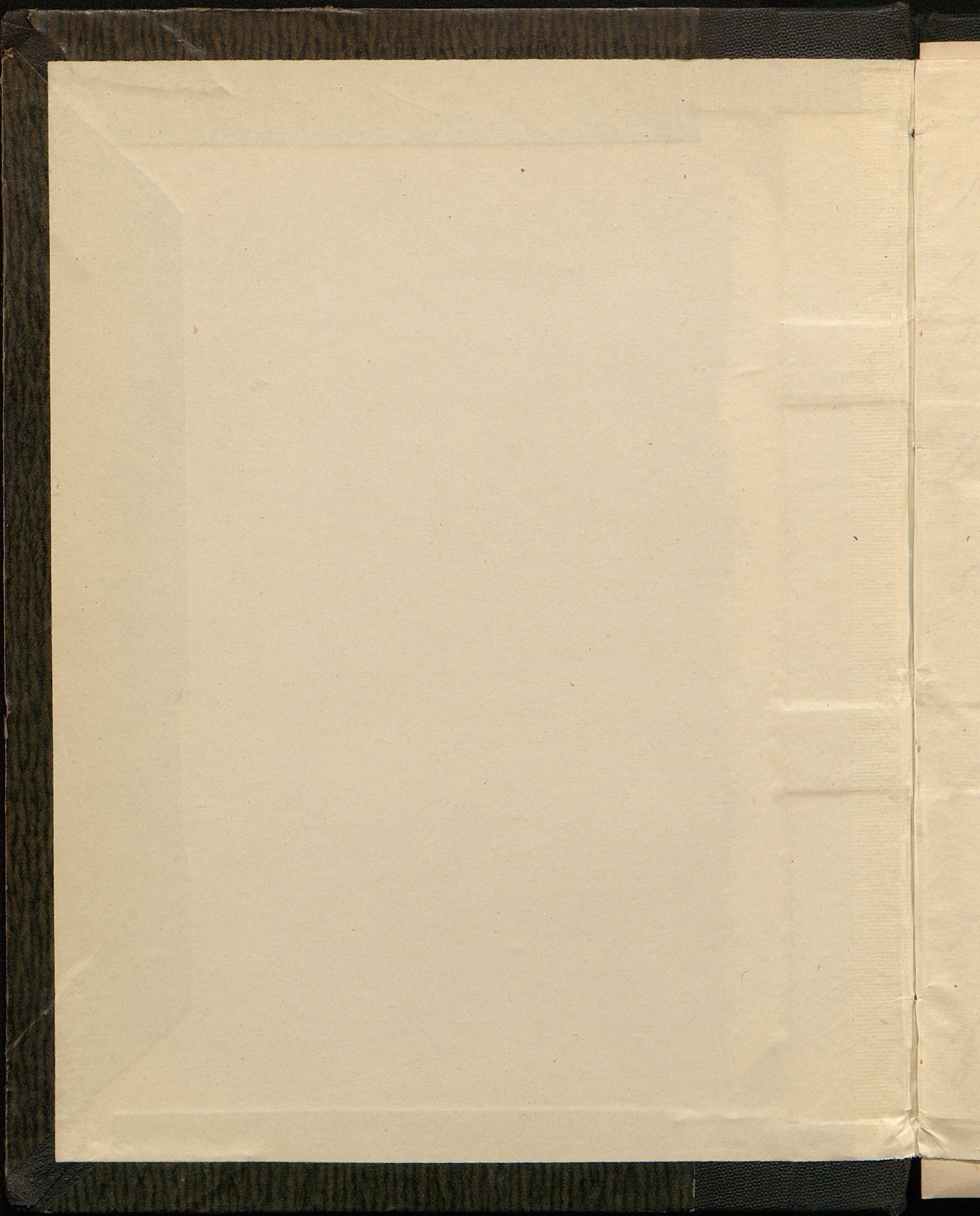


1 a

B





1613, 5

12

18

Disceptatio
AD DIFFICILIO-
RES PANDECTA-
RUM LEGES.

Quam.

A. D. T. O. M.

Et

APPROBANTE INCLYTO
CELEBERR: ACAD: JENENSIS
JCTORUM ORDINE.

SUB PRÆSIDIO

VIRI CLARISS: ET CONSULTISS:

DN. PETRI THEODORICI,
J. U. D. ET PROFESS: PUBLICI,

Pro consequendo summo in utroq; Jure gradu.

Ad D. 6. Martij hora locoq; consuetis,
proponet

A D A M U S H E R R E
W U R T Z E N S I S.

J E N Æ

TYPIS JOHANNIS WEIDNERI,

Anno clō Iōc XIII.





Magnifico, Nobiliss. & strenuo Viro,
Dn. ESAIÆ à Branden-
stein/ in Knaow/ Oppurg/ Grüna
& Krowitz.

Sereniss: ac Potentiss: Electoris Saxon: &c.
Consiliario intimo, Nec non Judicii Electoralis
supremi, quod Lipsiæ est, Præsidi eminentissimo.

ET

Amplissimo & Consultissimo Viro,
Dn. THEODORO MÖSTELIO
J. U. D. Ejusdemque Sereniss: Electoris
Saxoniae à Consiliis Appellationum digniss:
Reip. Lips: Consuli Prudentissimo, & Scabinatus
ibidem Assessori,

*Dom: & Patron: suis submissè &
reverenter colendis.*

Disputationem hanc inauguralem
Debitæ observantiæ & gratitudinis tesseram

Offert

Adamus Herr

Respond.

I.
Ad 3. ff. de Jurisd.



Jurisdictio in genere accepta, est potestas publica, cognoscendi de causis: (a) quarum respectu in criminalem & civilem dividitur. (b) Illa versatur in causarum criminalium cognitione & coërcitione, & communiter vocatur merum imperium, quod simplex sit, nec jurisdictioni cohareat: quemadmodum dicimus merum factum, merum jus gentium, meram poenam, meram rationem, (c) hac in civilium causarum cognitione consistit, & modò mixtum imperium, modò jurisdictio in specie vocatur. (d) Mixtum quidem imperium, quando jurisdictioni cohaeret ejus tuenda vel explicanda causa. (e) Jurisdictio verò, quando ad nudam causarum cognitionem respicimus, qua tamen & ipsa, ne elusoria reddatur, semper mixtum imperium sibi additum, ex quâdam consequentiâ habet. (f) Etsi autem Imperium & Jurisdictio sibi invicem ita cohaereant, ut ferè divelli ac separari nequeant: Quia tamen in illâ mixturâ interdum magis eminent imperium, interdum magis Jurisdictio excellit, occultatur verò imperium, duo q: gradus constitui possunt: Unus, qui continet magis ea, quæ sunt imperij, quàm jurisdictionis. (g) Alter, qui continet magis ea, quæ sunt jurisdictionis, quàm imperij. (f)


a) l. i. in prin. & ibi glos. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jur. l. 2. §. & quia ff. de orig. jur. Loriot: de apic. jur. tract. 2. axiom. 2. 3. & 26. Scipio Gent: de jurisd. lib. 1. cap. 2. Nicol. Bell: lib. 3. supput. jur. cap. 6. l. potestatis verbum 215, & ibi Goedd. ff.



V. S. Govean: lib. 2. de jurisd. n. 58. cum seqq. b) d. l. i. de officio
ejus, cui mand. est jurisd. d. l. 3. l. unic. C. de off. Proconsul. l. 5.
§. 1. C. de jurisd. omn. jud. c) l. 3. hoc tit. l. i. §. verius & §. fin. de
off. ejus, cui mand. est jurisd. l. 98. §. mihi Romæ. desolut. l. bona
fides. depositi. l. unica. in fin. si quid jus dicent. non obtemp. l. si
mandavero. mand. Loriot. de apic. jur. tract. 2. axiom. 4. Egui.
Bar. ad l. 3. de jurisd. Imperium itaque hoc merum vocatur, non quod sit
summum, supremum atque perfectum, ut voluit Optinellus, neque quod
sit liberum, ut voluit Bartolus & Alciatus, sed quod sit purum & sim-
plex, nec jurisdictioni adhareat, d. l. i. de off. ejus, cui mand. Non n.
ejus intuitu vel jure Magistratus, sed ex speciali legis concessione competit.
Tàm moderata, inquit Cicero, judicia apud Romanos fuerunt, &
ut ne cognitio & pœna capitis cum pecuniâ conjungeretur: &
ut de capite Civis Romani non nisi latâ lege jus dici, & exe-
cutio fieri posset. Mandata igitur vel concessa jurisdictione non transit
imperium, quod est merum, (intellige quoad Romanum, non quoad no-
strum forum, Cach. decis. 101. n. 5. Paris: consil. 9. n. 1. cum seqq.)
quod ijs concedatur, qui pro suâ sapientiâ non aliter de rebus magnis judi-
caturi sint, quàm populus ipse vel Princeps. Nam & jure Pontificum con-
stitutum est, Generali sermone non comprehendere ea, quæ specialem conces-
sionem desiderant, C. Quod translatione de off. leg. Et specialiter
quædam ita solent mandari, ut alijs mandari nequeant. Fides enim &
sapientia mandatarij ex qualitate negotij electa videtur, c. quoniam A-
postolica de off. deleg. d) l. 2. 3. l. 16. 17. de jurisd. l. i. §. 1. de officio
ejus, cui mand. est jurisd. e) Mixtum imperium vocatur, non quod de
mero & mixto imperio participet, ut voluit Decius, quo nomine etiam
rectè reprehenditur à Bellono lib. 3. supput. c. 5. sed quod jurisdictioni
insit vel cohareat, d. l. 3. h. t. l. fin. de off. ejus, cui mand. est jurisd.
Inest jurisdictioni, cum per se & principaliter potestas atque jus imperij
exercetur, prævia tamen cause cognitione, quod accidit in bonorum pos-
sessione, d. l. 3. vel quando prætor in integrum restituit, Menoch. de
arb. jud. quæst. q. 74. n. 20. lib. 1. Cohæret, cum non per se, sed causâ
illius jurisdictionis exequendæ exercetur, litiq; motæ subservit, ne jurisdic-
tio efficiatur elusoria, quo casu magis est subsidium jurisdictionis, quàm ipsa
jurisdictio, l. 2. de jurisd. & d. l. ult. de off. ejus, cui mand. l. unic. si
quis jus dic. non obtemp. Loriot: d. in loc. axiom. 30. Eguin. Bar.
ad

ad l. 5. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. Bellon. lib. 3. supp. c. 5.
 f) Unde Dionysius Halicarnasseus mixtum imperium consequens magistratus esse dicit. Quia omnis Magistratus, qui jurisdictionem habet, simul hoc imperium quoque per quandam concomitantiam accipit, quod eam tueri possit, d. l. 2. h. t. l. fin. de off. ejus, cui mand. l. unic. in pr. si quis jus dic. non obtemper. g) Veluti sunt ea, in quibus magis conspicitur maiestas Prætoris, ut jubere caveri prætoriam stipulatione, in possessionem mittere ex decreto, & jubere possidere ex secundo, l. 4. h. t. l. ea, quæ ad municip. Anton: Fab: in rational. ad d. l. 4. Eguin. Bar. ad l. 5. de off. ejus, cui mand. est jurisd. Loriot. de apic. jur. tract. 2. axiom. 23. Scipio Gent. lib. 1. de jurisd. c. 3. Hæc enim omnia prætor magis facit imperiosè, quàm juridicè. b) Veluti actiones dare litigantibus, auctoritatem accommodare, l. 1. hoc tit. Eguin: Bar: ad l. 4. hoc tit. Atque hæc de jure civili procedunt. De Jure Saxonico, quo utimur, aliter se res habet. Nam ex jure due tantum sunt jurisd. species: Una inferior & illa comprehendit omnes causas pecuniarias. Item, injurias personales & reales usque ad vulnerationem vel effusionem sanguinis, vulgò Erbgericht. Item, Niedergericht, Landr. art. 13. & ibi gl. lib. 2. & in art. 28. ejusdem libri. Altera superior & continet omnes causas sanguinum & alias criminales, usque ad vulnerationem inclusivè. Nostro idiomate vocamus die Obergerichte. Item, Peinliche Gerichte vnd Halsgerichte. Item, Blutbann. Vide Col. de process. execut. part. 2. cap. 1. n. 125. cum seqq.

II.
 Ad l. 7. de Pact.

 *Conventio omnis vel est publica vel privata.) Privata vel est Jurisgentium vel est Legitima. (a) Jurisgentium conventiones aut speciale nomen assumunt, aut stant in generali conventionis nomine, (b) quæ posteriori interdum præter conventionem aliam obligationis causam veluti dationem & factum habent, (c) interdum nuda sunt & ob-*
 A 3 liga-



ligationem civilem non producant. (d) Quin imò interdum formant actionem, ut in bona fidei judicijs: solemus enim dicere: Pacta conventa inesse bona fidei judicijs. (e) Sed hoc ita accipiendum est, si in continentibus in negotio contrahendo apposita fuerint. (f) Nam ex intervallo adjecta actionem non pariunt, ne ex pacto actio nascatur: nisi circa essentialia contractus re adhuc integra fuerint apposita. (g)

a) l. conventionum 5. ff. de pact. l. legitima 6. ff. eod. b) l. 1. §. fin. l. 7. §. 1. & 2. 4. ff. eod. Quae causam praeter conventionem habent, sunt, quae intra verba sola primumque promissum non steterunt, sed datione vel facto effectum sumserunt, d. l. 7. §. 4. quas Paulus beneficio manumissionis in l. naturalis de praes. Ver. ad quatuor articulos revocat: aut enim do, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias. Do, ut des, est contractus innominatus, qui re data, ut vicissim alia res detur, perficitur. Do, ut facias, qui rei traditione, ut quid vicissim fiat, Facio, ut des, qui facti praestatione, ut vicissim quid detur, Facio, ut facias, qui facti praestatione, ut vicissim quid fiat, perficitur, Gœdd. de contrah. stipul. c. i. n. 63. Datur ex his contractibus actio in factum civile sive P. V. qua vel ad implementum contractus, vel ad id, quod interest, agimus, toto tit. de praescript. verb. Unde, si dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumitteres: & manumisisti, & is, quem dedi, evictus est, non datur actio in factum Praetoria, ut voluit Julianus, sed sufficit civilis incerti actio, h. e. praesc. verb. Adest enim synallagma, Unde haec nascitur actio. Julianus in proposita facti specie in factum praetoriam actionem concedebat, si ignorans, quis dederat: Postea à Mauricio admonitus, in factum civilem concessit, l. 2. §. 2. de pact. l. 5. §. 2. de praes. Laudandum hoc est, in veteribus Juris, quod ea, quae ab initio minus rectè scripserint, postea meliori juris ratione, & aliorum auctoritate adducti, saepe mutaverint. Variavit alibi Scævola: sententiam non semel mutavit Papin. Sed huic sententiae Ulpiani de actione in factum civili graviter videtur obstare, quod Paul. dicit in l. Naturalis §. Quod si faciã de praesc. ver. nulla dari civilem actionem, sed de dolo necessarium esse, cum tamen & ibi synallagma adsit, unde civilis oriri possit actio. Nodus hic praestantissima quoque ingenia exercuit, ut Paulus Castrensis ipsius difficultate & subtilitate perter-

perterritus exclamaverit, Ipsum Jurisconsultum Paulum, si revivisceret,
hic facti negotij inventurum esse, Matth. lib. 1. de via & rat. jur. cap. 6.
Durum est ex sententia Dd. Paulum de civili directa & ordinaria intelli-
gere, q: sui ipsius immemor in eadem vocabuli significatione non permanse-
rit, qui tamen totius ob rem tractatum sibi inspiciendum proposuit, ut ve-
rissimile non sit, eum omisisse, quod maxime in dubium verti potuit. Glos-
sographi & fere omnes distinguunt inter facta utilia & inutilia: priori
modo actionem præsc. verb. concedunt. Posteriori de dolo, Giphanius di-
stinguit utrum contractus incertus similitudinem cum certo vel non habeat.
Ex similibus dicit dari actionem præsc. verb. que non nascatur, nisi ex ci-
vili causa. Ex dissimilibus de dolo vel in factum Prætoriam: Rationem sub-
jungit: Quia & aliàs in jure ex simili & pari causa idem jus oriatur, l. il-
lud l. si ex plagis §. in clivø ad L. Aquil. & Paulus hanc similitudi-
nem totà fere lege consideret. Que sententia etiam fuit Cujacii, quamvis
Giphanii, meliori nitatur colore. Hujus rationis & sententiæ etsi pudeat
Hortensium, nihilo felicius se tamen expedit, & dum solus victor emeruisse
putat, deterius cæteris intellexit, & vastius naufragium fecit, ut in simili
loquitur Johannes Marcus Aquilinus. Donellus distinguit utrum
agatur ad facti revocationem, an ad implementum contractus. Priori mo-
do de dolo, posteriori præsc. verb. actionem concedit, que sententia subtili-
or, quàm verior est. Utrumque enim interesse potest consequi præscript.
verb. actione, Fulgosius præceptorem secutus Castellionem de dolo dat.
si dolus subsit, si non, in factum civilem. Et hanc sententiam sequitur Coraf.
12. miscell. cap. 10. cont. 13. disput. jur. civil. Duaren. ad l. 7. §. 2.
de pact. Nos verba Pauli retinentes eo in casu, quo loquitur, solam de dolo
actionem competere putamus. Qui enim cessat dare, posteaquam alterum
ad manumittendum induxit, in dolo versatur, & fraudulentè agit, ru-
pta fide conventionis. Unde non potest adversus ipsum alia actio, quàm de
dolo competere, cum dolus in judicijs strictis ex ipso contractu non vindice-
tur, l. cum proponas C. de dolo mal. l. solent de præsc. verb. l.
10. & 11. de minoribus l. de dolo malo C. de inut. stip. l. si quis 36.
de verb. oblig. l. & eleganter §. 3. de dol. Olim dolus tantùm legibus
vindicabatur, non ex contractibus. L. quidem 12. tabul. nominatim tutoris
dolus, Lege Lectoria circumscriptio adolescentum: postea interpretatio-
ne prudentum hæc leges productæ sunt ad consequentiam, ut dolus etiam ex
judicijs vindicari posset, quibus ex bonâ fide adderetur. In cæteris judicijs
dolus

dolus omninò impunitus erat, antequam Gallus Aquilius de dolo formulas pertulisset, Cic. lib. 3. offic. Ex quibus apparet, dolum jure civili in bonæ fidei judicijs vindicari: in cæteris, jure tantum prætorio scilicet, per actionem vel exceptionem doli. Id quod luculenter exprimit idem Cicero lib. 1. off. Jam illis promissis non standum esse, quis non videt, quæ coactus metu aut dolo quis promiserit: quæ quidem pleraque jure prætorio liberantur, nonnulla legibus, Eguin. Baro ad §. actionum Instit. de act. Et ad l. 7. §. 2. de dolo mal. d) nude vocantur, non quod ipsis opponuntur restita, sed quod nuda pactiois æquitate constent, nec causam dationem aut factum præter conventionem in se habeant, unde civilis possit oriri obligatio, l. 7. §. 4. & toto tit. de pact. l. 10. & 20. C. eod. l. ex placito C. de rer. permut. Nudum enim in jure dicimus, quod solum est & merum, cui plenum vel mixtum potius opponatur, quemadmodum dicimus nudam proprietatem ad differentiam plene, nudam cautionem ad differentiam fidejussorie, l. videamus 19. de usur. l. stipulatio ista 38. §. 3. de verb. oblig. l. 1. Unde cognati. Ex pactis nudis ejusmodi non datur actio, sed tantum exceptio ex æquitate naturali, qua prætor motus pacta tuetur ea ratione, qua potest, nempe exceptione: l. 1. de pact. l. 1. de const. pecun. Actioe cur ea non tuetur, ratio est, ne faciat contra jus civile, cuius minister est, l. socio. de test. l. 8. de just. & jur. Quo jure ex pacto non datur actio. Sed quid de contractibus nominatis dicendum, qui solo consensu constant, an & illi hac ratione erunt nuda pacta, & obligationem non producent, quippe cum nec dationem nec factum in se habeant? Donell. ad l. 10. C. de pact. nudum dici putat non tantum ratione cause, sed etiam nominis, ut nudum non sit pactum, cui certum nomen est. Et hac sententia etiam fuit Angeli Mattheacii de via & rat. juris cap. 6. n. 27. Sed adversatur ipsis, quod ex his conventionibus, quæ nomen suum habet, nudo consensu, nuda contrahentium voluntate obligatio constitui dicatur, l. 1. §. 2. de rer. permut. Causa obligationis vero in iis non est nomen, ut Jason putavit & Glossographi, (neque enim jus in verbis, sed in rebus positum est) sed utilitas publica. Hæ enim conventiones, quia præter cæteras ad vitam & commercia hominum necessariae magisq; frequentes erant, & ad continendam Rempubli cam facere videbantur, receptæ & Romanis & ad agendum habitatæ sunt: Et si præter conventionem nihil datum vel factum sit: Reliquas conventiones Romani extra rem & factum honestæ cujusque voluntati sine vi agendi reliquerunt, ne litis immodicè cesserent, Duar.

Duar. ad l. 7. de pact. & de constit. pecun. cap. 1. & de condict. caus. dat. Et certè nullus esset litium suis, omnia fora streperent, ut loquitur Seneca, si quolibet etiam leviter promissa homines servare cogentur, Duar: ad tit. de pact. Conan, lib. 2. c. 5. & 6. & Donel. ad l. 10. n. 21. C. de pact. afferunt alias rationes partim ex periculo rei familiaris, partim ex virtutis ratione desumptas; sed hæ naturales potius sunt, quàm civiles, omnes tamen veræ. e) Pacta in continenti facta dicuntur, quando actus est continuus ex contractu & pacto constans, l. continuus de Verb. oblig. Eadem in ingressu contractus, in initio, in contrahendo fieri dicuntur, l. in emptionibus de pact. inter emt. l. 2. Co. eod. Rævard, lib. 2. varior. jur, cap. 1. n. 11. Pacta itaque in continenti apposita insunt judicijs bonæ fidei ex æquitate iudicij, ita ut iudex propter clausulam ex bonâ fide formulæ insertam possit etiam habere rationem pactorum conventorum ex officio, quamvis in jure nõ contestata, nec in iudicium addita sint, l. hujusmodi deleg. 1. l. 3. de rescind. vendit. secus est in strictis judicijs, quibus exceptiones non insunt, nisi in jure contestate, & in iudicium addite. Id quod ad morem veterem iudiciorum totū spectat. Olim prætor ex contractu stricti juris aditus nunc purum dabat iudicium, nunc exceptionem in iudicium postulante adversario addebat. Priori modo potestas iudicis omnis sic intra formulæ terminos concludebatur, ut fas ei non esset vel latum unguem ab ejus præscripto recedere, tamen si fortè id æquum esse judicaret Duar. ad tit. de in lit. jur. n. 12. in fine. Quare etsi reus conventus ex iudicio stricto pro se haberet æquitatem, justa aliqua fretus exceptione, nihilominus, si verè debebat, condemnandus veniebat: quod purum esset datum & sine exceptione iudicium: Posteriori modo iudex rationem exceptionis habebat, non quidem ex officio vel iudicij æquitate, sed quod in formulam iudicij adita esset, Anton. Fab. 15. conject. 2. Diversum erat in bonæ fidei judicijs, ubi non oportebat reum exceptiones competentes in jure apud prætorem contestari, quod illas tacitè contineret iudicium b. f. l. hujusmodi deleg. 1. l. 3. de rescind. vend. l. 3. ad exhib. Et iudex propter clausulam ex bonâ fide formulæ insertam pleniorē sibi potestatem ex æquo & bono arbitrari intelligeret concessam, Eguin: Baro ad l. Lecta de reb. cred. & l. 7. §. 5. hoc tit. f) Ex intervallo contractibus bonæ fidei apposita pacta ex parte rei tantum non actoris insunt, quia propter remotionem non possunt contractus jam antè perfecti & constituti partes videri, & proindè veram pactorum naturam retinent, quæ est pa-

B

rere



vere actionem, d. l. 7. §. 5. hoc tit. nisi reintegrâ circa essentialia appo-
nantur; tum enim renovant, reformant contractum; Et interdum totam
obligationem tollunt, veluti emti, interdum pro parte tantum. Potest enim
pro parte recedi ab emtione, q: repetita partis emptione, sive ut legunt pa-
ctis, l. 7. §. adeo autem l. 27. §. 2. de pact. l. pacta conventa de
contrah. emt. l. 2. 3. de rescind. vend. conc. i. disput. jur. civil. ca.
17. Connan. lib. 5. cap. 2. Rævard. cap. 1. lib. 2. var. jur. Sed hæc, ut di-
ximus, procedunt, si re integra interponantur: nam postquam implemen-
tum secutum est, ad actionem non proficiunt. Exempli gratia: Si emtione
ita contracta, ut fundus centum aureis emtus sit, req^z utraque ex parte in-
tegra postea convenerit, ut idem fundus ducentis & quinquaginta aureis
emtus sit, tota obligatio sublata est, nec pacto postea facto resuscitatur, sed
valet ad novum contractum; hocq^z pactum, quia essentialia emptionis &
venditionis concernit, nudum non est, sed verus germanusq^z contractus ef-
ficatur, d. l. 2. de rescind. vend. Ubi verò res jam secuta est, nullius mo-
menti est pactum, quoniam ex nudo pacto actio non nascitur. Quod si ut di-
midia tantum pars empta sit, convenerit, quodam modo repetita est partis
emptio, contractusq^z magis reformatus & renovatus intelligitur, quam to-
tus sublatus, d. l. 7. §. adeo & jam alleg. textib: Eguin. Baro ad d. l.
7. Hotom: q. ill. 36. Glossographi hic multa disputant de pactis refor-
mantibus & transformantibus, à quibus distinguunt pacta informantia,
Corr. lib. 3. Miscel. cap. 10. & latè Gabriel Mudæus ad l. Quod
sapè de contract. empt. Ubi & pacta quedam reformantia & confor-
mantia affert. Credo, inquit Giphanius, si plures prepositiones reperiis-
sent, plura quoque pactorum genera fabricassent.

III.

Ad l. Vinum de reb. cred.

† si obligatio pura est.

Nineunda rei debita aestimatione in
 judiciis stricti juris tempus litis contestate in bone
 fidei tempus rei judicande inspicimus (a) Cum &
 in his ex bona fide tempus mora & ex juris ratione litis con-
 testate

testata, si eo tempore res plaris fuerit (b) Quod si verò de die tacitè vel expressè conventum sit, tanti res aestimatur, quanti sua die fuit. (c)

a) Si res debita in iudicio petatur, cuius temporis aestimatio fieri debeat, questio est non modò Interpp. sed etiam ipsorum Prudentum pugnis nobilitata, obtinuit autem omnium verè votis & suffragijs hæc sententia: in stricti juris iudiciis litis contestate, in bonæ fidei tempus rei iudicandæ inspiciendum esse, nisi mora contestationem præcesserit, quo casu & tempus mortis & condemnationis irrogandæ inspiciendum esse putant, utro tempore scilicet plaris fuerit nulla facta distinctioe, inter contractus bonæ fidei & stricti juris, d. l. vinum l. penult. & ult. de cond. trit. l. 3. §. 2. ff. commod. 37. Mandati. Sententia hæc et si magno nitatur colore, cum iuris tamen ratione non convenit. In strictis enim iudiciis, si obligatio pura est, aestimatio tantùm ad litis contestate, non mora vel condemnationis irrogandæ refertur, d. l. 3. §. 2. commod. d. l. 37. l. ult. de cond. trit. & d. l. vinum. Nam quamvis mora in strictis iudiciis obligationem perpetuare possit, & periculum in debitorem morosum rejicere, ut is ad rem peremptã æquè teneatur, ac si adhuc extaret, l. si ex legati 23. l. 91. §. sequitur de V. O. l. videamus 38. §. si actionem 7. de usur. Ob eam tamen aestimatio rei debite non augetur, non magis quàm ut ex iudiciis strictis aut fructus aut usura aliæq; accessiones à die moræ præstentur, Anton: Fab: 16. conject: cap. 2. In bonæ fidei iudiciis verò non tantùm ad litis contestate, sed etiam moræ & condemnationis irrogandæ tempus aestimatio reducitur: si eo tempore res plaris fuerit, & ita in illis quo ad aestimationem, spectatur, utro tempore res plaris fuerit, l. 3. §. 3. ff. de act. emt. que aestimandi ratio non tã ex jure obligationis, quàm æquitate & bona fide est, que suadet etiam aliorum temporum rationem haberi, §. in bonæ fidei Inst. de act. Quia sive data fuisset res tempore, quo petita fuit, haberet eam creditor iam tempore condemnationis, quo fortè plaris res vendi potest; sive data res non sit, saltem hodie dari debet, hoc est, tempore condemnationis, l. 21. §. 3. de act. empt. Quæ ratio, que iudicii æquitas & bonæ fidei exuberantia, quia in iudiciis strictis cessat, fit ut in illis non nisi litis contestate tempus inspiciatur. Et si enim in illis mora etiam ante litis contestationem possit intervenire: illa tamen obligationem non facit pinguiorem, nec movet officium iudicis, ut accessionibus augeat ex bonæ fidei & æquitate condemnationem, cum eorum natura talis sit, ut eiusmodi iudicis

arbitrium & officium non admittat, Anton. Fab. 16. conject. cap. 2.
l. quæro. Locati l. qui per collusionem. §. ult. de act. emt. Nam
quomodo fieri potest, ut iudex addictus iudicio stricto puta actioni ex stipu-
latu, & ita verbis ipsis stipulationis, rationem habeat moræ precedentis.
Cum itaque potestas iudicis in strictis iudiciis sit angustis strictisq; finibus
inclusa, certè in illis ad nullum aliud tempus, quàm litis contestatæ esti-
matio referri potest: sive mora contestationem præcesserit, sive secuta fuerit.
Quomodo enim iudex, quem formula includit & certos, quos non exce-
dat, terminos ponit, de alio cognoscere & pronunciare potest, quàm quod
in iudicium deductum est? Non verò æstimatio petitur, sed illa ipsa res de-
bita: quæ & si perempta est, perinde tamen petenda est, ac si adhuc exta-
ret. Talis igitur tantaq; præstanda est, qualis quantaq; est, cum petitur,
l. 2. de usur. Et ita ea æstimatio præstanda est, quæ fuit, cum res pete-
retur. In strictis itaque iudiciis præcisè tempus litis contestatæ: in b. f. etiã
rei iudicandæ & moræ inspicitur, si eo tempore, quo sententia redditur, vel
lis in condemnationem deducitur, res pluri fuerit, inspicitur. Ratio quare
in his ut in strictis non præcisè tempus iudicii accepti spectetur, est, quod in
b. f. iudiciis non tam quid debeat & in obligatione sit, inspiciatur, quàm
quod ex bonæ fidei præstari conveniat. Sed quid est, quod in l. penul.
de condict. tut. Ulpianus in ea actione ratione æstimationis tempus conde-
mnationis spectandum esse dicit: Durus certè nodus, qui multis præstantis-
simis ingenijs negotium fecit, & Interpp. tenebras offudit, Duar. distinguit
utrum queratur de æstimatione & precio rei propter mutationem, quæ
accessit ipsi rei, ut quia deterior aut melior facta est, an verò de æstima-
tione rei, non propter statum rei mutatum, sed quia propter locum aut tem-
pus mutata sit eius æstimatio, ut in rebus frugilibus. Priori in casu dicit lo-
qui d. l. p. Alij distinguunt inter genus & speciem: Priori modo putant æsti-
mationem ad litis contestatæ: Posteriori ad condemnationis tempus re-
ferendam esse, quæ sententia olim fuit etiam Irnerii ab Hott. expressa
q. 16. illust. quæst. Sed utrique adversatur, l. ult. de cond. tut. quæ li-
cet de vino, oleo, frumento loquatur, subiicit tamen ibi Gaius, idem iuris
de cæteris rebus esse, quæ verba satis generalia, si quis ad cæteras res similes
quæ mercis appellatione continentur, restringere velit, facit & vim legi
& iniuriam juris rationi, Anton. Fab. 16. conject. cap. 12. Cujac. ad
Affric. in explic. l. 37. Mandati. Castrens. Bart. & alii distinguunt inter
terminum à quo, & terminum ad quem. Et dicunt l. fin. de cond. trit.
& l.

& l. vinum. considerare terminum, ex quo incipere debeat rei petite aestimatio. L. penult. loqui de termino ad quem, quousque scilicet aestimationis ratio haberi possint. Sed refelluntur ex d. l. vinum, quae vult precise inspiciendum esse tempus litis contestatae, quoad condemnationem, non intermedium inter illud & condemnationem, & d. l. penult. quae non dicit aestimationem fieri usque ad condemnationem, sed condemnationis tempus inspiciendum esse. Et si haec sententia subsisteret, sequeretur etiam eiusmodi temporis, quod inter moram, sive iudicalem, sive extraiudicalem, & condemnationem intercedit rationem habendam esse, cum tamen aestimatio ad nullum aliud accommodari possit, quam quo res vel petitur in iudicio aut extra iudicium, vel adiudicatur. Id quod Ulpianus exprimit in l. 3. §. ult. de act. empt. per verba utro tempore res pluris fuerit aut mora aut condemnationis, non dicit, quanti plurimi res fuerit à tempore mora, Anton. Fab. 16. conject. cap. 4. dicit in d. l. penul. Ulpian. non de re iudicanda, sed iam iudicata, nec de illo genere, cuius temporis rationem iudex habere debeat, cum debitor, qui rem ipsam prestare non potest, ad eius aestimationem condemnandus venit, sed hoc, cuius temporis aestimationem pro re debeat dare is, qui ad rem ipsam quidem condemnatus est, sed ex casu quodam, fortassis quia evicta est, vel à creditore distracta hypothecario, dare eam non potest. Et ita intelligit d. l. de condemnatione irrogata, non irroganda, ut ita nulla sit differentia inter contractus b. f. & stricti iuris, quoad aestimationem: cum illa in aestimatione, quam diu res iudicanda est, & non vero iudicata, consideretur. Sententia haec & interpretatio, quamvis dura videtur, iuris tam ratione non destituitur. An autem nodum tollat & solvat in ipsa disputatione videbimus. b) Obligatione in diem certam concepta nulla est differentia inter contractus stricti iuris & b. f. In omnibus enim aestimatio spectatur, quae illa ipsa die, sive pluris sive minoris fuerit, ita ut non augeatur condemnatio, etiamsi contestationis aut rei iudicandae tempore res pluris esse ceperit, l. 37. Mand. l. ii. de re jud. l. ult. de cond. trit. Ratio est: Quia dies solutionis est pars obligationis, l. i. §. 2. de Edend. Et contrahentes illud rei pretium animi cogitatione praeceperunt, eo ipso quod non talem prestari voluerunt, qualis E A D I E futura esset, leg. 59. de Verbor. Obligat. ex voluntate eorum nullum aliud tempus spectari possit, quam diei adiectae. Sed an mora debitoris erit impunita, qui sua die non solvit rem, cuius

estimatio postea crevit? Non est impunita: Tenetur enim creditori ad id, quanti eius interfuit, sua die solutionem factam non esse, l. 3. de in lit. jur. l. 11. de re jud. Imò potest contingere, ut die existente estimatio maior & amplior sit, quam nunc est, Hotom. q. illust. 16. quo ipso creditor in damno morari non potest, Anton. Fab. 16. conject. 6. Dissentiunt communiter, qui etiam eo in casu, cum per lapsum diei mora contrahitur, condemnari volunt debitorem, quanti unquam plurimi res fuit à die moræ, sive sit strictum, sive b. f. iud. paul. 3. §. ult. de act. empt. l. hominem 37. ff. mand.

IV

Ad l. Frater à Fratrem ff. de cond. indeb.

Frater ex peculio fratri mutuans naturalem obligationem, quæ facti est, patri non acquirit: Quamvis ejus effectus, qui Juris Civilis est, ad eum transeat (a) Patre mortuo, si frater debitor solvit pecuniam debitam, pro ea parte, qua hæres patris est, repetit: & Jus Obligationis confundit: (b) Pro altera verò parte ita repetit, si non minus ex peculio ad fratrem creditorem pervenerit, quam quantum ei naturaliter debebatur: Quia frater creditor succedens in peculio, etiam in onere peculij successit, & sibi solvisse creditur. (c)

a) Filiusfam. obligationem naturalem, quæ facti est, & secundum naturam consideratur, patri non acquirit, sed sibi. tum quod facta non egrediantur factum, l. 44. in pr. de cond. & demonst. l. 21. de adim. legat. 24. de acquir. poss. tum quod illa unionis fictio, quæ de jure civili causa est, quod filius patri acquirat, & neque filius patri, neque frater fratri obligentur civiliter, hic cesset, & ita jure nature inter has personas non impediatur obligatio naturalis, l. 7. §. penult. & ult. l. 17. l. 41. ff. de pecul. Effectus autem obligationis, quia juris est, ad patrem transit,

l. quod

l. quod 130. de Verb. Oblig. Anton. Fab. lib. 20. conject. ult.
& patri statim acquiritur, adeo, ut nullo momento in persona filij consti-
tisse videatur, l. placet de acquir. hered. Quo respectu obligatio natura-
lis patri acquiri dicitur, ita ut ius crediti & debiti in ipsum transeat, &
creditor & debitor fiat non tamen sui ipsius, sed debitor filij, & creditor fi-
lij debitoris, Pac. ad l. fraser. id quod equitas suadet, cum contrahens cum
filiosam. non tam personam ejus, quam peculium, quod est patris, spectet,
l. si ex duobus 32. de pecul. b) Si itaque pater moriatur, relicto utroque
fratre, obligationem quaesitam, sive ius crediti & debiti ad eos aequis parti-
bus transfundit, non modo civiliter, sed & natura non reclamante, ut o-
mnia ad aequalitatem revocentur. Naturalis obligatio, inquit Lescurius,
patri quaesita, & per eius mortem in hereditate relicta utrique fratrum
quaesita est pro portione hereditaria. Ergo pro ea parte, qua frater debitor
succedit patri, extinguatur obligatio jure confusionis, pro parte vero cohe-
redis remanet. Ratio prioris est, quia quando in unam eandemque personam
incidunt jura debitoris & creditoris, quod fit successione, jure confusionis
obligatio & actio permiscetur, l. Stichum 95. §. 2. de solut. l. 7. C. de
pact. l. si Stichum 38. l. Granius 71. de fidejuss. Nam cum fictione juris
heres defunctum representet, & pro una eandemque persona cum eo habea-
tur, non potest idem & debitor & creditor esse, quia nemo sibi obligatur,
aut a se exigere, vel sibi solvere potest: nec ejusmodi incompatibilia natura
in uno eodemque subjecto patitur, §. 1. Auth. de jure a morient. praest.
l. 2. de stipul. fervor. Wesenb. ad l. 7. C. de pact. Nec refert, utrum
successione per aditionem hereditatis, an per immixtionem sui heredis con-
tingat: Utroque enim modo fit una & eadem persona debitoris & creditoris,
nec in effectu differunt immixtio & aditio, quod ad confusionem pertinet.
Sive enim quis immisceat se hereditati, quod suorum est, sive eam adeat, eo-
dem modo defuncto succedit: aequè debitum & creditum in unam eandemque
personam concurrunt. Quod in suis heredibus evidentius apparet, ubi do-
minij continuatio rem eò perducit, ut ipso jure tanquam persona minimè
mutata in vices & jura defuncti existant: imò nulla videtur hereditas fu-
isse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domi-
ni existimantur, l. in suis ff. de libr. & post. l. in suis de legat. her. c)
Ratio posterioris est, quia cum ipso jure tam onera quam credita hereditaria

divi-

dividantur inter heredes, filius debitor ex semisse succedens, non potest nisi dimidiam crediti hereditarij partem confundere, ex altera parte, ex qua heres non est, debitum extinguere nequit, l. debitori 50. l. 71. de fidejuss. l. penult. C. de hered. act. l. si ab eo C. de negot. gest. l. 7. C. de pact. Unde, si fratri creditori pecuniam mutuo datam solvat, conditionem pro ea tantum parte, qua heres est, habet: Patri enim creditori in illa parte successit, atque ideo confusa obligatione nihil debuit. Reliquam fortis soluta partem non repetit, cum pars alterius coheredis non sit extincta, & naturalis obligatio, cujus effectus pro parte ad coheredem transmissus est, soluti repetitionem impediatur. Nisi peculij equalem partem consecutus sit, tunc enim propter ejus participationem obligatio naturalis pro ea quoque parte, qua frater creditor heres patri extitit, sublata videtur, ut locus sit conditioni. Peculium enim cum sit universalis, tam commoda quam onera comprehendens, ad quemvis cum onere transit, et si praelegatum sit, & sic pro ea parte, qua peculium ad aliquem pervenit, transit simul onus debitorum & creditorum. Fratre itaque creditore partem peculij percipiente tollitur obligatio naturalis, pro reliqua parte potestate solutionis, cum obligatio peculiaris sequatur peculium, creditorque sibi ex ea parte solvisse & secum pensasse intelligatur, l. quoties 47. §. ult. de pecul: l. i. §. per contrarium de dot. perlegat. Quod si non equalis pars, sed minus illa ad fratrem pervenit, obligationis pars non omnino extinguitur, sed pro ea parte, qua pervenit, & residuum repetitur. Illud hic notandum: Morte patris peculium ad communionem revocari, & una cum aliis rebus hereditariis dividi, l. certum est 13. C. Fam. Hercisc. Quamvis enim a rationibus suis superaverit vivens parens, dominus tamen remansit, solamque administrationem & possessionem naturalem filio concessit, ut post mortem eius universitati bonorum, quod eo nomine separatim filius possedit, reddi debeat, Merc. ad h. l. l. i. §. 5. de acquir. vel amit. possess. l. 49. §. i. l. 44. §. i. eod. l. 4. eod. Obligationes tamen peculiares, adhuc peculium sequuntur, quamvis illud hereditati redditum & confusum sit. Quod si frater illud non conferat, omnis obligatio peculiaris, qua successione non confusa est, ad ipsum transit. Quibus ita firmatis facilis dicta l. frater. quam interpp. confusa & perturbata disciplina ratione difficilem reddiderunt, apparet intellectus, Talis enim in illa proponitur facti species:

Titius

Titius duos filios in potestate habebat. Primum & secundum. Primo in peculium concessit 20. secundo totidem. Primus ex peculio secundi mutuatur 20. à secundo. Post hæc moritur pater, cui filij succedunt, & bona paterna, inter se dividunt. Tum primus solvit secundo 10. quæ debebat. Ex facto oritur questio: An possit repetere ea, quæ solvit, conditione indebiti? Respondet Africanus: Pro ea parte, qua ipse heres sit, hoc est, quinque repetiturum. Quare? Quia successerat patri creditori, cuius obligationis questum erat, atque idè confusa obligatione nihil debebat. Sed quid de altera sortis parte, de reliquis quinque? Ex hoc capite non potest repetere, quia alterius coheredis pars extincta non est. Igitur remanebunt apud fratrem. Nisi, inquit Africanus, tantum ex peculio primis ad secundum pervenit, quod & reliquis quinque sufficiat. Est q̄ ratio: Quia eo ipso quod alter frater in peculio successit, successit quoque in onere peculij. Et hæc est germana Africani sententia.

V.

Ad L. in bonæ fidei 7. ff. de eo,
quod certo loco.

In stricti juris judicijs, quando solutio in certum locum confertur, alio loco agere volenti necessaria est arbitraria. (a) In bonæ fidei judicijs sufficit ex ipso contractu actio. (b)

a) Quando in contractibus stricti juris certus locus solutioni destinatur, nec eo loco solutio subsequitur, propter loci adjectionem alio loco agi non potest, tum quod stricti juris actione nihil possit peti, nisi quod expressis verbis in condemnationem deductum est, l. Quicquid astringendæ. de verb. oblig. tum quod plus loco peratur adempta debitori loci utilitate, §. loco Inst. de act. & tot. tit. de eo, quod cert. loc. Quia tamè iniquum erat, si promissor ad eum locum nunquam accederet, in quo daturum se promisit, quod vel data opera faceret, vel quia alijs locis necessariò distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire, idèque contra

C

sta est

Et est actio, l. 1. de eo, quod certo loc. qua non petitur id, quod stipulatione fuit comprehensum, sed quantum debetur, habita loci utilitate iudex arbitrat, prout hanc arbitrandi potestatem praetor olim formulae actionis adiciebat, l. 2. eod. tit. b) In bonae fidei judicijs actio arbitraria necessaria non est, sed sufficit ex ipso contractu actio, cum omne iudicium bonae fidei sua natura, quoad liberam iudicis ex aequo & bono arbitrandi potestatem arbitrarium sit, l. 7. de negot. gest. ita, ut iudex vel majoris vel minoris pecuniae condemnationem facere possit, habita ratione utilitatis loci, quatenus scilicet vel actoris vel rei interest, Franc. de fidejuss. cap. 5. n. 14. Anton. Fab. 15. conject. c. 3. Non enim in illis consideratur mera & subtilis iuris ratio, & quod ex obligatione tantum debetur, sed solummodo, quod aequitati & bonae fidei est consentaneum. In quo, quia sub juris scientiae auctoritate secundum Celsum saepe a iudicibus perniciosè erratur, l. si ferum §. sequitur de verb. obligat. Ideò Quintus Scaevola, Pontifex Maximus dicebat: In eiusmodi judicijs magni iudicis esse statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, Duaren. ad tit. de in lit. jur. n. 21. Secus est in strictis judicijs, in quibus nunquam fit condemnatio, nisi ex jure obligationis, quae, quia strictissima est, arbitrium iudicis non admittet, ad hoc, ut obligationis terminos egrediatur. Sed quod diximus, iudicia bonae fidei sua natura in iudicis arbitriam continere potestatem, non eò pertinet, quasi actiones bonae fidei sint arbitrariae, & ab ipsis arbitrarijs nihil differant, ut quidem putarunt: Nam b. fidei iudicia sunt arbitraria non in interloquendo ante sententiam, ut arbitraria, sed in condemnando pluri vel minori, prout aequitas postulat, ad eò, ut neglecto arbitrio iudex, si ita ei visum fuerit, statim possit ferre sententiam, Duar. de in lit. jurand. n. 48. Eguin. Baro ad §. praeterea Inst. de action. Secus est in arbitrarijs, ubi arbitrium non in condemnatione versatur, sed in interloquendo ante sententiam de re restituenda vel exhibenda. II. Actiones b. fidei dependent ex clausula, Ex bona fide, arbitraria verò ex clausula, Nisi arbitrio iudicis restitutio fiat, Eguin. Baro d. in loc. l. Metum. Quod met. caus. l. arbitrio ff. de dol. mal. Ex illa datur iudici potestas secundum aequitatem condemnandi rem vel pluri vel minori: Ex illa arbitrandi ex aequo & bono, quemadmodum actori satisfiat, idè ante sententiam vel condemnatoriam vel absolutoriam,

cui arbi-

cui arbitrio, si reus paret, rem restituendo vel exhibendo, absolvitur, qui in ea causa erat, ut condemnari posset, dict. l. metum d. l. arbitrio.

VI.

Ad L. Centum Capuæ, de eo,
quod cert. loc.

Mora rei nocet fidejussori, quoad perpetuationem, (a) non verò quoad augmentum obligationis, (b) etsi in omnem causam se obligavit. (c) Quia nec ipsius rei, qui moram contraxit, obligatio augetur, quamvis aestimatio & cetera prestationes ex bonà fide crescant. (d)

a) In Jure Civili duo imprimis Scævola responsa ob singularem difficultatem nobilitata sunt & veluti proverbio jactantur, l. frater à fratre & præsens l. Centum Capuæ, quæ de obligatione fidejussoris agit, idèque & illam paucis attingemus. Mora principalis nocet etiam fidejussori, l. mora de V. O. quoad obligationem perpetuandam, non verò augendam, l. si quis solutioni 24. §. 1. de usur. l. si servum 91. §. nunc videamus 4. de V. O. l. si à Colono 58. §. 1. de fidejuss. Mora enim per se, ipsam obligationem non auget, ac efficit, ut, quod ab initio in obligatione non fuit, postea in ea inveniatur, l. si sterilis 21. §. cum per venditorem 3. de act. empt. d. l. centum. Sed bene id, quod jam debitum fuit, potest perpetuare, & periculum in debitorem morosum rejicere, ut is ad rem post moram interemtam æquè teneatur, ac si adhuc extaret, l. si servum 91. §. sequitur de V. O. l. si mandato 59. §. ille 5. Mand. l. si à Colono §. cum facto 1. de fidejuss. b) Mora itaque debitoris nocet quidem fidejussori, quoad perpetuationem obligationis, ut per interitum rei post moram debitoris contingentem non liberetur, non etiam ut ipsius obligatio augeatur, l. fin. de fidejuss. l. libertus 17. §. fin. ad Municip. Coras. lib. 2. Miscell. c. 12. Unde non tenetur, nisi ad id, quod ab initio fuit in obligatione. Id verò, quod interest, peti ab eo non

C 2

pot est.



potest, quia de eo nulla fuit contracta obligatio. Sed quid, si in omnem causam fidejusserit, eamque sua fide esse voluerit, ut in specie l. Quæro 54. ff. Locati: ne hoc quidem casu obligatio ejus augebitur. d) Quia nec ipsius rei morosi obligatio augetur. Crescit tamen æstimatio sicut & ceteræ præstationes, non iure obligationis, sed ex bonâ fide & æquitate, quoties iudicium, quod exercetur, tale est, ut iudicis arbitrium & bonæ fidei interpretationem admittat, unde fit, ut huiusmodi accessionum nomine, quæ propter æquitatem iudicij officio iudicis applicantur, etiam fidejussor teneatur, qui se in omnem **O B L I G A T I O N I S** causam obstrinxit, ac si ita fidejussisset: In quantum illum condemnari ex b. f. oportebit, tantum fide tuâ esse jubes, Anton. Fab. 16. conject. 6. Secus est, si etiam usurarum nomine fidejussor acceptus sit; nam ibi due sunt stipulationes, una sortis, altera usurarum: Unde præcisè & in sortem & in usuras fidejussorem iudex condemnare debet, ubi stipulatio pœnalis commissæ est, l. 4. de posit. Ægid. Hortens. ad d. l. Centum, Duaren. & ibid. Quod de obligatione, quæ in l. centum consideratur, dici nequit: Nam hic una tantum obligatio pecuniæ creditæ est. Utilitas verò loci arbitrio iudicis committitur, qui circa obligationis executionem arbitrabitur, eam deberi vel non. Et quia Africanus in differentia harum obligationum ferè totum suæ decisionis fundamentum ponit: ideoque unum adhuc argumentum apponit, quo differentiam harum obligationum luculentissimè demonstrat: In obligatione usurarum sorte soluta nihilominus adhuc usuræ in obligatione remanent, & peti possunt, ut in illa obligatio semel nata non tollatur, nisi per solutionem aut alio iuris modo, l. 1. C. de jud. In obligatione pecuniæ creditæ accessio pecuniæ si ve loci utilitas unâ cum solutione sortis tollitur. Unde si pars pecuniæ debitæ soluta sit, arbitrium iudicis in residuo tantum debiti remanet, qui æstimabit, quanti actoris intersit, eam duntaxat summam, quæ adhuc debetur, Capuæ solutam non esse, & ita in partem interesse reum duntaxat condemnabit. Sed quid, si post moram factam fidejussor acceptus sit, an utilitas loci debebitur, & in obligatione erit? Ne hoc quidem casu utilitas in obligatione erit, sed arbitrio iudicis applicabitur. Id quod Paulus in l. fin. de eo, quod certo loc. luculentissimo argumento probat: Nam si alibi fors solvatur, puta in loco convento, arbitrium iudicis, quoad accessionem seu loci utilitatem cessat, tam contra reum principalem, quam fidejussorem.

Quod

Quod non esset, si accessio illa jure obligationis veniret eaq; contineretur,
l. i. C. de jud. Hort. ad h. l. Centum Capuæ. Sive ergo fidejussor an-
te actionem arbitrariam natam, sive post eam acceptus sit, utilitas & in-
teresse non venit jure obligationis, sed officio & arbitrio judicis applicatur,
d. l. ult. h. t. l. quæro Lorat. Hortens. ad h. l. l. 4. depos.

VII.

Ad l. Re conjuncti de Leg. 3.

ATTExamus & quadam de jure ac-
crescendi. Inter Verbis & re simul conjunctos quin
illud sit, extra controversiam est: An inter Verbis
Conjunctis, questio est vexatissima. Et magis est ut ver-
bis conjunctus preferatur, inquit Paulus. Ergo & inter eos
accrescendi locum habebit. a)

a) Si verbis quidem conjunctus sit, re autem non, questio est, an
conjunctus potior sit. Et magis est, ut & ipse preferatur, non quod ex
postfacto ob concursum tertij re & verbis conjunctus reperiatur, ut voluit
Goveanus, sed quia ab initio re conjunctus reperitur. Partes quidem
habent ab initio ita conjuncti ex verbis testatoris, sed nihilominus & solidum
si non concurrant, l. si duobus 16. §. 2. de leg. I. l. 3. de usuf. accres.
Et divisio ista à testatore facta, in partes non facit, quo minus ad eandem
rem vocentur, arg. l. Novatius de usuf. accres. l. 7. de rebus dub. l.
84. §. 12. de leg. i. Duaren. de jur. accres. c. 10. Non enim divisæ
partes relictæ sunt, sed indivisæ, quæ quasi inducunt communionem rei le-
gate, cujus respectu in toto legato collegatarij conjuncti videntur, quamvis
partes habent, si verba respicimus, Duar. d. in l. argument. l. 6. 7. de
reb. dub. Eg. Baro ad §. si eadem Inst. de leg. Sicut igitur in con-
junctione reali, verba testatoris, quib. solidum aperte singulis assignatur, in-
terpretamur quasi exceptione addita ex mente ejusdè, nisi concurrant lega-
tarii: ita in conjunctione verbali verba testatoris, quibus partes singulis at-
tribuuntur, cum exceptione accipimus, nisi alter non petat, quasi solidum
eo casu penes alterum remanere debeat ex voluntate testatoris, Duar. d. in
l. Alb. Gent. i. lect. 4.



Ad l. Qui Servum. §. fin.
De Oblig. & Act.

V Num atq; alterum ex abstrusa concurr-
rentium actionum materia quoq; delibabo. Quan-
do rei persecutoria concurrat cum actione merè pœ-
nali, neutra per alteram consumitur, quia res & pœna in-
vicem non confunduntur (a) Quando vero cum mixta pœ-
nali, quæ arbitraria non est (b) Actio persecutoria concur-
rit, in rei quidem persecutione sese invicem absorbent, non
verò respectu illius quod in altera plus est, Unde intentata
actione L. Aq. tollitur quidem commodati, sed electa com-
modati actione, nihilominus remanet actio L. Aq. (c)

a) l. Neratius II. §. quamvis I. de serv. corrupt. d. l. 34. §. hinc
de Colono 2. de ob. & act. l. ancillæ 12. C. de furt. l. si domum
45. §. I. ff. Locat. l. rei communis 45. pro soc. l. sed si ex causa
§. I. l. 48. eod. tit. b) Quia natura arbitrariorum est, ut tùm demum
condemnetur reus, si ad arbitrium iudicis rem non restituat; Id quod appa-
ret in actione Quod metus causa, ex qua non statim condemnatur reus ad
quadruplum, sed tùm demum, si arbitrio iudicis in restituendo non pareat,
Cujac. lib. 8. observa. 24. l. Metum ff. Quod metus caus. Unde
quia triplum est pœna contumacia, eaq; ratione tantùm infligitur, quod ar-
bitrio iudicis reus rem non restituerit, l. item si cum 14. §. si quis I. §. 3.
§. hæc autem 4. ff. Quod met. caus. re jam restituta cessat illa actio,
Quod met. scil. caus. l. I. §. & restituendi 4. de publ. Eguin. Baro
ad §. prætereà Inst. de act. Duar. ad tit. de in lit. jurand. nu. 40.
c) Mistra tanquam gravior tollit actionem rei persecutoriam, quia qui
mista egit, jam omnem rem consecutus est, d. l. qui servum 34. l. undè
quæritur 7. l. in rebus 18. commod. l. quoties 41. §. I. de oblig. &
act. Rei persecutoria verò, tanquam lenior non absorbit mistram, in illo
quod in ea mistra amplius est, quia respectu illius, quod plus est, circa res di-

versas

versas versantur, quarum exactio jure non prohibetur, l. Quoties 41. §. 1. de oblig. & act. l. Qui rem rapuit. ff. vi bonor. rapt. Paul. in l. 1. ff. arb. furt. cæs. l. Ulpian. in l. undè quæritur §. sed si ff. commod. l. Qui servum §. fin. de oblig. & act. Unde actio commodati non absorbet in totam actionem L. Aquil. sed tantum in illo simpli, quod per illam petitor consecutus est: In eo verò, quanti in diebus proximis res plurimi fuit, eam absorbere nequit, d. l. Qui servum. Sed quid est, quod hîc dicit Paulus, eam simpli accedere, & simpli subducto, puta per commodati iudicium, locum non habere, Rævard. ad l. nunquam 130. de Reg. Jur. dicit: Illud, quod plus est in actione non electa, venire officio iudicis, quæ sententia à juris ratione aliena est. Sic enim iudex aditus actione commodati pronunciaret in L. Aquil. cuius tamen potestas ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere nequit, ut in simili loquitur Jasoletus in l. ut fundus 18. comm. divid. Habet præterea quævis actio suam certam naturam, secundum quam dirigitur officium iudicis, utpote, quod actionem semper pro fundamento habet, l. Centum Capuæ ff. de eo, quod cert. loc. l. 4. C. de pos. Cum itaque repetitio illius, quod in triginta diebus amplius est, ad naturam actionis commodati non pertineat, sed ab ea planè alienum sit, officium iudicis quoque, quod huic actioni addictus iudex exercet, ex natura illius ad repetitionem illius, quod plus est, extendi nequit: quin potius, postquam reus auctori rem restituendo satisfacit, perempta est statim commodati actio, & consequenter etiam officium iudicis, d. l. 4. C. de pos. Dicendam itaque potius, intentandam adhuc esse totam actionem L. Aquil. sed ita, ut, nisi facta commemoratione simpli, quod per commodati iudicium auctor consecutus est, instituta sit, reo pro sit exceptio, non qua in totum liberetur, sed quatenus antè priori actione prestitit, & in accessionem reliquam ejus, quod amplius in posteriori fuit, condemnatur, l. 1. arb. furt. Cæs. l. 7. commod. Et omnium manifestissimè in l. Etiam ff. de solut.

IX.

Ad l. stipulationes non dividuntur ff. de V. Oblig.

Res, quarum respectu stipulatio consideratur, sunt vel dividuæ vel individuæ. (a) Illæ sunt, quæ partis præstationem admittunt & pro parte præsti-

prestita aliquam utilitatem afferant. (b) Haec contra quae partis prestationem respuunt & pro parte prestita nullam utilitatem afferunt. (c) Dividuarum non una inter se est natura: Nam quaedam dividuae sunt omnino tam obligatione quam solutione. (d) Quaedam obligatione sive sui natura, sed non solutione sive liberationis effectu. (e) Ex individuis quoque quaedam sui natura individuae sunt, quaedam vero ex dispositione legis vel pacto contrahentium, quae improprie individuae vocantur & plerumque dicuntur indivisae & indivisam habere naturam. (f)

a) Materia dividuarum & individuarum obligationum est omnium profundissima, adeo, ut ea secundum Molinæum non sit in juris universi Oceano turbulentior, profundior & periculosior pelagus, cujus profunditatem metuens Cynus non ausus est ingredi, ut de se testatur in authent. hoc ita q. 2. C. de duob. reis: Joh. Marc. Aquil. ad l. 2. §. & harum n. 1. de verb. oblig. Ideoque & de illa lubet aliquid annexere. Stipulatio ratione eius, quod in eam deducitur, & sic respectu eius, quod debetur, dividua vel individua dicitur, l. 2. §. 1. l. in stipulationibus 54. l. in executione ff. cod. Joh. Mar. Aq. d. in loc. num. 4. Verbo divisionis autem hic non Physicè, sed civiliter utimur, habito respectu ad usus & utilitates hominum, & ad civiles actus. Nam ut alia in iure, ita haec quoque ad commercia & utilitates hominum referenda sunt, Molin. in Lab. de divid. & ind. part. 3. n. 25. Dassel. de divid. & ind. stip. n. 39. b) ut decem, stichis, fundus d. l. 2. §. 2. Haec res enim omnes pro parte prestita, aliquam utilitatem in vita communi afferunt. Partes, quae negate vel posite dividuum vel individuum constituunt, sunt in duplici differentia: Quedam enim divisae, quaedam indivisae appellantur, l. 5. de usufr. l. 5. de stipul. serv. Pars divisae est, quae corporaliter sic divisae est, ut non tantum intellectu, sed etiam oculis percipiatur. Indivisae contra, quae oculis non cernitur, sed intellectu percipitur, communiter pars pro indiviso, intellectualis vocatur, Alex Turam. de divid. & individ. Molin. de divid. & individ. p. 3. n. 50. Exinde facile apparet, quid proprie sit dividuum, quid individuum. Quando enim res, de qua queritur, eius est conditionis, ut si eam dividamus in partes pro indiviso, aut pro indiviso resultet deinde aliquis fructus seu utilitas, dicitur esse sui natura dividua, quamvis

quævis ex accidenti scilicet pacto contrahentiū vel dispositione legis possit
individua fieri. Quando verò eius est nature, ut etiamsi intellectu divida-
tur, illa tamen sectio inutilis & nulli bono fit, ibi lex eam individuum esse
censet, Hard. Dassel. d. in l. n. 39. Quæ divisio in partes pro indiviso ma-
gnam in vita communi utilitatem habet. Efficit enim, ut quæcunque ex his
nascantur rebus, veluti fructus, partus, & si quæ sunt aliæ accessiones ex his
provenientes it. rursus damna, impense atq; adeò omnia onera sint commu-
nia, Hart. Daf. d. in l. c) ut sunt servitutes, tam prædiales, quàm personales,
excepto usufr: d. l. servitutes l. in executione, de V. O. l. viæ de servit.
l. usus 19. l. 12. §. 1. de uf. & hab. l. 1. §. 9. ad L. Aq. l. 5. de ufuf. l. qui fundū
31. de uf. & ufuf. l. puto 16. Fam. Herc. l. communi 7. §. cum de ufuf.
com. div. d) quæ non tantum pro parte in oblig: deduci, sed etiã solvi & peti
possunt, ut sunt res pondere, numero & mensura constantes, item species &
plura genera in oblig: deducta, d. l. 2. §. & harum l. cū Stichus 29. de sol.
l. pars stipulation. 9. cum l. seq. l. qui hominem 17. de accep. l. nō so-
lūm. 7. de lib. leg. l. in stipulationib. 54. l. in executione 85. de V. O. l.
servus communis de stip. serv. Sed hoc ita si creditor consentiat: Nā in-
vito particularis solutio obrudi nequit, l. tutor 41. §. Lucius de usur. l. 3.
Fam. Her. nisi quatenus oblig: & solutio, vel saltē solutio actu divisa est ab
homine vel lege, l. 25. §. 9. 10. Fam. her. Mol. in Lab. p. 2. n. 1. cū seq. Egu.
Ba. ad l. quidam existimaverunt. de reb. cre. Diff. Alc. ad d. l. quidā
existim: & l. 2. de V. O. qui putat esse locum particulari solutioni in debito
quantitatis, etiã in ipso debitore principali, quo nomine rectè reprehenditur
ab Eg. Bar. d. in lo. Mol. putat ejus errorem exinde profluxisse, quod non potu-
erit distinguere inter oblig: dividuā & actu divisam. Distinguit n. ille inter
dividuum & divisum, individuum & indivisum. Dividuū & individuum in-
telligit respectu potentie. Divisum & indivisum respectu actus, ut oblig: divi-
sa multò magis sit dividua, nō cōtra dividua statim divisa, eò quod possit esse
indivisa. cum potentia. non statim ponat actū, sed ejus aptitudinē duntaxat.
Hec distinctio, quam Mol. de div. & indiv. par. 3. q. 6. in 7. dicit esse primam
clavem profundis: hujus materie, et si in se sit verissima, videmus tamē in ju-
re passim confundi divid: & divis: individ: & indivis: l. cum ex caus. de V.
O. l. rem hæred. ff. de evict. e) ut sunt res generaliter & alternativè pro-
missæ. Quævis n. ejusmodi res ab initio pro parte possint deduci in stip. semel
tamen ita contractui subjæctæ non possunt nisi integræ solvi, ad hoc ut satisfi-
at stipulat. Nam aliàs fieret solutio in diversis reb. contr. mentem stipulant:
quæ hæc fuit, ut una res aliqua detur, non duarum rerum diversarū partes

D

due.



due. Unde si pars hominis, puta Stichus, ex stipulat. generali solvatur, nondum
ulla in parte stipul. nata est liberatio, sed in pendere est, donec aut altera pars
Stichi solvatur, aut data repetatur & alia praestetur, l. 2. §. 1. l. 85. §. pro par-
te ff. de V. O. l. 46. & l. 72. §. 4. de sol. l. si nō fort. §. pē. de cōd. ind. l. 3.
& l. 5. §. ult. Qui & a quib. manu: Giph. ad d. l. 2. §. 1. n. 21. cum seqq. Bar.
Duar. ibid. Dass. de div. & indiv. n. 32. Unum n. certū hominē, ex singulis
speciebus, quae sub generali stip. electivē continentur,olvere tenetur, Dass. d.
in l. & n. 190. Mol. in Lab. p. 2. q. 2. n. 116. Solet hic moveri nobilis illa con-
troversia, an in generali stipul. omnes species sint in oblig: an v. tantum in so-
lutione: Zas. i. resp. sing. c. 1. n. 35. putat species in obligat: & solutione esse,
quem sequitur Giph. ad l. 2. §. 1. de V. O. n. 39. 40. cum seqq. Accurf. &
Glossog. putant species non in oblig: esse, sed tantum in solut: quorum sen-
tentiam amplectitur Car. Mol. d. in l. 95. & n. 116. cū seqq. ubi multis de-
fendit, Non ipsum genus, nec singulas res generis, sed unam de illo genere so-
lutione vel electione debitoris determinandam deberi, cuius respectu etiā di-
cantur sub compendio generalis sermonis contineri, l. Mævius §. 3. de leg.
2. Puto utramq; sententiam posse distinctionis fœdere ad concordiam reduci.
f) ut sunt servitutes, tam prædiales, quam personales, excepto usufructu. usq;
siquidem earum indivisus h. c. in partes indivisas (quales sunt partes commu-
nium) dividi non possunt in executione stipul. d. l. viæ & l. in executione,
cū in nudo factō consistant, quod per partes pro indiviso non exequimur, Eg.
Bar. ad l. 2. de V. O. & lib. 2. de div. & indiv. c. 5. Mol. in Lab. de div. &
indiv. par. 3. n. 47. Giph. ad l. 2. §. 2. n. 62. & ad l. 4. n. 87. de V. O. Hard.
Dass. de div. n. 66. 67. Jo. Mar. Aquil. ad l. 2. §. & harū n. 22. ubi dicit, Eas
necessariō sui natura omni respectu & contractu & obligat: & solut: divisio-
nem non admittere. Sed nonne & ususfr. in factō utendi fruēdi consistit, quā
ergō ratione est dividuus? Vac. à Vac. lib. 5. de clar. 73. n. 10. dicit usumfr:
ideō dividuum esse, quod divisus sit per totum fundum: quae sententia consi-
stere nequit: Nam hac ratione etiam usus esset dividuus, si præsertim fundus,
in quo esset constitutus, vix ad indigentiam personae sufficeret. Quidam dicūt
ratione rei subjectae ipsum dividi posse. Sed hac ratione etiam reliquae servi-
tutes dividuae efficerentur, cum eorum subjecta dividi possint. Dicendū itaq;
potius, usumfr. ideō dividuum dici, quod non in nudo factō, ut reliquae servi-
tutes, consistat, sed in utendo fruendo, quod per partes pro indiviso possumus
exequi. Possunt n. fructus in commune colligi & percipi, Egu. Bar. ad l. 2. de
V. O. Quae communio ususfr. efficit, ut pro partib. indivisis fructus acquirā-
tur fructuarijs. Secus est in usu. Quorsum n. usum divideris, cum ubi sis usus
nullos fructus nullave alia corpora, aut jura relinquas, quae communia tibi

esse possint cum alio? l. 2. de us. & hab. Inst. eod. Nam hic est divisionis in partes pro indiviso effectus, ut quæ ex re, communi proveniunt omnia communia intelligamus, l. 1. Fam. Her. l. 2. Cō. div. atq; in iudicium divisorium, si quando à communionem recedere visum fuerit, deducere possimus, in partes certas divisasq; distribuenda, Eg. Bar. lib. 2. de div. & indiv. obl. c. 3. g) Individuæ vocantur non quidem sui natura, quæ divisionem recipit, sed ea, quæ lex contractui tribuit, ne injuria actor efficiatur, l. cum ex cau. ff. de V. O.

X.

EX factis quoq; quæ in stipulationem deducuntur, quedam dividua sunt, sive non nuda, quedam individua, sive nuda. Dividua sunt, quæ aliquid juris continent. (a) Individua, quæ nihil juris admixtum habent. (b) Illud hic notandum: In obligationib. faciendi verè & efficaciter solùm interesse in obligatione, (c) factum verò tantùm in præstatione & solutione esse, & quidem ex conditione obligationis usq; ad moram, ex æquitate usq; ad litem contestatam. (d)

a) Qualia sunt, dari vacuum possessionem, tradi, uti, frui, amplius non agere, ratum habere, heredem fieri, hæc n. omnia per partes pro indiviso possunt expediri, & post se aliquid relinquunt, quod in jure consistit, non in mero facto, l. in conventionalib. §. si quis i. de V. O. l. 49. §. 1. de acq. poss. l. 188. de V. S. Stipulatio n. vacuum possess. tradi non continet nudum factum, sed causam bonorum, h. e. jus possessionis d. l. in conventionalib. §. 1. quod apud duos pro parte indivisa potest esse. Eadem est ratio stipulationis fundum dari: continet n. proprietatem, quæ duorum esse potest pro indiviso, l. 3. §. si emtor, de act. emt. Giph. ad l. 4. n. 68. de V. O. Amplius non agere per partes divisum hoc nobis comodi probet, ut debita pecunia vel corporis pars, quæ non petitur, penes nos remaneat, Dass. n. 44. Eius generis quoq; sunt: Donare, acquirere, usucapere, legare, fideicommittere, & alia sexcenta, quib. omnib. aut obligatio, aut dominium, aut liberatio obligationis, aut aliquod aliud jus continetur, l. qui hominem l. græcè de fidejuss. l. reos §. fin. de duob. reis l. 1. & 3. de solu. l. re conjuncti de leg. 3. Bar. de divid. & indiv. obl. lib. 2. c. 4. Mol. in pr. de div. & indiv. n. 32. Quoties itaq; factum, ut generalem tradamus regulam, ad acquirendum vel amittendum aliquid pertinet, quod commune esse potest, & in partes pro indiviso dividi, vel trahit secum executionem, & effectum juris, dividuum rectè appellatur. b) Cujusmodi sunt illa facta, quibus nihil acquiritur, vel acquiritur ejusmodi, quod

D 2

nudum

120.
nudum est, & absq; jure, quod in partes indivisas dispesci possit, ut Fos-
sam fodere, Insulam fabricare, Capuam ire, & eiusmodi similia. Qui n.
fossam fodit, factum tantum exequitur, nulla relinquens post se vestigia,
que juris dividui esse possint, arg. l. 52. de V. O. Dass. de div. & indiv.
stipul. n. 72. Duar. ad d. l. 92. de V. O. Bar. lib. 2. de divid. & ind.
ca. 4. Mol. in Lab. de div. & ind. par. 2. n. 78. c) Non quidem mox
ab initio & in stipulatione committenda, sed in commissa, Inest n. quasi
sub conditione, ut si non fiat, verè debeat, arg. l. si penum. Quando
dies leg. l. si poenam 68. l. stipulationes 72. l. Quoties 81. l. si quis
112. §. si quis 1. de V. O. l. 13. §. 1. de re jud. d) arg. l. 1. de pen. leg. l.
cum sine 19. in pr. Quando dies leg. l. si in Insulam 84. l. ita stipu-
latus 115. §. item si quis de V. O. Corras. lib. 2. miscel. cap. 3. Giph.
ad l. 14. & 15. & l. 72. de V. O. Eg. Bar. lib. 3. cap. 2. Quare autem
factum precisè peti non possit, ratio est, tum quod veteres incivile atque
adeò servile quodammodo esse crediderint, quenquam ad faciendum cogi.
l. Titio Centum. de cond. & demonst. Duar. ad l. 72. de V. Obl.
tum quod contrahentes, non de ipso facto, sed de eo, quod interest, sensisse
videantur, Donel. ad l. 72. de V. O. l. 13. de re jud. Baro lib. 3. de divid.
& individ. c. 10. Duar. & Giph. ad d. l. 72. Cur autem post litis conte-
stationem amplius mora purgari nequeat, ratio est, quia per litis contesta-
tionem fit novatio, hoc est, per judicium & litem incipit deberi ex nova ob-
ligatione, quod antea debebatur ex alia, puta stipulatu, l. 29. in fin. de
Novat. Quae nova obligatio creditori semel acquisita non potest ei invito a-
dimi, Giph. ad l. 84. de V. O. l. 91. §. sequitur eodem tit.



COROLLARIA.

I.

PAulus in l. Naturalis §. 1. verſ. sed si scyphos de præscript. verb. cum
Celso in l. fin. de cond. cau. dat. consentit amicè.

2. In l. periculum de naut. fœn. Molinæus, quem sequitur Jo-
hannes Marcus Aquilinus, dicit agi de contractu innominato, Do ut des:
Vereor ne contra mentem Scævola!

3. In l. cum avus de cond. & demonst. conditio fideicommissi
deficit ex conjectura pietatis. Nihil obstat ex eadem ratione defendere L. si
unquam C. de revoc. donat. ad extraneum quoque pertinere.

F I N I S.

X2617645

VDM







1613,5

18

Disceptatio
AD DIFFICILIO-
RES PANDECTA-
RUM LEGES.
Quam
A. D. T. O. M.
Et
APPROBANTE INCLYTO
CELEBERR: ACAD: JENENSIS
JCTORUM ORDINE.
SUB PRÆSIDIO
VIRI CLARISS: ET CONSULTISS:
DN. PETRI THEODORICI,
J. U. D. ET PROFESS: PUBLICI,
Pro consequendo summo in utroq; Jure gradu.
*Ad D. 6. Martij hora locoq; consuetis,
proponet*
ADAMUS HERRE
WURTZENSIS.
JENÆ
TYPIS JOHANNIS WEIDNERI,
Anno clō Isc XIII.