autem omnis ſatisfactio,triennio elapſo,ſera erit,&
nullius momenti,j ix.ſup. adducta jura.
139 Sed iis non obſtantibus frequentiori interpretum
calculo contrariam opinionem receptam video, vt
ſicuti moræ in contractibus ſtricti juris non admitti-
tur emendatio,juxta magis communem ſententiam,
de qua ſupra,n.70.ſi dies,& pœna adiecta ſit,ſic nec
in contractibus bonæ fidei:quæ ſentẽtia magis pla-
cet Accur.in d.l.Lucius,verb.*Exhibuerit*,quem cre-
brius cæteri ſequuntur Bar.& Fulgoſ.& Iaſ.in d.l.ſi
inſulam n.17.Ripa,n.43 Niger n.130.Bolog.n.116.
Alex.ſibi contrarius,conſ.105.n.5. cum ſeqq. vol.3.
140 Greg.Lop.in l.8.gl.2.tit.14.par.5.†Pro quibus indu-
ci poteſt,l.qui fundum,40.verſic.*Reſpondi*,D.de con-
trah.empt.vbi cum qui fundum vendebat in lege ita
dixiſſet,vt emptor in diebus triginta proximis fun-
dum metiretur,& de modo renunciaret(ideſt refer-
ret)vt ad illam legem notauit Pratæ,lib. 17. Theſ.
ver.*renunciare*,& ſi ante eam diem non renunciaſſet,
vt venditionis fides ſoluta eſſet,& emptor intra diẽ
menſuræ quo minorem modum eſſe credidit,renun-
ciauit, & pecuniam pro eo accepit:poſtmodumque
eundem fundũ vendidit & cum emptori ſuo adme-
tiretur, & multo minorem agri modum,quã puta-
uerat,inueniſſet:quæſitum fuit,an id quod minoris
eſſet,conſequi à ſuo vẽditore poſſet?reſpondit Paul.
intereſſe quemadmodum lex dicta eſſet,nã ſi ita di-
ctum eſſet , *vt emptor in diebus* xxx. *proximis fundum
metiatur,& domino renunciet quanto minor modus agri
ſit*:quod poſt trigeſimum diem renunciaſſet nihil eſ-
ſet ei profuturum.Ecce ergo Paul.in contractu bonę
fidei loquentem,& moræ emendationem excluden-
tẽ.Secundo expendenda eſt,d.l.traiectitiæ,§.de illo
verſic.*Hoc idem videtur dicendum*,D.de oblig.& act.
quo loci I.C.in lege commiſſoria,moræ emendatio-
nem excludit,& tamen conſtat huiuſmodi diſtractũ
141 bonæ fidei eſſe,†iuxt.celebrem Bart.doctrinam in l.
ab emptione 59.nu.2.D de pact.vbi ſcripſit eundem
ſequi diſtractum naturam,quã contractus principa-
lis,pro qua doctrina eſt text.mirabilis,in d.l. ab em-
ptione, ibi: *Quia bonæ fidei interpretatio hanc quoque
conuentionem admitteret*,& not.gloſ.ſẽtentia,in l.ſub
prætextu,19.verb.*exercere*,C.de trãſ.& in l.de tute-
la,7.verb.*probata*,C.de in integ.reſt.quas ſequitur,&
extollit Iaſ. in d.l.ab emptione,in p.D.de pact.& il-
luſtrarũt pluribus,Euerar.in Topi.c.19.de cõtractu
ad diſtractũ,Tiraq.gl.5.poſt leg.conn.ex nu.5. ma-
xime,num.29.Tertio huic communi aſtipulatur, d.
l.1.verſicul.*niſi forte*,D.de pen.leg.quam ſup.nu. 78.
pro communi adduximus,junct.reg.illa vulg.de qua
in l.in minorũ.3.C.in quibus cau.integr.reſtitu.qua
cauetur, quod contractus bonæ fidei regulantur ſe-
cundum naturam vltimarum voluntatũ.Neque ar-
gumenta contraria,quibus Bald.& cæteri mouentur,
142 ſi Bartol.ſequamur, aliquid vrgent.† Non primum,
quia licet verum ſit in bonæ fidei judiciis,exuberã-
tiorẽ bonam fidem, & æquitatem eſſe,in eiſque ma-
ximè officium iudicis præſtare, id quoad conſerua-
tionem ipſiuſmet contractus,non quoad eius reſciſ-
ſionem accipiedum eſt,l.in actionibus,5.C.de in lit.
jur. effectus autem emendationis moræ potius de-
ſtruit obſeruantiam promiſſorum,quam eorum effe-
ctum,& executionem augeat,& conſeruet;quinimo
cum maior in his exigatur bona fides,vt ipſi faten-
tur,promiſſa non adimplere maior erit perfidia,arg.l.
1.in princ.D.de pact.in l.1.D.de conſt.pec.& inde in
eis peculiari bonæ fidei jure emendatio admitti nõ
143 debet.†Neque illud,quod citius mora contrahatur,
quia cum hoc ſit grauamen in tempore,quod quidẽ
præuideri potuit,non eſt in conſideratione,ex Bart.
doctrina,in l.qui bis nu.1. D.de verb.obl.quam ſe-
quitur Niger.in d.l.ſi inſulam,n.134 cui fauet,l. pa-
ter qui caſtrenſe,17.in fin.verb.D.de caſtr.pec.Neque
text.noſter aliquid obſtat,quia (vt ſup.reſoluimus,
n.99.) hoc jure,tam in priuato , qui tardius moram
committit,quã in eccleſiaſtico emphyteuta, qui ce-
lerius illam facit,emendatio, ſi celeriter fiat admit-
tenda eſt,d.cap.propter ſterilitatem,in §.verum ſup.
eod. cum ius Canonicum non ſic de pœnis curet ,
ſicuti lex Ciuilis,tex.cum mat.in cap.ſuã,7.de pœn.
vnde mitius agit,quam Cæſareum,in quo nũquam
emendatio admittitur poſt moram ſemel commiſſã
iuxta communem(quæ an vera ſit ſuo loco inf. di-
ſputabimus)ſecus jure noſtro Pontificio ex ſup.d.n.
99.obſeruatis.
*Hæc Doctores in ea quæſtione,an moræ in contractibus
bonæ fidei die, & pœna adiecta emendatio admittatur.*
† Sed ego qui contendo eam non eſſe rejiciendam, 144
etiãſi dies, & pœna adſint,auderem,tam vere , quã
noue (vti arbitror) vltra omnes quos viderim Do-
ctores conſtãter defendere,in hoc articulo nullã in-
ter contractus bonæ fidei,& ſtricti iuris eſſe differẽ-
tiã;quod vt apertum faciamus † Primo præmitten- 145
dũ cenſemus,id quod & juris certiſſimi eſſe conſtat
bonę fidei omnia iudicia maxima niti æquitate,pro-
barunt I.C.in d.l.quia tantumdem in d.l.& elegan-
ter,& in d.l. bona fides, quarũ paulo,ante memini-
mus,& ſatis indicat verbum hoc,bona fides,quo hu-
juſmodi conuentiones & contractus indicantur ;
quod etſi varias habeat acceptiones,ſoletque inter-
dum ſignificare , quidquid à dolo , fraude, & cali-
ditate alienum eſt , quo ſenſu nos *bonam fidem
præſtare,bona fide poſſidere, negotium bona fide contra-
ctum,rem bona fide venditam* dicimus,l.ſi cũ fundum
68.D.de contrah.emp.l.bonæ fidei,110.D.de verbor.
ſignific.l.res bona fide,54.C.de contrahẽd.emp.l.vbi
eſt verborum,22.D.de reb.dub.in omnique negotio
contrahendo,bonam fidẽ neceſſariam eſſe,l.bonam
fidem 4.Cod.de act.& oblig. cum ab omni contra-
ctu dolus malus abeſſe debeat.† Nonnunquam , & 146
pro eo vſurpatur quod Ariſtot.lib.5. Ethicor.& bo-
num, & æquũ dixit , neque infrequens eſt I.C.hęc
acceptio,vt in d.l.bona fide,31.D.depoſit.l.ex malefi-
ciis,4.D.de obl.& act.leg.ſi mandauero,22.§. Iul. D.
mand.l.2.§.vltim.D.de præſcript.verb.hinc illa fide-
iuſſionis formula,apud Iul.Paul.in l.quæro,57.D.lo-
cat.*In quantum illũ condemnari ex bona fide oportebit,
cautum fide tua eſſe iubes*?Et bonæ fidei contractibus,
quoniã in his alter alteri obligatur,de eo,quod alte-
rũ alteri ex bona fide,ideſt,ex bono,& æquo præſta-
re oportet.Cuius in l.conſẽſu,2.D.de oblig.& actio.
ibi; *In his cõtractibus,alter alteri obligatur in id quod al-
terum alteri ex bono, & æquo præſtari oportet*.Tranſcri-
pſit Imperat,in §.vn.Inſt.de oblig.ex conſ.in fin.verb.
†Et inde in eis latiſſima erat poteſtas iudicibus per- 147
miſſa, æſtimandi, quantum alter alteri ex bono, &
æquo reſtituere deberet,§.in bonæ fidei,Inſt.de act.
vt ecce in eo contractu,quẽ veteres fiduciã nomina-
bãt,vſitata erat hæc formula inter bonos bene agere
oportet , & ſine fraudatione in rei vxoriæ actione ,
quod ęquius melius,cuius nõ ſolum Cicer.lib.3.Of-
fic.ſed etiam Procul.in leg.ſi cum Corn.82.D.ſolut.
Iauol.in l.penul.D.ſolut.matrim.meminerunt Secũ-
do præmitto (quod & ſup. ſæpe notauimus) moræ
emendationem ex æquitate, etiam fluere,l.ſi ſeruũ ,
91.§.ſequitur, *Eſſe enim hanc quæſtionem de bono , &
æquo,in quo genere plerumque ſub auctoritate iuris ſciẽ-
tia,pernicioſè* (inquit)*erratur*, D.de verbor.oblig.&
inde nunquam admitti,ſi ius auctoris deterius fiat,d.
leg.& poſt tres,d.l.vtique,dict.§.colonus,dict.§.Seia
cauit.
Hoc enim æquitas ſuggerit,& ſi iure deficiamur,vt
alias inquit I.C.in l.2.§.itẽ Varus, D. de aqua pluu.
arcen.Cuius,& Celſ.adoleſcentis ratio,in d.§.ſequi-
tur,quod & ſup.jam nu.208.inſinuauimus,ſic expo-
nenda eſt. Idcirco probandum eſſe moram emẽdari
poſtea

poſtea offerendo, quia ſit æquum,& bonum ita ſta-
tui : quia quæſtio ipſa de mora emendanda , eſt de
æquo, & bono;nec moueri nos oportet ſtricti iuris
regulis,quamuis pro iure certo receptæ ſint,quoniã
ſub auctoritate juris ſcientiæ, id eſt, dũ verba juris
ſcripti propter eius auctoritatem præfracte retinere
volumus,plerumque pernicioſe erratur,ſic enim fit
ſæpe vt ſtatuamus aduerſus æquum,& bonum.Qua
in re manifeſtus & pernicioſus error eſt,eo,namque
modo dum videri volumus ius retinere, jus ipſum
omittimus,non ſine pernitie eorum,quibus detrahi-
tur ; cum iuris ciuilis finis ſit æquitas atque adeo
ipſum ius ciuile nihil ſit niſi æquitas , definitur à
Cicer.in Top.ſic enim ait.*Ius ciuile eſt æquitas conſti-
tuta iis,qui eiuſdem ciuitatis ſunt ad res ſuas obtinendas.*
Vnde,& ab Vlpian.in lege 1.D.de juſt.& iur.jus,id-
eſt,iuriſprudẽtia,definitur,*ars æqui,& boni*,Et Alciat.
lib.2.Parerg.cap.11.ait.*Nihil aliud eſſe ius, quam epi-
cheiam,in arte redactum.*Et Hotoman.de verb.jur.*Ita-
que propriè*(inquit) *nihil aliud æquum, aut æquitatem
eſſe,quam ius facile mihi perſuadeo*,Conan.quoque,lib.
1.commun.c.11.ſcribit,*Æquitatis hoc vnum,& ſolum
negotium eſt legum ſcriptarũ voluntates, & quaſi cogni-
tione omnes,& ſenſus bene noſſe , eoſque pro ſua bonitate
adducere ad naturalem rationem.*Quapropter id ſerua-
uimus in hac quæſtione,quod traditum eſt in l.pla-
cuit,8.C. de iudic.vt quemadmodum in aliis rebus
omnibus, ſic in hac quoque præcipua ſit iuſtitiæ
æquitatiſq;quam ſtricti iuris ratio.Eſſe autem æquũ
promiſſorem qui aliquando morã fecerit,poſtea of-
ferendo liberari conſtat.Quia etſi verum ſit,debito-
rem cum interpellatus non ſoluit,ſemel moram fe-
ciſſe,tamęn etiam & illud verum eſſe, & creditorẽ
nunc moram facere,cum rem debitam oblatam,ſine
iuſta cauſa accipere recuſat,l.qui decẽ,72.D. de ſo-
lut.conſequens eſt , vt in hac cauſa potior eſſe de-
beat cauſa poſſeſſoris,& debitoris.Quod iuris etiam
regula efficitur,l.in pari,128.l.fauorabiliores,125.D.
de reg.iur.induceſque belliſſimum eiuſdẽ Pauli locũ
in l.2.D.ne quis eũ qui in ius vocabul.nam cum po-
pulari olim more permitteretur , eũ qui in jus voca-
tur,neque ſatiſdare,neque iure velle inuitum rape-
re,(vt ex bonis auctoribus notamus diſput.3.leg. ſi
ante acceptum 7.D.judic.ſolui in proch.ex num. 3.
cum ſequentibus)edictum Prætor propoſuit,ne quis
eum,qui in ius vocaretur vt eximeret,vt metu pœnę
compeſceret eos,qui in ius vocatos vi eriperent,cui
edicto putat Offil.locum non eſſe,ſi perſona quæ in
ius vocari non potuit,vi exempta ſit,veluti parẽs,&
patronus, cæteræque perſonæ. Quæ ſententia mihi
vera,videtur.Sanè (vt inquit) Vlp. in l.1. ad fin. D.
ne quis eum,qui in ius voc.)ſi delinquit qui vocat,
non delinquit qui eximit.Nam(vt ſubdit Paul.in d.
leg 2.)cũ vterque contra edictum faciat,& libertus,
qui patronum vocat, & is qui patronum vi eximit
deteriore tamen loco libertus eſt,qui in ſimili deli-
cto petitoris partes ſuſtinet.
148 His ſic obſeruatis (vt ad rem iam redeamus)cum
quæritur , an die,& pœna adiecta , mora emendari
poſſit ſequens diſtinctio adhibenda eſt; Aut ius acto-
ris deterius factum eſt,aut ſua nihil intereſt moram
emendari,in quo non eſt dare mediũ:ſi ſua non in-
tereſt,tã in contractibus ſtricti iuris, quam in con-
tractibus bonæ fidei,etiã,die,& pœna adiecta,morę
expiatio amplectetur,iuxta noſtram hanc ſententiã,
quam cum Andr.de Piſis,& aliis defendimus,& pla-
ne probat,d.l.etſi poſt tres; Aut actoris ius ex mora
deterius factũ eſt,& tunc ſicuti in contractibus ſtri-
cti iuris excluditur emendatio,ſic & in contractibus
bonæ fidei reiici debet, quia cum hæc ex æquitate
oriantur, & illa ſine ea admitti non poſſit,perſpicuũ
fit cum alterius iactura æquitatem locũ habere non
poſſe,arg.l.nam hoc natura,14.D.de cond.ind.tunc
enim non æquum ſed iniquum potius eſſe reum ad
morę emendationem admittere.†Quam ſententiam 149
expreſſe confirmat aureum Paul. reſponſ.in l.ſcien-
dũ 18.D. ex quibus cauſis mai. *Secundum eſt*(inquit
Paul.)*quod in iis caſibus reſtitutionis auxiliũ maioribus
damus,in quibus rei dumtaxat perſequendæ gratia quæ-
runtur,non cum & lucri faciendi cauſa, ex alterius pœna
vel damno auxilium,ſibi impertiri deſiderant*,Quæ ver-
ba ſatis oſtendunt æquitatem, cum alterius damno,
præiudicio , aut iniuria operari non poſſe: à quo nõ
eſt aliena I C.l.2.§.ſi quis à princ.D.ne quid in loco
pub.& quod notat Abb.in capit.1.n.21.ſupr.de ju-
dic. ergo in contractibus bonæ fidei moræ emenda-
tio, ſi jus actoris deterius factũ eſt,admitti non po-
teſt : ſupereſt igitur,vt ſolummodo primo rantũ ca-
ſu,cũ actoris, ſcilicet, nihil intereſt,ea procedat,&
inde nulla erit inter hęc judicia differentia,neque ali-
quod jus ſpeciale,in d.l.Lucius,Titius 48.D.de actio.
empt. quæ iis occaſionem præſtitit , aduertetur. Ex
quibus omnib.relinquitur,quod ſi in eo text.hæres
poſt morã reliquam materiã exhibuiſſet , potuiſſet
etiam poſt diem,& pœnam,moram emendare,vt ſic
Paul.ibi Andr.de Piſis,& aliorum ſententiam contra
communem probet.Quo ſic perpenſo , non leuiter
fulcitur Bartolli illa recepta ſententia,quæ Accur.in
primis placuit,atque recepta comm.teſte And.Ti-
raq.lib.2.de retractu,§ 4.gloſſ.4.num. fin. poſſe eum
qui moram commiſit , ſi ſoluat id quod creditoris
propter moram intereſt , ad eius emendationẽ ad-
mitti,id enim eadem illa æquitas ſuggerit,vt toties
quoties indemnis, creditor ſeruatur,poſſit debitorẽ
ipſam offerendo admitti.
Quæ quarto ſuadetur Pomp.auctoritatem,in le g 150
mancipiorum, 6. D de opt.leg.vbi cum mancipiorũ
electio legata eſſet,& ne venditio quandoque eligẽ-
te legatario interpellaretur, decreuiſſet prætor , niſi
intra certum tempus elegiſſet , actionem legatario
nõ competere,inquit Pompon.quod ſi die præteri-
to,ſed antequã venderet hęres,vendicare legatarius
velit,audietur,quia non eſt dammũ ſubiturus hęres,
propter quod id decernere prætor ſolet.Et ergo ibi
textus expreſſus, qui poſt diem (tempus,inquam à
prætore definitum) & pœnam (quia non eligendo
legato priuatur) moræ emendationem admitti; vbi
Acc. optimè interpretatur † verbum illud quando- 151
que,ideſt,quandocũque quæ acceptio,& apud I.C.
frequẽs eſt,vt in l.ab hoſtibus,15.§.ſed quod ſimpli-
citer,D.ex quibus cauſis,mai.in l.res in dotem datę,
43.ibi;*quandoque ſoluto matrimonio* D.de iur.dot. in
leg.hæres quandoque,54.D.de acquir.hæred.& aſſi-
dua apud probatos Latinæ linguæ auctores,vt notat
Lambin.ad illud Horat.
Quandoque bonus dormitat Homerus.
† Neque argumentum hoc eluet , qui dixerit , 152
Pomp.d.l.mancipiorum,in vltimis voluntatibus lo-
qui,ſecus autẽ eſſe in contractibus,in quibus mora,
iuxta comm.Bart. die , & pœna adiecta non poteſt
emendari;nam huius ſolutio facile conuinci poterit
ex vulgato illo axiomate quo docemur,cũ diſcrimi-
nis ratio reddi non poteſt, validum eſſe argumentũ
de vltimis volũtatibus ad contractus,& è contra,l.
ſeruum filij,46.§.cum qui,chirographum,D. de l.1.
& latius inf.n.203.diſputabimus;& probat Euerar.
in Topic.legal.cap.17.
Quinto, nec noua , nec inaudita cuiquam hæc ,
quã tuemur,ſententia videri debet,quæ fuit olim à
Scæu.probata,in l.qui Romę,122.§.Flauius Hermes,
D.de verb.oblig. vbi cum Flauius Hermes hominẽ
Stychum manumiſſionis cauſa donaſſet,& ita de eo
ſtipulatus eſſet.*Si homo Stychus de quo agitur,quẽ hac
die tibi donationis cauſa manumiſſioniſque dedi,à te,hæ-
redeque tuo manumiſſus, vindictaque liberatus non erit,
quod dolo malo nõ fiat pœnæ nomine quinquaginta dari,*
ſpopondit

ſpopondit Claudius. Quæſitũ fuit,an ſi Flauij Hermetis hæres à Claudio hærede pœnam ſupra ſcriptam petere voluerit, Claudii hæres libertatem Stycho præſtare debeat,vt pœna liberetur.Scœu.reſpondit poſſe,neque diem,& pœnã ibi adiectam id impedi-
153 re. †Neque ſatis huic difficultati occurret,qui poſt Dynum,cum Bart.in d.l.ſi inſulam n.5.dixerit, ideò emendationem admitti,in d.§.Flauius Hermes,quia ibi tantum aderat pœna,non dies,vnde non mirũ ſi poſſit mora manumittendo commiſſa liberari.Quæ ſolutio communis eſt,Iaſ.in d.l.ſi inſulã,nu.8.Ripa, n.49.Nigri,nu.140.& Salic. tract. de mora , quæſt. 2.nu. 9. Quia facillimo negotio hæc ſolutio reiicitur,verius enim eſt,& diẽ,& pœnam eſſe,in dict.§. Flauius,nam in illa obligatione ſaltim ineſt dies tacita,ſcilicet,cum petiero,l.ſi decem cum petiero,48. D.de verb.oblig. dies autem tacita idem operatur , quod expreſſa,vt in d.l.1. D.de pen.leg.ergo debuit impedire emendationem. Neque rurſus obſtabit ſi cum eodem Bartol. dicamus,diem illam ſubintellectam per hominem præuideri non poſſe , & inde æquũ fuiſſe emendationẽ admitti. Quia hoc caſu à lege tempus duorũ menſium præfinitum eſt l.fin.D. qui ſine man. ad libert. peru. vnde recte præuideri potuit,vt dicimus in ſpecie emphyteuſis in caſu noſtri text.& dict.l.2.de iure emphyt.

154 Anteaquam tamen hinc abeamus, quia in ſpecie d.§.Flauius,diximus diem ſubintellectam eſſe duorũ menſium,quo tẽpore lapſo,ſi ſeruus ad libertatem per manumiſſionem non peruenerit,ad eam ex principũ conſtitutionibus eripitur,vt ibi,in fine Scœuola ſcripſit,iuncta d.l.fin.D.qui ſine manum.ad liber. animaduertimus eius deciſionem dificilem eſſe ex omnino contraria I.C.ſententiam, in l.cum venderet,10.D.de ſeru.export.vbi ſeruos qui ea conditione venierũt,vt poſt mortẽ emptoris in libertatẽ vocarentur,mortuo emptore,ſi manumiſſi non ſint,liberos nõ eſſe I.C.ſcribit. Et quod mirũ eſt,idẽ I.C.in d.l.cũ venderet,verſic.Claudius, contrariã ſuperiori ſententiã tradidit, aſſerens ex Diui Marci conſtitutione,quamvis non manumiſſos,liberos fore.Pugnat igitur ſecunda pars,dict.l.cum venderet,verſic. Claudius,cum prima parte eiuſdem legis, & cũ vltima,dict.§.Flauius Hermes,quę iura,vt in amicitiã, & concordiam redigant interpretes,mirũ eſt, quam ſeſe torqueant. Omnium tamen interpretationibus omiſſis,vt ea perpetuo fœdere componamus,obſeruandum cenſeo,iuniores I.C. ſolitos fuiſſe antiquorum ſcripta interpretari, confirmando,declarando, ſiue quod deerat addendo, interdũ etiam reprehendendo,vt obſeruat Vigilius,in pr.Inſt.de hæred.inſt. nu.8.Auguſt.lib.1. emendat. cap.6.quos in eandem ſententiam refert , alia etiam adducens nouiſſimus Boetius Epon Friſius,in cõmentariis ad l.Gallus,in pr.n.12.D. de liber.& poſth.cuius rei paſſim exempla in iure occurrũt,& vt generaliter dicã,huc pertinent libri quos Vlp.ad Sabin. Paul. ad Plaut.Tryphon. ad Scæu.ſcripſerunt , ea enim inſcrptio non ſignificat Vlp.Sabin.libros dedicare,vt falſo arbitratur Alciat.ante primam partem Codicis,& ante leg. vn.C.de ſent. quæ pro eo quod inter.Ex his autẽ libris, quamplurimæ leges deſumptæ ſunt, in quibus interdum in initio ponitur nomen I.C.antiqui,eiuſque ſententia adiicitur, poſtea ſubiicitur declaratio, aut nota I.C.junioris, ipſius nomine ante eam præmiſſo , vt in leg.Plautius,9.D.de aur.& arg.leg.in l. Plautius 43.D.de condit. & demonſtr. nonnunquã tamen ſubiicientur hæc nomina, quæ res in magnos errores juris interpretes traxit,dũ ignorant quæ Sabini,Plautij,aut Scæuolæ ſententia fuerit,quæ verò Pauli,Vlpiani,aut Tryphon. nota.Secũdo aduerto, duas in iure fuiſſe cõſtitutiones,de ſeruis, manumiſſionis cauſa venditis,aut donatis:alteram D.Adriani, quæ anterior fuit,qua cauebatur,vt ſeruo actio cõpeteret ad petendam libertatẽ,eamq; præſtare cogeretur emptor,aut legatarius : alteram D.Marci,quę poſterior fuit,& ſeruum ipſo jure ad libertatem peruenire conſtituit Scæu.igitur qui conſtitutionem D. Marci non eſt aſſequutus,in d.§ Flau.Hermes,reſpõdet ſecundũ conſtitutionẽ D.Adriani quæ ſuo tempore vigebat , actionem competere ad libertatem petendam,& id ipſum reſpondet in d.l.cum venderet,quæ Scæu. eſt, vſque ad verſic. Claudius,à quo quæ ſequũtur Tryph.ſũt,qui notas ad Scæuol.ſcripſit,vt conſtat ex l.patronus.34.§.fin.D.de l.3.rectè ergo notat Claudis, eam Scæuolæ ſententiam non eſſe admittendam, propter nouam D.Marci conſtitutionem,quæ poſtea ſuperuenit , ſecundum quam ſeruus ipſo jure liber fit,cuius meminit Calliſtr.lib. 3.de cognit.in l.cũ qui ita veniit,3.D. qui ſine manumiſſ.ad libertatem perueniant, quod ad hæc iura non ſunt aſſequuti ordinarii interpretes,neque Sarmient.lib.1.ſelect.c.1.ex n.23.neque Cuiac.lib.1.obſeruat.c.29.ſed ex ſuperiori obſeruatione fit planũ, qua non ineptè deciſio.d.l.cum venderet,& dicti,§. Flauius Hermes illuſtratur.

Vlterius,& ſexto , contra communem non parũ 155
ſtringit,elegans,& ſingularis,l.ſi ita quis,135.§.Sæia cauit.D.de verb.oblig. quo loci Sęia Lucio Titio cauit,quod mandante eo hortos emiſſet,& quod cum pretium omne cum vſuris ab eo recepiſſet,ſe in eum proprietatem hortorum tranſlaturam;deinde in cõtinenti inter vtrumque conuenit,vt intra Kalendas Apriles primas,vniuerſam ſummã mandator numeraret,& hortos acciperet.Cũ ante Kal.Apriles, non omne pretium cũ vſuris à Lucio Titio Sæiæ ſolutum eſſet , interpoſito tamen modico tẽpore poſt Kalendas, reliquum pretiũ cum vſuris Sæiæ Lucius Titius ſoluere parat.ſit,neque Sæia accipere vellet, & poſtmodum per Lucium non ſteriſſet quo minus reliquũ pretium ſolueret,an nihilominus Lucius ex ſtipulatu agere poſſet,quæſitũ fuit,reſpondet Scæuola poſſe, ſi nõ multo poſt obtuliſſet,nec mulieris quicquã propter eam morã intereſſet , quod omne ad iudicis cognitionem remittit.† Cæterũ iam au- 156
dio,poſt Dyn.Bar.in l.ſi inſulã,aſſerentẽ in d.§.Sæia cauit diẽ interueniſſe, non autẽ pœnam , cui interpretationi,& cæteri acquieſcunt ex Iaſ.n.15.& 19. Ripa,n.51.Nigr.nu.144.& conſentit Salic.tract. de mora,quæſt.2.principali,concl.6. nu. 10. Sed quicquid iſti arbitrentur,pœna eſt in d.§.Sæia cauit, De die jã conſtat , nam intra Kalendas Apriles primas debuit numerare,& hortos accipere, quã & ipſi fatentur,de pœna, quia elapſo illo tẽpore Lucius Titius priuatur commodo illius ſtipulationis , cum amplius ad illos hortos contra Sæiã agere non poſſet,at priuatio jur pœna eſt,l.in criminali,5.ibi: *Actor quidem propoſiti negotij actione mulctetur*,C.de iuriſd. omn. judic. ex quo enim priuatur illo iure hortos conſequendi non leui afficiebatur pœna,arg.l.1.C.de ijs quæ pœn.nomin.Præterea liberatio illa,quę Sęię ex mora Lucij Titij contingit,pœna dicitur,l.ſi ſuper poſſeſſionum,9.Cod.de tranſ.l.qui fundum,40.D.de contrah.empt.Quod & optimo legis cõmiſſoriæ,& emphyteuſis exẽplo confirmari non male poterit,in quibus,vt omnes fatentur,dies & pœna adſũt,& tamen nulla alia eſt, quam priuatio rei commiſſæ,d.l. traiectitiæ,22.§.hoc idem,D. de oblig. & act. cum ſimilibus,& d.l.2.C.de iure emphyt.junct.latè ſup. obſeruatis,ergo pœna eſt in d.§.Sæia cauit.Ne eius text.difficultatem,& argumenti poteſtatem declinabit,qui dixerit,loqui eũ in actore volente,ad actionem ſuã conſeruandam moram emendare,ſecus autem eſſe in reo,qui ab emendatione non excluderetur,quia eius cauſa fauorabilior ſẽper eſt ex regula l.Arrianus,D.de oblig.& act.l.fauorabiliores, D. de regul.

regul.iur. quoniam ſolutio hæc diluitur facillimè, ſiquidem emendationis moræ,vt & eius commiſſionis in reo,& actore par eſt ratio,vt ex eius definitione cõſtat,deinde & actoris cauſa quoad ſui juris cõſeruationem,non minus,quam rei eſt fauorabilis,facilius enim iura noſtra cõſeruamus,quã de nouo,acquirimus. Manet ergo in d.§.Sæla,excludi emẽdationem ſi mulieris, quicquam propter morã intereſſet,admitti ſi non intereſſet,ex conſideratis ſup.n. 147.quomodo nulla habita differẽtia litis conteſtationis,alteriuſve temporis,cum text.accepit Bart. in d.l.ſi inſulam,n. 1. 2.& 3.receptus communiter ex Caſtrenſi ibi, n. 4.Iaſo.10.Croto,16.Iacobo de Nigris,56.Ripa,23.Bologneto,84.Alex.conſ. 131.n.2. lib.4.Decio,conſ.451.n.17.

157 Præterea,& ſeptimo contra communẽ induci poteſt citata,l.ſancimus,27.C.de fideiuſſor,vbi qui promittit aliquem iudicio ſiſti, appoſito termino cum pœna, poteſt moram emendare ſiſtendo, vel reum principalem defendo , vſque ad tempus ſemeſtre ,
158 quod fidejuſſoribus ibi Iuſt.indulget.† Nec admittenda eſt Bald.reſponſio inter initia , & exiſtimãtis ea ratione fideiuſſori emendationem condi , quia lex illa loquitur in ſtipulationibus iudicialibus , in quibus mitius multo agitur, quam conuentionalibus,arg.d.l.quod ſi Ephe.5.D.de eo quod certo loco & receptæ Bart.doctrinæ,in d.l.ſi inſulam,nu.4.ad medium.Nam (vt latè ſup.nu. 107. oſtendimus ad dict.l.& ſi poſt tres 8.D.ſi quis caut.) cũ moræ hæc emendatio ex æquitate oriatur,neque diſcriminis ratio inter iudiciales , & conuentionales reddi poſſit (vt ex Cuiac.in d.l.ſi inſulam,pag.2.lit.A. & Sapor. tract.de mora,cap.4.numer.135.iam admonuimus n. 112.)non eſt quare in illis emẽdatio procedat,in his
159 prohibeatur.†Nec magis probanda eſt Bart.ſolutio, in d.l.ſi inſulam,nu.11.aſſerentis moram emendari, in d.l.ſancimus,in præparatoriis judicialibus ſtipulationibus, ſecus autẽ eſſe in ſtipulationibus deciſoriis,iuxta d.l.Celſus,27.D.de recept.arbitr.quã,licet eum non referat, conſtanter defendit Salic.tract.de mora,quæſt.2.pr.n. 29. quia expreſſe conuincitur , ex leg.ſi cũ dies,25.§.fin.D.de arbitr.quæ in deciſoriis moræ expiationem non reiicit. Supereſt ergo , die & pœna adiecta moram emendari,in dict.l.ſancimus.

160 Vltimo ſuperioribus pro noſtra ſententia contra communem adiungo,l.commiſſoriæ,4.C. de pactis inter empr.d.l.Æmilius Largiã.39.D.de minor. vbi in pacto legis cõmiſſoriæ, vbi dies & pœna adſunt ex ſupr.ſæpè notatis,Imperator emẽdationem moræ amplectuntur.Rutiliana enim,quæ pupillaris ætatis Largiano defuncto,in l.l.Æmil.ſucceſſerat,& cuius tutores in ſolutione ceſſauerant,in integrũ aduerſus lapſum temporis reſtituta fuit.At dicet aliquis,dict.l. Æmilius,ad rem non pertinet,quippe cum loquatur in minore reſtituta,quæ imbecillis ætatis fauore cõtra ius ſtrictum,ſummumque moram ibi eluere potuit,quod non parum ex illius tituli natura ſuaderi poteſt,in quo de minoribus circumuentis,aut lapſis dolo,fraude,ſiue calliditate aduerſarij,aut eorum facilitate,imbecilli, fragilique conſilio reſtituendis ex generali hac de re propoſito edicto I.C.agunt,vnde jux.illius naturam intelligi neceſſario debet,l.Imperator,19.D.de in diẽ addict.l.fin.vbi notarunt omnes,D.de cond.indeb.ſcripſit Bar.in d. l. Imperator. vbi plura congerit eius additionator in id vidẽdus, idem Bar.in l.ſingularia, 15.n. 4. D.ſi cer.pet. Alex. conſil. 27.n. 3. lib.1. cui ego vt ſuccurerem, addidi dict.leg.commiſſoriæ, vbi Imp.idem generaliter reſcripſit.

Ex quibus omnibus facile mihi perſuadeo longe veriorem eſſe hanc vltimam,quam cũ Andr.de Piſis Rober.& aliis,quorum ſup.n.98.meminimus, tuemur opionem,die,ſcilicet,& pœna contractui, ſiue diſpoſitioni adiecta,morã emendari poſſe,quod euidentius apparebit,ſi prius argumentis contrariæ ſatisfecerimus.

PRæcipuum igitur telũ , quod aduerſarij in hãc 161
vltimam,quam defendimus ſententiam vibrant, præſtat Afric.in dict.leg.traiectitiæ,22.§.de illo,D.de oblig.& act.cuius argumento omnes vbi generalẽ negatiuam regulam conſtituunt , vt excludenda ſẽper ſit,ſi dies & pœna interuenerint moræ emẽdatio Sed nihil obſtat.Nã vt Ang.in d.l.etſi poſt tres, 162
arbitratur,ideo in d.§.de illo,mora emẽdatur,quia ea duplex fuit,altera per diei lapſũ,altera per interpellationem , quæ geminatio emendationem impedit, juxta Bar.doct.num.16.in d.l.inſulam , quam communiter cæteri amplectuntur, vt reſoluimus ſup.n. 81.& eam Ang.ſolutionem ſequuntur Paul. Rom.& alij,quorum eos ſecutus meminit Iaſ.ibi n.15.& dixit communem F.Ripa,nu.37.Qui tamen eam non 163
probat,eo quod interpellatio,de qua in d.§.de illo, ante diem facta fuit, quæ debitorẽ in moram non conſtituit,jux.verã moræ definitionem,quam ſupra ex Hotoman.lib.2.obſeruat.cap. fin. obſeruauimus, & inde cum vnica tantum fuerit mora , ab vnica interpellatione producta, emendatio impediri non debet.Verum hæc Ripæ conſideratio vana eſt,quia præter diuinationis vitiũ quod continet,violat verbum,interpellatus quod de opportuna , & congrua interpellatione accipiendum eſt,ex dict.l.mora,ibi; Ideſt,ſi interpellatus opportuno loco nõ ſoluerit,D. de vſur.Ex alio tamẽ mihi mendax videtur Ang.ſolutio,quam ſecurè ſecutus fuit Saport.neminẽ referens tract.de mora,cap.4. nu.30. & rurſus, nu.147. cum ſequent.quia licet Bart. communiter receptus reclamet, verius longè eſt , multiplicẽ moram non magis impedire emendationem, quam ſimplicẽ, vt latius ad 10.diſputabimus,& contra communẽ efficaciter probat Bologn.in d.l. ſi inſulã, nu.19.Baud. lib.1.variar.quæſt.c. 41.† Quare iis & aliis omiſſis 164
verè reſpondendũ eſt,in dict.§. de illo,non propter diem,& pœnã,ſed propter intereſſe ſtipulantis moræ emendationẽ excludi; quod ex eo conſtat,quoniam tex. ille in traiectitia pecunia loquitur,in qua tunc committitur ſtipulatio,cum ſtipulator damnũ paſſus eſt propter operas ſeruis amiſſas,hoc ergo extrinſecum intereſſe impedit moræ emendationem , juxt.d.l.& ſi poſt tres,in dict.l.vtique,& in dict.§.Sęia cauit,& latius ſcripſimus ſup.nu.108.Neque obſtat quod ſecundum hanc regulam nunquã admittenda videtur in obligationibus faciendi moræ emẽdatio. Cum in illis ſemper poſt moram ſuccedat obligatio 165
ad intereſſe,l.ſtipulationes non diuidũtur,72.verſic. Celſus,l.cum ſtipulatus ſim,113.§.fin.l.ſi fundũ,114. D.de verbor.oblig.l.ſiquis ab alio,13.D. de re jud. Nã reſpondeo,d.§.de illo procedere in intereſſe extrinſeco,quod eſt vltra rei valorem , de quo in leg.1. verſ.Hoc autem,D.de act.empt.cuius exempla ſunt , in l.venditor,8.D.de euict.in l.ſi ſterilis,22.§.cũ per venditorem,D.de act.emp.argumentum vero procedit in intereſſe extrinſeco,quod in obligationibus faciendi poſt moram ſẽper adeſt pœna enim in d.§.de illo, loco intereſſe præſtabatur,quæ (vti aſſolet)ob operas eius qui eam pecuniam peteret,in ſtipulationem erat deducta,ſic d.§.de illo interpretantur poſt Bal.in d.l.magnam,nu.5.Bologn.in d.§. ſi inſulam , num.108.Robert.lib.2.Sentent. c.18. litter.G. Nec 166
me in contrarium mouet,quod juxt.hæc ſemper deberet impediri emendatio moræ , cũ nullum ſit intereſſe præter extrinſecũ, vt nouè contendit Caualin,tr,de eo quod intereſt,n.5.per. l. 1. conſiderandum,D.de tut.& rat.l.in furti actione, 51.D.de furt. in leg.euicta, 70.ibi: *Non ad pretium dumtaxat recipiendum,*

piendum ſed ad id quod intereſt competit, D.de euict.in quibus æſtimatio rei ab intereſſe diſtinguitur, nam longè verius eſt verã ipſius rei æſtimationem intereſſe dici, juxta dict.l.1.D.de act.empt.vbi Vlpian.ſcripſit. *Si res vendita non tradatur, in id quod intereſt agitur, hoc eſt quanti rem habere emptoris intereſt, hoc autẽ interdum pretium egreditur ſi pluris interſit, quam res valet, vel empta eſt* Aperte ergo demonſtrat interdũ non egredi, quod etiam idẽ Vlp.probat, in d.l.ſtipulationes non diuiduntur, ibi. *Iuxta æſtimationem facti dandam eſſe petitionem.* Et Celſus in dict.l.ſi quis ab alio, dum inquit. *Siquis ab alio decem, ab alio ſatiſdare ſtipulatus eſt, æſtimandum eſt quanti ſtipulatoris interſit ſatiſdare idque, aut tantumdem æris, aut minus, &c.* Ex quibus omnibus non obſcurè patet duplex, intrinſecum, & extrinſecum intereſſe conſiderari, quorum primum aliquando rei æſtimatio dicitur. quam ſententiam tenet Bart.in l. vnic.n.12.& 13. C.dd ſent. quæ pro eo quod intereſt, vbi Socin.nu.24.Rebuff. gloſ.1.n.149.Alciat.tract.de eo quod intereſt, cap.7. Quam etiam differentiam intereſſe intrinſeci, & extrinſeci, plura doctè, & copioſe adducentes agnouerunt, & exornarunt Petr.Barboſa, in l.de diuiſione, ex nu.30.D.ſoluto matrim.Gaſpar.Rodriguez, qui extrinſecum hoc intereſſe cauſale appellat, lib.3. de ann.redd.q.7.ex n...Ioan.de Caſtillo, lib.3.cõtrouerſiarum c.1.ex n. 24. Eſtque omnino videndus Antonius Gama, deciſ.Luſitana, 110.n.3.& quæ in eius propoſito eius additionator.Blaſius Florez de Mena ſcripſit, vbi infinitos rem diſputãtes congerit. Neque fundamentum Caualc.aliquid obſtat, quia quando concurrit vtrumque intereſſe, tunc intrinſecum quantitas rei appellatur, ad differentiam extrinſeci, juxt.jura optima, & quæ ſic neceſſario debent intelligi, in dict.l.1.§.conſiderandum, ibi: *Quod intereſt nõ venire, ſed rei tantum æſtimationem*, D.de tutel. & rat. in l.Tit.44.ibi: *Non enim pretium continet tantum, ſed omne quod intereſt emptoris ſeruum non euinci*, D.de actio.empt.in leg.ſi fundus, 36.ibi: *Quod hactenus erit verum vt pretium reſtituas, non vt errans id præſtes, ſi quid pluris mea interſit eum vacuum mihi tradi*, D. locat.in l. ſtychum, 56.ibi; *Quanti igitur fiet æſtimatio? vtrum decem millium quanti fuit occiſus: an quanti eſt quem neceſſe habeo dare, ideſt, quãti mea interſit*, D.ad l. Aquil.in l.4.§.in eum.ibi: *Quod non ad quantitatẽ, ſed ad id quod intereſt, &c.* D.de damno infect.in l.vn.in fin.D.ſiquis ius dicen.non obtem.quæ iura ſic neceſſario accipiẽda ſunt, vt optimè cenſet: alia in id referens.Forcat.de mora, 2.part.nu.2.& nu.13. & ſoluitur primum argumentum.

167 Rurſus non obſtat ſecundũ ex d.l.magnam, 11.C. de contr.ſtip.cui Bal.in d.l.etſi poſt tres, n.20.reſpõdet eo loci non tractari de emendanda mora, ſed vtrum ea ſine interpellatione committatur, videbatur enim non committi, niſi ea facta, ex d.l.mora, ibi; interpellatus non ſoluerit, D.de vſur.& ante eã creditor indulgere debitori videbatur, ſed cum dies quaſi admonere ipſũ videatur, ſtatuit Imp.aliam interpellationem neceſſariam non eſſe, & ad conſtituẽdum debitorem in mora, & ad hoc vt pœna committatur, non tamẽ negat, quin ſemel commiſſa ſtipulatione mora emendari poſſit. Sed tunc obſtat, quia iã hoc erat ante Imper.deciſũ, vt die adiecta interpellatio neceſſaria non eſſet, juxt.d.§.de illo, vnde ſuperflua erit.Iuſtin.noua deciſio in d.l.magnã, ſi vlterius aliquid noui non ſtatuit. Reſpondendum tamen eſt, vltra diem, interpellationem fuiſſe, in d.§.de illo, vt conſtat interpellatus, quæ iura ſic interpretãtur Balduin.in ſuo Inſt.pag.77.Robert.dict.lib.2.ſent.c.18. & nouè Sapor.tract.de mora, c.4.n.137.

Cui interpretatione, licet olim præceptores noſtri acquieuerint, nunquam ipſe arridere potui, quia die adiecta, etiam ſine interpellatione, moram fieri probat Afric.in dict.§.de illo, ibi; *Conſultus reſpondit eius quoque temporis quo interpellatus non eſſet, poſſe peti pœnam amplius, etiamſi omnino interpellatus non eſſet*, fuitque id ante Iuſt.iuris certiſſimi, tam circa pœnam conuentionalem, vt in d.§ de illo, & in l.ad diẽ, 77. D.de verb.oblig.& in l.lecta.40.D ſi cert.pet.quam judicialem, vt in l.ſi eum, 10.§.homo, D.ſiquis caut.& legalẽ, vt in l.fin.C.de vſur.rei iudicatæ, & quaſi judicialem, vt in d.l.ſi cum dies, §.fi.D.de arbitr. Vt igitur noua deciſio, d.l.magnã, aliquid operetur, intelligi debet de inexpiabili moræ commiſſione, ne alias inanis reddatur, quę interpretatio magis placet Bald. in repetitione d.l.etſi poſt tres, n.20.

Sed profecto ſi id admittimus, noſter hic labor fumeſcet, vanus, & futilis reddetur, ſiquidẽ ex ea ſolutione relinquitur propter diem, & pœnam, moram inexplicabilem reddi.

168 Quare vt eo quo tẽdit noſtra fœliciter oratio perueniat, aliter ego rem hanc diſcutiendam arbitror, altinſque repetendam exiſtimo, & in primis conſtanter affirmo, Bart.Bald.& cæterorum veram eſſe conjecturam, quam & præceptores noſtri ſequuti fuere ad d.l.magnam vt ibi, de moræ, die & pœna adiecta, commiſſione, ſine interpellatione Iuſt.agat, non de eius emendatione, quod euidentius apparebit, ſi eũ in dict.l.magnam, & in d.l.2.C.de jure emphyt.(cuius ipſe auctor eſt) loquentem audiamus. *Magnã legum veterum obſcuritatem, quæ protrahendarum litium magnam occaſionem vſque adhuc præbebat, amputantes ſancimus, vt ſiquis certo tempore facturũ ſe aliquid, vel daturum ſtipuletur, vel quæ ſtipulator voluit, promiſerit, & adicerit, quod ſi ſtatuto tempore maximè hæc perfecta fuerint, certam pœnam dabit: ſciat minime ſe poſſe debitor ad vitandam pœnam adiicere, quod nullus eum admonuit: ſed etiam circa vllam admonitionem, eidẽ pœnæ pro ſtipulationis tenore fiet obnoxius: cum ea, quæ promiſit, ipſe in memoria ſua ſeruare, non ab alijs ſibi manifeſtari debeat poſcere.* Hactenus in dict.leg.magnam: eiuſdem autem verba, quæ ad rem hanc ſpectant, in dict.lege ſecunda §.ſin autem, ſic ſe habent. *Sin autem nihil ſuper hoc capitulo fuerit pactum, ſed per totum triennium, neque pecunias ſoluerit, neque apochas domino tributorum reddiderit volenti ei licere eum à prædiis emphyteuticarijs expellere nulla ei in poſterum allegatione nomine meliorationis, vel eorum, quæ emponemata dicantur, vel pœna opponẽdo: ſed omnimodo eo (ſi dominus voluerit) repellendo, nec prætendente, quod non eſt ſuper hac cauſa inquietatus: cum neminem oporteat conuentionem, vel admonitionem expectare, ſed vltro ſeſe offerre & debitum ſpontanea voluntate, perſoluere ſecundum quod & anteriori lege noſtri numinis generaliter cautũ eſt.* Hæ Iuſtin. ex cuius ſermonis ſerie ſatis oſtenditur eo deciſionem, dicta lege magnam ſpectare, quo communis exiſtimat nec id dubitationem habere. Igitur difficultas tantum circa ſecundam partem ſolutionis reſtat, qualiter id tanquam nouũ à Iuſt.traditur ſi vetuſtiori I.C.deciſũ erat, die & pœna adiecta, interpellationem non deſiderari.

169 Vnde ego conſtituo *primo*, quod & ſi inter noſtros controuerſum ſatis ſit, an aliqua adhuc antimonia, ſiue duarum, pluriumve legũ conflictus, & diſſonantia, aliquiſve locus, qui nouioribus legibus aboletus, & correctus ſit extet. Crebriore tamen eorũ calculo in eam itum eſſe ſententiam, vt nihil, neque ſuperfluum, neque contrarium inueniatur, quam poſt antiquiores, in l.1.C.de inoffic.dotib.in l. ſi quando 35.C.de inoffic.teſtam.veriſſimã proclamant Zaſ.& Bellon.vterque lib.1.diſſolut.antinom.in princ.Molin.ad rub.num 81.D.de verbor.oblig.Conan.lib.4. com.c.5.n.3.qui mouentur, l.1.§. nulla itaque, l.2.§. contrariũ, C.de vet.jur.enucl.& procemio.Inſt.§.ſacratiſſimas, l.1.§ tollendis, C.de Iuſt.Cod.confirm.& prima conſtitutione de cõceptione Digeſt.quæ propoſita

eſt libris Piſanis, & nouiſſime Morl.in empor. iur. ciu. 1. par.ti.1.q.8.num.1.& 2. vbi paucis mutatis hæc quæ hic adducimus retulit, ſuppreſſo tamen auctoris nomine, provt ei eſt mos; qui integram illam octauam quæſtionem, & quæ in ea de juris interpretandi ratione obſeruat, cum ab erudito Campos Anteceſſore Salmanticenſi, totidem ferè verbis ex libello, quem is *Iſonomiam* appellauit, tranſcripſerit, id tamen diſſimulat) quæ opinio amplectenda eſt, quicquid clamitent Budæus in adnotat. ad Pandect. ſub l. fin D.de ædilit. edict. Baro, ad tres conſtitur. Pandect. Florent affix. & in §.litera, Inſt.de rer. diuiſ. in §. non tantum, Inſt. de Codic.in §.ſiquis ancillas, Inſt. de leg. Hotom.in diſput.de dote, pag. 89. & in §. ſi quis à non domino; inſt. de rer. diuiſ. in §. ſeruus autem, inſt. qui teſtam, facer.poſſ.Couar.lib.1.variat.c.5.n. 7. Vital. lib. 1.var.lect.Cujac.tract.7.ad Afric. ad l. cum quis, 38. §. de peculio, D.de ſolut.& tract.8. ad l. qui negotia, 34. D.mand.& lib.8.obſer.c.8. Ant.Fab.lib.1.conject.c.18. pinel.in l.2.2.par.c.4.num.53.C. de reſcind. vend. Balduin.in ſuo Iuſt.pag.261.Valla.lib.6.elegant.c. 59. contendentes multas adhuc diſſenſiones inter Iuriſprudentes offendi, quemadmodum, & geminationes, & omiſſiones plures in jure ciuili adhuc reperiri, teſtatur Pratei.in quart.lib. Med. iur. prud. quos inuerſionum, & geminationum libros appellauit, quem tamen reprehendit eruditus Greg. Loſ. Modera, lib. ſing. animadu.c.fin. Sed quis Iuſt. Imp. mendacii, reum facere audebit? aut potiùs Tribon. Pandect. conſarcinatorem, cui à Iuſt. colligendi, & dirigendi Iuriſprudentum reſponſa cura fuit demandata? cui, & alijs illius ſæculi hominibus integros, & abſolutos I.C. tractatus contingit videre, cum adhuc pura eſſet, & certa ipſa juriſprudentia, & recens juris Romani notitia, qua ætate nulla ſuperfluit antimonia.
170 † Verum poſtea euenit labente tempore, poſtquam jactura facta eſt integrorum librorum, quibus vſus eſt Tribon. non ſemper concordes I. C. inueniri, vt fateri neceſſe ſit, verba eorum aliquando occurrere, quæ arguunt diuerſas, & contrarias illis fuiſſe in nonnullis juris definitionibus ſententias, & in quibus componendis multa opera, & induſtria opus ſit; quas diuerſæ illæ Proculeianorum, & Caſſianorum, ſiue Sabinianorum ſectæ pepererũt, inter quos perpetuæ diſſenſiones fuerunt, propter quas diuerſæ inter eos ortæ ſunt ſectæ quæ ab Anteio Capitone, & Antiſtio Labeone exortæ à Sabino, Nerua, & Proculo, eorum diſcipulis auctæ fuerunt, vt Pompon.in l.2. §.hi duo D. de orig.jur. refert, quorum qui alterutram pactionem poſtea ſequuti fuerunt, alij Proculeiani; alij Sabiniani ſunt vocati, cujus diſſenſionis in aliquibus juris quæſtionibus exempla extant, vt in l. 1. D. de contr. empt.in §.item pretium, Inſt.de empt.& vend.in l.adeo, 7. §. cum quis ex aliena materia, D. de acq.rerum domin. in §, cum ex aliena, Inſt.de rer. diu ſ.in l.2.D. pro derelict. in l. 2. §. ex contrario D. de acquir. poſſeſſ obſeruant Gagnol. & Budæus, inc. l.2.D. pro derel. Rebard. lib. 4. hiſt. jur. ciu. Rebar.in l.cum amplius, §. is natura debet, D. de reg. jur.Cujac.lib.9.obſer c.52.Curt.lib. 1. lect.c. 12. Concius, lib.1.ſucceſ.lect.c.12. idem Cujac. lib. 4. obſeru.c. 21.Conan.lib.1.com.cap.15.nu.4.qui harum diſſenſionum, & alia plura exempla afferunt.

171 † *Secundo* aduerto, quod cum noua aliqua Imp. deciſione, ſiue conſtitutione determinatur veterum prudentum quæſtio, & quæ vera ſententia ſit, & ſequenda confirmatur, & indicatur extant aliquando in jure cõtraria I.C.reſp.neque aliquod vitium, ſeù antinomia tunc contrahitur, ea enim extant, vt vis nouæ conſtitutionis agnoſcatur, & melius indicetur. are, l.1. C. de Lat.liber.toll.& pr.Inſt.de teſt.ibi *Sed vt nihil antiquitatis penitus ignoretur* junctis ijs, quæ ibi elegãter Mynſing.poſt Vigl.ſcrioſit, cuju rei exemplum deduco, ex l. pupillus ſi fari.9.D.de acq.hæred.& l.ſeruo inuito, 65.

§.ſi pupillus, D.ad S.C.Treb.junct.l.ſi infanti, 18. Cod. de jure delib. in l.miles ita. §. exhæredato. D. de milit. teſtam.& l.ſi fuerit, 5.in fin.D.de leg. 3. junct. leg. cum quidam, 24.C.de leg. in l.debitor.82.D.de leg. 2.& leg. verbis legati. 5.D.ad leg.Falcid. junct. §. ex contrario, Inſt. de leg.neque abs re ſunt, quæ ſcripſerunt Coraſ. lib.5.miſcel.cap.17.Mercer.lib.1.opin.c.3.

172 Præmitto *tertio* inter Proculeianos, & Caſſianos, ſiue Sabinianos, valdè agitatum fuiſſe, an pecunia nautica non ſoluta ad diem, ſi ſtipulatus ſim pœnam in dies ſingulos ob operas ſerui proſequentis eam pecuniam, & ſeruus ad diem interpellarit debitorem, & exacta parte pecuniæ deſtiterit ab interpellatione, an ejus temporis quo paulum abſtinuit interpellatione pœna peti poſſit? hac de re inter I.C.magna controuerſia fuit: Sabiniani exiſtimabant poſſe, quia etſi omnino eum non interpellaſſet pœna peti poſſet, vbi enim dies additur ſtipulationi, non eſt neceſſaria interpellatio, & mora fit ex re, & ex die quo ſolui debuit ipſo jure, & conſequenter pœna committitur, num pœna ob moram infligitur, dies ergo ſatis interpellat, & ſinę interpellatione creditoris, ſatis moram facit, qui ad diem non ſoluit, neque alia ratione, vt pœnæ, ita vſurarum ſtipulatio maximè earum quæ infliguntur, etiam ob moram, quamvis debitor non interpellet, committitur, quam quod diem certum habeat, leg. ſi pecuniæ fœnebris 9.§.1.D. de vſur. Proculeiani contra putant; nam Antiſtius Labeo, non exiſtente debitore qui interpellari poſſit, cum exigat conteſtationem, videtur exiſtente debitore, vel hærede debitoris, omnino exigere interpellationem, in l.Labeo ait, & 2.in lege ſi trajectitiæ pecuniæ, 9. D. de naut. fæn.
173 † Videtis ergo ea in quæſtione; in duas acies conſultos diuiſos, nam Iulian. & Afric. qui Sabiniani ſunt, vt Pompon. not. in dicta lege ſecunda col. penul. D. de orig. jur. *Et hiſtorica narratione probatur. Cum omnium primi, vt paulo ante dicebam, diuerſas has factas fecerit. At eius Capito, & Antiſtius Labeo, Ateiro Capitoni, Maſſurius Sabinus ſucceſſit, Antiſtio Labeoni, Cocceius, Nerua pater, qui adhuc eas diſſenſiones auxerut, Maſſurio Sabino ſucceſſit Catus Caſſius Longinus, Cocceio Nerua ſucceſſit Proculus, à quibus partim Caſſiani, partim Proculeiani ſunt, (licet origo à Capitone, & Labeone cœpiſſet) Caio Caſſio, Longino, Clius Sabinus ſucceſſit Proculo Pegaſus, Cælio Sabino Priſcus Iauolenus, Pegaſo Celſus pater, Celſo patri Celſus filius, & Priſcus Neratius, Priſco Iauoleno, Albunus Valens, & Iulianus, item & Saluius Iulianus, Saluio Iuliano, Sextus Cælicius Africanus, qui quantus quantus eſt, Iuliani diſcipulus eſt, & eius authoritate frequenter vtitur in nouem libris quæſtionum, ex cuius lib.7.extracta eſt, dict.leg.traiectitiæ 22. D. de obligationibus & actionibus, & obſeruat Antonius Auguſt. lib.vnico.de nominibus proprijs Iuris Conſultorum, cap. 1, claſſe, 3.pag.*119. Nullam interpellationem requirunt, in dict. leg. trajectitiæ, §. de illo, & in pr. Labeo item Pomp. ſine ea pœnam non committi contendunt. in dict.l.2.& vlt.D. de naut. fæn. Quod diſſidium Imper- in d.l.magnam.12.C.de cont. ſtipul. retulit, in pr. ibi; *Magnam legum veterum obſcuritatem, &c* Et. Iuliani, & Africani ſententiam comprobaui, ſtatuẽs quod ſiquis certo tempore facturum ſe aliquid, vel daturum ſtipuletur, & niſi id certo illo tempore perfectum fuerit, certam pœnam ſe daturum adjiciat, & ſi nullus eum admonuit pœnę fiet obnoxius, cum memoria quiſque quod ſpopondit tenere debeat, non expectare ab alio admonitionem. Cuius nouæ conſtitutionis, vt vis, & auctoritas oſtendatur extant adhuc ea Proculeianorum, & Sabinianorum contraria reſponſa (vt & alia quorum ſupra meminimus) hanc ob cauſam, non vt diſſidium aliquod, ſiue antinomia (quia in jure non eſt) contrahatur. Quæ mihi videtur illorum jurium tum veriſſima, tum nouiſſima illuſtratio, quam ante me aduertit nemo quem viderim, & ex iis

P

ſoluitur ſecundum contrariæ opinionis fundamentum.

174 Nec minorem difficultatem continet aliud, quod pro eadem communi tertio loco à Celſo Vlpian. præſtitit argumentum, in l. Celſus, 27. D. de arbitris, ex cuius verbis ſup n. 73. in argumenti propoſitione relatis non obſcure conſtat, moræ emendationi diem, & pœnam obeſſe.

175 Sed reſponderi ſolet eundem loqui in iudiciis, in quibus ne lites fiant immediatos, aduerſus communem reipublicæ vtilitatem admiſſum eſt, vt mora non emendetur, ſed tunc implacabilis ſe nobis inſinuat difficultas, propter omnino contrariam Caij ſententiam in dict. leg. etſi poſt tres, 8. D. ſi quis caut. quæ in iudiciis moram emendari, die, & pœna adjecta, probat, iuxta eius veram ſententiam, quam late ſup. ex n. 106. diſputauimus.

176 Quare Bart. in d. l. ſi inſulam, nu. 9. vt eam pugnam componat: diſtinguit inter præparatoria iudicij, & litis deciſoria, vt in illis admittatur moræ emendatio poſt diem, & pœnam, ex d. l. etſi poſt tres, in his neutiquam, ex d. l. Celſus, ea ratione, quia occaſio protrahendarum litium concedi non debet: maxime cum iam iudex functus ſit officio ſuo argu. l. properandum 1. C. de iudic. l. terminato 4. C. de fruct. & lit. exp. leg. quidem exiſtimauerunt, 21. D. ſi cert. pet. c. finem litibus 5. de dolo, & contum. quam Bart. ſolutionem communis amplectitur, tàm in d. l. & ſi poſt tres, vbi Bald. n. 20. quam in d. l. ſi inſulam, n. 14. ad fin. Iaſ. nu. 15. Bologn. n. 109. Nigr. n. 55. Horoſc. in d. l. etſi poſt tres, n. 6. & 7. Sed conuincitur primo, quia ſecundum eam neque in litis deciſoriis, admitteretur emendatio, vbi dies adiectus non eſt, quod eſt contra dict. l. ſi cum dies, §. fin. D. de arbitr. Secundo, quia in litis deciſoriis, die, & pœna adiecta, moram emendari poſſe probat d. l. mancipiorum, 6. D. de option. legat.

177 Vnde Ang. in d. l. ſi inſulam, n. 15. arbitratur, leg. Celſus procedere, cum oblatio fuit facta ex interuallo. Sed duplici argumento conuincitur, primo, quia plane diuinat cum id ex dict. l. Celſus, non probetur. Præterea, quia nullibi reperio expreſſum, ad moræ emendationem requiri oblationem in continenti factam nonnullis caſibus exceptis, de quibus per Forcat. de mor. 1. par. num. 16. Tiraquel. de retract. *Lignagier* §. 1. gloſſ. 15. & 20. & de retr. conuention. §. 4. gloſſ. 6. ex num 22.

178 Nec magis defendenda eſt Rob. ſententia, d. 2. ſen. cap. 18 aſſerentis, quod etſi mora in d leg. Celſus, ipſo iure non poſſit emendari, ope tamen exceptionis rectè poteſt. Nam plane ea ſententia (alias in ſe vera) diſplicet, tum quia ex generalitate illius tex. conuincitur, tum etiam, quia ſi per exceptionem admitteretur ibi emendatio, hoc iure Conſultus exprimeret; vt d. l. etſi poſt tres, ibi, *Conſequens eſt dici defendi eum deberi exceptione*, & in leg. interdum, 73. §. fin. verſic. *Doli exceptionem*, D. de verb. oblig. quod tamen expreſſe I.C. negat, in dict. l. Celſus ibi, *Attamen ſemel commiſſam pœnam compromiſſi non euaneſcere*, quo ſatis oſtendit, neque per exceptionem emendationem admitti.

179 Quare ego (omiſſa alia noua ad hæc iura interpretatione, quam ſcripſit Sapor. de mora, cap. 4. num. 140. quæ facillime ex ſupra obſeruatis diluitur) vt illius difficillimi loci verus eniteat ſenſus, obſeruo primo, arbitri pronunciationem non eſſe ſententiam, l. quid ergo, 13. §. ex compromiſſo, D. de his qui not. infam. & inde ex ea, neque actio, neque exceptio oritur, leg. ex
180 compromiſſo, 2. D. de arbit. † Inde in compromiſſo ſemper pœna ponitur, vt eius metu litigantes pronunciationi pareant, l. litigatores 11. §. quod ait prætor, D. illo tit. l. 1. C. eodem, quod & Hiſpanico iure cautum extat, in l. 23 verſic. *Caſi pœna*, in l. 26. verſic. *E ſi pena non fueſſe y pueſta*, in l. 33. tit. 4. par. 3. & nouiſſime, in l. 4. ibi, *De no reclamar de ella ſo certa pena*, tit. 21. l. 4. nouæ coll. regiæ (qua inueterata eſt d. l. ex compromiſſo) vbique notat Greg. Lop. & eleganter Molineus in extricat. labyr. diuidui, & num. 1. p. num. 8. quod ſi ſententiæ non pareatur victor agit ad pœnam, dict. l. ex compromiſſo. *Ex compromiſſo* (inquit Vlp.) *placet exceptionem non naſci ſed pœnæ petitionem.* † Secunde præmitto 181
litigatores, ſoluta pœna, poſſe nouiter jure ſuo vti, leg. ſi quis 35. D. de arbitr. ibi, *Ergo aduerſus eum pœna committitur, lite apud iudicem ſuo ordine peragenda*, cui conſonat, l. 30. verſic. *Pero ſi vna de las partes*, tit. 4. par. 3. notat Molineus jam relatus 2. p. num. 574. † Quibus 182
obſeruatis dicendum eſt, quod cum in dict. leg. Celſus, debitor non ſoluerit intra diem ab arbitrio deſignatum, certum eſt eum ſententiæ non paruiſſe, & ſic pœnam commiſſam eſſe, quæ non reſoluitur, licet poſt diem offerat condemnationem, quia intereſt creditoris, & pœnam conſequi, & litem, vel denuo incipere, vel proſequi coram ordinario, quod ſpeciale eſt in arbitri ſententia, ex dict. leg. Celſus, & l. 33. ibi, *E non eſcuſaria, maguer dixiſſe que queria cumplir el mandamiento dellos*, tit 4. par. 3. neque id procedit in ſententia ordinarii, aut conuentione partium, quia in eis non datur facultas conſequendi vtrumque l. ſi pacto quo pœnam 14. Cod. de pact. pœnalis enim noua, tollit, & in ſe transfundit priorem obligationem, vt notauimus ſup. & probat d. l. obligationum, 43. §. fin. D. de obl. & act. ibi, *An vero transferat in ſe, & quaſi nouatio prioris fiat, quod magis verum eſt*, vbi per pœnalem, quaſi notari obligatio dicitur, quia pœnalis ſtipulatio non eſt proprie nouatio, ſed quaſi nouatio, cum nouatio non pure, ſed ſub conditione facta ſit, ideo dict. §. fin. illam quaſi nouationem appellat, quæ dictio, quaſi fictionem denotat, ideo adjicitur, quia commiſſa ſtipulatione adhuc præſtari poteſt, quod principaliter in obligationem deductum eſt, quando locus eſt emendationi moræ, vbi autem pœna præſtatur, tunc proculdubio ſublata manet principalis obligatio, ex reg. leg. 1. D. de nouationibus, §. præterea, Inſt. quib. mod toll. oblig. † Niſi abjecta ſit clauſula, rato 183
manente pacto, qua adjecta moram inexpiabiliter contrahi communis putat. Verum quia frequens ejus apud pragmaticos contentio eſt, nec aliena ab hac materia diſputatio, anteaquam hinc abeamus, an ea opinio vera ſit obiter diſcutiendum erit. Eſt tamen in primis, pro quæſtionis reſolutione, ſciendum, Clauſulam, *Rato manente pacto*, ſequentem in jure, & quæ in odium contrauenientium (vt Doctores aiunt) adijcitur, vt ex Felin. in cap. intelleximus, de judiciis, notat Villalob. in ærar. commun. opin. lit. C. nu. 91. id efficere, vt pœna ſimul cum principali, & debeatur, & peti poſſit, veluti ſi is qui rem dare, vel inſulam facere promiſerit, pœnam, *ſi non dederit vel fecerit*, adjecerit, ea lege vt ſoluta pœna ad dandum, vel faciendum teneatur: quæ clauſula à pragmaticis noſtris ſic de ſtylo concipi ſolet. *Sola clauſula, rato manente pacto, para que la pena pagada, o no pagada, o graciosamente remitida, toda via eſta obligacion quede en ſu fuerza, y vigor y eſta promeſſa ſe guarde.* Si enim intra diem, vel legalem, vel conuentionalem, debitor contractum non impleuit, pœna ſoluta, contrahens lege adhuc manet dare, vel facere adſtrictus, leg. qui fidem, 16. D. de tranſact. leg. cum proponas, 17. Cod. eod. leg. ita ſtipulatus 115. §. fin. D. de verb. oblig. leg. 23. vbi Greg. verb. *maguer dixeſſe*. tit. 4. part. 3. leg. 42. tit. 5. leg. 34. leg. 35. tit. 11. par. 5. late omnes in leg. reſcriptum 9. §. ſi pacto, D. de pact. Ergo an eo caſu, quo ſtipulationi pœnali ea adiicitur clauſula, contracta mora emendari poſſit; dubitat Bart. in leg. ſi inſulam, 84. num. 17. D. de verb. oblig. qui poſt ſententias opinioneſque relatas, emendationem admittendam eſſe probat. *Primo*, per leg. 2. §. generaliter, D. de eo quod cert. loc. nam cum certum ſit, quod intereſſe, quod venit in actionibus arbitrariis poteſt peti vna cum principali, l. quod ſi Eph. 4. verſic. *interdum*

totoque

totoque illo tit. D. de eo quod cert. nihilominus ait Scæu. in d. §. & generaliter, actorem habere electionem vbi petat, reum vero vbi ſoluat ante litis conteſtationem: ſicque manifeſte probat, quod licet pœna vna cum principali peti poſſit, emendatio tamen moræ vſque ad litem conteſtatam ſemper admittitur. *Secundo*, ex l. ſi cum dies, 5. §. fin junct. l. ſi quis rem 30. D. de arbitr. pro earum inductione præmitto arbitri pronunciationem ſententiam non eſſe. Indeque ex ea neque actionem, neque exceptionem oriri, qua ratione in compromiſſis ſemper pœna ponitur, vt ejus metu litigantes pronunciationi pareant (vt jam ſup. n. 180. oſtendimus. Ergo ſi ſententiæ non pareatur, victor ad pœnam agit, d. l. 2. eaq; ſoluta, ſuo jure nouiter vti poteſt, d. l. ſiquis 30. alias. 35. ibi: *Ergo aduerſus eum pœna committetur, lite apud iudicem ſuo ordine peragenda*, l. 30. tit. 4. part. 3. itaque quemadmodum (ait Bart.) commiſſa pœna in compromiſſis, in quibus eam, & principale quis conſequi poteſt, mora emendatur vſque ad litem conteſtatam, poterit etiam ſi adjecta ſit clauſula *Rato manente pacto*, emendatio admiti. *Tertio*, mouetur Bart. quia quando pœna eſt major, quam ipſum principale debitum, peti poteſt principale debitum, & pœna in eo quod excedit l. ſi quis à ſocio 41. D. pro ſoc. l. prædia, 28. D. de act. empt. hoc tamen in caſu emendatio admittitur, ex l. 1. verſic. habebit. D. de penu leg. l. qui Romæ 122. §. Flauius Hermes, D. de verbor. oblig. vbi cum quæſitum eſſet, an ſi Flauij Hermetis hæres à Claudij hærede pœnam petere voluerit, Claudij hæres libertatem Stycho præſtare debeat, vt pœna liberetur. Reſpondit Scæu. poſſe, neque pœna adjecta id impedire. Qarto, vltra fundamenta à Bart. inducta pro hac eadem opinione, & illud induci poteſt, quod deducitur ex hoc c. potutit. 4. verſic. *niſi celeri* de locato, conſtat enim emphyteutam propter penſionem non reſolutam, in pœnam re emphyteutica priuari, & præteritorum annorum penſiones pendere debere, l. 2. §. ſin autem, C. de jur. emphyt. auth. qui rem. C. de ſacroſ. Eccleſ. auth. de non alien. aut permut. §. ſcire autem, coll. 2. auth. de alienat. & emphy. §. ſi vero quis, coll. 9. Afflict deciſ. Neap. 174. nu. 4 Con. lib. 7. comm. capit. 12. num. 9. Clar. lib. 4. recept. §. emphyteuſis, qu. 8. num. 15. Greg. in leg. 28. tit. 8. p. 5. & diximus ſup. n. 99. & tamen quamvis ab eo vtrumq; peti poſſit, intra breue tempus emendat moram. Denique, Imol. col. pen. in dict. leg. ſi inſulam, conſiderat, quod cum hæc clauſula, rato manente pacto, quoad id de quo quæritur, non habeat clarum, neque explicitum intellectum, & in ambas partes agi poſſit, ſcilicet, quod vtrumque peti poſſit, reſeruata tamen facultate emendandi moram, item & ea emendatione omnino excluſa; ambiguitas hæc contra ſtipulatorem interpretari debet, ex vulg. reg. leg. veteribus 39. D. de pact. l. ſtipulatio iſta, 39. §. in ſtipulationibus, l. quicquid adſtringendæ, 99. D. de verb. oblig. Ex quibus eam ſententiam, quippe etiam ea clauſula ſtipulationi pœnali adjecta, moræ emendationem admittendam eſſe, docent cum Bart. num. 4. & 17. in d. leg. ſi inſulam, plures quos referunt, communem opinionem aſſerentes, Alex. num. 31. Iaſ. num. 28. Ripa, num 80. Crot. nu. 70. Nigr. nu. 242. Hannib. num. 147.

Contrariam tamen opinionem, ſcilicet ea adjecta clauſula, moram non poſſe emendari ex ſententia Accurſ. in l. id quod pœnæ, 74. verſic. *Item, & in conuentionali*, D. ſolut. apertiu, in l. cum ſtipulatus, 115. verbo, *commiſſa*, verſicul. *hac diſtinctione*, D. de verb. oblig. quam antiquiores Bellaperti, & de Beaut. defendunt Bald. Ang. Fulgoſ. Speculat. tit. arbitris §. fin. col. penult. verſic. *ſed pone* Salic. tract. de mora, qu. 2. concl. 4. n. 4. Greg. in l. 33. gl. maguer dixeſſe, tit. 4. par. 3. & in l. 34. gloſ. 3. tit. 11. par. 5. & alii quos proxime citati referunt, & crebrius ſequuntur. Pro qua *Primo* facit, quoniam quotieſcumque pœna ſimul cum principali peti poteſt, moræ emendatio non admittitur, l. trajectitiæ, 23. §. de illo, D. de obligat. & act. ergo nec emendari poterit adjecta clauſula, Rato manente pacto, juxta notata ſupra in princ. hujus numeri. *Secundo* facit, nam quemadmodum quoties pœna debitam rem excedit, ejus loco non ſuccedit, ideoque ſimul cum re peti poteſt, d. l. ſiquis à ſocio, d. l. prædia, ſic & illud ſit, vt ſoluta pœna non ex eo videatur emendari mora, cum vtrumque debitum ex diuerſa cauſa procedat, aliud ex conuentione, aliud ex commiſſione. *Tertio*, inducunt, Petr. & alij, d. l. qui fidem, 16. D. de tranſact. cum alijs ſupr. adductis, ex quibus conſtat ea adjecta clauſula, vtrumque conſequi poſſe, & pœnam, & principale debitum, quæ ſanè leges inutiles, & ſine effectu eſſent, ſi commiſſa pœna, mora poſſet emendari. *Quarto*, pro hac opinione inducitur à Fulgoſ. in dict. leg. etſi poſt tres, viua ratio, quoniam cum virtute dictæ clauſulæ, ex dict. l. qui fidem, vtrumque debeatur, ſicque copulatiuè duo debita ſint, ſcilicet, res, & pœna, & ſolutio: ne vnius ab vtroque debito reus non poſſet liberari, l. fin. D. quibus modis pignus, vel hypot. ſoluitur (id enim nuſquam fuit auditum) longe minus per moræ purgationem quæ contra menten contrahentium hoc caſu admitteretur, qui ſemper voluerunt, vt ſi contractus legi paritum non eſſet vtrumque deberetur.

Quam ſententiam ſi defendas contrarijs argumentis reſpondebis. *Primo*, quod ex arbitrarijs actionibus deſumptum eſt, in quibus etſi vtrumque peti poſſit, intereſſe videlicet, & principale debitum, ex d. §. interdum, moræ tamen purgatio admittitur omiſſis tribus ſolutionibus, quas ex Bald. in d. l. etſi poſt tres, refert Iaſ. in d. l. inſulam, num. 19. Reſpondendem eſt, in d. l. 3. §. & ideo eum qui Stychum. verſic. Et generaliter, D. de eo quod cert. loc. de emendatione moræ non agi; ſed de electione, quam habet reus, qui alternatiuè Epheſi, aut Capuæ dare promiſit, quo in loco ſoluat, & reſpondit I. C. vſque ad actoris petitionem, reum eligendi facultatem habere. Ergo quandiu actor non petiit, aut litem conteſtatus non eſt, reus non ex poteſtate purgandi moram, ſed ex eligendi facultate vbi voluerit ſoluere poterit: validum namque eſt de re ad locum argumentum Iaſ. in l. vinum, D. ſi cert. pet. Roman. ſing. 550. Anchar. conſil. 136. Euerard. in legalibus, cap. 87. ergo quemadmodum alternatiuus debitor, qui Stychum, aut Pamphilum promiſit, eligere poteſt quem ſoluat, quamdiu ambo viuunt, vbi vero alter deceſſerit, extinguitur ejus electio, ne ſi in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vinum præſtare, quem ſolum debet. Sic & in propoſito, is qui promiſit Epheſi, aut Capuæ dare, ante actoris petitionem habebit electionem vbi ſoluat, non poſt petitionem: ſic enim eueniret, vt ſi in eius arbitrio fuiſſet vbi petatur, conueniri non potuiſſet, tolleretur que actori actio, dum reo reſeruaretur optio, quæ eſt illius tex. plana, & ſyncera interpretatio.

Secundo, ex dict. l ſi cum dies, 5. § fin. juncta l. ſiquis rem, 30. D. de receptis arbitr. Baldi, Fulgoſ. & aliorum interpretationibus omiſſis, dicendum eſt, actorem ibi, vtrumque non conſequi virtute compromiſſi, ſed pœnam tantummodo, ſi ab arbitrio receſſum eſt, lite ſuper principali apud judicem ſuo ordine peragenda, quod & ex eo conſtat, quoniam ſi ex compromiſſo principale debitum actor conſequeretur, id ex eo fieret quia ab aduerſario paritum ei eſſet, ſicque arbitri pronunciatio vim haberet ſententiæ, quo ſanè caſu, nulla pœna deberetur, cum ea eo tantum præſtetur, quo arbitri pronunciationi paritum non eſt, vt diximus n. 181. Nec obſtat ſi dixeris, eo modo vtrumque actorem conſequi, id enim ex diuerſis cauſis prouenire, ſedc coram diuerſis judicibus, quod longe aliud eſt.

Tertio ex d. l. ſiquis à ſocio, & dict. l. prædia, ex qui-

bus conjuncta, dict. l. 1. D. de penu legata, & §. Flauius Hermes, voluit Bart. quod vbi pœna excedit, & poteſt, peti vna cum principali, moræ purgatio admittitur, multis modis reſpondet Bald. in d. l. etſi poſt tres, n. 33. Iaſ. hic. num. 29. Ripa, num. 80. illa tamen planior eſt ſolutio, in illis quippe legimus, aliiſque in locis in quibus vtrumque conſequi poteſt, vel quia pœna excedit, vel quia ex clauſula, & pacto adjecto ſic contrahentes voluerunt, purgari non poſſe moram, ne alias vel contra legis, vel contra hominis prouidentiam fiat; cujus contrarium d. l. ſi quis d. l. prædia non probant, in quibus de purgatione moræ verbum nullum. Nec ad rem faciunt, d. l. 1. D. de pen. leg. d. §. Flauius Hermes, alia enim eſt ſententia d. l. 1. vt conſtat ex his quæ copioſe nos ad eam ſcripſimus infr. ex num. 20. quemadmodum, & quod à Iur. Conſult. ſcribitur, in dict. l. 1. §. Flauius, de cujus etiam interpretatione plura nos ſup. ex num. 152.

Quarto. ex noſtro cap. potuit. 4. de locato reſpondendum eſt eum text. item, & deciſionem, cap. propter ſterilitatem. 3. §. verum, in fin. ibi: Vel cum canonem per biennium non ſoluiſſet, ſi ſibi ſatisfactione celeri non prouidit, ex quibus euidenter conſtat, non ſolum emphyteuta Eccleſiæ, verum etiam priuati, ad moræ emendationem admitti, quamvis propter ceſſationem in ſolutione, & emphyteutica re priuetur, & decurſas non ſolutas penſiones præſtare debeat. Canonica æquitate attenta procedere, ex qua & ſi vtrumq; creditor conſequi poſſit, nihilominus tamen moræ admittitur emendatio, ex latè à nobis diſcuſſis ſupra ex nu. 99. maxime tamen infra nu. 195. & 196. quamedmodum, & admittitur ex communi opinione, etiã quo caſu juramentum interpoſitum eſt, dummodo propter id actoris jus deterius non fiat, eſt namque eo jure illud peculiare, ne pœnæ committatur æquitatem rigori præferre, vt probabis non malè ex cap. ſuam, 8. de pœnis, licet enim jure, ciuili qui certam quantitatem ad diem ſub pœna promiſit, ſi partem ſoluat, propter non ſolutam partem viuerſam pœnam pendere debeat, l. ſtipulationum. 5. §. ſi ſortem, D. de verb. oblig. cum alijs; jure tamen Canonico non niſi pro parte non ſoluta committitur pœnæ commiſſio, d. cap. ſuam, quem tex. ſic interpretatur Padill. & Gutiert. à nobis infr. nu. 196. relati.

Ex quibus (vt jam eò redeat vnde noſtra eſt digreſſa oratio) vt interpretationi dict. l. Celſus finem imponamus, conſtat aperté in ſententia arbitri, ſemel commiſſam pœnam compromiſſi non euaneſcere, & omnino ſoluendam eſſe, quia intereſt actoris, cui integrum jus manet ad principalem obligationem, & actionem, quod intereſſe, dum parti non ſoluitur, mora non emendatur, d. l. vtique D. de recep. arb. Greg. verb. compliendolo, in d. l. 33. tit. 4. p. 3. quod ſecus eſt in allijs ſententijs, & conuentionibus, in quibus actor vtrumque conſequi non poteſt. Quomodo eſt illuſtranda deciſio Vlp. in d. l. Celſus. D. de arbitr. quæ ſic ornata parum. And. de Piſ. & ſequacium opinioni, & ſententiæ obſtabit.

184 Quibus quarta non oberit pro communi argumentatio deſumpta, ex l. 2. C. de jure emhyt. & auth. de non alienan. aut perm. rebus Eccl. §. ſcire autem, coll. 2. cum alijs jurib. in argumenti propoſitione adductis, quia obſeruo magnam inter noſtros eſſe controuerſiam; vtrum emphyteuta ceſſans à ſolutione per tempus præfinitum ad moram emendandam poſtmodum admittatur? & tandem communis ſic ſtatuit, jure Canonico emphyteuticarium rei Eccleſiaſticæ admittit juxt. text. noſtrum in hoc verſic. niſi celeri, per quem ita reſoluit Couar. poſt alios, lib. 3. variar. cap. 18. nu. 4. Conan. lib. 7. com. c. 12. nu. 9. quam) ſententiam nos ad emphyteuticarium rei priuatæ jure Canonico in propoſitione primi argumenti pro And. de Piſ. contra communem extendimus ſupr. propter expreſſam Pont. deciſionem, in cap. propter ſterilitatem, §. verum, ſup. proximo.) Iure vero Ciuili emendationem non admitti communis probat, per dict. l. 2. verſi. Sed omnimodo eo repellendo. Sed & emphyteuta rei Eccleſiaſticæ idem eodem jure admittitur, ex d. auth. qui rem, Cod. de ſacroſ. Eccleſ. & in auth. de alien. & emphy. §. ſi vero, coll. 9. per quæ jura communem reſoluit poſt Alex. conſil. 102. volum. 3. Afflict. deciſ. 174. per tot. Clar. libro tertio recep. ſent. §. Emphyteuſis, q. 8. Greg. in leg. 28. tit. 8. p. 5. Conn. & Couu. jam relati, diſputat. latè Gut. de iuram. confirmat. cap. 31.

185 Sed certe quicquid iſti arbitrentur (eorum opinione, in judicando, & conſulendo, recepta: quia communinior eſt argum. l. 1. §. & ſanè crebrior, D. de offic. quæſt.) in puncto juris, contrariam ſententiam ex argumentis, de quibus ſupra defendere auderem. Nec me in contrarium jure, quibus communis fundatur mouent, quæ per lapſum triennij, licet omnino, ſine alia interpellatione moram committi probent, quod, & ipſe propter diem adjectum, non diffiteor: non tamen negant ejus emendationem domino volente admitti, & ante ejus declarationem. Quæ ſententia perſpicuè, ex d. leg. 2. §. ſin autem deducitur, quæ ſe refert ad deciſionem d. l. magnam, 12. C. de contr. ſtipulat. in qua non de moræ emendatione tractari, ſed de ejus ſine interpelatione commiſſione, non obſcure, paulò ante indicauimus, & ſoluitur quartum argumentum.

186 Difficiliores autem explicatus habet illa, quæ poſt quartam propoſita fuit difficultas, ex illa conſideration. Iuramentum impedit moræ emendationem, ſed juramentum ſortitur naturam actus, cui adhæret ergo etiam ſine juramento non emendabitur, ergo à fortiori die, & pœna adjecta emendatio rejicietur. Pro cujos vera reſolutione ipſe in primis aduerto, aſſumptum illud juramentum, moræ emendationem impediri, non omnibus in confeſſo eſſe, licet Bart. ſecure reſoluat in d. l. ſi inſulam, nu. 20. vbi communem opinionem teſtatur Alex. nu. 37. Iaſ. nu. 35. Rip. nu. 90. Crotus, num. 68. Nigr. nu. 291. Herculan. nu. 107. Bolognet. n. 223. repetit idem Bart. in. l. prædia. D. de action: empt. Baldus, in l. ſi pacto quo pœnam, C. de pactis, & in d. l. etſi poſt tres, D. ſiquis caut. idem Bart. in l. ſiquis major. 41. num. 11. C. de tranſact. vbi Iaſ. nu. 26. Padill: num. 23. eſt que omnium commune placitum, vt probat idem Alexand. conſil. 56. nu. 10. libr. 2. Craſſ. in diſputat. de mora. quæſt. 17. 2. tom. comm. opin. lib. 11. Burſat. conſil. 84. num. 6. lib. 1. Kirchon. & infiniti alij, quos ſequutus retulit Gabr. dict. lib. 11. com. pag. 126 & pro reg. traditum eſt 2. tom. regularum juris, lib. 11. pag. 91. omnium latiſſimè doctus Gutierr. lib. vnico, de juram. confirm. 3. part. cap. 17. ex numer. 1. Pro qua ſententia, 1. facit expreſſa, l. ſiquis major. 4. C. de tranſact. qua communis mouetur in verſic. *Mox commodo deputabuntur eis qui intemerata pacti iura ſeruauerint*, quæ dictio, mox, ipſo jure priuationem inducit, juxta ea quæ de ejus vocis ſignificat. tradider. ſcribentes, ad leg. 1. D. ſi cert. per. Iaſ. in l. fructus, num. 14. D. ſolut. matrim. latiſſimè more ſuo Tiraq. ad leg. ſi vnquam, verbo, reuertatur, num. 199. Cod. de reuoc. donat. ſic ergo executio abſque ſententia judicis, ratione juramenti, in dict. leg. ſiquis major, et vbicumque executio à lege ſit, ipſo jure, non habet locum emendatio moræ, juxta d. l. ſi is cui. 19. D. de leg. 2. & notauimus late ſupra: ergo in contractu jurato non habebit locum emendatio moræ. Secundò pro eadem ſententia vrget juramentum habere vim litis conteſtatæ, leg. nam etſi poſtea. 9. §. ſi is qui temporali, D. de jur. jurand. *Si is qui temporali (alias, temporaria) actione mihi obligatus erat detulerit insiurandum, vt iurem eum dare oportere, egoque, iurauero, tempore non liberatur: quia poſt litem conteſtatam cum eo perpetuatur aduerſus eum obligatio*, hæc Vlp. qui ijs verbis inſinuat, juramento actio

actionem perpetuari, ſeuti ſi facta eſſet litis conteſtatio: ſed poſt litis conteſtationem non habet locum emendatio moræ, d. l. ſi inſulam, cum materia, l. 35. tit. 1. p. 5. igitur in diſputatione jurata non habebit locum emendatio. Tertio, Bart. fauet, quod per juramentum res deſinit eſſe integra, l. ſi pecuniam, D. de cond. cauſ. dat. junct. gloſ. interpretatione, ibi, verb. Neceſſe habeas, vt quia juraſti, quam ſequuntur plures à Iaſ. relati, qui eam illuſtrat, & pluribus extollit, in §. actionum, num. 47. & in §. item ſiquis poſtulante, num. 2. inſtit. de act. in leg. ſi conuenerit, num 3. D. de juriſd. omn. jud. Sed re non integra mora eludi nequit, dict. leg. etſi poſt tres, 8. D. ſi quis caut. dict. l. vtique, 27. D. de arbitr. dict. l. ſi ita quis, 15. §. Seia cauit, D. de verb. oblig. & magis, in d. l. ſi in lege, 27. §. Colonus ibi. *Quod ſi paucis diebus prohibuit, deinde penitentiam agit, & omnia colono integra ſunt nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet*: D. locat. ergo ſi juramentum adijciatur mora excludi non poterit. Quarto, Bar. adſtipulatur, quod juramentum habet vim geminationis actus, l. ſi mulier, & auth. ſiue à me, C. ad S. C. Vell. vbi ſi mulier renunciet juri ſuo habet Vell. niſi poſt biennium confirmauerit, & geminauerit primum actum; ſed quando eſt appoſitum, juramentum actus validatur, ſine geminatione ſequenti, ergo ſi iuramentum habet vim geminationis, plane ſequitur eo adjecto moram non poſſe emendari, ex his, quæ late ſup. ſcripſimus, vbi & auctoritatibus, & juribus moram geminatam emendari non poſſe oſtendimus.

187 Verum enim vero ſi verum amamus, argument. quib. Bar. ſententia fulcitur, me parum, aut nihil mouent, vt vel inuitus fateri neceſſe habeam ejus opinionem ve-
188 ram eſſe, Non primum de dict. l. ſiquis major, verſic. mox, quia reſpondeo Illud † verbum interuallum aliquando recipere, in quo mora emendari poſſit, vt ibidem notat Iaſ. & Bald. d. l. 2. C. de inceſt. nup. pro quibus eſt elegans, leg à D. Pio, 15. §. in vendition. D. de re judic. ibi. *In venditione itaque pignorum facienda, primo quidem res mobiles, & animalia capi pignore iubentur mox diſtrahi*, vbi dictio, mox, ſpatium duorum menſium importat. vt reſoluit Iaſ. in d. l. fructus, n. 14. & 15. & nominatim poſt Bald. Alex. ea voce, mox, moræ emendationem non excludi ſcripſit Tiraq, in l. ſi vnquam, verb. reuertatur, n. 311. C. de reuoc. don. Rurſus, [illegible]rgeas, ex d. l. ſiquis major, in dicendo eam, vt Parpalias arbitrabatur, exiſtimans venientem contra juramentum effici infamem, eamque infamiam nullum præter Principem tollere poſſe, l. 1. § de qua autem, D. de poſt. indeque cum ipſo jure pœna commiſſa ſit, moram non poſſe emendari, nihil obſtabit. Quia reſpondeo, inductionem hanc minus congruam eſſe, cum adhuc pœnæ infamia ante ſententiam non contrahitur, ex d. l. ejus qui delatorem, 29. D. de jure fiſci, & latius obſeruauimus in præludiis ſup. Deinde obſeruo in ſpecie, d. l. ſiquis major, non agi de emendando mora, vt optime aduertit Ferrer. tract. de mora, col. 11. nu. 30. Præterea, & ſi cum communi fatemur, de moræ emendatione ibi agi, diuerſa quidem ſpecies à noſtra quæſtione proponitur, cum ibi eo caſu non ageretur de emendanda mora; quæ in non faciendo conſiſtit, de qua noſter eſt ſermo; ſed potius de ea quæ ob male factum commiſſa fuit veniendo ſcilicet contra tranſactionem.

189 Non ſecundum de dict. leg. nam & poſtea, §. is qui temporali, aduerto enim illius textus regulam in juramento litis deciſorio procedere, quod cum ſuper lite interponatur, decidatque cauſam, habet vim litis conteſtationis vt ibi aduertunt gl. Bar. & cæteri Doctores, Ioan. Bologn. in dict. l. ſi inſulam, nu 127. comprobat. l. 14. tit. 11. part. 3 plurima adducens. Gutierr. d. dict. lib. de jur. confirm. 3. part, cap. 1. num. 4. nos vero loquimur in conuentionali, vel confirmatorio jurejurando, quod nihil cum conteſtatione commune habet, vt explicat Iaſ. in d. l. ſi pecuniam, num. 15. D. de cond. cauſ. dat.

190 Neque tertium Bart. fauet, quia aſſero per juramentum rem non deſinere eſſe integram, cum obligationes eo appoſito permaneant in ſuo vigore, neque pœna, vel intereſſe deberi poſſunt, niſi fuerit contrauentio, & mora, ea autem interueniente, neque etiam propter juramentum deſinit eſſe integra, cum per illud ſolum jus actoris deterius non efficitur, neque contrarium probat, dict. l. ſi pecuniam quia illa verba, neceſſe habeas non ſunt referenda ad neceſſitatem faciendi, injuncta ex juramento, hæc enim committitur parte repetente pecuniam, quam dedit, argum. c. peruenit. 3. in 2. reſp. junct. ibi traditis & iurejurando: ſed referuntur ad neceſſitatem ipſius promiſſoris, cujus promiſſionem obſeruari intererat eo quo forte negotia habeat, eo loco, quo pecunia deferenda erat.

Denique, quartum argumentum Bartolum non juuat, quia vt latius infr. diſputabimus, longe verius eſt geminationem moræ emendationem non impedire.

Et inde contrariam ſententiam, vt moræ emenda- 191
tio admittenda ſit, etiam adhibito juramento tenuerunt Beſut. & Alciat. quorum meminit Padill. in d. l. ſi quis major, num 23. Bologn. in d. l. ſi inſulam, num. 130. Gutierr. d. lib. de juram. confirm. 3. pat. cap. 17. num. 4. ad fin. qui eo argumento maxime id autumant, quod juramentum ſortiatur naturam actus cui adhæret, neque in plus poſſit obligare, juxta l. fi. C. de non numer. pecun. vbi notanter ſcripſit Accurſ. verb. Sacramenti, quem poſt ſupra relatos, ſequuntur Suar. in l. poſt rem. judicatem, 2. part. §. 2. nu. 10. Rub. in d. cap. per veſtras, de donat. inter vir. 6. not. §. 11. num. 32. vbi in addit. Barahona, litt. C. ingentum Doctorum copiam retulit, ergo cum alias mora poſſet emendari, ejus expiationem juramentum non impediet.

Sed argumentum hoc neminem mouere debet, quia neque verum eſt, neque certum, in dict. lege fin. id pro-
bari. † Quod primò conſtat ex cap. quamvis pactum, 192
de pact. lib. 6. cap. licet mulieres, de jure jur. cod. lib. cap. cum contingat. 28. cap. ſi debitores; de jur. jur. auth. ſacramenta puberum, Cod. ſi aduerſ. vend. multiſque aliis juribus, & caſibus in quibus contractus non obligaret, niſi juramento confirmaretur, quod latiori ſermone interpretes relati ſupra proſequuntur, & nos conſulto
omittimus, quia hujus loci diſputatio non eſt. † Secun- 193
do, quia juxt. optimum dicendi modum beneque fundatam intelligendi rationem in d. l. fi. non probatur, reum juraſſe ſe recepiſſe pecuniam, ſed ſe ſoluturum, in quo juramento intelligitur conditio, ſi ſibi pecunia fuerit numerata, qua conditione non impleta; non obligatur ex juramento, quia adhuc actus juratus recipit illam exceptionem, quæ ſimpliciter, & nude promittentibus largitur, ex leg. ſi ex cautione. 3. l. in. contractibus, 14. C. de non num. pec. pr. Inſt. de lit. oblig. l. 9. tit. 1. par. 1. qui eſt illius loci veriſſimus intellectus, ad eumque reducendi ſunt plures, quos tradunt Coſta, in l. ſi ex cautione, 1. fall. nu. 4. & fall. 9. num. 2. C. de non num. pecu. Couarr. in d. cap. quamvis pactum 1. par. §. 3. num. 10. Pinel. in l. 1. 3. par. cap. 1. num. 3. C. de reſc. vend. Octau. deciſ. Ped. 41. omnium latiſſime Gutierr. de juram. confirm. 1. p. cap. 37 per tot. quem & nos olim fuimus ſequuti, in repetitione auth. ſacrament. puberum, Cod. ſi aduerſ. vend. 1. p. n. 14. dum in Hiſpalenſibus gymnaſiis magna cum audientium acclamatione, & applauſu, publice, atque pro roſtris jus ciuile, duobus circiter ab hinc annis interpretabamur.

Iuſtius ergo poſſent Alc. & alij eo arg. contra Bar. moueri quod juramentum recepit declarationes omnes, quas contractus ſuper quo interponitur, vt plane probat, l. qui jurato 16. D. qui ſatiſdar. cog. dict. cap. quemadmodum, 25. de jure jur. & notarunt ſup. citati, vnde ſicut in eo contractu admittitur vſque ad conteſtationem emendatio, ſic etiam in juramento interpoſita.

Quare in hac agentium, & negantium controuerſia, ergo ſic ſtatuo, vt ſi juramentum adijcitur pro niſ-

ſioni principali, moræ emendatio, quæ tendit ad obſeruantiam juramenti admittatur ſi adjiciatur præſtationi pœnæ, de perjurio, qui jurauit targui poſſit non admittatur, quomodo Bartoli ſententia, in d.l ſi inſulam, nu, 20. interpretanda, eſt licet eam in duabus ſolum pœnis de quibus in d.l.ſiquis major, infamiæ, ac priuationis, admittat Padill.ibi.num. 24.

195 Sed an jure Canonico, ejuſque æquitate attenta, procedat antea quã hinc abeamus oportet inſpicere. Qua in re, ſine controuerſia reſoluendum eſt, Pontificio jure conſiderato, in diſpoſitione iurata, & vbi alias non poterat, mora emendari emendationem ſi ius actoris deterius factum non eſt, admitti quam ſententiam ſcripſit gloſſa, in cap. apud miſericordem, verbo reuertitur, 32. quæſtio. 1. in capit. beatus, verbo, maioribus, 22. quæſtio. 2. poſt quas, & Baldum; in leg. qui crimen nu. 20. Codic. de his qui accuſ. non poſſ. multis relatis communem dixit Padill. in dict. leg. ſi quis maior, num. 25 Gutier. dict. 3. part, capit. 17. num. 5. reclamante licet Alexand. in dict. leg. ſi inſulam, num. 38. quem non ſequitu Bolog. (licet id ſic exiſtimauerint Padil. & Gut. & paulo antè citati, qui enimo eorum expreſsè opnionem fatentur) num. 132. oandem opinionem, & Iuris Cæſarei profeſſores ſequi debere, cum alias in temeritatem incipiante volentes aliter, quàm Eccleſia faciat, juramentum interpretari. Concors igitur opinio, & exiſtimato eſt, propter juramentum jure Canonico, moræ emendationem non impederi, fuit namque illud de jure ſemper peculiare, ne pœnæ committerentur, æquitatem præferre rigori.

196 Quod illo iuuari non inepte poterit exemplo, licet enim iure Ciuili qui certam quantitatem ad diem ſub pœna promiſit, ſi partem ſoluat, popter non ſolutam partem, vniuerſam pœnam, debeat pendere, leg. ſtipulationum. 5. §. ſi ſortem D. de verbor. obligat. cum ſimilibus; jure tamen Canon. non non niſi pro parte non ſoluta, committitur pœnæ commiſſio ex celebri illo Innoc. 3. reſponſ. in capit. ſuam 8. de pœn. quem text. ſic interpretatur communis, quam reſoluunt Padill. & Gutierr. iam citati; cum ergo in noſtro caſu, congruo loco & tempore, iure actoris deteriori non facto, reus moram emendare velit, vtique admitti debet, juxt. communes traditiones, de quibus, ſuprà. A quibus in judicando, & conſulendo recedendum non eſt.

197 Quibus addo, quod cum deficientibus legibus regiis, ad ius Canon. potius, quam ad Imperat. reſcripta recurrendum ſit, vt notanter tradit Rub. in introduct. cap. per veſtras, verſ. Idem videtur mihi dicendum, ſub num. 16. vbi plurimos id diſputantes retulit Barah. in addit. ſub lit. I. & nouiſſimè Paz, in ſua praxi. in princip. adnotatione, 5. ſub numero 36. & per leges Regni noſtri Hiſpani cautum non reperiatur, ne in conuentione jurata admittatur emendatio moræ, Canon. æquitate ſequuta ea reiicienda non erit; quam ſententiam, argument, dict. capit. ſuam, & eorum, quæ paulo ante tradidimus, nominatim ſcripſit doctiſſ. verb Maguer el otro non gelo demande, circa fin, tit. 14. part 5. quem extollit, & menti tenendum notat. Gutier. d. c. 17. n. 7. in fin.

198 Cui quæſtioni, & illud pro coronide adiungo. quod etſi gloſſ. in dict. capit. beatus verbo, maioribus, 22. quæſtio 2. exiſtimet hoc caſu, ſi ille qui ad diem facere promiſit, & iurauit, poſt diem, pœna jam commiſſa, moram emendauit, periurium non committi, indeque præciſe abſolutionem petendam non eſſe, cautius tamen puto acturum debitorem, ſi illam ſaltim ad cautelam conſequatur. Quinimo eam omnino neceſſariam eſſe, id quod paſſim Doctores, tradunt, & eos referens Couarruu. in capit. quamuis pa-

19[9] ctum. 2. part. §. 3. numer. .probare videtur. † Qui circa intellectum, capit. 1. & capit. debitores, de jure iur. cenſent, illorum deciſionem, qua cauetur, quod impetrata abſolutione, à iuramento, debitor qui eo præſtito, promiſit vſuras ſoluere, eas præſtare minimo teneatur, non procedere ſi debitor prius periurus ſit ex mora commiſſa in ſoluendis vſuris, quia dies intra quem ſoluere promiſit præteriit antequam abſolutionem impetraret, nam cum ſit periurus præcisè ſoluere debet in pœnam periurij nec commiſſi, abſolutionem antequam ſoluat obtinere poterit, licet vſuras poſtmodum repetat, ex dict. capit. debitores, & inde caſu noſtro videbatur, debitorem, ſiue principalem, ſiue fideiuſſorem, propter commiſſum periurium, eo quod non ſoluerit, nec reum repræſentauerit in tempore cum iuramento promiſſo, pœnam ſoluere præciſe renuerit, licet poſtmodum emendando moram illam repetere poſſit. Sed primam ſententiam tenendo aio communem hanc reſolutionem ad dict. capit. 1. & dict. capit. debitores, traditam (quam & ipſe ad ea iura veram agnoſco) in ſpecie noſtra obtinere nequire, quia diſcrimen non paruum inter vtramque verſatur, ibi enim non agitur de moræ emendatione, ſicuti in noſtro caſu, ſed de totali abſolutione promiſſionis iuratæ, non oblato principali: at in noſtro reus, vel fideiuſſor, qui emendat moram illam expiare vult, offerendo quod prius promiſerat, & ſic ſoluit in effectu, & ſatisfacit primæuæ obligationi, vnde jure admitti poterit, licet propter periurium commiſſum ſalutaris ſibi pœnitentia per judicem competentem imponenda ſit, ſicutit, & in ſpecie dict. cap. 1. & dict. cap. debitores, licet poſt periurium debitor ſoluat vſuras, à periurio commiſſo ipſarum ſolutione non liberatur; ſed pro eo pœnitentia ſibi imponi debet, juxt ſupradicta.

Accedat iam ſextum pro communi conſtructum 200 argumentum, de illa leg. ſi fundus, 4. §. Marcellus; D. de leg. commiſſoria, cuius, & breuis, & facilis erit expeditio, quia vt ex litera conſtat (quæ ſic ſe habet: Marcellus libro vigeſimo Digeſtorum, *dubitat, vtrum commiſſoria tunc locum habeat ſi interpellatus non ſoluat, an vero ſi non obtulerit? Et magis arbitror offerre eum debere ſi vult ſe legis commiſſoriæ poteſtate ſoluere: quod ſi non habeat cui offerat poſſe ſecurum eſſe*) ibi non agitur de moræ emendatione, ſed vtrum appoſito pacto legis commiſſoriæ neceſſe ſit interpellare emptorem: & interpellationem non requiri, ex Marc. docet Vlpian. quia ipſe offerre debet pretium, non expectata admonitione venditoris, cum ſatis eum dies legi præſcripta interpellarit, leg. magnam, 12. Codic. de contr. ſtip. quo etiam ſenſu accipiendus eſt Afric. in dict. leg. traiectitiæ, 22. §. de illo, verſ. Hoc idem videtur. D. de obl. & act.

Rurſus difficiles explicatus non habet leg. 1. D. 201 de penu legata quam, pro communi ſeptimo loco vrgere notauimus quia in vltimis voluntatibus latiſſima eſt ſemper interpretatio facienda, vt fœlicem vltima morientium judicia exitum habeant, Paul. in leg. teſtamentis, 12. D. de regul. iur. æquum eſt ſi quidem iam aliud velle non poſſunt, eis liberum eſſe ſtylum, & licitum, quod iterum non reddit arbitrium, l. 1. Codic. de ſacro ſanct. Eccleſ. † & inde teſtamen- 202 tis voluntas potius, quàm verba expectatur, iuxt. §. noſtra, de leg l. 1. C. commun. de legat. leg. in conditionibus primum locum, 19 D. de condit. & dem. capit. placuit, 13. quæ. 2. leg quidam cum teſtamentum, 5. Codic. de neceſſ. ſeru. hæred. inſt. l. 3. Codic. de liber. præt. l. cum quæſtio 23. Codic. de legat. leg. cum virum. 18. Codic de fidei commiſſ. leg. vbi pure 19. D. ad S. C. Trebell. leg. non aliter. 67. D. de legat 3. leg. hæreditas, in fin. D. de petit. hæred. leg. pater Seuerinam 101. D. de condit. & demonſtrat. capit. nos quidem, 3. capit. tua nobis, 17. capit. Ioannes. 19. de teſtament. capit. vltima voluntas, 13. quæſtio. 2. Fuit enim antiquiſſima. 12. tabul. lege ampliſſima illis tributa facultas

cultas, vt vti quiſque rei ſuæ legaſſet, ita ius eſſet, cuius meminit leg. verbis legis, 120. D. de verb. ſing. l. 1. D. ad leg. Falcid. Iuſtin. §. 1. Inſtit. de leg. Falcidia, id m nouella. 22. Cicero, libro 2. de Inuentione, libro 1. Rhetor. ad Herenn. quam explicarunt Hotom. in fragm. ad leg. 12. tabula. fol. 145. Baluin. ad eaſdem leges capit. 29. Rebar. cap. 1. Sigonius, libro 1. de antiquo iure ciuium Romanorum, capit. 12. Conſtantinus, lib. ſingul. quæſtionum juris, capit. 9. Coraſ. in leg. filium quem habentem, ex nu. 2. C. famil. herciſc. Vacon. libro 4. declarat. capit. 126. Criſpus, in rub. D. de leg. 1. ex num. 100. Grarc. in leg. Gallus, in princip. ex numero 3. D. de lib. & poſthum, & alij alib. paſſim. Cum igitur ſic teſtantium arbitrium, vltimumque velle, ſequendum ſit, non mirum ſi, vt fœlicem hoc habeat exitum, in dict, l. 1. D. de penu legat. contra noſtram hanc veriſſimam ſententiam, hæres moram emendare non poſſit, ſed præciſe omnimodoque compellatur, penu non præſtita, ex defuncti ſententia nummos dare, quam illius legis veram eſſe ſententiam, & nihil pro ea adducat, ſecurè arbitratur Forcat. tract. de mora, 3. p. n. 22.

203 Hæc tamen ſolutio, quæ tantum eam legem vltimæ voluntatis fauore procedere vult, non mihi arridet; qui (vt obiter ſuprà admonui) veterius exiſtimo de eis, ad contractus validiſſimum eſſe argumentum, vt planè probat dict. l. ſeruum filij, 46. §. eum qui chirographum, D. de leg. 1. leg. jure ciuili. 24. D. de cond. & demonſtr. leg. pactum inter hæredem. 47. D. de pactis, leg. quæ de legato. 48. D. de legat. 1. leg. ſi ita ſtipulatus, 115. D. de verb. obligat. leg. ſi diuortio. 21. D. illo tit. leg. illud quod de legatio. 7. Codic. de legat. leg. ſcrupuloſam. 11. leg. ſiquis ſponderet, 15. Codic. de contr. ſtipulat. princip. Inſtit. de leg. Fur. Canin. tollend. tradunt paſſim ſcribentes, & plena manu Euerard. in loc. capit. 17. vnde cum differentiæ ratio reddi non poſſit, quare in contractibus moræ emendatio admittatur, in vltimis voluntatibus contra, quinimo eam admitti magis è voluntate defuncti videatur, qui prius penum dari voluit, eaque non præſtita, ſolutave, in ſubſidium, ſiue defectum, quantitatem pondere, indeque hæredem qui moram eluere deſiderat pœnam dando, non pecuniam, quam ſecundariè dari teſtatorem optaſſe cenſendum eſt, magis ei parere ſit dicendum, vtroque caſu; tam in vltimis voluntatibus, quàm in contractibus, emendatio admittetur, neque aliquod ſpeciale jus ea in lege dari erit defendendum.

204 Vnde omiſſis pluribus quæ ad dict. l. 1. paſſim juris auctores comminiſcuntur, maximè Nig. dict. l. ſi inſulam, num. 229. & num. 151. Salic. de mora, quæſtio. 2. concluſ. 3. in. fin. numero 3. concluſ. 6. numero 8. Sapor. tractat. de mora, capit. 4. num. 142. verè reſoluendum eſt, in dict. l. 1. D. de pen. leg. tempus ad ſoluendum appoſitum non fuiſſe, ſed ad impediendum moræ emendationem, vt conſtat ex illa dictione, niſi, quæ caſum à præcedenti excipit in hoc ſenſu, vt mora vſque ad conteſtationem elui poſſit, niſi teſtator aliud tempus ad ipſius emendationem aſſignauerit, qui eſt illius legis veriſſimus, ſenſus, vt ex eius ſerie conſtat, ibi; *Habebit igitur hæres obligationem, tandiu, quandiu lis cum eo de pecunia conteſtetur, niſi forte aliud tempus, vel mente, vel verbis teſtator præſtituerit*, ex quib. conſtat ſpeciale ius ibi verſari nullum, cum idem, & in contractib. dicendum ſit, vt vſque ad litem conteſtatam, quo tempore mora fit, poſſit quis ab illa liberari, niſi fortè aliud tempus à contrahentibus præſtitum ſit, quia tunc eo elapſo, ſi ius alicuius deterius factum ſit, inexplicabilis redditur.

205 Deinde neque octaui argumenti ſolutio difficilis erit; quia aduerto noſtram hanc ſententiam, vt moræ emendatio, etiam die, & pœna adiecta, admittenda ſit, procedere, quotieſcunque quis emendatione damnum vitare vult, non ſi lucrum captare, ex Bartol. recepta traditione, in dict. leg. ſi inſulam, numero 24. communiter recepta ſecundum Alexand. ibi num. 44. Iaſo. num. 39. agnoſcit etiam communem, licet ab ea diſcedat Ripa, num. 13. Bolognet. num. 256. vnde cum in dict. §. ſi intra certa, de libertate conſequenda, ſtatu liberi agerent, non mirum ſi emendatio moræ eis deneganda ſit, † quomodo cum text. 206 procedere tacitè autumat Gregor. in l. 8. gloſſ. non la recibio, in fin. tit. 11. part. 3. in qua etiam opinione ſedit Forcat. tractat. de mora, 3. part. num 11. Verum hæc ſententia quod attinet ad dict. leg. Thais, §. intra D. de fidecommiſſ. libert. mihi non placet, cum & ad actionem quærendam emendationem permitti videam, & planè probat dict. leg. ſi ita quis 135. §. Sæia cauit, D. de verb. obligat, leg. mancipiorum, 6. D. de opt. leg. l. 1. §. ſi frater D. de collect. bonor. quibus in locis, ad actionem conſeruandam, & de nouo quærendam, expiatio admittitur, vnde ea ratione, in dict. §. intra certa, excludi non debuit.

Quare, aliis omiſſis, vera ſit huius, argumenti ex- 207 plicatio, dict. §. intra certa, non agere de moræ emendatione, ſed an conditione non impleta poſſint nihilominus, ſi poſt tempus præſcriptum ſerui ei parere velint, ad libertatem peruenire, fuit namque in eo text. libertas ſeruis ſub conditione relicta, ſi intra certa tempora rationes redderent, intra quæ conditioni non paruerunt, poſt defectum conditionis rationes reddere parati erant, quæſitum fuit, an ad libertatem peruenirent? reſpondet Scæuola, ſi per ipſos extitiſſet quominus intra diem præſtitutam conditionem adimplerent, non idcirco quod poſtea rationes velint reddere liberos fore. Huius ſententiæ ratio in obſcuro non eſt, quia diſpoſitio conditionalis debet in forma ſpecifica adimpleri, & ſic in termino ſtatuto; & non vlterius, leg. Mæuius, leg. qui hæredi, D. de conditionibus & demonſtr. quem text. ſic interpretatur Alex in d. l. ſi inſulam, n. 24.

Sed profecto hæc ſententia non omnino tuta vide- 208 tur, eique maximè obſtat, leg. cum hære, 5. §. item Caſſius, & lege ſeruus qui teſtamento, 14. §. ſeruus, D. de ſtat. lib. vbi ſeruus liber eſſe iuſſus, ſi hæredi operas annorum ſeptem dediſſet, ſi fugiat, & annum in fuga faciat, poteſt poſt ſeptem annos conditioni parere. Eleganti tamen diſtinctione hæc iura compones ſi ſepares tempus oneris, quantitatiuum (quod noſtri dicunt) à tempore poteſtatis limitatiuo, nam in primo mora emendatur, non ſic in ſecundo, vtriuſque rei ratio perſpicua eſt, quia vbi tempus in conditione adiectum eſt oneris quantitatiuum, conditio ipſa reperitur ſine termino aliquo pro ſuo implemento præfixo, ideò mora, ſi qua eſt, emendari poteſt, cum diſpoſitio, & voluntas diſponentis adhuc duret; ſed ſi tempus in conditione adiectum eſt, poteſtatis limitatiuum apparet, quod tempore lapſo, deficit conditio, & poteſtas adimplendi eam, & per conſequens ipſa diſpoſitio, & voluntas ſic diſponentis, ideò poſt illud tempus ex defectu poteſtatis mora non emendatur, iuxt. text. in dict. §. intra certa, quæ iura ſic accipienda ſunt, vt eleganter obſeruat Sal. de mora, quæſt. 1. num. 3.

Item nec quod ex Paulo, & Scæuol. in dict. leg. ſi in- 209 lege 27. §. colonus, D. locat, & in dict. leg. ſi ita quis 135. §. Sæia cauit, D. de verb. obligat pro Bart. afferebamus, noſtræ ſententiæ impedimento eſt, quor. jur. argument, ſic pro communi aliud conſtruebamus; *Die non adiecta mora non emendatur, ergo à fortiori ſi ea, & pœna adſint, eius expiatio explodetur.* Quia reſpondeo negando priorem partem, cum verius multo ſit, in qua ſententia, & omnes reſident, moram ſemper emendari. Nec Paulus, & Scæuola relati, contrarium probant, quinimo noſtram hanc ſententiam expreſsè confirmat, dum emendationem, ſi actoris nihil interſit, admittunt, vt in dict. §. colonus, ibi: *Omniaque*

colono integra ſunt, & in dict. §. Sæio, ibi: *Nec mulieris quidquam propter eam moram intereſſet*, quod ſi ius actoris factum eſt deterius, ipſius emendationis moræ natura, quæ ex æquitate deſcendit, poſtulat non
210 admitti, iuxta ea quæ ſupra latè tradidimus. † Rurſus in dictis iuribus mora parua fuit, vt conſtat ex dict. §. colonus, ibi: *Quod ſi paucis diebus prohibuit, deindè pœnitentiam agit*, & dict. §. & Sæia cauit, ibi: *Reſpondi ſi non multo poſt obtuliſſet*, modica autem mora nocere non ſolet, nec in mora modici temporis magnum damnum eſſe poteſt, cum parua mora, mora non dicatur, Tiraquel. de iudic. in tub. exig. ferend. numero 77. & de retract. *Linagier*, §. 8. numero 9. vnde in dictis iuribus modica mora nocere, gloſſ. 2. non potuit.

211 Decimum deindè non obeſt contrariæ opinionis fundamentum, quia reſpondeo negando minorem, & maiorem, eſt enim falſum aſſerere, propter diem, & pœnam, duplicem moram fieri, cum longè verius ſit, vnicam tantum eſſe, eaque ex dici adiectione deſcendere: pœnæ namq; debitorem interpellat ſine die & contra Bart. verius eſt duplicem moram, non magis, quam duplicem emendationem impedire, vt latè contra eum oſtendit Baud. libro 1. variar. quæſt. capit. 41. qui euidentiſſimis argumentis, geminatam moram, non plus, quam ſimplicem impedire inſinuat: quod vel ex eo probatur, quia vbi adfuit geminata interpellatio dici non poteſt aggrauationem moræ ibi fieri, cum per ſecundam interpellationem à prima recedi videatur, argument. leg. Æmil. Larg. verſic. *Dicebam*, D. de min. vbi à pacto legis commiſſoriæ per denunciationem poſtea factam receſſum videri, his verbis probat Paul. *Dicebam magis poſſe eam ea ratione reſtitui, quod venditor renuntiando poſt diem quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium petendo, receſſiſſe à le-*
212 *ge ſua videretur.* † Vlterius contra Bartol. facit, quod vltima mora tantum nocet, ſiue creditoris recuſantis recipere rem ante litem conteſtatam, ſiue venditoris ante id tempus ſoluere renuentis, leg. illud, 17. D. de periculo, & commun. rei vend. ibi; *Sed & ſi per emptorem mora fuiſſet, deinde cum omnia integra eſſent, venditor adhibuerit cum poſſet ſe exſoluere, æquum eſt poſteriorem moram venditori nocere*, & leg. ſi & per emptorem, 53. D. de actio. emptor. *Si per emptorem, & venditorem mora fuiſſet* (inquit Labeo) *quominus præberetur, & traderetur, perinde eſſe* (ait) *quaſi per emptorem ſolum ſtetiſſe, non enim poteſt videri moram per venditorem emptori factam eſſe, ipſo emptore poſteriorem moram facienti*, leg. ſemel mora, 27. D. ſol. matr. leg. ſi ſeruum, 91. §. ſequitur, D. de verb. oblig. probarunt præter alios Sadolet, in repetit. dict. leg. quod te mihi, num. 43. & ſeq. D. ſi cer. pet. Caſſaneus, in Catal. glor. mund. 12. part. conſider. 100. num. 16. Medic. in tractat. de nouation. 2. part. verbo, *Mora*, Saport. tract. de mora, capit. 2. num. 41. Forcatul. eodem tract. 3. part. num. 13. quod intelliges admiſſa Accurſ. diſtinct. in dict. leg. ſi & per emptorem, verbo. *dolo fecit*, junct. text. ibi, quem poſt Paul. eo loci, aliis relatis laudat, & extollit Tiraquel. de retract. *Linagier*, §. 3. gloſſ. 1. ex numero 2.

Nec vrget vndecimum, quia etſi fatear executio-
213 ne facta à lege moram non poſſe emendari, ex dict. leg. is cui, D. de leg. 2. (quam in propoſito, eiuſque concluſionem, præter, relatos ſuprà num. 89. & 9. multis, & ampliationibus, & limitationibus exornat omnino videndus; Caroc. tract. de locato, & conducto, 4. part. tit. de mora, ex num. 38. ad num. 51.) quod fuit argumenti antepenultimi antecedens, diffiteor tamen, die, & pœna adiecta, ſtatim ab homine executionem factam eſſe, quæ ante litem conteſtatam non ſit, argument. leg. ſi quis ſtipulatus, 57. D. de ſolutionibus, axioma autem illud, mitius agi cum lege quàm cum homine, ſolet aliquando deficere, quod latè explicarunt poſt Bartol. in dict. leg. ſi inſulam, numero 9. Iaſon. numero 22. Ioann. Bolognet. ex numero 152. Abb. in capit. dilectus, de præb. vnde cum neque executio ab homine, die, & pœna adiecta, initio conuentionis fiat, rectè emendatio admittetur. Nec argumentum hoc aliquid obſtabit. Ex cuius ſolutione illud planum eſt, quod vbicunque executio à leg. fit, mora emendari non poteſt. Nec obſtat, leg. mancipiorum, 6. D. de optione leg. cuius ducti agumento, nonnulli in Bartol. conſpirarunt, quoniam aduerto leg. illam loqui in termino ſtatuto à iudice, qui non habet paratam executionem, vt docent Bartol. Paul. & Imol. in dict. leg. ſi is cui, Alexand. in leg. fin. §. ſin autem, num. 7. Codic. de iur. de lib. Dec. conſil. 452. num. 13. & Crot. in d. l. ſi inſulam, num. 76.

Ex qua reſolutione infero, ad l. 70. Tauri, cum 214
ſeqq. l. 9. cum ſeqq. tit. 10. libro 5. nouæ collect. Regiæ, quibus conſanguineis venditoris infrà quartum gradum, rem paternam, vel auitam eodem pretio præſtito intra nouem dies, retrahere permittitur, quod eo tempore elapſo ſi moram emendare velint, non audientur; quia cum executio à leg. facta ſit, & ab ea jus retrahendi in vlterioris gradus conſanguineum tranſlatum, conſequens eſt, ex dict. Bartol. ſententia, moram non poſſe emendari; ſcripſit nominatim Tiraq. de retract. Linagier, §. 3. gloſſ. 4. ex num. 1. pluribus eam ſententiam comprobans, quod vtique in praxi contemnendum non eſt.

Aliud deinde pro Bartol. argument. notauit, quod 215
ſuperiori maximè cohærens eſt, partes ſcilicet contrahentes initio conuentionis in id conuenire, vt principali contractu ad diem non impleto, pœna omnimodo præſtanda ſit, & de ea ſecundum quaſi contractum facere videri: vnde ſicut lite conteſtata, quia quaſi contractus celebratus eſt, ex dict. l. 3. §. idem ſcribit, D. de pecul. mora non emendatur, ſic reiicienda erit die, & pœna adiecta cum diſcriminis ratio reddi poſſit nulla. Sed reſpondeo negando minorem, licet enim in id conſentiant à principio partes, vt pacto vel contractu non obſeruato pœna præſtetur; æquitate tamen ſuggerente, ſi ius actoris deterius factum non ſit, exploſo iuris rigore emendatio admittetur. Quæ huius rei eſt veriſſima reſolutio, ſemperque & attentè conſiderandum illud hac in diſputatione eſt, vt *ſcias, an mora emendetur, ſi ſine die, & pœna conuentio facta ſit, ſi hæc adſint, ſi iuramentum interueniat, an ex emendatione alterutri damnum inferatur, quia tunc mora non emendabitur; ſin minus ſemper eius expiatio amplectenda eſt, quia hic eſt finis & ſcopus emendationis, vt contractus implementum accipiant omnia ad æquitatem, & bonitatem reducere quod emendatione contingit*, vt ſuprà inſinuaſimus.

Sunt tamen hac in re duo ex Bartol. in dict. leg. ſi inſulam, num. 23. omnino notanda. Alterum quod quando principalis obligatio confertur in perſona vnius, pœnalis vero in perſona alterius (juxt. ſpeciem, l. 1. §. cum ſeruus communis, D. de ſtipulat. ſeru.) non impeditur eo caſu moræ emendatio, allegat Bartol. l. 3. §. 1. D. de adim. leg. ex quo conſtat eam conceptionem, ſi Titio non dederis, Sæio dabis centum, ſubaudiri, id eſt, ſi Titio dare non potueris, neque hoc caſu certum eſt, quod à primo omnino auferri voluerit, propter moram debitoris, ſicque quandiu certum non eſt, te non poſſe Titio dare, Sæio nihil debetur, & cum poſſit emendari mora regulariter, juxt. ſententiam dict. leg. ſi inſulam, & hoc quoque caſu emendatio admittetur, Bartol. doctrinam ſequuntur communem dicentes, Alexand. num. 41. Iaſon. num. 38. Claud. num. 57. Crot. numero 74. commun. etiam dicit Ripa, num. 100. Bologn. num, 249. quibus fauet, leg. ita ſtipulatus, 114. verſicul. Sed & ſi ita, D. de verb. obligat. vbi hæc ſtipulatio. Si Capitolium non aſcenderis, committitur cum nullo modo potueris aſcendere. Deinde facit leg. ſi Titius, 9. D. de verb. obligat. vbi ſi quis ſtipulatur ſibi dari ſi Titio non dederit, & Titius ſibi ſi primo non dederit, ille qui primum litem conteſtatus eſt præualebit, atque ita per ſimplicem moram non videtur habere animum auferendi à primo, ſed tunc demum cum lis fuerit conteſtata poſt quod emendationi moræ locus non eſt. Vlterius, quia vt Caſtr. conſiderat, pœnalis ſtipulatio facta ſub conditione, ſi non dederis, intelligitur ſi non dederis intra tempus licitum, & ſic intra tempus emendandi moram.

Sed aduerſus eam opinionem videtur, dict. l. 1. §. cum ſeruus, D. de ſtipulat. ſeru. vbi in illa ſtipulatione. *Decem Kalendis Titio dare ſpondes? ſi decem Kalendis Titio non dederis, tunc Mæuio viginti dare ſpondes.* Alter dominus agens ad pœnam non poteſt exceptione ſummoueri ſicut primus, ergo debitor non poteſt moram emendare, ſi enim poſſet per exceptionem emendationis, ſummoueret agentem. Vnde contra Bartol. ſic defendunt Bald. Angel & Salic. quos refert, & ſequitur Ripa, dict. num. 100. Non obſtat, dict. l. 3. § 1. D. de adim. leg. tum quia ibi vnum, & idem eſt in obligatione prima, & ſecunda, ſcilicet fundus nos loquimur quandò vnum eſt in prima obligatione, aliud in pœnali: cùm etiam verbo tranſlationis directa erat ad eum à quo fiebat tranſlatio, vt conſtat ibi. Si Titius ante deceſſerit quam accipiat. In noſtro autem caſu diriguntur ad ipſum debitorem, videlicet, ſi non dederis Titio decem, Mæuio viginti dare ſpondes, & ſemper verum eſt te non dediſſe; ſiue non obtuleris, ſiue is cui obtuliſti non acceperit, quo eodem modo diſſoluitur, dicta lege ſi Titius, & dict. verſicul. ſed ſi ita. Nec item obſtat Paul. ratio, quæ procedit, quando ſtipulatio pœnalis, & principalis in perſonam ſtipulatoris collatæ ſunt, quippe Stychum mihi dare ſpondes, ſi nõ dederis pœnæ nomine centum dabis. Tunc enim verum eſt illa verba, ſi non dederis, intelligi intra tempus quo dare poteſt, & ſic intra tempus emendandi moram. Secus verò eſſet quando principalis obligatio eſt in fauorem vnius, pœnalis in fauorem alterius quæ frequens conceptio eſt, vt docet Bart. num. 13. in leg. 1. D. de iure fiſci. Ratio diuerſitatis eſt, quia primò caſu, pœnalis ſtipulatio ſequuta eſt fauore ſtipulatoris, vt citius conſequatur, quod ſibi debetur; qua ratione non fit nouatio: ſecundo vero caſu facta eſt fauore alterius tertij, quo caſu ſemper fit quaſi nouatio, ex doctrina Bartol. in leg. ita ſtipulatus, num. 16. col. 2. D. de verbor. oblig. Itẽ in primo caſu ceſſat intereſſe ſtipulatoris, quod repræſentatur in emendatione moræ: ſecundo vero tollitur jus tertij cui erat ad pœnam iam quæſita actio, cuius loco nihil ei datur, nec repræſentatur in emendatione moræ, ergo emendatio admittenda non eſt, cum ceſſet æquitatis ratio, leg. in ſeruum 91. §. ſequitur, D. de verb. obligat. Aliud quod quando tranſlatio principalis obligationis in pœnalem, de perſona ſtipulatoris in alium fit, animo transferendi totam obligationem, ita vt apud primum nihil remaneat, verbi gratia, dabis Stychum, ſi fueris in mora dandi, promittis centum pœnæ nomine, mihi notario ſtipulanti, nomine fiſci, vel hoſpitalis, impeditur moræ emendatio Bartol. hæc doctrina communiter recepta eſt ex Ripa, dict. num. 100. Crot. num. 74. Vincent. num. 120. quibus in primis fauet ſuperior reſolutio; nam ſi quo caſu non ita clare conſtat de voluntate contrahentium, quia ius quæſitum eſt tertio, moræ emendationem excludimus ex paulo ante dictis, longè magis ea erit excludenda facta nouatione, argument. leg. final. D. de tranſaction. & lege tertia, verſicul. final. Codic. de nouation. quibus mouetur Bartol. cuius ex his retinenda eſt opinio, quamuis contra eam magis communiter receptum ſit, & hoc quoque caſu moræ emendationem admittendam, vt cum Im. Cum. & Alex. reſoluit Iaſ. in dict. leg. ſi inſulam num. 18. Claud. num. 57. Hannib. num. 173. & Socin. per text. ibi eum rectè expendes, in l. qui Romæ, 122. §. Flau. D. de verb. obligat. qui reſpondent, dict. l. fin. & dict. leg. 3. ideo ibi nouationem fieri, quia erat quæſita actio per ceſſionem perfectam, factam ſine aliqua conditione: quæ conditio cum adſit hoc caſu videlicet niſi principalis promiſſio adimpleatur, transfundi à primo in ſecundum oblig. non poteſt. Sed à Bartol. recedendum non eſt ex ſuprà dictis. Neque obſtat. dict. leg. §. Flau. Hermes quia is text. loquitur in diſſimili caſu, cum ibi non agatur de tranſlatione obligationis principalis de perſona in perſonam ſed vt quo caſu ſeruus non manumittatur, pœna ſoluatur.

Sed adhuc inter ſe pugnare videntur, dict. leg. fin. & dict. l. 3. nam dict. leg. fin. ait I. C. ſolam ſcientiam debitoris ſufficere, vt cedenti creditori ſolui non poſſit, cum tamen in d. l. 3. requiratur denunciatio, aut litis conteſtatio, vel ſolutio partis debit. Reſpondendum tamen eſt, dict. l. 3. loqui in ceſſatione facta ad vtilitatem cedentis veluti propter futuram ſolutionem ad quam cedens tenebatur: ſi vero fiat ad vtilitatem ceſſionarij, ſola debitoris ſcientia ſufficit, ad hoc, vt non ſoluat cedenti, juxt. dict. leg. ſi cuius, & dicta l. 3. eſt hæc communis interpretatio, vt reſoluit Fanus, de pig. 3. membr. 2. part. num. 27.

Eſt & illud iuxt. dict. l. 3. Codic. de nouationibus, obſeruatione dignum, caſum, litis conteſtationis, quam ibi Cæſares requirunt, ſuperfluum videri, cum ſufficiat extraiudicialis interpellatio, & per ſolam citationem ſatis monitus debitor videatur ne ſoluenti cedat, abſque eo quod neceſſe ſit litis conteſtationem peruenire. Qua difficultate oppreſſus Iaſon. in dict. leg. fin. numero 2. cogitandum relinquit. Reſpondendum tamen eſt, quod cum ceſſionarius poſſit eligere viam iudicialem extraiudiciali omiſſa, §. appellamus, ad fin. Inſtit. de actio. hoc caſu non cenſetur ante litis conteſtationem à debitore petitum, leg. amplius non peti, 15. D. rem ratam hab. & hinc eſt litis conteſtationem non vero ſolam citationem æquiparari petitioni extraiudiciali, vt notat Ang. in leg. vinum, D. ſi cert. pet. numero 2. Alexand. numero 8. Dec. numero 14. Idem Dec. in l. 1. numer. 82. D. de iuriſd. omn. iud. e. quæ ſunt notanda juxt. dict. l. 3. Codic. de nou. cui etiam adde, Caſtrenſ. conſil. 98. vol. 2. Cuman. conſil. 4 Socin. 79. 80. 109. & 102. Pap. quæſt. 530. afflict. deciſ. 335. Cach. deciſ. 62. num. 2. & 8.

Tandem vltim. non obſtat argument. ex dict. legi 216
obligationum, §. fin. D. de obligat. & actio. memini enim me ſuperius docuiſſe, per pœnalem ſtipulationem priorem obligationem non omnino nouari, quia pœnalis ſtipulatio ſit, cum poteſtate offerendi ad tempus quod principaliter debebatur, vnde quoties à lege moræ emendatio non excluditur, perfecta nouatio prioris obligationis in pœnalem ſtipulationem facta non eſt, & inde debitor, qui ad emendationem admittitur, aliud pro alio non ſoluit, ſed idem illud quod in primæua obligatione continebatur, quia adhuc ſtipulatio pœnalis effectum ſortita non fuit cum poteſtas adimplendi principalem obligationem, quoties emendationi locus eſt, extincta non ſit; quomodo hoc argumentum vere diluitur. Et ex iis, quæ noſtra iſta diſputatione diſcuſſimus, præpoſitæ, ancipiti, & periculoſo certamini, quæſtionis vera reſolutio, & explicatio reſtat, ſecutiorem que multo, & in puncto iuris veriorem, juris & artis noſtræ principij magis coſonam, poſteriorem ſententiam eſſe, quam cum Andr. de Piſis, & paucis contra Accurſ. Bartol. & fere omnium interpretum cateruam defendimus, ſemperque moram elui, expiari, corrigi, explodi, & emendari poſſe, & ſi dies, & pœna adſint modo ex emendatione alicuius ius deterius non fiat. Ex quibus iam ſe nobis difficiles, & nodoſæ aliæ quæſtiones inſinuabant, quibus ſanè nos libenter manus daremus, niſi inexpiabilem moram commiſſuros ſuſpicaremus; in cuius placido tractatu vento ſolicitante, longius multo quam inſtitueramus nauigauimus: vela igitur contrahamus, receptui canentes, impetumque orationis noſtræ cohibeamus, & finis iam ſit.