

27. 578
Q. D. B. V.
THESIUM JUSTINIANEARUM
VELITATIO UNDECIMA,

De
**CONTRACTI-
BUS IN GENERE,
ET IN SPECIE
REALIBUS.**

Quam
Autoritate & Permissu Magni-
fici Jctorum Ordinis in almâ Leucoreâ,
PRÆSIDE

VIRO Nobili, Consultissimo & Excellentissimo

DN. GOTTFRIDO SUEVO,
J. U. D. & P. P. Celeberrimo Curiaë Elector. Facultat.
Juridicæ ut & Scabinatus Assessore gravissimo, Patrono suo
atque Præceptore submissè colendo,
defendet

CASPARUS EVVALDUS à Massow/

Nob. Pom.

Ad d. 1 Decembr.

In Acroaterio Jctorum.

WITTEBERGÆ,

FRÆLO HAKENIANO, MDC LII.

Q. D. E. V.
THESIUM - IUSTINIANEARUM
VELUTATIO UNDECIMA

CONTRACTI-
BUS IN GENERE,
ET IN SPECIE
REALIBUS.

Auctoritate & Permissione Magni

ac Sacrum Ordinem alii

PRÆSIDE

VIRO nobis Cuiusvis & Excellentissimi

DN. GOTTFRIEDO SUOVO.

J. U. D. & P. P. Celsissimo Cuiusmodi Facultate

Juridice et Scholasticæ Altiſſimæ Privatimæ Facultatis

in hac Præſentia hinc inde

CASPARUS EVANGELIUS & STEPHANI

Typ. P. P.

In Anagnini

—————

PIETRO HAMBANO, MDCLXII



579



GRATIOSO SPIRITU DIRIGENTE,
THESIUM JUSTINIANEARUM
VELITATIO UNDECIMA,

*In Auditu
Jecorum,
ad d. 7.
Dec. An-
no 1652.*

De

CONTRACTIBUS IN
GENERE, ET IN SPECIE
REALIBUS,

Quam
PRÆSIDE

GOTTFRIDO SUEVO D.

& P.P.

instituet

CASPARIUS EWALDUS à Massow
Nob. Pom.

THESIS I.

Obligaciones ad Jus rerum (a) pertinent, (b) non ad Jus personarum, (c) vel Actionum (d).
(a) Secundum scil. Juris objectum, à personis & Actionibus distinctum. §. *fin.* *Inst. de J. N. G. & civ.* Nam in latissima significatione vocabulum Rei ambitu suo omnia complectitur, etiam personas & actiones: confer. quæ dicta sunt supra *velit. 2. ob. 1. lit. d.*

*Ad rubr.
iii. Inst. d.
oblig.*

A 2

sunt.



(b) Et quidem ad res corporales, quæ tangi non possunt. Quanquam enim id, quod ex obligatione aliqua nobis debetur, plerumque corporale sit, veluti fundus, homo, pecunia, ipsum tamen Jus obligationis incorporale est, ait Imperator *in tit. Inst. de reb. corpor. & incorp. in fin.* adde §. *ult. Inst. de usu & hab.* unde & in secundo Juris objecto pertractantur, & alibi in bonis nostris esse dicitur, quicquid est in actionibus, petitionibus persecutionibus: *L. 49. ff. de V. S.* Connectionis autem ratio, cur precedentibus hæc de obligationibus tractatio subjiciatur, facile apparet. Rerum enim, de quibus in secundo Juris objecto agitur duplex causa est, de qua Jus dici solet: Dominium & Obligatio. Dominium vel Juris gentium est, vel civile. De modis acquirendi jure gentium agitur *in tit. Inst. de rer. div. & acqu. e ar. dom.* Jure civili acquirimus vel res singulas, vel per universitatē: Res singulas per usufructu, donationē, legatum & fidei commissum. §. *ult. Inst. per quas pers. cuiq. acquir.* Per universitatē acquirendi quatuor sunt modi, hæreditas, bonorum possessio, arrogatio, & impetrata bonorum addictio libertatum conservandarum causa *d. §. ult.* Hæreditatum cum duplex sit causa: ex testamento vel ab intestato: de utraque, nec non de cæteris modis per universitatē acquirendi; primum dispiciendum fuit, quibus omnibus hæcenus absolutis, alterum nunc Rerum caput, quod in obligationibus consistit, expediendum est. *vid. Wesenb. ad rubr. Inst. de rer. divis. & tit. de obligat.*

(c) Ut putat Vultejus *i. discept. 14. & 16. & ad pr. Inst. de oblig.* Quanquam enim obligationes inhæreant personæ, & persona obligetur personæ, non res rei, quæ ratione cum primis motus Vultejus, obligationes ad

580
ad Jus personarum, non ad Rerum referendas esse existimavit. At tamen minus rectè expendisse videtur, quid vel in Jure personarum, vel in Jure rerum propriè & principaliter tractati soleat. Illud personas considerat quoad statum illarum, conditionem & qualitatem iisque ponderatis alios liberos dicit, alios servos, alios Juri alterius, dominico vel patrio subjectos, alios Juri suo relictos, eosque vel in tutela vel in curatione constitutos, vel utroque illo respectu absolutos. Tale nihil in Jure obligationum pertractatur: Hoc enim non considerat personas, quoad statum, quin potius hæc omnia in primo Juris objecto jam satis elaborata scopo suo & tractationi applicat, in quantum hæc vel illa persona habile subjectum sit obligationum; adeoque personam habet, tanquam circumstantans aliquod, ad actum gerendum, necessarium. Super vacanea enim esset Juris totius tractatio, nisi personæ essent, quarum causa Jus omne constitutum est, & quibus Jus omne redditur de rebus per actiones. *l. 2. ff. de Stat. hom.* Nequâquam ergo sequitur; persona obligatur, persona agit sive actiones intentat: Ergo obligatio, Ergo actio ad Jus personarum personarum pertinet. Personale aliquid est obligatione, non autem Jus personarum, quatenus in primo Juris objecto accipitur. Sicut non sequitur, persona utitur fruitur; Ergo ususfructus ad Jus personarum referendus est contra tit. *Instit. de reb. corp. & incorp.* Neque tam intendo in obligatione quærenda ut personam mihi habeam obligatam, quam ut per eam mihi aliquid præstetur. Et acquiritur mihi obligatio tanquam res in commercio posita, quam per

cessionem alienare & in alium transferre instar aliarum rerum possum vid. *Bachov. ad princ. Inst. b. t.* Et certè si ita prorsus vulgariter, nec juridicè Jus personarum æstimemus cum Vultejo; non nisi unicum objectum Juris statuendum erit: Personarum scilicet, quod dicere absolum est, & à mente Imperatoris & Jctorum, & à tractatione Institutionum alienum *pr. Inst. de rer. divis.* in quo Imperator expressè asserit, primò librò de Jure personarum se exposuisse; de rebus jam videndum esse: quam mentem Imperatoris & Compilatorum fuisse, nec ipse Vultejus diffitetur *ad pr. Inst. de obligat. n. i. vid. Arum. Ex. 12. tb. 3. Riem, dec. 9. q. 1. Bachov. in comm. Inst. hoc tit. Hillig. ad Donell. 12. comm. 1. lit. a.* è quibus Riemerus argumenta Vultejii solidius examinat & resolvit.

(d) Quod voluerunt Accurs. Angelus, Porcius, alii. Inde; quòd obligatio sit mater actionis *l. 42. §. 2. ff. de Procur. malè.* Nam & ex dominio, & tutelis actiones nascuntur, ad unum tamen Juris objectum, utrumq; nemo referet, necdum junguntur obligationibus actiones *in tit. ff. de O. & A.* exinde uni objecto utrumque includes, cum & aliàs constet in ffitis ordinem Edicti Perpetui, quod omnem tractationem ad Actiones tanquam ad præcipuum caput referebat, servatum esse. In Institutionibus autem Actiones, tanquam distinctum caput ab obligationibus proponi & tractari patet *ex pr. Instit. de Act. vid. Arum. d. exercit. 12. tb. 2.*

Cæterum rectè se habet definitio obligationis *in pr. Inst. b. t.* in qua signanter definitur per *vinculum*, non, per *vinctionem*: scilicet ad denotandum potius durabile aliquod & instans, donec eò nexu liberetur debitor,

587

bitor, quàm ad significandum actum obligandi. Nec
superflua dices verba, *necessitate adstringimur*; cum illa
alibi quoque conjungi non infrequens sit *L. 13. C. de
contrab. empt. & apud Cic. 1. de nat. Deor.* Omnino
autem necesse est adstringi aliquem vel cogi posse
ad præstandum id, de quo conventum erat. Nam
sub conditione, si volam, nulla est obligatio, &
pro non dicto est, quod dare, nisi velis, cogi non pos-
sis, ait *Jtus in l. 8. ff. de O. & A.* Nec denique ultima
verba definitionis, *secundum nostræ civitatis jura*, otio-
sa dices; cum & modum solvendi involvant Jure præ-
scriptum, puta ne particulatim, ne aliud pro alio sol-
vatur &c. præterea etiam argumento sint, definitam
ibi esse obligationem civilem, ex qua actio oritur, *Vacon.
à Vacus. lib. 1. declar. 21. n. 18.* Naturalem obligationem si-
mul definitam esse, eidemque singula definitionis
verba applicari posse, frustra & præter mentem Impe-
ratoris laborant alii. *vid. Dn. Ungep. Exercit. 10. quest.
2. in Ajo.* de quo fortè in conflictu liberali videbimus.
Illa enim, sive ex qualitate personarum oriatur, veluti,
si pupillus, aut servus cum Domino contrahat, sive
ex qualitate conventionis, puta ex nudò pactò legibus
non confirmatò *l. 6. ff. de pact.* sive extra causam convē-
tionis ut in obligatione ad *dividapa*, sola æquitate natu-
rali sustentata, actione non parit, licet aliàs effectu suo,
puta in impedienda soluti repetitione *L. 64. & passim ff.
de cond. indeb. & aliis non destituatur. vid. Harp. ad pr.
Inst. b. r. n. 20. & seq.* Quod verò in *l. 10. ff. de O. & A. & in l.
16. §. 4. ff. de fidej.* naturalium obligationum nomine actio
aliqua competere dicitur, id posthabitis aliorum cor-
rectionibus, *Hotomanni. lib. 3. Observ. c. 12.* qui nega-
tionem addit: *si actio earum nomine non competat. &
Gosfredi ad l. 10. lit. e.* accipimus, non de merè natu-
rali

rali obligatione, sed de ea, cui vinculum aliquod ex Jure gentium accessit, actionem producens. Sicut in simili Is, quem Jure gentium dare oportet, naturaliter debere dicitur in *l. 48. §. 1. ff. de Reg. Jur.* Et alias Jus gentium, interdum appellari, naturale constat ex *§. 11. Inst. de rer. divis. vid. Arum. de Exerc. 12. th. 4.* nisi forte cum Giphanio, quem sequitur Hillig. ad Donell. *d. lib. 12. c. 2. lit. E. dictas. LL.* accipere malis, de casu, quo pupillus locupletior factus est, tunc enim eum, qui aliàs naturaliter obligatus erat, actione conveniri posse alibi dictum est. *Confer. Riem. Decad. 9. quest. 2.* ubi vocabulo *actionis* in *d. l. 10. & l. 16.* Exceptionem notari putat; quod ingeniosum potius, quam verum est, Neque id ipse *tit. de oblig. & Act.* aut mens & intentio Jstorum, qui de actionibus ibidem tractare voluerunt, admittere videtur. De causâ & origine obligationum, plura eruditè differentem *vide Dn. Frantzk. Exerc. 9. quest. 1.*

ad l. 1. §.
de Oblig.

Th. 2. Pactis (a) sicut naturalia (b) & accidentalia (c) contractus mutari possunt, (d) ita si in continenti (e) adjiciantur contractibus sive bonæ fidei, (f) sive stricti Juris, (g) actionem informant (b)

(a) Pacti vel pactionis (nam utrumque promiscuè usurpatur, licet hæc ab illo ut causâ ab effectu, vel ut prius à posteriore differat.) vocabulo generaliter accepto, etiam contractus intelligitur, in quo idem est duorum vel plurium in idem placitum consensus *l. 1. §. 2. ff. de pact.* In speciè autem pactum, quatenus conventioni quæ causam dandi vel faciendi habet, quæ ipsa contractus dicitur, opponitur, nudum pactum appellatur; Estque conventio in nudo placiti sine consistens, quod pactum nudum, vocabulo pacti simpliciter

ter prolatò, intelligitur. uti ex *Salic. Dec. Rimin. Bald*
& aliis probat Treutl. vol. 1. disp. 6. thes. 1. lit. e. Servari.
autem Prætor jubet pacta Conventa, eorumque no-
mine interdum actiones proponit interdum Exce-
ptiones modo non sint contra bonos mores, puta,
ne dolus præstetur. *l. 23. ff. de Reg. J. Ne furti agam vel*
injuriarum, si feceris: l. 27. §. 4. ff. de pact. Quanquam
post admiffa hæc, pacisci & sic actionem competen-
tem remittere nihil prohibeat *d. l. 27. §. 4.*

(b) Quæ tacite contractibus insunt, ut Emptioni
evictio quæ præstanda est, licet eam non promiserit
venditor. *L. 6. C. de evict.* Et hoc ipsum naturale con-
tractus pactò mutari potest, & conveniri, ne præste-
tur evictio.

(c) Præter naturam contractus adjecta, puta, ut de-
positarius levem culpam aut alii contrahentes casum
fortuitum præstent,

(d) Dant enim Legem contractui. Et hoc ser-
vabitur, quod initio convenit, ait Ictus *in l. 23. ff.*
de Reg. Jur. Alia autem à naturalibus & acciden-
talibus sunt substantialia contractus, quæ pactò
mutari non possunt, salvâ contractus ipsius substantiâ.
Sic de substantia Emptionis venditionis est, ut pretiũ
consistat in pecunia numerata: unde si convenerit, ut
pretium in alia re præstetur; non erit Emptio vendi-
tio tanquam pactò contra substantiam contractus ad-
jecto; sed negotium in permutationem aut alium
contractum transibit.

(e) Sive in ipso contractu, sive mox eo perfecto;
unde dicuntur, in continenti subsecuta. *l. 7. §. 5. ff. de*
pact. & subiecta stipulationi: Quod autem Donellus
ad l. 13. C. de pact. pacta in continenti subsecuta, ex-

B

ponit

ponit de iis, quæ initium contractus sequuntur: & sic in ipso contractu adjiciuntur, divinatione non caret: cum, naturaliter, quod sequi dicitur, actum ipsum perfectum sequi intelligatur. Nec quod sapius pacta initio contractus, in ejusdem ingressu, in ipso negotio gerendo accessisse dicitur *in l. 31. ff. de pact.* inde mox colligere licet, nullo modo post contractum perfectum adjici posse pactum; quin potius id, quod perfecto negotio, in continenti, nec demum post intervallum adjicitur, ipsi negotio in esse censetur. *vid. Hunn. lib. 3. var. Resol. Tract. 2. quest. 6.*

(f) *d. l. 7. §. 5.* In quo saltem exempli causa Jctus mentionem facit bonæ fidei contractuum, quod apparet ex particula, ut, Exemplorum significativa, non quod exclusos velit stricti Juris contractus, ut vult *Treutle. vol. 1. disput. 6. chef. 10. lit. a.* Nec vocula, *interdum*, in *d. §. 5.* ad bonæ fidei contractus referenda est, quasi per eam excludantur stricti Juris contractus: sed pertinet illa, ad exclusionem illorum pactorum, quæ ex intervallo demum etiam bonæ fidei contractibus adjiciuntur.

(g) Pacta enim in continenti facta vel adjecta, stipulationi in esse creduntur. generaliter dicit Jctus *in l. 40. post. pr. ff. de reb. cred.* Et stipulatione purè concepta, subjecto eidem pacto, ut, donec usuræ solverentur, fors non peteretur, conditio hæc stipulationi inest, perinde ac si id expressum fuisset *l. 4. §. 1. ff. de pact.* Nec generalitatem hanc, in primis in *d. l. 40.* ad Reum restringere licebit cum dissentientibus. *vid. Wesenb. Paral. de pact. n. 9.* Quasi à parte illius tantum, non item à parte Actoris pacta stricti Juris contractibus in sint, adeoque ad exceptionem tantum pro sint non ad
actio.

583
actionem. Imò contra hanc ipsam sententiam, quæ
putabatur, saltem ad exceptionem prodesse pactum,
diversum obtinuisse Jctus tradit in *d. l. 40.* Quod au-
tem in *l. 11. §. 1. ff. de reb. cred.* dicitur: in casu, quo de-
cem mutuo data sunt, addito pacto, ut undecim de-
beantur, amplius quam 10. condici non posse: non i-
deo sit, quasi ex pacto illo in continenti adjecto non
detur actio, sed quia mutuo adjectum erat pactum,
cujus naturæ repugnat, plus reddere quàm datum fue-
rat. Similiter pactum de usuris præstandis mutuo
subjectum nihil prodesse dicitur in *l. 6. C. si cert. pet.*
non, quod pactum nunquam in sit mutuo, sed quia
specialiter circa usuras in mutuo quod suâ naturâ gra-
tuitum esse debet receptum est, ut citra stipulationem
non debeantur. Aliter *Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp.*
6. tb. 10. Lit. a. distinguit inter mutuum & stipulatio-
nem; huic quidem inesse pactum in continenti adje-
ctum, illi non item, quod ex *d. l. 11. §. 1. ff. de reb. cred.*
& *de l. C. si cert. pet.* probari contendit, additâ hæc di-
versitatis ratione, quod mutuum re constat, adeoque
pacta, quæ consensu constant, ei non videantur in-
corporari posse, vel partem ejus efficere; quæ ratio, si
concluderet, si pactum tunc demum haberet pote-
statem informandi actionem, cum adjicitur contra-
ctui, qui & ipse consensu, aut saltem non re constat, se-
queretur, etiam bonæ fidei contractibus realibus pu-
ta depositi, commodati; quia re constant pacta, ut-
pote consensu, constantia adjici non posse, ut partem
contractus efficiant, quod dicere absolum est. Sed de
his in conflictu forte, vid. de ipsa quæstione *Fachin. lib.*
2. contr. c. 99. Hotom. lib. 9. q. 36. & seqq. Goedd. de contr.
stip. c. 8. n. 37. Humm. d. loc. q. 5.

B 2

(b) Ut

(b) Ut ex iis actio detur, ipsius contractus. Ita E. gr. Si fundus Lege commissoria venierit, ut nisi intra certum diem pretium sit solutum inemptus fieret: actio ex vendito competit, tam de ipso fundo, quam de fructibus & deterioratione *l. 4. pr. ff. de L. commiss.* Sic vendito fundo, adjecto pacto de retro vendendo, vel alio quodam, ad complendum id quod pepigerit ex vendito actio dabitur, *L. 25. l. 29. ff. de contrab. empt. l. 2. C. de pact. int. empt.* Atque hic est effectus pacti, quod contractui, vel bonæ fidei, vel stricti juris, secundum naturam ejusdem accessit, ita ut vel ultra naturam ejus quid præstetur; E. gr. in deposito, ut culpâ levis præstetur, quod pactum adjiciens dicitur: vel ex natura ejus præstandum, non præstetur, veluti si in commodato convenerit, solum dolum præstari, quod pactum detrahens vocant, quæ distinctio fundata est in *L. 23. ff. de Reg. Jur. ibi, si quid nominatim convenit, vel plus vel minus in singulis contractibus.* In omnibus hisce actio oritur ipsius contractus, uti dictum est. Quod autem contra substantiam ipsius contractus, adjicitur, pactum transformans sive reformans dicitur, ejusque actionem non producit, quin destruit eundem potius, inque alium contractum migrare cogit, quælia Exempla (præter superius allatum) in *l. 6. ff. de præscr. Verb.* ubi venditâ infulâ, non pro certo pretio, sed ut aliam insulam reficeret emptor, nulla venditio dicitur, sed transit negotium in contractum innominatum; in *l. 50. §. ult. ff. de contra. empt.* ubi vendita re additroque pacto, ne dominium ejus ad venditorem transeat, non venditio est, sed locatio, aut aliud genus contractus: Dum itaque ex pactis his, quæ sua natura nuda sunt, actio oriri dicitur: intelligi facile ex præmissis potest, fieri hoc propter coherentiam cum

584
eum ipso contractu, cujus pars sunt, eidem in conti-
nenti adjecta; Sicut & ex alio capite, nimirum ex assi-
stentiâ Legis, ex nudo pacto nascitur actio, quatenus
illud Lege confirmatum est, *l. 6. ff. de pact.* qualia pa-
cta legitima, de Jure civili, sunt pactum dotis *l. 6. C. de*
dot. promiss. & donationis *l. 35. §. fin. C. de donat.* de Ju-
re Prætorio constitutum *§. 9. Inst. de act.* & hypothe-
ca *§. 7. Inst. eod. tit. vid. Treutl. vol. 1. disp. 6. rh. 2. lit. d.*
Quod si pactum aliquod, neque contractus vel nego-
tium aut causæ cohærentia: neque legis assistentiâ mun-
ditum, sive, ut vocant, vestitum sit; id nudum dicitur
(ad differentiam vestiti sive non nudi, idque voce
magis quàm sensu incongruo *Treutl. d. disp. 6. rh. 1. lit.*
e) nec actionem producit, sed Exceptionem tantum
de Jure tum Civili *l. 7. §. 4. ff. de pact.* tum Canonico,
cujus à Jure Civili discrepantia temerè inducenda non
est, *arg. c. 1. X. de nov. oper. nunc.* Nec ex eo, quod Pon-
tifax pacta servanda, & ea quæ promittuntur opere
complenda esse, sancit *in c. 1. §. 3. X. de pact.* id conti-
nend colligere licet, Eo Jure ex pacto etiam nudo actio-
nem dari; Nam & Prætor pacta servari jubet; ex eo
tamen, si nudum sit, actionem negat. *vid. Facin. lib.*
2. contr. c. 100.

Th. III. Mutuum (a) non rectè contrahunt, (b) pupillus, furiosus & prodigus, (c) nec præfides provin-
ciarum, (d) nec filiam. ad pr. In-
stit. quib.
mod. vs.

(a) A mutatione, Appellatum esse vult Cujacius
lib. ii. obs. c. 37. quod pecunia cum pecunia mutetur,
dum par quantitas accipitur & redditur, quodque
consistat in iis rebus, quæ facillè mutationem & pro-
miscuum usum recipiunt. Verum & permutationi
hæc omnia comperunt, & in mutuo non ad mutatio-

B 3

nem,

nem, sed ad effectum ejus respiciendum est, dum ita mutatur, ut ex meo tuum, & ex tuo deinceps meum fiat. Ideo JCTum nostrum potius sequimur, qui in *l. 2. §. 2. ff. de reb. cred.* mutuum ab eo appellatum dicit, quod de meo tuum fit. Et quoniam hac ratione derivatio vel notatio videtur latior esse suo derivato vel notato, siquidem in donatione quoque & permutatione ex meo tuum fit. Ideo Juvandus erit JCTus, ita sub intellectu quâdam reciprocatione, quâ in mutuo, dicimus ex meo tuum fieri, ut tuum illud, quod acceperas, solutione fiat meum, quod donationi non competit. Nec in permutatione hujusmodi reciprocatio admitti potest, in qua res mea fit tua, res tua vicissim mea fieri videtur. Nam in mutuo idem illud quod datum, & accipientis factum erat, eâdem bonitate & qualitate redditur, ut dantis fiat. In permutatione non idem, sed aliud pro alio datur. *vid. Donell. lib. 14. Comm. C. 5. Fomann. disp. 20. tb. 1. lit. 6.* Et licet Grammaticæ notationi non per omnia fortè conveniat, sufficiens tamen visum fuit JCTo notatione hâc vel appellatione naturam vocabuli convenienter expressisse, ita ut illa observata negativè semper colligere liceat; Non fit ex meo tuum, ergo non est mutuum. In hoc enim res datur, aut numerando, aut meriendo, aut adpendendo, ut accipientium fiant. Et ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat, ait Imperator *in pr. Just. quib. mod. re.* Unde si non fiat tuum, non nascitur obligatio dicit JCTus in *d. l. 2. §. 2. ff. de reb. cred. vid. Wesenb. parat. de reb. cred. n. 8.*

(b) Est enim verus contractus inque eorum classe recensetur in *§. f. Inst. de oblig. ibi, Prius est, ut de iis qua ex contractu sunt dispiciamus, juncto pr. Inst. de oblig. qua*

1585
que quasi ex contr. ibi post genera contractuum enume-
rate: Si itaque mutuum, non est quasi contractus,
neque nudum pactum, certè, verum contractum
esse, consequens erit. Nec mens aut Jcti Labeonis aut
Vlpiani in l. Labeo 19. ff. de P. S. est mutuum ut & stipula-
tionem à contractibus in genere separare iisdemque
opponere, sed saltem à specie contractuum, eorum
scilicet qui ultro citroque obligationem producent,
quorum naturam ibidem exponere, constituerunt,
distinguere. Aliàs generalis & vera definitio contra-
ctus (quod sit conventio cum causa. Vult. 1. J. R. c. 30.
in pr. quem defendis Dn. Vngep. Exerc. 10. q. 5. id est cum
ejusmodi negotio, quod in datione vel facto vel in u-
troque consistit, & per se absque alio adminiculo, ad
producendam actionem est efficax) mutuo convenit.
pr. Inst. quib. mod. re. contr. ab. Ergo & definitum, scilicet
contractus & ubicunque tale negotium subest, ibi &
contractus est & dicitur, adeo ut ad modum obligan-
di, an alter alteri, & sic ultro citroque, aut unus alteri
nec hic vicissim illi obligetur, ut sit in mutuo & stipu-
latione respiciendum non sit, ipsum quoque vocabu-
lum *συνδικαζυσα* quod contractum constituit l. 7. §. 2.
ff. de pact. non mutuam obligationem, sed mutuam
conventionem vel tractationem involvit, quâ unâ
cum negotio vel causa interveniente contractus subsi-
stet, sive uterque sive alteruter saltem obligetur vid.
Hunn. V. R. Tract. 3. p. 1. q. 2. Dn. Vngep. Exerc. 10. quest.
7. Definitionem mutui tradunt Wesenb. Papat. h. t. n.
9. Vult. lib. 1. J. R. c. 31. pr. Treutl. vol. 1. disp. 20. ib. 1.
consentientes in eo, quod sit contractus Juris genti-
um, nominatus, stricti Juris, reinitus, quo quantitas
datur, ut accipiens eandem in genere reddat, non in
specie. Nam ut in specie idem reddatur, ab initio qui-
dem

dem conveniri in mutuo non potest, sed tunc com-
modatum potius erit aut depositum *l. 2. pr. ff. de reb.
cred.* Verum si ex accidenti fiat prater mentem con-
trahentium, ut idem in specie, quo accipiens indige-
re tunc desit, reddatur: nihilominus mutuum ab i-
nitio rectè contractum esse dicetur, cum modus satis-
faciendi constitutionem ipsam contractus non affi-
ciat aut mutet. Quomodo autem contractus mutui
à cæteris contractibus imprimis realibus differat, ver-
ba definitionis ostendunt satis, eaque prosequitur
Harpr. ad pr. Inst. d. t. n. 15, & seqq.

(c) Aded, ut si dederint, quasi mutuo, ne consum-
ptione quidem mutuum concilietur. Certum enim
est, personas istas, quæ partim consensu & iudicio, par-
tim dominio & administratione rerum suarum desti-
tuuntur, mutuum contrahere non posse. *l. 1. §. 3.
ff. de pact. l. 2. §. 4. ff. de reb. cred.* Si ergo mutuum,
ab ejusmodi personis datum, ab initio non con-
stitit, quomodo postea ex sola consumptione po-
terit convalescere & subsistere tanquam mutuum?
Dissentiunt *hic Wesenbec. in Parat. d. t. num. 12. &
Trenck. vol. 1. disp. 20. tbes. 6.* mutuum tale per con-
sumptionem conciliari, moti per *l. 11. §. 2. l. 12. l. 13. pr.
l. 10. §. 1. ff. de reb. cred.* in quibus dicitur, si vel servus
fugitivus, vel alius extra causam peculii, aut contra vo-
luntatem Domini, vel furiosus vel fur, vel pupillus si-
ne tutoris autoritate crediderit, vel mutuo dederit
nummos, iis consumptis conditionem nasci. Sed
Resp. conditionem quidem nasci, inde autem non se-
qui, conditionem hanc ex mutuo nasci, id enim nec
in illis textibus additur, nec alibi expressum est; Ideo
conditionem illam, sine causa, intelligendam esse
dici-

dicimus, quam producit æquitas naturalis, quæ non patitur, aliquem cum damno alterius locupletari; Imò dum in Legibus allegatis, nummos non fieri accipientis, & sic mutuum non subsistere dicitur; certè nec condictio, quæ in casti consumptionis datur; poterit accipi de ea, quæ ex mutuo est, sed de alia, quæ in indebito soluto, & aliis causis, extra mutuum competere potest, *vid. l. 56. §. 2. ff. de fidejuss. & l. 1. ff. de condict. caus. dat.* Nec est, ut dicamus, utilitatis causa receptum esse, ut mutuum illud convalescat. Quamnam enim ratio utilitatis id tantoperè efflagitat, ut pecunia ita credita & consumpta mutuum postea nasci dicamus; cum nullibi in Jure ita appelletur, quin potius sufficit, & utilitati publicæ satis consultum est, dari actionem sive condictionem, licet non ex mutuo *vid. Harpr. ad pr. Inst. quib. mod. re contrah. n. 22.* Caterum pupillus pubertati nimirum proximus (id enim semper præsupponimus in hac materiâ, quando de contractuum ab illo celebratorum validitate quæritur) sine tutoris auctoritate mutuum accipiendo naturaliter obligatur, civiliter, tunc demum, si locupletior factus sit. De quâ quæstione & obligatione pupilli alibi dictum est; supra *Velit. 4. hb. 10. & in Resolut. 2. Decad. 5. quæst. 7.*

(d) Qua generali appellatione omnes veniunt, qui ad regendas provincias olim mittebantur, sive ab Augustis sive à Senatu. Nam Augustum quasdam provincias Senatui permisisse, quasdam, easque potiores sibi reservasse ex Dione & aliis constat. Ab Imperatoribus itaque missi in Specie Præsides, à Senatu amandati Proconsules dicebantur: Horum, utpote cum summo Imperio, consulari, ab legatorum, ma-

197
jor quam illorum erat potestas; uti deducit *Wesenb. in Parat. ff. de offic. Proc. & tit. de off. Præsid.* Isti Provinciarum Rectores mutuum dare prohibentur, siue sub usuris, siue gratis, ob generalitatem tum textuum in *l. 33. ff. de reb. cred. & in L. 3. C. sicert. pet.* tum rationū prohibitivarum identitatē, quæ ab impressionis & concussionis metu, ne in subditorum bona & possessiones involent potentia freti: neve conceditā sibi administrationem deserant; desumi solent. Quas ob rationes multa alia puta circa prædiorum comparationem, conjugia à Præsidibus vel filiis in provincia contrahenda &c. ipsis prohibita sunt; de quibus alibi. Alia ratio est tum officialium præsidis, tum ipsius Præsidis in mutui acceptione. Illi enim, quia perpetui sunt, mutuo dare pecuniam, & fœnebrem exercere possunt. *L. 34. pr. ff. d. t.* Præsides ipsi autem accipere mutuum non prohibentur. *d. l. 34. §. 1.* Sic enim non Præses, sed Subditus, Creditor, in Præsidem, sibi acquirit obligationem. Et durum nimis foret; Præsidem, & ipsum forte egentem pecunia mutui acceptione non posse sublevari; Non tamen integrum est Præsidi, tanquam Judici, à litigantibus accipere fœnebrem pecuniam, quod utrumque tanquam Speciale habetur, in *L. 16. C. sicert. pet.* quæ propterea nostræ assertioni frustra solet opponi. De pœnis Præsidum mutuantium vel negotiantium vide *L. 46. §. 3. ff. de J. fisc.* in qua, res ab eo comparata vindicatur, infirmatō contractu, & æstimatio ejus Fisco infertur. Et in *l. 46. de contrab. empt.* res comparata amittitur, addita in quadruplum cōdemnatione. In *l. pen. autem C. de his que vi metusve caus.* tradens, & rem repetit in Magistratum translata, & simul

587
simul pecuniam retinet! Cur ita varie? Ideo, quia
in L. illa priore Præses emerat, quæ sponte vendide-
rat subditus. In altera L. emerat, quæ ex officio, id
est, autoritate suâ sub hasta vendi iusserat. In Po-
strema L. vi aut metu venditionem extorserat *vid.*
Humm. lib. 3. V. R. Tract. 3. p. n. quæst. 13. Nostri mor-
ribus, si summa ista Magistratus provincialis potestas,
temporaria sit; idem obtinere crediderim, secus si
perpetua, quanquam enim impressio timoris, in per-
petuis Magistratibus æque vel magis militare videat-
ur. Attamen & hic obex poni poterit, ne impressio
vel terror adsit, aut si intervenerit, secundum leges
infirmabitur contractus. Et tales Magistratus in per-
petuum à contractibus hisce excludere, durius vide-
tur; Temporarii verò ad tempus iisdem facile absti-
nere possunt. *Treutl. vol. 1. disp. 20. b. 4. in fin.*

(e) Quod enim in L. 39. ff. de O. & A. generaliter
dicitur, filiumfam. ex omnibus causis obligari tan-
quam Patremfamilias, & ob id agi cum eo, tanquam
cum Patrefamilias posse, id cum hac Exceptione, con-
tractus mutui intelligendum est, quam exceptionem
introduxit SC. Macedonianum, inductum qui-
dem in odium fœneratorum, tanquam ex causa im-
pulsiva, cui occasionem dedit improbus fœnerator
Macedo, inter cæteras sceleris causas, etiam, hujus fœ-
noris & corruptionis reus; quâ tamen causa tantum
impulsiva cessante; ipsum SCrum hodie non cessat,
sed durat adhuc, nec potest quis, licet extra fœneratio-
nis tamen sit positus, nec pecunia sua materiam pec-
candi malis moribus præstare intendat, filiofamilias
mutuo dare, aut si dederit, nullam eo nomine actio-
nem petitionemque habet, ne quidem post mortem
C 2 patris

patris l. 1. & passim. ff. & C. ad SC. Maced; Et filiofamilias eò nomine perpetua Exceptio competit l. 49. pr. ff. de condict. indeb. cui, utpote non in ipsius tantum favorem, sed Patris quoque & utilitatis publicæ respectu in odium foeneratorum introducto, renunciare nequit. An autem in pecunia numerata tantum locum habeat, an & in quibus casibus cesset, ut opponi non possit, de eo commodius agitur infra *Vel. 17. sub rit. Quod cum eo, qui in al. pos.*

ad d. pr.

Th. IV. Mutuum naturale (a) non annumeratione tantum, (b) sed & aliis modis (c) fictione (d) contrahitur.

(a) Hoc enim unice agnoscimus tanquam verum mutuum, cum quis pecuniam suam suo nomine numeravit, idemque est in aliis rebus, quæ in contractum mutui incidunt; & à creditore suo nomine data fuerunt. Vulgo Doctores aliud mutuum, civile constituunt, quo non quidem annumeratio, vel realis traditio facta est, sed debitor se accepisse pecuniam, spe futura numerationis confitetur; aliud mixtum naturale appellant, cum ab alio, meo nomine pecunia altera annumeratur, ad quam repetendam actio mihi quærat, aliud mixtum civile, cum quis pecuniam nondum numeratam vel acceptam spe futura numerationis, stipulanti, tanquam acceptum promittit. Verum, cum mutuum illud, quod civile tantum dicunt, ad literarum obligationem, alteram quod mixtum vocant, & quidem mixtum civile; ad contractum stipulationis referendum sit: solum naturale mutuum retinendum est, cui & illud, quod mixtum naturale vocant, accensemus, ob verum interventum rei, licet ipse pecuniam meam non

an.

588
aliter numeraverim, aliaque res, mutuo convenientes non tradiderim.

(b) Apponderatione aut ad mensurationem rerum, quae in quantitate consistunt, & functionem recipiunt in suo genere, l. 2. §. 1. ff. de Reb. cred. ita ut hoc praestito, idem quod mutuo datum erat, in specie, nec aliud pro alio solutum esse censeatur.

(c) Puta si de pecunia credenda vel mutuo danda rogatus, lanceam dedit vel massam auri, ut eam venderet, qui rogavit, & nummis uteretur; venditam illam lanceam vel massam auri, mutuum pecuniam factam esse existimat Iustus Vlpianus in l. 11. pr. ff. de Reb. Cred. Similiter, si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, mihi obligaris ex mutuo, quamvis meos nummos non acceperis, aut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas; & convenerit ut crediti nomine eam retineas, videtur mihi data pecunia & à me ad te profecta, dicit Iustus in l. 15. ff. de reb. cred. Aliud exemplum mutui per fictionem contracti proponitur in l. 9. §. ult. ff. d. 2. Si decem apud te depositas uti tibi permiserim, ea quasi mutua condici posse, etiam antequam moveantur, dummodo certum sit depositarium verè tanquam credita decem illa habiturum, qui casus praesupponitur in d. §. ult. Ideo cum qui sic mutuo rogaverat, jam animo coepisse possideri ibidem additur. Aliud est si depositarius non rogaverit mutuum, sed deponens sponte, uti, si volet, permiserit tunc enim, antequam mota est, credita non fit pecunia, cum debitum iri, nondum sit certum, de quo casu loquitur l. 10. ff. de R. cred. Quibus tamen exemplis non desunt aliae Leges, quae directò cum his pugnare videntur. Primo exemplo de lance

C. 3

vel

vel massa auri vendita contradicit Jctus Papinianus
in l. 19. pr. ff. de pr. sc. verb. in quo, in simili casu, si pecuniam ex re vendita redactam, alter non acceperit mutuum, Actio praescriptis verbis nasci dicitur. Sed responderi potest, loqui de casu, quo qui vendiderat rem, pecuniam nondum acceperat; Ideo antequam illud factum fuerit, non potest dici mutuum contractum esse, cum res nondum intervenerit; interim quia negotium inter eos gestum est, recte dicitur dari actionem Praesc. verbis, ut qui vendendam acceperat aut restituat rem, si nondum vendiderit, aut si vendiderit, pecuniam exigat, eamque ut mutuum habeat, *In d. l. ii. verò ff. de reb. cred.* rem venditam & pecuniam acceptam fuisse praesupponendum est; Jctus quoque Africanus, Vlpiano contradicit *in l. 34. pr. vers. bis argumentum ff. mand.* Responderi & hic potest: argentum quidem vendendum, ibi datum fuisse, non autem additum, ut pecunia illa alter mox uteretur; sed de eo speciatim deinceps ipsi cum Domino rei venditae conveniendum erat: Vlpianus contra *in d. l. ii. pr. ff. de reb. cred.* expresse praesupponit casum quo conventum erat ut lancem vel massam auri venderes & nummis uteris; Septem dd. ll. conciliationes refert *Nicol. de Pafserib. in Concil. leg. p. 223.*

Alteri exemplo, quo convenit, ut pecuniam ex causa mandati penes te extantem quasi mutuum retineres *d. l. 15. ff. de reb. cred.* reclamare videtur Africanus *in d. l. 34. pr.* ubi in casu simili, eam pecuniam, non ut creditam penes Procuratorem & mandatarium esse decidit. Communis Responsio est, ibi absentem fuisse debitorem, quod inde constat, quia Episto-

589
pistolam emiserat ad Dominum pecunia: quam ex
causa mandati penes se habebat, & nunciaverat, se à
debitoribus ejus pecuniam exegisse, adeoque inter
absentes non perinde fingi posse traditionem inter-
venisse, ac inter presentes, inter quos fictio brevis
manus, facilius locum habet, de quo casu, presentia
nimirum, accipiunt dictam *l. 15. ff. de Reb. Cred.* Ten-
tari forte rectius posset *Ind. l. 34.* solum Procurato-
rem scripsisse pecuniam illam à debitoribus exactam
tanquam creditam sibi habere velle, seque debitu-
rum eam cum usuris semissibus. Nullum autem ver-
bum ibidem de Domino illius pecuniae, quod con-
senserit, sine quo consensu, in creditum iri non po-
test. At in *d. l. 15.* expressè convenit, ut crediti nomi-
ne pecuniam illam retineat, quam ex causa mandati
ipsi debebat. Conciliationes octòdecim refert *Ni-
col. de Passer. d. tract. p. 205.* & tandem ipse de conci-
liatione desperat. Dicendum tamen aliquid pro con-
cordia est, quod vel probabilem saltem speciem aut
rationem habeat, ad sustinendam Imperatoris vo-
luntatem & auctoritatem in *Const. tanta. §. 15. & const.*
Dedit nobis §. 15. de confirmat. ff. 10r. Tandem de pe-
cunia penes ne deposita, de qua ut quasi creditam ha-
beam convenerit, aut quam à debitore suo me acci-
pere quis jusserat, quo minus credita fiat, non negat
Jctus Africanus in *d. l. 34. ff. mand.* licet benigne id
receptum dicat, adeoque in eo non contradicit Vl-
piano in *d. l. 9. §. ult. & d. l. 15. ff. de reb. cred. Vid. Co-
ras. cent. 6. Miscell. c. 16. Donell. ad d. l. 15. Pac. cent. 3.
Enant. q. 64. 66.*

(d) Ut pecunia credituro debita, ab Emptore, vel
ab alio debitore, quem mihi dare jubebat, vel exmā-
dato

dato aut deposito, quam ex iis causis penes me habebam, ipsi prius reddita, & ab eodem deinceps ex causa mutui à me accepta brevi manu fingatur.

ad d. pr.

Th. V. Debitor conventus ex mutuo (a) reddet (b) idem (c) in genere (d) non particulatim (e) non aliud pro alio, (f) nec ante diem interdum (g).

(a) Condiçione certi, Alibi appellatur actio mutui, l. s. C. quib. non objic. long. temp. pr. s. r. Actio pecuniæ creditæ l. pen. s. ult. ff. de constir. act. l. 12. §. 1. ff. de distract. pign. Item actio si cert. pet. l. 1. pr. ff. de condict. tritic. Illa autem condicçio certi saltem unica est & generalis, ejusque concludendi medium unicū; scilicet; quia, certum quid est, quod in petitionem venit, unde unius saltem condiçionis fit mentio in Jure, eademque tum ex mutuo, tum ex verborum obligatione nascitur vid. l. 9. pr. ff. de reb. cred. l. 24. ff. eod. ut non opus sit dupplicem statuere condiçionem cum citramontanis, unam generalem, alteram specialem, Vid. Don. ad. d. l. 9. Bachov. disp. 4. de action. th. 10. Treutl. 1. 20. th. 10. Hunn. 3. V. R. tr. 3. p. 1. q. 20.

(b) Sine exceptione casus fortuiti, incendium enim vel alius casus fortuitus corel alieno non exiunt Debitorem, rescribunt Imperatores in L. ii. C. si cert. pet. Cumque dominium pecuniæ aliarumque rerum, quæ in mutui contractum incidunt, ad accipientem sive Debitorem transeat, merito periculum omne & casus fortuitus eidem imputabitur, ut res pereat suo Domino.

(c) Non plus, quam datum est, Unde si decem dederò, ut undecim debeas, amplius quàm decem condici non possunt, dicitur in l. ii. §. 1. ff. de Reb. cred. Re enim constat hic contractus mutui, ideo ultra inter-

ven-

190
ventum rei, ultra quam datum est obligatio ad red-
dendum nasci non potest; Quod verum est in for-
te ipsa; usuras autem ultra sortem stipulari licet. Ea-
que stipulatione omnino opus est, cum in mutuo a-
liisque stricti juris contractibus usurae citra vincu-
lum stipulationis non debeantur. l. 3. C. de usur. quae
alias in bonae fidei contractibus ex sola mora peti pos-
sunt. l. 31. §. 2. ff. eod. tit. Non tamen ultra definitam à
lege quantitatem usuras vel stipulari, vel ob moram
exigere licet; sed superfluum vel debitori restituend-
um vel sorti imputandum est; Quantitas autem u-
surarum jure civili definita est pro varietate persona-
rum in l. 26. §. 1. C. de usur. Moribus Imperii sine disti-
ctione personarum, etiam inter mercatores, nisi cõ-
suetudine loci aliud introductum sit, aut majus inter-
esse probari possit, quincunces sive quinque floreni
pro 100 exigi possunt, quae usurae definitae sunt gene-
rali lege Imperii, in Recept. de ann. 1600, 1539, 1548, 1577.
tit. von wucherlichen Contracten, & Recept. Wormat. de
anno 1586. tum jure Saxonico provinciali in Constit. El.
Mauritii de anno 1550. Augusti de anno 55 tit. von wu-
cher Const. Ejusdem 30. p. 3. & Ordin. Torg. de Anno
1583. tit. von wucherlichen Contracten &c. Quibus
quincuncibus in Electoratu Saxonico per Receptum
provinciale de anno 1628. accessit sextus flore-
nus, non Creditori sed Magistratui collecta nomine
solvendus. An autem & quatenus jure divino & hu-
mano licitae sint usurae, prolixè post alios exequitur
Petr. Heig. p. 1. quest. 1.

(d) Eadem bonitate & qualitate: quanquam nec
adversetur mutuo, si eadem res in specie praestetur.
Modo non ita ab initio convenerit, ut idem in spe-
cie

D

cie

cie reddatur *vid. Trentl. vol. 1, Disp. 20. rh. 1. lit. G. & suprath. 3.*

(e) Invito scil. Creditore, nam de volente dubitari non potest, quin particulariter eidem solvi possit; de quo casu volentis nimirum & consentientis Creditoris, cui pro parte reetè solvitur, loquitur *Imp. in p. in §. 1. Inst. quibus mod. toll. oblig.* Unde solutionem acceptilationi confert ibidem, quæ non potest nisi volenti fieri. Invito autem particularis solutio ob incommoda ejus quamplurima *l. 3. ff. famil. hercist.* obtrudi nequit, & debiti saltem parte solutâ, non retardatur totius debiti usurarû præstatio *l. 41. §. 1. ff. de usur.* Sic ut in simili in contractu emptionis, venditionis pretii parte oblata & solutâ Actio ex empto nondum nascitur *l. 13. §. 8. ff. de act. emp.* Si tamen specialiter hac lege mutua data fuerit pecunia, ut liceret & particulam ejus quod acceptum est, exsolvere, huic conventioni stabit Creditor, & particularem solutionem invito accipiet. *d. l. 41. §. 1.* Ut & si totum debitum non sit liquidum, sed debitor partem saltem debiti fateatur, hanc partem invito Creditori offerre poterit, quam ut autoritate Prætoris accipiat Creditor humanius visum est, & ad diminuendas lites facere *in l. 21. ff. de Reb. Cred.* quæ ipsa verba argumento sunt; textum illum de casu intelligendum esse, quo de toto debito nondum liquido constabat. Præstabat itaque partem liquidam solutam accipere, & litem quoad illam partem diminuere, quam prætextu partis alterius non simul oblata litem totam remanere. Alia quoque ratio est plurium hæredum & compensationis, quâ debitum & obligatio pro parte tollitur. Nam è pluribus hæredibus singuli pro hære-

591
hæreditariis partibus partem debiti invito Creditori solvere possunt *l. 85. pr. ff. de V. O. l. 49. §. 1. ff. de fidejuss.*, quia cum æs alienum inter plures hæredes ipso Jure ex *l. 12. Tabul. dividatur*: fit inde ut unusquisque partem saltem debeat, oblato, igitur eo, quod debetur, Creditor illud accipere non recusabit: ita & in fisci rationibus pro hæreditariis partibus onera hæreditaria agnoscunt hæredes *l. 2. C. de hered. act.* A singulis autem hæredibus partem accipiendo, Creditor, & tantum accipit, quantum singuli debebant, & tantum, quantum debebat ipse defunctus, cujus personam representant hæredes. Ut ita effectu considerato non mutetur obligatio in persona hæredum, contra, æquissimum est ex *l. 12. tab. onera dividi inter hæredes ad servandam commodi & incommodi proportionem*. De compensatione rectissimè dicitur, quod pro parte tollat obligationem, idque tum ex æquitate naturali & civili, illa non patitur bis idem solvi, sive totum debitum solvi, non deducto eo, quod Creditor debebat, hæc non admittit, ut solvatur quod mox repeti potest; cum nec capere quisquam videatur, quod restituere necesse est *l. 51. ff. de R. J.* tum ex tacita Creditoris voluntate: qui in eo solo obligatum sibi debitorem agnoscere censetur, quod nondum solutum est; ratione ejus autem quod penes se habet, ut compensare possit debitor, eum liberatum mavult & potius non accipere illud, quam acceptum mox restituere. In solutione Voluntas Creditoris est solidum accipere: non partem, ut obligatio in solidum contracta, eodem modo per solutionem nimirum solidi dissolvatur: Denique ex *l. ult. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur*. frustra argumentum de-

sumunt dissentientes; Cum certum sit, & ex verbis legis plusquam manifestum, duplex ibi debitum ex diversa causa separatim contractum fuisse: Ideo debito uno oblato; Creditor utique illud accipere cogitur. Salvo interim Jure pignoris; quod pro utroque debito constitutum erat. *vid. Treutl. vol. 1. disp. 20. lib. II. lit. A. Riem. dec. II. Q. 8. Arum. Exercit. 16. obef. 2.*

(f) Invito Creditori l. 2. §. 1. de reb. cred. Hac enim contrahentium mens & intentio fuit, ut qui dedit mutuo, idem accipiat, non in specie, quod quidem ex accidenti fit interdum, sed in genere tamen, unde datione rerum, quæ in Pondere, numero, mensura consistunt, in creditum itur, quia res illæ functionem recipiunt per solutionem, magis quam in specie d. l. 2. pr. id est, res illæ in mutuum incidentes Vice mutua funguntur ut idem reddi videatur, dum tantundem redditur. l. 6. in fin. ff. de Reb. cred. Idem autem illud vel tantundem, etiam qualitatem respicit, ut ejusdem generis & eadem bonitate solvatur, quæ datum est; Non itaque vinum novum pro veteri solvi vel restitui invito potest l. 3. ff. d. 1. An autem & veteris pro novo? Aff. quia dum hoc casu quod melius & quod pluris est restituitur, idem etiam, quod bonum & quod tanti erat, restitui censetur; Si tamen probabili aliqua vel affectionis vel utilitatis ratione interesse sua probare possit Creditor, etiam veteris pro novo tanquam aliud pro alio accipere non cogetur; Aliud quoque est res ipsa, aliud ejus æstimatio sive pretium arg. §. 6. Inst. de leg. Ideo pro frumento vel vino mutuo dato pretium invito obtrudi non potest, nisi forte, idem illud Ex. gr. vini genus fortè non amplius

592
plus extet, qui casus presupponendi in l. 22. ff. de reb. cred. vel facultas solvendi a estimationem deducta sit in obligationem, aut Creditor deinceps in pretii solutionem consentiat, quod & ipsum dici potest, factum esse in d. l. 22. ut & in l. 57. pr. ff. de solut. l. 59. & seqq. ff. de V. O. Cum donatore tamen hoc casu mitius agendum, eique vel rem donatam vel ejusdem estimationem solvere permittendum est l. 35. pr. C de donat. Vid. Harpr. ad pr. Inst. b. t. n. 182. Arum. Ex. 12 tb. 10. Hoen. d. 13. q. 4.

(g) Si is adjectus in gratiam Creditoris, nec alio loco solvi debet quam de quo convenerat; puta si Creditor post tres menses pecuniam Romae mutuo datam, in longinqua Provincia reddi sibi stipulatus fuerit, debitor post paucos dies numerare volens Romae, detracta summa, quam Creditori usurarum nomine dederat, non audiendus est, sed potius Creditor pecuniam illam, sua die, id est qua Creditoris in gratiam adjecta erat; ibi, ubi solvendam stipulatus est petere potest l. 122. pr. ff. de V. O. Alias regulariter dies promissoris gratia adjicitur. l. 17. ff. de reg. Jur. adeoq; ante diem existentem licet peti non possit, solvi tamen invito Creditori potest, l. 137. §. 2. ff. de V. O. cum Juri pro se introducto quilibet renunciare queat, l. pen. C. de pact. vid. Riem. Decad. II. Quest. 9. ubi Borcholden qui contrarium defendere conatur in Tract. de V. O. c. 6. acriter refutat.

Th. 6. Nummis creditis, (a) solutio non iisdem ^{a d. d. pr.} fortibus s. speciebus precise, sed alterius (b) eadem quantitate (c) fiet (d) juxta estimationem temporis contractus (e).

(a) Puta aureis vel taleris generaliter.

C 3

(b) Sive

(b) Sive grossiore, sive minuta pecunia, quia in nummis non corpus sed potestas spectatur, non materia sed valor; Et hic ipse valor publicè impositus potestatem nummo conciliat; Ita E. gr. Si stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos promiseris, obligaris l. 65. ff. de V. O. ad valorem enim non ad corpora nummorum respexerunt contrahentes, de minore tamen pecuniâ, speciatim in gratiam Creditoris sancitum est, in Novâ Ordinat. Monet. Ferdinandi I. de Anno 1559. §. die jetztgemelten / ne in Summa notabili, fortis ejus monetam ultra quantitatem 25. floren. accipere cogatur.

(c) Dum modo sint probi & locabiles an gültigen gängen vnd gäben gelde: qua ipsa moneta, tantundē comparare potest creditor, quantum possit iis fortibus, quas mutuo dederat, ut ita solutione in alia monetæ Specie facta damnum nullum incurrat.

(d) Nisi ipsa corpora nummorum pacta sint Stück vor Stück d. s. die jetztgemelten Hoc enim casu, ut & si non mentio facta fuerit massæ vel corporum, Stück vor Stück / aliter tamen circumscripti sint raleri, quod mutuo dati itidemque reddendi sunt probi, integri, iusti ponderis binarum unciarum gute wolgeltende Reichsthaler / an schrot vnd Korn unver schlagen / derer jeglicher zwey lot silber wieget; his inquam casibus ipsa corpora talerorum in solutione reddenda sunt, adeo ut licet valor talerorum vel auctus vel imminutus fuerit, id tamen debitori nec profit, nec obsit, sed & augmentum lucro, & decrementum damno creditoris cedat.

(e) Mutata monetæ bonitate intrinseca materiæ wann schrott vnd Korn an der Mütze verendert wirdt / aut bonitate extrinseca, quæ salvâ materiâ

593

teriã, in valore & æstimatione ejus contingit quæri so-
let, an solutio facienda sit secundum valorem & boni-
tatem intrinsecam & extrinsecam, quæ erat tempore
contractus an secundum tempus solutionis. Et commu-
nissima sententia est tempus contractus inspiciendum esse.
Nã in contractu mutui id agi intelligitur, ut ejusdem
generis & eadem bonitate solvatur, quã datum est *l.*
3. ff. de reb. cred. Sicut & in Emptione venditione ad tem-
pus contractus respicitur, ut talis venisse res intelliga-
tur, qualis tunc fuit *l. 6. ff. de contr. Empt.* Et census an-
nui secundum antiquam monetam, in quã instituti
fuerunt, aut si non sit amplius in usu secundum ejus
æstimationem solvendi sunt *c. 20. & c. 26. X. de censib.*
Si itaque E. gr. mutuo dati sint 100 taleri, eorumque
bonitas intrinseca, seu materia mutata & minuta fue-
rit, non liberatur Creditor 100 taleros ita mutatos aut
intrinsece diminutos offerendo, sed æstimatio & re-
ductio facienda est secundum tempus contractus, &
tot taleri solvendi sunt, qui valorem & æstimationem
illius temporis attingant, aut taleri prioris bonitatis
restituentur. Sic si valor pecuniæ post mutuum con-
tractum accreverit, debitoris commodum est, qui
valoris augmentum deducet, solo pristino valore, qui
erat tempore contractus, restituto, Si vero decreve-
rit aut imminutus fuerit valor, debitoris damnum
est, qui supplebit valorem, tempore contractus, num-
mis impositum. Et hanc sententiam tanquam verio-
rem & Juri atque æquitati magis conformem ample-
xi sunt Camerales, teste *Mynsing. cent. 4. obs. 1.* hanc-
que approbavit D. Augustus *Elect. p. 2. const. 28.*
Quam non in totum abrogavit, sed ob graves & in-
publicum utiles causas, quoad observantiam saltem
in suspenso esse & in casu quo in obligatione simpli-
citer

citer florenorum vel talerorum mentio facta fuit
tempus solutionis attendi voluit. Serenissimus Ele-
ctor noster, edito peculiari mandato de anno 1623.
vid. Treusch. vol. 1. disp. 20. d. 12. Horom. Illustr. quest. 15.
Dn. Franzk. Exerc. 9. quest. 2. & 3. & prolixè cum
ampliationibus, & limitationibus *Berlieb. p. 2. conclus.*
35. & seqq. in cujus sine refert decretum Anno 1609. in
Judicio Appellationum conditum & à D. Christiano
II. Electore confirmatum ex quo pleræque lites &
controversiæ monetariæ decidi possunt.

ad §. 1. 7.
quib. mod.
reb.

Th. VII. Indebitum (a) per errorem (b) facti (c)
solutum, repeti potest. (d)

(a) Nullo, nec naturali nec civili Jure debitum,
nam quod Jure naturali, sive ex obligatione sola na-
turali debetur indebitum dici non potest. Ideò si-
quid solutum fuerit, non repetitur tanquam inde-
bitum: cum sola naturalis obligatio soluti conditio-
nem impediatur. *l. 13. l. 19. pr. ff. de condict. indeb. l. 10. ff.*
de O. & A. nisi quatenus in quibusdam personis na-
turali illi obligationi effectus hic ademptus est, ut in
foemina, quæ absque renunciatione S. Cri. Vellejani
intercessit pro alio; & in pupillo sine Tutoris autho-
ritate contrahente: qui si ex contractu vel interces-
sione sua quid solverint, repetitionem habent. *l. 29. l.*
40. pr. ff. d. t. & respectu hujus effectus adempti vel ces-
santis pupillus nec natura debere dicitur in l. 41. ff. e. s.
Id quoque dicitur indebitum, quod sub conditio-
ne vel in diem incertum, qui conditioni æquipara-
tur, debebatur. Ideò ante conditionem existentem
solutum, recte repeti poterit: tanquam interim inde-
bitè solutum cum incertum omnino sit, an exitura
unquam sit illa conditio. *l. 16. ff. d. t.* Sic si Jure civili de-
bitum

294

bitum fuerit, Actio verò illa sive petitio à debitore submoveri poterat oppositâ Exceptione perpetuâ, quæ ipsam naturalem obligationem vel potius ejus effectum tollit: qualis est exceptio SC. Vellejani, solum per errorem ut indebitum repeti potest. Aliud est si debitori tantum temporalis Exceptio competat, aut ipsum debitum in diem certum conceptum est: utrobique enim obligatus manet debitor, & id quod in diem debetur, verè debetur, licet ante diem existentem peti non possit, cum cesserit hujus obligationis dies, sed non venerit. *l. 213. ff. de V. S. S. 2. Inst. de V. O.* Ante diem itaque vel non opposita temporali Exceptione, solum repeti non potest *l. 10. ff. de condict. indeb. vid. Donell. lib. 14. comment. c. 11. & seq. Vult. ad S. 16. Inst. de Action. n. 41. & seqq.* Refertur autem Indebitum inter contractus reales, quatenus perinde ut in mutuo res intervenit; Solutio nimirum vel numeratio, ex qua per errorem facta accipiens obligatur, tanquam ex mutuo, unde & promutuum appellari solet: nec non quatenus ex indebito nascitur Actio sive Condictio ad reddendum idem illud, eademque bonitate, quâ datum erat, dominumque rei indebitè solutæ transfertur in accipientem, adversus quem non datur rei vindicatio, sed actio personalis, sub hac formula *si paret reum dare oportere*, qualis non datur Domino. *S. 14. Instit. de action. eademque condictio tantum adversus eum datur, cui indebitè solutum est, non adversus eum cui profecit. l. 49. ff. de condict. indeb. vid. Donell. 14. comment. c. 18. Riem Decad. 9. quæst. 7. & de Actionibus disput. 6. th. 5.* Alia ratione inter quasi contractus refertur indebitum, ratione causæ & finis, quatenus
E qui

qui solvendi animo dat, negotium magis distrahere,
quàm contrahere voluisse censetur. §. 1. *in fin. h. t.* Un-
de obligationibus quasi ex contractu accensetur *in §.*
6. Inst. de obligat. quæ quasi ex contr. vid. Dn. Vngewaur.
Exerc. 10. q. 9. Sicut & respectu rerum & actionis à ve-
ro mutuo differt promutuum hoc vel indebitum.
Nam & aliæ res præter illas, quæ numero, pondere &
mensura constant, veniunt in indebitum solutum; &
Condictio indebiti interdum est incerti. *l. 22. §. 1. ff.*
de condict. indeb. Quæ in mutuo semper certi est.

(b) Nam ut per errorem dati, repetitio, ita consul-
tò dati donatio est. *l. 53. ff. de Reg. Jur.*

(c) Non juris, facti error est. Ex. gr. Si putet hæres
rem à testatore alteri legatam esse: Error Juris est, si
putet legata etiam ex imperfecto testamento deberi
& solvenda esse: Ille excusationem meretur, cum &
in prudentissimum cadere possit, & conditioni in-
debiti locum facit: hic non item *l. 10. C. de Jur. &*
fact. ignor. l. 9. C. ad L. Falcid. Quanquam enim error
Juris in damnis amittendæ rei suæ nulli nocere dica-
tur *in l. 7. & seqq. ff. de J. & F. ignor.* attamen hic ne-
gandum est, rem ejus esse, qui indebitè solvit, cum,
ut modò dictum, per solutionem indebiti dominium
in accipientem translatum sit. Quam Domini trās-
lationem error hic, qui non in persona, nec in Domi-
nio, sed saltem in causa solvendi, ex qua solvens de-
bere se rem putabat, intervenit; impedire non po-
test. *l. 36. ff. de acquir. rer. dom.* Idèò signanter JCrus
in d. l. 7. & seqq. addit, suum petentibus Juris ignoran-
tiam non nocere: Hic verò non suum petit sed alic-
num sed translatum *vid. Riem. dd. loc.* Et ita Regulam
illam in damnis rei amittendæ, non amissæ: sive de dam-

damno quod metuitur, non quod jam acceptum est applicandam esse, ait *Dn. Frantzck. Exerc. 11. q. 8.* & ignorantiam Juris id facere, ne rem meam amittam non ut rem amissam, errore Juris, recipiam. Sicut & in præscriptionibus, error aut ignorantia Juris præiudicium Domino post Dominium amissum nihil patrocinabitur. adde *Arum. Exerc. 15. q. 15.* Minoribus tamen 25. annis ob fragilitatem consilii ac Judicii, foeminis ob sexus infirmitatem, militibus ob præsumptam nimiam imperitiam *pr. Inst. de milit. testam.* Jus ignorare permissum est, ita ut, ubi non est delictum, sed Juris ignorantia, non lædantur. *l. 9. pr. C. §. 1. ff. de J. & F. ignor.* Unde in specie si mulier, ignorans S^Ci Vellejani beneficio munitam se esse, solverit, repetitioni locus est. *l. 9. C. ad S^Ci. Vellei.*

(d) Per condictionem actionem, sive conditionem indebiti *§. 1. Inst. quib. mod. recontrab. oblig.* & quidem una cum fructibus & accessionibus, cum conditio indebiti sit naturalis, adeoque æquitati naturali congruat & fructus, & id quod rei accessit venire in Conditionem. *l. 15. l. 26. §. 12. deducta tamē impensa. l. 65. §. 5. ff. de cond. Indeb.* Vsuræ autem pecuniæ indebitæ solutæ non præstantur, sed actione conditionis ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est. *l. 1. C. de condit. ind. vid. Ricm. decad. 9. quæst. 6.* Interdum tamen nec id, quod errore facti solutum est, repeti potest, in iis nimirum causis, in quibus inficiando lis crescit, velut in actione Legis Aquiliæ. *§. 19. Inst. de action.* & in Actione pro Legato ad pias causas. *§. ult. Inst. de oblig. quæ quasi. ex Contr.* in actione depositi miserabilis, sive quod tumultus, incendii ruinae, naufragii causa depositum est. *§. 17. §. 26. Inst. de*

ult. Pro cuius regulæ declaratione casum optime
format. *Arum. Exerc. 15. §. 16.* in actione Legis Aquili-
liæ, cum quis servum alterius occidit, & factum ne-
gavit; itaque in pœnam mendacii lis in duplum cre-
scit. Sed Reus non expectata Judicis sententia putans
æstimari servū usq; ad 100 aureos, eos unâ cum altero
tânto, & sic 200 aureos solvit, constitit autem postea
veram æstimationem saltem aureorum 80 fuisse, a-
deoque 40 aureos indebitè solvit, non repetet tamen
eos per conditionem indebiti §. *ult. Inst. de oblig.
quæ quasi ex contr. §. 1. 74. C. de condic. indeb.* Ratione
Exceptionis vel cum Wesenbecio *ad d. §. ult. Inst. de
obl. quæ quasi ex contr.* ab autoritate & Potestate trans-
actionis, quæ sola justa debitionis causa est: dum ni-
mirum transegisse videtur, qui ex talibus causis inde-
bitum solvit; vel à sanctissima fidei observantia, & im-
probi mendacii odio justissimo desumemus cum *A-
rum d. loc. tb. 16.* Non tantum autem in casu inficiatio-
nis, verum & in eo casu, quo qui occiderat, vel dam-
num dederat, confessus est factum: Soluti repetitio
cessat. E. gr. de danno dato incusatus maluit confi-
teri, quàm post inficiationem duplum solvere; Sol-
vit itaque simplum; quod ipsum postea ubi de inno-
centia ejus constitit, repetere nequit, ob efficaciam
confessionis, quæ debitum facit, quod debitum non
erat. *vid. Donell. lib. 14. comment. c. 15. Heig. ad dic. §.
ult. Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.* Generaliter quo-
que pietatis causâ solutum, non repetitur nec id,
quod pœnæ nomine solutum est. *l. 32. §. 2. l. 19. §. 1. l.
42. ff. de condic. indeb. l. 46. ff. de Reg. Jur. vid. Treut.
vol. 1 disp. 22. tb. 10.*

Th. VIII. Commodatum (a) tempestive & in specie (b) restituendum, citra compensationem, (c) ad §. 2. ff. de precar. praestirā simul omni culpa, (d) non casu. (e) det.

(a) Cum modo datum i. e. ad certum usum, ut à precario, & gratis, ut à locatione differat. Precarium enim, quoad usum quidem rei in genere convenit cum commodato l. 1. ff. de precar. Sed semper & sic intempestive revocari potest; adeoque tamdiu quis uti potest precario, quamdiu, qui concessit, patitur. l. 1. pr. l. 2. ff. de precar. Commodatum autem, nisi usu certo, ad quem datum erat, finito repeti nequit. In locatione usus quidē rei est, sed ejus nomine certa merces dependitur pr. Inst. de Locat. & conduct. Commodatum verò gratuitum esse debet, dicit Imperator in §. 2. in fin. Inst. quib. mod. re contrab. oblig. ex quo §. quidam Philosophiae Studiosus imperitè & ridiculè in disputatione quadam probare contendit, ex mente quoque Imperatoris nostri usuras ex mutuo non esse praestandas. quia commodatum debeat esse gratuitum.

(b) §. 2. I. quib. mod. re. & sic à mutuo differt In quo non id agitur, ut quod mutuo datum est in specie restituatur, (licet interdum eveniat, eandem speciem restitui) sed sufficit idem in genere, & tantundem reddi: Sicut & ea ratione differt à mutuo; cui & abusus inest: Commodato autem solus usus absque abusu; Unde regulariter in Commodatum non veniunt res, quae usu consumuntur, nisi ad pompam forte & ostentationem, vel dicis gratiā, puta, Si commodetur pecunia, ut numerationis loco intercedat l. 3. §. ult. & l. 4. ff. Commod. vid. Donell. lib. 14. comm. c. ibique Hillig. in Not. lit. c. Res autem alia usum

non consumptibiles (Nam attritio aliqua & deterioratio usu ipso contingens commodatum non destruit, *vid. l. 10. pr. ff. Commod.*) etiam incorporales, ut habitatio, etiam immobiles. *l. 1. §. 1. ff. commod. l. 17. pr. ff. de præsc. verb. etiam alienæ. l. 15. ff. eod. tit.* incidunt in contractum commodati.

(c) Restitutio enim commodati prætextu debiti non probabiliter recusatur rescripserunt Imppp. in *l. ultim. C. commod.* In qua frustra est Cujacius, dum pro *commodati* legendum censet, *commendati*, adeoque legem illam ult. fugitivam appellat, & ad tit. depositi transponendam, cum commendare sit deponere *l. 24. pr. ff. de pos.* contra fidem constantem Codicum omnium, & contra genuinam Juris rationem; quæ omnino suadet, in commodato extante, tanquam speciei cum quantitate compensationem admittendam non esse. Ob impensas tamen in rem commodatam factas retentio datur, *l. 15. §. 2. l. 59. ff. de furs.* quæ à compensatione prorsus alia est, & æquissima ratione nititur, ne commodator prius recipiat rem suam, quam de impensis in illam necessario bona fide factis commodatario satisfecerit, cum satius sit per retentionem servare impensas quam commodati agere. *d. l. 59.* Et hæc quidem in re commodata extante: quæ compensationem excludit; aliud est, si res commodata perierit, tunc enim, quia necessario ad æstimationem deveniendum est: nihil prohibet, quo minus quantitatis cum quantitate compensatio inducatur: Hinc in *d. l. ult. C. commod.* dicitur, restitutionem commodati, id est, ipsius rei commodatæ adhuc extantis restitutionem non probabiliter recusari, quod argumento est, aliud rescriptu-
ros

ros Impp. Si de re consumpta, vel cum ad æstimationem agitur, consulti fuissent: Quod autem solum depositum excipitur, cui aliquid compensationis nomine opponi nequeat; *in §. 30. Inst. de actionib. & l. ult. §. 1. in fin. C. de compens.* ad contractus vel causas dissimiles, non ad similes pari vel majore ratione nitentes excludendas pertinet: Sicut & *in d. l. ult. §. 2.* Actio momenti excipitur, quod compensatio non datur, possessionem alienam & perperam occupantibus *vid. Arum. exercit. 12. tb. 13. Hæn. disp. Inst. 13. tb. 9. Hillig. ad Donell. lib. 16. comment. Riemer. Decad. 9. quest. 8.*

(d) §. 2. *Instit. hoc tit.* In quo de exacta diligentia, quod dicitur, ad exactissimam referendum est (cui levissima culpa opponitur:) idque probant tum verba præcedentia, sanè quidem exactam, tum subsequentia, in quibus ea diligentia requiritur, quam diligentior alius adhibere potuit, ita ut non sufficiat tantam diligentiam commodatarium adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est; Unde exactissimæ diligentia mentionem facit Jctus Gajus *in l. 1. §. 4. ff. de O. & A.* & diligentissimi Patris familias custodiam & curam requiri, idem ait *in l. 18. ff. commod.* Cumque commodatum plerumque solam utilitatem respiciat ejus, qui utendum accepit, æquissimum est, eum de levissima etiam culpa teneri, secundum Regulam *in l. 5. §. 2. ff. commod.* Unde si utriusque causa commodatum contractum sit, qualis casus est *in d. l. 18. pr. in fin.* de eo qui commodaverit alteri argentum pro communi hospite ad convivium invitando, solum levis culpa; si verò solius commodantis gratia contrahatur, qualis

lis casus in l. 5. §. 10. ff. commod. de eo qui sponsa vel uxori commodavit, ut honestius culta ad se deduceretur, ut & si libros mihi quis commodaverit, ut in ipsius causa consulere; tunc enim dolus tantum præstari dicitur in d. l. 5. §. 10. & l. 12. pr. ff. commod. qui tamen in contractibus semper includit præstationem latæ culpæ l. 226. ff. de V. S. Alia ratio est precarii, in qua cum pro lubitu, non demum finito usu revocari possit, placuit eum latâ saltem culpâ obstringi in l. 23. ff. de R. J. Imò & precario danti imputari potest, cur non citius repetierit.

(e) Hic enim à nullo præstatur l. 23. in fin. ff. de R. J. Et in specie de contractu commodati probatur in §. 2. Inst. quib. mod. re. d. l. 1. §. 4. ff. de O. & A. d. l. 18. pr. ff. commod. Nisi culpa casum præcesserit vel ex conventionem casum fortuitum & omne periculum in se receperit commodatarius, vel firem æstimatam utendam acceperit; quo ipso ad omne periculum præstandum se obstrinxit l. 5. §. 3. ff. commod. Cæterum actione commodati plures Commodatarii conveniuntur & tenentur in solidum; veluti si duobus vehiculum commodatum sit, quamvis pro parte saltem effectu unusquisque habeat, cum non omnia loca vehiculi quisque teneat, attamen ab uno & dolum & culpam & diligentiam & custodiam in totum præstandam esse decidit Ictus in l. 5. §. ult. ff. commod. Aliud est, si res aliqua pluribus communi periculo utenda data fuerit, ita nimirum ut periculum ipsum dividatur, tunc enim adversus illos pro cujusque parte est actio, quia commodator non singulorum fidem secutus erat, sed conjunctim

venerit. Locatio conductio est. l. 1. §. 8. & seqq. ff. depos.

(b) §. 3. l. b. 1. quo ipso cum contractu commodari & pignoris convenit, sed à mutuo differt, in quo eandem restitui, non idem in specie regulariter, supra dictum est.

(c) Et præstatur regulariter dolus tantum & lata culpa d. §. 3. quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, ideo merito dolus præstatur solus, dicit Jctus in l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de R. J. cui latam culpam includendam esse, supra diximus. Interdum tamen culpam omnem præstat depositarius, puta, si obtulerit se deposito. l. 1. §. 35. ff. depos. si pacto culpam in se receperit, aut mercedem acceperit. d. l. 5. §. 2. ff. commod. Interdum præter culpam periculum quoque præstat; si scilicet illud in se receperit. d. l. 1. §. 35. ff. depos. d. l. 5. §. 2. ff. commod. aut si in mora restituendi fuerit. tunc enim post moram hanc res periculo depositarii penes ipsum manet. l. 12. §. ult. ff. depos. Culpa autem illa, quam præstare debet depositarius, non in abstracto sed in concreto, in persona ejusdem consideranda est: unde si negligentissimus sit in suis rebus depositarius, tunc demum fraude non carebit, si non ad suum modum curam in deposito præstet, salva enim fide minorem rebus depositis, quam suis fidem non præstat. Quam diligentiam ita in concreto considerat Jctus in l. 32. ff. depos. vid. Dn. Franzk. Exerc. 9. quest. 9. cui admirniculatur generalis illa ratio, quã utitur Imperator in d. §. 3. Inst. quib. mod. re contr. ab. oblig. quod suæ facilitati imputare debeat, qui negligentiam amico rem custodiendam tradidit.

(d) Si

599

(d) Si ita convenerit; Nam manet depositum in-
specto initio & ob usuras ex nuda conventionem præ-
standas: licet notissimos depositi terminos egrediat
tur. De usuris ex conventionem præstandis quod di-
ctum est, expresse probatur ex *l. 24. in fin. ff. de pos.* E-
hoc ipsum argumento est, depositum ita datum, ut
tantundem restituatur, non transire in mutuum:
quia in mutuo, non ex conventionem usuræ debentur
sed ex stipulatione *l. 3. C. de usur.* Unde in *l. seq. 24. §. 1.*
in usuras iudicio depositi condemnandum esse di-
citur eum, penes quem pecunia non ob signata, ut
tantundem redderet, deposita erat. Ex secundum
conventionem in simili casu usuras actione deposti-
ti peti posse dicitur in *l. 26. §. 1. ff. de pos.* Et ut in cœte-
ris bonæ fidei iudiciis usuras deberi, respondit JCtus
in *l. 26. §. 1. ff. eod.* Quamquam autem, uti dictum
est, notissimos depositi terminos hæc res egrediat
non tamen mox ipsius mutui terminos ingreditur.
Sed alteratur saltem natura depositi: Et quo & irre-
gulare depositum appellatur. Sicut aliàs constat na-
turam contractus mutari & informari, & nihilominus
pristini contractus nomen remanere. Aliud est, si ex-
presse convenerit, ut depositarius pecuniâ, quæ prius
penes ipsum deposita erat, uteretur: tunc enim con-
trahentes mutasse propositum, à deposito in con-
tractum mutui transilisse, & in creditum ivisse cen-
sentur. qui casus est in *l. 9. §. fin. & l. seq. ff. de Reb. cred.*
Et sic leges istæ nostram hanc legem *24. ff. de pos.* in
qua, ut tantundem reddatur, vel ut usuræ præsten-
tur, conventum erat, adeoque depositum manere
dicitur, non impugnant. *vid. Wesenb. Parat. ff. de pos.*
n. 5. Treutl. vol. 1. disp. 26. tit. 6. Hunn. ibid. ut & var. re-
sol. lib. 3. Tract. 3. part. 4. quest. 2. Dn. Franzk, Exer.
cit. 9. quest. 8.

add. 5. §.

Th. X. Compensatio (a) quidem in deposito locum non habet (b) Retentio tamen ob Impensas necessarias datur. (c)

(a) A veteri more aris appendendi dicta, ante inventum usum nummorum signatorum, quasi simul in una lance quid pendatur, ita ut æqualis utrobique pensatio fiat, ut quantum ab una parte præstatur, tantum ab altera rependatur, adeoque debitum & creditum inter se contribuatur. Sicut eleganter compensationem definit Jctus in l. 1. ff. de Compens. dummodo creditum & debitum hinc inde sit liquidissimum; Nam illiquidi ad liquidum nulla est compensatio l. ult. C. de compens.

(c) d. l. ult. C. de Compens. cum in contractu depositi bona fides maximè exuberare debeat, & intentio contrahentium fuerit custodiendum dare, & pro arbitrio recipere, custodire & reddere. Idq; non solum solum focium habet in specie deposita, cujus ad quantitatem, ut & ad speciem aliàs nulla est compensatio; verum etiam, cum quantitas, vinum, frumentum, oleum, res per se, compensabiles depositæ, & adhuc extant. Sed quid si res deposita, qualiscunque fuerit, consumpta sit, vel perierit, ita ut ad æstimationem deveniendum sit: annon tunc Exceptio compensationis locum habebit? Negant id vulgo. Verum, si rectius expendamus, affirmandum id omnino erit cum Arum. Exercit. 12. tb. 13. Eo enim casu agitur non ulterius de compensatione quantitatis cum specie, aut cum quantitate aliàs compensabili extante, sed de compensatione æstimationis rei depositæ consumptæ, cum alia æstimatione debita, quæ nullibi in Jure prohibita est. Et annon æquum est, depositarium potius retinere compensando, quàm solvere. & quod sibi vicif.

600

cissim liquidò debebatur, peculiari actione deinceps
 petere: Et quid interest deponentis, an debito suo se
 absolvat, relinquendo æstimationem penes deposi-
 tarium, an peculiariter deinceps solvendo, vel annu-
 merando se liberet. Dicis, favorabile hoc esse, & pri-
 vilegium depositi, ne ullo modo compensatio ad-
 mittatur. Resp. in depositi consumpti æstimatione
 favor hic nullibi expressus est; Sed in rebus extanti-
 bus; his iniquum visum fuit, aliquid compensatio-
 nis opponere, ne sub prætextu compensationis,
 depositarum rerum quisquis exactione defraude-
 tur, ait Imperator *in §. 30. Inst. de action.* hæc ratio
 cum cesset in casu rei depositæ non extantis, cur non
 & ipsa dispositio cesset, cur non compensatio, quæ
 aliàs naturali æquitate nititur, pretii cum pretio, æ-
 stimationis, cum æstimatione admittatur. Et aliàs
 quoque depositi Consumpti & extantis non eundem
 favorem esse novimus in concursu Creditorum, si-
 quidem hujus inter omnes alios potissima causa est;
 Illius saltem inter personaliter privilegiatos ante chi-
 rographarios ratio habetur. *vid. Ordin. Judic. Sax. tit.*
42. §. 49. pr.

(c) Ob præsumptam tacitam conventionem, qua
 qui deposuit, & ut ad conservandam rem necessario
 quid impendatur, & ut depositarius id ocius recipiat,
 voluisse censetur. Et æquitati naturali congruum
 est, non prius avocare rem, quam restituti impensis
 necessariis, quæ impendenti Jus in re tribuunt: & aliàs
 extra dubium contrariò Judiciò depositi peti pos-
 sunt: Hujus autem generis quæ sunt, ut contrariò Ju-
 dicio peti possint, ea etiam rectò Judiciò con-
 ventus salva habere potest, Jure pensationis si-
 ve retentionis. *l. 18. §. ultim. ff. commod.* Unde in
 ipso



ipso deposito sumptus causa, qui necessario factus est, semper præcedit *l. 8. ff. de pos.* Nec quod ex *l. pen. C. de pos.* objicitur, ad hanc retentionem trahendum est, quæ fit ex causa necessariarum impensarum, quæ omne Jure concessa est *l. 33. ff. de condict. indeb.* Sed de retentione non concessa, uti additur ibidem, id est, eaque fit per Compensationem, vel per deductionem, aut Exceptionem doli, ex causa compensationis; intelligendum est. *vid. Riem. Decad. 9. quæst. 9. addt Schisfordegb. lib. 1. tractat. 1. quæst. 1. & seqq.* ubi de compensationis & retentionis differentia eleganter ac eruditè differit.

ad S. 4. l.
b. t.

Th. XI. Pignus licet non ad usum detur (a) Ex pacto (b) tamen Creditor fructus (c) lucratur. (d)

(a) Sed securitatem crediti adeoque in gratiam creditoris, quo magis intuto sit creditum: sicut & in gratiam debitoris pignus, id est, contractus pignoratitius (Nam alibi pignus, etiam pro re pignorata & pro Jure creditoris in pignore accipitur) celebratur, quò magis pecunia ei credatur: Unde cum in pignore utriusque utilitas versetur, facile constat levem culpam, præter dolum & latam culpam præstari ex regula sæpius allegata in *l. 5. §. 2. ff. eommod.*

(b) Quod Antichreseos dicitur quasi mutui pignoris usus pro credito: Si convenerit, ut E. gr. fundum aut prædium eousque pignoris loco retineat Creditor donec illi pecunia solvatur, & in usuras fructus interim percipiat *l. 11. §. 1. ff. de pignor.* Tacitum Antichreseos pactum dicitur, cum debitor gratuita pecunia utitur, tunc enim Creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retineri potest. *l. 8. ff. in quib. caus. pign.*

(c) Lo-

601
(e) Loco usurarum quas an ex fructuum percēptione debitor habere patiatur creditorem, an aliunde debitor ipse solvat, nihil interēst.

(d) Et quanquam fructus illi percepti interdum legitimam usuram quantitatem excedant, pactum tamen illud non continuo pro usurario habendum est; cum & incertus sit fructuum proventus incertūque eorum precium, adeoque proventus uberior aut pretium majus unius anni, cum sterilitate aut decremento alterius anni, citra pravitatem usurariam, compensari debeat. *l. 17. l. 23. C. de usur.* quam Juris civilis dispositionem etiam hodiernis moribus non improbandam esse dicit *Rauchb. p. 1. q. 20. n. 11. & seq.* modo nimius excessus non sit inter fructus & usuras legitimas, quod deducto laborum & impensarum pretio aliisque circumstantiis ponderatis Judex aestimabit. adde *Bachov. de pignorib. lib. 1. c. 14.* Quatenus autem pignus aliud sit voluntarium, ex voluntate debitoris expressa vel tacita cooperante legis dispositione; aliud necessarium à Magistratu constitutum; idque vel Prætorium vel Judiciale, hic persequi fufius non licet. vid. interim *Wesemb. parat. ff. de pignorib. & tit. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. Treutl. vol. 2. disput. 1. tb. 2. 3. & 4.* in qua tacitarum legalium hypothecarum recensionem concinnavit. adde *Ordin. Jud. Sax. tit. 44.*

add. §. 4.

Th. XII. Creditor, si non restituerit pignus, (a) rectè distrahit, (b) etiam ante biennium (c).

(a) Quo ipso saltem obligatio pignoris, *l. 7. C. de remis. pign.* non debitum remissum censetur *l. 3. ff. de pact.* secus ac in redditione Chirographi. Nam si cautionem debitori meo reddiderim, videtur inter nos convenisse, ne peterem, dicit *Jctus in l. 2. ff. de pact.*

ra-

ratio diversitatis ea est, quod pignus ab ipsa obligatione debiti principalis separata est, & absque ea, adeoque etiam reddito pignore subsistit & superest; reddito autem chirographo ipso, principalis obligatio sublata censetur.

(b) Et quidem si convenerit de distrahendo pignore & tempore distractionis, conventioni standum est; Si non convenerit de distrahendo, nihilominus distrahi poterit praemissa tamen unica denunciatione *l. 4. C. de distract. pign.* Imò etsi convenerit, ne distrahatur, pacto hoc non obstante, distrahere creditor potest, dummodo debitori ter denunciaverit, isque in solutione cessaverit *l. 4. ff. de pign. act.*

(c) Ob LL. generaliter loquentes *d. l. 4. l. 7. l. 9. l. 14. C. de distract. pign.* Et iniquum, creditori ante biennium non posse satisfieri: ad impetrandum tamen dominium pignoris, biennii intervallò opus est, de quo casu loquitur Imperator in *l. fin. C. de Jur. dom. impetr. Tr. 2. 1. 8. g. Arum. Ex. 12. sb. 20.*

ADDITAMENTA.

I.

Inter Creditores hisce temporibus ut plurimum concurrentes, de praerogatione eorum potissima sunt controversiae, quas Jure cum primis Saxonico novissimo definitas optimè, brevissimè recensebimus & quidem clasibus quinque inclusas.

In prima classe veniunt, qui dominium habent rei penes debitorem extantis, vel integrum, veluti depositor in re deposita, mandator in re ad vendendum debitori tradita, uxor vel liberi in rebus ipsorum omnium propriis & extanti-
spe-

bus, vel reservatum, veluti si venditor antetraditionem do-
minium ipsum sibi reservaverit, quod idem est in hypotheca
specialiter usque dum solutum fuerit pretium, reservata. *Or-
dinat. Judic. Sax. tit. 42. pr. § 1.* In eadem classe collocan-
tur famuli vel ministri in ædibus & victu Domini degentes,
ratione certæ mercedis promissæ. *d. t. 42. §. nechst dlesem.* Cre-
ditores, qui ad medicamenta ultimi morbi & funeris impē-
sas crediderunt. Fiscus ratione tributorum, Decimæ; census,
annui redditus non redimibiles aliaque onera realia, denique
pecunia hæreditaria *Erbegebt.* proprie & improprie sic ap-
pellata, de quibus *vid. d. t. 42. §. ferner §. es wird aber.* His
omnibus eo ordine quo dictum est satisfiet.

In secunda classe veniunt, qui privilegium personale
cum hypotheca habent, veluti mulier ratione dotis ob quā
& anteriorem hypothecam tacitam non item expressam ha-
bentibus præfertur *d. Ordin. tit. 43. pr.* Fiscus, ratione contra-
ctus, qui hypothecariis omnibus posterioribus, imò & in bo-
nis post contractum à debitore acquisitis etiam anterioribus
præfertur. *d. tit. 43. §. desgleichen;* Creditores qui ad ædifica-
tionem sive constructionem, refectionem & conservationem
domus vel prædii mutuo dederunt *d. tit. 43. §. wenn auch es
ner & quidē speciatim ad illū usū in casu quo refectione opo-
fuisse probare possunt, quod privilegium & ad eum extendi-
tur, qui ad comparandas ædes vel prædium, creditur, confi-
tura sibi in iis rebus expressa hypothecā. d. tit. 43. §. Also
wann esner.* His accensendus est pupillus in re, quam alter
pecunia ipsius comparaverat *l. 7. ff. qui pot. in pig. l. 3. ff. de reb. eor.
qui subent.* Quibus omnibus secundum prærogativam tem-
poris fit satis.

In tertia Classe veniant hypothecarii Creditores, qui
hypothecam habent vel expressam, voluntate debitoris con-
stitutam, & quidem Jure Sax. in immobilibus allodialibus,
consensu Magistratus, in feudalibus consensu Domini & a-
gnatorum vel simultaneè investorum; vel tacitam,
quales ductu Ordin. Judic. mulier ratione Paraphernalium,
non & donationis propter nuptias *tit. 43. §. Was aber die E-*

G heweis

heweiber & s. So wollen wir. *tit. 45. pr.* liberi in parentum, minores in bonis tutorum & curatorum *d. pr. in f.* Civitas & universitas, Ecclesie, Scholæ, & Hospitalia in bonis administratorum *d. tit. 45. s.* so sind auch *§. seq.* & quidem à die decretæ tutelæ, curæ aut administrationis *d. loc. s.* ob auch wohl zweiffel. Dominus vel locator in invecdis, illatis in prædium urbanum *d. loc. s.* wann auch einen. (Nam in rusticis expressa conventio requiritur) Legatarius in bonis Testatoris pro legato consequendo *d. tit. 45. s.* Item wenn einen. Plures tacitarum hypothecarum species alibi recensentur & nos remissive supra *§. ii.* In feudis hypothea tacita regulariter locum nõ habet, Exceptis quibusdam casibus, quos vide in *d. r. 45. s.* wann aber gleichwol & seqq. Hypothecariis hisce in eadem classe annumerantur, qui Hypothecam Judicalem habent, aut per immisionem, prævio processu & Sententiâ in bona debitoris factam, quod in specie pignus Judiciale appellatur *Ordin. Judic. tit. 44. s.* zum dritten / aut per Arrestum quod ipsam à die imo à momento ejusdem primum imperati *Ordin. Jud. tit. 48. pr.* Jus reale tribuit, hypothecis simile *d. tit. 44. s.* Endlichen. Omnes enim illi, quos in hac classe recensimus, indistincte secundum prærogativam temporis, solutionem consequuntur; Et qui prior tempore, potior est Jure, *Ordin. Judic. d. r. 44. s.* Alle diese Gläubiger. In quarta classe locandi sunt Creditores qui nullâ hypotheçâ, sed solò privilegio Personali muniuntur, quales ductu *Ordin. Jud.* sunt deponens in re voluntariè & extra judicialiter depositâ, non amplius extante *tit. 49. pr.* Creditores, quibus ad pias causas & ad alimenta debetur, extra Scholas tamen & Hospitalia, quibus potius Jus, tacitæ nimirum hypotheçæ competit. *d. tit. 49. s.* Alles was Creditores, qui gratis & absq; usuris mutuo dederunt *d. tit. 49. s.* wann auch einer / denique venditores ratione residui pretii, nisi de alia cautione sibi prospexerint. *d. tit. 49. s.* Ingleichen.

His omnibus, nulla temporis prioritare habitâ pro rata debiti satisfiet, ut & iis qui in quintâ & ultima classe locantur & solo Chirographo nituntur *d. Ordin. Judic. tit. 50. pr.*

II. U.

Usuræ ex mutuo regulariter in concursu Creditorum non adjudicantur de Jure Sax. antequam omnibus etiam Chirographariis, satisfactum de sorte sit. Et tunc demum, unicuique in ordine suo de usuris satisfiet *d. tit. 50. §. Es ist aber*. Exceptis tamen usuris rei venditæ, Zinsen von hinterstelligen Rauffgelde/ usuris annuorum redicuum, usuris à fidejussore solutis, usuris, dotis loco alimentorum, uxori debitis, quibus una cum sorte tribuendus locus est. *d. tit. 50. dann wann etner*. In foro communi usurarum cum sorte principali Jus & locus idem est. *Vid. Mynsing. cent. 5. observ. 59.*

III.

Usurariæ pravitatis nomine venit; quicquid ultra quinque aureos aut ex constitutione Saxonica, ultra sextum, Magistratui superiori collectæ nomine solvendum pactum est; idque usurarium non tantum informatione ipsius contracto, cui Executio omnis deneganda est, verum etiam dispendio quartæ partis plectitur, quæ sorti derrahitur, & pro dimidio Magistratui Creditoris paciscentis, pro dimidio Magistratui debitoris applicatur. *Vid. Reform. Polit. Caroli V. de anno 1548. & Rudolphi II. de Anno 1577. tit. Von Bucherl. contractu §. die weil aber. Ordin. Provinc. D. Mauriti de Anno 1550. D. Augusti de Anno 1555. Ordin. Torg. de Anno 1583.* Imo non quartæ solû partis sed totius sortis jacturam patiuntur usurarii ex Rescripto Serenissimi nostri Electoris de Anno 1625. præter poenam arbitrariam, carceris, multæ, exiliû & infamiæ &c.

IV.

Usuræ ultra alterum tantum, nec in mutuo nec in aliis contractibus exigî possunt, tunc scilicet quoties tempore solutionis summa usurarum eam computationem, dupli nimirum, excedit. Verum usuræ particulatim, sive per tempora solutæ, non proficiunt reo ad dupli computationem, rescripsit Imperator Antoninus in *l. 10. C. de usur.* Hanc legem correctam voluit per constitutionem Justiniani in Novellâ 121. c. 2. & Nov. 138. Quas tamen vel non Authenticas vel usum nunquam receptas; vel contraria consuetudine mox abolitas adeoque secundum dispositionem dictæ *l. 10. C. de usur.* pronun-

nunciandum esse dicimus, rationibus suffulti æquisimis & sufficientibus, quas prolixius ad mandatum Serenissimi nostri de dat Dresden 15. Januarii 1645. tum ex Curia Provinciali, tum ex Facultate nostra deduximus. Imo ingemere usuras ultra alterum tantum non ut usuras, sed ut interesse, si probari possit, exigere licet. *vid. Berlich. p. 2. conclus. 3. n. 37. & seqq.*

V.

Usuras usuratum exigere, aut usuras in sortem redigere ut postea totius summæ usuræ debeantur, *Zins von Zins fordern/ den Zins zum Capital schlagen/* quod Anacostismum dicunt, prohibitum est *l. 28. C. de usur.* Imo nec in pecuniâ pupillari usuræ usurarum debentur, uti falso à quibusdam existimatum est, sed tunc demum, si tutor vel Curator, usuras pecuniæ pupillaris ab alio solutas acceperit, hæ enim, factâ quippe mutatione personæ, sortis loco esse incipiunt adeoq; usuris obnoxie sunt, cû tutor usuras alibi in sortem dare debuerit, de quo casu intelligendæ sunt. *l. 7. §. 12. l. 57. §. 1. ff. de admin. tut.* Ubi autem nulla sit personæ mutatio veluti in debitore pupillari, qui iusto tempore usuras non solvit, & in ipso tutore qui vel non accepit usuras vel pecuniam ut mutuum penes se habuit, frustra pupilli vel minores exigent usuras usuratum *vid. Molin. de usur. quest. 77 n. 602.*

VI.

Nihil frequentius ferme est pacto illo, quo in Instrumentis obligationum conveniri solet, ut debitor Collectas, & quicquid à superiore pecuniis mutuo datis imponi contigerit, præter usuras ipse solvat, quod pactum usurarium esse, non ambigitur, cum quicquid ultra legitimas usuras debitori injungitur, usurarium sit, & collectarum solutio ad Creditores, qui & lucrum sentiunt, pertineat. *vid. Rauchbar p. 1. q. 18. Zanger. de Except. p. 3. c. 25. n. 27.*

VII.

Jure Sax. quoq; dominium rei commodatæ aut pignoratæ non transit in commodatarium aut debitorem, nec ille de casu fortuito tenetur. ut voluit ex *Landr. lib. 1. art. 60. lib. 3. art. 55. vid. Coler decis. n. 8. & 16.* Pignore autem amisso creditum ipsum amitti, *Landr. lib. 3. art. 5. in fin.* rectissime abrogavit D. Augustus p. 2. *Const. 26. vid. Berlich. p. 2. concl. 33.*

00 A 64 621

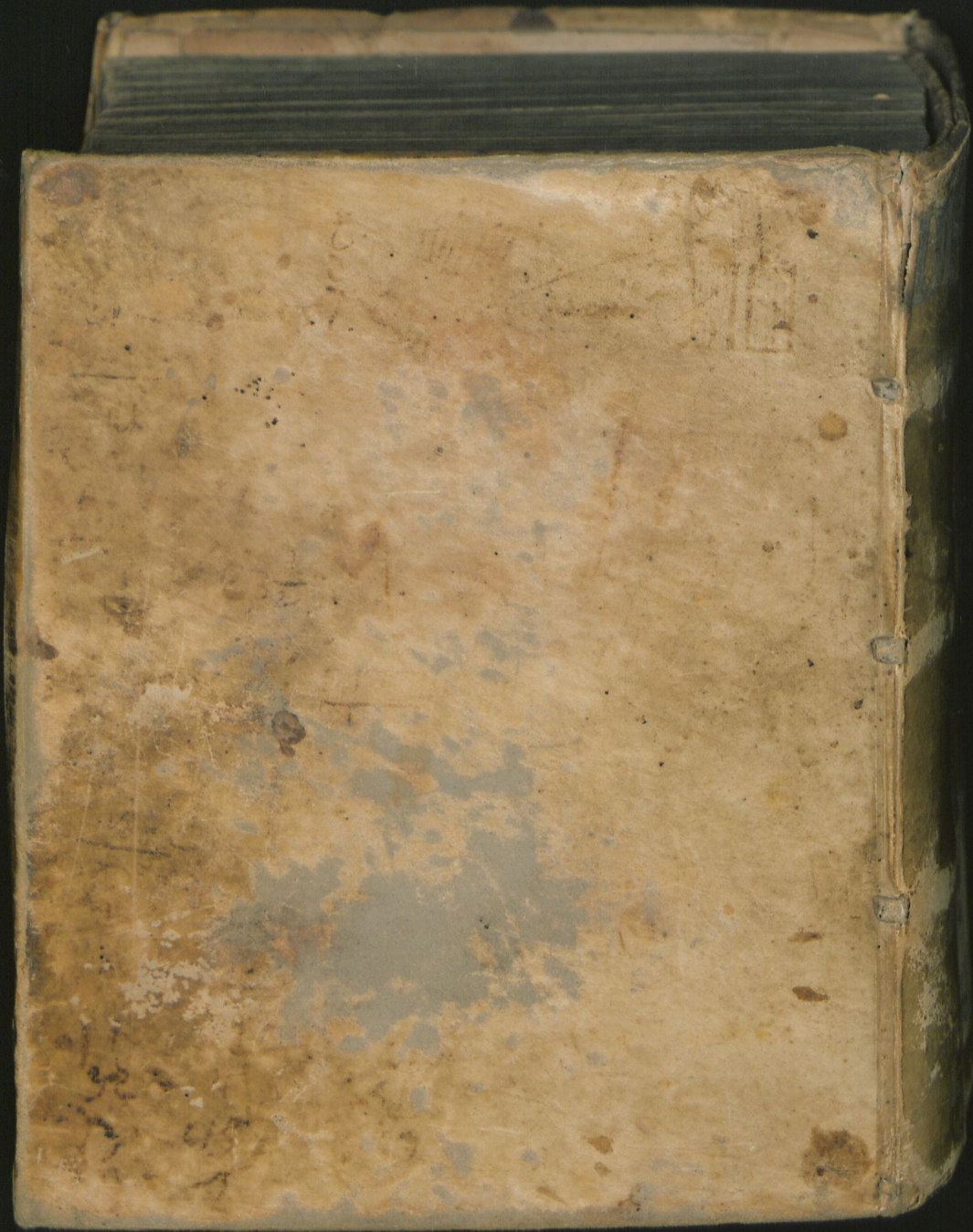
ULB Halle 3
002 937 379



W 17

Retro ✓







Farbkarte #13

B.I.G.

D. B. V. 27. 578

STINIANEARUM
UNDECIMA,
De

RACTI- GENERE, SPECIE LIBUS.

Permissu Magni-
nis in almâ Leucoreâ,
ESIDE
tissimo & Excellentissimo

RIDO SUEVO,
mo Curix Elector. Facultat.
essore gravissimo, Patrono suo
e submissè colendo,
fender

ALDUS à Massow/
Pom.
Decembr.

io }ctorum.
EBERGÆ,
ANO, MDC LII.