

obfirmata fuerit. Quæ tamen omnia in singulis factis arbitrio prudentis viri, vel iudicis pro qualitate circumstantiarum æstimanda sunt; haud dubie enim in re pretiosa major exigitur diligentia, quam in re vili: in loco, in quo milites grassantur, quam ubi quieti et securi sunt omnia.

*Casus* denique est rei inopinatae eventus, ut qui sine omni nostra culpa accidit, velut si equus commodatus fulmine factus intereat, aut repente efferus præter morem factus se præcipitio perimat.

505. *Dico I.* Dolum præstare debet omnis, qui dolum fecit.

*Prob.* Factum enim cuique suum, non alteri nocere debet; neque alteri per alterum iniqua est inferenda conditio, juxta vulgatas juris regulas. Sed et aliunde constat, damnum dolo malo illatum ante sententiam iudicis, exigente jure et obligatione naturali, reparari debere; ergo.

506. *Dico II.* Quoad præstationem culpæ hæ regulæ sunt:

*Regula 1<sup>a</sup>.* Si contractus cedit in utilitatem solius dantis, ut in deposito, præstatur tantum culpa lata a depositario; quæ etiam in contractibus æquiparatur dolo. *L. quod Nerva. ff. Deposit.*

*Regula 2<sup>a</sup>.* Si in utilitatem solius accipientis, ut in commodato, præstanda est regulariter culpa levissima, *L. 5. §. 2. ff. Commodat.* Excipitur precarium, utpote ad nutum revocabile, in quo ab accipiente tantum dolus et culpa lata præstatur, *L. 8. §. 3. ff. de Precar.* Ratio ejus singularis exceptionis videtur, quod precarium ex magna dantis liberalitate proveniat, ut qui rem suam alteri gratis sine determinatione usus, vel temporis concedit, ut proinde præsumendum non sit, quod dominus accipientem ad tam exactam custodiam obligare voluerit.

*Regula 3<sup>a</sup>.* Si cedat in utriusque commodum, ut in locato, conducto, tantum præstanda est culpa levis. *L. 5. §. 2. ff. Commod.*

Procedunt vero hæ regulæ, quamdiu non est inter contrahentes aliter conventum, quis, qualemve culpam præstare debeat. Pacta enim dant leges contractibus. Inde etiam est, quod, si quis se sponte contractui obtulit, vel in se obligationem suscepit, in qua alias summa personæ industria requiritur, licet solus ferat incommodum, tamen teneatur ad culpam levissimam, *L. 1. §. 25. ff. Dep. L. 20. C. de negot. gest. L. 21. C. Mandat.* ut negotiorum gestor, si alius melius gessisset; procurator judicialis. Speciale etiam de tutore est, quod, etsi tutela in ejus commodum non sit, tamen favore pupilli præstet culpam levem, *L. 1. ff. de Tut. et rat. distrak.* Quando vero sit obligatio præstandi culpam, an ante, vel post sententiam iudicis? dicemus, ubi de justitia, et restitutione.

507. *Dico III.* Casus regulariter non præstatur, cum prævideri nequeat; nimisque durum foret ad eum præstandum homines obligari.

*Dixi: regulariter;* nam excipi debet 1<sup>o</sup>. si quis fuerit debitor generis; hoc enim perire non potest. Sic quocumque casu pecunia mutuata pereat apud mutuatarium, hic tenetur ad restitutionem; tum, quod post mutuum acceptam fuerit factus pecuniæ dominus, et res solet perire domino suo; tum, quod non sit debitor illius pecuniæ in individuo; quam mutuam

sumpsit; sed in genere in eadem quantitate. *§. 2. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.*

2<sup>o</sup>. Si ita speciali pacto conventum fuisset, et debitor casum in se suscepisset; pacta ex conventionem legem accipiunt, *L. 1. §. 6. ff. Depos.* Nec refert, quodde casu *insolito* non cogitarit; licet enim de hoc non cogitarit in specie; attamen de eo cogitavit in genere, comprehenso sub hoc termino generali, *casus fortuitus*. Deinde etiam non cogitavit de omnibus casibus solitis in specie; ac tamen eos præstare tenetur.

3<sup>o</sup>. Si culpa casum præcesserit, ut, quia commodatarius cum equo meo sponte relicta via tuta, tenuerit aliam, quam sciebat infestam esse latronibus.

4<sup>o</sup>. Si debitor legitime interpellatus, ut rem debitam traderet, vel solveret, fuerit in mora tradendi; hæc enim mora, et rei interitus ipsi nocere dicuntur, *c. mora 25. de R. J. in 6.* A quo tamen merito, præsertim Theologi rursus excipiunt 1. si mora non fuerit culpabilis, vel si traditio statuto tempore physice, vel moraliter fuerit impossibilis, et debitor legitime impeditus; tunc enim obtinet *Reg. 66. Jur. in 6.* quod conditio habeatur pro impleta, quando non stat per obligatum, quominus impleretur. 2. Si res fuisset æque apud creditorem peritura, velut ob generale incendium; inundationem, ruinam, incursum hostilem; tunc enim non videtur æquum, debitorem ad præstandum casum obligare, cum nec creditor ipse, licet post moram debitoris, evitare potuisset periculum; vel impedire rei suæ interitum; tametsi rem ipse habuisset.

## CAPUT II.

### DE CONTRACTIBUS REALIBUS.

De contractibus in specie deinceps acturi a *realibus* ordimur, dūce IMPERATORE, qui ab iisdem in *Inst. Lib. III. Tit. XV.* duxit initium. Ex contractibus autem veris et nominatis reales sunt quatuor: *mutuum, commodatum, depositum, pignus*, de quibus nunc singulis per articulos sequentes.

#### ARTICULUS I.

##### DE CONTRACTU MUTUI.

508. *Dico.* Mutuum, formaliter sumptum (nam objective est ipsa res mutuata) est contractus realis, stricti juris, quo rei nostræ fungibilis dominium transferimus in alium, scilicet mutuatarium, cum obligatione, ut eadem nobis aliquando reddatur in genere. *Pr. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.*

Dictum 1<sup>o</sup>. *Rei nostræ;* mutuum igitur in re aliena consistere non potest. *III. p. 2.*

test. Ac ratio est, quod in mutuo rei, quæ datur mutua, transferatur dominium, *Inst. Cit. L. 2. §. 2. ff. de R. C.* dominium vero transferre non potest, qui non habet. Hinc si nummi alieni mutuo dati, si adhuc extent apud accipientem, vel mala fide sint consumpti, vindicari possunt a domino, *L. 11. §. 2. in fin. ff. de R. C.* Si bona fide consumpti, ex postfacto convalescit mutuum, et creditori datur condictio ex mutuo, *L. 11. cit. §. fin. L. 12. 13. ff. cod.*

Dictum 2<sup>o</sup>. *Fungibilis*, id est rei, quæ constat vel numero, vel pondere, vel mensura; quia hæc res ita sunt comparatæ a natura, ut in commercio altera alterius vice fungatur, *L. 2. ff. de R. C.* sic pecunia vice fungitur pecuniæ alterius, h. e. una substituitur pro altera.

Dictum 3<sup>o</sup>. *Dominium transferimus*. Mutuatarius enim rei mutuatæ fit dominus, et res tradi debet. Hinc mutuatarius omnes fructus ex re mutuata percipit, illamque habet suo periculo; res enim perit et fructificat domino suo. Ex hoc præterea patet 1. quod mutui datio sit vera alienationis proprie dictæ species; in mutuo enim datur res, ut accipientis fiat. Ac proinde 2. eos quoque dare mutuum non posse, qui alienare nequeunt, quales omnes ii sunt, qui liberam rerum suarum administrationem non habent, ut pupilli, minores, sine auctoritate tutorum, curatorum, si tales habeant, furiosi, prodigi; qui et propterea quod se contrahendo obligare non possint, mutuum non possunt accipere. Nam regula est: *omnes ii accipere mutuum possunt, qui obligari*. Inde et dubium non est, quin civitas, vel alia quævis universitas, collegium, Ecclesia accipere mutuum possit, vel civium, aut membrorum vere convocatorum consensu; vel *representative* per senatum, administratores. Quod si tamen administrator nomine quidem vel civitatis, vel universitatis, sed sine petito ante consensu mutuum sumpsisset, tunc demum obligabitur civitas, si a creditore probatum fuerit, rem in bonum communis versam esse, *L. Civitas. 27. ff. de R. C.* Secus eo casu soli administratores tenebuntur, ac si fideiubendo, vel alio modo se proprio nomine obligassent. Ratio hujus in favore civitatis consistit, ne huic (idem est de universitate quavis alia) ab administratoribus præjudicium inferatur. Quod si tamen cives rogati consenserint, tenebitur civitas, etsi rei versio in civitatem non probetur, *arg. C. pen. X. de Fidejuss. L. 13. ff. ad S. C. M.*

Dictum 4<sup>o</sup>. *Ut eadem aliquando*, hoc est, post aliquod tempus, vel conventum; vel, si nullum conventum fuerit, res relinquatur mutuatario, donec usus ea sit in finem ad quem tradita. Quod si in contractu mutui sit dies appositus, quò sit restituendi obligatio, sitque dubium, an in creditoris favorem appositus, dies pro reo est, non pro creditore, ac juxta *L. 70. ff. de V. O.* diem antevertere potest; nam, ut ait *L. 137. §. 1. ff. de usur.* quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non possit. At si in creditoris adjectus sit gratiam, hic ad solutionem acceptandam cogi non potest; sed neque in casu priore tenetur admittere, si solutio tantum ex parte ante diem offeretur, *L. 4. 1. §. 1. ff. de Usur.*

Dictum 4<sup>o</sup>. *In eodem genere*, id est, ut reddatur in eadem natura, quantitate et qualitate. Hinc, creditore invito, non potest reddi pro vino frumentum, pro pecunia vinum, pro vino veteri novum, *L. 2. ff. de R. C.* Debet reddi in eodem simul numero, pondere et mensura; ac bonitate, quæ ad

qualitatem pertinet. Bonitas vero duplex est, physica et moralis; *physica* in ipsa rei natura consistit, ideoque bonitas intrinseca dicitur, vel valor intrinsecus; *moralis* ex communi hominum æstimatione oritur, vel a magistratus taxatione. Pro quo sit

*Regula 1<sup>a</sup>*. Seclusa speciali conventionione justa, non potest exigi pecunia eadem in specie physica, sed solum eadem in valore, quem habuit tempore mutui dati, sive interea monetæ valor auctus sit, sive non: contra in aliis rebus restitui debet eadem in bonitate physica, ut triticum pro tritico, idque in eadem mensura, sive pretium ejus creverit, sive decreverit.

*Ratio est*, quia in pecunia per se spectatur valor extrinsecus; non entitas physica, et species monetæ sumitur ex valore; igitur reddendo valorem, quem habuit tempore mutui, tantum reddis, quantum accepisti. Contra in aliis per se spectatur potius entitas, vel bonitas physica, cum hæc potius serviat usui et commercio humano; igitur reddendo eandem mensuram ejusdem speciei physice, tantum reddis, quantum accepisti; itaque servatur æqualitas. Hinc si mutuos accepisti 100. hosque creditor dedit in auro, puta, carolis aureis, determinato solutionis die, vel etiam non, nulla alia conventionione facta, satisfacis restituendo 100. sive in argento, moneta corrente, sive aureis, sive carolis aureis; etsi auctus esset horum valor, ita, ut, cum tempore mutui unus valeret florenis Rhenanis 10. sed solutionis tempore 11. satisfacias solvendo carolos aureos 9. quia tantum reddis quantum accepisti. *L. 65. §. 1. ff. de V. O. L. 1. ff. de Contrah. empt.*

Dixi: *Seclusa speciali conventionione justa*, si enim hæc præcessit, servanda est; quia tunc contractus legem accepit ex conventionione. Justa autem erit conventio, velut si tempore mutui æquale sit utrinque dubium, an res tempore restitutionis valitura sit pluris, an minoris; tunc enim si adjiciatur pactum, ut reddatur pecunia ejusdem bonitatis physice, puta, tot caroli aurei numero, quot sunt dati, hi reddendi sunt, licet horum valor interea crevisset; quia servatur æqualitas, cum sit spes lucri, et periculum damni æquale utrique parti.

Præterea *excipe* a regula: non teneri creditorem pro pecunia data, ut solida, admittere solutionem in moneta alia minutiore, si ex hac esset damnum passurus, *L. 99. ff. de solut.* utpote si hæc in loco, in quo habitat creditor, non posset facile expendi; vel si magna sit summa crediti, quæ, si minuta moneta redderetur, nimis oneraret creditorem; unde et specialiter in tali casu in imperio Romano-Germanico non ultra 25. florenos minutiore pecuniæ creditor tenetur accipere, per *Ordinat. Monet. Imp. de anno 1559. §. die jetzt gemeldet.*

*Regula 2<sup>a</sup>*. Quando res credita in eodem genere, vel qualitate haberi amplius non potest, velut iidem nummi, qui mutuo dati, invito etiam creditori æstimatio admittenda est; cum enim res ipsa præstari non possit, pretium vicem rei subit, *L. 22. ff. de R. C.* Quæ etiam regula obtinet, si nummi restituendi non nisi cum magna debitoris difficultate conquiri possint, ut colligitur ex *c. olim. de Censib.*

Cæterum contra dicta superius, quod civitas, vel universitas, collegium, non obligetur ex mutuo per administratorem accepto, nomine duntaxat civitatis, non rogato ante civium consensu, nisi creditor probet, illud versum esse in rem civitatis, cum casus hic frequens sit,

309. *Obj.* 1<sup>o</sup>. Creditor bona fide credens pecuniam non debet ex beneficio suo sentire damnum: sed in hoc casu grave sæpe damnum sentiret; cum sæpe probare non possit, mutuum in rem civitatis versum esse.

2<sup>o</sup>. In dato casu civitati, vel collegio incumbit probatio, quod pecunia non sit versa in utilitatem ejus; ergo. *Prob. Ant.* Nam creditor tanquam actor probat intentionem suam de mutuo dato, e. g. per instrumentum legitime confectum, et contra excipit civitas, vel collegium, pecuniam non versam esse in ejus utilitatem: atqui reus excipiendi fit actor, teneturque exceptionem probare. *L. 1. ff. de Except. L. 19. c. de probat.*

3<sup>o</sup>. Administrator jure potest omnia, quæ specialiter ei non prohibentur: sed accipere mutuum pro necessitate civitatis, vel collegii non prohibetur administratori; ergo hoc gravare potest communitatem; *subs.* atqui si gravatur communitas, creditor liberatur ab alia probatione, modo a se datum mutuum probet; ergo.

4<sup>o</sup>. Privatus obligatur ad restitutionem mutui, licet creditor non probet, versum illud esse in rem privati: atqui civitas, vel collegium per administratorem contrahendo mutuum venit sub nomine, et utitur jure privatorum, *L. 16. ff. de V. S.*

5<sup>o</sup>. Si civitas tota, vel collegium totum, aut saltem pars major consentiret in acceptionem mutui, ex hoc vere obligaretur, etsi creditor non probaret, illud in ejus utilitatem versum esse, *C. 1. de his quæ a maj. part.* Sed administrator, sive plures administratores repræsentant civitatem, seu collegium totum, et habent se instar procuratorum *cum libera*, ut, quod ipsi fecerint, civitas ipsa fecisse intelligatur, *Arg. Reg. 72. qui facit per alium. in 6.*; ergo.

*Ad 1<sup>um</sup>.* *R. N. min.* Regressum enim contra administratorem habet, *L. 27. ff. de R. C.* sique hic solvendo non sit, creditor sibi imputare debet, suæque facilitati, ac imprudentiæ; cum error juris clari illum non excuset in præjudicium, ac damnum civitatis, vel collegii.

*Ad 2<sup>um</sup>.* *R. N. Ant. Ad prob.* Regula hæc: *Quod reus excipiendi fiat actor*, et teneatur probare exceptionem, inter exceptiones alias etiam istam patitur, quod probare non teneatur, quando intentionem suam in jure fundatam habet; ut accidit in casu præsentis. Ita Episcopus excipiens, Ecclesiam suæ Diocesis esse sibi subjectam; item Parochus, decimas in sua Parochia esse, exceptionem probare haud tenentur, quia habent intentionem in jure, quod ipsis assistit, fundatam.

*Ad 3<sup>um</sup>.* *R. D. M.* Potest omnia jure, modo tamen debito, et a jure ordinato *C. indebito*, et contra jus *N.* Mutuum autem non censetur nomine civitatis efficaciter acceptum, nisi hæc, vel major pars consenserit, vel a creditore probetur, illud in utilitatem illius versum esse.

*Ad 4<sup>um</sup>.* *R. D. min.* Si civitas ipsa consentiendo revera contrahat *C. secus N.* Tunc enim potius administrator contrahere censetur per *L. 27. cit.* et civitas tantum tunc contraxisse censetur, si mutuum in ejus utilitatem versum probetur a creditore. Nimirum hic favor civitatis est, ut superius dictum.

*Ad 5<sup>um</sup>.* *R. D. min.* Repræsentat civitatem in dispendiis *N.* in compendiis *C.* Jus sic disposuit: sed nec adæquate comparatur procuratori *cum libera*;

sed tantum secundum quid, quatenus potest ea omnia, quæ excepta non sunt, quæ docentur versa in communitatis utilitatem.

*Nec dicas:* Æquius tamen esse, ut communitas obligetur ex facto administratoris, et si is nocuit, ipsa contra hunc habeat regressum, quam ut creditor; nam

*R.* Communitatis, utpote personæ fictæ, major esse favor debet; ac proinde æquius est illam non lædi et obligari; cum, secus, majus huic læsionis periculum imminere posset.

## ARTICULUS II.

QUID CONTRACTUS USURARIUS? AN, ET QUO JURE PROHIBITUS? SIVE USURÆ?

510. *Præmitto I.* *Usura* ab usu vel utendo, sicut *fatura* a fœtu, *cultura* a cultu nomen traxit. Et quoniam ex usu cujusque rei fructus proveniunt, usura ad *incrementum* hoc ex usu proveniens significandum adhiberi consuevit, velut apud TULLIUM *de Senect.* ubi ait: *Terra nunquam sine usura reddit, quod percipit*, hancque usuræ significationem, qua incrementum ex usu rei innuitur, etiam leges et canones receperunt, vocando usuram omne id, quod sorti capitali tanquam lucrum accrescit. Ea de causa usura etiam *fœnus* dicitur a fœtu, more Græcorum, quibus usura *τόκος*, *partus* est, a *pario*, eo quod per usum pecunia pecuniam, ceu fœtum, pariat. Hinc advertitur, quod vox *usura* ex se non sit nomen vitii; sed sicut incrementum, et lucrum aliud est honestum et licitum, aliud inhonestum et illicitum; sic usura licita vel illicita, justa vel injusta sit. Nobis hic sermo erit de infami usuræ crimine, quod in solo contractu mutui vel expliciti, vel impliciti locum ac sedem propriam habet, non in aliis natura a mutuo separatis, quamdiu in his virtuale mutuum, quasi sub pallio, non involvitur; sive hic inquiritur: An contractus reddendi aliquid supra sortem, præcise titulo ac ratione solius mutui sit, et quo jure prohibitus, ac similiter illud ipsum lucrum, quod vi talis contractus exigitur? usura enim modo ad hunc contractum, modo ad illud lucrum denotandum promiscue adhibetur. Hinc dum alias quaeritur: *an usura sit omni jure prohibita?* sensus est, an contractus modo memoratus sit omni jure prohibitus? vel lucrum illud, quod vi talis contractus percipitur, sit omni jure prohibitus? Verbo: an liceat vi mutui præcise, dum non concurrat alius titulus extrinsecus, supra sortem exigere aliquid tanquam debitum? Nam, ut ex dictis liquet, vox *usura* ex se et a natura sua, ac generaliter sumpta, vitii præcise nomen non est.

511. *Præmitto II.* Usura a Jurisconsultis æque ac Theologis varie dividitur, 1<sup>o</sup>. in *lucratoriam*, *compensatoriam*, *moratoriam*, sive *punitoriam*. *Lucratoria* est, qua sumitur lucrum ratione et titulo solius mutui, estque ipsa illa, de qua hic agitur. *Compensatoria*, dum quid supra sortem exigitur ad compensandum creditoris damnum. *Moratoria* sive *punitoria*, dum mutuario imponitur aliquid supra sortem solvendum per modum pænæ, cum in reddenda sorte morosus esse cœperit. Vel ex communi hac divisione constat, usuram, ut sic, esse genus respectu usuræ licitæ et illicitæ; licita enim