

1177

1994
A
1386





Freiherr v. Ende-Miljeswitz.



DISPUTATIO IVRIDICA
VIGESIMA TERTIA.

De

CONDICTIONIBVS
EX LEGE AC TRITI-
CARIA, DE EO QVOD CERTO
LOCO DARI OPORTET ET CON-
STITVTA PECVNIA.

Materia Difficili iuxta ac practicabili.

QVAM

Cælesti afflante Pneumate.

PRÆSIDIBVS

Clarissimis & Consultissimis Viris, ac DD.

Dn. PETRO OSTERMANNO, I. V. Doctore, &
Dn. ARNOLDO MAESS, SS. LL. Licentiato,
respectiuè Dictatore & Fisco.

*In Amplissimo Iuris vetustissima quæ apud Vbios est Vniuersita-
tis Lycao publica disceptationi submitte*

IOANNES Douven / Sittard: Iuliacensis.
Anno 1629. die 2. Augusti.



23.

COLONIÆ AGRIPPINÆ,
Excudebat Petrus Metternich, prope Augustinianos.



CONDICIONIBVS

LEGIS

LOCO PARTI

REPUBLICAE

LIBERAE

REPUBLICAE

LIBERAE

REPUBLICAE

LIBERAE

REPUBLICAE

LIBERAE

REPUBLICAE

LIBERAE

REPUBLICAE

LIBERAE





M E T H O D V S.



Qvod vulgò traditur ideò de his subijci conditionibus; vt post expositas speciales, generales explicarentur, non placet: Nam & certi condictio, & indebiti, & sine causa generales sunt, & tamen iam superius tractatæ. Placet potiùs glossæ *Παγγελου*, quod condictio ex lege & Triticaria æquè singulare quid habeant ac condictio furtiua itaque singulares actiones Compilatores continuâ per texere voluerint seriè *Giphan. in Oecon. ff.* Enimvero cum tam hætenus propositæ omnes, quàm duæ istæ hic subiungendæ ciuiles essent ordo postulauit, vt de Prætorijs etiam ageretur conditionibus; conditionibus inquam, nam actiones infra proponuntur, pro quorum verborum explicatione confer *Frantz. k. exer. iur. 13. q. 5. n. 16. seq.* Harum autem cum alia sit ex contractu, alia ex pactò, ideò conditiones de eo quod certo loco & de constituta pecunia subnexerunt.

DE CONDICTIONE EX LEGE,

Tit. 2. lib. 13.

THESIS PRIMA.

A Condiçione ex lege, quæ & condicçitia appellatur in §. 24. I. d. act. ordimur. In qua nihil amplius dicemus, quàm quidnam LEX denotet? quid LEX NOVA? quid LEGE INTRODUCERE OBLIGATIONEM? & quid denique significet EX LEGE AGERE? Ex horum enim explicatione terminorum tota huius dependet condiçionis cognitio.

2. LEGIS vox varias recipit interpretationes, de quibus consulatur *Vult. ad §. 4. I. d. I. N. G. & C. n. 2. & 3.* & generalissimè scilicet quicquid naturalis aut diuina æquitas dictat definitiuè legem appellamus *V Vegn. d. sp. 1. th. 4. lit. G.* Et consuetudinem quoque, vt & Gentium & Prætorium ius largissima significatione leges vocari posse scribit *Niell. disp. feud. 1. th. 2. lit. A.* Neque tamen illa huc trahenda est vocis acceptio. Nam per LEGEM nihil hic intelligimus aliud quàm sanctionem latam ab eo penes quem summa est in Republ. potestas *Bach. disp. 4. de act. th. 12.* Quæ potestas cum in Principe post legem Regiam (Rhemiam imperitè quidam vocant, cum ea de calumniatoribus sit scripta *l. 1. §. 2. ad S. C. Turp.*) temporibus Augusti à



populo Rom. latam *vide eleganter hoc probantem Thom. Lansf. discurs. de leg. Reg. th. 4. Vngeb. exer. I. si. 2. q. 4. in Nego. renouatam fortè sub Vespasiano: de quo tamen vid. Bach. ad §. 6. ipsi 9. I. d. t. n. 1. in Principe maximè refulgeat mirari satis nequeo quare Don. in l. vn. h. t. n. 9. constitutiones propriè leges esse negare audeat. Cum imò hæ reuerà & proprijsimè quidem leges sint: & ista assertio non nisi cum confusione status Democratici & Monarchici qui in Romana vterque successiuè viguit Republ. defendi queat. Ad. Bach. ad d. §. 6. ipsi 9. vers. ha. sunt. n. 6.*

3 Planè etsi Senatum Plebemue penes $\xi\theta\omega\mu\alpha$ tale non fuerit: tamen cum Pop. Romano in eum aucto modum, vt legis sancienda causa difficulter conuocari posset; Senatus vice populi consuli cœperit *l. 2. §. 9. d. O. I. §. 5. I. d. t. ei Senatui inquam talis quasi communicata potestas videtur. Non quod propterea SCta propriè leges facta, aut quod de rebus arduis, ad populum vel maximè auctum, Legis curiatis centuriatisue Comitijis lata non essent, aut denique quod aucto populo SCta proprià authoritate de ijs fieri cœperint negotijs de quibus ante populus sancire legem solebat, vt malè post Hotom. 6. obs. 4. contra d. §. 5. argumentatur Bach. ad Tr. d. sb. .th. 5. l. G. & ad d. §. 5. ipsi 8. n. 2. sed quod vigorem legis obtinere §. quos autem I. d. bon. poss. h. e. vniuersum cœperint obstringere populum. Scilicet cum de omnibus fortè leuioris alicuius momenti rebus populum numerosissimum perlietorem Curiatum in Curiatis; per cornicines verò in centuriatis comitijis Gell. lib. 15. cap. 27. calatum id est conuocatum consulere per fuisset molestum; sufficere visum fuit si Senatus à Consule sententias rogatus *vide Alex. ab Alex. 4. gen. II. p. m. 208. A. de eis definiisset: ita tamen vt non ex sola consultatione soloue decreto populum teneret vniuersum: sed tum demum quando Tribb. Pl. qui cum Curiam intrare non possent, ante valuas positis subsellijs decreta Patrum attentissima cura examinabant. Bud. ad l. vlt. de Senat. p. m. 82. l. lin. 23. ea censuissent, aut plebis nomine, quam utique & representabant & pro cuius excubabant commodis, rata esse voluissent. Aliàs enim per eorum non rarò impediri solebant intercessiones. Quanquã existimari possit sensim in maius hanc creuisse potestatem. Nã cum diu moris fuisset, vt SCtis quibusdam adijceretur; vt DE EA RE AD POPVLVM FERATVR: postea tamen adijci desitum est vt scribit Alex. ab Alex. 6. gen. 23 p. m. 377. a. vide & omninò Bud. ad d. l. vlt. Quod innumeris locis probare videtur. Liu. quando non populum, sed Senatum à Cofs interrogatum hoc vel illud decreuisse scribit. Vnde & Cofs toties fatentur non in sua, sed Senatus omnia esse potestate. Et pleraque non ad populum, sed senatum delata legimus.**

4. Plebi scita qq. suam non obtinent vim ex se & per se. Ea enim sola plebs per 35. suffragia nullo nec religioso aut sacro aut ciuili vinculo adstricta, nec auspiciato nec cum authoritate Patrum tributis tantum sciscebat comitijis *add. Godel. in annot. ad Liui. lib. 1 p. m. 59. Sed Lege demù Horatia ab Horatio Consule in centuriatis comitijis lata, effectum vt quod plebs tribu-*
tim

tim iussisset populum teneret *Liu. lib. 3. c. 55. pr.* Quæ ipsa tamen lex postquam studijs Patrum non fuisset frequentata, vt nec altera P. Philonis Consulis cuius meminit *Liu. lib. 8. c. 12. in fin.* quæ lata anno ab vrbe condita CCCCXVII. *Caluis. in Chron.* Lucius demum Hortensius Cons. post compositam secundam plebis ob æs alienum & graues seditiones in Ianiculum montem secessionem *Flor. lib. 11. epit. Liu. legem in Esculeto Alex. ab Alex. d. p. 377.* rogauit anno à cond. vrb. CCCCLXVII. *Caluis. in Chron.* qua reuouatum cautumque de nouo vt Plebiscita non minus ac reliquæ leges omnes Quirites tenerent *G. ll. d. c. 27. Plin. lib. 16. c. 16.* Et hæc etiam lex deinde obtinuit *optimè God. in annot. ad Liu. lib. 3. p. m. 95 seq.* Ita quod plebiscitorum olim deerat valori populi suppletum est & consensu & autoritate: exindeque non miuùs quàm leges valere cœperunt §. 4. *I. d. I. d. I. N. G. & C.*

5. Vnde inferimus cum tam SCta quàm Plebiscita vigorem seu effectum legis obtineant ex ijs hanc conditionem nostram ritè Competere potuisse quod tantò minùs haberet dubietatis si legem hic describeremus: constitutionem iuris ciuiliis latam ab eo qui vel summam in Rep. maiestatem habet, vel de eadem participat.

6. Vt vt sit certum est ex illis tribus iuris speciebus conditionem hanc dari potuisse & posse. Prudentum verò quod attinet responsa, autoritatem quidem illa iuris obtinebant, non tamen legis. Imò eatenus saltem obtinebant, quatenus Iudicibus temerè aut facilè, vt *eleganter supplet post Hotom Bach. ad §. 8. D. d. t. in fin.* à prædictis responsis recedere licitum non erat *d. §. 8. Frantzke. π. MSS. d. O. I.* In publicum sanè pro iure non obseruabatur *Bach. d. l.* Et fuit scilicet hoc Ictorum munus vt iura conderent *arg. l. 23. C. de procu. l. 3. si pars bar. pet. l. 7. in fin. pr. d. I. & I.* interpretando nimirum *Myns. & VVes. ad d. §.* vel formulas ex iure componendo & consulentibus respondendo *Borch. ibid. VVegn. d. d. sp. 1. th. 6. lit. I* Eò tamen eorum non valuit autoritas, vt nouam aut introducere aut inuvalidam confirmare potuerint obligationem. Tantum ex ea quæ iam valida erat actionem suggerere aut ex iure iam constituto, formulas vt dictum, componere ipsis permissum fuit, vt latè hoc declarat *Ræuar. lib. sing. de autor. prud.* Vnde videmus istius iuris ciuiliis (quomodò responsa vocantur *in l. 2. § 5. in fin. de Q. I.*) rationem in hac conditione haberi non posse.

7. Magistratum porrò edicta, etsi non modicam obtineant iuris autoritatem §. 7. *I. d. t.* hinc tamen remouenda sunt. Condictio enim ex lege ex ijs comparata est obligationibus quæ lege introductæ sunt. Edicta autem hæc nec leges sunt, nec propriè constitutiones legi similes. Lex enim sanctio ciuiliis est, & quæ statim vt emissa est ius facit & ciues tenet *l. 1. d. ll.* imo & perpetua est *Don. hic n. 10.* Edicta autem hæc etsi perpetuæ iurisdictionis causâ proponerentur, annua tamen erant, quando ipse Magistratus annuus. *pr. I. d. perp. & temp. act.* ideòque prior posteriori præscribere nihil poterat *l. 14. d. iurisd.* Cornelius quidem Trib. pl. quando animaduerteteret varietatem &



multitudinem edictorum Reip. esse perniciosam, legem multis inuitis tulit
vt edictorum authoritas perpetua esset *VVegn. d. th. 6. lit. F.* Et A. Offilius
Ictus primùm *l. 2. §. 4. d. O. I.* deinde Saluius Iulianus Hadriani & Senatus
mandato edicta illa collecta in ordinem redegere *l. 3. §. 18. C. d. V. I. E. l. pen.*
C. d. cont. ind. Vult. ad d. §. 7. n. 5. denique & Iustin. ista sicut & ædilium edicta
in corpus iuris relata pro legibus haberi voluit: At hoc non vi edictorum,
sed constitutionis factum *l. 1. §. 6. C. d. V. I. E.* Vnde & in præscriptionibus a-
ctionum alijsque iuris partibus, iuris Prætorij hodieque retinent naturam
VVes. ad d. §. 7. n. 6. Et sequitur ergò si à Prætoze introducta obligatio est, nec
cautù qua experiundum actione nõ ex lege cõditionem sed in factum actio-
nem dari debere *l. 11. d. præsc. verb.* Nam vti se habet condictio ex lege ad ob-
ligationem quæ est iuris ciuilibus deficiente nomine actionis ita quoque se ha-
bet actio in factum ad obligationem quæ est iuris Prætorij si edicto expres-
sa actio non sit *Frantz. k. π. MSS. h. t. circa fin.*

8. Gentium verò ius vel ideò huc non pertinet, quod lex & ciuilibus & la-
ta, atque adedò ab hominibus certis populis imperantibus constituta esse
debeat *Don. d. n. 10.* Ius verò gentium omnibus commune fit mortalibus, nec
sciatur quando aut vbi fuerit constitutù *Petr. ab Arragon. d. I. & I. q. 57. quem
refert. Vngeb. in prælud. iur. sue epit. Iurisp. ciu. MSS. præmiss. c. 3.* imò amplius
ipsam naturam laudet authorem *§. 11. I. d. R. D. §. 1. I. d. I. N. G. & C.* Quan-
quam & illud considerari possit quod obligationes ex iure gentium profi-
ciscentes quatenus scil. de eiusmodi obligationibus ad rationem iuris nostri
ciuilibus disputatur *Bach. ad Tr. hic th. 1. lit. C. in fin.* certis destitutæ actionibus
præscriptis tantum verbis gignant actionem *l. 15. l. 1. d. præsc. ver. &* certum
fit quamdiu vulgaris vsitata & certa qualis hæc nostra est *Don. hic. n. 4. &
10.* certa inquam non ex lege obligationem introducente, sed ex vsurpatione
& authoritate Ictorum formulas componentium, compositisque certa in-
dentium nomina *arg. d. l. 2. §. 6. d. O. I.* quamdiu inquam tales suppetant a-
ctiones, actioni isti præscriptis verbis locum esse non posse. Nam inde argui
posset, si hæc hîc intentari posset, condictio vtique ad illam præscriptis ver-
bis recurrere necesse non futurum. Quod falsum. Enimuerò quemadmo-
dum in Prætorijs obligationibus in factum actio, ita in iuris gentium, præ-
scriptis verbis, ad hanc nostram se habet actio.

9. Quid de modernis nostris dicemus Principibus? Paret non quæri an
ex eorum statutis per vniuersum Romanum Imperium hæc nostra institui
possit condictio, sed an in eorum saltem Prouincijs? Negare videtur *Treutl.
hic th. 1. lit. C.* mihi cum *Bach. ad d. lit. C.* contrarium verissimum videtur:
solida hac ratione: quod Principes Germaniæ non simplicis Magistratus;
sed superioritatis & regalium iure statuta, quæ & Camera imperialis in iu-
dicando attendere necesse habeat, in suis condant prouincijs *Besol. de iurisd.
Imp. Rom. c. 16. Knich. de subl. terr. iur. c. 1. n. 216. & 351.* vt indignis proinde pu-
blica Iurisprudencia ab ijs raptetur modis qui Principes & Comites no-
stros

stros Magistratus esse asserere, eosue cum veteribus Romanorum Magistratibus vlla audent comparare ratione. Nempe altior Principibus est & fortior potestas, non officij, non administrationis, sed territorij, eaque perpetua, & in hæredes transmissibilis. Vulgò die Hohe Landsfürstliche Obrigkeit. Hæc illis non precario concessa, sed in feudum patrimonialiter data, cuius vi, proprio Marte & cuiusdam *αὐτοκρατορίας* specie, tanquam quædam maiestatis iura, merum mixtumq; exercent imperium. Quo etiam respectu magis est vt eos cum Imperatore ipso, qui illa iura vniuersim in toto exercet Imperio, conferamus. Id quod vide elegantissimè & ex intimo publico iure deducentem And. Knich. *d. c. 1. n. 388. seqq. & de Saxo. non prouo. iur. in verb. Ducum, c. 1. n. 64. vsque ad fin. & c. 5.*

10. Satis de primo. Definiamus nunc quid *LEX NOVA* significet? De Lege noua si disputetur ex comparatione aliarum legum priorum & posteriorum, certum est eandem legem & veterem & nouam dici posse, quomodo & ipsa *Lex XII. Tab.* pro noua venditari posset; Sic lex noua erit quæ nouiter fertur in Rep. *Bach. d. disp. 4. de act. th. 12.* At vbi simpliciter & extra comparationem, lex vetus aut noua nominatur, certa hic & definita genera Legum in vsu iuris intelliguntur. Et vetus ius seu lex nihil est aliud quàm *Lex XII. Tab.* idq; per quandam excellentiam *arg. l. 1. de her. Id. pet. iuncto §. 2. I. N. G. & C.* Ceteræ vero Sanctiones postea secutæ, nouæ appellantur; seu ius nouum, *l. 3. §. 1. de her. pet. Don. hic. n. 13.* Et existimo cum Don. etiam hic Paulum per *LEGEM NOVAM* intelligere omnem legem singulariter post *LL. XII. Tab.* latam, *arg. l. 7. de cap. min.* Singulariter addidi. Nam si, verbi gratia, autor qui legi nomen dedit de diuersis & plurimis rebus leges tulerit, non possunt à nomine auctoris plures distingui actiones. Ex quo fortassis ex vno legis Iulie capite hæc proponitur condictio: ex alio alia. *Bach. d. th. 12.* Rationem verò suæ Don. sententiæ, *d. n. 13.* tradit hanc quod *LL. XII. Tab.* promulgatis, statim ex his compositæ sint actiones, singulisque sua nomina suæque quibus ageretur inditæ sint formulæ, de ijs causis de quibus obligationes petitionesve his legibus erant constitutæ, *d. l. 2. §. 5. seq. de O. I.* Hinc factum vt cum obligationes Legis *XII. Tab.* proprias & vsitatas haberent actiones, aliud nomen actionis non desiderarent, *Frantz k. n. h. t.* Quibus addi potest quod ipse Paulus hic legem aliquam singularè videatur indigitare. *LL. verò XII. Tab.* vniuersum ius populi Rom. continuerint, *Bach. d. l.*

II. Sequitur Tertium. *QVIDNAM* sit *LEGE INTRODUCI OBLIGATIONEM*. Hoc rectè videtur exponere Don. hic: dum *n. 8.* ait. Legem siue de re aliqua actionem in aliquem esse voluerit, siue quid alicui præstari iusserit, apertè nouam obligationem inducere voluisse. Nam quæ lex vinculum inducit, quo necessitate adstringimur ad rem præstandam, ea procul dubio obligationem introducit, *arg. pr. I. de obl.* Rectè inquam hoc definiit Don. In eo verò idem à veritate paululum videtur aberrasse, *n. 7. 14. 15. &*
cum

cum eo Treut. *hic. th. i. lit. D.* dum per obligationem introductam non intelligi aiunt confirmatam, sed saltem nouam, hoc est, primitius constitutam. Nam imò non minus ex lege dicenda videtur obligatio quæ confirmata, quam quæ ex lege introducta est, *arg. l. 130. de V. S. Ludwell in not. MSS. VVes. π. h. t. n. 4.* Itaque obligatio noua non est intelligenda in *d. l. vn.* ratione materiae seu essentiae, sed ratione efficaciae & confirmationis, *Bach. ad d. lit. D.* Quod quidem tacite fatentur etiam ipsi quando ex *l. 35. C. de donat.* quæ obligationem iuris gentium, quæ descendebat ex pacto de donando, quod iure ciuili destituebatur synallagmate, confirmauit, conditionem ex lege concedunt.

12. Enimvero moueri non debemus exemplis, quæ fortè Donel, vt in hanc iret sententiam, mouerunt. Fateor quidem obligationes ex contractibus innominatis secundum ius gentium ortas, iure ciuili esse receptas, atq; adeo ciuiles factas, nec tamen conditionem ex lege ex ijs nasci, vt maximè non sit expressum actionis genus. Sed hoc eam videtur habere rationem, quod contractus innominati, qui quidem præscriptis verbis produunt actionem, (omnes autem non produunt, nam quod contractum facio vt des attinet, adhuc probo Hortensij opinionem ex eo per se hanc non oriri actionem) verum in se contineant *συνάλλαγμα*, quatenus scil. ex parte tradentis præcessit causa quæ par sit alteri accipienti obligando, itaque Icti cum tradentem accipientis causa in damno non relinqui, sed accipientem potius, postquam quod voluit consecutus sit tradenti in tantundem contra obligari viderent esse æquissimum, *arg. l. 10. v. 114. de R. I. adde licet in dissimili Frantzk. exer. 13. q. 7. n. 6. seqq.* pro suo officio *d. l. 2. §. 5. & 6. de O. I.* facile hisce aliquam potuerunt accommodare actionem, formulamue præscribere negotijs. Non tamen aliam quam actionem præscriptis verbis. Rationem de; quod ex his certæ nominatæve non potuerint competere actiones contractibus. Fortè ideo quia contractus quos nominatos appellamus Legislatores Rom. dum eas in Rempub. suam reciperent, expresse nominarunt. *Facit. l. 3. de præscr. ver. & quoad emptionem. §. 41. I. de R. D. & l. 33. de edil. ed.* vt ex *Pac. tr. 1. de contra. c. 5. n. 20.* refert Frantzk. *π. MSS. de pact.* ex quibus etiam solis postea Icti iussu forte populi aut iurisdictioni præpositi certas nominatasve composuerunt actiones *d. §. 6. de O. I.* At hi contractus nominati non erant. Vnde nec in Ictorum situm fuit potestate, ex his contractibus quippe *L. XII. Tabb.* non receptis, nominatas conficere actiones. Nominata enim actio nominatam præsupponit obligationem. At hi contractus vt dictum, nominati non erant. Quia tamen actionem dare omnino & æquū & necessarium videbatur; vltimum (si naturalem conditionem ex æquitate ortam, intentare è re forte non erat) in incerta præscriptis verbis actione tantum supererat præsidium, vt quæ sola subsidiaria in aliarum omnium defectu concedi posset. Sic conijcio. Quæ si vera: videmus cur in illis casibus conditio nostra locum habere nequiverit. Nam constat hanc tum de-

mura

mū competere, quando ex noua lege obligatio ante per se iure conuentionis inefficax introducta est, *VVes. s. h. t. n. 4.* Atqui hæc obligationes iure conuentionis satis materiæ & virium habuerunt, & publica saltem solennisve defuit receptio. Necessè itaque non fuit speciali aliquo eas confirmare iure, sed ex ipso negotio a iure suppeditari potuit.

1. Sed venio ad alterum *Don* exemplum quod est de Lege Aquilia & ex ea descendente obligatione: In quo quid tantopere strinat non animaduerto. Quanquam enim hæc ex noua sit nec caueat quo genere actionis sit experiendum (si modo ex eo, quod superest fragmento certi quid ad hanc rem concludi potest) tamen cum nouam ea non introducat obligationem, nec ante inuolidam confirmet, sed quam iam aliæ & ipsæ adeo XII. Tabb. leges antea introduxerant *l. 1 de L. Aquil.* tantum auocet, legibusque prioribus tantum derogat. *d. l. 1. vel tractatus sui excellentiâ, vt gl. putat ad d. l. vel detractioe quadam argl. 120. d. V. s.* quâ vim reliquarum hæctenus imminuit, vt si quis Aquiliâ prius egerit, deinde aliâ actione ex veteri lege, tantò minùs ex pòsteriori consequatur, quantum ex priori adeptus est, vt non penitus & in effectum salua maneat aut integra alia actio in solidum sed solum quatenus in ea amplius est, vt explicat Hillig. *ad Don. 21. comm. 3. lit. C.* per se patet hanc còditionem cessare, cùm eius requisitum necessarium noua obligatio aut confirmata non adsit.

14. At hæc subtilia magis sunt quàm utilia. Exponamus tandem quartum & vltimum **QVOD SIT EX LEGE AGERE.** Principio distinguendi sunt termini: Ex lege agere: & lege agere: nam hæc diuersa sunt. Et lege agere quid significet docet Bud. *ad l. 4 de adopt.* Hinc legis actiones de quibus noui Barn. Briss. *4. antiq. lect. 20. M. Lyk. 4. memb. est. 11. & Bach. ad §. 1. 1. d. adopt. n. 4.* Caterum ex lege agere propriè & formaliter nihil significat aliud quàm agere actione ex lege descendente, seu quæ ex illa aut illa lege competit *Don. h. n. 1.* sed ista significatio non videtur adæquata, aliàs enim omnis actio dici posset ex lege si non noua saltem vetere *Don. hic. n. 2.* Itaque phrasis hæc materialiter potius accipienda est, & vt Grammatici loquuntur τὸ σύνολον id est vt non singula verba per se vim suam teneant, sed coniuncta quasi vnum nomen sint indec'inabile, & per ea intelligatur titulus actionis, ideoque actio quæ appellatur ex lege. Quomodo dicimus interdictionum quorum bonorum actionem ex empto, ex stipulatu, &c. *Don. d. n. 2. & 3. Frantz. π. h. t.* Interim tamen negari prorsus nequit quin simul verba ex lege causam efficientem resiciant κατ' ἐξοχήν ita vocatur hæc conditio: quòd lex maximè propriè hic operetur; seu quòd ipsum simul nomen actio ex lege mutuetur *Bach. d. t. 12.*

15. Quibus positis non opus est vt diutius huic immoremur materiæ tantum cum Paulo *in h. l. vn.* conludamus, si obligatio lege noua introducta sit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur ex lege agendum est & cum Pac. *in Isag. hic.* condictionem ex lege dicamus esse actionem

B

perso-

personalem competentem ex obligatione per nouam legem non cauentem quo genere actionis sit experiendum, introductam monebimus tamen prius si dominium lege noua constitutum sit, istud hac condictioe non posse peti, tantum enim de obligatione lege introducta loquitur, itaque realis solum dabitur acto *Don. hic n. 6.* sed etsi lex super aliquo contractu disponat tamen cum noua non introducitur obligatio hæc condictio non dabitur, sed actio ex ipso contractu *l. 13. §. 3. vbi Bart. d. iureiur. Costal. hic.* sed etsi lege actio certa & negotij propria prodita sit, frustra hæc desideratur. *Don. hic n. 16.* contra si alia actio certa prodita non sit hæc certa futura est *Don. d. l. n. 17.* quâ & omninò experiendum est & solâ, nec vt in alijs quibusdam generalibus liberum futurum actori, aliâ malit experiri actione an non. *Don. hic. n. 19. ad fin.*

16. Planè si quis docere vellet, quibus ex causis, cui, aduersus quem, & qua de re competeret condictio, ne is o'cum perderet & operam. Neque enim certa hac de re potest tradi definitio. Quæ enim legibus nouis inducuntur obligationes, omnes diuersis ex causis, inter alios atque alios, denique de diuersis constituuntur rebus? Scilicet quid quæque postulet obligatio, ex vnaquaque definiendum est, quæ eam introducit, lege. Cumq; non sit condictio ex lege, nisi cum noua lege obligatio noua introducta est, *h. l. vn.* necessariò lex vnde ea obligatio seu condictio est, prius habenda est, & eâ propositâ superiora omnia seipsa ostendent *eleganter Don. hic n. 18.* Posunt sanè quotidie nouæ ferri leges, nouæq; iisdem constitui obligationes, quot igitur diebus, noua, quod molestum, foret extruenda definitio. Nos aggrediemur titulum eiusdem lib. 3.

DE CONDICTIONE TRITICARIA.

17. Vbi de vocabulo in limine prius occurrit prælibandum. Et triplicem hac de re reperio sententiam. Reliquæ enim vix commemoratione dignæ. *vid. Bach. de act. d. Disp. 4. th. 13.* Vna est Accur. Bart. & Don. *ad rubr. h. t.* qui à Tritico aut Triticio quodam prætore tractum nomen scribunt. Altera Cuiac. est *π. h. l.* & Græci cuiusdam Interp. Stephani, qui actionem hanc à tritico dictam existimant, quod qui primus hanc actionem petierit forte de tritico egerit. Tertia denique Hotom. est *in com. ad h. l. pr.* qui eius originem refert ad vetus institutum eorum, qui cum imperio in prouincias mittebantur, quibus SC. & legibus potestas fiebat, certum tritici, id est, frumenti, *l. 94. vbi Dd. de V. O.* numerum ciuitatibus aut aratoribus in cellam, id est, vsum domesticum certum aliquem in prouinciæ locum imperare, aut pro tritico pecuniam quanti ex SCto æstimatum fuerat accipere. Cumq; condictio veteri linguâ pro denunciatione vsurparetur, *§. 15. I. de act.* hinc inquit denunciatio illa ciuitatibus & aratoribus fieri solita condictio triticaria dicta: quasi denunciatio vt pro tritico daretur pecunia, habitâ tamen ratione loci vbi reddendum erat triticum, *Cic. Verr. 5.* Postmodum verò ex
libe-

liberalitate atque accommodatione Magistratum *Cuiac. ad l. 59. de V. O.* consuetudinem æstimandi introductam putat. Tum sensim condictioem triticariam in prouincijs vsitatam consuetudine, seu, quod addo, à ICTIS in forum introductam, factumque ut quæ actio non tam rem quam æstimationem peteret, triticaria diceretur, præsertim vbi etiam loci ratio duceretur.

18. Elige cui dicas tu mihi sola places, quisquis hæc legis. Ego in re adeo obscurâ lubens ex veteri pronuncio formulâ. Mihi non liquere. Si quid tamen coniecturis dandum proximè ad veritatem videtur accedere Hotom. opinio secundam prolixè examinat exagitatq; *Don. ad rubr. h. l. n. 8. ad n. 15.* cuius scrinia nunc non compilo. Prima vero ex eo dubia redditur, quod nec apud historicos nec Onufr nec apud Vrsinum Augustinumve, ut maximè accuratè collegerint veterum Roman. nomina vsquam, vel verbo, gentis alicuius Triticariæ mentio fiat *Bach. d. th. 13.* Interim si cui ab prima istac recedere religio esset sententia, illud necessariò monendum veniret hanc condictioem non ciui em sed prætoriam futuram. Sed mihi cui ut dixi vltima magis arridet sententia hoc nõ probatur.

19 Condictio hæc definiri potest ex Hotom. *loc. cit.* actio in personam incerti, generalis & arbitraria, quâ pro re quam dari oportuit, litis æstimatio petitur. Eodem ferè definit modo Hort. *ad rubr. tit. seq.* Cuius tamen illud quod hac actione semper purè, hoc est, ut ipse explicat, sine commemoratione loci ad æstimationem agatur, vix est ut probare possim. *arg. l. vlt. h. t.*

20. Incerti est quia non certa res restrictè & definitè sed eius æstimatio iudicis arbitrio petitur. Et nimirum cum nulla generalis incerti fuerit condictio hæc triticaria loco eius videri potest introducta. Quorsum enim præter condictioem certi generalem hæc condictio quâ æquè certum peteretur proposita esset? *Bach. d. th. 1. confer. undem ad Fab. dec. 83. err. 4. n. 8.* Certe nisi hoc admittamus nulla solida videtur posse dari ratio, cur in hanc actionem sola pecunia numerata non veniat. Nam quod quidam dicunt hic condictioem certi suffecisse, id nihil est. Esset aliquid si simul docerent condictioem eandem pro solâ pecunia numeratâ competere. Quod cum procul dubio falsum, *l. 6. l. 9. de R. C. l. 75. de V. O.* palam est nihil in hac ratione esse præsidij, *Bach. ad Tr. hic. th. 1. lit. B.* turbare vero nos ab hac nostra non debet sententia; quod omnes aliæ res etiam certæ, in hanc veniant actionem, tum per *l. 1. seq. h. t.* tum quia si incertis idonea, multò magis certis possit accommodari *Frantz. k. π. MSS. h. t.* Nam rectè Hotom. *hic p. m. 1. 3.* in hac actione, rem quidem interdum in obligatione esse, æstimationem tamen semper in iudicis arbitrio. c'arius *Bach. d. th. 13.* vbi dicit hac actione nos rei consequi æstimationem, quam vel petierimus, vel quam iudex huic additus actioni, iuxta eius naturam, vtcunq; ipsa res etiam certa in æstimatione (obligatione legendum) fuerit, nobis adiudicauerit. Dices cum *Don. ad rub. hic. n. 18.* Nihil posse esse in condemnatione, quod non prius fuerit in peti-

B 2

tione,

zione, *l. vlt. C. de fideicom. lib. dicas.* Nos respondebimus cum Pinel. *in l. 2. C. de resc. vend. p. 3. c. 1. n. 12.* Hillig. *ad Don. 26. comm. 4. lit. A.* regulam istam perperam accipi & crassè hoc sensu, quasi iudicis arbitrium & potestas recedere non possit à desiderio actoris. Verum eius sensum esse, ne iudicetur de re in iudicio non tractatâ: Quomodo & Iason magis ad propositum nostrum *in §. 3. I. de act. & n. 27. seqq.* sententiam posse ferri ait super non petitis, modo sint de naturâ petitorum & ex eodem fonte. *elegans tex. in l. 91. §. vlt. & pen. de V. O. Bach. ad Tr. v. 2. disp. 23. th. 3. lit. A.* ubi & alias habet exceptiones ex eodem Iasone, *vide etiam hac de re Bach. de act. disp. 1. th. 1. fin. p. m. 25. & ad Fabr. dec. 85. err. 1. n. 7.*

21. Generalis est: tum quia de rebus omnibus quæ modo aut incertitudinem *Duar. hic.* aut æstimationem recipiunt conceditur: siue mobiles sint, siue soli, siue corporales siue iura siue certæ sint siue incertæ, *d. l. 1. & 2. h. t. l. 25. de furt.* tum quia innumeræ aliæ actiones hoc nomine appellari possunt, vt condictio furtiua, *l. 1. §. 1. h. t.* item ex quasi mutuo complures, omnes deniq; per quas non res certa petitur, sed litis æstimatio, *Hotom. hic p. m. III.* Et in summâ probabiliter statui videtur posse huic condictioni locum esse, vbi res post culpam vel moram deperdita est aut deteriorata, cuius æstimatio iudicis permittatur arbitrio *Bach. ad Tr. hic. th. 2. lit. B.* Quod si & dubitetur certanè res sit quæ in contractum venit an incerta atque adeo an condictione certi an incerti agendum sit, consultius erit, hanc quæ vtramque illam complectitur, intentari *Vult 2. I. R. 15. n. 2.*

22. In ista tamen generalitate hoc speciale est, quod pecunia numerata in eam non veniat, *l. 1. h. t.* Id quod non sola proponentis operata fuit voluntas, citra vllam aut rationem aut necessitatem vt male *ad d. l. 1. n. 4. & seq.* contendit Don. Sed ipsa huius actionis hoc suasit natura, quæ est vt per eam res æstimentur. Nempe cum pecuniæ semper certa sit & perpetua æstimatio, *l. 1. de contr. empt.* quorsum ea actione quadam æstimari peteretur? *vide Cuiac. 7. h. t. & ad Afric. tr. 3. in l. 8. tit. seq.* Aestimat pecunia verius res omnes, *l. 42. de fidei. l. 63. §. vlt. ad L. Fal.* ipsa non æstimatur. Et genus est pecunia, res aliæ species. Species autem iuridicæ puta, æstimantur, non genera. Ergo si pecunia æstimaretur generis exueret naturam, quod absurdum, *vid. acutiss. Horten. ad §. 6. l. de leg. p. 200. col. 2. in fin.* Inquis pecunia tamen numerata venit in actionem arbitrariam, *Don. ad d. l. 1. n. 1. in fin. & n. seqq.* At non simpliciter hoc verum est: nec vbi ad rem æstimandam agitur (sed tum demum si alio loco experiamur, & utilitas loci & interesse, arbitrio iudicis negotium iubeat committi. *Bach. d. disp. 4. de act. th. 13.* Et quis hoc casu pecuniam diceret æstimari? cum loci solum adiecti commoditas, efficiat, vt alter aut plus aut minus, quam erat in obligatione, ferat.

23. Arbitraria etiam est, quia tota res iudicis permittitur arbitrio, *Cuiac. 7. h. t.* Et certè dum illi, vbi culpa vel mora debitoris res perempta est vel deperdita, cuius æstimatio iudicis committatur religioni, demum locus est

est

est, *sup. th. 11.* stricta proprie esse nequit; cum in strictis iudicijs liberam iudicandi facultatem iudex non habeat: Magis igitur est vt arbitraria videatur. A quâ sententiâ dimouere quempiam non debet, quod nullus hic de restituendo iussus interueniat: id quod de natura creditur esse harum actionum. Nam sciendum non vnâ esse arbitrariorum actionum naturam, *vide Bach. de act. 7. par. 1. th. 3. seq.* & iussum illum illudve arbitrium vel verè & actu interuenire vel interuenisse præsumi seu fingi. Verè interuenire in actionibus in rem, ad exhibendum, noxalibus & similibus alijs. Interuenisse fingi in actione de eo quod certo loco. Cuius fictionis reiectâ Cisneri *ad §. 31. I. de act. n. 25.* hæc videtur esse ratio, quod vt in cæteris arbitrarijs, iussus iudicis ante condemnationem interueniens, causa est cur postmodum grauior condemnatio irrogari possit, ita in ista de eo quod certo loco. loci ipsius adiectio faciat, vt iudex postea modo in maiorem, modo in minorem quantitatem sententiam ferre valeat, *doctissime Frantz. k. exer. iur. 13 q. 9. n. 11. seqq.* Et eadem fictio cum in nostra quoque interuenire possit conditione, quatenus & hic res quæ perijt, seu quam deterioratam accipere fortè non expedit, facere possit, vt iudex ad illam causam attendere necesse habeat, quidni & hæc eodem, quo de eo quod certo loco actio, iure arbitraria dici posset? *adde Bach. ad F. b. dec. 84. & d. disp. 7. de act. par. 2. th. 2. seq. & omnino VVegn. disp. 25. th. 7. lit. E.* Atque haud scio annon quid lucis in hanc rem possit immittere inscriptionum collatio. *Lex 2. l. 4. tit. seq. ex lib. 27. Vlp. ad edict. de sumptæ sunt.* Indidem etiam *lex 1. h. t. de prompta.* At leges priores agunt de actione de eo quod certo loco: quæ proculdubio arbitraria. Credibile igitur est & hanc nostram eiusdem esse qualitatis. *Vlpianumque in d. lib. 27. aliquas arbitrariorum actionum species explicasse.*

24. At non omnis actio arbitraria est, in qua Iudex rem æstimat, inquit *Don. ad rubr. h. 1. n. 19. non nego:* & scio in strictis etiam iudicijs rem præiuramento veritatis *Don. 26. comm. 10. vbi Hill. lit. B. à Iudice æstimari nonnunquam posse l. 5. §. 1. d. in lit. iur.* sed quid inde efficitur? manet nihilominus inter has actiones differentia in eo, quòd in strictis iudicijs certa summa principalis petatur, in hac verò nostra & similibus arbitrarijs totum quantum præstandum sit Iudicis permittatur arbitrio *Bach. d. part. 1. th. 3.* Vnde & illic post moram demum interitumue rei ad illam deuenitur æstimationem; hic verò ab initio statim iudex arbitrium suum interponit. Itaque non tam inspicimus æstimationem, vtpote quæ omnibus communis esse potest actionibus, quàm, à quo & nomen sortitur hæc actio, arbitrium iudicis, frustra verò *Ant. Faber dec. 84. err. prag. 4.* metuit, ne posita hac sententia nulla inter hanc & sequentem conditionem futura sit differentia: nam præterquam quòd quò minus vtraque còcurrat, nihil prohibeat: hæc inter vtramque insuper occurrit differentia, quòd sequentis utilitas ferè conspiciatur in pecunia numerata, & mercibus rebusque adeò fungibilibus *arg. §. 33 vers. loc. 1. d. act. iuncta l. 3. tit. seq.* huius verò nostræ longè latius patet vsus; quip-

pe quæ detur pro quibusuis alijs rebus: & vt existimo licet obligationi dies non sit adiectus, vel etiã locus, vbi æquitas sola exposcit vt iudex estimationis habeat rationem *Bach. ad d. err. 4. n. 6.* sed & aliæ sunt differentia, quas cuiilibet apud *Hotom. in comm. ad tit. seq. p. m. 120* reperire licet.

25. Illud porrò quod *Ludvvel. in not. MSS. ad VVes. π. h. t. in fin. ex lege pen. h. t.* mouet, remouendum est dubium. Ait vir *Clariss. ex d. l. huic conditioni*, & antequam res perierit, locum esse liquidò probari posse. Itaque potissima nostræ assertionis subuersa ratione assertionem per se ruituram putat facilè. At verò cum bona tanti viri pace dixerim, tanta huic argumento vis non videtur inesse vt nostræ vel leuiter saltè arietare possit soliditatè sententiæ: nam vel ex *Logicis* discimus, ab insufficienti enumeratione partium generale quidpiam non posse inferri. Itaque cum non deperdita solum, sed & deterior reddita res huic actioni locum faciat, quid mirum si ob rem quæ quidem extat, sed deterior, hæc concedatur actio? Quin dici potest, & diximus antè, rem ipsam vt quæ sola in obligatione est tantum peti posse non estimationem: Officio tamen Iudicis atque accommodatione Magistratum estimationem & fieri & adiudicari *Cui. c. ad l. 59. de V. O. Expedi* sanè arbitrariam potius quàm stricti iuris esse hanc actionem: quia arbitrariæ æquè sunt extra omne periculum plus petitionis ac bonæ fidei: Incertæ enim omnes & positæ in arbitrio & Religione iudicantis *Cuiac. d. l. 1. 3. Af. 2. n. d. l. 8. t. t. seq. circa pr. Hotom. 8. obs. 3.* quanquam contra disputat *Ba. h. ad Tr. v. l. disp. 4. th. 13. l. t. D.*

26. Sequitur in definit. **QVA PRO RE QVAM DARI OPORTUIT** Datio hæc præsupponit obligationem: eamque aut puram aut cui adiectus est locus seu dies *l. per l. vlt. h. t.* Sin pura obligatio est & species aut melior aut deterior facta siquidem in Soluendo mora fuit & estimatione fieri *l. 23. de nou.* & hæc conditio locum habere potest *d. l. pen. h. t.* loco porrò aut die adiecto arbitrari iudex de utilitate & commodo potest *d. l. vlt. h. t. de loco* quidem id singulare non est: sed de die aut tempore maximè. & valde placet quod *ad Fabr. d. err. 4. n. 8.* aduertit *Bach* in hac actione iudicem temporis utilitatem estimare, & Reum Actori qui suâ interesse rem sine mora præstitam fuisse probauerit condemnare posse modò hoc *Bachouij* non de pecunia numerata sed de alia quauis re sub certo tempore promissa accipiamus *Frantz. π. MSS. h. t.* Speciale inquam hoc est in hac actione: nam aliàs dies aut tempus adiectum actionem non possunt facere arbitrariam, quia elapso tempore ipso iure & quidem directa, & vbique agi potest actione §. 2. *I. d. V. O.* Et aliàs tempus in tempore continetur: vnde qui *Kalend. Mart.* debuit, multò magis *Idib. Mai.* debebit. quod secus est in loco. Sed hæc altioris essent indaginis, fideliter tamen & ingeniosè exposuit *Hortens. d. d. l. 4.* Cæterum quia & factum in obligationem venire potest: id quoque hac actione peti posse existimo: tum quia generalis, tum quia incerti, tum denique quia pro estimatione est.

27. Nostra verò res quia dari non potest, ideo nec hac actione peti. *l. 1. §. fin. h. t.* sed quia aliqua sunt causæ in quibus contra regulas iuris rem nostram condicere possumus. Et verò hæc nostra condictio omnium generalis fit: ideo & pro iisdem causis concedi debet. Ergo ex quibus causis res nostra propria & speciali actione in personam peti, ex iisdem & triticaria peti poterit *d. §. fin. Don. ad l. 2. h. t. n. 1.* duoque huius afferuntur exempla regulæ vnum in *d. §. fin.* in re mobili si furto sublata, aut vi erepta sit, Alterum in *d. l. 2.* in re soli si de possessione vi deiectionis in quo posteriori exemplo cum Celso amplius distinguere debemus: aut qui condicit est Dominus; & rem ipsam (ita enim contra Gotofr. *ad d. l. 2.* motus ijs quæ habet *Don. ibid. n. 2.* statuo) aut non dominus est: & possessionem condicere potest *d. l. 2.* interim tamen ipsi & Domino vt possessionem tantum condicat consultius esse, ob difficilem dominij probationem, non negabo *Oldend. c. 4. act. 39.*

28. Restant in definitione verba LITIS AESTIMATIO PETITUR. Pro quibus eadem faciunt quæ *th. 20.* adducta fuerunt: probabiliter sanè hæc defendi potest sententia, etsi communem in contrarium esse non ignorem. Et parum abest quin hanc nostram certissimam pronunciem. vrget quidem *Don. ad rubr. h. t. n. 18.* legem 1. & 2. *h. t.* vbi V'p. definit per hanc actionem peti res omnes præter pecuniam numeratam igitur non rei æstimatione sed iam ante notatum rem quidem peti, nec posse quid aliud, cum nihil præter illam in obligatione sit, nec vnquam ad æstimationem speciei quamdiu species ipsa dari potest ne post moram quidem deueniatur: sed tum demum si deterior reddatur; idque adhuc per quandam tantum fictionem in *l. pen. h. t.* Propositam *Schiford. ad Fabr. lib. 1. Tr. 21. q. 2. p. m. 154.* sed Iudicem ex præscripta formula (provt in hanc actionem varia cadunt negotia varia esse potuit. v. g. talis fortè. Si paret Titium Seio hoc vel illud dare oportere, rem verò culpa Titij deteriorem factam aut qui alius esset casus, deperditam, Index ex arbitrio tuo condemna *Confer. in simili Bach. d. act. d. disp. p. 2. th. 1*) huius actionis naturæ se accommodare, rei que æstimationem quam tacitè & Actor dum hanc intendit actionem petere videtur, pro suo facere arbitrio.

29. AEstimatio autem ista quomodo ineunda sit variè exputant inter pp. Quæritur autem non de quantitate: nam illa non ex iure sed hominum peritorum æstimatione constituitur; sed ex quo tempore sit faciendæ? *Don. ad l. pen. h. t. n. 1.* & nihil est difficilius quàm certi quidpiam in tanta & textuum & Dd. antilogia diffinire. si quid tamen tentandum ante omnia inspiciendū videtur esse, an dies locusue obligationi adiectus sit? an non? Priori casu Iudicis officio incumbere in id Rem condemnare, quanti res eo die eoue loco, quo solui debebat erat post alios à se allegg. censet *Goedd. d. contr. stip. c. 11. n. 89. seqq.* sed mihi *Bachouij ad Fabr. dec. 89. err. 2. n. 4* præcisè ad id tempus æstimationem non referri statuentis, magis placet opinio cum dies non æstimationis faciendæ, sed rei ipsius soluendæ tantum gratia adijci soleat. itaque

itaque existimo & tempus moræ inspici debere, hac ratione. Quoniam quod debitor legitimè interpellatus statim dare debuit illud etiam & multò magis post dare debet: mora que semel commissa, ea vsque donèc satisfactum, vel alijs modjs purgata sit. continuetur. *Id. ib. n. 3* dies quidem in fauorem debitoris plerumque adijcitur, sed eo veniente cum vtique creditor ius rem ipsam petendi habeat, iniquum fuerit existimare quòd creditor contentus esse cogatur, æstimatione ea quæ fuit aut contractus aut moræ tempore, vbi res postea pluris esse cæperit. maximè si res extet penes debitorem contumacem, & manifesta est ratio, quoniam si debitor sua die soluisset iam creditor augmentum quanti res facta pluris, ipse haberet: quod lucrum esse debitoris absurdum esset & inhumanum *l. 37. mand. t. vid. omninò d. err. 2.* Enimuerò non obstat quam & Fab & VVes. & h. t. & Gœdd. pro se citant *lex 11. d. der. iud.* nam tempus nouissimum non est litis contestatæ, sed moræ quòd in obligationibus diem adiectum habentibus de qua in *d. l. 1* tractatur est ipsum ex stentis diei tempus, etiamsi interuallatio creditoris non præcesserit: Quod tamen dextrè accipiendum, nam non ideò tempus quo solui res debita potuit nouissimum dicitur, quasi post moram res omninò solui non possit, sed ideo quoniam ad tempus moræ ita solui res debita possit, vt simplici eius solutione in vniuersum liberetur debitor post ea non aliter quam si simul cum ipsa re quicquid creditoris interest præstet totum *B. ch. ad Fabr. dec. 84. err. 8. in fin.*

30. Posteriori porrò casu, iterum cum *Bach. ad Treutl. v. i. disp. o. th. 13. lit. B.* distinguendum videtur esse, an res perierit citra culpam (qui casus tantum ad mutuum pertinere potest, quoniam debitor speciei naturali aut fortuito eius interitu liberatur) an interueniente culpa vel mora debitoris? & hic rursus an perierit ante an post litem contestatam? Illo casu si ad Iudicem deuentum sit iuramento in litem rem æstimari tam in bonæ fidei quam strictis iudicijs *Ant. Fab. 16. coniect. 3.* Hoc casu citra iuramentum, præterquàm si in bonæ fidei iudicijs dolus rei interuenerit Iudicem rem æstimare. In strictis actionibus quanti litis contestatæ tempore: in bonæ verò fidei, quanti rei iudicandæ tempore fuerit, nimirum si eo tempore quo sententia fertur res pluris fuerit. *Confer. & Cuiac. ad d. l. 59. a V. O. & ad ad Afr. tr. 8. in l. 37. mand.*

31. Hactenus tamen hæc nimis generalia sunt. Propius ad nostram accedendum est conditionem. Quæ cum sit arbitraria non nihil ex bonæ fidei actionum mutuatur natura, & à strictarum tamen prorsus non recedit. Inquirendum nihilominus est, quomodo in æstimatione ineunda, & hic suo fungi debeat officio. Et in re perplexa iterum sequar iudicium *Bach. ad Fabr. d. dec. 89. err. 1 n. 1.* Qui *Vlp. in l. 2. h. t.* duos dicit seiungere casus. Alterum quo res superest adhuc, Alterum quo esse desijt. Illo spectari condemnationis tempus: Hoc mortis & *πλάτη* tamen. Vtrumq; vero limitari in *vers. in vtroque d. l.* nisi videlicet post moram res facta fuerit deterior. Tum enim
tem-

tempus moræ, quod vt antea diximus, perpetuatur, inspicere debere. Quid ad tempus condemnationis reducimus æstimationem? Sic est. Atquin lex vlt. h. t. iudicij accepti tempus considerat. Verissimum. Quid dicemus? An cum Dd. quos citat Goedd. *d. c. ii. n. 104.* (quod valde placet) distinguemus inter terminum à quo, & terminum ad quem? Et d. l. vlt. intelligemus de termino ex quo incipere debeat rei petitiæ æstimatio. Legem vero pen. de termino ad quem, seu quousque extendi debeat? Adeoque circa terminum ex quo differentiam statuemus inter b. f. & stricta iudicia, non autem quoad terminum ad quem? An admitteremus (quam vix probo) conciliationem Goedd? *d. c. ii. n. 105. seq.* An potius cum Accurs. alijsque discernemus res fungibiles à speciebus? Improbant quidem hoc cum alij tum Goed. *d. c. ii. n. 96. seqq.* Attamen colorari potest. Et vtiq; probabiliter dicitur, plus esse quod imputetur debitori, si eius culpâ res deterior & vilior facta sit, quam si citra ipsius culpam pretia rerum, quod in rebus fungibilibus frequentissime contingere solet, mutantur & minuantur. Vnde & illud considerationem meretur, quod qui verbi gratia vinum vel frumentum petit, magis æstimationem, quam frumenti aut vini corpus petere credatur. quoniam in istas res ferè non cadit affectio: nec quidquam interest creditoris, an ipsum corpus consequatur, an æstimationem in pecunia numerata; quâ facillè eiusdem generis rem sibi, fortè aliunde, vbi æquè viliter istæ res fungibiles, & forte vilius veneunt, comparare possit. *eleganter Bachou. dict. decad. 89. err. 3. n. post med.* Ego subsisto. Nec quicquam diffinio. Planè si Bach tersus ceteroquin & summi iudicij Ictus in *tr. de act. disp. 6. th. 24. & ad Tr. d. disp. 20 th. 13. lit. A.* iurare audeat sibi super hac materia non liquere: & ad Fab. *d. dec. 89. err. 1. in fin.* ingenuè fateri non erubuit, à se satis omnia extricari non posse, cur ego hanc ob rem mihi metuerem ciconiam homunculus? Est perfectio specialis quædam huius conditionis conditio, quæ exercitatissimum quemque fugit *Bach. ad Fab. dec. 88. err. 10. in med.* Qui integras hac de re cupit videre diuersæ opinionis Ictorum disputationes ille per me adeat Schiford. ad Fab. lib. i. tract. 20. & seqq. multis, cumque conferat cum And. Kohl. exer. leg. 10. & seqq.

32. Breuiter quidem & quasi subsultim hic explicandum esset: quibus de rebus hæc concedatur actio, qua ex causa competat: quibus detur: & aduersus quos. Sed quia vaga admodum hæc actio & ferè ex ijs solum competat causis, ex quibus quid proprijs ante in eam rem constitutis actionibus peti potest; ideo harum pagellarum omnia ista comprehendere non poterit exiguitas. Nec opus est: nam cum non alijs nec aduersus alios detur hæc actio, quam quibus & aduersus quos de rebus aliquibus petitio est: ideo si perspectam penitus huius velimus habere actionis naturam, priuatæ illæ actiones aliæ omnes necessariò prius notæ esse debebunt, earumque huc afferenda erit cognitio. *confer. Don. ad rubr. hic n. 15. seq.* Nos ad manus sumemus titulum sequentem 4.

C

DE

DE EO QVOD CERTO LOCO DARI OPORTVIT.

33 Magnus olim in strictis præsertim iudicijs formularum erat vsus, magna vis, magna scrupulositas, adeò vt penè dixerim singula earum verba obseruanda, & quasi numeranda essent. Iudex quoque ita eis adstringebatur, vt ne latum quidem, quòd aiunt, ab his recedere posset vnguem. Hinc si iuxta petitionem Actoris Prætor ita formulam dedisset: Si paret, Titium I. C. H - S. Mæuius dare oportere, &c. & Reus Iudici approbasset: se tot festertia non Romæ, sed Ephesi, hoc est certo loco obligationi adiecto, debere; necessario eueniebat, vt Iudex quia legem contractui datam, nec alias ex ratione iuris cum quasi pars esset stipulationis, mutare nõ posset; Mæuium, quem secundum formulam condemnare nequibat, absolueri cogere, §. 33. & loco I. d. act. l. 1. d. int. err. in i. fin. Ex quo fiebat vt Actori postea ex eadem causa & ad idem agenti rei iudicatæ obstarer exceptio, quod ea res in iudicium deducta esset arg. §. pen. l. d. except. Bach. ad Tr. v. 1 disp. 4. th. 13. lit. D. & p. 2. D. 26. th. 4. lit. B. & D. & disp. 1. d. act. th. 40. seqq. Ac cum facilè ita cõtingere posset, vt Reo vel tergiuerfante vel aliàs impedito Creditori inutilis redderetur obligatio, ipsa quoque suadere visa est & necessitas, & æquitas, vt actio hæc nostra, quæ alio etiam loco agendi concederet facultatem, proponeretur l. 1. h. t.

34. Quia verò plurimum, non vno modo rei interesse posset, vt loco potius destinato quàm alibi solutio fieret, d. §. 13. v. ita a. l. d. act. utilitas hæc Reo adimenda non erat: nam nec aliàs Prætor cum iniuria debitoris, Creditori succurrere debebat l. 8. d. Prat. stip. præsertim cum nec Actor concessa sibi alio loco agendi facultate (dum sua quadam voluntate, potius quàm vt nihil consequeretur, minùs quàm in adiecto laturus erat loco, accipit) in quoquam grauatum se dicere possit. Rursus quia & reus aliquoties ab Actore interpellatus, peruicacia sua solutionem differre, & actionem in non modici vt ita dicam damni emergentiam, lucriue specialis cessationem extrahere posset; ideò nec huius in creditore ratione habere vllam, iniquum vtiq; videbatur. Quare non simpliciter hæc actio proponenda, sed æquitatis ita dictante ratione, cum certo quodam moderamine. Nimirum non ita alibi permissum fuit agere, sicut in loco actum fuisset adiecto: sed creditor rationem æstimandi quantum soluendum esset, Iudici committere necessè habebat. AEquè ac sequiori casu debitor Bach. d. act. disputat. 7. part. 2. th. 2. pr.

35. Describi potest hæc actio actio utilis & arbitraria, qua id quod certo loco dari debuit alio loco petitur, facta commemoratione eius, quo dari debuit, loci Cuiac. d. tr. 3. ad Afr. in l. 8. h. t.

36. Utilis hæc appellatur actio in l. 11 in fin. h. t. quatenus scilicet utiles actiones opponuntur directis §. fin. I. ad L. Aquil. l. 47. d. neg. gest. Don. ad l. 1. h. t. n. 4. & quia gratia utilitatis datur l. 5. §. pen. tit. seq. benigna Prætoris interpretatione l. 3. C. de don. qua sub mod. ob æquitatis rationem d. l. 1. C. ad ex. h. Hillig. ad Don. 21. com. 2. lit. H. pr. Seu mauius cum Bach. d. disp. 7. d. th. 2. p.

84. *in fin.* quatenus Principalis actio qualitatem suam stricti iuris mutat, no-
uamque & accidentalem à strictis diuersam induit non quidem propter so-
lus loci adiectionem, quia locus actionē propriè nō potest facere arbitra-
riam, quippe qui reo saltem exceptionem pariat, ne alibi conueniri possit,
Bach. ad Fab. dec. 91. err. 1. n. 5. sed quia alio loco instituitur & æstimatio eius
quod interest arbitrio iudicis permittitur, *Bach. d. th. 2. in fin.* Cumq; utilis
actio interdū pro ea quæ venit ex iure prætorio, ponatur, *Tr. v. 1. disp. 19. th. 9*
lit. C. in fin. non repugnabo si hoc sensu & hic capiatur. Scilicet actiones utiles
nō semper sunt, quæ per interpretationes Ictorū introductæ sunt. Quandoq;
etiam eæ quæ expresso iure cū ciuili tū prætorio, æquitatē sectante inductæ
sunt, utiles & vocantur & reuera sunt, quod benè firmit *Bach. ad d. §. fin. n. 2.*

37. Planè explicationem omnino posterior hæc requirit sententia. Nam
si cum *Fab. 15. coniect. 2. & dec. 91. err. 5.* ita accipias, ac si hæc actio principa-
lis non esset, aut vetus: sed noua prorsus & à prætore ob loci adiectionem
data, procul dubio falsa esset. Nam contra verissimum est, vnam specie, &
eandem origine esse hanc actionem cum priori veteri; saltem noua, vt di-
xi inuolutam qualitate, & accessione quadam auctiorem redditam. Quod
probari potest hoc argumento. Si qui alio loco quàm adiecto, purè petit;
vtitur actione ex stipulatu, vtique etiam qui alio loco idem petit debitum,
factâ saltem commemoratione loci. Prius patet ex *d. §. 33. vers. loco.* Ergo. Ra-
tio connexi est, quod sola mentio & qualitas loci facere non possit, vt actio
fiat non ex stipulatu, quæ tamen ita apud prætorem proposita. *vid. Bach. d.*
th. 2. Amplius si quis stipulatus sibi centum dari Capuæ, agat & petat initio
Ephesi purè conditione certi, sine loci commemoratione, an non hæc est il-
la ipsa actio contractus? Nemo credo negabit *d. vers. loco.* Fingamus iam
actorem melius consultum, dum adhuc in iure res agitur, petere vt addatur
commemoratio loci, vel etiam debitorem malè consultum, opponere apud
prætorem quod in alio loco solutionem promiserit, si prætor hanc clausu-
lam formulæ addat, & iudicem interesse iubeat æstimare, quis non intelli-
git, manere illam ipsam essentia actionem, quæ primum à prætore petita
Et quidni igitur & hoc casu idem statueremus, *adde Bach. ad d. err. 5. n. 4.*

38. Arbitraria est: non quidem propter iussum aliquod iudicis de resti-
tuendo & soluendo interueniens, sed vt iam supra *th. 23.* monuimus propter
nudam commemorationē loci, & eius utilitatis ab actore in libello facien-
dam, quâ non potest non omne hoc iudicis æstimandum & arbitrandum re-
linqui religioni. *Confer. Cuias. ad d. l. 8. h. t.*

39. Utilitatem istam iudex pro varietate circumstantiarum & pro ra-
tione interesse partium variè æstimare potest. Planè vtriusque partis habe-
re rationem debet, *l. 2. h. t.* sed diuersimodè. Rei siquidem indistinctè, siue
in mora sit siue non sit. Don. in *l. 2. pr. n. 6.* actoris verò non aliter quam vbi
culpâ rei damnum aliquod vel lucrum cessans incurrit. *Tr. hic. th. 4. lit. D.*
Sanè cum reus si directâ actione in loco adiecto conueniatur, tametsi in mo-
ra sit

ra sit vtilitatem omnem soluendi habeat, quidni eandem etiam vbi arbitra-
ria hac conuenitur, haberet? maximè cum Iust. in *d. vers. loco*. disertè affir-
met, si hac actione agatur, omnem vtilitatem promissoris æstimandam esse,
quæ illi competitura fuisset, si destinato loco solueret. Sed contra hæc post
Cuiac. *ad d. l. 8.* disputat Bach. *ad d. th. 4. lit. C.* Et certè euenire posset, vt vtri-
usq; simul habenda esset ratio. Rei quidem si vti fit regulariter pro ipso lo-
cus adiectus sit; *propter dicta*. Actoris verò si illius quoque forsitan intersit
sine mora solutionem factam fuisse. Quomodo & illud posset contingere, vt
etsi mora rei non interueniat vlla, sed appareat, saltem locum pro stipulan-
te adiectum fuisse, actoris inciperet interesse, cuius æquum fortè fuerit ha-
bere rationem, *Frantzke. π. h. t.* Vnde infertur iudicem condemnationem
modo deducendo id quod rei interest in minus, modo addendo id quod suã
actor interesse probauerit in maius facere debere, *confer. Duaren. hic. 52.*

40. Interesse verò alicuius duobus potest modis. Vno: ratione damni
quod quis passus est, non passurus si aduersarius moram non fecisset. Alte-
ro: ratione lucri quod ideo minus fecit *Hort. ad l. 2. §. fin. h. t.* De vtroque re-
spondet Ictus in *d. §. fin.* putare se, non solum damni, sed & lucri haberi de-
bere rationem. Quod an generaliter verum sit, & quomodo in computatio-
ne eius quod interest lucri ratio habenda sit elegantissimæ quæstionis est?
Et supponendum lucrum aliud ex re ipsa prouenire, aliud aduentitium esse.
Quod extra rem est seu aduentitiu, in ratione eius quod interest regulariter
non computatur, nisi ex re aliena redactum sit, *l. 58. de admin. tut. l. 36. mand.*
l. 8. §. 1. de neg. gest. Alterum seu prius lucrum semper vtpote rei accessio præ-
statur. Quod si ita est: quid tandem est quod Ictum putare diximus lucri
etiam aduentitij seu extrarij, de quo vtiq; vtpote de pecunia numerata
quæ nullum à se parit fructum, sed ab industria tantum mercatoris, ibidem
loquitur, habendam esse rationem? Deuenio cum *Hort. loc. cit.* in eam sen-
tentiam, proprium id esse eius de quo agitur exempli, nempe pecuniæ tra-
iectitiæ, in qua & aliàs multa sunt recepta singularia, *Paul. 2. sent. 14. vide o-*
mnino Hort. d. l. & confer. Don. 26. comm. 22. & seq.

41. Sequitur in definitione. QVOD CERTO LOCO. Locus, cui semper
si vnum excipias casum qui vt singularis continetur in *l. vlt. §. 4. de V. O.* inest
dies, *l. 2. §. 6. h. t.* adicitur aut simpliciter, aut disiunctim, aut coniunctim.
Simpliciter adiectus locus, verbi gratia, Lutetiæ centum dabo, semper fa-
cit vt alio loco absq; periculo plus petitionis (cum periculo potest, *d. vers.*
loco) purè agi non possit, quia plerumque in fauorem debitoris adiectus
censetur, cui vtilitas loci non debet auferri, *arg. l. vlt. de pact. d. §. 33. vers. lo-*
co. vbi VVes. I. de act. Si alternatiuè aut disiunctim locus adiectus. exempli
gratia: Romæ aut Venetijs dabo: quæritur vbinam agendum? Et Vlp.
postquam quod prima fronte videri poterat *ind. §. 2.* rudius proposuisset
Hort. ad d. §. 2. seu sequi malis *Don. ibid. n. 2.* qui verba *d. §. 2. Non debet,*
interpretatur pro *an non debet?* postquam quid iuris hac in re esset quæsi-
set,

fet: ex Sæuolæ responderet autoritate, non esse in debitoris potestate an de-
 beat. Et itaque creditorem vtro loco malit à debitore petere posse, etiam si-
 ne loci commemoratione. Nam petitor electionem habere vbi petat, reum
 verò, ante petitionem tamen, vbi soluat. *Confer. Pac. in meth. ad C. h. t. n. 3.*
 Quod si porrò locorum alternationi rerum alternatio mixta sit, hoc modo,
 Colonia 50. aut Lubecæ equum dabo idem dicendum. Nam non potest rerū
 electio debitori relinqui, quin simul relinquatur & locorum electio quæ
 ei annexa. Qui enim liberum relinquit debitori vt vel equum quem Lubecæ,
 vel 50. quæ Colonia debet, soluat, vtrum malit: is necessario etiam relin-
 quit, vt Lubecæ vel Colonia soluat, vtrubi malit: nam alterutrum alterutro
 loco non debetur. Sed qui debitori relinquit vt soluat vtrubi velit, is relin-
 quit etiam liberum an soluat propter voluntatis mutandæ potestatem: &
 ita actionē etiam tollit. Ergo non est hoc, vt dictum, casu, ne rerum quidē e-
 lectio relinquenda debitori, sed purè vtrolibet loco de vtralibet re, propter
 locum sc. adiectum, agendum. Sic frequentissimū est in iure, quod per se non
 potest, per aliud posse. §. 3. *vbi Hort. in fin. h. t.* Denique si coniunctim plu-
 ra loca adiecta sint: puta: Ephesi & Capuæ centum dabo: dimidium Ca-
 puæ, alterum tantum Ephesi petendū est, *d. l. 2. §. 1.* Ac si ita stipulatus Nea-
 poli velit agere, arbitraria hæc erit necessaria. Idemque dicendum, si Ephe-
 si partem petat quæ Capuæ debebatur: & vice versa. *Duar. hic. c. 4. adde eun-
 dem c. 3.* Porro huius loci adiectionis ea vis est, vt qui certo loco dare pro-
 misit, nullo alio quam quo promisit loco inuito creditori soluere possit, *l. 9.
 h. t. vbi eleganter Hort. quem etiam vide sis ad §. 20. l. de legat.*

42. Pergit definitio: **DARI DEBIT.** Dare debet aut Reus princi-
 palis solus, aut cum eo fideiussor. priori casu si agatur loco conuento expe-
 ditum est quid iuris: si verò in alio loco: non in totam quam promisit summā
 sed in minus vt diximus, vt plurimum, modo in mora non quidem simplici,
 ex iusta fortè causa orta, sed vera, propria & frustratoria, non fuerit, quanti
 scil. sua Iudex æstimauerit interesse loco potius adiecto quam alio solui,
 condemnandus, imò si obtulerit loco cōuento pecuniam, aut deposuit, pla-
 nè absoluendus erit. *d. l. 4. §. 1. h. t. VVes. n. h. t. n. 6.* cautione tamen interposita
d. §. 1. quæ ideò videtur fuisse necessaria, vt si reus porrò moraretur, ex ea vt-
 pote purè gesta, vbiq; actione directa Creditor agere possit; quia contra ab-
 solutū prior actio non solet dari (quod tamē hoc casu in dubiū posset voca-
 ri) *Bach. d. disp. 7. par. 2. th. 1.* Posteriori casu fecernendum est ius vetus à nouo.
 Iure veteri scimus, etiā non interpellato reo fideiussorem conueniri potuisse
Paul. 2. sent. 27. l. 5. C. d. fidei. Iure nouo verò non aliter quam excusso prius
 principali *auth. presente C. d. t.* Et itaque ex veteri iure cum Coras. 2. *mis. 13.*
 defendi posset, quamprimum Reus tempore constituto non soluit, fideiuf-
 sorem qui ipse in mora non fuit, conueniri posse aded vt sufficiat post tale
 tempus quo in locum perueniri potuit solutionem à Reo factam non fuisse.
 Ex iure sanè nouo huic vix locus esse potest *Quæstioni.*



34. Ergò ex eodem iure veteri vltèrius quærunt Dd. quomodo & in quid aduersus Fideiufforem tali casu detur actio? Et in eorum procliuior sum sententiam, qui dicunt, conueniri quidem posse Fideiufforem eius: tamen non augeri obligationem quin potius haberi rationem eius interesse, non etiam Actoris *Bach. ad Tr. hic th. 5. lit. B.* Hæc ita si nec ipse nec principalis in mora fuerit. Sed quid si mora principalis præcesserit (quæ etiam positis terminis habilibus locum de iure nouo posset habere *Quæstio*) an nec illa fideiufforis augebit obligationem, non quidem per se, sed iudicis interueniente officio? *adde Hort. ad l. 8. h. t. p. n. 31.* Variatum est sententijs, verius tamen videtur non augeri *Don. ad d. l. 8. Suar. hic c. 4. p. m. 82. coll. 2.* mora enim cuique sua nocere debet. Et nihil promissori largimur per se quod non idem fideiuffori largiamur per se, ne in duriores accipiatur causam quam promissori *l. 49. §. fin. d. fidei.* Et generaliter dicemus commodum quod promissori habet aduersus stipulatorem, ad fideiufforem etiam pertinere ex persona rei, incommodum verò principalis non item. Quod ita obtinere puto, si ante moram acceptus sit fideiuffor: nam si post moram datus, constat satisfactione ipsa præcedentem moram purgari *l. vlt. h. t. Horten. ad d. l. 8. p. m. 31.* idem etiam statuit eo casu quo in omnem causam acceptus est Fideiuffor. hoc est: ne tum quidem eius obligationem augeri, sed vix est vt id probare possim maximè cum stipulatio ista vtique aliquid operari debeat *confer. Corass. 2. miss. 12. Bronch. cent. 4. ass. 54. Goedd. d. contr. stip. c. 11. n. 123. Don. ad l. vlt. h. t. n. 6.*

44. Planè si ipse moram fecerit, ex suo facto in maius quid conueniri potest *l. 68. §. 1. d. fidei. l. fin. eod. l. 17. ad munic. Dd. ad d. l. 8. h. t.* Et quia in actionibus bonæ fidei nulla est differentia inter summam quæ debetur & quæ officio iudicis accedere potest, nulla est principalis obligatio aut eius accessio, siquidem agitur tantum in id quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet; in qua formula nihil alterum altero potentius est, ad quod Reus vel Fideiuffor principaliter vel per accessionem magis vel minus teneatur idè in his etiam diuersum obtinebit iudicijs. Nempe ex incerto (quod petitur in b. f. iudicijs) non potest iniri æstimatio, vtrum augeatur, an minuatur condemnatio. non potest auctum vel diminutum dici quod nescimus quanti initio fuerit. In strictis iudicijs contra est: nam cum ibi certa obligationis summa: idè facile eam est diuidere ab ea, quæ iudicis officio vel accedere vel decedere potest, *acutè Horten. d. l. p. m. 39.* Ex quibus simul explicari potest, quæ duras dare creditur *lex 54. locat.*

45. Hæc ita obtinent in obligationibus dandi. Quid si factum in obligationem venerit? dabiturne arbitraria hæc actio? & magis est vt contra Cuiac. *ad d. l. 8. Hortens. ad d. l. 2. §. 5. h. t. Bach. ad Tr. hic th. 5. lit. C. in Donell. ad d. t. 2. §. 5. & Bach. priorem vt videtur retractantis d. disp. 7. th. 4. p. m. 29.* eam sententiam qui statuunt, vbi factum promissum (quod absque adiectione loci fieri non potest *d. §. 5. post elapsum tempus quo fieri potuit extra locum adiectum,*

iectum, non pura, sed arbitraria solum agi posse actione. Solida hac ratione quod nec in loco adiecto agatur ad factum sed tantum ad interesse. *l. vlt. § quis in ius voc. fac. l. 68. d. V. O. Duar. ad l. 27. verbo Celsus. de V. O. Treutl. v. 2. d. sp. 27. th. 1. lit. L. ibique Bach.* quod interesse succedit in locum facti, cuius contemplatione estimandum. itaque cum factum in loco nominato commodius expediri potuisse praesumatur; loci quoque adiecti ratio habenda, arbitrariaque experiendum. Iuvat quod locus de stipulatione detrahi non possit, & nouatio tacita in interesse fieri debeat salua adiectione loci, quae perpetuo puram alio loco impedit actionem. Quid quod utcumque factum in alio loco praestari non possit, constet tamen quod promissor usque ad tempus litis contestatae moram purgare & faciendo liberari possit? *l. 84. d. V. O.* ut tanto magis directa & pura actio alibi intentari non debeat.

46. Sed properemus ad verba defin. A L I O L O C O. Circa quae disputatur quisnam intelligatur alius locus? & Bart. citante eum Costal. in *l. 1. h. t.* quem sequitur Ant. Fab. *dec. 94. err. pra. 7.* existimat eum qui in alio loco destinato non soluit quocunque loco conueniri posse, etsi alias nec ratione contractus nec domicilij ibi forum habeat. Sed rectius Accurr. & Cost. in *d. l. 1.* per alium locum idoneum tantum intelligunt, hoc est: aut domicilij, aut contractus, aut in quem collata est solutio. Illum quidem simpliciter, etsi Reus eo tempore ibi non reperiatur (quamuis sano sensu semper quis in loco domicilij ceterum reperiri) Hos vero duos posteriores non aliter quam si Reus ibi reperiatur. Et est eius fundus assertionis, quod locus adiectus non possit agendi ampliare facultate; nec efficere ut actio arbitraria alijs possit institui locis, quam quibus non adiecto loco recte quis experiretur. Certum autem est, aut saltem esse debet iure communi, Reum ciuilitate scilicet conuentum, aliud est in criminalibus *l. 1. vbi de Crim. & c.* in locis tantum conueniri potest modo nominatis *l. 2. l. 3. de bon. aut. iud. poss. l. 21. d. O. & A* Ergo etsi locus adiectus est non recte arbitraria in alijs instituitur locis: maxime ideò ne quod restringendae obligationis gratia adiectum est, contra ius & praeter contrahentium intentionem vagam operetur & tribuat laxitatem. Et satis consulitur auctori si ipsi agendi non intercidat facultas; quae sola ratio introducendae actionis *Duar. hic c. 4. Don. ad d. l. 1. n. 6. Tr. bic th. 3. lit. G. vbi Bach. vide eundem d. disp. 7. part. 2. th. 4. & ad Fabr. d. err. 7. & seqq.*

47. Sequitur vocabulum P E T I T V R. Petitur, inquam, antequam fors soluta. Sorte enim soluta nulla superest actio ad interesse loci petendum. *l. 8. & vlt. h. t. Cuiac. ad. d. l. 8. Dd. & Don. ad d. l. vlt. n. 11.* Interesse enim accessorium est: itaque vbi fors accepta, super illo agi amplius nequit. utcumque Creditor accipiens sortem protestatus fuerit super interesse, & se eius nomine actionem saluam velle. Nam si Creditor sponte sua acceperit sortem verius est ex ratione iuris (in praxi forte aliud obseruari posset) contra Bart. in *d. l. vlt. col. vl.* quod protestatio actionem conseruare non possit *Bald. Castren. & Salic. in d. l. citati. à Bach. d. th. 4. in fin.*

48. Petitur autem ab eo cui promissum est. Qui vel stipulator ipse, vel secundus à stipulatore adiectus (qui etsi iure petitionem non habeat, cum nec obligationem, in facto tamen eiusmodi posset fingi casus) Ergo si stipulator ipse petat, palam est eum pro lubitu hac actione experiri posse; & vel remittere vel accipere quod sua interesse iudex aestimauerit. Si verò adiectus (cui sane solutio etiam inuito stipulatore recte fieri potest. §. 4. *ubi Hort. & Giph. l. d. inut. stipul.*) petierit: distinguendum est: aut ei debitum vnà cum interesse creditoris solutum; & verè contingit liberatio *d. §. 4.* aut adiectus solam petijt summam in obligationem deductam, non habita ratione interesse rei credendi; & mirum quàm altercentur *Dd.* quomodo liberetur debitor; & in quantum: idq; ob τὰς ἐκωνπρωφάνεις textus in *l. 2. §. 7. & l. vlt. h. t.* Mihi verissimum videtur dissensisse hac in re Iulianum & Marcellum, eo quo in *d. §. 7.* refertur modo. Vlpianum verò Iuliani secutum fuisse sententiam in *d. §. 7. in fin.* Nec hanc improbasse Paulum in *d. l. vlt.* etiamsi hoc post alios putet Horten. *ad d. §. vlt.* Nam manifestum utique ex textuum euadet collatione diuersos in vtrauis lege tractari casus, In *d. l. vlt.* eum quando sortis fuit facta solutio, reo principali, qui potuit remittere interesse & sibi præiudicare. In *d. vero l. 2. §. 7.* eum quando adiecto ea fuit facta; non habenti scilicet facultatem ius principalis imminuendi. Quod iam olim obseruauit *Gloss. ad d. §. 7.* Eamque in hunc sensum clarius ex *Bologn.* explicuit *Petr. ab Ar. Baudoz. in not. margin. ad d. gl. lit. C.*

49. Et quousque tandem liberabitur debitor? & in quantum? aut qua ratione, quove creditor colore suum petet interesse? Acutissimè pro more hoc explicatum nobis reliquit Horten. *tum ad d. §. 7. tum ad d. l. vlt.* Cuius non pigebit hic apposuisse sententiam. Ait itaque debitorem ex solutione sortis non omnino liberari à sorte, sed in partem tantum eius; Ab eo verò quòd interest non aliter etiam quàm pro rata illius. Ita scilicet vt cuique parti sortis, ea multesima pœnæ, (h. e. interesse. *arg. d. l. vlt. iuncto d. §. 7.*) pars accedat quotupla est tota pœna pars totius sortis: Atq; ita parti sortis solutæ, eadè pars eius quòd interest decedat. *Hor. ad d. l. vlt.* vt quanta pars sortis ex ea solutione detracta esset ad soluendum id quòd interest: tantæ partis nomine sortis petitio adhuc supersit: Cui competens quoque portio eius quòd interest, sic officio iudicis accedat. Exemplo res erit manifestior. Fac centum Hungaricos (quorum singulos demus $\frac{1}{2}$ floren. Colon. valere) sortem: viginti pœnam esse. Postquam 20 pro pœna, sextâ addunt ad 100. consequens est vt de singulis sex nummis solutis, quinque sumantur in sortem, vnus verò in pœnam. Sic fiet: vt cum de 12. duo sint in pœnam, de 96. sint 16. Superfunt adhuc de centum solutis 4. Hi igitur rursus in sex diuidendi partes, quarum vna sumatur in pœnam, reliquæ cedant in sortem. Clarius ita. Centum aureis solutis detrahendi sunt primum 16. aurei, imputandi in id quòd interest ratione 80. aureorum. Reliqui erunt 4. aurei, de his 88. alb. hoc est, 3. flor. 16. alb. Colon. detrahendi: imputandi

di scil. in id quod interest ratione 440. alb. hoc est, 18. flor. 8. alb. Colon. resi-
duorum, quâ detractio & imputatione facta, supererit pro forte petitio
16. aureorum & 3. flor. 16. alb. Colon. Pro eo verò quod ratione horum 16.
Hung. 3. fl. alb. Colon. interest; 85½. plus minus alb. hoc est, 5. flor. 15½. alb.
Colon. Sic integra quam reus stipulandi petere potest summa futura est hoc
casu 17. Hungar. 3. flor. 19½. alb. præter propter. Reusque debendi in effectu
nihil amplius quâ 82 Hung 1. flor. 16½. circiter alb. Colon soluisse putabitur.

50. Porro hac actor poterit experiri actione, etiam si in mora reus sit nul-
la in loco adiecto soluendi. Postquam enim non aliter nisi cum commemo-
ratione loci agere potest, reo iniuria infertur nulla; quippe cuius utilitatis,
quam si in loco adiecto conveniretur, sentiret, ratio habetur. Et est, ut ante
innuimus, huius natura actionis, ut per eandem actori succurratur, in hoc,
ut citra plus petitionis, causæve amissionis periculum alibi agere possit.
Dummodo reus in vno quasi gravatus. *confer. Hort. ad l. 9. h. t. in altero, loci*
puta utilitate adiecti, releuetur. Frantz k. π. h. t.

51. Restant in definitione verba: FACTA COMMEMORATIONE LO-
CI CONVENTI. Nimirum verissimum existimo: creditorem alibi pe-
tentem pecuniam debitam, loci in quo sibi dari stipulatus est, commemo-
rationem facere debere. §. 33. *vers. loco. I. de act.* Dicereque reum cum quo a-
git centum, verbi gratia, Ephesi promississe: & quia ad eum non accederet
locū, ideo se petere ut habita ratione eius quod interest alterutrius Ephesi
potius quàm Romæ solui, reus ad soluendum Romæ condemnetur. *Duar.*
hic. c. 2. p. m. 79. col. 2. Vnde etiam cum Hotom. *ad d. vers. loco.* contra Treut.
hic. th. 3. lit. F. concludendum videtur arbitrij mentionem in libello fieri
debere. Præsertim ideo: quod sola arbitrij mentio faciat ut hæc actio alio
loco utiliter instituat. *arg. l. 2. pr. l. 3. h. t.* Et aliàs non facta arbitrij men-
tione actor plus loco petiturus esset. *Bach. ad d. l. F.*

52. Hæc ad definitionem atque adeo huius explicationem materiæ suffi-
cere possent. Subiungamus tamen pro coronide, ex quibus causis hæc o-
riatur actio. Et explorati iuris est directam actionem quæ ob id quod alio
loco agitur alternanda & in arbitrariam deflectenda, stricti iuris esse debe-
re. Bonæ enim fidei actiones supplemento hoc Prætoris non indigent, sed
illud illis per naturam suam inest, *l. 7. h. t.* (Quo sensu etiam non malè Cu-
iac. *ad d. l. 8. h. t.* & Hotom. *in commen. ad h. t.* arbitrarias actiones bonæ fi-
dei iudicijs in esse pronunciant) Ac probabiliter dici posset actionem hanc
primitus & principaliter, solius stipulationis gratiâ à prætore introductam
esse. *arg. l. 1. pr. & §. 1. h. t. l. 5. h. t.* Postmodum verò secundario & in quandam
quasi consequentiam, etiam ex testamento, si testator rem certo loco heredē
dare iusserit, *l. 5. h. t.* ex Constituto *l. 16. §. 1. tit. seq.* concessam fuisse; eamque
hodie pro his causis æquè ac pro stipulatione competere. Quod egregiè
contra Fabr. *dec. 84. err. 5. & dec. 90. err. 5. & 9. & dec. 91. fere per totū* deducit
Bach. d. disp. 7. p. 2. th. 3. & ad dd. errr. quo me brevitatis causa remitto. Quin

D

cre-

credere licet cum Bart. & alijs, vt citat Bach *d. d. c. 9. err. 5. n. 2.* generaliter quotiescunque locus conuentionibus stricti iuris adiectus est; toties extra locum arbitraria actione experiendum esse. Sola quippe reperiuntur excepta, bonæ fidei iudicia in *d. l. 7. h. t.*

53. Inde nunc facilè erit colligere cui & aduersus quem hæc detur actio. & de quibus rebus. Quare his non insistemus diutius. Quin breuiter potius exponemus naturam actionis, quæ continetur in tit. seq. 5. & vocatur

DE CONSTITUTA PECUNIA.

54. Constituire verbum varias recipit explicationes, vt videre est apud Bud. *ad l. 2. §. 24. vers. vindicias. de O. I. p. m. 47. seq. & ad l. 3. vers. Lex. ad L. Iul. mai. p. m. 307. & ad l. 1. §. 1. de sicar. p. m. 316.* Caluin. in *Lexicon. reliquosq. Lexicogr. Quibus adde DE CONSTITUTO POSSESSORIO.* Tiraquell. & Hillig. *ad Don. s. comm. 10.* Hic nihil significat aliud, quam antea imbecillum confirmare & stabilire, *VVes. hic. n. 2. Oldend. cl. 4. act. 8. pr.* Pecunia verò vt in edicto in *l. 1. h. t.* proposito legitur, non saltem pecuniam numeratam, sed & res fungibiles denotat. Hodie etiam ex quo actio receptitia (quæ in specie contra argentarios, qui quasi publicum exercebant officium, olim dabatur, si aliquid se soluturos recepissent, *Theoph. ad §. 8. I. de act. Cuiac. π. C. h. t. Hotom. hic. in comm. vid. etiam quæ de hac actione contra Theoph. Hotom. & Vult. 2. I. R. 15. n. 32. disputat Bach ad d. §. 8*) à Iustiniano in hanc nostram transfusa est, res quoque ceteras omnes significat *l. 2. §. pen. C. h. t. Bach. ad Treut. hic. th. 10. lit. A. Borch. de compens. c. 2. n. 2. seqq. Gædd. ad l. 4. de V. S. n. 2. seqq.* Hinc constituere pecuniam est rem omnem, quæ minus firmiter antea aut parum tuto debebatur, noua pactione firmare & promittere eandem nos soluturos esse *Don. ad §. 9. I. de act.* Quod maximè in ijs debitis quæ in diem sunt, fieri consuevit. *l. 3. §. h. t.*

55. Ex quibus actio hæc nostra describi potest, quod sit actio in personam Prætoria, quæ datur contra eum qui rem à se vel ab alio debitam ipsam vel aliam eius loco, intra tempus aliquod se soluturum pacto nudo promisit: *Confer. Bach de act. disp. 8. tb. 3.*

56. Actio in personam est, §. 3. *I. d. t.* licet in rem edictum sit conceptum *l. 1. §. 1. l. 5. §. 2. h. t. Duar. hic. c. 2. p. m. 85. col. 1.* Et prætoria. Cum enim qui absque stipulatione pollicetur se soluturum quod ipse aut alius debet, iure civili non teneatur, vtpote cum ex nuda promissione civilis actio non detur. *l. 7. §. 4. l. 45. de pact.* prætor hoc pactum confirmare, & legitimum, verbis scilicet generalibus sumptis. *vid. Gouean. 2. var. lect. 26. Cuiac. & Duar. ad l. 6. de pact. facere voluit vt nunc non minus ex eo quam ex alijs quæ lege confirmata sunt, actio detur. l. 1. h. t. iuncta. d. l. 6. de pact. VVegn. disp. 15. th. 4. lit. B.*

57. Dicitur in defn. vltèrius, *QVAE DATVR.* Dari hanc actionem certum est: sed quid Prætorem vt hanc ex pacto daret actionem mouerit: incertum maximè. Sanè quod vulgò afferunt, ob pactum geminatum hoc fieri, id nihil est.

est: nam imo si vel centies reiteratum esset, actio propterea non statim concedenda, nisi forte quis cum aliquibus ex pactis geminatis omnibus, actionem oriri defenderet, quod admitti non potest, cum ita infirmum per æquè infirmum confirmari, & stipulationem frustra inductam esse propè dicendum foret: cui tamen nec hodie suus denegandus est vsus sua neganda utilitas vide *Frantz k. ex. t. q. i.* Probabilior Duar videtur ratio proposita in *c. i. ad h. t. cir. fin.* quod qui constituit, non se daturum tantum, sed & soluturum promittat: Solutio autem non sit nisi rei debitæ. Vnde consequens sit, cum qui se promisit soluturū, etiam se debere confiteri: conventionemq; referre ad id quod iam debitum est: qui se daturum tantum, non continuò se debuisse profiteri. Ergò cum constitutum semper debitum aliquod præsupponat illique accedat solum, adeòq; in eo de seria matura, & enixa promittentis certius constet voluntate; tantò minus Prator regulam iuris ciuiliis, quæ ex pacto nudo actionem denegabat, offendi putauit si ex eo aliquanto fortius confirmato actionem nasci concederet, adiuuante præsertim nonnihil fideiussionis exemplo, ex quo ius ciuile actionem dederat *Bach. d. disp. 8. th. 3. lit. C. in fin.* Quanquam & cum eodem *Bach. ad d. §. 8. n. 3. & §. 9, pr. I. d. act.* non adeò inconcinnè statui posset argentariorum Pratorem exemplo motum, reliquorum etiam ciuium, qui in ius vocati fidem quam de soluendo, vt dimitterentur, dederant, sefellissent, hoc remedio frænata cohibere voluisse improbitatem: maximè cum & *Theoph. vetus cum primis interpres ad d. §. 8. pr.* scribat, coercendæ astutiæ & calliditati eorum qui in ius vocati, vt dilationem impetrarent, creditori se intra certum tempus satisfacturos, citra stipulationem versutè promississent, prætorè hanc actionem introduxisse. Quæ etiam dubitandi fortè fuit ratio apud Veteres, an in heredes hæc danda esset actio? imò an non annalis? & anne poenalis esset? vt apparet *ex l. 1. & 2. C. h. t. & l. 18. §. vlt ff. eod.*

58. Amplius dicitur: **Q V I R E M.** Verbum **Q V I** sic accipiendum est **Q V A E V E.** Nam etsi mulieres constituerint se soluturas quod debent, de constituto tenentur: modo non interuenerint pro alio *l. 1. ff. h. t.* Sed & Personæ habiles tantum, hoc est. qui constituere possunt hoc verbo continentur. Inhabiles enim vt Pupillus, furiosus, prodigus cui bonis interdictum, &c. excluduntur. *arg. d. l. 1. §. 2.* Siue autem Filijfam. sint, siue Patresfam. nihil interest *d. l. 1. §. 3.* Quod Duar. *hic c. 2. init.* de omni contractu, præterquam mutui accipit sed mihi cum *Bach. ad Tr. hic th. 8. lit. A.* etiam ex causa mutui filiumfam. rectè constituere posse, verius videtur. tum quod aliàs ratio dubitandi nulla: tum quod diuersa hic ratio. **R E M** intellige quamlibet & qui dem in patrimonio *Duar. d. c. 2. post. pr.* seu quam quis habet cum libera administratione *Gædd. ad l. 18. d. V. §. n. 1.*

59. Sequitur: **A SE VEL AB ALIO.** Debitum enim in rem & generaliter hic consideratur: sufficitq; si aliquod saltem præcedat & subsit: nec interest num vel promittentem vel illum cui constituitur respiciat. Nam

quod exigimus vt debitum sit quod constituitur in rem exactum est *l. 5. §. 2. h. t.* id est: sine personæ ac modi designatione, à quo, cui, quo iure debeatur. *arg. l. 7. §. 8. de pact. Don. 13. comm. 22.* Vnde pro se quis rectè constituit, & in illo tertio maximè hodie (postquam vt plerique Dd. quamuis falsò: vt mihi quidem cum Cōnan. *5. commen. 3.* Forst. *d. pact. c. 8. p. 233. seq. Ludwell, ad VVes. & d. pact. n. 9. p. m. 137.* persuadeo: defendunt, ex quolibet pacto nudo de consuetudine actio oritur; & sine stipulatione etiam fideiussio efficax est) differt constitutum à fideiussione, quæ semper est debiti alieni, nunquam proprii; Aliàs sanè disposita in fideiussione etiam locū habent in constituto paucis exceptis casibus, quos ex Duar. Oldend. Prat. collectos vide apud Caluin. *in lexic. in verbo constituere.*

60. Porrò in tantum receptum vt quis pro alio constituere possit, vt ne eius quidem cuius gratia constituitur, requiratur consensus, sed constituentis & eius cui constituitur sufficiat *l. 27. h. t.* imò & inuito & contradicente debitore constitui possit. Vsq̄ue ad eò vt etiam si debitor principalis constitutori ne solueret denunciaffet, tamen is constituens, ab eo cui constitutum est, conuentus, exceptionem nullam opponere possit, cum imputandum ei sit quod alienam obligationem susceperit *d. l. 27. l. vlt. de neg. gest. Duar. hic c. 3.* Et in summa Bach. *ad Tr. hic th. 9. lit. C.* constitutum natura sua accessorium esse ait: itaque quantò magis accedat ad naturam obligationis principalis tanto magis putat à propria constituti recedere natura: potiorique iure eum censet constituentis mereri personam, qui pro alio quàm qui pro se constituit. Quod an probandum? Hæreo.

61. Ceterum quod alius debet ita demum debetur, si absque errore constitutum sit. *l. vlt. h. t.* Si quis errore ductus constituerit se alterius soluturum debitum, non obligabitur. *Duar. hic c. 2. coll. 4.* Nisi hoc quis limitare voluerit ex Bach. *ad Tr. hic th. 9. in fin.* aut *ex iisdem ad Tr. not. disp. 22. preced. th. 6. lit. D. in fin.* Secus est in stipulatione: nam in ea promittens ipso iure tenetur. licet incerti conditione liberationem consequi possit *l. 3. C. de cond. ind. l. 31. ff. eod. Pac. in rubr. C. h. t. n. 11.*

62. Sed & constituens pro alio, à Creditore conuentus de iure moderno excussionis siue ordinis beneficio vti potest *arg. l. 3. C. de fidei.* nam & is pro quo constitutum est obligatus manet *l. 28. h. t.* Et itaque si quoad diuisionis beneficium, eadem esse debet ratio constituentium quæ fideiussorum *l. vlt. C. h. t.* quidni quoad excussionis beneficium idem dicendum esset? Sanè diuersum non docet *l. 16. pr. h. t.* nec opus est vt cum Treut. *hic th. 8. l. t. C.* eam per *d. l. fin. C. h. t.* correctam esse dicamus. Nam *d. l. 16* de alio planè loquitur casu, de duobus videlicet reis qui tanquam duo principales in solidum constituerunt. Dicta verò *l. fin.* de eo qui pro alio simpliciter saltem constituit. Huic beneficia excussionis & diuisionis meritò concedenda, perinde vt fideiussori. Illis omnino neganda, vt rectè notat Bach. *ad d. l. C.* Porrò hæc iurium correctio ad eò vitanda, vt etiam contra Bach. *ad Treut. v. 2. disp. 27. th. fin*

fin. lit E. firmissimè statuendum sit, nec per Nou. 99. dictam l. 16. abrogatam esse. Nam ne illa quidem loquitur de duobus correis verè & specialitet ita dictis, sed de illis saltem qui alterna vice promiserunt, seu qui mutua vice inter se fideiussores accepti sunt. Quos Græci τῶν ἀλληλεγγύων vocant. Fit autem in duobus: verbi gratia, cum vnus primò, & principaliter promittens apertè fideiussorem dat: & idem, rursus fideiussor sic accipitur, vt pro altero qui fideiussor datus erat, promittat, l. 11. de duob. reis. Id quod latè pariter & doctè demonstrat Frantzk. *exer. iur. 10. q. 3. vbi præ ceteris vide n. 21. seqq.* etiam Vngeb. *exer. Iust. 11. q. 3.* vbi etiam alios allegat.

63. Ista excipit verbum DEBITVM. Debitum omnino requiritur. Et sine eo nullum subsistit constitutum, l. 2. vers. ita tamen. C. h. t. Quod adeo verum est, vt si debitum subsit, sed in amplius, quam illud sit, constituatur; constitutum vltra debitam quantitatem, & quoad vsuras, non valeat. l. 11. h. t. *Duar. loc. cit.* In quo differt à stipulatione, in quam & illud quod debitum non est, deduci potest, l. 21 de V. O.

64. Debitum autem non vniusmodi est. Aliud enim Ciuile, aliud Naturale (Mixtum tamen prout Dd. communiter accipiunt ex Giphaniij *ad l. 14. de O. & A. num. 8. & in commen. de diu. iur. th. 56.* & Vngebaurfs. *exer. Iust. 10. q. 2.* sententia contra eosdem Dd. non agnoscimus) Et debitum ciuile aliud tam ad conueniendum, quàm iudicatum faciendum debitorem efficax est; aliud solùm ad agendum proficit: hoc est, quoddam debitum vtroque iure tam ciuili quàm prætorio, quoddam ciuili tantum debetur. De priori dubium nullum est, quin rectè constituatur. Licet enim illud per se satis sit firmum, & adiumento quodam ad producendam actionem non indigeat: alio tamen modo firmitus aut commodius reddi potest. Vel vt qualitas commodioris loci, temporis, aut monetæ posteriori obligationi adijciatur. l. 3. §. *fin. h. t.* vel vt creditori plura sint remedia quibus de iure suo experiatur. *arg. l. 76. §. pen. de leg. 2.* Vel vt vbi ex principali obligatione propter præscriptionem vel aliam iustam causam peti amplius non potest, salua sit noua ex constituto actio, interruptâ saltem per secundi debiti recognitionem præscriptione. Et potest etiam iuramentum super constitutoria actione præstitum esse, salua manente principali, l. 18. §. 1. h. t. l. 8. §. 3. C. de præscr. 30. vel 40. ann. l. 36. 36. de iure iu. *Muda. in d. §. 9. I. de act. n. 55. Heig. ibid. n. 9. referente Fantzk. π. MSS. h. t.*

65. Quod verò ciuile debitum ad agendum tantum proficit, efficaciter tamen peti nequit, quippe quod perpetuâ exceptione remoueri potest; habile constituti obiectum non est. Ideo: quia debita iuribus non est pecunia l. 3. §. 1. h. t. hoc est, vt ego quidem simpliciter accipio, quia vtroque iure & ciuili & prætorio debita non est pecunia. Aliam Bach. subindicat explicationem de act. d. sp. 8. th. 3. lit. B. quam plenius exponit Frantzk. d. l. Eam sequatur qui velit. Et itaque cum debitum ciuilitè tantum, indebitum iure prætorio sit. non poterit eiusmodi debitum obiectum habile esse eius re-



medij quod ex iure prætorio descendit. Nam prætor pacta quæ civili iure ad tollendam obligationem civili idonea non erat, attendebat, ex eisque exceptiones formulis inferebat: quæ si à reo probatæ essent, omnino eum iudex absolvere necesse habebat. Quin potius cum in effectu debitum non sit, & verò constitutum debitum verum præsupponat, constituentem constituendo hoc casu non voluit obligari. Ne plus esset in accessione, quam fuit in principali. In quo forte an iterum constitutum à fideiussione differt. Nam illa cum iuris civilis sit & civili quoque debito rectè accedere poterit *l. 1. l. 3. §. 6. de fidei. Ias. in d. §. 9. l. de act. num. 40. seqq.* De quo tamen non immerito dubitat Bach. *ad Tr. v. 2. disp. 28. th. 3. lit. C. & d. disp. 8. th. 3. lit. B.*

66. Enimvero quam hinc nectunt communiter Dd. consequentiam, quod sit quædam civilis obligatio absque vlllo fundamento & æquitate naturali. *Schneidvv. ad pr. I. de oblig. c. de oblig. civ. tantum.* ea fortassis ex arena nectitur. Nec puto ista sententia iuri nostro satis conveniens est. Obligatio siquidem civilis est vinculum iuris civilis: *l. 59. de cond. indeb.* Ius verò civile nusquam est absque fundamento naturali *l. 6. de I. & I.* Sane lex 3. §. 1. *h. t.* quam inter alia citant non separat civilem obligationem à naturali, sed prætorix saltem opponit. hoc est, ei cuius actio per exceptionem elidi non poterat. Quomodo: & *in §. 3. & 4. I. de except.* non hoc vult. Imp. quod per pactum aut ius iurandum naturalis tollatur obligatio salva civili: sed hoc potius quod pacto vel iureiurando obligatio civilis, de qua ibi sermo, non omnino id est, non ipso iure tollatur: sed ope demum exceptionis. Ut rectè hoc explicat Vngeb. huius patronus sententiæ *in d. ex 10. q. 2. in Nego. & in pralud. iur. sua epit. iurispr. civil. MSS. præmissis. c. 4.* & sequitur Ludvv. *in not. MSS. ad Vvesenb. h. t. nu. 9.* Vtique nec in iuris civilis contractibus, stipulatione puta, aut literarum obligatione, civilis à naturali seiungenda plane est obligatio. Nam & ipsi conventiones sunt *l. 1. §. fin. de pact.* Borch. *ad pr. I. de oblig. n. fin.* & fundamentum quoque in natura habent; quatenus naturâ æquum est quemlibet ex scriptura & verbis suis obligari. *l. 1. §. 1. de lit. oblig.*

67. Naturale porrò debitum rectè constitui potest *l. 1. §. 7. h. t.* sufficit enim vel natura esse debitum *Vves. d. n. 9.* Quod tamen cum Eguin. Baron. non ita explicandum, ac si naturale debitum aliter hic atque in materia indebiti acciperetur *Bar. ad d. §. 39. I. de act.* adeòque non tantum debita iuris gentium, sed & mera naturalia, quæ alij honestatis vocant, in constitutum venirent. Nam imò merum naturale debitum, iure nostro pro debito non habetur, sed solius honestatis relinquitur pudori *Costal. in l. 13. d. cond. iud. Don. 12. comm. 2. Duar. d. O. & A. cap. 2. & d. cond. indeb. cap. 6.* Vnde verius est nec hic per naturale debitum aliud quàm iuris gentium intelligi, quod vinculum æquitatis est, & suam quandam habet necessitatem *arg. l. 95. §. 4. de solution.* quodque adeò iure civili agnitum & retentionis effectu defensum *Frantz. 7. MSS. h. t.*

68. Quod

68. Quod de naturali idem & de honorario dicendum est debito *d. l. 1. §. 7. h. t.* Et debitum intelligimus siue ex contractu, siue ex maleficio *l. 29. h. t.* siue ex contractu certo siue incerto. vero aut quasi *Duar. hic c. 2. p. m. 84. col. 1.*

69. Nec illud quidquam interest an id quod debitum erat tempore constituti, postea debitum esse desierit, an nō desierit, modo tempore constituti debita pecunia fuerit *l. 18. §. 1. l. seq. h. t.* Ut nec illud: an pure an in diem debeat *l. 3. §. 2. h. t.* Nam & qui in diem (puta certū) debet, reuera debet; quia præsens est obligatio & in diem saltem dilata solutio *l. 46. pr. de V. O. §. 2. l. eod.* adedq; eius dies cessit *l. 13. de V. S.* Nec tempus adiectum solet ipsum effectū obligationis auferre *arg. l. 44. §. 1. de O. & A.* Vnde & ante diei aduentum actio iam nata est, licet nata & intentata exceptione excludi possit ut post Bach. *ad Tr. v. 2. d. sp. 27. th. 6. lit. C.* eleganter & solidè firmat Frantzk. *d. ex. iur. 10. q. 2.* Planè cum in conditionali obligatione ante existentem conditionem agi non possit, quippe cum nec obligatio quamdiu euentus conditionis adhuc incertus est & dubius; reuera subsit *d. l. 213. de V. S.* ideò receptum est, ut valeat quidem constitutum, sed tamen ex eadem conditione, siue purè, siue certo die constituatur, suspendatur. *d. l. 19. C. h. t. l. 2. eod.* quod secus est in priori casu. Postremò nihil interest an eodem an alio loco constituatur *l. 5. h. t.*

70. Sequitur in defn. *IPSAM VEL ALIAM EIUS LOCO. l. 1. §. 5. h. t.* sicut enim ob commerciorum utilitatem prudentibus placuit, ut volenti Creditori aliud pro alio solui, & solutio liberationem parere possit *l. 15. de iur. dot.* ita quid obstat quò minus res pro re, puta factum pro dato, aut datum pro facto, aut factum pro facto, utiliter constitui & constitutione obligationem producere queat? modo hoc fiat creditore volente *l. 54. §. 2. de V. O. l. 17. l. 20. C. de solut. l. 9. C. de resc. vend.* inuito enim uti non solui *l. 98. §. 6. de solu. l. 2. §. 1. in fin. de R. C.* ita nec constitui potest *Ant. Fab. ad d. l. 1. §. 5. h. t.* Cui consequens est si quis constituerit se pignus daturum aut fideiussorem, pro pecunia mutuo data teneri *l. 14. §. 1. h. t.* Sed & si Stichū debens mortuo Sticho pretium constituat, valet constitutum *l. 21. l. 23. h. t.* ita tamè si post moram constituatur: ante moram enim non obligabitur, quia Sticho ante moram aut citra culpam promissoris mortuo liberatur promissor *l. 5. de R. C. l. 33. de V. O. Duar. hic c. 2. circa fin.* Rursus ex eo quod diximus inuito creditori solui non posse inferitur: eum qui illud aut illud debet, & alterum constituit, alterū quod non constituit inuito creditori solvere non posse *l. 25. pr. h. t.* Et si n. in alternatiua obligatione, vbi nihil expressum, electio sit debitoris & alterum, etiam vilius, soluendo liberetur *§. 33. vers. huic l. de act. l. 10. §. 6. de iur. dot. fac. l. 52. mand. l. 4. d. trit. vin. ol. leg.* quia tamen elegit, eligendi iterum, voluntatem in fraudem Creditoris mutandi, non est ei concedenda potestas *d. l. 25. Duar. hic c. 4.* Quanquam ego beneficium hoc Creditori non ipso iure sed per oppositam tantum exceptionem concedendum esse arbitror *confer. th. 75.*

71. Dicitur ulterius in defn. **INTRA TEMPVS ALIQVOD.** Licet constitutum purè fieri possit, etiam eius debiti, quod fuit conditionale *l. 29. pr. h. t.* interpretatione tamen sua ICti effecerunt, vt non minus quàm decem dierum spatium adiunctum habeat *l. 21. §. 1. h. t. Hillig. ad Don. 15. cōm. 9 lit. D.* vnde re ipsa in diem videtur esse. Ratio verò illius interpretationis colligitur ex *d. §. 1.* quod alioquin ex constituto, statim vbi constitutum esset agi posset, quod fieri non potest: quia Prætor non simpliciter dat actionem, sed sub conditione, si is qui constituit, nec soluat nec quod constituit, faciat, atque ita in mora sit aut soluendi aut satisfaciendi *l. 16. §. 2. h. t. Frantz k. w. MSS. h. t.* Et hoc forte est ex quo inter alia dubitandi veteres ICti sumpserint ansam, an non hæc actio pœnalis esset, quæ quasi in pœnam fractæ fidei inducta fuisset *l. 18. §. pen. h. t.* dum per illam promissor non condemnetur, vt faciat quod promisit: sed ad id quod aduersarij interest quia non fecit *l. 14. §. 2. h. t. Ant. Fab. in d. l. 21. §. 1 h. t.* Sed hæc subtilia sunt, ait *Duar. hic c. 7. in fin.* Interim certum est ex *d. §. 2.* propter hanc conditionem tempus subesse debere quo lapso debitor dicatur esse in mora. postquam fieri non potest vt eodem tempore simul quis & obligetur & in mora constituatur *Frantz k. d. l.* Enimverò quemadmodum sub prædicta conditione Prætor hanc largitur actionem: ita eandem si per Creditorem steterit, aut ille in mora fuerit accipiendi, denegat *l. 16. §. 2. & seq. h. t.* Non quod mora obligationem perimat *l. 17. de per. & comm. rei vend.* sed quod deficiente conditione hæc actio non concedatur *Dd. in d. l. 16. & seqq. h. t. Frantz k. hic in fin.*

72. Subiunguntur istis verbis; hæc: **SE SOLVTVRVM.** Hæc ita accipe siue se siue alium pro se constituerit soluturum: Puta certam personam pro se fideiussuram *l. 14. §. 2. h. t.* Nec hoc casu factum alienum sed proprium constituisse intelligitur: id est, nihil aliud quam eam personam se fideiussorem daturum Et idem contingit in quavis cautione, quam quis præstare iure obstringitur *Bach. disp. 8. de act. th. 3. in fin.* Quod si tamen persona nominata fideiubere nolit: constituens ad interesse, aut ad aliam personam non minus idoneam præstandam tenebitur: nisi fortè aut aliud actum, aut persona fideiussura ante moram decesserit *d. §. 2.* Cui conclusioni non repugnat *l. 5 §. 4. h. t.* nam placet Iasonis relati à *Bach. d. th. 3. lit. D.* sententia qua *d. §. 4.* de eo qui Titium pro tertio soluturum constituerat, accipit. Quæ ipsa etiam meo quidem iudicio expressè ex verbis *d. §.* probari potest. Nam ponit quendam constituisse *alium soluturum, non se pro alio.* Vnde ego ista verba **NON SE** explicationis gratia adiecta, & cuidam quasi parenthesi includenda esse facilè crederem mallemq; omnia eisdem legi characteribus. Ratio autem huius in procliu est: quod constitutum prærequirat debitum. Hic autem nullum est in persona constituentis. Nec alteri quis obligationem acquirere potest: *per iura vulgata.*

73. Soluturum autem cum effectu intellige: nec enim liberatur debitor nisi soluat. Satisfactio igitur vel fideiussoris aut pignoris datio, quia modi
tol-

tollendi obligationem propriè non sunt *t. t. 1. quib. mod. toll. obl.* hic non sufficiunt. *l. 21. §. 2. h. t.* quamuis aliud sit si quis se saltem satisfacturum constituerit *d. l. 21. in fin.* aut consensus creditoris interueniat *supra th. 70.* Realis itaq; aut ficta extra hos casus interuenire debet solutio. Qua facta demum & prima, quæ mansit *l. 28. h. t. l. 3. de adm. rer. ad ciu. pert.* nec nouatione quadam perempta est, *arg. l. 1. de nou.* & altera, quæ ex constituto accessit obligatio tollitur: non tamen per litis contestationem *l. 18. §. fin. h. t.*

74. Soluturum etiam accipe siue ipsi constituenti siue alteri eius nomine. dummodo mandatum habeat, aut à Creditore, aut à lege, & igitur non mihi tantum, sed & procuratori meo: item Curatori, Tutori, Actori municipum & ciuitatis constitui potest. Et constituens procuratori, in personam eius verba constituti debet concipere, ita vt ei & obligatio & actio acquiratur *l. 5. §. 6. h. t.* quam tamen ille actione mandati Domino postea cedere tenetur *l. 49. §. 2. d. A. P.* vt Dominus utili possit experiri actione *Duar. hic c. 4.* In municipibus sanè Pupillis, minoribus, furiosisq; benignè & utilitatis gratia receptum, vt, si Actori municipum, vel Tutori, vel Curatori adolescentis aut furiosi, ita constituatur, municipibus, pupillo, minori, furiosoue utilis acquiratur, etiam sine cessione actio. quomodo accipiendam esse censeo *d. l. 5. §. 9. & l. 2. quand. ex fact. tut.*

75. Quid de adiecto dicemus? vna hoc non potest definiri conclusione. Ideòque distinctè proponendum. Et nimirum tres separandi sunt casus. I. Si cum prius stipulatus essem mihi aut Titio, postea iterum mihi aut Titio constituatur. II. Si cum prius mihi soli stipulatus essem, postea mihi aut Titio constitutum sit. III. Si cum prius mihi & Titio stipulatus essem postea mihi soli constitui faciam. Priori casu expediti iuris est, ipso iure contingere liberationem. De Altero casu respondet Ictus *in l. pen. h. t.* etsi Titio solutum sit; manere tamen soluentem ipso iure obligatum propria actione constitutæ pecuniæ. In quem textum Cuiac. *13. obs. 20.* falcem mittit & ignem & pro propria actione substituit priori actione scil. ex stipulatu. Iudicem hoc malè habiturum si viueret Ictum. Et itaque haut scio an non amplectenda potius Bach. coniectura *ad Treut. hic th. 11.* qui specialem in constituto rationem esse putat, propter quam, etsi secundum formam constituti adiecto soluat, ipso iure non contingat liberatio. Ideò scilicet quia constitutum utpote pactum æquitate nitatur, cui magis conueniat, vt ipsi Reo principali soluat, non adiecto, quippè ad quem res non pertineat. Tanto sanè hæc coniectura fit probabilior, quanto verius est stipulationem præcedentem, per constitutum nouari non posse *arg. l. 28. h. t. iuncta l. 1. de nou.* illâque in personam solius Creditoris collatâ, non potuisse solutione adiecto factâ, priorem actionem ex stipulatu consumi. Sed fortè solidior etiam ex paulo post *th. 78.* dicendis colligi poterit ratio. Enimuerò exceptio soluenti non est deneganda *d. l. pen.*

76. Tertius denique casus expeditam habet decisionem ex *l. 59. de solut.* Vbi dicitur, quod quamuis mihi de constituta competat actio adhuc tamen adiecto solui possit. At aliud videtur definire *l. 8. h. t.* Pro quo remouendo dubio Accurs. quem sequitur Ant. Fab. *5. coniect. 13.* & Gotofr. *ad d. l. 8. particu-* lam *d. l. SOLI* considerat, ex eaq; putat conciliationem peti posse. Sed fortè diuinat, & nimio opere aduersatur *d. l. 95.* Cuiac. itaque ad Paul. *in d. l. 8. & Duar. hic c. 4. in fin.* existimant per solutionem ita factam adiecto, ipso iure quidem soluentem non liberati, tenerique actione constitutoria, sed tamen per exceptionem debitori succurri. Hancq; conciliationem Bach. *ad Treut. hic th. 11.* subtilem appellat. Sed in quo illa subtilitas consistat non animaduerto. Enimuerò *d. l. 59* expressè definit adiecto adhuc rectè solui posse. Ergo sanè liberabitur debitor: nam verba in iure cum effectu accipimus *l. 1. quod quisq; iur.* Et obstat me iudice isti sententiæ *l. 9. h. t.* vbi dicitur soluenti per indebiti saltem succurri conditionem. Et itaque si repetitio ei solum concessa vtique exceptio videtur esse denegata: præsertim cum tutius sit exceptione se tueri, quàm in personam agere.

77. Nescio an non veriore (sit verecundè hoc dictum) hos textus conciliandi inire possim ratione, si dicam *in d. l. 8. h. t.* Ictum ad præcedentem nõ respicere stipulationem, neque eum casum quando initio quis sibi aut Titio stipulauerit, sed de eo tantum loqui facti specie, quando sibi aut Titio quis constitui fecerit, quod fortè soli sibi antea stipulatus erat. Et quid impedit, quo minus, textum ita accipiamus? Certè nullam is stipulationis facit mentionem. Ergo hoc posito casu, parata erit nobis responsio hæc. Cui constituitur vt sibi & Titio soluatur. ei si postea iterum constituatur sibi soli solui: & Titio solutum sit, eum saluam suam adhuc habere actionem, & debitorem adhuc obligatum manere, adeò, vt ne quidem exceptionem opponere possit, sed solam conditionem indebiti ex æquitate habeat *d. l. 8. & l. 9. h. t.* Qua ratione? Quia cum nudum tantum hic interuenerit pactum, prius per posterius ipso iure tolli potuit *l. 59. de pact. l. 12. C. eod.* Contra erit si quis initio sibi aut Titio stipulatus, postea sibi soli constitui faciat. nam cum hic civilis obligatio per posterius pactum, quod naturale ipso iure perimi non possit *l. 17. §. 2. l. 27. §. 2. de pact. §. 3. I. de excep. cõsequens est Titio adiecto rectè adhuc solui & liberationem contingere d. l. 59.* Quanquam replicationem pacti creditori hoc casu non nego *pr. I. de replic.* Sed nihil concludo. Doctorum hæc vt reliqua omnia expono iudicio. Pro bent, impro bent.

78. Confero me ad verba defin. sequentia PACTO NUDO. Nudo consensu hæc contrahitur obligatio *l. 27. h. t.* Et quidem vt iam supra dictum solorū contrahentium, *l. 27. h. t.* Qui consensus cum tam in præsentia quam in absentia per nuncium aut epistolam declarari possit, dubium non est, quin tam à præsentibus quàm absentibus rectè constituatur, *l. 14. §. fin. l. 24. l. 26. h. t. Heig. ad §. 9. I. de act. num. 18.* Et igitur nec verborum hic attendimus
scru-

scrupulositatem dummodò verba nō sint ἀπὸ οὐρανῶν concepta. *auth. si quando C. h. t. Nou. 115. c. 6.* (in quo rursus constitutum differt à stipulatione *Alciat. 2. paradox. 18. Duar. Cuiac. Donel. n. 4. ad l. 5. de V. O. Gædd. de contrah. stip. c. 4. n. 29. & seq.*) Nam prætor seu iuris seu verborum non adeo considerat solennitates. *Pac. in rubr. C. h. t. n. 4.* Et quid si ig tur per modum stipulationis fiat constitutum? hoc modo: Constituis te soluturum? Constituo. An actio ex constituto? an ex stipulatione? an vtraque dabitur? Intricatè hac de re disputant Interpretes. Nihil absurdi habet si dicamus, postquam prætor actionem ex constituto admisit, vtramque concurrere actionem, etiam ea ratione quod per constitutum prior obligatio non nouetur. *d. l. 28. h. t. Bach. d. disp. 8. de act. th. 3. lit. C.* Ita tamen vt vna harum actionum cum vtraque rei persecutoria sit, alteram consumat. *arg. l. 38. §. 1. pro soc. non quidem electione, aut litis contestatione, sed solutione secuta arg. l. 18. §. fin. vbi in simili Costal. h. t.* Ceteroquin si cui ista non placeat opinio, manet nihilominus utilitas constituti. Cum sæpè accidat, vt quis citra formam stipulationis vel pro se vel pro alio constituat. Quomodo etiam si quâ fortè in parte inutilis sit stipulatio, actio constituti locum habere poterit. Etiam tum quando quis interroganti an constituat se soluturum? annu erit saltem se id facturum. Vt contra Iason. & Dd. communiter existimat Bach. *ad §. 9. l. de act. n. 2.*

79. Superest verbum PROMISIT. Promisit intellige siue pure siue sub conditione. Imo etiam si purè debeat sub conditione constitui potest. *l. 19 §. 1. h. t.* Ita tamen vt si exstiterit conditio, utilis tantum detur actio. *d. §. 1.* Quam utilem actionem non accipio cum Gotofr. de efficaci, sed cum Duar. *hic, cap. 4. p. m. 88. col. 1.* de utili quæ opponatur directæ. Sed quæ tum est ratio, cur post euentum conditionis utilis, non directæ detur actio? Respondet Duar. *d. col. 1.* quia propriè constitutum non est, quod sub conditione fit. Constituti enim hunc tantum esse finem, vt differat exactionem. Conditionem autem adiectam, non tantum exactionem respicere, sed ipsam etiam obligationis substantiam. Imo, quod addo, ex debito facit quodammodo non debitum *vide supra th. 69.* Sed & eodem an alio loco se soluturum promittat, nihil interest. *l. 5. h. t.* (in qua lege occurrit antinomia quædam inter *l. 8. de iud. & d. l. 5. §. 1.* quam benè componit Cuiac. *13. obseru. 17. & in Papini. ad l. 39. §. 1. de iud.* quo digitum intendisse nunc satis est) Nec hoc quidem refert eadem an alia die se soluturum constituat. Certamne quantitatem exprimat an non. *l. 14. pr. h. t.* Nec vlla hic incertitudo. Cum enim ad aliam constitutum semper referatur obligationem, ex præcedenti, quid debitum sit, facile apparere poterit obligatione. *Duar. d. c. 4.*

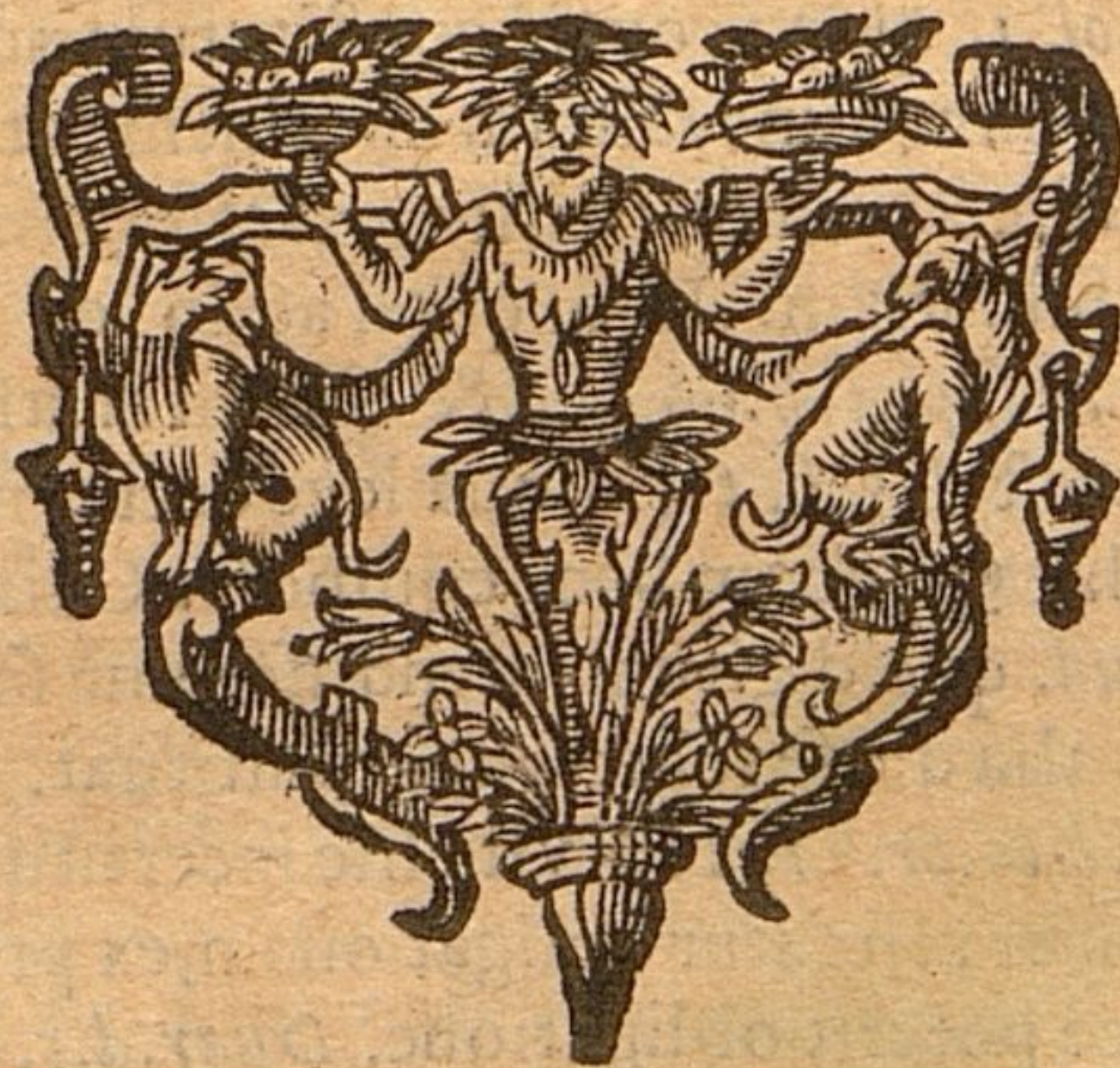
80. Illud quasi in mantifæ hic addendum est vicem. Peti nonnunquam hac actione æstimationem, etsi constituta non sit. Quando scilicet quis se facturum promisit, & moram committit, tum enim tenetur ad pecuniam.

niam. l. 72. ubi *Duar. de V. O. l. 13. de re iud.* Datur tamen moræ purgandæ facultas, donec iudicium acceptum fit. l. 16. §. 4. l. seq. h. t. *Duar. hic. c. 7. & ad l. 23. de V. O.* Sed nec illud prætereundum actionem hanc utpote rei persecutoriam transire ad heredes tam debitoris quam creditoris l. 1. & 2. C. h. t. quod pulchrè per exempla declarat *Duar. hic. c. 8.* quo me remitto. Perpetua etiam est hæc actio d. l. 1. C. h. t. l. 3. l. 4. C. de præscr. 30. vel. 40. annor. Et stricti iuris. Quæ tamen per loci adiectionem possit fieri arbitraria. l. 16. h. t. *Oldend. cl. 4. act. 8.*

Π Α Ρ Α Δ Ο Ξ Ο Ν .

Bonum foret & iudicium subsellijs, per quam commodum; si vetus stipulationis solemnitas quæ per constitutionem Leonianam à Romanis Legibus iussa est exulare, in pristinos lares & focos restitueretur.

F I N I S .



X 2874408

94 A 7386

VD 17

