

## CAPUT XL.

An si convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia causa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?

Questio hæc tota Academica est, cui causam dedere duo loci inter se contrarii, non in speciem & *utra si gavissus* sed *terro*, & revera: nempe *l. singularia 15. ff. de reb. cred. & l. qui negotia 34. pr. ff. mandat.* Ita jus est, ut quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quam si de mea tua facta sit: in hoc enim mutuum damus, ut rerum creditorum dominium in accipientem transferatur, quod fieri non potest, nisi & si creditur, dominus sit, *l. 2. §. in mutui 4. ff. de reb. cred. junct. l. nemo 54. ff. de reg. jur.* Atque hoc mutui adeo proprium esse putatur ut etiam nomen ab eo acciperit, quod de meo tuum fiat, *d. l. 2. §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig. in pr.* Igitur si inter nos convenerit, ut tu pecuniam quam mihi ex causa mandati, societatis, emptiois, &c. debes, creditam tibi habeas; aut, si, cum me mutuum pecuniam rogares, julerim, debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet: mutuum non erit: non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta est, ut in casu prioris; aut tertia numerata, ut in posteriori; sed debitum, *l. 1. ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius 23. §. 2. l. scribit 24. pr. ff. de cur. arg. mand. leg.* & hoc quidem efficit summi juris ratio, si viderelic *utra est in specie* res exigitur. Ceterum Ulp. in *d. l. 15. ff. de reb. cred. singularia* quædam recepta esse circa pecuniam creditam id est, quædam benignè recepta esse contra subtilitatem juris, *παρὰ τὴν ἀποστολίαν καὶ τὴν ἀποστολίαν*, ut bene Græcicus Bysit. & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperit, officiarum tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, si convenerit inter nos, ut tu eam tantquam à me tibi creditam mihi deberes. Cujusmodi duas species profert. Prima est, cum te mutuum rogante, non dedi ipse de meo, sed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebam, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum est vitandi circuitus causa, & fictio quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet 43. §. 1. ff. de jur. dot.* quasi ille mihi prius dedisset, ego deinde tibi *d. l. singularia in pr.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter se actionum, id est, dum quod agimus,

acceleramus, una actio sæpè occultatur, & quodammodo surripitur, *l. 3. pr. ff. de don. int. vir. & ux.* Species altera quam ejusdem rei confirmandæ gratia Ulpianus in *d. l. singularia*, afferit, est, si convenerit, ut pecuniam, quam ex alia causa, & nominatim ex causa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipsa exemplo superioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum censet; quia quod in duabus personis receptum est, multò magis recipi debeat in una eademque persona: utique enim facilius fictio breviorque manus tibi est, ubi una tantum est manus, ut tu scilicet videtur nihil solvisse & protinus à me accepisse. Noscendum hic obiter priorem obligationem non tolli conventionione & constituti novam ex causa mutui? hoc enim pugnet cum certo & explorato jure, quia novatio non fit citra stipulationem, *l. 1. l. 2. & pass. ff. & C. de novat.* & novissimo jure non aliter, quam si hoc ipsum à contrahentibus expressum fuerit, se novandi animo prioris obligationis tollendæ causa posteriorem contrahere, *l. ult. C. cod. de primat. toll. solutione*, quamvis sine conventionione id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dedisse creditori, atque eo modo ex priorè cautâ liberatus esse, eodemque tempore pecunia à creditore ad illum profecta, quæ res mutuum constituit. Est & alia species præcedenti non dissimilis, relata ab eodem Jurisconsulto in *l. rogasti 11. pr. ff. de reb. cred.* nempe si tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, lancem dederim, ut venderes, & pretio uteris; tuque eam vendideris, & nummos accepis, hoc perinde habendum esse, ut si vendidisset ipse, & pecuniam inde consecutam tibi numerasset. Prima species dubitationem non habet: nam & Africanus in *d. l. qui negotia 34. pr. ff. mandat.* faceret benignè receptum esse, ut hujusmodi in casu pecunia credita fiat. Sed item responsum Africani de secunda & tertia specie negotium fecerit, & quidem tale, ut Feliam mihi lavare videntur, qui rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum querunt.

DD. communiter circa speciem secundam, videlicet, si convenerit, ut pecunia debita ex alia causa, verbi gratia ex causa mandati credita fiat, illa distinguunt, ut si quidem procurator pecuniam habuerit solutioni paratam, procedat sententia Ulpiani in *d. l. singularia* in non habuerit paratam, Africani, *d. l. qui negotia*, & ita quoque Collatius in *d. l. singularia*, Corasius & *missell.* etiam hoc in responso Africani expendit, quod per epistolam inter absentes convenerit, quod etiam Donellus in *d. l. singularia prætextit*, sed neque

neque illud, neque hoc potest impedire fictione brevis manus. Pone Titium qui centum mihi debet, ex causa mandati aut qua alia, non habere paratam ad solvendum pecuniam, aut eam habitare Luetia, cum ego habitem in Belgio, an propterea, quod debitor pecuniam in loculis non habet, argi non poterit soluta & retro tradita? Aut si alibi habitat, & per epistolam à me petit, ut eam pecuniam, quam ex alia causa debet, crediti nomine retineat, quidam possit pactione hoc effici, ut credita fiat, eadem illi quam dixi, fictione brevis manus? At egerit Corasius nihil aliud in *d. l. qui negotia* ab Africano proponi, nisi quod epistola à procuratore ad dominum negotiorum missa sit: solus autem procuratoris voluntate à priorè obligatione recedi, etiamque solvi atque in aliam causam converti sine consensu domini non posse. Sed quis non videt, quam stulta, si talem causam ponamus, sit questio? Digna scilicet questio, de qua Jurisconsultus adeatur & consulatur, an debitor, qui mihi centum debet ex causa mandati vel alia, se liberare, causamque debiti me ignorante aut non consentiente mutare possit? Supponit Jurisconsultus creditorem epistolæ ad se misisse consensisse sive aperte per rescriptionem, sive tacite, hoc ipso scilicet, quod aperte non diffidit nec rescripsit, *l. si filius fam. 17. ff. de senat. Maced.* Constat autem, pacta recte fieri per epistolam, *l. 2. ff. de pass. & epistolam*, cui consentit is, ad quem mittit, pro pactione esse, *l. dot. 16. ff. de fund. dot.* Jam verò Africanum in specie à se proposita epistolam pro conventionione seu pactione acceptè ostendunt hæc ejus verba: *Alioqui dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam, &c. item illa in fin. pr. d. l. qui negotia tamen usuras, de quibus convenerit, prestare debet*, denique & duo illa exempla, in quibus mutuum ex conventionione admittit. Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro voluntate unius, *l. 1. §. 1. ff. de pass. l. 3. de pollicit.* nec ita loqui Jurisconsulto integer fuit, non magis quam vestem appellare luppellectilem. Postremò quætionis, ut tu mihi videaris ex priorè causa solvise, & rursum ex causa mutui protinus à me accepisse, sine mutua conventionione locum esse non potest. Ergo pactione nuda per epistolam id actum inter me & te proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, debeas ex causa crediti: & Corasius in *d. l. singularia* causa mandati convenerit, in ea pactione causa mandati convenerit, ut quæ negat Africanus & quamvis lateatur, usuras ex ea pactione peti posse, nempe actione mandati, & periculum numerorum ad procuratorem transire, Vinnii Quæst.

*d. l. qui negotia in fin. præf.* Et igitur secundum Africanum sententiam in specie proposita, pactione, de qua agitur, ad obligationem foris ex causa mandati convertendam in obligationem mutui inutilis est. Atque hoc primum probare conatur argumento ducto ab absurdo, quod alioquin dicendum sit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Respondet deinde duobus argumentis, quæ in contrarium afferri possent, quorum alterum ostendit esse à dissimili, nempe quod summi, quos mihi debes, ex causa depositi crediti funti, modò convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia hic nummi, qui mei erant tui sunt, *l. condidit 9. §. ult. ff. de reb. cred.* Alterum à simili quidem esse fateatur, nempe si debitorem meum juffero tibi mutuum rogandi dare pecuniam, eam creditam fieri: sed ait, benignè id in hoc casu receptum esse, quod inaudit id non esse producendum ad consequentias, *l. quod vero 14. ff. de legib.* Notandum hic in transitu, quod si in specie initio ab Africano proposita, & de qua hic queritur; solus debitor, ut vult Corasius, voluntas intervenisset, non alterum solum è duobus exemplis, quæ obijciuntur, dissimile esset, sed utrumque, & una eademque ratione utrumque rejici posuisset: quia scilicet in specie controversæ unus debitoris, in exemplis obiectis utriusque consensus intervenierit, quod & Schifordigerus *lib. 2. tract. 16. quasi 3.* observavit. Quid verò Ulpianus in *d. l. singularia*? Is ex professo se opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, scilicet etiam in specie, de qua agimus, si convenerit, ut pecunia debita ex causa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri; multoque magis in hac specie id recipiendum esse, quàm illa, ubi mutuum petenti juri debitorem meum pecuniam dare, ducto argumento à minis probabili ad id, quod est magis probabile: quia, inquit, quod in duabus personis receptum est, id etiam in una admitti debet. Probabilis enim est, ut fictio inducatur in una persona, quàm in duabus; quippe facilius nulla interposita alia persona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia causa, credere tibi possim, ut tu mihi videaris solvise, & mox à me accepisse, quam per personam interpositam. Illud procul dubio non negasset Ulpianus, ea quæ benignè recepta sunt, non esse producenda ad alia, quæ minis sunt probabilia; veluti si fictio illa brevis manus in una tantum persona recepta fuisset: fed cum illa recepta sit in duabus personis; etiam ad id, quod est probabilis, ubi una duntaxat persona est, eam producendam rectè existimavit. Eadem dissensio inter eisdem jurisconsultos est & in tertia illa, (K)

quam supra posui, specie, si tibi mutuum pecuniam roganti, cum eam non haberem, rem aliquam vendendam dedi, ut nummos inde confectos mutuum haberes. Nam & in hac specie, si rem vendideris, mutuum pecuniam factam esse ait Ulpianus in *lib. rogati* 11. *præf. ff. de reb. cred.* nempe si & pretium accepit, l. 19. *ff. de præf. verb.* quod ex narratione facti satis intelligi putavit Jurisconsultus. Id enim actum esse proponitur, ut rem venderes & nummos uteris, accepit scilicet, quoniam non nisi acceptis uti potes. Et quoniam in mutuo ex meo tuum fieri debet, etiam hic ex sententia Ulpiani fingitur pecunia prius à venditore tradita esse ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iterum translata mutui causa, ut una actio hic occultetur vitandi anfractus gratia l. 3. §. *pen. ff. de donat. int. vir. & ux.* Africanus autem in eadem hac specie plane contrarium respondit in *d. l. qui negotia pr. vers. his argumentum*, nempe eum qui cum mutuum pecuniam dare vellet, argentum vendendam dedit, pecuniam ut creditam petere non posset. Nam quod quidam aiunt, in specie Africani ideo mutuum non contrahi, quia non convenit, ut nummi ex venditione redacti essent crediti, ut in specie Ulpiani? sed ut res ipsa vendenda data statim esset mutua, argentum ipsum, lanx aut aliud vas argenteum, id est certum corpus, in quo mutuum non potest consistere, l. 2. §. 1. *de reb. cred.* id textus ipse satis refellit: quod enim vendendam datur mutuum roganti, id ipsum non potest dici ei mutuo dari: sed hoc non alio sine fit, quam ut pecunia ex venditione confecta tanquam credita utatur. Quapropter omnibus bene expensis iterum dico, eos oleum & operam perdere, qui hoc inter Ulpianum & Africanum dissidium student componere. Et nimis puerile est credere nullam in corpore juris reperiri antinomiali, quia Justinianus hoc dixit, aut Tribonianus Justiniano persuasi. Utrius igitur sententia prevalebit? Quem hic sequemur? Ulpianum scilicet, qui & posterior est, & majorem aequitatis ac benignitatis, quam stricti juris rationem habendam putavit, juxta *l. placuit* 8. *C. de judic.* Cum contra Africanus nimium hac in parte religiosus & stricti juris retinentior fuerit. Non obstat huic responsioni, l. *ex pretio* 6. *si cert. pec.* quæ est Imperatorum Diocletiani & Maximiani Ulpiano posteriorum: quoniam in illo scripto non convenit, ut debitor pecuniam, quam ut pretium emptiois debebat, incipere deberet Nicandro ex causa mutui: sed cum revera ex causa emptiois deberetur, tantum simulatè scriptum esset in instrumento, eam ex causa mutui deberi.

Nulla igitur intercesserat conventio, ut ex causa crediti deberetur: id quod evidenter demonstrant verba ipsius scripti, *simulatis pro rescriptis habitis*. Simulabatur ergo causa mutui, non revera agebatur ut esset mutuum. Imo ex contrario sententia Ulpiani in *d. l. singularia*, illo imperatorum scripto constituitur, quod utique si abesse simulatio, demonstrat pecuniam debitam, ex causa venditionis nuda pactione in causam crediti posse converti, & de eo nulla hodie dubitatio est, *add. Cujac. tract. 8. ad Africanum in d. l. qui negotia ff. mandat.* Schirfördiger l. 2. *tract. 16. q. 5.*

## CAPUT XLI.

An debitor exceptionem pecunia non numerata possit biennium opponere possit, onus probandi in se suspiciens?

Si quis scripto seu chirographo, seu alteri mutuo consensu tradito confessus sit, se ab eo certam summam mutuum accepisse, nec intra biennium confessionem suam retractavit, si literis obligatus est *pr. Inst. de lit. obl.* Hæc autem obligatio non est habenda pro merè civili, sed pro mixta seu civili & naturali simul, cui etiam competit definitio obligationis tradita *pr. Inst. obl. ut ex divisionibus subjectis patet*. Sed illa, quæ ex confessione mutui accepti intra biennium competit merè civilis est, & exitu inutilis, quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecunie infirmatur, *d. pr. & not. tit. 1. de except. non num. pec. jure. l. nihil interest. 112. ff. de reg. jur.* nimirum mixta obligatio duorum generum est: una verè talis & altera presumptiva, qualis est obligatio judici, confessi, jurifurati: & talis quoque est ea, quæ dicitur literarum. Nam sicut post rem judicam, vel jurejurando decimam, vel confessionem in jure factam, non amplius queritur, an debeatur, l. *post rem* 57. *ff. de re jud. ita* & post biennium non amplius queritur, an pecunia confessa numerata sit, sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, consentientem obligat, *d. pr. Inst. de lit. oblig. l. si intra* 8. *C. de exc. non num. pec.* eademque fere ratione hæc obligatio defenditur, quæ utiucup & præscriptionis temporales, boni scilicet publici & litium expediendum prætextu: Quid ergo si confessus intra biennium cautionem & confessionem suam non

retractaverit quidem, sed paratus sit, probare pecuniam sibi numeratam non esse, an non erit audiendus? Non puto. Nam si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens est eum necessitate rei solvendæ jam ita adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit, est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciatur *Inst. de oblig. in pr.* atque hoc etiam expressè rescriptum est in specie debiti proposita *d. l. 8. C. de non num. pec.* Ceterum Doctores communiter post Accursium & Bartolum contrarium magis placet, nempe debitorem post biennium adhuc audiendum, dummodo paratus sit docere de pecunia sibi non numerata: ita Baro. Schneid. Bachov. *ad tit. Inst. de lit. obl. Broch. 2. assert. 22. Perez. C. d. tit. de non num. pec. num. 14.* Movetur primò, quod exceptio natura sua sunt perpetua, & tunc etiam, cum ex ea causa nascuntur, ex qua actio nata esse temporalis, l. 5. §. *ult. ff. de except. dol. mal.* Deinde quod cum exceptione pecunie non numeratæ concurrat exceptio doli, l. 3. *C. de pec. non num. que cum sine dubio perpetua sit, d. l. 5. §. ult.* utique etiam post biennium competere debeat, etiam si cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecunie: Tertio, quia illicitæ actiones admittendæ non sunt, l. 6. *ff. de offic. præf. l. licita autem* & iniqua exactio est, si reus probare volens sibi pecuniam numeratam non esse, non audiatur. Postremo, quia non potest lapsus biennii debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solum tribuit debitori immunitatem probationis, l. 10. *C. de non num. pec.* ergo nec lapsus biennii amplius ei adimere potest.

Sed procul dubio verius est & scripti jurit rationi magis consentaneum, debitorem post biennium non audiri, nec si ultro probationem offerat. Et enim posita obligatio, id est, necessitate solvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, ut audiendum non esse, qui chirographum debitorum suum seu causam obligationis agnoscit, ceterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, licet ejus rei probationem offerat. Quod si probato post biennium contra cautionem admitteatur, nec scriptura jam ad obligationem valeat, sed tantum ad probationem; nec novum esset hoc obligationis genus, quod ex literis nasceretur, sed ex re. Denique nihil haberet cautio pecunie mutue, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probationis: si enim Hermenopolus, l. 2. *prompt. tit. 2. n. 4.*

parte etiam major vis esset ceterarum cautionum, quam pecunie creditæ, l. *generaliter* 13. *C. de pecun. non numer.* ex quibus tamen obligationem literarum non nasci inter omnes convenit. In summa nulla esset revera literarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide faciendi, ut ubi intra biennium incumberet probatio, post id tempus alteri: & consequenter expungenda esset & catalogo verarum obligationum illa literarum. Loci juris in hac sententiam manifesti sunt. In *l. adversario* 10. *C. de non num. pec.* aiunt Imp. querelam seu exceptionem non numeratæ pecunie definitio legis tempore non propositam evanescere: quod certè non potest restringi ad probationis immunitatem. Aiunt etenim querelam evanescere: quod utique falsum est, si post definitum tempus adhuc querela sine exceptioni locus est, licet probatio offeratur de pecunia non numerata. In *l. si intra* 8. *C. cod. scriptum est eum, qui cautionem exposuit, fit intra biennium questus non est, omnimodò debitum solvere compelli non potest autem compelli, qui justam exceptionem habet.* Imo ille debitor esse definit, nec verè debitum appellari potest, quod propter exceptionem perpetuam peti nequit, l. *Marcellus* 65. *l. nihil interest. 112. ff. de reg. jur.* Idem probat nec minus evidenter, *l. in contractibus* 14. *C. cod. ubi verbis disertissimus cavetur, non post biennium ullo modo querela de pecunia non numerata introducat: & ergo ne tunc quidem cum reus probationem pecunie non numeratæ in se suscipit. Hoc amplius in *d. l. contractus* 5. illud observari nominatim jubet Justinianus, ut non liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti in judicio delere jurejurandum, cum tamen alias refutatio jurisjurandi judicialis adversus reculantem, qui justam recandam causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, l. *manifesta* 38. *ff. de jurejur.* adeoque facilius admittenda fuerit jurisjurandi delatio, quæ actor telis & iudex in sua causa constituit, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixæ & adversus invitum suscipere probationes, *arg. l. 1. & l. 2. ff. d. tit.* Unde perspicue apparet Justinianum nullas omnino probationes post biennium admitti voluisse. His insuper accedit textus in *l. ult. C. de condit. ex leg. ubi* expressè cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam verò si cautio oblata probatione pecunie non numeratæ post statutum tempus condici non potest, ratio nulla est, cur exceptio pecunie non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Denique nec aliter Græci: sic enim Hermenopolus, l. 2. *prompt. tit. 2. n. 4.**



de oblig. & act. in quo si defecerit, is qui convenitur, obtrine debet, quamvis nihil ipse praestiterit, & consequenter quamvis non juret, d. l. 4. C. de edend. Non probat autem qui jurjurandum deserit, sed ille potius, cui deseritur, & qui illud praestat. 3. Si jurjur. giudiciale reo invito deferri possit ab actore nullas alias probationes asferente, quicumque cogitabat non posse se extra iudicium jurjurandum invito deferre, causam do- lo malo in iudicium deducere poterit; atque ita pro arbitrio molestiam creare adversario ei deferendo jurjurandum giudiciale. 4. Pro firmamento hujus opinionis adducuntur loci aliquot ex utroque jure, nempe c. ult. pr. & §. 1. ext. de jurjur. l. antepenul. & l. pen. C. de reb. cred. l. eos qui 26. §. ult. C. de usur. l. admonendi 31. ff. de jurjur. Ceterum ego contrariam sententiam sequi malo, nimirum jure publico permissum esse actori, etiam si nihil probaverit, reo deferre jurjurandum giudiciale, qui ille aut subdito, aut referre cogatur, recusantem autero sine iusta causa pro confesso & convicto habendum atque a iudice condemnandum esse; quae & communis & recepta sententia est, testib. Rod. Suarez in l. 4. siri tit. de juram. num. 6. & s. q. 9. ubi allegat Cast. Aug. Alex. & Alber. & alios. Schneid. in §. item ff. 1. post Jalon Instit. de action. num. 21. Gilken. ad l. 3. C. de reb. cred. num. 7. Fachin. l. contr. 19. Cujac. 21. obs. 28. Duar. in prior. Comm. de jurjur. c. 6. & in posterior. c. 3. Donell. ad tit. de jurjur. c. 12. n. pen. & ult. Christ. vol. 3. de off. 1. num. 2. & ibi citati Olaficus & Thesaur. pluresque alii apud Mascard. de probat. vol. 2. conclus. 957. n. 9. Et secundum hanc sententiam memini me ex facto consultum bis terve respondisse: nec aliter potui, cum tot sint in hanc rem loci clari & perspicui l. tutor. 35. pr. ff. jurjur. ibi omnibus probationibus aliis deficientibus, l. cum de indebito 25. §. pen. ff. de probat. ubi et, qui onus probationis incumbit, licentia conceditur adversario suo de rei veritate jurjurandum inferre absque ulla distinctione l. pen. pr. C. de reb. cred. ibi vel in principio litis. Ergo & quo tempore nihil dum probatum est, l. ult. §. licentia 10. C. de jur. delib. ibi vel per sacramentum illius, si alia probationes defecerint. Edictum quoque pratoris indistincte loquitur l. jurjurandam 24. §. ait prator. c. ff. de jurjur. ut & Impr. 74. p. C. de reb. cred. denique & generalis est definitio Pauli in l. manifeste 38. ff. eod. ad d. l. ult. C. de falsicomm. Ratio hujus sententiae haec est, ut actor, cum omnes ei deficient probationes aliae, saltem metu divini numinis extorqueat veritatem adversario: & secundum hoc recte Donatus in Hecyra Terentii, ubi, inquit, argumenta & testimonia deficiant, jure-

jurando opus est. Juri quoque divino haec sententia optime convenit. Exod. cap. 11. vers. 10. & 12. qui locus clare ostendit, ubi hominum defuerunt testimonia, ad Deum testem posse provocari, praesertim quando asserendum est, quod in conscientia latet: quo recipiens Apostolus epist. ad Hebr. eos c. 6. vers. 16. nomen, inquit, & cetera, ut patet in Hebraeo in d. 1. 1. nec ulla hic praetexti potest jurjurandi recusandi causa, nisi metus perjurii, eo quod recusans sibi conscius sit, quod peritur, debere.

Ad primum contrariae sententiae argumentum respondeo, esse illud à dissimili: nam cum actor instrumentis aut testibus intentionem suam legitime probavit, & de jure suo plene docuit, jam causa est satis liquida, ut non oporteat eum onerari superfluo jurjurando: at nulla facta probatione consentiente actore sibi debet, neque illi negante res est dubia, atque adhuc contingenda, & qui deficit probatio ordinaria consideranda, & qui deficit probatio ordinaria consideranda, ad subsidariam illam jurjurandum. Ad secundum respondeo, tantum abesse, ut actor, qui probationibus defuiturus reo jurjurandum deferri probationes de domo rei fumat, onusve probandi ei imponat, ut etiam cum ipsum testem & iudicem in propria causa faciat, l. ult. C. de falsicomm. & qui ob id, si jurare recusat, merito habendus sit pro confite se malam causam habere, l. manifesta 38. ff. de jurjur. Diud. Tulden. in Cod. tit. de reb. cred. n. 4. Ad tertium, incommodo quod hic obijciat, occurrì posse juramento calumnie. Notum enim est, eum qui jurjurandum de lite detulit, adversario postulante de calumnia jurare debere, id est, ne non calumniandi seu vexandi, aut adversarium religione usendi animo jurjurandum deserat; sed quia ita uti dicit, se rem habere sibi planè periculosa sit, l. jurjurandum, 54. §. 4. ff. e. d. l. ult. C. de falsicomm. l. 9. C. de reb. cred. Neque haec jurjurandi de calumnia species, quamvis generatim hodie usus sit, prorsus exolevit, ut rationale illud, quod in exordio litis ab utroque litigatore jure communi praestandum est, de quo text. in d. l. in fin. pr. C. de jurjur. propr. cal. §. 1. Inst. de pention. litig. sed si exipatur, adhuc praestandum iuxta d. l. 34. §. 4. Welemb. par. ff. de jurjur. num. 9. Damhoud. prox. cit. c. 15. Merul. lib. 4. distinct. 4. scilicet 3. tit. 8. Greenev. tract. de ill. obrog. ad tit. Inst. de pention. tem. litig. Ad locos qui in contrarium adducuntur, facili responso est. In c. ult. pr. ext. de jurjur. hoc dicitur, juramentum quod in iudicio à parte parati deseritur, recusari posse licite ac referri. Quis vero negat posse recusari, dummodo simul referatur? Manifesta hic committitur fallacia compositionis & divisionis, dum disjunguntur ea, quae illic requiruntur

conjunctim. Etiam si ea recusari potest à reo, recusat autem simpliciter sine iusta causa non potest. In §. 1. ejuj. cap. loquitur Gregorius de Juramento purgationis & Suppletorio jure necessario à Judice implectis personarum & causae circumstantiis deferendo, quorum neutrum huc pertinet. Sic etiam Jurisconsultus in l. admonendi 31. ff. de jurjur. expresse agit de Jurjurando, quod à iudice in dubiis causis uni è litigatoribus deseritur, id est suppletorio. In l. eos qui 26. §. ult. C. de usur. Justinianus de Juramento purgationis deferendo ei, qui suspectus erat de executione fororis. Quod autem idem Imperator sancit in l. si quis 1. c. de reb. cred. ne ille, qui primò jurjurandum detulit, id postea antequam praestitum esset, revocavit, dum existimat se posse probare, quod intendit, ne inquam ille possit mutato iterum consilio ad jurjurandum recurrere, id contrariae sententiae assertores minime jurat, quoniam consultat potius Tralalium enim est, cessante ratione legis & ipsam cessare legem. At Justinianus hanc illius suae constitutionis rationem dat, quia absurdum sit redire ad hoc, cui renuntiandum putavisti, & cum de alia probatione desperasti, tunc denuo ad religionem convolare. Ergo si quis ante jurjurandum non detulit, speret cessat constructio: neque enim revocasse intelligi potest, qui prius non detulit, nec denuo ad jurjurandum convolare, qui nunc primam deserit. Ex l. pen. §. 2. C. eod. nihil aliud elici potest, quam quod ubi dubitatur utrum jurjurandum rectè delatum sit, nec ne possit quidem de facto recusari; sed an jure recusatum sit, iudex despicere debet: veluti si delatum sit de re ignota, de facto alieno, cuius ignorantiam praetextat is, qui delatum est, &c. Quid ergo, an manifestè huic sententiae adversatur regula in l. 4. C. de edend. qui tam disertè actore non probante reum obtinere vult, est nihil ipse pigritat. Nullo vero modo, quia neque ad actorem jurjurandum deferentem ea regula pertinet, quoniam de actore non probante loquitur: at delatio jurjurandi ita actori jure tributa est, ut adversario nolente jurare, pro iusta probatione ei cedat, neque ad reum consistentem, at qui jurjurandum subire recusat, habetur pro confite, l. manifesta 38. ff. de jurjur. Planè si reus non utatur simpliciter inficiatione negando intentionem actoris, sed exceptione se defendat, eamque probare paratus sit, necessitate juramenti delati vel referendi vel praestandi absolventis erit. Idemque dicendum est, si dicat se solvissè: cum utroque hoc casu reo incumbat probatio, atque ordinario legitime probationis medio veritas erui possit. Et hic locum habet, quod aiunt posse paratum probare perjurii evitare suspitionem;

at simpliciter & pure negationis nulla est per reum naturam probatio, l. actor. 23. C. de probat. & major meret est perjurii, cum actor, ubi jam aliquid probavit jurjurandum deserit, quam ubi nihil: minor ubi nulla adversus reum praesumptio, quam ubi aliqua, Tulden. ubi sup. n. 5.

## CAPUT XLIIII

An jurjurandum necessarium sive Suppletorium iudex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri aut recusari possit?

Jurjurandum necessarium seu suppletorium appellamus, quod propter incipiam probationis in causis dubiis ubi à litigatoribus à iudice deseritur altero invito; de quo loquitur textus in l. admonendi 31. ff. de jurjur. l. 3. l. 1. C. de reb. cred. & putamus necessarium illud esse acceptisse, tum quod iudex inquit deferre cogitur, tum quod is cui delatum est, id suffire necesse habet, tum quod nec remitti à iudice, nec referri ab eo, cui delatum est, possit; & denique quia sine hoc jurjurando res expediri non potest ob probationum incipiam, unde & nomen suppletorii. Nam omnes tamen haec rationes ab omnibus admittuntur. Nam Donellus cap. 11. de jurjur. num. 8. quem secutus est Treuterus dist. de jurjur. th. 10. negat posse cogi iudicem, ut hoc jurjurandum deserat, arg. d. l. admonendi ff. de jurjur. in verb. Solum enim sepe iudicem, &c. & quia ubi actor non plene probante, iudex vel absolvere reum potest juxta l. 4. C. de edend. junct. l. 9. C. de testib. vel saltem ipso reo jurjurandum referre, per l. 3. C. de reb. cred. & vulgatum illud non quidquid praestati iudicis permittitur, illud continèd subiciunt necessarii juris, l. non quidquid 40. ff. de iudic. Ceterum contrarium verus esse, nempe Iudicem necesse habere hoc jurjurandum deferre evidenter argunt verba d. l. 3. C. de reb. cred. per iudicem jurjurando causa cognita rem decidit oportet, quibus sanè verbis necessarii iuris hoc subijciunt, non libere potestati permittitur. Et ratio manifesta est, quia aliter in re dubia causa decidere. Iudex non potest, nisi interveniente jurjurando. Unde dicitur hoc esse maximum remedium expediendum licitum, l. 1. ff. de jurjur. Pertinet ergo hoc ad officium iudicis, & officii ratio hoc ei imponit. Debet enim iudex

de qua te semel cognoscere cepit, de eadem etiam pronuntiare, & controversiæ finem imponere, *l. de qua re 74. ff. de iudic. l. 1. ff. de re iudic.* Non obstat verbum *solent*, quo utitur Iurisconsultus in *d. l. admonendi*, id enim necessitatis significationem illic habet: nempe quia id ex officio & necessitate facere iudex solet: & quidem, ut opinor, ex officio, ut loquuntur, mercenario, quod actioni insisteret infervit. Sic dicimus, non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt *l. non solet 86. ff. de reg. juris.* non solet, quæ abundant, vitare scripturas, &c. *l. non solet 94. eod.* nempe quia nec debent. Atque hæc etiam videtur communis & recepta opinio, ut videlicet nisi deferat iudex eo casu, quo oportet aut solet, appellatio fit locus. *Richard. ad rubr. C. de probat. num. 7. Cyn. in d. l. 3. C. de reb. cred. num. 7. Salic. ibidem num. 5. Bart. in d. l. admonendi num. 59. Beuther, num. 119.* Quod verò Donellus ait, ubi actor non plene intentionem suam probavit, posse iudicem reum absolvere, vel ipsi reo iusjurandum deferre, id ei simpliciter concedendum non esse iis, que proximo capite disputantur, periculose apparebit. Remitti hoc iusjurandum a iudice non posse, ita ut secundum eum, qui remisit, iudicet, sed re ipsa iurari oportere, satis probat textus in *d. l. 3. C. de reb. cred. ibi, decidi iusjurando rem oportet, & textus in d. l. admonendi 31. ff. de iurejur. ibi, secundum eum qui iuraverit.* Et ratio minimè obscura est, nempe quia iudex non est dominus litis, sed adversarius, qui ob id solus delati gratiam facere potest eo effectu, ut pro præstito habeat, ut bene DD. vulgo. At revocare delatum quin iudex possit non dubito, si forte postea suspicio incidere, fore, ut pejeret is, cui delatum est; aut si post delationem comperit causam alterius meliore iure niti: cæterum revocatum non habebitur pro præstito. Satis quoque exploratum est, reculari delatum non posse, nisi recusans velit contra te sententiam ferri: excepto si forte deferatur de re ignota, veluti si deferatur heredi de factis defuncti: nemo enim cogitur in factis alieno anceps perjurium subire, *l. 4. Pr. ff. de in lit. iur. l. 34. §. 3. de iurejur. l. 11. §. 2. ff. de act. rer. amot.* Atque hæc causam pato significari in *c. ult. ext. de iurejur.* vel si a profano iudice deferatur illicitum, iisve verbis conceptum, in que vir bonus salva pietate & bona conscientia iurare non potest, per *l. §. 3. ff. de iurejur.* Sed & actori, qui intentionem suam instrumentis aut testibus plenè probavit, delatum, aut delatum reo, ubi ab actore nihil probatum rectè reculabitur; aut si posteriore casu deferatur, actori poterit reus appellare. Merul.

*lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 24. c. 1. n. 9. Et seqq. An referri possit, quæritum est Dubitrat Accursius in l. 12. §. 1. C. de reb. cred. Negat Donellus in d. l. 9. C. de reb. cred. n. 18. Et seqq. item Borchol. c. 7. de iurejur. num. 9. Myning ad rub. ext. de probat. Affirmabat Ant. Faber, dec. 19. err. 7. quem sequitur vir clarissimus collega quondam meus D. Petrus Curæus in parati. manuscript. Fatentur quidem illi propriè ei, qui delatus, referri iusjurandum dici, nec iudici, qui delatus, referri posse. Sed tamen existimant posse eum cui iudex delatit, illud rejicere in adversarium suum, *arg. d. l. 12. §. 1. C. de reb. cred.* cum illi Iustinianus expressè dicat, aut præstandum esse iusjuramentum, aut referendum, sive pars parti in iudicio, sive iudex parti delulerit: cui sententiæ hoc consequens est, si iudex ob simplicem probationem hoc iusjurandum deferat, licere hoc casu parti, cui delatum est, in alteram partem id rejicere. Sed restitit ipsa verba referre significatio. Refertur enim unde illatum est. Quod si delatum non ex necessitate suscipiendum sit, sed referri possit, cur magis hoc iusjurandum necessarium nuncupemus, quam iudiciale, causam nullam video. Fatentur verba Iust. in *q. l. 12. §. 1.* valde obscuram habere sententiam, & agnoscimus hiulem illud & molestum dicendi genus Triboniano familiare: referri tamen, ut concedamus verba illa vel ex auctoritate iudicii cuicumque parti illatum, &c. de necessario accipi debere: tamen quod eodem loco mox subicitur de relatione, id ad iusjurandum iudiciale duntaxat pertinere omnino existimamus: sic ut singula singulis respondeant modo, cui a iudice deferatur, is præcisè iurare debet, cui a parte, iurare vel referre. Argumento est, quod necessitas præstandi iusjuramentum non indistinctè utroque casu utrique imponitur, sed uno casu tantum, & ei cui iure referatur, qui scilicet ipse aut delatit: atque in hunc locum quadrat ratio, qua *§. 1. d. l. 12. clauditur. Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his que ipse facienda procuravit.**

## CAPUT XLIV.

Quando & quibus in causis à iudice deferri possit aut debeat iusjurandum necessarium seu suppletorium?

Potestas Iudicis in deferendo iusjuramento suppletorio tribus conditionibus circumscribitur, ut deferat in probationem inopia, in casibus dubiis, & causa cognita, *l. 3. C. de reb. cred. Et iurejur. l. admonendi 13. ff. de iurejur.* Primum igitur necesse est, ut causa labore inopia probationum: nam probationibus suppetentiibus, aut supervacuum est hoc iusjurandum, si deferatur actori: quia & sine iurejurando satis probatum, ut secundum eum debeat iudicari; aut iniquum, si deferatur reo, quippe quem convictum condemnari oportet iuxta formam juris, *l. negantes 9. C. de obl. Et act.* Deinde ut deferatur non in quavis inopia, sed in casibus dubiis duntaxat. Dubiis autem causas definitio non eas, in quibus pares utrinque probationes sunt: (tunc enim reum absolvi oportet, *c. ex litteris §. ult. ext. de probat. c. inter dilectos 6. ext. de fid. instrum. arg. l. inter pares 38. ff. de re iud. Arianus 47. ff. de obl. Et act. cum similib.*) sed eas in quibus iudex dubius est ob minus probationes allatas, puta si actor antum inculpatum testem omnique exceptione maiorem proferat, poterit ei iusjuramentum suppletorium proferri: ac tales casus plures occurrere possunt: ita DD. comm. in *d. l. admonendi Et d. l. 3. Wefp. par. de iurejur. n. 10.* & hæc hodie in omnibus curis recepta, eamque hodie sequimur; Costal. in *d. l. admonendi, Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 23. c. 1.* Ab hac tamen sententia quasi juri Iustiniano minus consentanea, recedunt Duar. *lib. 2. distat 35. Donell. de iurejur. c. 11. num. 4. Ant. Fab. 19. conf. 1. Bronch. 2. assert. 93.* contententes dubias causas intelligi eas, in quibus par est utrinque & plena probatio, atque ibi demum casu locum habere, quod de iurejurando suppletorio sive necessario deferendo præcitur. Sed hæc positus illorum opinio juri nostro minus consentanea, imò plane non convenire videtur. Neque enim potest dici causa laborare inopia probationum: cum ab utraque parte plenè probatum est: sed tunc actoris probationibus per contrarias rei elisis penè habendum erit, ac si nihil probatum effect.

& reus ut dixi, absolvi debet, *capr. cum sunt, text. de reg. iur. in c. per l. ubi puzantia 188. ff. eod. Et verò si, ut illi volunt, ubi actor uno teste probavit, & reus nihil, nihilominus reus absolvendus sit, multò magis absolvendus erit, ubi ille totidem testes pro se produxit, quos actor, Math. Westemb. *conf. 13. n. 3.* Nec quod illi referunt, magni momenti est, nempe alius efficit, ut hoc iusjurandum delecti queat, etiam ubi nihil probatum est. Nam primò tunc non potest dici causa dubia. Deinde aliud est defectus probationum, ubi nullæ suppetunt, aliud inopia, ubi quedam suppetunt, sed ancipites aut minus idoneæ. Cujac. *Hb. 22. off. 28. in fin. Inopia* quippe opponitur copix & opibus, & minor est egestate. Sic inopia iugum, vini, anticorum, inops ærumum, inopem linguam, &c. dicimus, non cum plene nihil, sed cum non quantum satis esse suppetit.*

Sed expendamus singula que huic sententiæ obijciuntur. Sic igitur illi porò argumentantur in contrarium. Aut probat actor, aut non probat, illo casu vincit sine iurejurando, *l. 9. C. de oblig. Et act.* hoc casu reus absolvi debet, *l. 4. C. de eadem.* Respondeo est medium quiddam, cum scilicet actor neque omnino probat, neque nihil, sed aliquid, & ut loquuntur, semiplenè. Non enim ideo, qui parum probavit, dici debet nihil egisse, propterea quod iudex ei penitus essentior non debet, *arg. l. 3. §. 1. Et 2. ff. de testib.* Aut par esse non probare & non perfecte probare, per *l. 6. ff. qui iuris. cog. & cum lex exigit probationem, exigere iustam & legitimam l. ult. C. de probat.* Respondeo, ratio hæc obstat, si semiplenam probationem sufficere dicemus. At tunc contra, quia ea per se non sufficit, sed opinionem duntaxat inducit, ideo dicimus ad suppletorium hoc iusjuramentum iudicem recurrere posse & debet. Nimirum paria quidem ista sunt in eo, quod nec imperfectè probationis ea vis est, ut fidem & assensum mereatur, quia per se inefficax: sed quando alia adminicula accedunt, ut fieri potest, *l. 5. l. 6. C. de probat.* iam per perfecta credit & plenam fidem facit. Instant tamen & auct. ut duo vel plura imperfecta non facere unum perfectum *arg. l. spadoem, 15. §. quia iura, 21. ff. de excus. tut. unde colligunt, nec iusjurandum junctum cum semiplena probatione posse efficere probationem plenam. Sed non est novum, ut duo aut plura, que per se singula infirma sunt aut inefficacia, juncta simul & coarctata, vires & efficaciam consequantur, verbi causa, unus testis, quatuorvis omni exceptione majoris, testimonium plenam fidem non facit: sed si ea, que dicit*

conscientie fama, aliove veritatis iudicis confirmatur, jam illius testimonium pro plena probatione habendum est, l. 1. §. 6. c. de probat. Similiter est singula pacta per se actionem non producant, ita tamen id quod pacto quis promittit se soluturum pacto item deinde constituit, aut pro eo, hic actio pecunie constituitur iure pratorio in constitutum datur, l. 1. §. 1. c. tot. tit. ff. de pecun. constit. Sic est neque sponsalia, neque concubitus per se matrimonium efficiunt, si tamen ad sponsalia accedat concubitus, transeunt in matrimonium c. veniens 15. C. is qui fidem 30. ext. de sponsal. Et ut favore pupillorum exculpationes unam aliquam perfectam efficiant in nostro tamen casu alius favor est, qui suadet, ut imperfectas probationes duae vel plures unam perfectam probationem repraesentent, ne scilicet probationes redigantur in angulum, contra d. sponiam, in su. C. de hered. l. pen. pr. C. de reb. cred. c. jurjur. Scharid. in l. 3. C. d. t. n. 12. Place ubi non ad probationem tantum, verum etiam ad actus solemnitatem & substantiam certus numerus testium desideratur, quorum uno deficiente actus fit nullus, ut in testamentis; hic si pauciores sint adhibiti, iuramento suppletorio non est locus, l. si unus 12. C. de testam. Sali. in d. l. 3. num. 16. Sed fortasse nihil adhuc proficisse videbimus iis, qui clamant vocem unius vocem esse nullius & expressè legibus veritum esse unius testis, quantumque dignitate prae dicitur sit, responsum audiri, l. iurjurandi 9. parag. 1. C. de testibus. Respondemus ne nos quidem hoc dicere, unius testis vocem esse audendam, id est, credendum esse unius testimonio: credere est plenè assentiri. Potest tamen unius viri hoaeli & gravis testimonium movere animum iudicis, & creare etiam non levem suspicionem. Opponuntur it l. 3. parag. 2. ff. de testib. quid aut credat iudex, aut parum probatum sibi opinetur. Non idem tamen qui parum probavit, nihil egit: licet ob id iudex ei credere non debeat seu penitus assentiri. Sensim ad firmam assensionem perveniunt & quasi per gradus. Plerumque levi primùm suspicionem iudex movetur, mox etiam vehementiore, qui opinionem inducit, tandem succedit & plena persuasio ac firmus assensus, accedentibus aliis atque aliis veritatis indicis. Ac planè ut fides & assensus modo plenus & integer, ac firma persuasio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adiunctam habente: ita & probatio argumentum faciens iudici fidem. Collectio ex Callistrato in d. l. 3. parag. 1. c. 2. ff. testib. Cum autem satis constet ex l. 1. §. 1. c. de probat. plures probationes imperfectas, licet diversis generis, jungi & ita iunctas firmum

assenfum mereri posse, necesse est, ut per se quae singulae consistant & aliquid operentur. Cumque ab actore produci testem unum, hominem inspectate fidei, eaque quae dicit, aliis quibusdam veritatis argumentis confirmari: quamvis singula haec per se plenam fidem non faciant, aliquam tamen faciunt, & iuncta, quod singulis pondere deest, numero supplet. Firge proferri chirographum, quod si adversus quem proferatur, à se scriptum neget, eumque esse hominem vilem & contemptum, cum is, qui proferat, sit vir gravis & integre existimationis, qui adesse testem unum omni exceptione majorem, qui pecuniam, quae ex chirographo petitur, numerari viderit, non poterit non iudex moveri, cui opinetur actorem bonam causam habere: sed quia haec probatio sola & per se plenam fidem non facit, quae scilicet ad deficientiam controversiam & sententiam secundum eum, qui nihil amplius praestitit, ferendam sufficit, hic dicimus, rem ita transigi oportere, ut iudex in supplementum ejus, quod ad istam probationem deest, actori iurjurandum deferat, eoque ab actore praestito secundum eum iudicet, l. ad. monendi c. d. l. 3. C. de reb. cred. Qui haec negant & superiorem distinctionem non admittunt illi in arguendo laborant petitione principii, postulatione sibi concedi *res et apud id* quod est in questione, quae manifeste captio est. Quae hanc est, an omnino jus praescribat, & percipiat, ne ullum argumentum, aut ulla ratio in iudicis admittatur, nisi ex qua una sola perfecta rei credat fides adstruatur? Si hoc verum est, non aliae rationes in iudicis admitti atque à iudice audiri debent, quam quae seorsum per se singulae sunt quasi apodicticae, non alia instrumenta, quam ubi per se quodvis sufficienter probat, eandemque fidem iudici facit, quae moveri eum possit ad sententiam secundum eum, qui istud proferat, ferendam: at consequens hoc fallum esse supra satis demonstratum est ex l. 1. §. 1. c. C. de probat.

Tertia conditio, quae potestas iudicis in deferendo iurjurando suppletorio limitatur, est ut id deferat causa cognita, l. 3. C. de reb. cred. Hoc autem nihil aliud est, quam ut iudex id deferat, cui deferri ob iustas causas equius esse videbitur; non enim statim v. c. actori qui ad probationem aliquid attulit, deferri debet, sed inspicienda prius personarum & causae circumstantiae, c. ut. de jurjur. Itaque nihil modo iudicio praecise hic definiendum: sed multa examinanda sunt, priusquam ad delationem hujus iurjurandi perveniat, in primis fides cuiusque & conditio personae, qualitas & pondus rei de qua agitur, testium item, qui producantur, prudentia, denique

& probationis modus: ac demum his rebus bene exploratis iudex ex animi sui sententia affirmabit, an iurjurandum & utri deferri debeat. Periculosè igitur errant iudices, qui hoc iurjurandum passim & sine defectu deferunt, de quo queritur, Joan. Oldendorp. in tractat. de probat. Quaedam etiam causae sunt, in quibus hoc iurjurandum locum non habere tradunt DD. cuiusmodi sunt causae criminales, utpote in quibus probationes non tantum plures esse debent, sed etiam luce meridiana clariores, l. ult. in su. C. de probat. nec admittende propter inopiam aliarum probationes presumptiva, qualis est probatio per iuramentum, l. 5. pr. ff. de pen. l. antepen. ff. de quass. Scharid. in l. 3. C. de reb. cred. n. 5. Gail. 2. observ. 94. n. 3. Mynsing. 2. observ. 17. Fachin. 1. contr. 25. Costal. ad l. 3. ff. de jurjur. Diod. Tulden. in C. de reb. cred. num. 9. quanquam hic reus interdum admittitur ad iurjurandum purgationis, Novell. 124. c. 2. unde anth. novo iure C. de pen. iud. qui mal. iud. c. 5. c. ult. de purg. cau. c. 1. ext. de quod. ff. Item causae matrimoniales, Gail. d. loc. Covar. de matrim. p. 1. c. 4. §. 1. n. 8. Item causae civiles arduae & magne quantitates, Scharid. d. loc. n. 8. Gail. 1. observ. 108. n. 11. Mynsing. 1. observ. 1. in quibus tamen, si plus quam semiple ne probatum est, huic iurjurando locum esse voluit, puta si cum simplena probatione concurrat aliqua suspicio aut conjectura, Gail. d. loc. de iur. 57. Cur. Holland.

## CAPUT XLV.

An Iudex possit ab initio modum statuerere iurjurando in litem, & an ex causa possit id non sequi vel à principio non deferre?

Est genus aliquod iurjurandi, quod ob dolum, contumaciam, aut culpam rei solum deferretur actori, & à nostris iurjurandum in litem appellatur. Hujus autem duae sunt species, quarum alteram iurjurandum affectionis, alteram veritatis interpretes appellant. Affectionis iurjurandum est, quo actor jurat, quanti rem aestimet affectione, quo saepe verum rei pretium excedit, l. 1. §. 1. ff. de in lit. jur. veritatis, quo jurat actor, quanti rem aestimet ex vero, seu quanti verus ipsius interit, omnia affectione temora, l. 2. §. 1. ff. cod. Prius in specie vocatur in litem; quanquam & posterius sic appellatur, l. 1. §. 1. ult.

cum l. seq. ff. cod. Utrumque deferretur à solo iudice l. 4. §. 1. ff. cod. Posterius etiam in strictis iudiciis deferretur, re post moram aut culpa debitoris perempta, d. l. 1. §. 1. ult. c. l. seq. Prius tantum in iudiciis arbitrariis & bonae fidei, ob dolum, aut contumaciam non restituentis aut exhibentis d. l. 1. §. 1. 3. 1. 3. 1. 3. 1. 3. §. 2. ff. commod. l. qui restituit 98. ff. de rei vind. cum similib. Ad hoc posterius, videlicet iurjurandum affectionis pertinet, quod legitimus, licet actor in infinitum jurare; atque id etiam iudicem sequi debere, l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur. d. l. 1. qui restituit 98. §. 1. de rei vind. nec potest dici peccasse, qui ex affectu iurjurando rem aestimat, quia de arbitrio suo & affectu juravit, non de vero pretio. In infinitum autem idem valet, quod in immentum, ut id posita in d. l. 4. §. 2. explicat Ulpianus, id est, etiam in eam summam, quae longe rei pretium ac penè modum in eo excedat; dum tamen certa summa dicatur, ad quam lis admetur, hac enim istorum locorum sententia est, nempe quia legibus, quibus de hoc iurjurando cautum est, certa quantitas ad quam usque iuratur, non est definita; ideo necesse non est, ut jurans hic servet certum aliquem in jurando modum, sed posse eum ex affectione pro arbitrio suo rem aestimare, & in eo affectioni suae etiam immodicè indulgere. Eodem sensu Justinianus in §. c. unum 4. Inst. de hered. instit. dicit posse restatorem in infinitum quoquoque velit haereditas instituire. In infinitum, id est, *res et apud id*, ut infinitum illic accipitur pro indefinito incertoque haereditum numero. Porro tria de hoc iurjurando inter alia in dubium vocantur. 1. an Iudex possit ab initio modum huic iurjurando statuerere, ad quem usque iuratur, 2. an possit aliquid Iudex id non sequi, 3. an possit in totum non deferre. Negat haec omnia Ant. Faber 16. cons. 17. c. 17. & dec. 18. err. 10. contendens nec ab initio taxationem, nec postea diminutionem aut abolitionem iudici apud veteres permiffam fuisse: imo nec ab initio non deferendi licentiam. Nos autem constanter dicimus posse atque olim etiam potuisse iudicem taxationem huic iurjurando adicere; posse & potuisse iurjurandum non sequi, sed vel minoris reum condemnare, vel etiam prorsus abolvere; denique posse & potuisse id à principio non deferre. Ad hoc autem probandum non est necesse uti argumentis longè petitis: loci in medio positi sunt. veterum Jurisconsultorum Ulpiani, Marciani & Pauli, quibus idem illi, quod nos & tantum non paucis verbis pronuntiant. Et quod ad primum attinet Ulpianus in l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur. querit, an iudex modum iurjurando statuerere possit, ut

intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione juretur in immenſum: & reſpondet etiam hoc arbitrio bona fidei judicis congruere Marcianus in l. 3. §. 1. ff. cod. poteſt. inquit, iudex præſinit certam ſummam, uſque ad quam juretur. In l. 3. §. 1. ff. ad exhib. Ulpianus ait in actione ad exhibendam notandum eſſe, quod reus contumax per in litem juſjurandum petitionis damnari eſt poſſit, iudice quantitate taxante. Paulus in l. arbitrio 18. pr. ff. de dol. mal. ait poſſe per contumaciam ſuam tanti reum condemnari, quanti actor in litem juraverit, ſed officio judicis debere in utraque actione (de dolo ſcilicet, & quod metus cauſa) taxatione juſjurandum refragari. Ex iſdem locis ſimul intelligimus, jure quidem in infinitum, ſeu in eam ſummam, qua pretium rei longè excedat licere, atque id quoque iudicem ſequi, ſed tunc cum taxatio juriſjurando adjecta non eſt: cæterum ſi iudex certam ſummam præſiniverit, ad quam uſque juretur, tunc ultra jurare non licere. Non obſtat, l. qui reſtituere 68. verſ. ſi vero non poteſt, ff. de rei vind. quoniam verba illa Juſiſconſulti, ſine ulla taxatione, minime referenda ſunt ad vocem damnandus, ſed conſtruenda & conjungenda cum verbo juraverit, ut in ipſo textu: ut ſit ſenſus, cum juravit nulla taxatione à iudice præſinita, id iudex ſequi debet. Sed & ſi iudex modum juriſjurando non ſtatuere, aut intra modum ſtatutum juratum ſit, poteſt tamen juſjurandum non ſequi, & vel minoris reum condemnare, vel priorius abſolvere: utique ex magna cauſa & poſtea reſcriptis probationibus: verba ſunt Ulpiani in d. l. 4. §. 3. & eſt arg. in l. admonendi 31. ff. de jur. jur. Magna cauſa eſt, veluti ſi doceatur reum eſſe dominum fundi, aut petitorum non eſſe, aut partem duntaxat à reo per contumaciam non eſſe reſtitutum, atque hic locum habet, quod Juſiſconſultus ait, poſſe iudicem vel minoris reum condemnare, vel priorius abſolvere. Nec quicquam mutat, eum poſt juſjurandum. C. de judic. ubi non agitur de juriſjurando affectionis, ſed veritatis, quo impende litis à victore aſſimantur. Gloſſ. ibidem. Quod ſi ex novis iſtrumentis hoc juſjurandum retractari poteſt, poterit etiam ab eo appellari. Eſt enim hoc juſjurandum in huiſmodi caſibus ſimile neceſſario ſeu ſuppletorio, quia utrumque iudex, non pars parti deſert, & deſert altera parte invita. Fac. l. ult. §. 1. ff. de appellat. Duar. ad l. 5. ff. de in lit. jur. quanguam in aliis propriis accedit ad voluntarium, quoniam actoris cauſa comparatum eſt, qui idcirco id impune recuſare poteſt, ſi de vera aſſimatione probare velit, ut rectè Barolus ad l. ult. ff. de in lit. jur. Barcolus, ff. de in lit. jur. c. 2. n. 27. &

eſt in eam rem textus expreſſus in l. quod ſi poſſet, ſor. 71. ff. de rei vind. Quod verò in l. 4. præſ. ff. de in lit. jur. nominatim de tutoribus & curatorem reſertur, eos ut jurent, cogi non poſſe, id propter ſpecialis dubii in his perſonis rationem notandum fuit, quia ſi recuſent jurare, tutelæ vel curæ iudicio de damno inde accepto pulſari poſſunt. Judicio autem in d. l. 4. in fin. pr. ſi velit, propria eſt huius juriſjurandi, non adoleſcentis, Borch. d. tract. de in lit. jur. c. 3. n. 27. & ſeqq. Donell. 26. comm. c. 12. Quid iugiter eſt, quod Paulus in l. ult. ff. cod. ſcribit, ex neceſſitate juris in litem jurat: Reſpondeo primum, Paulum non loqui de juriſjurando in litem affectionis, ſed veritatis. Deinde, Paulum non intelligere neceſſitatem aliquam juris publici, ſed privati, quæ probari poſſit, neceſſe fit actori jurare, niſi eam ſibi perire velit. Et denique, ſic Paulum loqui reſpectu judicis, quia iudex ſine delatione juriſjurandi non poſt ſi aſſimare rem, quæ non exiit, l. 5. §. ult. ff. cod. Illud autem inepum eſt, quod quidam aiunt, in d. l. ult. agi de neceſſitate patiendi delationem juriſjurandi impoſita contumaci, non de neceſſitate impoſita ei, cui deſertur; nam neque, ut iam diximus, de juriſjurando affectionis, quod ob ſolam contumaciam deſertur, illic agitur; neque verbis Juſiſconſulti, qui ex neceſſitate juris in litem juravit, talem ſenſum aſſignant, qui Latine ſciunt, ille jurat neceſſitate juris, id eſt, alter eum jurantem pati debet. Quomodo autem iudex modum juriſjurando ſtatueret poteſt, ita & poteſt ab initio in totum non deſerre: imo propterea quod iudici licet in totum à principio non deſerre, ideo & modum juriſjurando ſtatueret poteſt, ne ultra certam quantitatem juretur: ratio & collectio Ulpiani in d. l. 4. §. 2. item Marciani in d. l. 5. §. 1. ff. cod. & ibi vaig. DD. Poteſt ergo iudex & taxare quantitatem, in quam juretur: & ideo poteſt, quia poteſt in totum juriſjurandum non deſerre. Movere non debet, quod Ulpianus in d. l. 4. §. 1. ſcribit, iudicem oportere hoc juſjurandum deſerre & quippe quoque tantum ſignificat, ſi quæ cauſa defendendum ſit, à iudice defendendum eſſe, non à parte, ad differentiam voluntarii & judicialis. Enimvero non hoc dicimus etiamſi de dolo & contumacia adſervarii apertè & liquido conſtat, eſſe in poteſtate Judicis non deſerre, ſed ubi de eo ambigitur nec factis liquet. Nam quæ iudicis arbitrio permiſſa, non in meram ejus voluntatem collata intelliguntur, ſed commiſſa viro bono cum neceſſitate arbitrandi & ſtatuerendi, quod ſibi acquies & melius videbitur, arg. l. ſi ſic legatum 75. ff. de legat. 1. Duar. ad tit. de in lit. jur. n. 29. Cora. ad l. 5.

ad. n. 27. Mirabitur jam forte aliquis, quid Ant. Fabrum moverit, ut contra hoc expreſſos & claros textus ſuperiora omnia negaverit, neque injuria. Nihil enim ille ad confirmationem opinionis ſuæ proferit præter locos in quibus reſtituere 68. ff. de rei vind. l. 4. in præſ. & §. 1. ult. ff. de in lit. jur. in quibus tamen nullum eſt præſidium eſſe ſatis abundèque probavimus: & tamen tam infirmo aut potius nullo auxilio fretus audet alios locos omnes delere aut Triboniano adſcribere, quaſi in iis ipſe fermo Triboniano eluceat. Ait igitur d. l. 4. §. 2. à verbis Sed an iudex, & c. & §. ſeq. item l. 3. §. 1. & 2. ff. de in lit. jur. l. arbitrio 18. pr. verſ. ſed officio ff. de dol. mal. eſſe ex emblematis & additamentis Triboniani, taxationemque illam ignotam veteribus primum à Zenone introductam, l. 9. C. unde vi. Sed proſecto tot illuſtres, quoſi modò ſcivimus, locos ex in quibus eſt verus & emendatiſſimus ac genuinus veterum fermo, minimè redolens Tribonianum, Triboniano adſcribere nimis temerarium eſt. Aliter olent cauſi, alteri ſues. Subactæ in latinitate & leſibus Romanis aures facile verba veterum Juſiſconſultorum diſceunt à circumducta & moleſta oratione Triboniani. Legitimumque modum dignis callemus & auro.

## CAPUT XLVI.

An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præſcriptis verbis, & conditio ob cauſam dati?

Contractuum innominatorum quatuor genera facit Paulus in l. 5. pr. ff. de præſ. verb. do, ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Ex duobus prioribus duplicem competere actionem conſtat, præſcriptis verbis, & conditionem ob cauſam dati, quarum alterutra experiri liceat, prout ei, qui dedit, viſum fuerit, d. l. 5. §. 1. & 2. ff. cod. l. 7. §. 2. ff. de præſ. verb. Præſcriptis verbis agam, ſi velim, ut ille, cui dedi, etiam ex ſua parte contractum impleat, id eſt, ut & ipſe det vel faciat, quod convenit. Atque hoc caſu ſi non dederit aut fecerit, damnabitur mihi quanti intereſt mea illud, de quo convenit, intellugatum eſſe, etiamſi de re certa datum conveniret, d. l. 5. §. 1. & 2. & l. 4. & 2. ſeq. C. de rer. permut. Quod ſi is, cui dedi, ceſſet dare aut facere, & velim meum recipere, hic altera actione

experiri mihi licebit, nempe conditione ob cauſam dati, quia repetam quod datum eſt, & quod rem datum te non ſecuta, d. l. 5. §. 1. & 2. l. 7. ff. de præſ. verb. Hæc autem actio non eſt ex contractu innominato, qui verus eſt contractus, ſed quaſi ex contractu ſeu tacita quadam conventionē, & extra id quod expreſſe actum eſt, naſcitur, l. 13. in fin. ff. commod. Duo enim in utroque hoc articulo, do ut des, do ut facias, aguntur, alterum expreſſe, ut viciffim des vel facias, quæ conventio efficit contractum innominatum, unde eſt actio præſcriptis verbis in id, quod intereſt: alterum tacite, ut ſi non fiat vel dederit, de quo conventum eſt, licet datum repetere. Atque ex hac quaſi tacita conventionē & quaſi contractū oriur conditio hæc ob cauſam dati. Ex duobus autem reliquis articulis, nempe facio ut facias, & facio ut des, utraque ſuperior actio non competit: ſed ut una tantum hic, eaque expreſſa eſt conventio, uniuque contractus innominatus & verus, ita & una duntaxat ex utroque actio. Tacita conventio hic nulla aut quaſi contractus, ex quo ad repetendum conditio ob cauſam dati, qua nihil datum, ſed factum eſt: facta autem repeti non poſſunt, nec inſecta per reum naturam fieri. Quanam igitur actio duobus ſtatibus dabitur? Eæ quidem ex contractu, facio ut facias, datur actio præſcriptis verbis, l. 3. §. 4. & 5. l. 9. l. 12. ff. de præſ. verb. conditioni autem ob cauſam dati hic loces eſſe non poteſt, propterea quod, ut dixi, facta repeti nequeunt. Ex contractu autem, facio ut des, non alia, quam de dolo dari videtur, d. l. 5. §. 3. l. 15. §. fin. ff. cod. l. 4. C. de dol. in cujus ſpecie eſt contractus facio ut des, quia datio ad factum ordinata pro facto habenda. Neque hic conſilio ob cauſam dati competit, propter eandem rationem, quia facta repeti ut inſecta fieri non poſſunt. Cur autem ex contractu, facio ut des, non acquiratur actio præſcriptis verbis, ac ex reliquis tribus articulis, do ut des, do ut facias, facio ut facias, ſubtiliſſime diſtinguendum eſt: nec videtur eſſe perpetuum, d. l. 15. l. ſi ſibi 22. ff. de præſ. verb. l. 6. C. de tranſact. Et ſane hic locis eſtiam ex contractu, facio ut des, actio præſcriptis verbis datur, cont. a quam dixerat Paulus in d. l. 13. §. 3. ff. de præſ. verb. Non enim poſſis cum Donell. tract. de præſ. verb. c. 10. & ſeqq. Pauli reſponſum accipere de eo caſu, quo is, qui fecit, à contractu recedere cupit, quo factu cum conditioni locus eſſe non poſſit, cum facta repeti nequeant, in ejuſ locum ſuccedat actio de dolo: quia in tota illa lege ex proſecto agitur de actione præſcriptis verbis, non de conditione miſſi obtiter, quippe quæ nec ex conventionē expreſſa aut contractu innomina-

to nascitur, ad quod tamen genus contractuum tota illa disputatio pertinet. Et Paulum intelligere actionem præscriptis verbis apparet ex §. 2. in fin. d. l. 1. ubi cum actionem in factum civilem, id est, præscriptis verbis ex articulo do ut facias concessisset, mox §. seq. 3. subijcit, ex articulo facio ut des, nullam esse civilem actionem, & ideo de dolo dari. Quid quod non nisi inepet talis casus proponatur, quo quis vult ad contractum recedere, ubi nullo modo recedi potest, nec penitentia datur locus? Verus interpretis Azo cumque secutus Accurlus in d. l. 1. §. 3. & nonnulli tum veterum, tum recentiorum ita distinguunt esse arbitrarium. Cum aliquid contractus synallagma, quod evenit, quoties ad uno aliquid in alium transiit, aut, ex contractu innominato nasci civilem actionem præscriptis verbis, ut in l. 7. §. 2. ff. de pact. l. 1. §. 1. Et 2. ff. de præscript. verb. idemque esse, quoties ex facto unus aliquid ad alium, qui dare debet, pervenit, ut quemadmodum illi ob id factum aliquid abest, ita & huic aliquid adit, ut in l. si tibi polidenda 21. ff. d. 21. l. 6. C. de transact. Nunquam enim jure civili alicui actione dari ejus rei nomine, que ipsi abest, contra eum, cui plane nihil ex eo abest. Itaque cum in contractu do ut des, item do ut facias, contrahatur *κατάλογον* seu negotium civile, etiam civilem actionem præscriptis verbis ex utroque nascitur. At in contractu facio ut des geri quidem etiam negotium, ut conventio hic non fit nuda, sed non semper tale factum intervenire, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod fundamentum sit, *οὐ καθ' ἀνάγκην* et actionis civilis; v. c. Stichum servum meum manumisi, ut mihi Pamphilum dares. Inducit tibi servum tuum fugitivum, ut mihi pro decem dares. Ex prioribus est mihi aliquid abest, tibi tamen nihil adest, nullo commodum pecuniarium inde ad te pervenit. Ex altero nihil mihi abest, quamvis tu commodum aliquid occasione judici consequaris: itaque hic casibus cessante occasione civili præscriptis verbis, siquidem dolo arguatur, actionem de dolo dari, si in modo in factum, d. l. 1. §. 3. 1. 25. in fin. ff. de præscript. verb. Cum autem utriusque de faciendo actum est, parum esse utriusque rationem; & quia aliàs etiam loco facti succedit obligatio in id, quod interest, actionem præscriptis verbis, que natura sua incerta est, sine distinctione dari. Antonius autem Faber in *ratio. ad l. 7. §. 3. & seq.* putat in hoc articulo amissam esse actionem præscriptis verbis subitationis tollendæ gratia, cum hic videri possit competere actio mandati propter similitudinem negotii, que dubitatio, in contractu facio ut des, nulla. Ceterùm ut ingenue fatear,

quod sentio, non possum superiori distinctioni penitus acquiescere. Nam & in specie d. l. 1. ff. de præscript. verb. quavis indicanti servum fugitivum nihil abest, tamen propter intercedentem pactionem ob indicium, ait Ulpianus, geri negotium aliquid, ex quo civilis actio oritur, id est, præscriptis verbis; & licet mox subiungat, nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolo aliquid arguatur, tamen his verbis non revocat, quod prius dicebat, de actione præscriptis verbis danda, sed hoc significat: secundum quosdam, etiam in hac specie actionem de dolo dari, ubi dolo arguitur, relicta actione præscriptis verbis ubi dolo nullus intervenit. Ex hoc congruit sententia Pauli in d. l. 1. §. 2. in fin. ff. eod. ubi in tali specie, si tibi dedi servum, ut servum tuum manumitteres, eoque a te manumissi, quem dedi evidus est. Paulus scribit, si sciens dadi, de dolo in me dandam actionem ex sententia Juliani; si ignorans, in factum civilem: quamquam locus iste Pauli suspectus merito videtur, propterea quod alibi legitimus, Julianum utroque superiore casu dedisse actionem extremas quasi primis deficientibus, in scientem quidem de dolo, in ignorantem autem in factum priorum, non civilem; atque eo nomine reprehendi à Manrico & Ulpiano in l. 7. §. 2. ff. de pact. qui putat utroque casu in factum civilem præscriptis verbis dandam. Et profecto rectè nam si ignorantem datur actio in factum civilem, hæc eadem danda est etiam in scientem non de dolo; & ex contrario si in scientem datur de dolo, necessario in ignorantem dandum est in factum priorum, qui certus est & perpetuus horum iudiciorum ordo. Porro nec illud video, quid interit ad actionem præscriptis verbis dandam, utrum ego tibi dederim Stichum, ut Pamphilum manumitteres, cumque tu eum manumississes, Stichus evidus sit, an ego Stichum manumiserim, ut tu Pamphilum mihi dares, & tu cesses dare. Neque enim aut illo casu ex tua manumissione quicquam commodi pecuniarii in me transiit, aut hoc ex mea manumissione ad te. Sed hæc potius in medio relinquenda: sunt enim *τὴν ἀποδοτέον* nec sine causa existimat Cujacius ad l. 7. §. 2. ff. de pact. verbum illud civilem apud Paulum in d. l. 1. §. 2. in fin. ff. de præscript. verb. esse additamentum Tribonianæ & argumentum imperitiæ Compilatorum.

## CAPUT XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum solum est, repetitio detur?

Quæritum est, quomodo accipiendum sit, quod passim simpliciter & generaliter dicitur, indebitum pro errore facti tantum, an etiam de errore juris? Duplex enim error est, unus facti, alter juris. Facti error est, cum aut quod factum est, factum esse nescitur, aut quod factum non est, factum putatur. Contra qui factum quid esse sciat, aut non esse factum, & tamen ignorat, quid hic sibi jure tribuatur, is in jure errat, l. 1. ff. de jur. & fact. ign. ubi hæc res exemplis declaratur. Si quis sciens se non debere solvat, cessare repetitionem juris est explorat, l. 1. §. 1. l. si non forent 12. §. indebitum 3. de cond. indebit. quippe cuius pro errore dati repetitio est, ejus consilio dati donatio est, l. cuius 53. ff. de reg. jur. Et ex contrario certi quoque juris est repetitio locum esse, si quis cum putaret se debere in factu errans, quod non debebat, solverit, l. 6. l. 7. C. de cond. ind. l. err. 7. C. de jur. & fact. ign. Illud solum quaeritur, an etiam ei conditio sive repetitio detur, qui quod non debebat, solvit, ductus errore juris. Negant plerique recentiores, Cuj. 5. obs. 39. Duar. ad tit. de cond. ind. c. 7. Donell. 1. com. 21. Broac. 2. ass. 36. Perez in Cod. de cond. ind. 12. Affirmant interpretes veteres, eoque secuti, Zaf. ad rubr. de cond. indebit. num. 5. Scharf ad rubr. C. l. C. eod. Welemb. par. eod. num. 9. Tulden. c. eod. num. 4. Groc. lib. 3. introd. ad jurispr. Batz. v. c. 39. Christin. vol. 3. decis. 8. Bachov. disp. 4. de act. thes. 17. Antequam verb sententiam nostram aperiamus, quoniam de indebito solum hæc quaeritur, opere præstium erit explicare, quid verbo *indebitis* auctores juris intelligant. Et quidem nemo dubitat, quin pro indebito habendum sit, quod neutro jure, id est, neque civili jure, quod debetur naturali debetur. Sed quid si jure civili quidem debetur, non autem jure naturali, aut & converso? Si tantum jure civili, id est, si ex illa obligatione debetur. Cui deest vinculum æquitatis, ut summo jure eo nomine actio competat, sed que per exceptionem perpetuam excludatur, tale debetur pro indebito habendum est, ejusque pro errore soluti, ut vero indebiti datur repetitio l. si non forent 25.

§. 3. l. qui exceptionem 40. l. si quis 43. l. ex his omnibus 54. ff. de cond. ind. Nimirum hujusmodi debiturum verbo tantum ita dicitur, se autem debiturum non est, quoniam naturæ jure non debetur, imo nec verè deberi intelligitur jure civili l. 3. §. 1. ff. de pecun. constit. l. nihil interest 12. ff. de reg. juris. Naturale autem debiturum, ut ut jure civili seu summo jure debiturum non sit, in hac tamen causa pro vero debito habetur, ideoque est exigi non potest, solum tamen quantumvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, l. naturalis tot. ff. de obl. & act. l. indebiti 12. l. si forte 19. l. sine sortem 25. §. libertus 12. l. Julianus 60. ff. de cond. ind. l. 3. §. ult. ff. quod quisq. jur. Et verè cum etiam id, quod natura debetur in compensationem veniat, summa ratione denegatur ejus pro errore soluti repetitio. Sed est debitori datur exceptio perpetua, ceterùm ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicitur solum pro errore non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicæ: siquidem sententia Judicis obligationem naturalem consensu confictam tollere non potest: & ideo quod verè debitor absolutus solvit, repetere eum non potest Julianus & Paulus responderunt, d. l. Julianus 60. ff. de cond. ind. Hac item plerique referunt exceptionem se senatusconsulti Macedoniani. Nam & filiusfam. si mutuum pecuniam contra senatusconsultum accepit, & postquam postea factus perperam solverit, & postquam quoniam naturalis obligatio manet, l. 9. in fin. C. l. seq. ff. de senat. cons. Maced. Affertur & alia denegata ex hac causa conditionis ratio in l. qui exceptionem 40. ff. de cond. ind. Sed ea non est perpetua, ut apparet ex d. l. Julianus, eod. Arque ego in hac specie omnino distinguendum putarem inter errorem juris & facti per l. ult. ff. de senat. Maced. Igitur & pro debito hic accipiendum, quod natura tantum debetur, & pro indebito quod debetur tantum jure civili. Eum vero naturale debiturum more veterum hic accipiendum, quod ex ea obligatione naturali debetur, que civilis & simul naturalis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si etiam ipsa naturalis obligatio jure civili tota improbat, qualis est mulieris intercedentis, l. si mulier 6. §. 1. ff. ad senat. Vellej. prodigi promittentis, l. 6. ff. de verb. obl. aut alias delictura sit jure civili annullata, licet admittat accessionem, qualis est pupilli sine tutoris auctoritate contracta; talis debiti quamvis naturalis nulla hic habetur ratio, perindeque repetitio soluti datur, ac si quod ex ea causa solum est, ne jure quidem naturali deberetur, l. qui exceptionem 44. C. l. seq. ff. de



cond. ind. l. 9. C. ad sen. Vell. d. l. 6. ff. de verb. obi. hujusmodi erroris est & obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus loquens, vel legantis supra dodrantem bonorum: quanquam hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, l. 9. C. ad leg. Falcid. l. 7. C. de cond. ind.

Jam quod ad questionem propositam attinet, iudicio sententiæ veterum interpretum, nempe etiam ejus, quod per errorem juris solum est, repetitionem esse, si nulla subsit naturalis obligatio. Movet me primum hæc ratio, quod conditio indebiti ex bono & æquo introducta est l. pen. ff. de c. ind. ac proinde non nisi exceptione æquitas ex adverbio excludi potest. Quam verò æquitate præterendere poterit, quod colore de iniquitate conditionis ignorantiæ juris, quod de natura quidem debetur, si ve quod causa debendi ab initio non valuit, si ve quod effectum non habuit, ut accidit in merè civili debito? Nam cum tale debitum nullus veri debiti effectus habeat, non compensetur, l. 14. ff. de compens. accessiones non admittat, l. 3. §. 1. ff. de pecun. constit. l. 7. ff. de fidejuss. cum prætor eo nomine in re aperta denegat occasionem, in dubio non det nisi cum exceptione, nam postquam 9. ff. de jurejur. quatenus & ipso offendit leid pro debito non habere, quis credat, si vel per errorem juris solum sit, repeti non posse? Prima enim æquitas regula est neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletiorē l. nam hoc 14. ff. de cond. ind. Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato cogerit, ut promitteret, non possunt adduci, ut credam exactum ex his causis, licet per errorem juris solum sit, retineri posse, atque improbatam suam cuiquam profecti hoc solo pretextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali aut quod metus causa. Et ne videatur sine auctoritate loqui, texus in eam rem evidens est in l. 7. ff. de cond. ob turp. caus. Ubi Pomponius dicit, si exacta sit pecunia, repetitionem esse. Porro & extra hujusmodi casus Julianus post Nervam & Attilianum respondit, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali te tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solum erroris juris, l. qui se debere 7. ff. de cond. aucl. dat. Similes loci sunt in l. cum is 32. l. si quis 43. l. si fidejussor 59. ff. de cond. ind. l. 5. C. cod. His enim locis agi de errore juris patet ex eo, quod agitur de facto proprio, eoque quod nemo ignorare potest, nisi summe negligens, que ignorantia pro ignoran-

tia juris habetur l. 9. §. 2. ff. de jur. & fact. ign. nemo enim potest propriam facti ignorantiam pretendere l. 7. ff. ad senat. Vell. ad l. mandatum, 7. ff. mandat. l. 1. præf. ff. ut in poss. leg. Præterea etiam hoc me movet, quod toto titulo de cond. indebit. aliis satis prolixo, nunquam aut erroris facti tantum repetitio tribuitur, aut erroris juris, sed perpetuo tribuitur erroris simpliciter: si ve quod solum est omnino non debeatur, si ve propter exceptionem perpetuam exigi non possit: ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualicumque sit, non obflare repetitioni; sed obflare solventis scientiam, & quidem solum: quod luculenter probant tum l. 1. §. 1. & l. si non sortem 26. §. 3. ff. cod. tum ratio, ob quam placet eum qui sciens debitum solvit, non repetere, nimirum quia donasse intelligitur, l. 53. ff. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob caus. dat. quod sane de eo, qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putavit, dici non potest, esse aliam ob causam in specie l. 1. pr. ff. ut in poss. leg. conditio satisfactionis conceditur juris ignorantis, scienti denegatur. Postremo vel maxime me illud movet, quod à Papiniano responsum est in l. 8. ff. de jur. & fact. ign. nemini in damnis amittenda rei suæ ignorantiam juris nocere, Ex eo enim perspicue evincere mihi videor, etiam id quod pro errore juris indebitum solum est, condici posse: nam si hoc negamus, illud fateamur necesse est errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani. Neque video quid ad hoc responderi possit sine cavillatione. Nam certe illa Neoteritorum responsio captiosa est, quod condicens non laborat de re amittenda, sed de re amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittit, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error hic de tempore solvendi agi non nocet. Neque verò hic de tempore solvendi agitur, sed facte solvendi, negatque Papin. errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut non adjuverat, qui numerus in fideicommissis legitimus est §. ut. huj. de fideic. hered. Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcid. si errore facti repetitionem habeo, si errore juris, non item l. 1. C. si adv. solat. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falcid. Non equidem ideo quod hic solus error juris mihi nocet, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, arg. l. 2. C. de fideicom. l. in testamento 38. de fideic. libert. l. 5. §. si quis 15. ff. de don. int. vir. & ux. iustam facti retentionem. Et hoc puto significare Groonium, lib. 3. titrod. ad juris. Bat. c. 30. his verbis, Tenenar venige rechtmatige reden tot te halve haddē gheleent. Atque ad hujusmodi Vinnii Quæst.

borant. Nec obstat huic definitioni, l. si fidejussor 29. §. 1. ff. mand. Nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant: debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat, jure errans solvit: negaturque hoc calucomperere fidejussori actionem mandati; de conditione autem nullum ibi verbum. Et si demum loquens apertè erroris convincuntur, qui eandem scientiæ & ignorantie juris rationem esse volunt. Quid enim si accipiens quoque in jure erret, dicentur hunc furem esse aut si sciat esse indebitum & creditorem se simulet, negabunt esse furem, propterea quod solvens eo quod in jure erat, pro sciente & donante habetur: vid. l. quoniam 18. ff. de c. jur. l. falsus 43. pr. ff. de jur. Quid ergo est? Acquirere volentibus juris error non profecti, d. l. 7. ff. de jur. & fact. ign. Exempla in l. 4. ff. cod. l. 10. ff. de bon. poss. l. nunquam 31. ff. de huc. l. 11. C. de jur. & fact. ign. suum verò petentibus & in damnis amittenda rei suæ non nocet, d. l. 7. & d. l. 8. Et quod dicitur, juris ignorantiam nocere, l. 9. ff. cod. sic accipiendum est non profecti, lucro non afficere cæterum nec damno. Esi vero meminit oportet ejus, quod initio dixi, ita errorem juris non impedire, quominus solum repeti possit, si nulla subest naturalis obligatio. Quod si is, qui solvit, natura qualis qualis debitor est, que res simul justam retinendi causam accipienti tribuat, hoc sane casu distinguendum erit inter errorem juris & facti, ut in facti errore concedatur, in errore juris denegetur repetitio. Ut ecce cum esset filiusfam. mutatur pecuniam contra senatusconsultum accepti, & paterfam. factus solvi, si per ignorantiam juris non repetat, si per errorem facti, contra arg. l. qui exceptionem 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. seq. junct. l. ut. ff. de senat. Maced. Solvi fidei commissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem, quia forte quinque testes non adjuverat, qui numerus in fideicommissis legitimus est §. ut. huj. de fideic. hered. Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcid. si errore facti repetitionem habeo, si errore juris, non item l. 1. C. si adv. solat. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falcid. Non equidem ideo quod hic solus error juris mihi nocet, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, arg. l. 2. C. de fideicom. l. in testamento 38. de fideic. libert. l. 5. §. si quis 15. ff. de don. int. vir. & ux. iustam facti retentionem. Et hoc puto significare Groonium, lib. 3. titrod. ad juris. Bat. c. 30. his verbis, Tenenar venige rechtmatige reden tot te halve haddē gheleent. Atque ad hujusmodi Vinnii Quæst.

aut similes casus accomodandi sunt & alii loci Codicis, in quibus forte aut erroris juris denegatur repetitio, aut erroris facti tantum tribuitur, ut in l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 6. C. de cond. ind. Nam protectio ob hoc solum quod ego in jure erravi, tu iustam retinendi, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favore repetitioni, quam adventitio lucro, arg. l. non debet 41. §. 1. ff. de reg. jur.

## CAPUT XLVIII.

An mulier ex quavis causa etiam extra mulierum officium renuntiat senatusconsulto Vellejano?

Omnia non minus quam masculi ex contractu suis videtur. Excepta est intercessio senatusconsulti Vellejani providentia. Id autem ideo senatus providit, ne feminæ virilibus officiis (cujus generis est & intercessio, l. 2. ff. de reg. jur.)ingerentur. Et hoc officium magis eis adimendum fuit, quia in eo non sola operandudumque ministerium versatur, sed etiam periculum rei familiaris, l. 3. pr. & §. 2. ff. ad senat. Vellejan. Et proinde profecti senatus, ne remotis periculis metu alienam obligationem facilitate sua lupiscendo (ut est sexusavus quidem, sed incautus, non propiciens damnum, quod ante oculos positum non est) obstringerentur, l. 2. §. 2. ff. cod. Subvenit autem ita mulieri, ut si de intercessione constit. nulla actio petitive adversus eam detur: aut si hoc non satis liqueat, detur mulieri exceptio, qua probata non tenetur, arg. l. 3. pr. ff. de jurejur. cotam denique obligationem senatus improbat, l. 16. §. 1. ff. ad senat. Vellejan. Sunt autem nonnulli casus, quibus cessat senatusconsulti auxilium, 1. si mulier se obligavit pro manumissione, l. pen. C. cod. 2. si pro dote, l. 12. l. ut. C. cod. 3. si in rem suam, puta pro suo procuratore fidejussit, l. 12. ff. de minorib. 5. si dolo cum deceptis, cui se obligavit, l. 2. §. 3. l. si decepti 30. ff. ad senat. Vell. l. 5. C. cod. 6. si pretium intercessionalis accepit, l. antiqua facti retentionem. Et hoc puto significare Groonium, lib. 3. titrod. ad juris. Bat. c. 30. his verbis, Tenenar venige rechtmatige reden tot te halve haddē gheleent. Atque ad hujusmodi Vinnii Quæst.

traseo nempe, non pro marito: nam si pro marito intercesserit, et si saepius intercessionem repetit, tamen intercessio inutilis est, *auth. si qua mulier C. cod. 9.* si beneficio senatusconsulti renuntiaverit, quod citra controversiam receptum est in duabus causis; in tutela liberorum a matre aut avia suscepta, *auth. matri & avia C. gaund. nu. tut. item si pro eo, pro quo mulier intercessit, parata sit iudicium accipere, ejus liberandi causa. l. ult. §. pen. ff. ad Senat. Vell.* quorum alterum rei necessitas expressit; recepta scilicet matris & avia tutela, alterum juris, quippe quod admittit solatione omnino consequens fuit, *l. solutio 23. ff. de solut.* Illud autem quaeritur, an mulier etiam ex quavis alia causa extra praedictas efficaciter renuntiet senatusconsulto, non quidem in foro, ubi sententiae numerari solent, sed in Academiis ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur haec sententia, tanquam communis, mulierem ex quavis causa etiam extra iudicium renuntiantem senatusconsulto ex intercessione sua obligari, utique si de jure sibi competentem, et si senatusconsulti probe edocta sit: quamquam nec ubique hoc receptum videtur, & dubium est, an haec sit communis opinio, ut patet ex iis, quae traduntur a Gomeſio *lib. 2. var. resol. e. 13. num. 17.* Christin. *vol. 3. de off. 36.* & aliis. Sed ut haec sit communis & recepta usu forensi sententia, ego tamen cum Alberico, Bart. Bald. Caſtr. Salic. Alciat. Gomeſio *ubi sup. & aliis ibid.* & apud Soar. *in addit. citatis*, veritorem esse iudico sententiam contrariam, nimirum mulierem extra causas memoratas, quarum propria, ut diximus, ratio est, renuntiantem senatusconsulto ex intercessione non magis obligari, quam si intercesserit sine renuntiatione. Hoc enim omnino consequens est, amplissimi ordinis providentiae totam intercessionem improbantem, idque etiam publice honestatis causa, quod intercedere civile & virile officium videtur, *l. 1. l. 2. §. 1. l. 16. §. 1. ff. ad Senat. Vell. l. 1. ff. de reg. jur.* Et alioqui admittenda contraria opinio levi momento prudens senatusconsultum eludi atque inutile reddi poterit: quippe cum eadem fragilitate & levitate qua mulier intercedit, etiam renuntiantura sit: nempe ubi nullum praesens damnum est, tam facile se induci patietur, ut renuntiet, quam ut intercedat. Quid quod ipsa renuntiatio vel maxime intercessio est, utpote quae intercessionis confirmatio gratia interponitur? Nihil in contrarium facit, quod mulierem de jure suo certiorari volunt: quoniam certiorari neque aequum, neque minuire obligationem potest, neque sufficere ea rebus ad interbellum & captivibus suppositum lexum deterrendum ab intercessione, ubi

nullum praesens periculum metuitur. Cumque finis certiorationis sit cognitio auxilii, nihilominus tamen mulieres ut maxime juris sui consensio sint senatusconsulto juvari constat: & temper hic militat ratio ducta a causa tum impellente exceptione non usuram. Sed inquam necessitas juris in hoc casu renuntiationem admittit vel potius extorrit. Etenim hoc admisso, quod mulier pro debitor recte solvit, *l. 4. C. cod. consequens omnino est, ut ei liceat & iudicium pro debitor accipere liberandi ejus causa, quoniam & hoc pro solutione est, & unicuique licet etiam debitor invito, l. solutio 23. ff. de solut.* Nimirum si velleſt solvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, sed prius postulat de debito sibi liquere per iudicem & aperit eam postulat, dimmodo de solutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiant, non alia conditione mulierem iudicium pro alio suscipientem audiri recte placuit, quam si caveat se, si condemnatur, auxilio senatusconsulti non usuram, idque in iure apud praetorem sive magistratum, cuius auctoritas eludi non debet. Indignant hoc non obscure extrema *d. l. ult. §. pen. verba & sic ad iudicem ire* r. post renuntiationem in iure apud praetorem factam ire ad eum iudicem quem praetor dedisset, ex usitato & ordinario more iudiciorum. Fallitur vereris ordinis iudicium ignorantia, Fachinus *lib. 2. cont. 59.* dum hunc locum etiam de cautione extra iudicium five non in iure facta accipi posse putat. Neque enim protinus ad iudicem ibatur: sed praetor prius adendum erat iudicii constituendi gratia, quo demum constituto & facta litigandi potestate, ibatur ad iudicem, quem praetor dederat iudicii constituendi & contendendi causa, qua de re consulti antiquitatis indagatores, Briffonius, Hottomannus, Sigonius.

*pen. ff. ad Senat. Vell.* ubi Jurisconsultus ait, si mulier pro eo, pro quo intercessit, parata sit iudicium accipere, ut non in veterem debito rem actio detur, eam cavere debere, se senatusconsulti exceptione non usuram. Sed inquam necessitas juris in hoc casu renuntiationem admittit vel potius extorrit. Etenim hoc admisso, quod mulier pro debitor recte solvit, *l. 4. C. cod. consequens omnino est, ut ei liceat & iudicium pro debitor accipere liberandi ejus causa, quoniam & hoc pro solutione est, & unicuique licet etiam debitor invito, l. solutio 23. ff. de solut.* Nimirum si velleſt solvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, sed prius postulat de debito sibi liquere per iudicem & aperit eam postulat, dimmodo de solutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiant, non alia conditione mulierem iudicium pro alio suscipientem audiri recte placuit, quam si caveat se, si condemnatur, auxilio senatusconsulti non usuram, idque in iure apud praetorem sive magistratum, cuius auctoritas eludi non debet. Indignant hoc non obscure extrema *d. l. ult. §. pen. verba & sic ad iudicem ire* r. post renuntiationem in iure apud praetorem factam ire ad eum iudicem quem praetor dedisset, ex usitato & ordinario more iudiciorum. Fallitur vereris ordinis iudicium ignorantia, Fachinus *lib. 2. cont. 59.* dum hunc locum etiam de cautione extra iudicium five non in iure facta accipi posse putat. Neque enim protinus ad iudicem ibatur: sed praetor prius adendum erat iudicii constituendi gratia, quo demum constituto & facta litigandi potestate, ibatur ad iudicem, quem praetor dederat iudicii constituendi & contendendi causa, qua de re consulti antiquitatis indagatores, Briffonius, Hottomannus, Sigonius.

tem compensationis sit locus, exigitur ut quantitas fidei pecunia utriusque debeat. Omnino enim probamus sententiam vulgo receptam, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie. Idque vel eymlogie verbi satis confirmat, quod nihil aliud, quam debitae invicem pecunie contributo significatur; nisi forte quis abusive loquatur, eoque verbo intelligat retentionem, quod fecisse videtur Jurisconsultus in *l. in rebus 18. §. ult. ff. commod. l. 7. §. ob donationes 5. ff. solut. matrim.* Uti que non potest dici aequa praestatio ac tantumdem reddi nisi cum res quantitate constantes eadem quantitate redduntur vel mutuo imputantur. Quod si in aliis rebus, quam quae functionem in genere suo recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licere debet quam aliquid pro alio invito creditore solvere, *arg. l. 2. C. de compens. facti. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Non inquam magis, quam ut quis cogatur rem suam vendere, aut alienam emere, aut suam cum aliena permutare, & factum hoc textus in *l. si convenit 18. praef. ff. de pign. act. l. 4. l. si debeat 22. ff. de compens. l. 4. C. cod. Paul. 2. sm. 5. Mercet. 1. opin. 14. Zaager. de except. p. 3. c. 8. n. 108. hatē Schifordig. lib. 1. ad Ant. Faber. tract. 2. quaest. 2. §. 99. Donell. ad §. 30. Inst. de act. num. 12. & lib. 16. comm. c. 15. Tulden. in *C. de compens. n. 3.* itaque quod dicitur in omnibus actionibus compensationem opponi posse, sic intelligendum est, si res debita non impediatur, & ponendi termini habiles, scilicet cum utriusque pecunia debeat, alias enim opus est mutua peritione ree reconventionis, ut nunc loquuntur, *l. 14. & auth. & consequenter C. de sent. & interloc.* Ceterum haec missa facio, & ad quaestionem propositam accedo. Cum compensatio sit debiti & crediti mutua contributo, quaesitum est, an cuiusvis debiti nomine compensationem uti liceat, & nominatim an debitor conventus a creditore suo, qui vicissim est obligatus est, sed naturaliter tantum, naturale hoc debitum cum alio naturali & civili simul compensari possit. Quin debitum, quod cum effectu peti potest compensari cum alio quae, nulla dubitatio est, sicut ex converso, quod summo iure debitorum pro exceptionem perpetuam potest moveri, puta pacti conventi, rei indicatae, jurisjurandi, &c. ad compensationem non pertinere in confesso est, *l. quacunque 12. ff. de compens. utpote cuius etiam per errorem soluti revertitur datur, l. si non fortem 26 §. 3. l. 3. l. qui exceptionem 40. ff. de cond. indub. cum siml.* Tantum quaeritur debito naturali, an id etiam in compensatio*

## CAPUT XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat?

Compensatio est debiti & crediti inter se contributo *l. 1. de compens. verbi causa*, tu mihi debes centum ex causa mutui: ego vicissim tibi debeo tantumdem ex causa emptionis: agis mecum & petis centum illa, quae tibi debeo ex causa emptionis: ego peto, ut compensatio fiat ejus pecuniae, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex causa mutui. Haec contributo dicitur compensatio. Ut au-