauorem promissoris. Ratio est, quia in actu contrahendi obligationem de re principali, & de poena, simul intuemur animum promissoris, quatenus verba illa possunt adaptari, siue sit causa lucratiua, siue sit causa onerosa *l. quicquid adst. ingenda, in principio sup. eo.* vnde cum verba isto casu non repugnent, quin censeari possit actum, quod res principalis sit in dispositione & obligatione, ita demum si poena non committatur, aliàs solum poena sit & censeatur esse in obligatione & dispositione, propterea praesumitur eum fuisse animum promissoris. Ad quid. n. simul in eadem dispositione fieret promissio de utroque; & non separatim in diuersis dispositionibus nisi ad hunc effectum? quæ ratio militat, ut dixi, siue sit ex causa lucratiua, siue ex causa onerosa, & licet Bart. hic distinguat inter vnum & alium casum, inf. tamen *in 7. oppos.* non distinguit.

Et aduerte, quia non dico simpliciter poenam esse adiectam in casu isto in fauorem promissoris, prout aliqui Moder. arbitrantur velle Bar. & ideo reprehendunt, sed dico quod promissio de utroq; id est de principali & de poena, censetur in fauorem promissoris facta simul; & similiter quod infauorem creditoris dicatur facta separatim, ubi contingat fieri separatim. Istud igitur, quod fiat promissio separatim, est ad fauorem creditoris, quod vero fiat simul, est in fauorem promissoris, quamuis poena possit utroque casu dici adiecta in fauorem creditoris. Et hoc puto fuisse de mente Bar. hic in 7. *oppositione*, & haec est veritas.

- 17 Dum Bar. in 5. *oppositione* & communiter Doc. concludunt, † conuentionem liberatoriam non nouari per obligationem poenalem, per tex. in *l. rescriptum §. si pacto. supra de pac.* & dicunt rationem esse quare non ita nouetur prout principalis
- 18 conuentio obligatoria, † quia fauorabiles ad conseruandam conuentionem liberatoriam, quam obligatoriam, *argu.*

l. Ari-

l. Arianus super tit. 1. & quia effectus, qui quæ-
 runtur ex conuentione liberatoria, vi-
 delicet exceptionis ius, non cadunt in
 nouationem, quæ est unius obligatio-
 nis in aliam transfusio. *l. 1. in princ. infra de
 nou.* Aduertendū est, quod conclusio est
 quidem vera & indubitata, quia de ea est
 casus *in d. l. si pacto.* Est etiam ultra Doc.
 concludens ratio. † Nam quoties post ¹⁹
 conuentionem liberatoriam apponitur
 conuentio poenæ, quæ sit obligatoria,
 omnino censi debent duæ distinctæ
 conuentiones, seu dispositiones. Non
 enim potest censi vna dispositio in qua
 simul disponatur de liberatione ab vna
 obligatione, & de obligatione poenali,
 quia liberatio non potest induci ex dis-
 positione obligatoria, nec obligatio pe-
 næ ex conuentione liberatoria, & sic u-
 na conuentio non potest transfundi in
 aliam, unde non potest fieri quasi no-
 uatio. Nam ut supra dictum fuit *in 3. con-
 clusione*, non potest esse ista quasi nouatio,
 nisi quoties intelligitur dispositum in
 una dispositione de re principali, & de
 poena simul, & ista est melior ratio, quam
 ratio Bar. & Doc. Nam esto, quod exce-

ptio & liberatio postquam fuit quæ sita, & præcise deducta in dispositionem, non possit tolli per nouationem, non tamen propterea potest inferri, quin possit cadere in quasi nouationem, quæ fit per dispositionem pœnalem, quoniam isto casu non intelligitur præcise deducta in dispositionem, sed ita demum, si pœna non sit commissa, & quasi nouatio non pertinet ad tollendum executionem, veluti iam quæ sitam, sed ad denotandum quod non sit facta præcise conuentio de liberatione, sed solum in casu, quo pœna non sit commissa, & in casu, quo pœna sit commissa, intelligatur solû facta conuentio de ipsa pœna, non autem de liberatione.

Hinc infero quod si etiam dispositio pœnalis esset de cōuentione liberatoria, puta quia dictum esset: Promittis non petere fundum, & casu quo aliter fiat, promittis non petere domum; quod isto casu fieret quasi nouatio, nam utraq; promissio censi potest facta in eadem stipulatione seu conuentione de non
pe-

petendo. Ne hoc casu obstarent rationes Bar. & Doc. Nam cessaret prima videlicet quod fauorabiliores ad conseruandum liberationem, quia secunda pœnalis est etiam liberatoria, non etiam secunda, quod liberatio & exceptio non possit tolli per nouationem, quia hoc procedit, quando de ipsa liberatione, & exceptione esset facta præcisa dispositio seu conuentio, non autem in casu isto quasi nouationis, quando ea ratione dicitur facta quasi nouatio, quia liberatio & ius exceptionis non censeatur præcise deductum in nouationem, & ista opinio mihi videtur probabilis, nec Doct. videtur velle contrarium, quia loquantur quando dispositio pœnalis esset obligatoria.

Quo vero ad illud dictum Bar. † vi- 20
delicet exceptionem iam quæsitam non possit tolli per nouationē reprobata glo. *in l. 1. in fi. secunda glos. magna. inf. de prato. stip.* Bar. bene loquitur, nam aduertendum est, quod ius exceptionis potest quidem tolli in consequentiam perempta illa actione, aduersus quam competit,

H 4 quia

quia illa exceptio non porrigitur aduersus illam secundam actionem nouantem, nisi secundum distinctionem de qua per Bart. in l. aliam, inf. de nouat. Et de qua dixi in Rub. super eo, & similiter perempta causa illa, propter quam competit illud ius excipiendi. Exempli gratia, dominus domus, quæ passa fuit damnum, habet ius excipiendi contra dominum domus ruinosæ agentem, ut tollat rudera, aut non tollat, nisi prius cauerit de damno infecto, & pro præterito & futuro damno. l. prætor ait §. si. supra de dam. infec. Data igitur cautione finitur & cessat causa, propter quam competit illud ius excipiendi, & ideo dicitur in consequentiam finiri ipsum ius excipiendi, & ita procedunt, quæ dicit Bar. in l. 1. §. 1. inf. de præst. stip. Tamen ius exceptionis iam quæsitum non potest directo tolli per nouationem, & licet per aliam nouationem possit tolli æquitas, super qua fundatur ius exceptionis l. qui equitate, supra de excep. doli, non tamē propterea tollitur ipsum ius except. ipso iure, quasi per nouationem, sed solum operatur illa secunda conuentio, quod
contra

contra illam exceptionem detur repli-
 catio, *l. si vnus. §. pactus ne peteret, supra de pac.*
 Dum etiam Bar. & communiter Doc. in
 6. oppositione concludunt † non fieri 21
 quasi nouationem, quoties obligatio rei
 principalis confertur in personam vni-
 us, & obligatio poenæ in personam alte-
 rius; Conclusio est vera & indubitata,
 nam de illa est casus, quem ipsi allegant
in l. 1. ad si. inf. de stip. seruorum. Tamen dubium
 est de ratione, quare interuentus nouæ
 personæ in obligatione poenali impedi-
 at hanc quasi nouationem in casu isto,
 vbi censeretur quasi nouatio, si noua
 persona non interuenisset, cum tamen
 alias interuentus nouæ personæ iure i-
 sto fforum faceret, quod præsumeretur
 nouatio, Nam ratio Bar. *in d. §. si. & in l. quod
 traditum, supra de cond. & demon.* quod inter-
 uentus nouæ personæ ex parte stipulato-
 ris non inducit præsumptionem noua-
 tionis, sed solum ex parte promittentis,
 non euacuat difficultatem, quia in casu
 isto quæritur non de ratione, quare non
 faciat præsumi quasi nouationem, sed
 quare impediatur istam quasi nouationē,

H § quæ

quæ circa interuentum nouæ personæ
 fuisset inducta, eo maxime, quia in ista
 quasi nouatione, quæ fit in ipso actu cō-
 trahendi, inspiciamus animū promissoris
 vt dicit Bar. *in 7. oppositioe*. Veram rationem
 ponit tex. *in l. 1. §. si. de stipu. ser.* vt ratio sit, quia
 videri debent in casu isto duæ stipulatio-
 nes, seu dispositiones. Nam in casu illius
 tex. perinde est, ac si vterq; dominus es-
 set stipulatus, videlicet Titius stipulatus
 esset decem Kalendis, & Meuius stipula-
 tus esset viginti sub conditione, si illa de-
 cem non dedisset Titio, & sic essent duæ
 stipulationes, prout etiam dicit tex. *in d.*
l. 1. §. communis seruus, & omni casu, quo obli-
 gatio rei principalis confertur in perso-
 nam vnius, & obligatio poenæ in perso-
 nā alterius, censentur duæ stipulationes,
 quia vnus censetur stipulari rem princi-
 palē, alius vero poenā. Vides igitur, quod
 quoties censentur duæ dispositiones di-
 stinctæ, cesset nouatio, & quoties cense-
 tur vna & eadē dispositio de re principa-
 li, & de poena, quod semper dicimus esse
 nouationem. Iuxta tamen prædicta,
 stat dubitatio, an saltem in casu isto quā-
 do

do obligatio rei principalis confertur in personā vnius, & obligatio pœnæ in personā alterius per exactiōē factam ab vno, inducitur liberatio ex alio pro concurrenti quantitate, de quo non tangūt Doct. hic, sed *in l. si insulam, supra eo.* dum quærunt an sit promissa purgatio morę, quando pœna confertur in personam tertij. Ibi dicemus. Dum Bar. & alij *in 7. oppositione* concludunt † quod licet isto 22 iure fforū non præsumeretur vera nouatio, vbi secunda stipulatio coæqualis minus contineret. *l. qui vsum fructū, supra eo. l. qui vsum fructum. §. qui actum, inf. de nouatio.* quod tamen præsumeretur quasi nouatio principalis obligationis per pœnalē, nō obstāte quod pœnalis min⁹ cōtineat, per rationem, de qua per eam hic. Conclusio est vera & indubitata, quod vbi de re principali, & de pœna simul in eadem dispositione disponitur, fit ista nouatio, quāuis sit minus in pœna. Adnotāda tamen sunt plura, quæ Bar. præsupponit in ratione diuersitatis inter nouationem veram, & quasi nouationem, quæ fit per pœnalem obligationem.

Sunt

Sunt. n. notatu digna, licet alij non advertant, nam præsupponit, quod obligatio iam contracta, vel quæsitæ non tollatur per pœnalem stipulationem, seu per quasi novationem, sed solum per stipulationem cœqualem, & per veram novationem: sed per quasi novationem, quæ fit per pœnalem, tolli solum illam principalem obligationem, quæ simul & semel contrahitur cum pœnali, ita colligitur dum dicit, in novatione vera, quæ fit per secundam stipulationem cœqualem, idcirco inspicimus animum stipulatoris, quia agitur de tollendo obligationem iam contractam & quæsitam, sed in quasi novatione, quæ fit per pœnalem, idcirco inspicitur animus promissoris, quia fit in actu contrahendi, dum simul & semel stipulor rem principalem, & pœnam, si illa non detur. Et in hoc præsupponit illud, quod dixi, *supra in 1. conclusione.* videlicet per pœnalem nunquam fieri quasi novationem principalis obligationis iam contractæ, vel quæsitæ antea ex aliquo intervallo, & mirum est, quod in superioribus Bar. tan-

tantum laborauerit circa solutionem
 tex. *in d. l. apud Celsum. §. Labeo*, quia potuit di-
 cere, ideo non posse fieri quasi nouatio-
 nem per pœnalem, ex quo illa principa-
 lis obligatio erat quæsita ex sententia an-
 tequam contraheretur stipulatio pœ-
 nalis. Præsupponit etiam, quod quasi
 nouatio nō dicatur fieri, nisi in actu, dū
 contrahitur illa obligatio principalis, &
 in hoc dicit illud idem, quod tibi supra
 declarauī *in 3. conclusione*. Nam ista est ra-
 tio quare dicatur quasi nouatio, non au-
 tem vera, vt ibi dixi.

Dum etiam Bar. dicit, quod vbi quis
 stipulatur simul & semel rem aliquam,
 & si non detur, pœnam, quod videtur
 reseruatam, in facultate promissoris,
 quod eam solueret, non obstante quod
 minus sit in pœna, *per tex. nostrum hic ad si. &
 in l. si quando §. heres de leg. 1.* Intentio Bart.
 fuit, vt etiam dixi, declarando eius verba
circa 8. solutionem, quod quando quis stipu-
 latur rem, & deinde in alia diuersa & se-
 parata stipulatione stipulatur pœnam,
 tunc nō potest videri reseruatam in po-
 testate promissoris, quod eorum solue-
 ret,

ret, quia patet, quod à principio se obligavit præcise ad rem principalem. Sed ubi simul & semel stipulatur quis rē principalem, & pœnam, videtur reservatum in potestate promissoris, quod eorū solveret, & quod ab ista præsumptione, quæ colligitur ex eo, quia simul & semel facta fuit stipulatio de utroq; non sit recedendum, propterea quia minus sit in pœna, quemadmodum in legato alternativo, quando verba referuntur ad gravatum, colligitur præsumptio, quod electio sit gravati, *vt not. in l. legato generaliter, de leg. 1.* Ab ista præsumptione nō receditur, quāvis minus sit in secundo, quam in primo *vt in d. l. si quando. §. heres.* Et hoc modo declarando apparet, quod Bart. bene loquitur, & quod eius opinio probetur non solum per tex. nostrum *ad finem*, sed etiam per tex. *in d. §. heres.* Quicquid dicat Alex. & alij Mod. hic, Dum etiam Bart. **23** *in 8. oppositione* concludit † quod in pœnabilibus, quæ in locum alterius subrogantur, diuersitas rei, quæ venit in secunda pœnali, non impedit quasi nouationem, licet in duabus stipulationibus coæqualibus

libus diuersitas rei , quæ venit in secunda, impediatur veram nouationem. *l. fundum Cornelianum, inf. de nouatio.* Sensus Bart. non fuit dicere quod in vera nouatione, quæ fit per stipulationem coæqualem, illa stipulatio nouans non subrogetur in locum prioris obligationis, quia si hoc voluisset dicere, male fuisset locutus, quia in vera nouatione fit transfusio prioris obligationis in sequentem. *l. i. inf. de nouat.* & obligatio, seu actio secunda nouans sequitur naturam prioris obligationis nouatæ, tanquam in eius locum subrogata, iuxta tradita per Bart. *in l. aliam, inf. de nouat. & quæ dixi in Rub. ad. si. supra eo.* Sed intentio Bart. fuit dicere, quod licet in vera nouatione, secunda obligatio subrogetur in locum prioris, non tamen obligatio de vna re subrogatur in locum obligationis de alia re. Et ideo diuersitas rei, quæ venit in secunda, facit præsumi non adesse animum nouandi, quia hoc est præter & ultra naturam vere nouationis. Sed quia in poenalibus obligatio de vna re solet subrogari in locum obligationis, de

de alia re, iccirco diuersitas rei, quæ venit in pœnali, non impedit quasi nouationem, quæ fit per pœnalem. Reiecta opinione glo. quæ vbique tenet contrarium. Dum etiam Bart. in 9. oppositione. 24 concludit † quod dispositio *l. si. C. de nouatio.* quæ corrigit iura antiqua loquentia de nouatione, non procedit in quasi nouatione, quæ fit per pœnalem, & propterea quod circa istam materiam nouationis nil sit immutatum per iura noua, opinio Bart. est communiter approbata, vt hic dicunt Ias. & communiter Mod. & licet Ias. hic, & in *l. fin. supra si quis in ius vocatus non ierit,* & in *l. rescriptum. §. si pacto supra de pac.* & in *l. si stipulatus fuero te fisti, supra eo.* sequatur opinionem glos. contra Bart. per quædam de quibus per eum: tamen opi. Bart. & communis, iudicio meo, est vera, pro cuius comprobatione, & resolutione eorum, quæ adducuntur in contrarium, aduertendum est, quod dispositio *d. l. si.* & *tex. in §. preterea, inst. qui mo. toll. obl.* loquitur quando per aliam secundam stipulationem agitur de tollendo obligationem iam contractam, & quæ sitam antea

antea ex intervallo, vt expresse colligitur
 ex d. l. si. in his verbis: *Nihil penitus prioris cau-*
tela immutari sed anteriora stare, & posteriora il-
lus incrementum accedere, & in his verbis: *Ni-*
si specialiter remiserint quidem priorem obligatio-
nem, & hoc expresserint, quod secundum magis
pro anterioribus elegerint. Quod etiam colligi-
 tur ex tex. in d. §. *præterea,* dum dicit: *Tunc no-*
uationem prioris obligationis fieri, & dum dicit:
Quod propter nouationem prioris obligationis con-
uenerint. Et dum etiam subdit: *Alioqui mane-*
re pristinam obligationem, & secundam ei accedere:
 igitur non potest procedere in quasi no-
 uatione, quæ fit per poenalem, quia
 per illam non agitur de tollendo obliga-
 tionem iam contractam & quæsitā, sed
 solum agitur in ipso actu cōtrahendi de
 impediendo obligationem de re princi-
 pali contrahendā, vt latius declaratū fu-
 it supra, in 3. *conclusionē.* † facilius enim im-
 peditur actio contrahēda, quam iā con-
 tracta tollatur. *l. patre furioso, supra, de his qui*
sunt sui vel alien. iu & quia in tollendo obliga-
 tionem iam quæsitam intuemur animū
 creditoris; Sed in impediendo, dum cō-
 trahitur, obligationem contrahendam
 intuemur animum promissoris, vt per

I Bar.

Bar. & alios in 7. oppos. & supra dictum fuit. Accedit, quia cū d. l. si. & d. §. *preterea*, expresse restringāt suā decisionē ad casus, quādo agitur de tollendo obligationē iā antea ex interuallo quæsitā, nulla ratione potest tractari de extensione dictæ decisionis ad casum quādo in actu cōtrahendi agitur de impediendo obligationē rei principalis cōtrahendā, & nondū quæsitā. Ex quib. patet clara solutio ad ea, quæ in contrariū adducūtur per Ias. hic. Nam dū dicit quod dispositio *d. l.* quæ loquitur de nouatione, debet extendi ad quasi nouationem, licet non sit proprie nouatio, sed solum large & improprie. Nam illa ratio scripta in lege, videlicet vt tollatur ambiguitas iuris veteris, militat etiam in quasi nouatione, attento quod etiam in correctorijs ex identitate rationes scriptæ in lege est licita extensio, maxime de stricta significatione vocabuli adlatam. *l. his solis, in ver. tacite cautū putamus C. de reuocan. donatio.* & ibi Bal. no. cum plurib. concord. de quib. per Ias. in authentica, *quæ actiones. C. de sacros. Eccl.* Multipliciter ex prædictis potest responderi, primo negan

gando quod sit ambiguitas de iure civili circa hanc materiam quasi nouationis, quæ fit per pœnalem, quia omnes ll. conueniunt in hoc, quod fiat quasi nouatio principalis obligationis, quæ in eadem dispositione simul cum pœnali contrahitur, & quod non fiat quasi nouatio principalis obligationis, quæ ex alia dispositione contrahitur, vt sæpius supra demonstratum fuit.

Secundo dicitur, quod non est verum, quod in quasi nouatione sit eadem ratio, quæ in vera nouatione, quia in quasi nouatione inspicimus animum promissoris, in propria nouatione inspicitur animus creditoris. Et in quasi nouatione agitur de impediendo in ipso actu contrahendi obligationem de re principali nondum contractam vel quæsitam; Sed in vera nouatione agitur de tollendo obligationem iam contractam vel quæsitam, inter quæ non est par ratio *d. l. patre furioso*. Et licet verbum nouationis ex larga & impropria significatione comprehendat etiam quasi nouationē, tamen verba quæ

1 2 dispo-

disponunt de obligatione iam contracta, & quæ sita, nedum ex larga & impropria significatione possunt comprehendere obligationem nondum quæ sitam, sed contrahendam, & ideo verba. *d. l. si. & d. s. præterea*, nedum ex larga significatione possunt conuenire quasi nouationi, quæ fit per pœnalem in ipso actu contrahendi. Cōclusio igitur erit quod decisio *l. d. si.* nō procedit in illa quasi nouatione, quæ fit in actu contrahēdi. Hinc infero, quod per *d. l. si.* non corrigatur dispositio *l. cum enim infr. de nouat. & l. si stipulatus. §. Chrysogonus inf. eo.* videlicet, quod per stipulationem interpositam iuxta numerationem pecuniæ, fiet quasi nouatio contractus mutui, & obligationis, quæ debuisset oriri ex numeratione, vt sic solū inducatur obligatio ex stipulatione, de qua per Bart. & alios in *l. singularia, in 6. speciali, supra, si. cer. pet.* quia in casu isto agitur non de tollendo obligationem iam contractā, sed de impediendo in actu non trahendi per quasi nouationem, obligationem contrahendam. Referunt Alex. & alij Moderni, alias opi. & distinctiones Doc. circa propositam-

sitam quaestionem, quas etiam reprobant,
 & quas etiam praetermitto, quia manife-
 ste ex praedictis confunduntur. Vides igitur,
 quod permanendum est in illa di-
 stinctione, qua supra assignavi, & quod
 conclusiones supra positae, sunt verae &
 indubitatae, videlicet quod obligatio de
 re principali quaesita anteaquam contra-
 hatur poenalis, vel quae inducitur ex co-
 tractu & dispositione diuersa, ab illa dis-
 positione, ex qua inducitur obligatio
 poenae, nunquam nouatur per poenalem
 sed solum nouatur illa obligatio de re
 principali, quae contrahitur ex eadem-
 met dispositione, ex qua inducitur obli-
 gatio poenae. Iuxta quam distinctionem,
 & conclusionem adhuc supersunt quaedam
 difficultates; prima difficultas est, quo-
 modo cognoscamus quod disponatur de
 re principali, & de poena, in vna & eadem dis-
 positione effectum, vt cognoscamus an fiat
 quasi nouatio principalis per poenalem.
 † Huic dubitationi respondetur, quod o- 29
 mni casu, quo post perfectam & absolutam
 dispositionem de re principali subsequa-
 tur promissio poenae, tunc manifeste co-

stabit, quod erunt duæ distinctæ dispositiones, vel contractus, & per consequens quod obligatio rei principalis inducitur ex vna dispositione & obligatio pœnæ ex alia. Et istud procedit et, quod vtraque dispositio esset eiusdem formæ, & quod incontinenti post perfectam & absolutam dispositionem de re principali, subsequatur dispositio pœnæ. Exemplum, si dictum sit, promittis Pamphilum, & tu respondeas, promitto, & exinde post perfectam hanc stipulationem Pamphili incontinenti interrogo, & si non dederis Pamphilum, dabis quinquaginta, & respondeas, promitto, tunc enim dicentur duæ stipulationes & propterea non erit quasi nouatio. Impossibile est. n. quod sit quasi nouatio, cum non fiat in actu dum contrahitur principalis obligatio, sed post contractum, vt dixi supra, in 3. conclusione. Et cum res principalis sit deducta præcise in dispositione, & cum sint duæ stipulationes, non autem vna, vt dictum est supra. Vbi vero disponitur de pœna, antequam sit perfecta dispositio de re principali, isto casu, si

dispo-

dispositio de re, & de pœna cadit in dispositione, seu contractu eiusdem speciei, seu formæ, videbitur esse vna tantum dispositio seu contractus, & fiet quasi nouatio. In his terminis loquitur & procedit quod dicitur. *in l. 1. supra, de pœna legata. in l. 1. §. item si ita. supr. ad l. fal. & in d. l. si pœnum, supra quando dies leg. ced. & quod dicitur in l. nostra, & in l. obligationum fere. §. si. supra, tit. 1.* ita etiam procedit illa decisio, supra relata, vbi in venditione fundi Titiani prox. conuentū esset quod si non traderet illū fundū intra mensem, ex nunc prout ex tūc fiet venditio fundi Seiani pro eodē precio. Nā videbitur vnus tantū contractus de fundo Titiano & de Seiano, quia disponitur de venditione fundi Seiani, quæ est pœnalis ante perfectā vēditionē de fundo Titiano, & dispositio de vtroq; cadit in cōtractu eiusdē speciei. In eisdē terminis procedit illa decisio, quā supra firmaui, quod vbi dictū esset, promitto tibi centū in dotem, & si centum nō dederō, ex nunc promitto fundum in dotem, nam dispositio de vtroque cadit in contractu eiusdem speciei, videlicet

contractus dotis, & de pœna disponitur
 ante perfectam dispositionem de re prin-
 cipali, vbi vero dispositio de re principa-
 li cadit in contractu vnius speciei, & dis-
 positio de pœna in cōtractu alterius spe-
 cie, isto casu nō dicetur disponi de vtro-
 que in eadem dispositione seu contractu
 & iccirco non erit quasi nouatio. In his
 terminis procedit & loquitur. *l. si quis à socio*
& l. duo societate, supra, pro socio, & l. prœdia, su-
pra, de act. emp. nā licet ponamus casum quod
 stipulatio pœnalis in dictis II. sit interpo-
 sita ante perfectum & absolutū contra-
 ctū principalē societatis, vel emptionis,
 tamē erit duplex cōtractus, quia disposi-
 tio de re principali cadit in cōtractu uni⁹
 speciei, videlicet societatis vel emptio-
 nis, & dispositio pœnæ in cōtractu stipu-
 lationis: nō. n. de pœna cōtrahitur vēdi-
 tio vel societas, & iccirco nō fit quasi no-
 uatio, vt ibi dicitur, Procedit etiā, & lo-
 quitur illa decisio Decii *cōsi. 12.* quā supra re-
 tuli, declarando vt supra dixi, & in casu
 isto, quando ante perfectā dispositionē
 de re principali interponitur dispositio
 de pœna, posset procedere distinctio Bal-
 hic, & Benedicti de Plōbi. qui distingue-

bant, quod fieret quasi nouatio, ubi de poena disponitur in contractu eiudem speciei seu formæ, cuius est contractus, in quo disponitur de re principali, alias non, nam in casu quando disponitur de poena, antequam sit perfecta dispositio de re principali, sua distinctio est vera. quoniam non videbuntur duo contractus, sed vnus tantum, nec videbitur præcise in contractu deducta res principalis, & iccirco erit quasi nouatio, ubi dispositio de utroque cadit in contractu eiusdem speciei, vbi vero cadit in contractu diuersæ speciei, quia tunc necessario erunt duo contractus, non poterit esse quasi nouatio. Et iuxta hoc debes aduertere, quod licet stipulatio apposita iuxta contractum innominatum de eo, quod principaliter deductum sit in ipso contractu, impediat contractum innominatum, & faciat quod sit sola stipulatio, iuxta ea quæ dicta sunt *in rub. supra eo.* & similiter impediat contractum, qui celebratur, & *in l. cum enim, inf. de nouatio.* & *in l. si stipulat. §. Chrysogonus, inf. eo. Bar. & Doc. in l. singularia, in 6. speciali, supra si cer. pe. † Ta- 27*

I s men

men stipulatio pœnalis apposita etiam iuxta contractum innominatum, vel contractum, qui re celebratur, nunquã impedit illum contractum de contractu innominato. habes casum, *in d. l. qui Roma. §. Flavius.* Et ratio est, quia in stipulatione pœnali non censetur præcise deducta res principalis, ita vt sit in stipulatione, quo ad petitionem vel actionem, quamuis stipulatio pœnalis incipiat à conuentione eius, quod est in principali obligatione, sed solum in stipulatione censetur præcise deducta pœna, *vt est casus in l. duo societatem supra pro socio. in l. 1. §. item si ita, supra ad legem Falc. & est casus in lege nostra, ut supra dictum fuit.* Vnde nullo modo per ipsam pœnalem poterit nouari principalis obligatio, quæ oritur ex illo contractu, seu conuentione innominata, vel ex illa numeratione, seu traditione rei.

28 Secunda est difficultas, quid in casu quo dictum esset: promittis Pamphilum sub pœna 10. vel testator dixisset: Grauo hæredem dare fundum sub pœna 10. an fiat quasi nouatio, prout si dictum esset, & si

si non dederis Pamphilum, promittis 10.
 Rip. hic nu. 64. post Imo. in cap. Rainaldus, de te-
 stamentis, & Bar. in l. 1. col. 6. vers. 2. quaro. C.
 de his qui not. inf. Fel. in c. inter cetera. de rescrip.
 concludunt non fieri quasi nouationē,
 sed post commissam pœnam posse agi
 ad rem principalem, quod etiam videtur
 voluisse Dec. in dicto cons. 12. Adducit quia
 ex eo, quod dicitur sub pœna, denota-
 tur fuisse adiectum fauore stipulatoris,
 seu legatarij, magis quam in casu, quan-
 do dictum esset, si non dederis, dato de-
 cem.

Ego credo fieri quasi nouationem,
 prout si dictum esset, si non dederis, dato
 decem. Moueor quia ut concludunt gl.
 Bart. & communiter Docto. in l. rescriptū
 §. si pacto, super de pactis, non est differentia, u-
 trum dicatur, dabis fundum sub pœna
 10. vel dicatur: & si non dederis, dabis
 decem; & propterea sic fiat quasi noua-
 tio in vno casu, prout in alio. Secundo,
 quia ratio, quare fit quasi nouatio, quā-
 do dictum est, si non dederis, dabis de-
 cem, est, quia in hac dispositione, in qua
 simul fit promissio de re principali,
 & de

& de pœna, videtur actum quod res principalis non sit præcise in stipulatione, seu dispositione, sed ita demum, si pœna nõ committatur. Ista ratio multo magis procedit quando dictum esset, sub pœna decem, nam verba videntur denotare, quod obligatio de re principali non sit præcisa, sed causatiua, si vult euadere pœnam, non minus quam ubi dictum esset: Si non dederis, dabis centum: igitur etiam in casu isto fiet, quasi nouatio. Accedit quia in casu isto quando dictum fuit, promittis dare sub pœna, colligitur propter vnitatem sermonis magis aperte, esse vnam tantum stipulationem de re principali, & de pœna, quam in casu dictum esset, si non dederit Pamphilum, det centum. Igitur non minus in casu isto debet censei quasi nouatio, quam in illo, quia quoties est una dispositio de re principali, & de pœna, & non plures, oportet esse quasi nouationem, ut in superioribus dictũ fuit. Non obstat quod censeatur adiecta pœna in fauorẽ creditoris, quia esto, quod pœna censeatur

atur adiecta in fauorem creditoris, non tamen propterea fit, quin censeatur facta promissio de re principali, & de poena simul in eadem dispositione, magis quam separatim in diuersis ad fauorem etiam debitoris, iuxta ea quæ dicta sunt supra in 8. solutione Bar. & in 7. opp. Nec obstat decisio Inno. Bal. & Fel. supra relata, quia ipsi non firmant hoc, quia velint esse speciale in casu, quando sit dictum nomine poenæ, sed quia arbitrantur, nunquam fieri quasi nouationem per poenalem obligationem, nisi postquam stipulator elegit agere ad poenam: quasi omni casu censeatur adiecta solum in fauorem stipulatoris, & in hoc malè dicunt. Concludendum est igitur, quod siue sit dictum sub poena decem, siue explicite, si non dederit Pamphilum, det decem, quod semper fiat quasi nouatio, quoties disponitur in eadem dispositione de re principali, & de poena.

Alia est difficultas quid in casu quo actum sit, quod commissa poena utrunq; debeatur, an fiet quasi nouatio principalis obligationis per poenalem. Huic questioni

stioni respondetur, quod vbi vtrunque debetur ex eo, quia in promissione pœnali sit adiecta clausula, rato manente pacto, vel rata manente prima conuentione, vt est in casu, *l. qui fidem, supra de transac.* isto casu non est tractandum de nouatione, attento quod expresse actum fuit, quod res principalis debeatur ex priori conuentione & obligatione, & quod illa firma permaneat. Vbi vero res principalis foret promissa in secunda conuentione pœnali, & actum quod ex illa secunda agi possit ad ipsam rem principalem, & in casu isto concludendum est, quod de iure fforū fuisset nouata principalis per ipsam pœnalē, quæ ēt subsecuta fuisset ex interuallo, quia in illa secunda cēferentur duæ stipulationes, vna coæqualis de re principali, & alia pœnalis de pœna, quo casu iure fforū præsumebatur nouatio. §. *præterea. inst. quib. mod. toll. ob. Bar. & Doc. in l. qui usumfructum. supra eo. in. l. pen. infr. de preto. stip.* Sed de iure hodierno solum nouaretur obligatio principalis, quādo illa promissio rei principalis, & pœnæ sub
illa

illa conditione, si res principalis non sol-
uatur, esset facta in eodem actu contra-
hendi principalem conventionem de
re principali, puta quia dictum esset: Pro-
mittis Pamphilum, si Pamphilum non
dederis, promittis Pamphilum & centū.
Nam isto casu absque dubio fieret quasi
nouatio, ut præsupponit tex. noster hic
in versic. quod sine dubio. Ista autem quasi noua-
tio non pertinet ad casum ut desinat ob-
ligatio de re principali, sed ut obligatio
rei principalis, quo ad actionem & exa-
ctionem oriatur solum ex secunda, ratio
ex priori cōventionione, quia videtur sem-
per actum quod præcise solum possit agi
ex illa secunda conditionali, ut sæpius
dictum fuit supr. Contra istud obstat tex.
in l. quamuis Bassa C. de usuris de quo opponunt
Alex. & alij hic, tamen non obstat, ut sta-
tim dicetur. Utilitas autem in casu isto
esse posset, quia ante commissam pec-
nam, non posset agi ad rem principa-
lem. Nam pone, quod sit dictum:
Promittis Pamphilum, & si Pamphi-
lum non dederis intra biennium,
promittis Pamphilum & centum,
nam

nam isto casu si promissor velit expectare lapsum biennij, & teneri potius ad vtrunque quam infra biennium, cogi ad solutionem Pamphili, utiq; infra biennium aduersus eum agi nō poterit, quia illa principalis obligatio ex illa prima conuentione est nouata dum contrahitur, ut est casus in *l. in diē, inf. de nouatio*. Est etiam utilitas quo ad cursum præscriptionis, quia non incipiet cursus præscriptionis contra obligationem rei principalis, nisi post commissam secundam conuentionem, in qua fuit facta promissio vtriusque.

- 29 Quarta est difficultas † an per vnā pœnalem possit fieri quasi nouatio alterius pœnalis, & concluditur quod non, ista conclusio absq; dubio procedit in duabus dispositionibus pœnalibus impositis à lege, ut est casus in *l. cum duobus §. idem responde., supra pro socio. & ibi Bar. no. concludunt Ang. Imo. Abb. Fulg. Bald. & communiter Docto. quos hic refert, & sequitur Rip. numero 93.* Ratio quia cum lex velit priorem pœnā posse exigi, ita quod sit præcise in obligatione ante cōmissionem secundæ pœnæ,

ne, ideo sequitur quod non possit fieri quasi nouatio per secundā. Nam, ut sup. dictum fuit, de substantia quasi nouationis est, ut prior obligatio non dicatur esse præcisa, sed solum ita demum, si sequens non committatur. Dices tu, quare non censetur actum quod prior pœna non sit præcisa, ut non possit exigi, prout in casu quando fit quasi nouatio principalis obligationis per pœnalem. Respondetur, quod pœnæ ex l. dispositione imponuntur, propter delictum, & esset admodum absurdum, si non posset exigi prior pœna, antequam adueniat tempus, post quod debet committi secunda, quia sic sequeretur, quod ante illud tempus iste, qui deliquit, esset extra pœnam, & delictum esset impunitum, & propterea reprobatur communiter dictum Din. quod etiam secutus fuit Bar. *in l. publicorum, inf. de pub. iud.* qui dicebant fieri quasi nouationem prioris pœnæ, casu quo lex imponeret aliquam pœnam pecuniariam pro aliquo delicto, & casu quo pœna intra certum tempus non sit soluta, imponat pœnam mutilationis

K mem.

membri, nisi saluando dixerimus, quod non loquantur de quasi nouatione, quæ fit per commissionem pœnæ secundæ, sed per electionem, siue exactionem secundæ.

Procedit etiam absq; dubio in casu, quo prior pœna est legalis, & secunda cõ-ventionalis. Exemplum in emphyteota, cui lex imponit pœnam caducitatis, casu quo non soluat canonem, & in conuentione fit adiecta alia pœna, nam per istam pœnam conuentionalem non videtur recessum ab illa legali, nec fit quasi nouatio illius prioris legalis per hanc secundam, licet utraq; non possit exigi.

³⁰ *glo. communiter approbata in l. 2. in glo. magna. C. de iure emph.* † Ratio est duplex, primo, quia cum obligatio prioris pœnalis inducatur ex vna dispositione, videlicet ex legis dispositione, alia vero ex dispositione contrahentium, non potest esse quasi nouatio, nam nec etiam fit quasi nouatio principalis per pœnalem, quando principalis inducitur ex alia dispositione diuersa ab ea, ex qua inducitur pœnalis, vt dictum fuit supra, in 2. conclusione. Est etiam
iam

iam alia ratio, quia vtraque poena & legalis & conuentionalis, in euentum eiusdem conditionis est committenda, quo casu non potest agi de quasi nouatione; attento quod secunda non videtur adiecta sub conditione, si prima non sit soluta, sed vtraq; venit committenda, casu quo non soluit canonem, ita quod vna non videtur subrogata in locum alterius poenae, sed vtraq; committitur propter moram in soluendo canonem.

Procedit etiam absque dubio, quando vtraque poena est conuentionalis, & adiecta loco particularis interesse, tamen secunda poena non debetur pro toto tempore, pro quo debetur prior, casum habes & exemplum in *l. quamuis Bassa C. de usuris*, nam mutuaui pecuniam Titio, qui spondit mihi minores usuras, & si intra certum tempus eas non soluisset, promisit ampliores. Et sic vtraq; poena, & de particulari interesse sortis principalis & secunda poena usurarum, non debetur pro toto tempore, pro quo debetur prior poena de minoribus usuris, quia ampliores usurae non debentur pro tempore de-

fluxo ante tempus præfinitum in cautione, sed solum pro tempore futuro post illud tempus præfinitum, & pro tempore præterito debentur solum illæ minores, & iccirco non potest esse quasi novatio illius prioris conventionis, ex qua debentur minores usuræ per illam secundam, in qua promittuntur ampliores. Ratio est, quia actum fuit, quod etiam post commissam secundam obligationem usurarum firma tamen remaneat utraq; videlicet prior pro usuris temporis defluxi ante tempus præfinitum & secunda pro usuris temporis futuri, & idcirco cessat quasi novatio, cum omnino sint & videri debeant duæ dispositiones, quod est contra substantiam quasi novat. *ut l. obligationum serè §. si. supra tit. 1. & l. 1. §. si. inf. de stip. seruorum, & dictum fuit supra in 3. conclusionem.* Fortius dico, quod idem esset in casu quo actum esset, quod secunda poena, & sic ampliores usuræ deberentur etiã pro tempore, quo debentur minores, quia actum esset, quod non solutis illis minoribus intra certum tempus, deberentur ampliores etiã pro toto tempore
antea

antea defluxo, non tamē fieret quasi nouatio obligationis minorum usurarum. Ratio quia prior pœna minorum usurarum fuit promissa propter moram in soluendo sortem principalem loco particularis interesse, quod patitur creditor propter dilationem sortis principalis, illa uero secunda pœna maiorum usurarum propter moram in soluendis vsuris minoribus, igitur censi debent debitæ non ex eadem dispositione, sed ex diuersa, quia prior propter vnā moram, alia propter aliam, & sic cessat quasi nouatio. Sunt etiam aliæ rationes, de quibus inf. Ex quib. habes colligere quod tex. *in d. l. quamuis Bassa*, de quo opponunt Alex. & alij contra illam conclusionem, quod principalis obligatio nouetur per pœnalem nihil penitus obstat, quamuis circa solutionem d. l. cæteri admodum laborarint.

Procedit etiam prædicta conclusio, casu quo principalis obligatio nouatur per primam obligationem pœnalem commissam. nam hinc impossibile est, quod illa pœnalis prior nouetur per secundā

poenalem. Exemplum, si stipulatus sim à te Pamphilum, & si Pamphilum non dederis, fundū, & si fundum non dederis, centum. Ratio, quia si actū sit quod principalis obligatio Pamphili nouetur per cōmissionem obligationis fundi, in consequentiam, actum videtur quod illa obligatio fundi sit præcisa, & quod non nouetur per sequentem obligationem quantitatis, ex quo obligatio, quæ non est præcisa, & per aliam nouatur, non potest aliam nouare, ut dixi *supra in 3. conclusione, declarando tex. in l. duo societ. supra pro socio.*

Procedit etiam absq; dubio in casu, quo vtraq; poena non esset adiecta loco particularis interesse, sed vel propter cōtemptum, vel loco totalis interesse, & principalis obligatio non nouaretur per priorem poenalem commissam, semper n. videri debent illæ duæ poenales obligationes inductæ ex duab. dispositionibus, nō autem ex eadem, quia prior obligatio poenalis propter moram cōmissam in soluendo id, quod est in principali obligatione. Secunda vero poenalis ob moram commissam in soluendo priorē obli-

Obligationem pœnalem. Cum igitur ex diuersa ratione, vel causa, iccirco ex diuersis dispositionibus. Accedit quia si se-
cus diceremus, sequeretur quod ante commissam vltimam pœnam, non posset exigi pœna prioris moræ & culpæ cōmissæ in non soluendo debitum principale, quod non est verisimile, & quia omne id quod fuit adiectum pro pœna, censeretur actum vt sit præcise in obligatione, prout est de natura pœnæ. Vides igitur quod non est dare casum, in quo per vnâ pœnalē dispositionē vel obligationē fiet quasi nouatio alteri⁹ pœnalis. Vltimo pro completa resolutione præ-
sentis quæstionis est videndum. † An in ^{3E}
casu, quo per commissionē pœnalis stipulationis non sit quasi nouatio principalis obligationis per solutionem vnus, inducatur liberatio ab altera, quam quæ-
stionē tractat. Bar. in 10. & 11. opp. circa quam Bar. & alij præsupponunt duas conclusiones. Prima est quod regulariter per exactionē vnus, inducitur liberatio ex alia pro cōcurrenti quātitate. 2. quod nō induci-
tur liberatio in eo, q̄ plus est in alia. ita cō-

cludunt per tex. in l. si quis a socio, supra pro socio.
 in l. predia. supra de actio emp. Primam con-
 clusionem limitant non procedere in
 pœna, quæ sit adiecta loco particularis
 interesse, prout est usura, quia utrumq;
 exigitur videlicet & pœna & principale
 debitum. l. traiectitia. §. de illo supra tit. 1. & su-
 pra de usuris per totum. Secundo limitant in
 pœna adiecta non pro solutione princi-
 palis, sed propter contemptum, nam i-
 sto casu utrumq; exigitur, dummodo ex-
 igatur principale debitum ex alia causa
 diuersa ab illa, ob cuius contemptum pœ-
 na fit adiecta, & ita intelligunt tex. in l.
 si quis rem. supra de arbitris. Et licet Claud. &
 post eum repetent. Mod. contra istam
 limitationem opponant d. l. apud Celsum
 §. Labeo. supra de excep. doli, ubi dicitur non
 posse agi ad hominem rei vendicatione,
 si voluit exigere pœnam promissam, ta-
 men reuera ille tex. nihil facit, quia tex.
 ille loquitur in casu, quo pœna fuit adie-
 cta loco solutionis principalis debiti, &
 sic dotalis interesse, videlicet ipsius ho-
 minis, quem tradere promiserat,
 non autem præcise propter contem-
 ptum

ptum, & ideo non potest agi ad illud principale debitum, nec ex eadem causa, nec ex diuersa, quando vult exigere poenam. Et limitatio ista duo requirit ex mente Bart. & aliorum. Primò, quod poena sit adiecta propter cōtēptum. Secūdo, quod principale debitū exigatur ex alia causa diuersa ab illa, ob cuius contemptum fuit poena adiecta, nam istis duobus concurrentibus vtrunq; in solidum posset exigi, sed vbi poena sit adiecta ob solutionem principalis debiti, tunc non posset vtrunque exigi in solidum, & ideo infero, quod in casu *d. §. Labeo*, si vellet actor exigere poenam, non posset agere ad hominem, nec ex sententia, nec ex illa prima actione rei vindicationis, licet Claud. & prædicti Mod. videantur præsupponere oppositum.

Iuxta istam limitationem stat dubitatio † quando cognoscemus poenam esse adiectam ob dissolutionē debiti principalis, & quando propter cōtēptum. Ad quod respondetur quod quoties poena fuit adiecta sub illa conditione, si nō detur, vel soluatur res illa, quæ principa-

K § liter

liter debetur, tunc dicitur facta etiam ob
dissolutionem principalis debiti. Exem-
plum in casu *d. S. Labeo*, quia fuit promissa
pœna sub conditione, Si homo non fuit
traditus; propterea videtur adiecta et-
iam loco ipsius hominis, & etiam pro-
pter eius dissolutionem, nã videtur ad-
iecta loco illius, in cuius defectum fuit
pœna promissa. Sic est in casu *d. l. si quis à so-
cio, & d. l. pradia*. Hoc tamẽ fallit in casu, quã-
do expresse actum fuisset oppositum,
prout in casu quo dictum esset, quod cõ-
missa pœna, vtrunque exigi posset, nam
hinc apparet actum quod pœna nõ per-
tineat ad dissolutionem principalis de-
biti, & iccirco dicitur adiecta propter
contemptum, vel propter moram ipsius
rei in soluendo debitum principale, pro-
ut in pœna, quæ opponitur pro particu-
lari interesse, quia etiam adiecta in pœ-
nam moræ vel negligentia, seu contẽ-
ptus ipsius principalis debitoris in satisfa-
ciendo debito principali: Sed quoties
pœna fuit adiecta non sub conditione, si
non dederit, vel soluerit rem, quæ prin-
cipaliter debetur: sed sub conditione,
si

si non seruauerit aliquam particularem
 dispositionem conuentam circa ipsam
 rem, tunc non dicetur adiecta ob disso-
 lutionem illius rei, quæ principaliter de-
 betur, sed propter contemptū illius cau-
 sæ, de qua in conditione, & dissolutione
 illius obligationis, quæ causatur ex dicta
 causa: Nam pœna nō dicitur accessoria
 ad aliam obligationem, nisi ad illā, quæ
 fuit deducta in conditione pœnalis cō-
 uentionis, vnde quia pœna in compro-
 misso promittitur sub illa conditione, si
 non paruerit compromisso, & sententię
 arbitri, non autem sub illa conditione,
 si non soluerit illam rem, de qua sit lis,
 vel controuersia, non dicetur adiecta
 propter dissolutionem ipsius rei, de qua
 sit lis, sed propter contemptum, id est
 propter inobseruantiam illius promissi-
 onis de parendo sententię arbitri, &
 propter dissolutionem huius obliga-
 tionis de parendo dictæ sententię,
 vnde per exactionem pœnæ, tollitur
 quidem obligatio, de parendo sen-
 tentiæ arbitri, adeo quod ex illa agi
 non potest, etiam quod esset emologata

glo.

*Glos. Bart. & alij in l. 2. & in l. si duo. §. 1. supra, de
Arbi. & similiter per exactiōē sententiæ
ipsius arbitri induceretur liberatio à pœ-
na, l. Celsus, supra de arbitris. Tamen non in-
duceretur liberatio ab ipsa re principali,
de qua est lis per actionem pœnæ, quia
ea non obstante potest exigī vigore acti-
onis sibi competentis ex alia etiam cau-
sa, quam compromissi, vel sententiæ.
d. l. si quis rem.*

Tamen vigore iuris sibi competentis
ex dicto compromisso, vel sententia, nō
poterit agere, quia pœna fuit adiecta lo-
co obligationis & iuris, quod possit ex
dicta causa competere. Similiter dico,
quod si in casu. d. l. apud Celsum. §. Labeo, si pœ-
na fuisset promissa sub conditione, si nō
adimpleuisset sententiam iudicis, quod
pœna non videretur adiecta propter dis-
solutionem hominis, de quo fuerat lata
sententia, sed solum propter contem-
ptum, & in obseruantiam dictæ senten-
tiæ, & dissolutionem iuris competentis
ex dicta sententia, adeo quod exacta pœ-
na non posset agere ad hominem vigore
iuris quæsi sibi ex dicta sententia, ta-
men

men non prohiberetur agere ex actione sibi competenti ad ipsum hominem ante dictam sententiam. Nam quia poena in casu *d. 5.* fuit promissa sub conditione, si illum hominem non tradiderit, propterea censetur adiecta pro dissolutione ipsius hominis: adeo quod si exigit poenam ex nulla alia causa pristina poterit hominem petere, ut presupponit *tex.*

Limitatur etiam praedicta conclusio, casu quo actum sit, quod commissa poena utrunque possit exigi, prout quando fuit apposita clausula, *Rato manente pacto*, nam utrunque isto casu exigitur *l. qui fidem, supra de transac.* & ista limitatio non habet difficultatem, & includitur in praecedenti, ex quo etiam isto casu constat, quod poena fuit adiecta solum propter contemptum, seu propter moram.

Limitatur etiam in casu, quo esset adiectum iuramentum, ita *Alex. hic. in fi. & Rip. nu. 68.* moti quia iuramentum habet vim clausulae. † *rato manente pacto* 33
ut per Bart. in l. si quis maior. C. de trans. quam limitationem pro nunc non firmo, sed de
 eius

eius veritate discutiemus *in l. si insulã, supra eo.*

Prædicta procedunt quãdo principalis & pœnalis obligatio cõfertur in personã eiusdem, sed dubiũ est, quid in casu quo principalis obligatio confertur in personã vnius, & pœnalis obligatio in personam alterius, an tũc exactio vnius inducat liberationem ex alia, an vero vtrunque exigi possit in solidum, de qua quæstione non tangunt Doc. hic. Ego istud declarabo, *in d. l. si insulam*, circa discussionem illius quæstionis, an permittatur purgatio moræ, quando pœna confertur in personam vnius, & principalis obligatio in personam alterius. Quo vero ad aliam conclusionem, quod in eo, in quo vna excedit aliam, non inducatur liberatio, nedum per exactionem sequuntur omnes, & pro illa videtur casus *in d. l. si quis à socio, & in d. l. prædia*. Aduertendum est quia in contrarium videtur obstare tex. *in d. l. apud Celsum. §. Labeo. & in l. rescriptum. §. si pacto, supra de pactis, in l. Celsus, in principio, supra de arbitris*, in quibus legibus absolute dicitur, quod post exactionem principalis debiti fit, quod aduersus pe-

titio

titionem poenæ obstat exceptio doli,
 non habita aliqua distinctione, an sit, vel
 non sit plus in poena. Ad idē videtur tex.
in l. si duo. §. 1. supra si quis cautio. Est verum,
 quod Doct. dicunt, quod prædicta iura
 debent intelligi pro concurrenti quan-
 titate, sed non in eo, quod plus est in poe-
 na, quæ solutio non procedit sine viola-
 tione prædictarum ll. quia loquuntur
 generaliter, & indistincte. Considera si
 dici possit, quod ubi in exactioe prin-
 cipalis debiti non consequor præcise id,
 quod est in conditione, & quod debet
 fieri ad euadendum poenam, sed eius in-
 teresse, & tunc procedat communis cō-
 clusio, & in his terminis loquitur tex.
in d. l. si quis à socio, & d. l. prædia. Sed ubi conse-
 quor præcise id, quod est in conditione,
 & debet dari, vel fieri ad euadendā poenā
 & tunc cessabit obligatio poenæ in soli-
 dum. Et in his terminis loquitur tex.
in d. l. si duo. §. 1. in d. l. apud Celsum. §. Labeo in d. l.
Celsus in prin. & in d. l. rescriptum. §. si pacto. Ra-
 tio est, quia dum consequor præcise id,
 quod est in conditione, videor remitte-
 re poenā, & dare facultatē debitori, ut ex
 illius

illius præstatione possit euadere pœnam
l. post. diem supra, de l. commissoria. l. Aemilius Lar-
gianus, supra de minoribus. Quæ ratio cessat
 9 quando illud præcise non consequor,
 verum consequor interesse.

TRACTATUS
 DE VTIL. ET DIRECT.
 act.

SUMMARIÆ.

- 1 **Q**uæ sit directa actio, & quæ sit earum signifi-
 catio, & num. 3. & 5.
- 2 Quod ex sententia legis continetur, id ex lege re-
 ste dicitur contineri.
- 4 Actio quot modis in iure accipiatur.
- 6 Actio, seu libellus quid contineri debeat.
- 7 Quibus casibus actio olim necessario erat impe-
 tranda.
- 8 Quibus casibus competat actio directa, & qui-
 bus utilis.
- 9 Quæ sit ratio cur fideicommissario, & in fidei-
 commissarium dentur dumtaxat utiles actio-
 nes.
- 10 Ratio cur cessionario, & ei, cui sit legatum, vel
 datum in dotem nomen debitoris, item em-
 ptori hereditatis, non competant directe a-
 ctiones, item de aliis, quibus non competit di-
 recta actio, latissime.

11 Heredi,

- 11 Heredi, & in heredem cur competant directæ actiones.
 - 12 Vtrum ei, qui habet duntaxat utile dominium, competat directæ actio in rem.
 - 13 Præscriptione non acquiritur directum dominium.
 - 14 Superficiario, & ei, qui præscripsit servitutem, non competit directæ actio, & quæ sit ratio.
 - 15 Quæ sit ratio, cur is, qui agit, reali actione ad servitutem, necessario debeat exprimere causam, ex qua servitus illa sibi sit quasita, secus in eo, qui vendicat rem corporalem.
 - 16 Noxales act. an sint utiles, an vero directæ.
 - 17 Actio competens ex edicto, Si quadr. paup. fecif. dic. an sit directæ.
 - 18 Quibusnam casibus ex lege Aquilia competat directæ, & quibus utilis actio.
 - 19 Quenam cause possint ipso nomine legis Aquiliæ demonstrari, & quæ non possint.
 - 20 Actiones de peculio, de in rem verso, institutoria, & exercitatoria, an sint directæ.
 - 21 Actiones utiles an sint natiuæ an datiuæ, & quomodo possit actio appellari natiua, vel datiuæ. latiss. num. 24.
 - 22 Vtrum actio, prout accipitur pro iure prosequendi, distinguatur in natiuam & datiuam.
 - 3 Quod modis hominum conventiones approbentur à iure ad effectum actionis producendæ.
- L 25 Qui-

- 25 Quibusnam casibus actio dicatur habere materiam præexistentem.
- 26 Vero intellectu declaratur tex. in l. iurifgentium, in princ. ff. de pact.
- 27 Actio quatenus accipitur pro formula agendi, an distinguatur in dativam & nativam.
- 28 Vtilis actio cur dativa appelleretur, directa vero nativa.
- 29 Vtrum vtilis actio idem sit, quod directa.
- 30 Vtrum actiones de peculio, de in rem verso, quod iussu, institoria, & exercitoria, sint nomina actionum, an adiectiones quaedam.
- 31 Directa actio negotiorum gestorum quæ sit, & quæ vtilis.
- 32 Vero intellectu declaratur tex. in l. actio. ff. de neg. gest.
- 33 In extraordinarijs iudicijs, cur non referat an quis agat directa an vtili actione.
- 34 Quibusnam casibus in iudicio negotiorum gest. proponenda sit vtilis actio, & quibus directa.
- 35 Actio in factum, quæ oritur ex contractibus innominatis, an sit directa, an vtilis.
- 36 Vtrum ei, cui competit directa, possit dari etiam vtilis.
- 37 Hoc tempore cur omnia iudicia dicantur esse extraordinaria.

Quia

Quia plures sunt leges loquentes de directa & utili actione, quarum sensus & intellectus ideo perfecte haberi non potest, quia quid sit directa actio, quid etiam utilis, & in quo ad inuicem differunt, ignoratur, & ob eandem rationem innumeræ penè difficultates circa præsentem materiam adhuc irrefoluate permanent. Idcirco pro intelligentia harum legum, & pro resolutione dictarum difficultatum, decreui præsentem materiam directe & utilis actionis plenius explicare. Circa quam discutiendæ sunt plures quæstiones, quæ vniuersam materiam completuntur.

† Prima & principalis quæstio, quid sit directa actio, & quid utilis, & quæ res per has voces significantur; ex cuius quæst. resolutione depēdet fere tota resolutio præsentis tractat⁹. Hanc quæstionem Doctores non explicant. Nā licet glo. in l. curatoris. C. de nego. gest. dicat actiones directas eas esse, quæ verbis, & mente legis competunt, utiles vero, quæ ex mente tantum, exemplificando, vt per eam ibi, tamen ista declaratio non pertinet ad

propositam quæstionem, nec ad declarandum quid sit actio directa, & quid utilis, nec quæ sit propria, & specifica differentia propter quam vna distinguatur ab alia; verum solum pertinet ad declarandum, quando competat directa, & quando utilis, & declarationē illius glo. reprobant Bar. & alij Doct. in d. l. curatoris, quia etiam in casu, quo verba legis deficiunt, ex sola mente legis potest competere actio directa, vt patet in interdicto, *vti possidetis*, cuius verba loquuntur solum de ædibus, l. in prin. ff. *vti possidetis*. Non autem de prædio rustico; & tamen in prædio rustico, & alijs possessionibus competit interdictum *vti possidetis*, directum, prout competit in ædibus. d. l. i. §. hoc interdictum in omnibus, & l. i. C. eo tit. Et † quia dicitur esse ex lege, id etiam quod est ex sola mente legis. l. non dubium. C. de legibus l. nominis, & rei, ff. de verb. signif. Alia etiam declaratio, quam post antiquos sequuti sunt Bart. & alij in d. l. curatoris, videlicet quod dicatur actio directa, quæ competit siue ex verbis & ex mente legis, siue ex mente legis

tan-

tantum, sed dicatur utilis, quæ nec ex verbis, nec ex mente legis competit, sed tantum ex interpretatione iuriconsulti extendentis legis dispositionem propter rationis identitatem, *ut in l. pen. ff. si quadrup. p. imp. fecis. dica.* non pertinet ad resolutionem propositæ questionis, nec ad declarandum quid sit directa, & quid utilis actio, nec in quo ad invicem differant. Nec etiam prædicta declaratio est ex mente iuris ut ex inf. dicendis apparebit. Alia etiam declaratio assignata per Bar. & alios in *l. i. ff. de actio. & obligat.* dum dicunt, utilem actionem considerari quatuor modis. Primo modo respectu directæ cõpetentis ad idem prout in eo, cui sunt cessæ vel mādaturæ actiones, qui nomine suo habet solū *utilē. l. i. C. de actioni. & obligationi.* Secundo respectu directæ, quæ prius competijt, & nūc desijt cõpetere, ut in eo, cui per restitutionem in integrum sit restituta actio finita, vel rescissa per trāsactionem, vel præscriptionem *l. i. & quod ibi notatur. C. si adversus transactio.* Tertio respectu directæ, quæ nunquam competijt, licet sit possibile quod competat, ut in illo tertio, cui

ex pacto vel stipulatione alterius acquiritur actio veluti ex tacita donatione. *l. quotiens. C. de donat. qua sub mo. & l. pen. ff. ad exhiben.* Quarto respectu directæ quæ ad aliud cõpetat, prout est in illa actione per quã dominus agit contra heredẽ curatoris, qui post eius mortẽ gessit ex necessitate. Quia quo ad ea negotia, quæ gesta sunt ex necessitate, datur utilis, quo vero ad alia gesta ex voluntate, competit directæ. *d. l. curatoris.* Ista etiam declaratio nõ pertinet ad resolutionẽ propositæ quæstionis. Non. n. explicat, quæ sit res significata per has voces, directæ & utilis actionis. Est etiam imperfecta. Non. n. declaratur quare is, cui sunt cessæ vel mandatæ actiones, suo nomine experiatum solum utili, non autem directæ, & similiter quare is, cui per restitutionem in integrum sit restituta actio finita per transactionem vel præscriptionem, & sic de alijs, non agat directæ, sed solum utili, & quia non est verũ quod semper in istis casibus cõpetat solũ utilis, quinimo aliquando agi potest directæ, & in pluribus alijs casibus potest compete-
 ce uti-

re utilis actio, quæ non habebit respectum ad aliquam directam, quæ competat ad idem, seu ad diuersum, vt ex inf. dicendis clarissime apparebit. Est verum quod Bar. post Dec. *in d. l. 1.* explicat istam quæstionem, An actio directa & utilis sit eadem in substantia, vel in numero, quæ quoquo modo videtur pertinere ad propositâ quæstionem, licet illam ex toto nō resoluat. Solū. n. in ea pertractatur, an differât, vel nō differant, non autē, quæ sit propria & specifica differētia, per quam vna ab alia distinguatur, Nec quid sit utilis, & quid directa, Nec quæ sit res significata per has veras directæ & utilis actionis.

† Omissis igitur, quæ per alios dicuntur pro resolutione propositæ quæstionis, quid sit directa actio, & quid utilis, Et quæ sit res significata per has voces, prius sciendum est, quod hic terminus † actio diuersimode in iure nostro accipiatur.

Nam aliquando accipitur pro ipso iure persequendi in iudicio, quod nobis debetur, vt accipitur *Instit. de actio. In 1. vbi actio*

diffinitur quod sit ius prosequendi, &c.

Aliquando accipitur pro ipsa formula, qua quis in iudicio experitur, quam nos libellum appellamus. Et isto modo accipitur *in l. 2. §. deinde ff. de orig. iur. in l. edita. C. de eden. in l. 1. ff. de edē. in l. si seruus. iuncta glo. ff. de furt.* Aliquando accipitur pro ipsa actuali persecutione seu discussione iudiciali. Et ita accipitur *in l. actionis verbo. ff. de verb. sig.* quatenus ibi dicitur: *Actionis verbo persecutio continetur*, accipitur. n. ibi persecutio pro illa actuali persecutione, sed discussione iudiciali, non autē pro officio iudicis, vt plures sunt arbitrati. Et ita accipitur *in cap. forus. de verb. sign.* ibi, modo actionem, quod est ipsum litis iurgium.

Secundo sciendum est, quod ista distinctio directæ & utilis actionis non refertur ad ipsum ius prosequendi in iudicio quod nobis debetur, quia, vt fusius inf. declarabitur, istud ius non distinguitur inter directum & utile, verum prædicta distinctio refertur ad actionem, in quantum accipitur pro formula, istud expresse præsupponit tex. *in l. actio. ff. de nego. gest.* dicit quod quia in extraordinarijs iudicijs

iudicis conceptio formularum non observatur, quod ideo hæc subtilitas directæ & utilis actionis super uacua est. Hæc n. verba manifeste denotant hæc distinctionem utilis & directæ referri solum ad formulam, non autem ad ipsum ius prosequendi, quod etiam præsupponit idem tex. in eo quod dicit, non referre an in iudicio negotiorum gestorum quis experiatur directæ, an utili, & dum dicit, quòd utraq; actio est eiusdem potestatis, & habet eundem effectum. Prædicta n. non possunt aliter verificari, nisi referendo distinctionem directæ & utilis ad totam formulam, ut inferius dicetur circa declarationem *d.l.* Hoc etiam apertissime præsupponit tex. in *l. cum mota, ad fi. C. de transact.* in his verbis, *utilis actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Nam demonstrare rem gestam verbis præscriptis pertinet ad actionem, in quantum accipitur pro formula. Non autem ad actionem in quantum accipitur pro ipso iure prosequendi. Hoc idem præsupponit tex. in *l. si quis diuturno. ff. si ser. ven.* In his verbis: *Utilem actionem habet, ut ostendat se per*

annos forte tot non clam, non precario possedisse.
 Nam istud ostendere pertinet ad actionem in quantum accipitur pro formula, nō autem in quantum accipitur pro ipso iure agendi. Idem etiam præsupponit text. in l. si seruus §. cum Stichō. ff. de in rem ver. dum dicit, quod in casu quando cōtraxi cum Stichō Vicario Pamphili serui sui, actio de peculio, & de in rem verso ita dari debet, vt quod in suam, vel ipsius rem, vel in peculium Pamphili, versum sit, comprehendat. Nam istud comprehendere pertinet ad actionem, in quantum accipitur pro ipso iure prosequendi.

Et ista conclusio, quod distinctio directæ, & vtilis actionis referatur solum ad actionem, in quantum accipitur pro formula, nō autem in quantum accipitur pro iure prosequendi, vltra prædicta probatur ex infinitis alijs legibus & rationibus, de quibus infra.

Stantibus prædictis, quæ iudicio meo sunt indubitata, circa propositam questionem concludo, † quod directæ actio seu formula nil aliud sit, quam illa directæ

Etta & regularis formula formata, & re-
 dacta in corpore iuris, utilis vero actio
 seu formula, nihil aliud sit, quam illa ir-
 regularis formula actionis, quæ non est
 formata, nec redacta ad certam for-
 mam in corpore iuris, sed de nouo for-
 mari debet, apta proposito & quam
 prius oportebat impetrare, *vt dicitur in leg.*
2. C. de formulis. Ad huius tamen conclusio-
 nis intelligentiam & comprobationem
 sciendum est, † quod hæc formula, seu ⁶
 actio, qua quis experitur in iudicio, de-
 bet continere causam, ex qua reus pos-
 set conueniri, & causam ex qua actori
 competatius agendi. *lege edita C. de eden. l. 1. ff.*
de eden. & quod ibi notatur. Sciendum etiam
 est, † quod olim populus non poterat ⁷
 instituere actiones seu formulas prout
 vellet, quia debuerant esse certæ & so-
 lemnes, & necesse habebat illas impe-
 trare. *vt dicitur in l. 2. §. deinde, & §. omnium ff. de*
orig. iu. & in d. l. 2. C. de formul. Sed postquam
 Appius Claudius illas actiones ad formã
 reduxit, & Cneus Flavius librũ surreptũ
 populo tradidit, & Sextus Aelius alias
 actiones composuit, *vt dicitur in d. §. omnium,*
 cest

cessauit necessitas impetrandi actionem, seu actionis formulam, adeo quod quotiens aliqua formula actionis instituta, & redacta in corpore iuris poterat denotare causam, ex qua reus posset conueniri, & causam, ex qua actori competeret ius agendi, dicebatur competere regularis formula, nec opus erat aliam formulam impetrare, sed quotiens causa ex qua reus conueniebatur, & causa ex qua actori competebat ius agendi, non poterat denotari per aliquam regularem formulam institutam & redactam in corpore iuris, tunc quia ad denotandum istas causas exigebatur alia formula, per quam istae causae explicite denotarentur, necesse habebat quis illam impetrare, quia non poterat illam, prout volebat, instituire, alias sibi obstabat exceptio non impetratae actionis, *ut dicitur in d.l. 2. C. de formul.* De iure tamen hodierno non exigitur, quot illa formula sit solemnis, nec quod impetretur, verum sufficit quaelibet formula dummodo sit apta, & conueniat negotio proposito. Ex istis infertur quod
dire-

directa actio est illa regularis formula instituta, & redacta in corpore iuris, quæ etiam dicitur vulgaris. *l. si seruus ff. de fur. l. quidam cū filiū ad si. ff. de hered. inst. l. filius familias. §. secundum vulgarem. ff. de leg. 1. l. 1. ff. de præscrip. verb.* Et quod utilis actio est illa formula quæ non reperitur instituta, nec concepta, sed de nouo erat instituenda, concipienda & impetranda. Hinc videmus quod in iure nunquam dicitur, quod actio directa detur, sed quo ad utilem actionem iura fere semper dicunt, illam dari, ut infra dicemus circa illam quæstionem, an utilis sit datiuā, vel natiuā, & quæ actio dicatur natiuā & quæ datiuā. colligitur enim ex hoc, utilem actionem debuisse impetrari, sed non directam. Et per consequens directam esse illam formulam regularem institutam, & redactam in corpore iuris, quæ amplius non impetrabatur. utile vero esse illam formulam instituendam de nouo, & quæ omnino debuisset impetrari. Hinc est quod, ut infra dicetur in sequenti quæstione, semper dicetur competere actio directa quotiens ex nomine actionis potest

rest

test denotari causa, ex qua reus conueniatur, & causa, ex qua actori competat ius agendi, sed semper dicetur competere utilis, quotiens ex nomine actionis predictæ causæ denotari non possunt, sed ad denotandum ipsas causas sit necesse, quod alia verborum formula concipiatur. Ex hoc enim colligitur comprobatio predictæ conclusionis, videlicet quod directa actio sit illa regularis formula instituta, & redacta in corpore iuris, utilis vero actio sit illa formula, quæ de nouo instituitur, & impetrari debebat.

- § Secunda quæstio est, † quando competat directa actio seu formula, & quando competat utilis actio. Ad cuius quæstionis intelligentiam sciendum est prius, quod ex quo regulares formulæ actionū fuerunt per Constantinum amputatæ, vt dicitur in l. 1. C. de formulis, propterea tota vis huius directæ actionis seu formulæ consistit in ipso actionis nomine. Nam nomina actionū sunt apta ad denotandum causam, ex qua reus conueniatur, & causam ex qua actori competat

petat ius agendi, vt patet in actionibus cōtradiēti depositi, mandati, pro socio, empti, & sic de alijs, quia ex ipso nomine demonstratur causa contractus, ex qua reus conuenitur, & ex qua aētori competit ius agendi. Ex quo sequitur, quod circa propositam quæstionē concludēdū est, quod quotiēs ex nomine actionis potest denotari causa, ex qua reus obligatur, & potest conueniri, & causa, ex qua aētori competit ius agēdi, isto casu dicetur cōpetere directā actio. Sed quotiens ex nomine actionis, aut nō pōt denotari causa, propter quam aētori competit ius agendi, aut non pōt denotari causa, propter quā reus obligetur & possit conueniri, tunc competit utilis actio. Et ratio est, quia cum directā & regularis formula non est apta ad denotandū has causas, necessario ad denotandum dictas causas requiritur aliqua verborum additio, quæ constituat nouam formulam, quæ dicitur & est utilis actio. Et pro ista conclusione est casus *in lege secunda, ff. de prescript. verb.* & ista conclusio probatur discurrendo per omnes casus, & per omnes ll. in quibus dicitur compete-

re vel actionem directam, vel actionem
 ¶ utilem: & primo † circa fideicommissa-
 rium, cui sit restituta hæreditas ex Tre-
 belliano, cui & aduersus quem solum
 datur utilis, non autem directa. §. restitu-
 ta, inst. de fideicom. hered. l. pen. ad fi. C. ad Trebel.
 Nam istud est, non propter id, quod ad
 fideicommissarium non transeat ius di-
 rectum hæredis, sed solum utile. l. postu-
 lante. §. 1. ff. ad Trebel. l. si filius, in fi. ff. quod
 cum eo & d. §. restituta quia istud non impedi-
 ret quin aduersus ipsum fideicommissa-
 rium posset competere actio directa,
 quia in actore esset ius directum a-
 gendi, sed est propter id, quia illa directa
 & regularis formula, qua defunctus po-
 terat experiri, vel ex qua poterat conue-
 niri, non est apta ad demonstrandum
 causam, ex qua fideicommissario com-
 petat ius agendi, vel ex qua possit illa ac-
 tione conueniri, quia non potest deno-
 tare causam restitutæ hæreditatis, ex qua
 ipse fideicommissarius conuenitur, &
 actori competit ius agendi, verum ne-
 cesse est, ad denotandum dictam causam
 restitutæ hæreditatis, quod aliquid adda-
 tur

tur ad illā formulā, qua defunctus poterat agere vel cōueniri, propterea illi fidei cōmissario, & aduersus eū danda est utilis formula seu actio, non autem sufficit illa directā, quæ defuncto vel contra eum competebat. † Similiter in cessio-
 nario, & in eo cui legatum nomen debitoris, & in emptore hæreditatis, & in marito, cui sit datum nomen debitoris in dotem, qui nomine proprio non possunt experiri directā actione, sed solum
 utili. *l. 1. & l. nominibus. C. de actio. & oblig. & l. ex legato nominis. C. de leg. l. emptor. C. de hered. vel actio. vend.* Istud est propter prædictam rationem, quia illa directā actio, seu formula, qua poterat experiri primus creditor, non potest denotare causam cessionis, vel legati, vel emptionis, seu dationis in dotem, ex quibus secundo creditori acquisitum sit ius agendi, idcirco exigitur utilis actio seu formula, propter quā dicta causa demonstratur. Hæc etiam est ratio, quare ille tertius, cui ex pacto contrahentium erat restituenda res, non experitur directā actione, sed utili, *ut dicitur in l. omnes C. de donatio. qua sub mod. & in l. pen.*

M nis

C. ad exhiben. Nam quia nomen illius actionis quæ oritur ex illo cōtractu, & eius formula directæ seu regularis, nō est apta ad denotandū illud pactū appositū in fauorē illius tertij, & vigore cuius sibi competit ius agēdi, ita quod requiritur quod in formula explicite exprimatū illud pactū, propterea exigitur utilis actio seu formula. Propter eandem rationē is, cui per in integrū restitutionē est restituta actio, quæ prius erat finita, vel extincta, per transactionē experitur utili actione, nō autē directæ, *vt dicitur in l. 1. & 2. C. si aduer. transf.* quia nomen illius actionis iam finitæ, & eius directæ & regularis formula non potest denotare causam, in integrū restitutionis, propter quam huic actori cōpetat ius agendi, iccirco requiritur utilis actio seu formula, per quā dicta causa possit denotari. Similiter ratio, propter quā aduersus illum, qui dolo desijt possidere, competat utilis, non autē directæ actio rei vēdicationis, *vt not. in l. 1. C. de alien. iud. mutan. cau. fac. & in l. 3. ad si. ff. eo tit. &* est quia nomen seu directæ & regularis formula rei vendicationis, non pōt denotare

notare istam causam, quod reus dolo defierit possidere, ex qua obligatur & conuenitur. Similiter in magistratum, qui dedit tutorē non idoneū, datur utilis actio tutelę, non autē directa. *l. 1. C. de mag. conuen.* propter hanc rationē, quia causa propter quā magistratus potest conueniri est, quia non potest satisfieri pupillo ex facultatib. tutoris, vt dicitur *in d. 1. 1. &* hęc causa non potest denotari per nomen, seu per directum & regularem formulam actionis tutelę. Similiter ratio quare aduersus pupillum in eo, quod factus est locupletior, datur utilis actio commodati, non autem directa, *vt dicitur in l. 3. in princ. ff. commoda.* ea est, quia istud quod sit factus locupletior ex illo commodato ob quod obligatur, & pōt conueniri, non potest denotari per nomen actionis commodati, & similiter in quibuscunq; alijs casibus, in quibus dicitur, quod competit utilis actio, non autem directa, semper militabit ista ratio quia nomen, seu directa & regularis formula actionis non poterit denotare causam, propter quam actori competat ius

agendi, & causam propter quam reus possit conueniri.

Et propter istam rationem in casu, *l. si vero non remunerandi. §. 1. ff. manda.* patri vel domino non competit actio directa mandati, sed utilis in factum, vt alias declarauit in *l. si is qui pro emptore, circa vltimam questionem Bar. ff. de vsucapio.*

Sed contra prædicta vnum prima facie videtur obstare, quia hæredi & contra hæredem competit directa actio actiua, & passiuæ, quæ competebat defuncto, & tamen causa aditionis hæreditatis, propter quam illi tanquam hæredi competit ius agendi, & propter quam tanquam hæres conuenitur, non potest denotari per ipsum nomen actionis, nec per eius directam seu regularem formulam, istud tamen reuera non obstat, &
 II pro solutione † est aduertendum, quod causa aditionis non est exprimenda in ipsa formula, dum quis agit vel conuenitur vti hæres, quia eo ipso quod quis agit, vel conuenitur vti hæres, reus ipse potest esse certus de huiusmodi causa aditionis, absque eo quod explicite exprimat

matur

matur in formula. Istud patet, quia si ego
 veluti hæres conueniam Titium, vtique
 Titius certus est, quod ego adiui hæredi-
 tatem, ex quo licet non adiuissem, ta-
 men eo ipso quod vti hæres ago, induce-
 retur aditio, *l. pro hærede l. gerit. ff. de acq. hære.*
 & si conuenio aliquem vti hæredem, v-
 tique ipse certus est, an sit vel non sit hæ-
 res, quia istud pender ex animo suo, vnde
 certiorandum reum conuentum de di-
 cta causa aditionis, non est necesse, quod
 explicite dicta causa exprimat in ipsa
 formula, eo maxime, quia eo ipso quod
 quis agit vti hæres, vel conuenit alium
 vti hæredem, implicite dicit aditionem
 esse sequutam, sine qua non esset hæres,
 & propter hanc rationem hæres potest
 experiri illa directa & regulari actione,
 seu formula, qua poterat experiri defun-
 ctus, & ista ratio cessat in casu, quãdo quis
 agit, vel conuenitur, velut fideicommis-
 sarius, quia nisi exprimat restitutam
 esse hæreditatem, aduersarius non po-
 test certiorari per dictam formulam an
 sit vel non sit sequuta dicta restitutio,
 quia restitutio hæreditatis non induci-

tur ex solo animo illius fideicommissarij, qui agit, seu conuenitur, sed exigitur factum hæredis grauati. Vnde quia ad formulã, qua poterat experiri defunctus opus est quod fiat aditio, in qua denotetur restitutio hæreditatis, propterea dicta formula dicetur utilis, non directa.

12 Tertia est quæstio, † an habenti utile dominium tãtum, veluti emphyteutę, vel ei, qui præscripsit, vel superficiario, competat directa actio in rem, an vero utilis tantum, Bart. & cõmuniter Doct. in l. 2. ff. si ager vectig. & in l. 1. ff. de act. & oblig. dicunt quod competit utilis tantum, adducunt tex. in l. 1. ff. de superficie, & in l. superficiario ff. de rei vend. & in l. tutor. in fin. ff. de pig. act. in quib. dicitur, quod superficiario competit utilis tantum. Adducunt etiam tex. in l. 1. in fi. ff. de aqua plu. arc. & in l. si quis diut. ff. si ser. vend. in quibus dicitur quod illi, qui præscripsit seruitutem, competit utilis tantum. Et per ista iura cõcludunt, quod illi, qui acquisiuit utile dominium per præscriptionẽ, competat utilis tantum, nõ autẽ directa. Sed pro contraria opinione, quod competat directa actio habenti

bēti utile dominium, videtur casus *in d. l. 1. ff. si ager vectig.* in quantum absolute dicitur, quod emphyteuta & is, qui conduxit agrum vectigalē in perpetuum, habet actionē in rē. & *in l. si quis emptionis. C. de prescr. 30. vel 40. anno.* vbi dicitur quod is qui præscripsit rē cum titulo & bona fide per 10. & 20. annos, habet actionē in rem, & similiter is, qui sine tit. cum bona fide tamen per 30. & 40. annos, præscripsit, habet actionē in rem, tamē clarū est quod solū habet utile dominiū, non autē directū, vt not. Bar. *in auth. nisi tricennalis. C. de bon. mater.* & licet Doct. & quidam alij *in l. si. C. de edi. di. Adr. tol. & in l. tradit. C. de pact. tenuerint,* quod per præscriptionem longi temporis cum titulo & bona fide, acquiritur directū dominiū, cōmunis tamen opinio est, † quod acquiritur solum utile, nō solū in præscriptione 30. vel 40. annorum, sed et in præscriptione longi tēporis cum titulo & bona fide, vt tradit Alex. *in dict. l. traditionib.* & quamuis Doct. respondēdo ad rex. *in d. l. 1. & d. l. si quis empt.* dicant, q̄ debeat intelligi de vtili actione in rem, non autem de directa, tamen ista solutio violat

prædicta iura, quæ loquuntur simpliciter de actione in rem. Et pro ista eadem opinionem, quod is, qui acquisiuit utile dominum per præscriptionem, experietur actione in rem directâ, facit concludens ratio, Quod ex quo in rei vendicatione, non est necesse, quod quis exprimat causam, ex qua sibi fuit acquisitum dominium, sed sufficit dicere se dominum, *l. mater. §. eandē ff. de except. rei iud.* & propterea non est necesse, quod is qui agit, exprimat, an illud dominium, quod habeat, sit directū, vel utile, propterea nulla est ratio, quare habenti utile dominium per præscriptionem non sufficiat directâ & regularis formula. Concludo igitur circa propositam quæstionē, quod emphyteuta, & etiam is, qui conduxit agrum vectigalem, & is, qui præscripsit rem corporalem, habet directam actionem in rem, & quod experitur directâ, seu regulari formula rei vendicationis, per text. *ind. l. 1. & ind. l. si quis emptionis.* & per prædictam rationem, sed quod superficiarius, & is qui præscripsit servitutem, non habet directam actionem in rem,

rem, sed solum vtilem, vt expresse dicitur in *d.l. i. ff. de superficiebus*, & in *d.l. superficiario*, & *d.l. tutor.* & in *l. i. ff. de aqua plu. arcen.* & *d.l. si quis diuturno.*

Difficultas est circa rationem diuersitatis, † quare superficiario & præscribenti seruitutem, non competat directa, prout competit emphyteutæ, & præscribenti rem corporalem. Circa quam dico, quod ex quo superficiarius licet habeat vtile dominium superficiei, non tamen habet utile dominium soli, iccirco sibi non competit actio in rem, nisi postquam cã cognita fuerit sibi per prætoris decreta, vt dicitur in *d.l. superficiario.* Et propter hanc rationem, debet experiri vtili actione, seu formula, quia directa & regularis formula actionis in rem, non potest denotare illam causam decreti prætoris, propter quam superficiario cõpetit ius agenti in rem, similiter, in eo qui præscripsit seruitutem, ex quo requiritur dum agit actione in rem pro seruitute, quod exprimat illam seruitutem esse constitutam, vel præscriptam, vt dicitur in *d.l. si quis diuturno* & not. in *l. aque. Inst. de*

M 5 act.

act. quod ideo non debet agere seu experiri directa & regulari formula actionis confessoria, quia ista directa actio confessori, alicet sit apta ad denotandum causam acquisitionis servitutis, quæ fit per constitutionem servitutis, non tamen est apta ad denotandum eam causam acquisitionis servitutis, quæ fit per præscriptionem, & ideo necesse est quod proponatur utilis actio confessoria, ad denotandum causam dictæ præscriptionis, quam rationem sensit tex. in d. *l. si quis diuturno*, dum dicit, eum qui præscripsit servitutem non habere necesse dicere de iure, quo servitus illa sit constituta, sed habet utilem actionem, ut ostendat per annos forte tot se non vi, non clam, non precario possedisse, hæc. n. verba denotant, quod ubi hæc causa præscriptionis est exprimenda in formula, sit necessaria utilis actio, & quod regularis, & directa formula confessoria, non sit apta ad denotandum hanc causam præscriptionis servitutis. Prædictæ rationes cessant in casu quando vel est phytenta, vel is qui præscripsit rem corpoream, agit actione in rem pro re ipsa cor-

porali, cuius vtile dominium habeat. Nam quia non habet necesse exprimere causam acquisitionis dominij, sed sufficit dicere se dominum, propterea eidem sufficit directa actio in rem. Et si instares, quæ sit ratio quare, † dum agitur actione reali pro seruitute, requiritur quod exprimat¹⁵ur causa, ex qua illud ius sit acquisitum, secus quando agitur pro re corporali, respondetur, quod ideo istud fuit receptum in seruitute, ex quo ius seruitutis non est in rerum natura, nisi dum seruitus est constituta, vel præscripta. Vnde hæc causa constitutæ seruitutis, vel præscriptæ, debet exprimi in actione, quia alias reus cõuentus non posset certiorari, quod illud ius seruitutis, de quo in iudicio est discutiendũ, existat in rerum natura, quæ ratio cessat quãdo agitur actione reali pro re corporali, ex quo cõstat rem illam, & eius dominium, de quo discutiendum est, esse in rerum natura, quãuis non constet de causa, ex qua actor prætendebat illud dominium sibi esse quesitum, & propterea non est necesse, quod talis causa exprimat¹⁵ur in actione.

Et

Et si etiam instares, quomodo possibile est, quod is qui habet solū vtile dominium, possit experiri directa actione, respōdetur, quod ex quo ius agendi & prosequendi in iudicio non distinguitur inter vtile & directum, vt supra dixi, & latius ex inf. dicendis apparebit, sed est idem ius agendi vel prosequendi in habente vtile, quod est in habente directum dominium, propterea non est mirum, si etiam vterque potest experiri eadem formula & actione, quando non exigitur, quod in ea plus exprimat per vnum, quam per alium. Ex prædictis potest colligi, quibus casibus quis potest experiri directa actione in rem, & quibus casibus debet experiri vtili, nam colligitur, quod quotiens necesse habet exprimere causam, ex qua dominium sit, vel censeatur sibi acquisitum, tunc oportet experiri vtili actione in rem, sed vbi non est necesse exprimere causam, ex qua sit dominium acquisitum, tunc potest experiri directa actione in rem. Quarta est
 16 quæstio, † an actiones noxales sint & censeantur directæ, an vtilis: Pro opini-
 one

one quod sint directæ, videtur casus in *l. electio. §. item si ex pluribus. & §. seq. ff. de noxal.* dum dicit, quod aduersus dominum, qui possidet seruum, agitur directæ, & contra illum dominum qui dolo desijt possidere, agitur prætoria. Videtur etiam tex. in *l. si seruus ff. de fur.* dum dicit, *uulgaris formula in dominum danda est, & exponitur, uulgaris. i. directæ,* ut tibi exponit glo. pro qua expositione est casus, in *l. quidam cum filium, ad fi. ff. de hered. instit.* & hanc opinionem videntur amplecti Doct. His tamen non obstantibus, ego concludo contrarium, videlicet quod noxales actiones sint vtilis, quæ opinio probatur manifeste per tex. in *§. ex diuerso, Inst. de noxal. actio.* vbi dicitur, directam actionem aliquando effici noxalem, & quod aliquando incipiat esse noxalis illa actio quæ antea directæ fuisset, probatur etiam per illas. ll. in quibus dicitur, noxales actiones dari, ut in *l. si plurius, in l. noxalis, in l. non solum, in l. quorrens. §. prætor ait. ff. de noxal.* igitur sequitur quod non sunt directæ sed vtilis, quia ut inf. dicemus circa illam quæstionem, quæ sit & dicatur actio datiuæ, & quæ natiuæ,
 omnes

omnes actiones dativæ, & quæ dantur, sunt vtilis, non autem directæ: Probat-ur etiam ista opinio optima & conclu-denti ratione. Nam clarum est, quod il-la actio, quæ oritur ex maleficio & noxa ferri, datur aduersus eius dominum, & illamet actio, dum dirigitur aduersus dominum, dicitur noxalis actio, ita quod si seruus commisit furtum, ex quo solet oriri actio furti, sed illamet actio furti dum dirigitur aduersus dominum dicitur actio furti noxalis, vt est casus *in l. alienus seruus. & in l. quemadmodum, & in l. si seruus. ff. noxal.* sciendum etiam est, quod ratio & causa propter quam dominus conuenitur & obligatur ex furto com-misso per seruum, est illa quia ipse est do-minus, & seruum possidet eo tempore, quo conuenitur. *l. noxalis. ff. de noxal. §. omnis. instit. eo. tit.* cum igitur in actione noxali, quæ est danda contra dominum ex fur-to ferri, sit exprimendum, quod ipse sit dominus, & quod possidet ipsum seruum, & quod fuerit sciens quo casu te-netur in solidum. *l. 2. l. licet. ff. de noxa.* vel quod habeat facultatem dandi seruū pro no-
xa,

ra, casu quo non arguitur scientia domini, & cum ista non possint denotari per illam directam seu regularem formulam actionis furti, quæ oritur ex furto serui, sequitur quod illa actio, seu formula noxalis, quæ dirigitur in dominum, in qua ista omnia exprimuntur, non sit illa directa & regularis formula actionis furti, sed sit utilis. Et propterea quod ipsa noxalis actio sit utilis.

Nec obstat text. *in d. l. electio. §. si ex pluribus. & §. sequenti* quia respondetur quod dum tex. dicit agi directo contra dominum possessorem serui, sensus illius text. non est, quod ipsa directa actio, seu formula dirigatur aduersus dominum, sed quod ciuilis actio competit contra dominum possessorem, & honoraria actio, contra illum qui dolo desijt possidere; & illud verbum, *directo*, exponi debet, id est ciuiliter, prout exponit glo. *in l. i. in prin. in vers. ait & bene ff. de acqu. poss.* habes quidem ex illo tex. annotare, quod ius agendi vel prosequendi in iudicio distinguitur quidē inter ciuile, quod etiam appellatur directum, & prætorium

torium seu honorarium, & quod illud ius agendi ciuile & directum competit aduersus dominum possessorem serui, qui commisit maleficium, ex quo competit illamet actio, quæ oritur ex maleficio serui, sed contra illum, qui dolo desijt possidere seruum, non competit ius agendi ciuile seu directum, sed competit honorarium, ex quo conuenitur vigore illius edicti *de alienatione iud. mutan. cau. facta.*

Ex quibus sequitur, quod distinctio illius tex. solum pertinet ad ius agendi ciuile, & ad ius agendi prætorium, non autem ad directam & utilem actionem, quia distinctio, quam facit ille tex. respicit ius agendi seu prosequendi in iudicio, vt statim dixi, & distinctio directæ & utilis actionis non respicit ipsum ius agendi in iudicio, quia nunquam reperies ius agendi & prosequendi in iudicio distingui inter directum & utile, vt latius etiam infra dicemus, sed solum respicit formulam, quia alia est directa formula, alia utilis, quamuis sit idem ius, & similiter, alia est formula noxalis actionis,

nis,

nis, quæ dirigitur contra dominum, alia est illa directæ & regularis formula, quæ solet competere ex illo iure agendi, quod oritur ex maleficio commisso per seruum. Igitur sequitur, quod ista noxalis sit utilis, non autem directæ. Non obstat tex. in l. si seruus ff. de furtis. quia pro solutione & intelligentia est aduertendum, quod licet tex. dicat vulgarem formulam in dominum dandam esse, vult tamen, quod illi formulæ adijciatur istud, *vel quod dominus teneatur duntaxat de peculio*, vel adijciatur deditio noxæ, vt denotant illa verba: *Vulgaris formula in dominum danda est, vt pro eo, quod alter admisit duntaxat de peculio, quod ipse exercitor adijciatur, aut noxæ dedere.* Sensus igitur illius tex. est, quod danda est quidem aduersus dominum illa vulgaris formula, quæ solet competere ex illo maleficio, quod commisit seruus, tamen quod illi formulæ debeat addi, quod dominus conuenitur duntaxat de peculio, aut quod habet facultatem dandi serui pro noxa, & ista adiectio facit quod illa formula non sit, nec dicatur illa directæ & vulgaris, sed alia, vt ex-

N presse

presse dicit tex. in §. *omnis*. & §. *ex diuerso. inst. de nox.* quod etiam præsupponitur in d. l. *si seruus*, dum dicit, *dāda est*, hoc enim verbum, vt infra declarabimus, denotat formam non esse directam, sed vtilem, quemadmodum ius gentium efficitur ciuile, dum aliquid additur per ius ciuile. l. *ius ciuile. ff. de iust. & iu.* bene sequitur ex eo quod dicitur in d. l. *si seruus*. quod in illa formula, quæ dirigitur aduersus dominum, sit comprehensa illa regularis & vulgaris formula, qua solemus experiri in actione, quæ solet oriri ex maleficio illo, quod commisit seruus. Quinta est quæ-
 17 stio, † an illa actio seu formula, qua experimur aduersus dominum animalis, quo damnum dedit, ex edicto *si quadr. par. sec. dicatur.* sit directa, vel utilis. glos. & communiter Doct. in lege prima in princip. ver. *actio.* & in leg. pen. ff. *si quadr.* concludunt esse directam, quando agitur pro damno illato per quadrupedem, sed esse vtilem quando agitur pro damno illato ab animali bipede. Moti per tex. in d. l. *pen.* & dicunt rationem differentiaē esse, quia in primo casu actio descendit ex verbis legis,

gis,

gis, seu ex mente, secundo vero casu descendit solum ex interpretatione Iuriconsulti. & pro ista opinione prima facie videtur facere tex. *in l. 1. in prin. ff. si quadr.* dum ibi dicitur, quod ista actio descendit ex lege 12. tab. Ex hoc enim videtur colligi, quod sit directa, quia vt supra dictū est, quælibet actio, quæ reperitur instituta & cōcepta in corpore iuris, dicitur directa. Quicquid tamen sit, ego sum in contraria opinione, quod ista actio seu formula sit solū utilis, non autem directa. Moueor primo per tex. *in d. l. pen.* dum ibi dicitur, *hæc actio utilis cōpetit, etsi nō quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecerit*, hæc enim verba denotāt, quod in utroq; casu illa actio sit utilis, nam illa implicatiua, etsi habet istum sensum, quod non solum quando quadrupes, sed etiam quando aliud animal pauperiem fecit, competit illa actio utilis. Probatur etiam ista opinio arguendo à sufficienti partiū enumeratione. Nam si loquimur quādo interuenit culpa domini, vel custodis, quo casu non potest dari animal pro noxa, & in casu isto non potest esse directa, sed utilis tantum,

attento quia competit actio in factum.
l. 1. §. quod si propter, & §. sequenti. ff. eo. tit. quæ
 actio in factum est utilis, vt dicit glos.
in d. §. quod si propter, & in l. quidam cum filium §.
fi. ff. de hered. inst. ant loquimur in casu, quo
 nulla culpa domini, vel custodis inter-
 uenit, quo casu potest dari animal pro
 noxa, & etiam in casu isto nõ potest esse
 directa, sed utilis, attento quod compe-
 tit actio noxalis, prout si ab homine fu-
 issent illatum damnum. *d. l. 1. §. quod si post ff. eo.*
tit. quæ actio est utilis; Accedit quia cau-
 sa, propter quam quis conueniatur a-
 ctione ex illo edicto, est, quia est domi-
 nus animalis, & illud habet in sua pote-
 state tempore quo conuenitur, non e-
 nim sufficit, quod fuerit dominus, & il-
 lud habuerit in potestate, quando ani-
 mal nocuit. *d. leg. 1. §. & cum etiam,* sed cum
 nullum sit actionis nomen, nec aliqua
 directa & regularis formula, ex qua pos-
 sit hæc causa denotari, igitur necessaria
 erit utilis, in qua explicite dicta causa ex-
 primatur. Comprobatur quia actio,
 quæ competit ex illo edicto, non habet
 nomen, igitur sequitur, quod sit utilis,
 non directa. Consequentia patet, qua,
 vt di-

vt dictum fuit supra: *in 2. quest.* semper est necessaria utilis actio, quando non adest aliquod nomen actionis, per quod possit denotari causa, propter quam actori competat ius agendi, & causa propter quam reus conueniatur, & obligetur. Nec potest dicere, quod ista actio denominetur actio de pauperie, vel actio si quadru. vt videtur velle glos. *in d. l. 1.* quæ vult, quod illa verba rub. denotent ipsam actionem; Nam hoc est falsum. Illa enim verba rub. videlicet, *si quadru. paup. fecis.* non sunt verba denominantia ipsam actionem, sed sunt verba edicti prætoris, vt colligitur, *ex d. l. 1. §. 1.* in quo præsupponitur, verba prætoris fuisse ista: *Si quad. paup. fecisse dicatur, actionem in dominum dabo, vel iudicium in dominum dabo,* quæ verba etiam demonstrant actionem esse utilem, non directam, quia vt infra dicemus, directa non datur, sed utilis. Nec oppositum præsupponit text. *in dict. leg. 1.* quia licet dicat, quod actio prædicta descendit ex lege 12. tab. sensus tamen dictorum verborum est, quod ius agendi ex causa damni illati per quadrupedem

descendit ex lege 12. tab. & sic accipitur actio pro ipso iure agēdi, vel prosequendi, non autem sensus est, quod formula ipsa, qua experimur in casu illius edicti, sit instituta à lege 12. tab. quoniā indubitatum est, quod formulæ actionum fuerunt institutæ post ius 12. tab. *l. 2. §. deinde ff. de orig. iur.* & in specie q̄ formula, qua experimur in casu illius edicti, non sit instituta à lege 12. tab. sed quod danda sit per prætorem, demonstrant verba ipsius edicti relata in dicta rub. quæ erant: *si quad. pau. fe. dic. in dominū actionem dabo.* Ex quib. habes colligere plura. Et primo quod etiam in casu in quo actio in quantum accipitur pro iure agendi, descendit ex lege 12. tab. aliquando tamen actio seu formula datur à prætore, & est utilis, vt patet in casu dicti edicti, nam quamuis ius agendi descendat ex lege 12. tab. *d. l. 1. in pr.* attamen formula est datiua & utilis, vt ex verbis huius edicti & ex *d. l. pen.* & ex his quæ supra dicta sunt. Secūdo colligitur, quod etiam datur actio, seu formula utilis, quæ non stet respectiue ad aliquam directā competentem ad idem, vel diuersa, nam in casu

casu huius edicti *si quadr.* nulla competit nec competere potest directa, & tamen competit utilis, vt statim dixi, quod facit ad comprobationem eorum, quæ dicta sunt supra *in 1. questio.* reprobando dicta per Bart. *in l. 1. ff. de act. & oblig.*

Sexta quæstio est † quibus casibus, in 18
actione legis Aquiliæ competat directa actio seu formula, & in quibus utilis tantum? Ad hanc quæstionem respondetur, tunc competere directam actionem legis Aquiliæ, quoties actor præ tendit sibi competere ius agendi ex ea causa, quæ possit per nomen dictæ actionis denotari, similiter præ tendit reum posse conueniri ex causa, quæ per nomen dictæ actionis denotetur. Sed vbi præ tendit ius agendi sibi competere ex ea causa, & similiter præ tendit reum posse conueniri ex causa, quæ non possit per nomē dictæ actionis denotari, tunc non potest experiri directa actione legis Aquiliæ, sed solum utili. Hæc distinctio probatur ex his, quæ dicta sunt supra *in 2. quest.* & ex his quæ statim subdam. Dubitatio igitur consistit in hoc, † quæ sint illæ 19
causæ, quæ possunt per nomen prædictæ

actionis legis Aquiliae denotari, & quae sint illae quae non possint denotari. Ad quam respōdetur, quod vbi is, qui agit, prætendit ius agendi sibi competere ex ea causa, quia sit dominus rei, in qua damnū datum fuit, & prætendit reum teneri, & cōueniri posse ex ea causa, quia per iniuriam quasi manusua damnū dederit; Tunc istae causae possunt denotari per nomen actionis legis Aquiliae, quia istae causae sunt expressae in ipsa lege, & propterea tūc experiretur directa actione seu formula legis Aquiliae. *l. 2. ita vulneratus. §. 1. ff. eo. tit. ad leg. Aquil.* vbi vero prætendat actor ius agēdi sibi cōpetere, nō ex ea causa, quia habeat dominiū rei, in qua damnū sit illatū, sed solum ex ea causa, quia habeat aliud ius in dicta re, talis causa nō poterit denotari per nomen dictae actionis: quia non est expressa in lege Aquilia, & propterea debet experiri vtili actione legis Aquil. *l. liber homo, in prin. l. itē Melia §. sed et si seruus. l. si domin. seruus. ff. eo tit.* similiter vbi actor prætendit reum teneri nō ex ea causa, quia dederit damnū per iniuriam, sed solum quia damnum dederit,

rit,

rit, hæc causa cum non sit expressa in lege Aquilia, nō poterit denotari per nomen directæ, vt ideo agenda erit utili, *l. qui occiderit. §. si quis alienum. ff. eo. tit.* Similiter si præ tendit actor, reum teneri non ex ea causa, quia ipse quasi manu sua damnū dederit, sed qui præbuit causam, quare mihi auferatur res mea, hæc causa cum non sit expressa in lege Aquilia, nō poterit per nomen dictæ actionis denotari, & proprie agendum erit vel utili actione in factum, vel utili actione legis Aquil. *l. si seruus. §. si quis de manu. & l. qua actione. §. si. & l. Item Mela. §. si alius. ff. eo. & l. i. §. sed si instincta. ff. si quadr.*

Septima est quæstio † an istæ actio- 10
nes, videlicet de peculio, de in rem verso, institutoria, vel exercitoria sint & censeantur directæ, an uero utiles. Huic quæstioni, postpositis quæ per alios dicuntur, respondetur, quod istæ actiones non sunt directæ, sed utiles, quæ conclusio probatur lege, & ratione. Nam dico quòd pro ista conclusione est casus *in. §. si. inst. quod cum eo*, quatenus in illo tex. dicitur in id, quod patris dominiue iussu cō-

N S tra-

tractum est, vel in rem patris vel domini
 verum, posse directo quoq; à patre do-
 minoue condici, tanquam si cum illis
 principaliter negotium gestum esset. Et
 dum idem tex. dicit, ab eo quoque, qui
 tenetur exercitoria vel institutoria acti-
 one, directo posse condici, quia huius
 quoq; iussu contractum intelligitur, a-
 perte tex. in his verb. præsupponit, quod
 licet agi possit directa contra patrem vel
 dominum, vbi contra eos agitur veluti
 ex contractu cum illis celebrato, tamen
 præsupponit non posse agi directa actio-
 ne, sed vtili tantum, vbi dominus, vel
 pater conueniatur veluti ex cōtractu ge-
 sto cum filio, vel cum seruo, & similiter
 quod exercitoria, & institutoria, non sit
 directa actio, sed vtilis, cū agitur veluti
 ex cōtractu gesto cū institutore, vel exer-
 citore. Pro eadē cōclusionē est casus in *l.*
pater pro filia. & in *l. si. in si. ff. de in rē verso*, qua-
 tenus ibi dicitur, dandam esse de in rem
 verso vtilem actionem, & licet gl. ibi ex-
 ponat vtilem. i. efficacē, & præsupponit,
 quod nō dicatur vtilis, ad differentiā di-
 rectę, tamē ista expositio non est admit-
 tenda,

tenda, tum quia negari non potest, quin
 ibi dicatur de utili actione ad differenti-
 am directæ, vt est propria significatio il-
 lius dictionis, *utilem*, & denotant etiã ex
 verbo, *dandam*, quod non potest cõueniri
 directæ actioni, tum etiã quia illud ver-
 bũ, *utilem*, esset superfluum si acciperetur
 pro actione efficaci, quoniã nunquã re-
 peritur dari actionem, quæ non sit effi-
 cax. Est etiam casus *in l. & ideo, ff. de inst. nã*
in d. l. dicitur, & ideo utilis institutoria aduersus
me tibi competit. Et licet gl. ibi præsupponat
 institutoriam dici. i. *utilem* in casu illo,
 sed regulariter dici directã, assignando
 rationẽ, quare magis in casu illo dicatur
 utilis, quam in alijs casibus, tamen opi-
 nio gl. prædicte mihi non placet, & ratio
 assignata per eam non est bona. vt patet
 ex his, quæ dicta sunt, *supra in 1. questione.* Ex-
 positio etiam Alb. qui exponit utilis. i.
 efficaci, non est bona, vt patet ex his,
 quæ statim dixi. Videtur etiam casus pro
 eadẽ cõclusionẽ *in l. in eũ in prin. ff. de inst. & in*
l. si mutuum. C. eo. & in l. liberto, in prin. ff. de neg.
gest. nã dum in illis legib. dicitur, dari uti-
lẽ ad exemplum institutoria, videtur præ-
 suppo-

supponere institutoriam etiam esse vtili-
lem, & dari.

Nā quomodo diceretur dari utilis ad
eius exemplum, si institutoria esset direc-
ta, & nec daretur, nec impetraretur. Et
licet glo. *in d. l. liberto*, dicat illam instituto-
riam regulariter dici directam, & solum
esse vtilem in illo casu particulari, per ra-
tionem de qua ibi, tamen non bene di-
cit, vt patet ex prædictis. Prædicta opinio
probatu[r] etiam ex eo quia istæ actiones,
videlicet de peculio, de in rem verso, in-
stitutoria, & exercitoria, non autē direc-
tæ dicuntur dari, igitur sequitur quod
sunt vtilis; consequentia patet, quia, vt
statim dicemus, solum actiones vtilis
dicuntur dari, non autem directæ.
Assumptum vero quod prædictæ actio-
nes dentur, probatur per plura iura, &
primo per textum *in l. 2. in l. 4. in prin. in §. si
seruus. in §. ex furtiua. in l. depositi. §. si filius fami-
lias, & in l. & an ancillarum, & §. 1. & §. illud, &
§. sicut autem. ff. de pec. quæ iura loquuntur in
actione de peculio.*

In actione de in rem verso extat tex.
*in l. si filius fami. in l. si seruus §. cum Stich. in l. in
rem*

rem verso, in l. pater filium in l. si. ff. de in rem ver.
 In institutoria est rex. in l. 1. in si. in l. quicumq; §.
 & l. eatenus, & l. idem erit, & l. nouissima & l. si
 cum villico, & l. si quis municipijs §. si impubes. ff. de
 inst. De exercitoria habes casum in l. 1. §.
 si is qui nauem, & §. hac actio, & in l. si tamen. §.
 si. & l. si seruus. & l. si. vers. quare. ff. de exercit. Ul-
 tra prædicta iura, quæ aperte præsuppo-
 nunt has actiones esse vtilis & non dire-
 ctas, probatur ista opinio ratione. Nam
 causa, ex qua actori competit ius agen-
 di, est illud negotium contractus gesti
 cum filio, vel seruo; causa autem, quare
 pater vel dominus possint conueniri, ex
 illo contractu filij, vel serui, est, vel quia
 possident peculium, vel quia in rem i-
 pforum versum est, vel quia præposue-
 runt aliquem ex eis, certæ negotiationi,
 vel exercitio nauis.

Si igitur intuemur nomen actionis,
 quæ oritur ex ipso contractu gesto cum
 filio, vel seruo, illud quidē nomē est aptū
 ad denotandū causam, propter quam a-
 ctori competit ius agendi, tamen non
 est aptum ad denotandum causam, pro-
 pter quam alius, videlicet pater vel do-
 minus possint conueniri. Si etiam in-
 tuemur

tuemur nomina istarum actionum de peculio de in re verso, institoria, vel exercitoria, quavis hæc nomina sint apta ad denotandū causam, ex qua pater vel dominus possint conueniri, non tamen sunt apta ad denotandum causam, propter quam ipsi actori competat ius agendi. Propterea sequitur, quod quoties agendum est contra patrem, vel dominū veluti ex contractu gesto cum filio, vel seruo, quod experiri debemus vtili actione, non autē directa, quia nullū est nomen actionis, quod sit aptū in casu isto ad demonstrandū vtranq; causam, videlicet eam, per quam actori competat ius agendi, & eam, per quam reus conueniatur, & hæc consequentia satis patet ex his quæ dicta sunt supra *in 2. questione.*

Nec obstat si dicatur quod, quia prætor induxit istas actiones, vt est casus *in §. in personam & §. seq. inst. de act.* ideo debent dici directæ, ex quo, vt dictum fuit supra *in 1. questione*, actiones quæ reperiuntur institutæ, & cōceptę in corpore iuris, sunt directæ, quia respondetur quod prætor induxit

duxit

duxit quidem ius ipsum agendi in patrem vel dominū, & ius ipsum quo pater vel dominus obligantur, ex cōtractu filij, vel serui, & hoc est quod dicitur *in d. §. in pers. & §. seq.* sed prætor ipse nec instituit, nec concepit aliquā formulā actionis qua quis ageret aduersus patrem, vel dominū ex cōtractu gesto cū filio vel seruo sed solū pollicetur, quod dabit ipsam actionem, seu formulā, vt patet in legib. præallegatis. Vnde seq. quod istę actiones seu formulę sint vtiles, nō autē directę, cū non sint cōscriptę in corpore iuris, sed dandę. Etsi iterū instares, quę sit ratio quare prætor non instituerit certā formulā in hac actione de peculio, & de in rē verso, institoria, & exercitoria, Respondeo quod ideo nō fecit, quia nō potuit; Attēto quod licet potuisset cōstituere certā formulā, per quā possit denotari causā, ex qua pater vel dominus possit conueniri, tamen non poterat instituire certam formulam, quę denotaret causam cōtractus gesti cū filio, vel seruo propter quā actori cōpetat i^o agēdi, quoniam necesse est, quod iuxta varietatem

CON-

contractuum, qui geruntur cum filio, vel seruo, formula etiam varietur, ad hoc ut causa prædicta possit denotari. Et debes circa prædicta animadvertere, quod quando agimus contra filium vel seruum ex contractu cum illis celebrato, proponimus directam actionem, quia nomen directæ actionis est aptum ad denotandum utrâque causam, illam videlicet per quam actori competat ius agendi, & illam per quam filius vel seruus possint conueniri: similiter quando agimus contra patrem vel dominum, veluti ex contractu celebrato cum patre vel domino, experimur directa actione seu formula, *ut dicitur in §. si. inst. quod cū eo.* Sed quoties experimur contra patrem, vel dominum, veluti ex contractu gesto cum filio vel seruo, tunc non experimur directa actione, verum utili, ut dictum fuit. Quoniam nullum est nomen actionis, per quod utraque causa possit denotari, ut statim dictum fuit. Quæ omnia conferunt ad probationem eorum, quæ dicta supra fuerunt *in 2. quest.*

Octaua

Octava est quaestio, † an utiles a- 21
 ctiones sint dativæ vel nativæ? Ad in-
 telligentiam est prius videndum, an in
 iure reperiatur ista distinctio nativæ, &
 dativæ actionis, & similiter quæ sit nati-
 va & quæ dativa actio. Circa quod sunt
 opi. nam Bart. & communiter Doc. in l.
iurisg. §. 1. ff. de pac. & l. certi cond. & l. si & me. ff.
si cer. pet. & in l. 1. col. 1. ff. de act. & obl. & in l. 1.
col. 6. ff. de cond. ind. concludunt reperiri in
 iure nostro istam distinctionem, & dicunt
 nativam dici illã, quæ habet præexisten-
 tem materiam, seu causam, ex qua pro-
 ducatur, dativam vero quæ non habet
 præexistentem materiam, ex qua produ-
 catur. Et dicunt vtrunq; probari in d. l. *iur-*
rig. §. 1. quatenus tex. videtur præsuppone-
 re, dandã esse actionẽ à prætore in casu,
 quo non subest causa, sed non esse dan-
 dã, quando subest causa, unde actio na-
 scatur, & dicunt probari etiã per plures a-
 lias leges, quæ dicunt actiones dari, vel
 dandas esse, quas inf. referam. Ista cõclu-
 sio patitur plures difficultates, quas re-
 fert Fortu. in d. l. *iurisg. §. 1.* Præterea ista cõ-
 clusio nõ resolvit quaestionẽ, quoniam

O non

non declarat, quando dicatur subesse
 causa habilis ad producendum actio-
 nes, & quando non, & quæ sit causa ha-
 bilis ad producendum actionē, & quæ
 non sit habilis, quod etiā Doc. non de-
 clarant. Alia fuit opi. Fulg. *in d. l. iurisg. §.*
1. post Castelum in l. cum mota. C. de transf. quod
 nulla actio dici possit datiuā. Tu vero,
 omissis quæ alij dicunt, pro resolutione
 præsentis quæstionis debes primo ad-
 uertere, quod ex quo hic termin⁹, actio
 in iure nostro accipitur duob. modis, vi-
 delicet pro ipso iure prosequendi, quod
 nobis debetur, & pro ipsa formula, vt di-
 ctū fuit, *supra in 1. q. iccirco* præsens quæ-
 stio diuiditur in duos articulos. Primus
 22 est, † an actio inquantū accipiatur pro i-
 pso iure prosequēdi in iudicio, distingua-
 tur inter natiuā & datiuā actionē. Secū-
 dus est, an actio inquantū accipiatur pro
 ipsa formula, distinguatur inter natiuā
 & datiuā. Circa primum sciēdum est pri-
 us id, quod alias declaravi *in rub. ff. de ver.*
 23 *obl. n. 35. cū plurib. sequentib.* † quod conuētio-
 nes hominum duplici modo à iure ap-
 probantur & roborantur ad effectum a-
 ctionis,

ctionis, nam aliquando approbatur ita, ut ipsæ cōuentiones fiant efficaces ad producendū actionē ciuilē in debitorē, & actionem seu ius prosequēdi in iudicio in creditorē. Aliquando approbatur, nō ut ipsæ cōuentiones per se sint efficaces ad producēdum obligat. ciuilē in debitorē & actionē in creditorē, sed ut ex legis iurisd. vel auctoritate, propter ipsam cōuentionē inducatur obligatio ciuilis & act. Exēplū primi est, quando in causa, ex qua partes intendunt obligari in cōuentione, cōcurrit factum vtriusq; paciscētis, nā tunc ista causa est habilis ad producendum obligationē ciuilē & act. & cōuentiones in casu isto dicētur approbatæ ad hunc effectū, ut ipsæ sint efficaces, ut est in stipulatione, & in omnibus cōtractib. nominatis, & in illo cōtractu innominato, do, ut des, & do ut facias, ut declarauit *in d. rub.* & ista causa, in qua cōcurrit factum vtriusq; paciscētis, dicitur & est cōtractus, ex quo, ut dixi *in d. rub. nu. 112.* declarando tex. *in l. Labeo. 1. ff. de verb. sig.* cōtractus nil aliud est, quam ipsa obligatio, seu causa, quæ est vltro citroq; .i. quæ

○ a facto

facto vtriusque paciscentis explicatur, seu in qua factum vtriusque concurrit. Exemplum secundi est quando in causa illa, ex qua partes intendunt obligari in conuentione, non concurrit factum vtriusq, paciscentis. Nā tunc ista causa nō est habilis ad producendum obligationem ciuilem, & actionem & ideo conuentio in casu isto non dicitur approbata à lege, ita vt ipsa sit efficax ad producendum obligationem ciuilem, & actionem, sed solum ad hoc, vt ex legis iurisdictione, & authoritate propter ipsam conuentionem inducatur obligatio ciuilis, & actio, & in casu isto dicimur obligari ex lege vel iure honoratio, vt dicitur in l. obligamur. §. ex lege. ff. de act. Exemplum huius est in approbatione pacti nudi pro donatione, quæ facta fuit per l. si quis argentū. C. de donat. nam lex propter ipsum pactum ex sua authoritate induxit actionem, quæ dicitur conditio ex lege, vt notans Bart. & alij in l. legitima ff. de pac. idem Bart. & alij in l. 1. ff. de cond. ex leg. Aliud exemplum est in actione de constituta pecunia, nā licet prætor approbet pactum constituti,

HOB

non tamen probatio illa facit, vt pactū illud per se sit efficax ad producendum actionem, sed dicitur approbare in quantum ipse ex sua authoritate, & iurisd. propter illud pactum inducit ipsam actionem, & propterea dicta actio dicitur & est inducta ex prætoris iurisd. *vt habetur in §. in personam, inst. de act. & licet Doc. arbitrentur istam actionem nasci ex pacto, veritas tamen est, quod inducitur ex prætoris iurisd. d. §. in personam, & per illud iure honorario obligamur, vt dicitur in d. l. obligamur, & alias declaravi in d. rub. n. 36. & nu. 79.* exemplum etiam est in contractu gesto cum seruo, vel filio. Nā in hoc contractu non interuenit causa habilis ad producendum actionem contra patrem vel dominū, quia nullus actus patris vel domini interuenit, ideo actio de peculio, vel de in rem verso quatenus cōpetunt aduersus patrem vel dominū veluti ex cōtractu gesto cum filio, vel seruo, inducuntur ex prætoris iurisd. *vt dicitur in d. §. in personam quoque.* Sed quatenus consideratur vt neg. ge. cum patre vel domino, qui conueniuntur vt ex contractu cum illis gesto, quia isto casu diceretur adesse

O 3 causa

causa habilis ad producendum aduersus eos actionem, quia factum ipsorum cēseretur interuenisse, tunc ista actio diceretur oriri ex ipso cōtractu, vt præsупponitur in. §. si. inst. quod cum eo. Ex prædictis resultat † qualiter intelligi debeat & possit procedere illa cōmunis opi. Bar. & aliorū supra relata, dū dicunt reperiri in iure istā distinctionē, & dicunt natiuā esse illā quæ habet præexistentem materiā seu causam, datiuā vero, quæ nō habet præexistentē causam, seu materiā, Nam primo ista conclusio & distinctio cōmunis nō potest adaptari ad actionem quatenus accipitur pro formula, ex quo formula non nascitur à cōtractu, sed constituitur & concipitur, vt dicitur in l. 2. §. deinde ff. de orig. iur. Solum igitur potest ea distinctio adaptari ad actionem, in quantum accipitur pro ipso iure prosequendi, † vt intelligamus adesse præexistentem causam seu materiam actionis, quādo adest in cōuentione causa habilis ad producēdū actionem, in qua cōcurrat factum vtriusq;, & intelligamus non adesse causam seu materiā actionis, quando nō adest

est causa habilis ad producendum actionem, in qua concurrat factum vtriusque paciscentis, & secundum prædicta declaratur tex. *in d. l. iurisg. §. 1.* pro cuius intellectu † sciendum est, quod differētia inter Iulianum & Martianum consistebat in eo, quia Iulianus existimabat, quod in casu illius tex. causa, ex qua partes intendebant obligari, nō foret habilis ad producendum obligationem civilem in debitore, & ius prosequendi in creditore, & ideo existimabat op^o esse, quod actio induceretur ex prætoris iurisdictione, & hoc important illa verba. Iul. scripsit in factum civilem actionem à Prætoře dandam. Ratio autem quare Iul. existimaret illam causam, ex qua partes intendebant quod obligaretur is, qui dare debebat Stichum, non esset habilis ad producendum actionem, erat, quia videbatur actum, quod ex manumissione Pamph. explicanda per te, & sic ex adimplimento tuo, ego obligarer ad dandum Stichū, & quia in illa manumissione, seu adimplemēto interuenit solummodo factum manumissoris, nō autem

aliquod factum meum, propterea non poterat censerī habilis ad producēdum obligationem ciuilem in personā meam, sed Mart. existimabat, quod causa illa, ex qua partes intendebāt obligari, foret habilis ad producēdū obligationem ciuilem in persona mea, & actionē in persona tua, qui manumisisti Pāph. & propterea cōcludetur nō esse opus, quod ex prętoris iurisd. induceretur aliqua actio, sed illam induci ex ipsa conuentione, & causa implementi, & ratio quare Mart. id existimarit exprimitur in text. in his verbis: *Quia est contractus, ex quo hac actio nasci potest.* quorum verborum sensus est, quia adest causa, in qua concurrit factum vtriusque. Nam, vt supra dixi, contractus nil aliud est, quā causa obligationis quę ex vtriusque facto explicatur, vel in qua factum vtriusq; concurrat. Quomodo vero in casu dictę obligationis concurrat factum vtriusque non declaratur in text. sed tum ita declarandum venit: Nam licet actus manumis. Pamphil. explicandus à te, non sit per se causa habilis ad producendum obligationem
 ciui-

ciuilem, quia si antequam ego tradidif-
 sem tibi Stichum, tu Pamph. manumi-
 fisses, ex dicta manumissione nō potuis-
 set oriri obligatio ciuilis & actio, sed dā-
 da esset actio de dolo, vt dicit tex. *in l. na-*
turalis. §. quod si facio ff. de pres. ver. tamen in ca-
 su quo tu tradidisti mihi Stichum, & post
 traditionem ego manumisi Pamph. di-
 cetur causa habilis ad producendum
 obligationem ciuilem, & actionem ad-
 uersus te, quoniam per traditionem, do-
 minium Stichi non esset in me transla-
 tum, quia actum fuit, quod ex illa tradi-
 tione, sequuto adimplemento manu-
 missionis ex parte mei, tu obligareris, &
 sic in causa prædicta dicetur interuenire
 factum vtriusq; videlicet tui in traditio-
 ne, & etiam factum meum in manumif-
 sione. Quod autem textus, ille loquatur
 de actione in quantū accipitur pro ipso
 iure prosequendi manifeste colligitur ex
 pluribus. Primo quia tex. expresse loqui-
 tur de obligatione ciuili, quæ est corre-
 latiua ad actionem in quantum accipi-
 tur pro ipso iure prosequendi. Secundo
 quia loquitur de actione, quæ nascitur

O s ex

ex ipso contractu, & hoc non potest adaptari ad actionem in quantum accipitur pro formula, sed solum in quantum accipitur pro iure agendi seu prosequendi. Est tamen circa prædicta aduertendū ad duo. Primo quod ista distinctio inter actionē quæ nascitur, & actionē quæ ex legis iurisd. vel autoritate inducitur, quam Doc. appellant datiuam, considerari solum potest in obligatione ciuili, & act. quæ nascitur ex conuentionib. vel contractib. nō autem in alijs dispositionibus, seu negotijs, quia in alijs dispositionibus, seu negotijs, solum potest induci obligatio ciuilis ex legis dispositione & autoritate, & in illis non potest considerari aliqua causa, ex qua producat, & nascatur obligatio, sed consideratur quod obligatio & actio producitur ex legis autoritate, vt patet in lege Aquilia, & in omni actione, quæ datur ex delicto. Aliud est quod licet Doct. appellent datiuam istam actionem, quæ inducitur ex legis iurisdictione, vel autoritate, tamē ista appellatio est admodum impropria, quia vt statim inf. declarabo,

rabo, sunt plures casus, in quibus actio
 inducitur ex legis autoritate, in quibus
 competit actio directa, nō autem quod
 detur; & sunt etiam plures casus, in quib.
 nascitur actio ex ipsa conventionē, & ta-
 mē in illis actio dicitur dari, non autem
 competat. Accedit quia postquam lex ex
 sua iurisd. vel autoritate induxit obli-
 gationem civilem & actionem propter
 aliquam conventionem seu causam in
 eodem instanti, in quo contingit dicta
 conventio seu causa, simul etiam oritur
 & inducitur obligatio civilis, & actio, a-
 deo quod non est opus alia datione, &
 semper dicitur adesse præ existens ma-
 teria ad producendum actionē, inquan-
 tum lex voluit ex suæ iurisd. autoritate
 propter materiam illius negotij induci
 obligationem civilem & actionem. Et
 iuxta istud ultimum posset procedere o-
 pinio Fulg. videlicet non reperiri in iure
 actionem dativam, nam considerando
 actionem in quantum accipitur pro i-
 pso iure prosequendi, & postquam illud
 ius fuit ex legis iurisdictione inductum,
 iam non potest amplius dici dativa,
 cum

cum inducatur in eo instanti, in quo contingit materia illius negotij, & non exigitur quod amplius detur. Quo vero ad aliud, videlicet an actio in quantum accipitur pro ipsa formula, distinguatur inter nativam & dativam, advertendum est primo, quod hæc qualitas nativa non potest proprie referri ad actionem in quantum accipitur pro formula, quia, ut supra dixi, formula ipsa non nascitur, nec producitur, sed constituitur & formatur. *d. l. 2. §. deinde ff. de orig. iur.* † unde cōgruentius quæstio ista formaretur, an actio in quantum accipitur pro formula, distinguatur inter dativam & non dativam. Circa quam concludendum est, quod sic, & quod illa formula seu actio dicatur dativa, quam ex necessitate oportebat impetrare, & quæ ex eo, quia impetranti concedebatur, dicitur dativa. Sed illa, quæ reperitur instituta, & formata in corpore iuris, & quam non oportebat impetrare, ut dictum fuit supra, *in l. qu.* non dicitur dativa. Quæstio enim non potest dici dativa, si absq; alia impetratione seu datio-

datione competit. Quæ conclusio probatur ex eo, quia in iure nostro datio actionis semper ad formulam refertur, ut est casus in *l. cum mota, in vltimis verb. C. de transf. in l. si quis diuturno. ff. si ser. ven. in l. si seruus. §. Stich. ff. de in rem ver. inducendo, ut dictum fuit supra in 1. q. Est etiam casus in *l. 1. §. si. & l. 3. ff. de pres. ver.* nam licet in casu dictarum legum ex illo contractu innominato oriatur actio, & obligatio ciuilis, dicitur tamen dandam esse ciuilem actionem in factū: Vnde apparet dationem actionis in illis legibus referri solum ad actionem in quantum accipitur pro formula, quod etiam præsupponunt multæ leges, quas infra referam. Ex prædicta conclusione infero † quod utilis actio seu formula est ²⁸ datiuæ, quia erat impetranda, & non erat instituta nec formata in corpore iuris, sed actio directa, quæ reperitur instituta, & formata in corpore iuris, & quam prius non oportebat impetrare, nulla ratione potest dici datiuæ, & ista conclusio probatur per tex. in *l. quidam cum filium, in fine ff. de hered. inst.* quatenus dicit non competituram vulgarem, sed vtilem dari placere.*

re.

re. Ecce quod verbum, *dari*, refertur solum ad utilem, non autem ad vulgarem & directam, quia ad illum refertur verbum *competituram*, ad idem est casus *in l. fin. ff. de magist. conuen.* nam quatenus loquitur de utili actione tutelæ, quæ competit aduersus magistr. dicit illam dari, dum vero loquitur de directa actione tutelæ, quæ competit contra tutorem, dicit illam competere. Probatum etiam quia omnes leges dum loquuntur de utili, semper dicunt illam dari, *ut in l. qui occiderit. §. si alien. ff. ad leg. Aquil.* ibi, ideoq; utilis actio danda est, & *in lege si vero non remunerandi. §. si filiofamil. ff. mand.* ibi, verum est in factum actionem filio dandam, & *in lege penult. C. ad exhib.* ibi, utilis autem tibi propter æquitatem dabitur actio depositi, & *in l. quoties. C. de do. que sub mod.* ibi, sed cum postea diui Principes ei, qui stipulatus non fuit, utilem actionem competere admiserunt, actio sibi commodabitur. *in leg. hominibus. C. de act. & oblig.* ibi, actionem ad similitudinem eius qui emit, dari oportere, sæpe rescriptum est, & loquitur de utili, *in l. 2. C. si aduer. transact.* ibi, tributa
 actione

actione tibi consulendum est, & loquitur de util. *vt ibi notatur in l. cum mota. in fi. C. de transf. ibi, utilis actio, quam præsc. verbis rem gestam demonstrat, danda est, in l. tut. §. si. ff. de pig. act. ibi, sed utiles actiones superficiario darentur, in l. emptor. C. de hered. vel act. ven. ibi, quamuis utiles actiones aduersus debitores hæreditarios placuit tribui, in d. l. quidam cum filium, in fin. ff. de hered. inst. ibi, vulgarem actionem non competituram, sed utilem dari placere, in l. 3. in princi. ff. con. mod. ibi, dandam utilem actionem commodari, secundum diui Pij rescriptum. Hinc est quod ex quo noxalis actio est utilis, §. ex diuerso Inst. de nox. & dictum fuit supra in 4. q. illa actio semper dicitur dari, vt in leg. si plurium seruum. in l. noxali, in l. nõ solum, in l. quoties. §. Prætor ait, ff. de noxal. similiter quia illa actio seu formula, qua experimur aduersus dominium animalis, quia est utilis, vt dictum fuit supra, in 5. q. propterea semper dicit dari, leg. 1. §. Cum etiam ff. si quad. hinc et est, qd ex quo actio de peculio & de in re verso, institoria & exercitoria sunt utiles, idcirco dicuntur dari, vt dictum fuit sup. in 7. q. Sed è contrario in omnib. legibus, in quib. fit mentio de
 directa*

directa & regulari actione, seu formula, nunquam dicitur illa dari, sed quod competit, vel quod eam quis habet, & in hoc non distinguo vtrum obligatio civilis, & actio, in quantum accipitur pro iure proseq. inducatur ex legis authoritate, an vero nascatur ex ipsa conuentione, vel contractu, sed in vtroq; casu formula, dummodo sit directa & regularis, nunquam dicitur datiua. Istud patet in actione legis Aquiliae, quia licet in ea actio civilis & ius proseq. inducatur ex dicta legis iurisd. tamen in his casibus, in quibus competit directa actio seu formula, leges non dicunt illam dari, sed quod competit, vel quod est illa actio, vel quod quis illa actione teneatur, *l. 2. l. ita vulneratas, l. liber homo l. 2. ff. ad l. Aquil.* sed in casibus, in quib. competit utilis actio, seu formula legis Aquiliae, vel actio in factum, quae est utilis, semper dicitur dari, *vt in l. item Mela. §. sed si seruus, in l. qui occiderit. §. si quis alienum. eod. tit. ad leg. Aquil. et si dicatur, quod in l. liber homo, l. 1. eod. tit. dicitur quod habet utilem actionem legis Aquiliae, sed non directam, & in l. si dominus seruum eo. tit.*

tit. dicitur, quod tenetur actione in factum, respondetur, quod sensus dictorum verborum habet utilem actionem &c. Et quod habet utilem, quam potest impetrare, vel quod habet illam postquam impetrauit: & illud aliud verbum, *teneri actione in factum*, intelligitur non de ipsa formula, sed de ipso iure proseguendi, per dictam formulam, ut sensus sit, quod potest per illam actionem, seu formulam conueniri. Idem etiam est in obligatione civili, & actione, quæ nascatur ex contractu, seu conuentione, quia in illis casibus, in quibus competit solum utilis actio, seu formula, in legibus dicitur illam dari, & esse datiuam. *l. 1. in fi. & l. 3. ff. de prescr. verb.* Conclusio igitur stabit, quod actio datiuam nihil aliud sit quam utilis, & actio non datiuam est actio directa, seu vulgaris actio, seu formula, & quod prædicta distinctio datiuæ & natiuæ actionis refertur ad actionem inquam accipitur pro formula, prout refertur distinctio directæ & utilis. Fateor tamen, quod aliquando in legibus dicitur utilem actionem competere, & aliquam

P habere

habere utilem actionem, *vt in l. & ideo ff. de inst. ibi*, & ideo utilis institoria aduersus me tibi competit, *& in l. 2. Cod. de act. & oblig. ibi*, competit utilis actio, *& in l. 1. C. de Magist. conu. ibi*, aduersus magistratum, ita demum est utilis actio, *& in l. si quis diuturno, ff. si seruitus vendicetur, ibi*, sed utilem habeat actionem, *vt ostēdat per annos forte, &c. & in leg. penult. ff. si quadr. ibi*, hæc actio utilis competit, & si non quadrupes. Similiter actio de peculio dicitur, quod competit quamuis sit utilis, *vt dictum fuit supra l. 3. ad finem, ff. de peculio. ibi*, filio suo nomine in id quod ad patrem peruenit, competit de peculio actio, *& in leg. in bona fidei. eod. tit. ibi*, non solum actio de peculio, & de in rem verso competit actio, sed hanc quoque habet adiectionem, &c. Sic etiam dicitur, quod institoria competit, *leg. sed & sequis, & l. si quis ex mancipijs in princip. ff. de instit.* Attamen hoc est ea ratione, quia illa verba, *quod competit actio, vel, quod est utilis actio, vel, quod quis habet utilem actionem*, proferuntur in nostrum sensum, quod competit & sit utilis actio, quam quis potest impetrare, & quæ sit danda, & similiter, quod habet utilem actionem, quam

quam debet impetrare, vel ea ratione, quia dicta verba referuntur ad tempus, postquam fuit impetrata, quia postquam fuit impetrata utilis actio in rem, dicitur quod competit, & quod est utilis actio, & quod quis dicatur illam habere. Et insuper advertendum est, quod illa iura, in quibus dicitur actionem de peculio, & actionem institoriam competere, loquuntur non de ipsa actione quatenus accipitur pro formula, sed in quantum accipitur pro ipso iure prosequendi, nam hic terminus, actio de peculio, & de in rem verso, & institoria, accipitur etiam pro ipso iure prosequendi quod Prætor ex sua iurisdictione induxit contra patrem, vel dominum ex contractu filii vel serui. §. *in personam quoq.*, *inst. de act.* & quatenus hic terminus actionis de peculio, vel de in rem verso accipitur pro ipso iure prosequendi, semper dicitur competere: nam ius prosequendi, non dicitur dativum, ut superius fuit declaratum, sed quatenus accipitur pro formula, dicitur dari, & est dativa, ex quo nulla certa formula est constituta à Prætoribus,

qua quis experiatur aduersus patrem, vel dominum ex contractu gesto per filium, vel seruum. Aduertendum est etiam ad aliud, quod vbi in lege dicitur, quod vulgaris & sic directa formula datur, vt in *l. si seruus*, ff. de fur. sensus est, quod in illa vtili actione, quæ dāda est, inseratur vul. & directa formula, vt dicit. fuit sup. in q. 4

29 Nona est quæstio, † an directa & vtilis sit eadem ratio vel diuersa, quam pertractant Bar. & alij, in *d. l. 1. ff. de act. & obl.* concludo quod directa & vtilis actio quoad ipsum ius prosequendi est eadem, sed quoad formulam est diuersa. Quæ conclusio euidenter probatur ex his, quæ supra dicta fuerunt, per quæ fuit demonstratum actionem ipsam, in quantum accipitur pro ipso iure prosequendi non distingui inter directam & vtilem, vt declaratum fuit supra, in *1. q.* Quæ cōclusionē sic stante, resultat declaratio eius quod dicitur, in *l. si. ad fin. ff. de magis. conu.* ibi quatenus eadem actio in magistratus datur, quæ cōpetit in tutores: nam sensus est, quod est idem ius prosequendi aduersus magistratus, quod est aduersus tutores, & sic quod sit

sit eadem actio quoad ipsum ius prosequendi. Sed dicta verba non habent hunc sensum, quod sit eadem actio quoad ipsam formulam, quia absq; dubio alia est formula, quæ experimur aduersus magistratum, alia quæ experimur aduersus tutorem. Resultat etiam declaratio rationis eius, quod dicitur *in l. si alienus seruus*, & *in l. quemadmodum*, & *in l. si seruus. ff. de noxal.* videlicet quod illamet actio, quæ oritur ex maleficio serui, dirigitur aduersus dominum, quoniam sensus est, quod actio noxalis quoad ipsum ius prosequendi, est illamet actio, quæ oritur ex maleficio serui, sed quod solum est diuersa quoad formulam; vt dictum fuit supra, *in 4. q.* Ex prædicta conclusione resultat etiam resolutio, † an istæ actiones ³⁰ de peculio, de in rem verso, & quod iussu, institoria & exercitoria, sint distinctæ, & diuersæ actiones, an non, & sic an sint nomina actionum, an adiectiones, de qua quæstione habetur per glos. Bart. & Doct. *in l. 3. §. si filiusfam. ff. de pecu.* & per Doct. *in l. 1. C. quodcum eo*: nam resultat, quod quoad ipsum ius prosequendi, non sunt se-

paratæ actiones, quia in omnib. est idem ius proseq. Est enim in omnib. illud ius proseq. quod oritur ex contractu gesto cum filio vel seruo: quamuis illud ius prosequendi, dirigatur aduersus patrem, vel dominum, *l. 3. §. si filiusfam. & d. l. 1. & l. ancillarum. §. 1. ff. de peculio.* Resultat etiam, quod quoad formulam sunt distinctæ & diuersæ, quia alia est formula, qua de peculio experimur aduersus patrem, vel dominum, alia qua experimur de in rem verso, vel alia actione. Etsi obijciatur, quod non possit dici idem ius prosequendi in omnibus istis actionibus, attento, sunt diuersa edicta, & diuersi tituli, ex quibus sunt introductæ, & vltorius quomodo potest esse idem ius in istis omnibus actionibus, attento, quod illud ius prosequendi quod oritur ex ipso contractu, est ciuile, illud vero, quo pater, vel dominus cõuenitur, dicitur prætorium *§. in personam inst. de actionibus. leg. 1. & 2. ff. de pec. cum alijs concord.* Respondetur esse aduertendum, quod pater vel dominus conueniuntur nomine filij vel serui, vt *inst. q. cum eo. in prin. & in d. l. & ancillarum. §. 1. & contra-*
 ctus

Etus ille gestus cum filio, vel seruo est causa, propter quā actori competat ius prosequendi tam contra filium vel seruum, quam contra patrem vel dominū. Hinc sequitur quod sit idem ius, & licet Prætor ex sua iurisd. induxerit, quod pater vel dominas possint conueniri ex cōtractu gesto cum filio vel seruo, non tamen dicitur constituere aliud ius proseq. sed solum quod illud ius proseq. quod competit aduersus filium vel seruū, possit dirigi aduersus patrem vel dominum. *l. fina. ff. de magist. con.* Vult enim tex. ille, quod sit idē ius prosequendi, quāuis lex statuatur, quod actio competēs contra tutorem, possit dirigi contra magistratum. Et ratio est, quia istud ius, quo statuitur vt actio competens aduersus vnum, possit exerceri aduersus alium, non pertinet ad inducendum causam, ex qua actori oriatur actio seu ius agendi, sed solum pertinet ad inducendam causam, ex qua reus obligetur: & propterea non potest efficere, quod desinat esse idem ius actionis, quoniam est eadem causa, ex qua actori competit illud ius agendi.

Consideramus enim in actione solum causam illam, ex qua actori compe-
 rat ius agendi & prosequendi, non au-
 tem causam, ex qua reus possit conueni-
 ri, vt late alias declarauimus, in *l. naturaliter, §. ni-*
hil commune in §. lectura, ff. de acq. poss. Decima
 31 est quaestio, † quæ sit directa actio neg-
 gest. & quæ utilis, & quando agendum
 sit directa, & quando utili. Ad huius de-
 32 clarationem oportet discutere † intelle-
 ctum *l. actio ff. de nego. gestis*, circa quem Bar. &
 alij dicunt, quod in eo ponitur ista regu-
 la generalis, quod directæ & utilis actio-
 nis eadem sit potestas & idem effectus.
 Ego non recipio istum intellectum, ex
 quo text. ille istud solum videtur deter-
 minare in iudicio negotiorum gestorum,
 vt in eo sit idem effectus, & eadem pote-
 stas directæ & utilis actionis, tamen istud
 non firmat in alijs iudicijs. Propterea, o-
 misso intellectu Doct. dico pro eius in-
 tellectu aduertendum esse, quod ibi ex-
 presse istud dicitur, quod illi, cuius inter-
 est experiri illo iudicio, datur actio neg-
 gest. & in hoc dicto text. præsupponit quod
 licet possit experiri directa, si tamen ve-
 lit

lit experiri utili, quod illi est danda. nam illud verbum, datur, refertur ad utilem, quam impetratur, vt supra dictum fuit. Secundo expresse in tex. illo dicitur non referre, vtrum quis in illo iudicio agat, vel conueniatur directa, vel utili actione, & in his duobus dictis præsupponit, quod is, qui habet directam actionem negotiorum gest. possit etiam experiri utili, & per hoc videtur confundi id, quod dicunt Doct. in *l. si heres institutus. ff. ad Trebel. per illum tex.* quod in persona eiusdem non potest esse directa & utilis actio, quæ ad idem competat, de quod inf. dicitur. Tertio in illo tex. dicitur, quod in extraordinarijs iudicijs non seruatur conceptio formularū. Quarto expresse dicit, quod iudicium negotiorum gest. sit extraordinariū, & tex. præsupponit, quod ex his duob. colligatur ratio, quare in isto iudicio neg. gest. non referat an quis agat, vel conueniatur directa, vel utili. Vltimo tex. ille aperte vult, quod in illo iudicio neg. gest. sit eadem potestas, & idem effectus vtriusque actionis. Videntum est igitur quæ sit ratio prædictorum

P 5 & de-

& deinde deueniendum est ad resolutionem huius quæstionis. Et quantum ad
 33 illud quod illa subtilitas, † an quis agat
 directa vel utili, non attendatur in extraordinarijs iudicijs, ratio est, quã ponit
 tex. *in d. l. actio*, quia in istis extraordinarijs iudicijs non obseruatur conceptio
 formularum, cuius rationis sensus est, quod in istis extraordinarijs discussio
 vel iudiciũ nõ restringitur ad causas deductas in formula, sed potest extendi ad
 quascunq; causas, quæ possunt contineri sub illa actione proposita. Et hinc sequitur
 quod in istis non attendatur ista subtilitas an proposueris directã, an vero
 utilem attento, quod licet proposueris directam, poteris tamẽ in iudicio discutere
 omnes causas particulares pertinentes ad ipsum iudicium, prout si illas in
 utili formula proposuisses. Ex quo iudiciũ ipsum non restringitur ad causas,
 quæ sint expresse deductæ in formula. Exẽplum est in iud. neg. gest. quod etiam
 generale, & in eo venit redditio rationũ & in quo veniunt omnia particularia
 negotia, & omnes causæ particulares. *l. licet,*

licet, & quod ibi notatur C. de iudicijs, & est iudiciū extraordinariū, vt præsupponit tex. ille, ex quo variatur iuxta variationem causarū, & negotiorum particularium, quæ postea in iudicio deducerētur, quāuis ab initio nō essent in ipsa formula denotata, nec restringitur ad illa negot. solū, quæ forent in ipsa formula denotata, nec restringitur ad illa negotia solū, quæ forent in ipsa formula denotata. Et ex hoc resultat ratio, quare in isto iudicio nō attēdatur ista subtilitas, an proposueris directā an utilē, quia si proposueris directā, tamē nō min⁹ poteris prosequi in iudicio quascūq; alias causas, & quæcūq; particularia negotia, quæ cōtinētur in isto generali iudicio neg. ge. prout si proposuisses vtilem formulam in qua dictas omnes particulares causas, & ea omnia particularia negot. expressisses. Ex quib. habes colligere, quod vbi quis vult exprimere in formula causas & negotia particularia quæ fuerūt gesta, debet proponere vtilem actionē: & hoc est quod tex. voluit in eo quod dixit dandam esse vtilem actionē neg. gest. illi, cui⁹ interest,

Secun-

Secundo habes colligere, quod dicitur actor experiri directa, quando in formula non exprimuntur causæ particulares, sed dicitur experiri utili, ubi causæ particulares exprimuntur. Et in eo iudicio non refert, an quis agat illa directa formula, in qua particularia negotia non exprimuntur, an vero utili, in qua exprimuntur ob illam rationem, quia iudicium neg. gest. est extraordinarium, & in extraordinarijs, in quib. non observatur conceptio formularum, non attenditur ista subtilitas. Quæ ratio habet illum sensum, quem supra dixi. & in hoc tex. præsupponitur, quod omnes causæ particulares, & quæcunque negotia particularia poterunt discuti in hoc generali iudicio neg. gest. etiam quod dictæ causæ & particularia negotia non sint expressa in formula, quæ fuerit proposita. Quantum vero ad illud quod subdit tex. *Maxime quia utraq; actio eiusdem est potestatis, & eundem habet effectum*, quæ verba habent istum sensum quod utriusque formulæ eadem est potestas, & idem effectus. Ex quo, ut supra fuit declaratum, istæ dictiones
utilis

utilis & directa actionis, referuntur solum ad formulam, idcirco illud verbum, *vtraque actio*, non potest intelligi de iure prosequendi. Ratio vero quare sit eadem potestas & idem effectus directæ & utilis formulæ neg. gest. ea est, quia directa formula neg. gest. & sic nomine dictæ actionis, quæ est generalis, comprehendit omnes causas, & omnia particularia negotia, quibus reus astringitur hæc sua gestione, non minus quam si forent expressa in utili formula. Et hoc respectu dicitur esse vtraque formula eiusdem potestatis.

Nam vigore vtriusque formulæ poterit in eo iudicio cognosci de qualibet causa seu negotio particulari. Et ex hoc infero, quod intentio illius tex. non fuit dicere, quod in quolibet alio iudicio vtraque actio videlicet directa & utilis sit eiusdem potestatis & effectus. Quia tex. ille voluit oppositum in eo, quod dicit, illam subtilitatem directæ & utilis actionis non attendi in extraordinarijs iudicijs. Nam in hoc præsupponit esse attendendam in ordinarijs, & quod in
ordina-

in ordinarijs nō sit eadem potestas vtri-
 usque actionis, vt clare patebit ex inf. di-
 cendis. Ex prædictis colligitur, quod di-
 recta actio neg. gest. est, cum in ea nō ex-
 primuntur causæ, & particularia nego-
 tia gesta per reum, sed simpliciter narra-
 tur quod conuenitur act. neg. gest. Vtilis
 vero est, cum ipsa particularia negotia
 in ea exprimuntur. Colligitur etiā quod
 semper potest agi utili act. neg. gest. Est
 enim in facultate eius, cuius inter est ex-
 periri isto iudicio, & exprimere in for-
 mula singillatim negotia particularia,
 ex quibus sit obligatus reus. Difficul-
 34 tas solum est vt declarentur † casus, in
 quibus non potest agi directa act. neg.
 gest. Doc. in *l. curatoris. C. de neg. gest.* conclu-
 dunt duo. Primo quod utilis est neces-
 saria aduersus curatorem, vel eius hære-
 des. *d. l. curatoris, & l. quicquid. C. arb. tut.* &
 ratio secundum eos, quia edictum lo-
 quitur solum de his, qui sponte gerunt,
 non autem de his, qui ex necessitate of-
 ficij, vt sunt curatores & hæredes. *l. tuto-
 ri. C. de neg. gest.* quæ ratio videtur confun-
 di, quia in iudicio neg. gest. non referat
 an

an quis agat utili, an directa *d. l.* actione. Et quia utilis etiam pro gestis ex voluntate datur *d. l.* actio, ita etiam à simili idem dici debet de directa. Saluando tamen aduertendum est, quod nomen directæ actionis *neg. gest.* non est aptum ad denotandum causam officij curæ, ideo necessaria est utilis, in qua explicitè narretur, quod reus tenebatur gerere. Et huc videtur pertinere ratio Doctorū. Nā cū nomen dictæ actionis non possit denotare nisi illā causam, quæ verbis edicti exprimitur, sequitur vt sit necessaria utilis, in qua exprimaturs causa officij & necessitatis. Quod autē dicitur quod vtraq; est eiusdē potestatis, intelligi debet quo ad denotandū particularia *neg. quæ reus gest.* quæ per vtrāq; æque denotatur *d. l. act.* nō autē quo ad denotandū causam, ob quā quis accedit ad gerenda negotia alteri^o. Hęc. n. potest solū per utilē denotari. Secundo cōcludunt quod pro his, quæ accesserūt post mortē, non potest agi directa. Mouentur, quia verb. edicti nō cōprehendūtur. *l. 3. §. hæc verb. ff. de neg. gest.* quæ conclusio non placet, quia licet

cct

cet non sint expressa verbis edicti, tamen continentur edicto *d. §. hac verba, ver. sed si.* vnde sicut in directa actione non exprimuntur particularia negotia, ita etiam idem dici debet de his quæ accesserunt post mortem, quæ, vt dixi, continentur edicto. Accedit quod quo ad denotandum particularia negotia, ex quibus reus tenetur, est æqualis potestas utilis & directæ, Non obstat quod sicut directa non est apta ad denotandum causam necessitatis, ita etiam non debet esse apta ad denotandum negotia gesta circa ea, quæ accesserunt post mortem, tum ad hæc quoque ob conjunctionem, quam habent cum his, quæ extabant ante mortem, gestor videatur ex necessitate accedere. Nam respondetur, quod ratio, cur directa non possit denotare causam necessitatis, est, quia causa voluntatis, quæ fuit expressa in edicto, non potest concurrere cum causa necessitatis. Quæ ratio cessat in gestis circa ea, quæ accesserunt post mortem. Nam licet ad hæc quoque ex quadam necessitate accedamus;
& non

& non sint expressa in verbis edicti, tamen concurrunt cum illis, quæ sunt expressa, hoc est, cum gestis circa bona, quæ fuerunt alterius cum viueret, seu moretur, propterea ipsa directa potest hæc quoque, quæ accesserunt, denotare, cum possint concurrere cum illis. Sed quia, vt dixi, directa fuit regulariter inuenta ad denotandum causam voluntatis, ideo nequit denotare causam necessitatis, quæ non potest concurrere cum causa voluntatis.

Vndecima est quæstio † an actio in factum, oriens ex contractibus innominatis, sit directa, vel utilis, in qua licet de mente Doc. sit quod sit directa & natua *per tex. in l. iurisc. §. 1. de pac. vt dixi in §. quæstio.* tamen contraria opi. est verior, & probatur. *in l. 1. & 2. & 3. ff. de præf. verb.* quatenus ibi dicitur, quod tunc experimur actione in factum, cum deficiunt vulgaria, atque vsitata actionum nomina. ex quo colligitur quod actio in factum sit utilis, cum detur solum in defectum directarum actionum. Et ratio præsupponitur *in d. l. 2. & §.* quia nullum est nomen a-

Actio.

ctionis, per quod possit denotari causa
huius contractus innominati, & ideo
necesse est vt agatur vtili, & explicite nar-
retur factum & præsc. verba. Quod mo-
do huiusmodi actiones in factum sint
datiuæ, satis ex hoc patet, quia sunt vti-
les, vt dixi *supra in 8. q.* Ad tex. *in d. l. iurisg. §. 1.*
patet solutio ex his, quæ circa d. §. dixi *in*
36 8. q. Duodecima quæstio est, † an vnus &
idem possit habere vtilem, & directam.
Circa quam licet Bar. & alij *in l. si her. inst. ff. ad*
Treb. tenuerint, quod non per illum tex.
& etiam quia vtilis datur ex equitate *l. 1. ff. de*
act. & ibi non. quæ æquitas cessat in habente
directam, tamen cōtraria opi. est verior
quæ aperte probatur. *in d. l. act. de ne. ge. decla-*
rando eum tex. supra in 10. q. Probatur etiã *per*
l. 3. de præf. ver. vbi dicitur, necesse esse cōfuge-
re ad act. præsc. ver. quoties existunt con-
tractus, quorum appel. nullæ proditæ
sint; quæ verba innuunt, quod licet exi-
stant contractus habentes nomen quo
casu competit directa, tamen ex volun-
tate possumus confugere ad actionem
præf. ver. & sic ad vtilē. Ad tex. *in d. l. si heres*
respondetur, quod licet illi hæredi suffi-
ciant directæ, tamen nō negat tex. quin
dentur etiam vtilis. Et

Et aduertendum est, quod tunc fideicommissi sunt necessario utiles, quoties opus est narrare causam restitutionis. Cum enim hæc causa non possit denotari per directam illam, quæ competebat defuncto, sequitur vt sit necessaria utilis, sed quia hæres, cui restituta sit hæreditas à fideicommissi. non habet necesse exprimere, quod sibi sit restituta hæreditas, cum possit agere vti hæres directus eadē actione, qua potuisset agere et antequam restituisset, ideo non habet necesse experiri utili actione. Et ideo dicitur ibi sufficere directas. Ad illud vero, quod utilis detur ex æquitate, dico, quod argumentum procederet, si acciperemus actionem pro iure prosequendi. Nam cum alicui de iure ciuili competit ius prosequendi, superfluum est, quod à prætore eidem detur aliud ius prosequendi *l. iuris §. 1. de pa.* sed nos accipimus actionem in hoc tractatu pro formula, ergo &c. Nam reuera ratio suadet vt ei cui competit directa detur etiam utilis formula. *d. l. act. ff. de ne. ge.* Et licet olim utilis necessario erat impetranda, *d. l. 2. C. de for. directa* vero non,

244 D. HIER. TORN. DE VTIL. ET DIR,
tamen hæc differentia est sublata, & ni-
hil aliud requiritur, nisi vt actio sit apta
negotio proposito *d.l.2.* Et hinc est, quod
hodie vtimur solum vtili actione. Et i-
37 deo † dicimus omnia iudicia esse extra-
ordinaria. *§. fin. inst. de interd. iuncta l.1. C. de for.*
& sic disputatio vtilis & directæ non vi-
detur necessaria, tamen quia prodest ad
intelligentiam multarum ll. & reso-
lutionem plurium quæstio-
num, ideo hæc ad-
notauit.



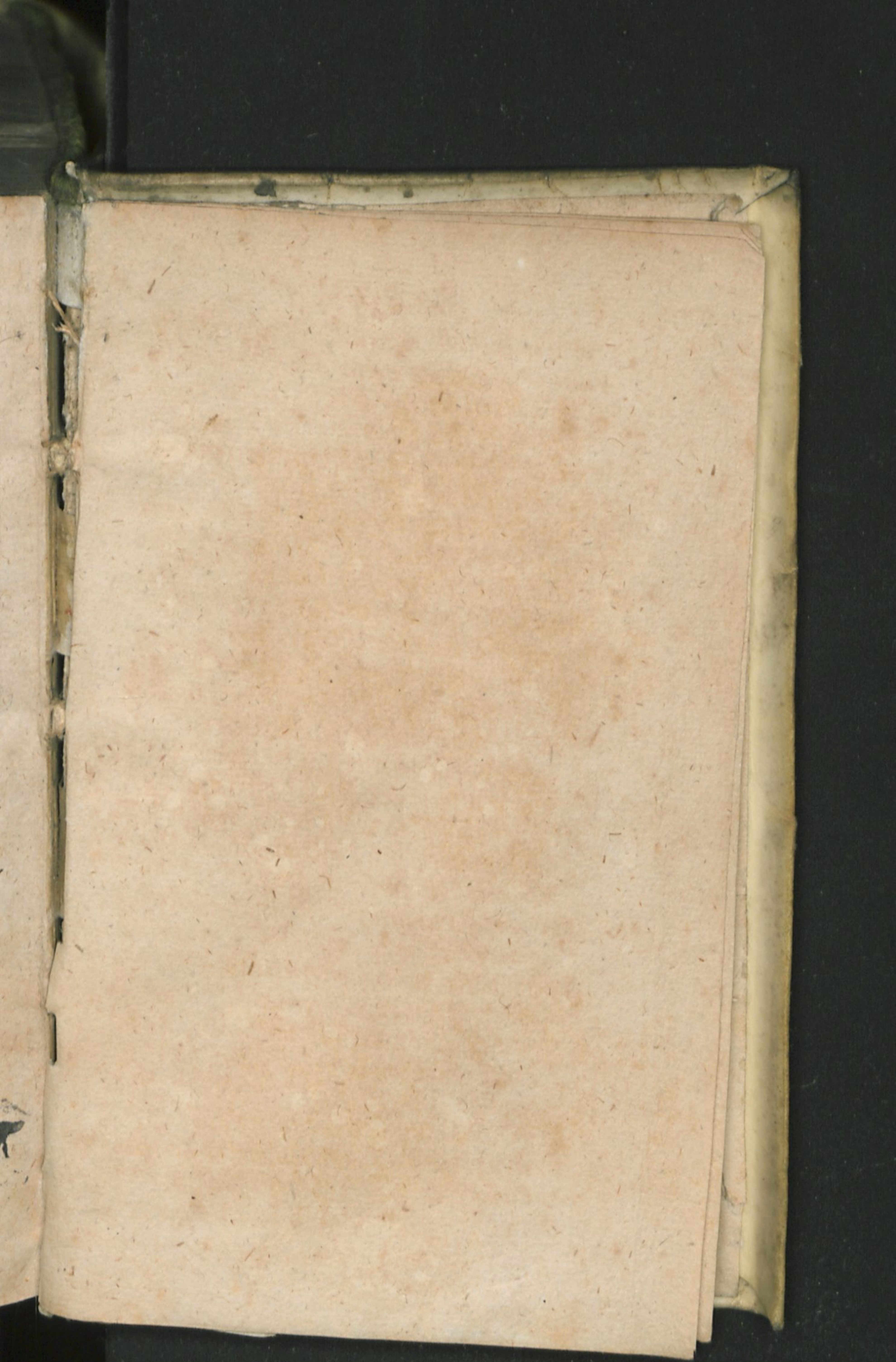
F I N I S.

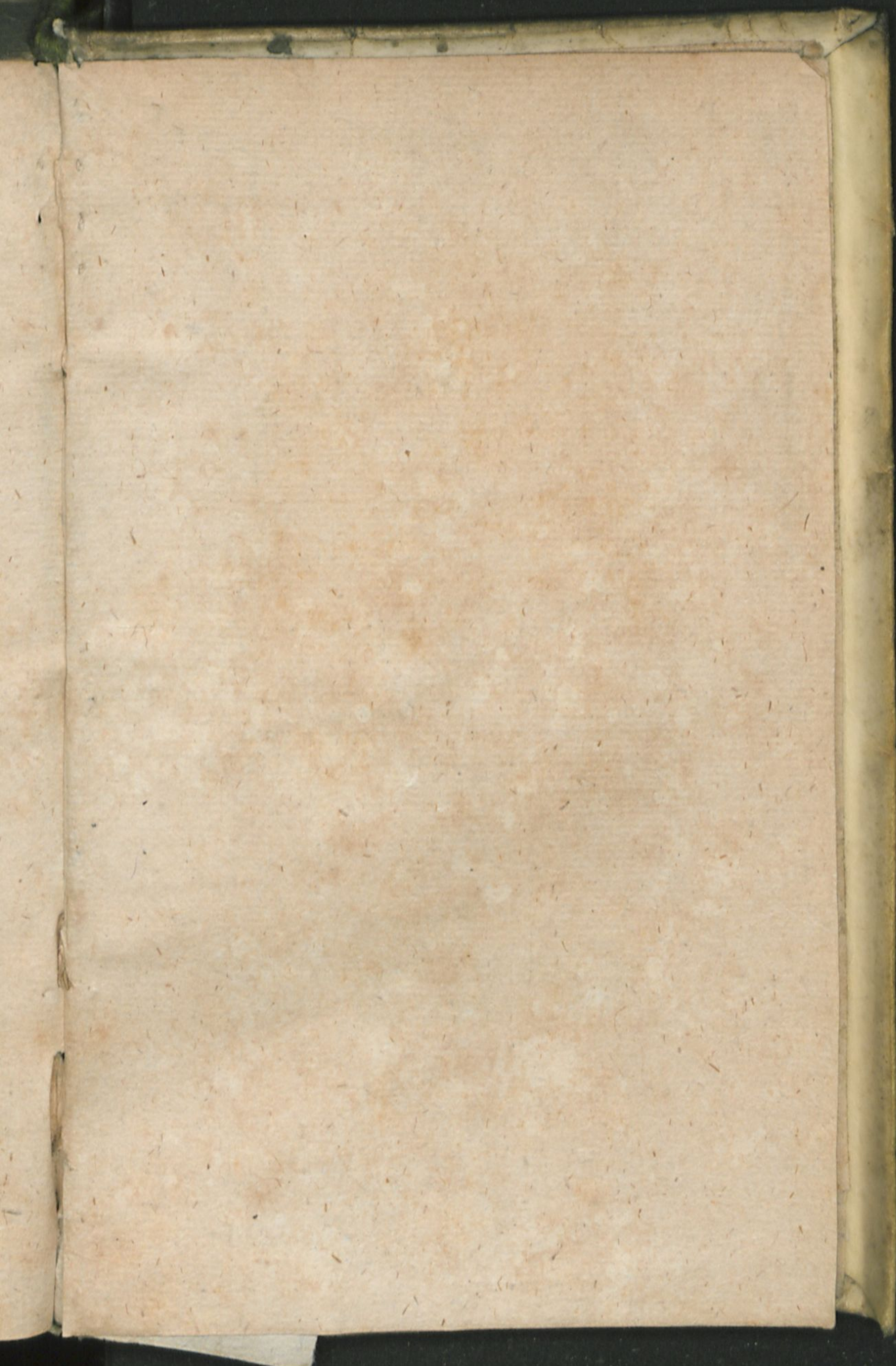
FRANCOFVRTI AD MOE-
num excudebat Iohannes Collitz,
impensis Petri Kopfij.

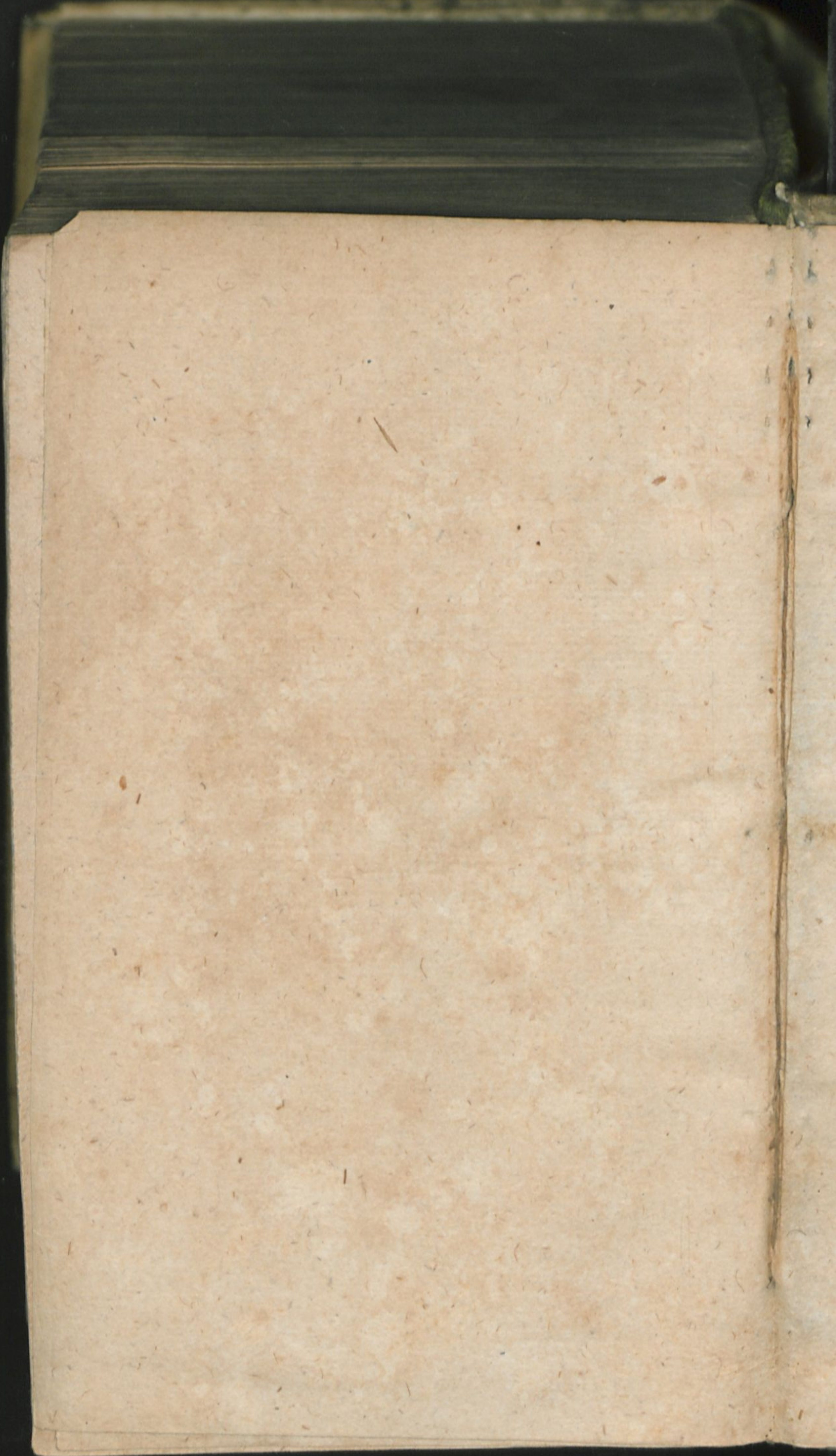


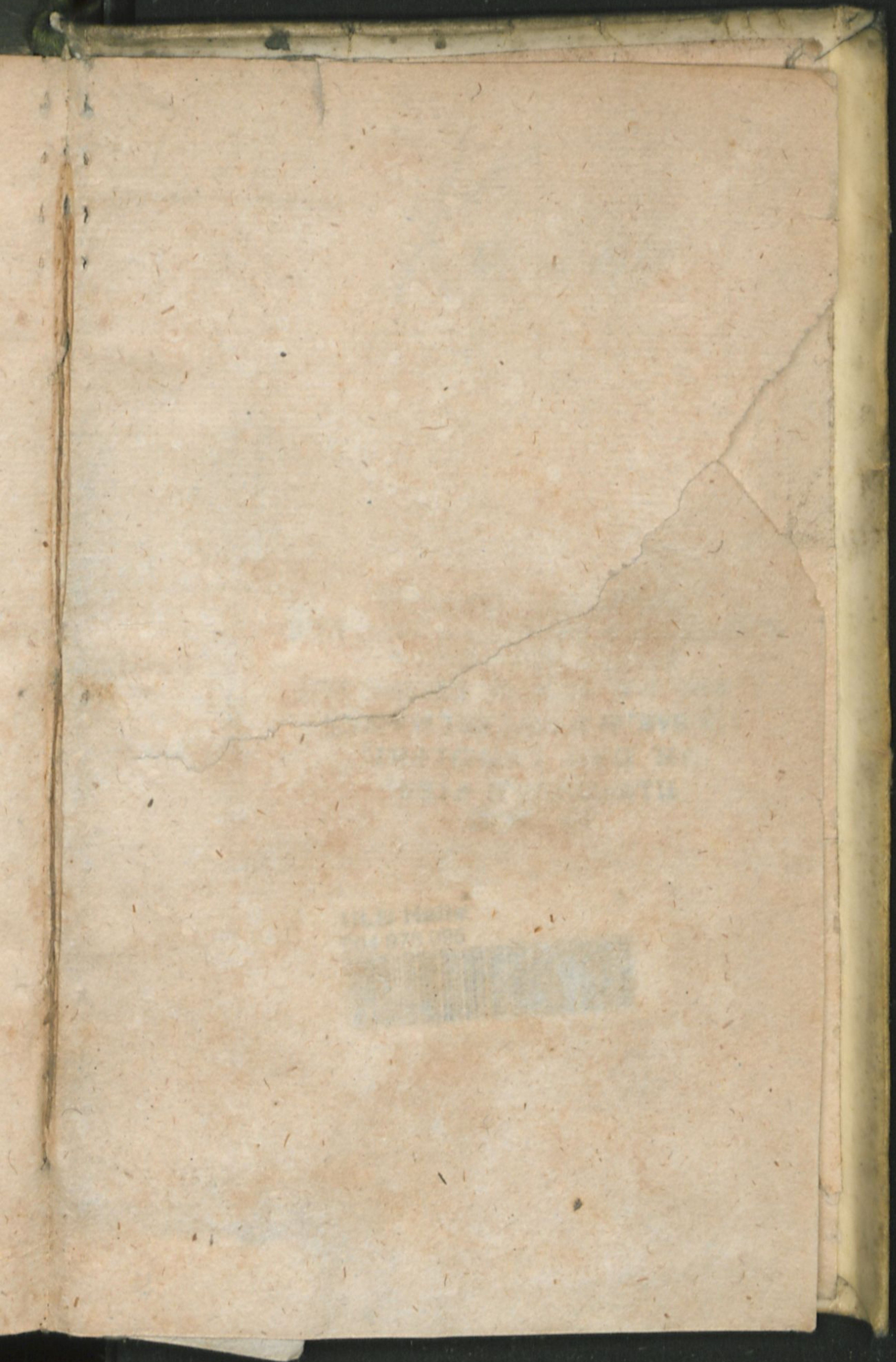
M. D. XCVII

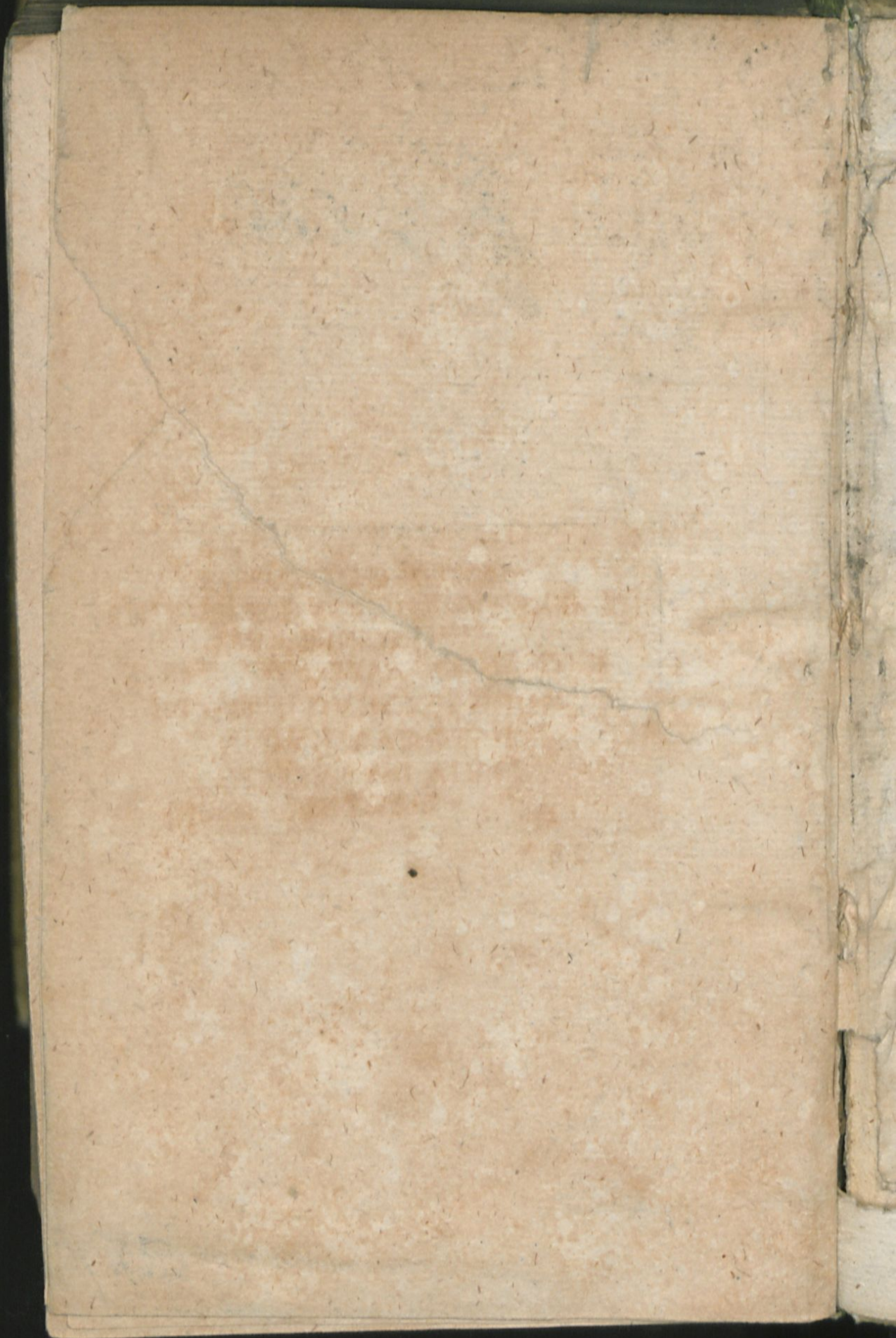
M. D. R. C. V. I. I.











112

EVON

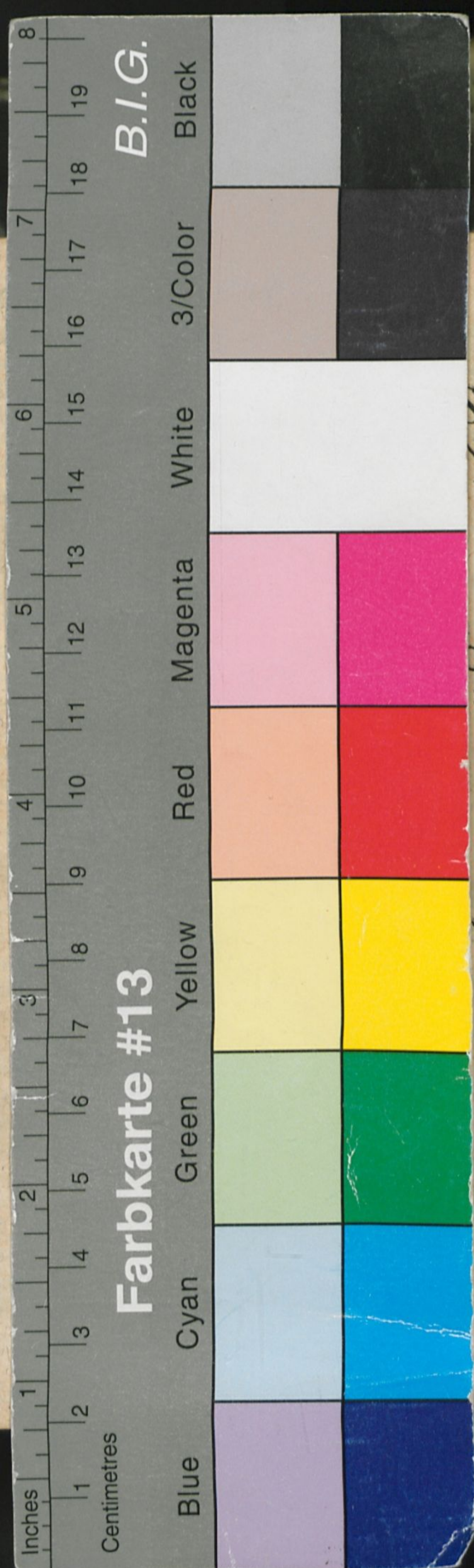
56.



EX LIBRIS
ILLVSTRISSIMI VIRI,
DN. DAN. LVDOLPHI,
LIB. BAR. de DANCKELMANN,
S. REG. MAI. BORVSS. CONSILIARII
STATVS INTIMI, cetera,
BIBLIOTHECÆ ACAD. FRIDERICIANÆ
TESTAMENTO RELICTIS.

~~Kd 520~~





D. HIERONIMI TORNIELLI
I. C. Nouariens. clariss.
Tractatus,
SI, QVOD AGO,
NON VALET VT AGO, AN
VALEAT VT VALERE POTEST: ex-
cerptus ex eiusdem commentarijs in §.
Si quis ita l. i. ff. de ver-
bor. obligat.

Nec non
Celebris quaestio: AN ET QVAN-
DO POENALIS STIPVLATIO PRÆCE-
DENTEM NOVET; ex eiusdem com-
mentarijs in l. ita stipulatus ff. de
verbor. obligat.

Quibus
Accessit aureus eiusdem tractatus DE VTILIBVS
ET DIRECT. ACTION.



FRANCOFVRTI,
Excudebat Ioannes Collitius, impensis Petri Kopsfio.
M. D. XCVII.