



ARNOLDI
VINNII, J. C.
SELECTARUM JURIS
QUÆSTIONUM
LIBER SECUNDUS.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
CAPUT PRIMUM.

*Si conductor casus fortuitus in se suscepit,
an id quoque ad casus insolitos pertineat?*

IURIS **Q**UÆSTIONUM est casus fortuitus nullo in iudicio præstari, ac ne in commodati quidem l. 3. §. 8. quod vero 4. ff. commod. l. 1. §. 8. & ille 4. ff. de oblig. & act. §. 2. Insuper quid. mod. re cont. obl. l. contractus de reg. jur. l. 6. C. de pign. act. quod postremo loco verba illa, in nullo bona fidei iudicio, non sunt adiecta ad excludenda iudicia stricti juris, l. si ex legati 23. ff. de verb. oblig. l. 5. ff. de reb. cred. sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cuius generis est commodatum: nam si in commodato non præstatur casus fortuitus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quamvis contractus sit stricti juris. Conductor autem ex natura contractus (quippe in quo tam locatoris quam conductoris utilitas vertitur) ne quidem de omni

culpa tenetur, sed de levi duntaxat. d. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 3. §. 1. ff. naut. coup. Babul. l. in nave 31. in fin. ff. locat. tantum abest, ut de vi majore & casu tenetur, l. si mercis 25. §. vir major 6. ff. locat. d. l. contractus de reg. jur. Ceterum natura contractus conventionis contrahentium mutari potest. Finge convenisse ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum, nec plus nec minus, quam placitum est, præstabitur: quamvis in illo dolus duntaxat, in hoc etiam omnis culpa præstetur. l. 5. §. 2. & §. interdum. 10. ff. commod. l. 1. §. si convenit. 6. ff. de pos. l. 1. C. cod. d. l. contractus de reg. jur. Sed & si in negotio gerendo conventio interposita sit de casu præstatio, scilicet ut debitorum damna fatalia sequantur rata est conventio: contractus enim legem à conventionem accipiunt, excepto si placuerit, ne dolus præstetur d. l. contractus. d. l. 1. §. illud. l. 7. §. sepe 35. de pos. l. 6. C. de pign. act. Quamobrem et si quisita fundum locaverit, ut si quid casu fortuito live vi majore accessisset, hoc ei præstaretur, pacto standum est. l. si quis 9. §. 2. ff. locat. Est autem casus fortuitus id omne, quod humano capto prævideri non potest, aut cui prævisio non potest resisti, l. in rebus 18. pr. ff. commod. l. ex conducto 13. §. 2. ff. locat. l. 1. §. 4. ff. de oblig. &

§. l. 6. C. de pign. act. Igitur hoc certi juris est, si convenit, ut conductor etiam casum fortuitum præstet, conventionem valere, damnique in proprio casu contingens conductorem sequi. Illud autem adhuc quaeritur, an huiusmodi conventio etiam pertineat ad casus insolitos, id est, an conductor in se recipiens casus fortuitos recipisse etiam intelligatur casus insolitos & raro admodum contingentes, Bartolus in l. 4. §. pen. ff. si quis cant. jud. sibi. & in l. sibilus 78. §. ult. ff. de contr. emp. id negat, quem sequitur Mantica lib. 5. de tac. & ambig. covp. c. 8. Gall. 2. ubi 23. num. 18. & vulgo DD. nimirum distinguunt illi inter casus fortuitos solitos, sive communiter contingentes, & insolitos seu qui præter consuetudinem eveniunt, ut ipsorum quidem damnorum conductor ex conventionem præstare tenetur, horum autem neutiquam, quasi de his cogitatum non esset. Sed mirum est profecto hanc sententiam cuiquam probari potuisse: cum eventus insolitus vel maxime continetur appellatione casus fortuiti, & ferè solus etiam secundum ipsius Bartoli definitionem in d. l. sibilus 78. §. ult. ubi cum dixisset eum, qui in se suscipit casum fortuitum, teneri de casibus communiter contingens, mox imprudens sibi contradicit, dum ait: casus fortuitus intelligitur contradicit, dum sit: non ex consuetudine eveniens, cum tamen quæ conveniunt contingunt, ex consuetudine contingant. Nec fieri aliter potuit. Nam cum Bartolus in dict. l. 4. §. pen. ff. si quis cant. jud. sibi. sententiam suam, nempe conventionem de præstando casu fortuito interposita non intelligi casum insolitum, firmasset auctoritate Labeconis in d. l. sibilus §. ult. ff. de contr. emp. ubi ad hujus textus explicationem venit, necesse fuit, ut aut inaequè sibi contradiceret, aut sententiam suam mutaret, adeo periculum sibi casui fortuito adscribuntur insolita, & quidem solita tantum, non etiam que secundum consuetudinem eveniunt. Verba Labeconis hæc sunt: Si fragmenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses, divisti, si quid autem tempestatis scilicet esset, præstaturum, ea fragmenta nives corrumperunt: si immoderate fuerint & contra consuetudinem tempestates (ita lego, non tempestatis, cum Salmasio, c. 24. ad jus Attie.) non totum ex nigro poterit. Locus hic minime obscurus est, sed planus, si attente alius. Notum est emptio perfecta, id est, simul aque de pretio conventi, periculum rei vendite statim ad emptorem pertinere, tametsi res emptori nondum tradita sit: venditorem autem ex natura contractuum, qui utriusque gratia sunt, præter dolum & culpam nihil præstare, §. 3. l. si de emp. & vend. l. 8. pr. ff. de per. & com. rei vend. & l. excentis similibus locis. Ergo in specie à Labeone proposita, si venditor comminatus casus forte eventuri periculum in se non suscepisset, nullam emptor cum eo actionem habuisset de frumento immoderata nive corrupto. At recepta in se casus fortuiti præstatio, de eo quod tempestate contingit, ex conventionem tenetur, si modo tempestas insolita fuit, & præter morem eorum loci regionis laevi: aut ut ipse Labeo ait, si, ideo frumenta corrupta, quia tempestates immoderate, & contra consuetudinem fuerint, quasi quod vulgo & ex consuetudine fit, pro casu fortuito non sit habendum. Quam ob causam factis mirari nequeo, quod Bartolus & passim alii firmamentum sententiae suae petant ex eo loco, qui eam tam aperte destruit. Ceterum sunt alia loca, quæ Bartoli sententiam probabillem faciunt aut saltem prima specie facere videntur. Primus locus est, l. sejo. 10. §. 1. ff. de ann. leg. ubi Papinianus ex facto de huiusmodi specie consultus, Medico Sempronio quæ viva præstabat, dari volo, respondet ea videri relicta, quæ certam formam eragationis annue, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Ad quem locum Bartolus notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam similitudinem hæc species habet cum questione proposita. Tale enim legatum, Quæ viva Medico præstabat, &c. non nisi ad certam quantitatem eragationis annue referri potest, quod instar honorarii vel stipendii annui medico id relinquere testatrix voluit: ac proinde nec videri potest testatrix sensisse de his, quæ ex occasione & quasi fortuita liberalitate semel atque iterum in vita præstaretur: quippe circa quæ legatum non potuit consistere, ut ipse incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi posset, quia nimirum quæ extra ordinem & ex occasione hæc voluntas dedit, ea non in perpetuum ad perpetuam voluntatis destinationem profecta fuerunt. Secundo, pro eadem sententia afferretur textus in l. 4. §. pen. ff. si quis cant. jud. sibi. ubi Jurisconsultus negat valere renunciationem exceptionum, quæ contra valdimonium desertum executionem, nisi causæ exceptionum specialiter fuerint expressæ. Respondeo, & illud dissimile est. Nam qui casum fortuitum in se recipit, ipsa nominis vi admodum cogitat etiam de insolitis, saltem in genere. At vero, qui exceptionem omni renunciat, non censetur cogitasse de his casibus, quæ de novo forte emergere sunt, sed tantum de his, quæ tunc cognite erant: & quia verba renunciationis non sunt respicienda ad id de quo cogitatum non fuit, nec eo trahi debent; cum è converso casus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut bene & doctè Tulden. ad Cod. tit. de locat. n. 11.

Cætera, quæ proferunt minorem etiam spec-

ei conservat, cui protestationi si non contradicat emphyteuta, in eam consentire videtur, *c. quo tacet ext. de reg. jur.* Quid si dominus cum protestatione accipiat canonem futuri temporis, sive elapsum post tempus quo emphyteutis in commissum cecidit, nihil hac protestatio dominum juvabit; quoniam protestatio facta contra nihil operatur, *l. 1. ff. si usus fruct. pet.* Est autem actus receptionis canonis in tempus futurum prolixius contractus juri questio: hoc enim supponit non esse amplius emphyteutam, ille contra adhec esse. Digna mihi visa fuit hac questio, que paulo accuratius tractaretur, quam apud plerisque hactenus tractata fuit.

CAPUT IV.

An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel rescindendam, tacitum pignus habeat?

Reditorum alii sunt chirographarii, id est, qui citra hypothecam personalem tantum actionem habent; alii hypothecarii, & in utroque genere quidam privilegiantur, quidam puri & simplices, vel chirographarii vel hypothecarii. Puri chirographarii creditores inter se concurrentes omnes pares sunt, est alii alios tempore procedant, *l. 6. c. de boni ant. jud.* Quid si cum Chirographariis simplicibus concurrant ejusdem generis creditores, sed privilegiantur, id est, privilegium personale exigendi habentes, hi illis potiores sunt. Inter ipsos autem privilegiantur ejusdem tituli; licet diversi temporis, nulla prelatio est, *l. privilegia 21. ff. de reb. ant. jud. poss.* Hujus generis creditores sunt respublica, *l. penult. §. 1. ff. de reb. ant. jud. poss.* *l. 2. C. de jud. respubl. lib. 11.* qui in navem extruendam vel instruendam, vel in rem emendam crediderunt, *l. qui in navem 26. l. quod quis navis 34. ff. de nav. §. 6.* Inter ejusdem generis creditores numeratur, & qui ob restitutionem aedificii collapsi pecuniam credidit, *l. si ventri 24. §. 1. ff. cod. l. creditur 25. ff. de reb. cred.* Sed huic postea senatusconsulto etiam pignus datum est, *l. 1. ff. in quib. causis pign. tac. quod haud dubie ad eum quoque pertinet, qui credidit in rescindendum & futuram domus alogui ruituræ: re ipsa enim restituit, qui efficit, ne ruat. Unde questum est, an non & ille jus taciti pignoris habere debeat, qui in navem armandam*

aut rescindendam pecuniam credidit. Multum enim interest, utrum quis tantum habeat personale privilegium exigendi, an vero hypothecam sive pignus. Nam qui hypothecam habent, sive tacitam, sive expresseam, præferuntur omnibus creditoribus, qui privilegium exigendi duntaxat habent, *l. eos qui 9. c. qui pot. in pign. quam ob causam hi etiam sicut postulantur, d. l. quod quis navis, ff. de reb. ant. jud. poss. junct. l. 1. c. l. 2. C. in quibus causis pign. tac. l. 2. C. de jur. sicc. l. si quis 28. ff. cod.* Ego non invitus in eorum sententiam concedo, qui negant eum, qui in navem rescindendam credidit, jus tacite hypothecæ habere. Etenim omnes tacite hypothecæ legibus nominatim constitutæ sunt; nulla autem lex talis hypothecam nominatim datur quidem in navem instruendam crediti personale privilegium exigendi, *d. l. qui in navem 24. §. 1. l. quod quis 24. ff. de nav. §. 6. ant. jud. poss. ad idem privilegium etiam de datur, qui credidit in navem extruendam aut fabricandam, quem constat tacitam hypothecam non habere, cum nec ei, qui in extruendam nove domus pecuniam mutuum dedit, tacitum pignus datum sit, sed ei tantum, qui credidit in restitutionem, id est, qui reedificationem & insularationem collapsæ, *l. 1. ff. in quib. causis pign. tac. Sed & idem privilegium istem locis et tribuitur, qui in navem aliamve rem emendam credidit, que tamen res in causam pignoris non deducitur, nisi id expressè convenierit, *l. quomvis 17. C. de pign. l. 7. C. qui pot. in pign. & ita sæpe judicatum est, decis. Cur. Holl. 31. Sand. lib. 3. tit. 12. de nav. §. 6. Ann. Fab. C. suo for. tit. qui pot. in pign. de nav. rec. Fallitur igitur Accursius, & qui eum sequuntur, Covar. 4. resol. 7. num. 3. Negozant. p. 2. mem. 4. num. 162. cas. 16. alique ibidem citati, dum putant, etiam eos, qui ad rescindendum navis pecuniam mutuum dederunt, taciti pignoris jus habere, propterea quod horum pecunia non minus navem salvam fecit, quam illius, qua rescicta aut restituta est insula, vel ædificium. Nam si hoc verum est, etiam ille, qui pecuniam ad navem aut aliam rem emendam credidit, eam rem sibi obligatam habebit: quia utique per hanc creditoris pecuniam debitor consecutus est, ut eam rem habeat: quod tamen falsum est, *d. l. quomvis. C. de pignor.* Nempe non temere, quod nominatim jure singulari tributum est ei, qui in restitutionem aut rescindendum ædium pecuniam dedit, trahendum est ad quosvis, qui in ejusdemque re rescindendum pecuniam crediderunt, contra *l. quod vero 24. §. 1. ff. de leg. 1. Neque eadem profecto****

profecto causa est aedificii rescindendi, & navis aut alterius rei conservandæ. In aedificiis tuendis faciendisque non modo utilitas aliqua publica versatur; sed in eo etiam decus urbis & ornamentum agitur, ut aedificia integra sint & bene composita, non cassa & ruinosæ, ne aspectus urbis deformetur ruinis. Quamobrem non in hac tantum re, verum etiam in aliis contra non necessariis demolitionibus aedificiorum pro iis augendis & fartis tectis tuendis multa legibus cautæ & constituta sunt. Nam & lex duodecim tabularum de signo alienis ædibus injuncto agere non permittit, ut id eximatur, ne sub hoc prætextu aedificia diruantur, *l. 1. ff. de sign. junct. & senatusconsulto cautum, ne ea quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, nisi hæcenus ut in alias ædes transfèrentur, necque tamen integra aedificia deponantur, *l. cetera 41. §. 1. C. 2. ff. de legat. 1.* Quorum nihil simile in navis aut cæteris rebus. Ac propterea omnino dicendum est, cessantibus verbis senatusconsulti & sententia, pignus in aliis rebus non constitui, quæ rescicta nostra pecunia fuerunt, nisi de eo generaliter aut specialiter convenierit, extra causam creditæ in restitutionem aut rescindendum ædium; ut ut navium quoque exercitio ad utilitatem reipublice pericinet, *l. 1. §. licet autem 20. ff. de exerc. act.* Nam si ex eo interesse velis etiam eum, qui in rescindendum credidit, tacitum pignus habere, eadem ratione & is habebit, qui in extruendam credidit, cum tamen, ut ante dictum est, ne ille quidem habeat, qui credidit in aedificationem nove domus. Decepi fuere Accursius & alii, qui contra sententiæ, duobus locis Ulpiani, in quibus legitur, eum, qui in rem conservandam pecuniam credidit, cæteris creditoribus esse potiorum, quibus eadem res prius obligata erat, additis nominatim exemplis de eo, qui ad armandam vel rescindendam navem credidit, ad præstantem hac ratione, quia hujus creditoris pecunia salvam fecit totius pignoris causam, *l. interdum 6. c. 9. §. 14. à quibus male dicitur Collatus ad l. 5. ff. qui pot. in pign.**

gata est, in pignore sit potior: & illud dicitur, eum, qui in navem (intellige sibi obligatam, quod sit aperta conventio) armandam aut rescindendam pecuniam credidit, quamvis posterior crediderit, cæteris in pignore esse potiores: quod deinde & ad alia porrigitur, veluti si quis in merces sibi obligatas, ut salve fiant, aut in cibaria nautarum, sine quibus navis salva pervenire non poterat, &c. crediderit, *l. 5. d. tit. per tot.* Itaque nec ratio, quam affert Justinianus in *pr. d. l. 6.* concludit pro pignore, sed ex hypothecæ pignoris conventionem constituti concludit pro jure prælationis. Et sic ob eandem rationem in cursu pecunia prædium comparatum est, licet posterior sit, cæteris creditoribus hypothecariis præferatur; sed non aliter, quam si id prædium et obligatum sit, quod non fit nisi expressa conventio, *l. quomvis 17. C. de pign. notis. l. licet 7. C. qui pot. in pign.* Eodem modo respondendum est ad *Nov. 97. c. 3.* Nam nec illic Justinianus quomodo definit aut constituit de tacito pignore, sed relatis diversis creditoribus, qui quidem omnes hypothecam eamque privilegiantam habent, sed alii expressam, quales sunt quorum pecunia, navis, aliarum res fabricata, reparata aut comparata est, ea lege, ut pignori esset, *d. l. licet 7. C. qui pot. in pign. d. l. quomvis 17. C. de pignor.* alii tacitam, ut mulier in causa dotis, tractat de jure prælationis, sancitque, ut inter hujus generis creditores temporis ordo servetur, & is nimium cæteris præferatur, qui antiquiorem hypothecam, sive expressam, sive tacitam cum privilegio habet, juxta vulgatum illud, privilegium adversus privilegium non utitur privilegio suo. *Nov. 91. c. 1. ult. §. 1. in fin. C. qui pot. in pign. hab.* Acque hæc neotericorum communis sententia est. Donell. *de pign. c. 5. Bronchorstius cent. 2. assert. 77. Gadehn. lib. 4. de jur. noviss. c. 18. Perez in Cod. tit. in quib. causis pign. tac. n. 13. Bachov. tit. 4. de pign. c. 9. §. 14. à quibus male dicitur Collatus ad l. 5. ff. qui pot. in pign.*

CAPUT V.

An hypotheca constituta in rebus per beneficium l. 2. C. de resc. vend. advocatis extinguatur?

Species hæc esse: Titius cum fundum à Sejo Secentum aureis emisisset, eundem fundum sibi tradidit pignori obligavit Sempronio, Sejus

venditor postea causam se ultra dimidium iusti pretii laetum esse, siue se eum fundum duplo minore pretio quam tempore contractus valeat, vendidisse, remedio, l. 2. C. de res. vend. fundum avocavit receptique. Quatuor autem pignus ab emptore in eo fundo Sempronio constitutum resolutur? Bartolus constanter negat, resolvi in l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. de alibi Baldus contra affirmat in d. l. 2. non 17. q. 1. 13. Bartoli sententiam amplectuntur Cuman Roman, Fulgos. Alexand. & alii citati in Pinello in d. l. 2. p. 2. cap. 3. n. 11. Boer. decif. 181. n. 10. ubi & communem hanc esse sententiam testatur. Baldum vero secuti sunt Castr. Salic. Cognol. Pinell. d. loc. alique plures ibidem relati. Negat. de pign. membr. 1. part. 5. n. 43. Mantu. lib. 11. de re. & ambig. conv. tit. 31. num. 69. Elegans sane questio & digna diligenti inquisitione! Nos hic pro Bartolo adversus Baldum stabimus, non disputandi tantum aut ingenii ostentandi gratia: sed quia verum esse sententiam Bartoli omnino persuasum habemus. Neque tamen in hanc sententiam nos trahit Bartoli ratio, quasi cum emptor quod deest iusto pretio supplendo, restitutionem rei exiret potuerit d. l. 2. C. de res. vend. alienatio ista & rei in venditionem translatio non sit necessaria, sed potius pro voluntaria habenda: quo casu res cum suo onere & cum sua causa transeat, l. 3. & l. 1. ff. quib. mod. pign. solv. Nam si hujus controversie decisio ex eo tantum dependeat, utrum que alienatio voluntaria, an necessaria censenda sit, in partes Baldi transiret: neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod praestandum iudicio conveniri & urgeri possumus, tamen alterius rei praestatio nobis liceat defungi. Quia quod faciendum promissit, si tantum tempus praeterierit, intra quod fieri poterat, quod promissit, an id solum conveniri potest; & id solum obligatione contineri incipit, quod stipulatoris interese factum esse, quod promissum erat, l. 14. l. stipulations 72. l. si insulam 84. ff. de verb. oblig. l. 13. §. 1. ff. de re. jud. ut tamen quantum lis nondum contestata est, placeat promissorem paratum praestare quod promissit, adhuc audiendum esse, & faciendum liberari, d. l. insulam l. si servum 91. §. 3. ff. de verb. oblig. cum autem alterum praestare necesse sit, non potest promissor praestandum quod stipulatoris interese, dici id scilicet *volens* & volenti animo, non magis, quam si quis ex obligatione disjunctiva convenit, alterum solvat, dici potest sponte & *volens* & volente, solvite, aut dominus noxali iudicio conventus, si litis estimationem praestare maluit, quam servum noxae dedere: quod & Pinellus contra Bartolum bene observavit. Ceterum etli-

nos rationem Bartoli improbamus, non tamen cum Pinello Baldum secuto improbamus Bartoli sententiam, sed alia ratione eaque vera & solida, eam tuebimur: nempe quia jus creditoris recte constitutum, restitutione post facta citra injuriam ei auferri non potest; constitutum inquam, creditoris, ut in specie proposita, ab eo qui plenum rei dominium habet, qui rem a domino emit pure sine ulla conditione aut suspensiva aut resolutiva, & demum ab eo, cuius jus a nemine alio dependeat. Quid enim si primus emptor rem alteri vendidisset & tradidisset? Utrique hunc effecisset dominum; neque primo venditori adversus hunc ulla competeret actio, quia autem potest sic, ut dixi, rem alienare, potest etiam, nec minus efficaciter eam oppignerare, *art. 5. l. non debet 21. ff. de reg. jur.* Atque haec eadem, quam dixi, ratio etiam efficit, ut debitor servam, quem emit, & oppigneraverit, redhibente, pignus non solvatur, l. 4. ff. quibus modis pign. vel hyp. solv. l. bovem 43. ff. de edil. edict. ff. de edil. edict. neque etiam eo casu solvatur, quo res distracta est ea lege, ut si displicerit emptori, eam reddere liceret, l. 3. in fin. ff. de sol. tut. non autem ideo tantum quod redhibitio illa aut redditio sit voluntaria; quamquam illud etiam verum est, non posse jus alicui semel questum voluntate ejus, per quem illud questum est, illi auferri l. ult. ff. de pact. l. 1. §. si rem 25. ff. de pos. l. qui balneum. 9. pr. l. prior 11. pr. ff. qui pot. in pign.

Utrique ex istis, quae dicta sunt manifestum est propositionem illam Baldi esse *lex obligat* 31. ff. de pignoratibus quod resolutio jure danti resolutur, & jus accipientis perpetuum non esse: & alioqui nulla non alienatione rei necesse esse pignus finire. Procedit ista propositio sine regula 1. ubi res ab eo pignerata est, qui plenum in ea re jus non habet, sed alius est, qui in eadem re jus habet potentius reipse ipsius proprietatem & ad quem jus illud a proprietate separatum, quod alter habet, certis casibus & certis ex causis pervenire potest, siue illud jus sit alicui dominio, quale est emphyteuticum & superficiesium, quod pragmatici utile dominium vocant; siue servitium tantum & nudum jus utendi fruendi. Igitur si emphyteuta emphyteusim, aut superficiesium superficiesium oppigneraverint jure eorum sublatopota quod alter in solutione canonis cessaverit, alie in solvendo solutio evanescet & pignus. *Lex obligat* 31. ff. de pignoratibus l. etiam superficiesium 1. ff. qui pot. in pign. Nam quod domino jure publico certo casu tributum est, id et si facto alieno adimi nequit. Padem ratione & fortiore, si fructuarius utumfructum pignori dederit (potest enim hoc facere,

l. 9. §. 1. l. si in 1. §. 2. ff. de pignor.) finito usufructu & ad proprietatem reverti dicendum est, jus pignoris simul expressit. Certo jure regulatur superior procedit, quando haeres eam rem pignori dedit; que legato aut fideicommissio conditionali est obnoxia, & conditio extierit, l. 3. §. si autem 3. Comm. de legat. l. grege 13. §. 1. ff. de pign. quod & in reliquo jure medio tempore constituto obinet, puta servitute, usufructu, l. is cui 11. §. 1. ff. quemad. serv. am. l. si sub. 16. ff. quib. mod. us. am. Item cum creditor pignus quod accepit, alteri obligavit, & debitor pecuniam, quam pebebat, solvit: hic enim & jus iudicis creditoris merito placet extingui, l. debitor 40. §. ult. ff. de pignor. act. l. 1. & l. 2. C. si pign. pign. det. 3. Procedit eadem regula, cum contractus pure quidem est initus, sed sub conditione resolutiva, ut fit in terminis factae venditionis resolutiva, aut in diebus additionis: itaque & hie emptor medio tempore rem sibi traditam pignori obligaverit, & sua die pecuniam non solverit, aut alius intra diem praestitutum meliorem conditionem obtulerit, cum contractu pignus quoque solvitur, l. 3. in pr. ff. quib. mod. pign. solv. l. 4. §. 3. ff. de in diem addit. Nam sicut conditio suspensiva existens retrò ponit, quasi ab initio pure contractum esset, ita conditio resolutiva retrò tollit, quasi ab initio nihil actum esset. Et quod notandum est, hoc casu citra ullam factum emptoris vi pactionis, cui hanc potestatem lex dedit, ipso jure dominium rei revertitur ad venditorem, eamque vindicare potest a quocumque possessore, l. 4. C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. vers. questum ff. de leg. commissi. non utique quam emptoribus factam. Ac non procedit ista regula, quando res vendita & tradita est ex contractu nulla conditione resolutiva modificato, ut in casu, quem proponit Ulpianus & auctoritate Marcelli decidit in l. 3. in fin. ff. quib. mod. pign. solv. nempe si res distracta sit ea lege, ut si displicerit emptori, eam reddere liceret, pignus in ea re ab emptore constitutum non finire. Nam ista conditio minime resolutiva est, aut resolutiva vim habet, ut ea existente ipso jure resolutur, & annullatur contractus: sed firma manente ipso jure venditione, si emptor legem contractus exerceat velit, & rem reddere, datur ei in hoc venditor rem recipiat, actio ex empto, aut proxima empti in factum praescriptis verbis, l. 6. ff. de res. vend. Multo minus ergo locus esse poterit superiori regula in casu quem proposuimus, ubi pure & sine ulla conditione, qua existente ut resolutur contractus ad eum dissolvendum agere liceat, venditio facta est, pleno jure domi-

nium rei tranlatum. Ne quis autem putet inquam hoc pacto inferri conditionem venditori, si rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum hie est venditori remedium ab Ulpiano & Paulo propositum in l. reddidit 21. §. 1. & l. bovem 43. §. pignus 8. ff. de edil. edict. nampe ut petat rem liberam restitui, aut eo nomine sibi ab emptore eamque quorum neutrum si praestet emptor, pretium faculte supplere tenebitur, amissa eligendi potestate, ut bene disputat Bachovius lib. de pignorib. c. 13. Et his porro facile colligi potest, quid dicendum sit, si res vendita cum pacto retrovendendi ab emptore pignori obligata sit, & venditor postea oblato pretio praescriptis verbis aut ex vendito agat, ut contractus hies solveret, & res sibi restitueretur ex l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. nimirum pignus non solvi, contra Neguliantium d. 2. p. 5. membr. 1. num. 44. Idem dicendum est, si donatus rem sibi donatam pignori dedit, & propter ingratitudem revocata sit donatio: quamquam id negent Pinellus, ubi supra num. 19. & Anton. Faber, dec. 23. err. 4. qui contendunt hoc casu pignus solvi. Finellus hae ratione, quia donatus invitum rem restitueret teneatur: que ratio, quam infirma fit, superiora satis offendunt. Faber, quia donatio resolutiva ipso jure: que quidem ratio bona esset, si perferet. Sed magis est, ut falsa sit. 1. Quia personalis tantum actio ad revocandum donationem donatori datur, l. his solis. 7. vers. actionem vero matris C. de revoc. donat. 2. Quia actio illa revocatoria non transit ad haereditem l. 1. d. l. 7. l. ult. C. eod. 3. Quia exigitur mutatio voluntatis, d. l. 1. & d. l. ult. vers. ex his. 4. arg. l. 11. ff. de reg. jur. l. traditionibus 20. C. de pact. nec potest ullus dari textus, quo probetur ipso jure hie donationem modificato. Nam quod in d. l. 7. C. de revoc. donat. dicitur, actionem qua mater ab ingratis liberis donationem revocat, ita personalem esse, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in haereditem detur, nec tribuantur haerediti; non hoc significat eam actionem in rem esse, aut tantum effectum actionis in rem habere: nulla enim actio in personam dari potest, que actionis tantum in rem habeat effectum: sed hoc, effectum tantum ultionis injuriae habere, & vindictam solummodo persequi, non pecuniam. Nempe isti verbis indicatur ratio, quare placeat actionem, quae adversus ingratos ad revocandum donationem datur, solvi dari ipsi donatoribus; non etiam haereditibus eorum, quoniam scilicet effectum tantum habet vindicationis, id est vindictae & ultionis injuriae, ut actioni injuriarum in hoc facillime fit, quam con-

fiat hæredi ejus, qui injuriam passus est, non dari, §. 1. *Inst. de perp. & temp. act.* Vindicare enim propriè est ulcisci, & vindicare injuriam sibi factam in l. 2. §. *Item si s. in fin. ff. de judic. l. de forte* 18. §. *sed communem* 7. ff. *de jur. fisci.* significat exequi & crimen persequi: adde Cujac. *lib. 4. obs. c. 19.* Bachov. *lib. 5. de pign. c. 13.*

CAPUT VI.

An juri offendi debiti luendi que pignoris prescribatur longissimo tempore, seu triginta aut quadraginta annis?

Creditor, qui securitatem crediti pignus accepit, soluto debito illud restituere debet atque in eam rem prodita est debitori actio directa pignoratitia, *tit. ff. & C. de pign. act.* quæ actio toto genere differt ab ea que hypothecaria dicitur, quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque pignoris possessorem §. *item Serviana* 7. *Inst. de act. l. pignoris* 17. ff. *de pignorb.* At pignoratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pignoratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituitur à prætorè datur, hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusivè hypothecariam, quæ alias Serviana aut quasi Serviana, etiam pignoratitiam appellant, l. 3. §. 3. ff. *ad exhib. l. naturaliter* 13. ff. *de cond. ind. l. rem alienam* 41. ff. *de pign. act. l. si Titio* 22. ff. *de pignor.* quod notatu dignum. Cum autem debitor actione pignoratitia efficitur experti nequeat, nisi toto debito exsoluto, quæsitum est, an jus illud, quod debitor habet, offendiendi scilicet pecuniam & pignus luendi, præscriptio triginta aut quadraginta annorum tollatur. Negant Rogerius in *dialog. tract. de præscr.* Gall. 2. *obs. 18.* Myrding. 1. *obs. 16.* & DD. si fides Gallo, communiter. Affirmant *Gloss. in l. 13. ff. de usuc. Costalva ad l. mulier. 19. ff. qui pot. in pign.* Bachov. 5. *de pign. c. 20.* Negut. p. 6. m. 2. n. 19. quomodo posteriorum sententia meo judicio probabilior est, eamque & communem esse ait Negutianus. Negantium sententia, seu affirmantium, posse pignus perpetuè uti etiam post triginta annos, defenditur hæc ferè rationibus, 1. Quia

solvere debitum, vel non solvere, si creditor non urgeat, est meræ facultatis: rerum autem meræ facultatis nulla est præscriptio, l. 2. ff. *de via publ.* & sibi imputare debet creditor, si debitor cessante solvere, ipse eum non interpellaverit, & ad venditionem pignoris processerit, aut non reperito emptore jus domini imperavit, juxta l. 3. C. *de jur. dom. impetr.* 2. Quia præscriptio actionis demum incipit currere, ubi actio nata est, l. 7. §. 4. C. *de præscr.* 30. *annor. l. 1. §. ult. C. de unal. except.* At actio pignoratitia demum post solutionem aut oblationem & depositionem pecuniae nascitur 11. *si rem* 9. §. 3. *et seq. ff. de pignor. act.* ac proinde ex eo demum tempore, quo pecunia oblata aut soluta est, utroque contra actionem jam natam currere incipit præscriptio. 3. Quod cum possessio creditoris ad ulsionem proficit debitori, l. qui pignori 36. ff. *de acq. poss. l. servi* 16. ff. *de usucap.* absurdum sit dicere præscriptionem creditoris debitori etiam nocere, eique obstat, quominus cum creditore actione pignoratitia experiat, ut dilipat Cujacius ad l. pignori 13. ff. *de usuc.* Atque hæc sunt præcipua eorum argumenta, qui negant jus luendi pignoris ullius temporis præscriptione tolli. Cæteram quominus huic sententiæ subscribam, impediunt illæ constitutiones, quæ diserte volunt omnem actionem & omne jus sive privatum, sive publicum, triginta, ad summum quadraginta annorum spatio excludi l. 3. l. 4. C. *de præscr.* 30. *annor. l. 1. §. 1. C. de unal. except.* Tale autem utriusque jus est etiam jus debiti offendiendi & luendi pignoris. Et cum jus creditoris adversus debitorem & adversus tertium extraneum possessorem pignoris, item jus primi creditoris adversus secundum, atque ex contrario jus secundi adversus primum longissimi temporis præscriptione tollatur, nunc triginta, nunc quadraginta annorum l. *notissim. 7. pr. et §. 2. et 3. de præscr. annor.* non video cur non etiam tunc temporis præscriptione tolli possit jus luendi pignori. Falsum enim est, quod pro vero supponitur à contrariè sententiæ auctoribus in primo eorum argumento, nempe jus luendi pignoris esse meræ facultatis eo significat, quo rerum meræ facultatis negatur esse præscriptio. Descendit enim illud jus ex obligatione, quam debitorum iudicium delucere potest: alioqui omnis actio & persecutio res meræ facultatis dicenda esset. Sed illud meræ facultatis esse dicitur, quod citra ullam obligationem aut conventionem cujusque libero arbitrio jure omnium communi permittitur, quale est facultas eundi per viam publicam, quæ facultas nec solo non usu amittitur, nec prohibitione aliena. Possum quolibet contra-

velo aut conclavi ædium mearum liberè uti, nec si aliquo eorum longissimo tempore usus non fin, jure meo excludor: non tamen eo sensu, quo dixi, illud jus meum res est meræ facultatis: nam si alter re mea usus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet præscriptio. Similiter jure liberatis licet cuique tam altè, quàm velit, nullo statuto intercedente, ædificare: & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non idèò tamen jus illud altius tollendi amittit. Eius ergo id jus meræ facultatis? Minimè. Nam si re altius ædificantem prohibuero, & ex 30. tempore altius ædificatum non habueris per statum præscriptionis statutum, procedet contra te præscriptio servitutis. In rebus autem, quæ propriè dicuntur esse meræ facultatis, prohibitio nihil efficit, l. 2. ff. *de via publ.* Malè igitur hæc omnia à plerisque coniunguntur, & tanquam paria habentur, quasi idem omnium esset effectus. Enim verò jus agendi de factò, ut loquuntur, seu ipsi agendi & nudum intendendi factum meræ facultatis est, eique nunquam præscribi potest, sed jus agendi cum effectu, ut obtineam quod peto, meræ facultatis non est, & præscriptione tolli potest, quale est jus luendi pignoris debitori ex contractu questuum. Sic si res aliqua venierit cum pacto de reverendo sine ulla temporis determinatione, puta ut fas sit venditori, quodcumque sibi libuerit redimere, non nisi intra triginta annos redimere poterit, quia actio personalis, quæ hæc conventio nascitur, l. 2. C. *de pæst. int. empt. tunc* tempore tollitur, l. 3. C. *de præscr.* 30. *annor.* neque clausula, *semper, quantumcumque* extendi debent ultra terminos jure publico præscriptis actionum durationis. Nec verum est, quod actio, quæ quis oblato peto ex pacto revenditionis perere potest rem venditam sibi restitui, sit meræ facultatis: non enim in absolute facti potestate posita est, sed jure obligationis conficit, & estque jus ex contractu alteri ab altero debitum, ut rectè Bronchorstius, *cont. 47. obsert. 62.* qui tamen non idem admittit in casu, quem hic tractamus principaliter, *cont. 4. obsert. 4.* quod mirum est. Secunda contrariè opinionis ratio eodem vitio, quo prima, laborat: quippe quæ & ipsa nititur falsæ hypothèsi, nempe actionem pignoratitiam tunc demum nasci, cum pecunia debita aut oblata est: nam actio pignoratitia eandem cum jure luendi pignoris nativitatè horam habet, id est, statim nascitur atque re contracta est obligatio seu pignus creditori traditum, l. 1. §. *creditor. 6. de oblig. et act. §. ult. Institut. quib. mod. re contr. oblig.* Nec oblat quòd dicitur in l. 9. §. 3. ff. *de pign. act.* pecuniam exsolutam esse debere, ut nascatur pignoratitia actio id nam id accipiendum est de effectu & actu secundo, quia soluta demum pecunia efficitur inentari potest: At respectu actus primi statim, ut dixi, nascitur, nec aliud est quàm jus luendi pignoris. Sic etiam obligatio & actio empiri nascitur quoad actum primum simulatque de pretio convenit, *Inst. de empt. & vend. in præf. et §. 3.* nisi tamen emptor pretium offerat, cum effectu agere non potest, l. Julianus 13. §. *offerri, §. de action. empt.* An igitur non curet præscriptio longissimi temporis adversus actionem ex empto, nisi ex eo tempore, quo pretium oblatum est? Neminem adhuc legi, qui id dicat. Illud verum est, quod non valet agere propter impedimentum juris non curat præscriptio, veluti si obligatio dicitur haberi, l. 7. §. 4. C. *de præscr.* 30. *annor.* in specie l. 1. §. *ult. C. de unal. except.* qui agit de risofam, cui ideo durante patria potestate præscriptio non currit, quia nec agere ea durante potest, quod est impedimentum juris. At debitori nullum oblat impedimentum juris, quominus agat, sed facti duntaxat, puta quod non habeat pecuniam. Denique nec tertia ratio, quæ Cujacii est, contrariam sententiam multum juvat. Neque enim hoc dicimus, creditorem post triginta annos defendi jure aliquo acquisitionis aut propter usucapionem, sed solo tempore seu communi exceptione temporis quo ex lege Theodosii omnis actio finitur, atque ideo hic nec titulum nec bonam fidem requirimus, sed sicut in actionibus temporalibus anni vel biennii, veluti injuriam & doli, frustra de bona fide queritur, ita & in hoc casu post triginta annos, alias nec actio commodati aut depositi tunc tempore finitur. Itaque frustra & Bronchorstius, *cont. 4. obsert. 4.* dum obicit, l. nullo 24. C. *de res vind. l. un. C. de usuc. transform. l. 1. C. comm. de usuc.* quippe quibus locis agit de usucapione aut longi temporis præscriptio, modis acquirendi domini aut juris alicujus dominio proximi, qui sine iusto titulo & bona fide, veraque possessione non procedunt. At nos agimus de actionis personalis præscriptione, quam sola parit negligentia non petentis & lapsus temporis. Sic etiam pretio possidenti non longissimo tempore acquiritur proprietatis, l. 2. C. *de præscr. 30. annor.* interdicitum tamen & actio personalis triginta aut quadraginta annis finitur, l. 3. et l. 4. C. *ead. tit.* Minus obstat, l. 10. et l. ult. C. *de pign. act.* imo magis obstat contrariè sententia, quod etiam Cujacius fateatur: loquuntur enim Imperatores de actione pignoratitia jam nata & cum effectu competente, solutione scilicet jam facta,

aut oblata consignataque pecunia, eamque longo tempore tolli negant, cum tamen nemo sit qui neget eam tolli tempore longissimo.

CAPUT VII.

An *antichresis* sit species pignoris, & an aliqua sit *antichresis* tacita?

Quasi hoc non est vulgaris, & digna quae diligentissime excutatur, propterea quod Insuperitibus nostris non intellexerunt, quid sit *antichresis*, & haec sibi persuaserunt esse aliquam *antichresis* tacitam: quod primus observavit Claudius Salmuthus in *lib. de mod. usur. c. 14.* Ut autem res tota penitus intelligatur, primum referam, quae ab interpretibus circa hanc rem tradita sunt, deinde quatenus a vero aberraverint, ostendam. Interpretibus omnibus *antichresis* est species pignoris, cum res ea conditione pignori datur, ut creditor percipiat rei fructus in vicem usurarum, donec debitor pecuniam solvat, arg. l. 11. §. 1. ff. de pign. l. si pecuniam 33. ff. de pign. act. Alias si tale pactum non intercesserit, constat non licere creditori pignori uti, §. 6. Inst. de oblig. quae ex del. nasc. nec fructus eum lucrari, sed in sortem eos imputare debere, ita ut sortis obligatio minuat, & quantum ex re pignorata fructum percipit, tantum et in solutione sortis decedat, acque detrahatur, l. 3. l. 12. C. de pign. act. l. 1. C. de distract. pign. Atque haec his est *antichresis* expressa, quae valet, et si perceptio fructuum legitimum usurarum modum excedat propter incertum fructuum eventum, l. si ea lege 17. C. de usur. quaequam domum hoc casu creditor ipse inhabitare, non alius locare debeat, aut alia quod ultra modum usurae mercedis nomine accipit, in sortem imputare, l. si ea 14. C. eod. tit. Est & *antichresis* nostris tacita quae iam *antichresis*, quando scilicet nihil de usuris, nihil etiam de fructibus usurarum vice percipiendis dictum est; sed pecunia gratuita, id est, sine ulla usurarum expressa mentione credita est, & res talis pignori da, quae fructus ferat, quasi ipsa datione, eam res pignori datur, quae fructus profert, illud convenisse tacite intelligatur, ut fructus loco usurarum & compensationis eiusdem vice, retinere creditori liceat: si enim debitor eo animo noluisse tradere pignus fructuum ferax, propterea eum deesse aiant, nolle se ex pignoris sui fructibus

quocumque sibi decedere. Sed hanc tacitam conventionem *antichresis* non efficeret, ut legitimum usurarum modum excederet. Rationem hanc esse, quia cum creditor usuras stipulatus non sit, sed gratuita pecunia in mutuo dederit, humanitate debitoris, qui fructus ei ex re pignorata benefici loco percipere concessit, contentus esse debet, cum sibi nulla conventio prospiciat, & totum hoc, quantumcumque percipit, ex debitoris humanitate percipiat, l. cum debitor, §. ff. in quibus causis pign. tac. Sed non unus interpretum hic error est, 1. quod crederent *antichresis* nihil aliud esse, quam contrarium usum, cum ea voce significetur contrarium mutuum: quippe *antichresis* Graecis non solum est usus, *antichresis*, sed etiam mutuum, *antichresis*, quod est et *antichresis* commodum, do mutuum, utendum do, *antichresis*, unde *antichresis* creditor, hinc ergo & *antichresis*, contrarium mutuum. Marcianus in l. si pecuniam 33. ff. de pign. act. tropica locutione pro fundo *antichresis* accipit, uti & *antichresis* ipsum mutuum est, & res quae mutuo datur. Idem Marcianus in l. 11. §. 1. ff. de pign. ita scribit: *Si antichresis facta sit, &c.* hic laudat *antichresis* non potest accipi pro mutuo usu. Quid enim esset mutuum usum facere? At mutuum facit, qui mutuum dat; ergo *antichresis* facit, qui dat et contrario mutuum debitor tradendo fundum aut ades, ut ex fructibus aut pensionibus creditor compensationem usurarum percipiat. Caeterum improprae *antichresis* dicitur contrarium mutuum, quia mutuum tantum in rebus, quarum uti in abusu consistit, locum habet, quamquam Latini etiam in his, quae solo continentur, cum ad usum commodatur. Auctor Dialogi de Oratore; *Domum mutatur & auditorium extruit, & sublella conducit: ut & commodare pro mutuo dare, Cicero Verrin. 5. Commodasisti tritici modios sexaginta.* Capere vultissimus Grammaticus *Commoda, antichresis*. 2. Quod crederent in pura *antichresis* creditorem habere jus pignoris. Nam si jus pignoris creditor in *antichresis* sive contrario mutuo haberet, utique possessione *antichresis* amissa, eam repetere posset actione hypothecaria. At in l. 11. §. 1. ff. de pign. non hypothecaria, sed in factum actione isto casu agi solere scribit Jurisconsultus, Hoc hoc tantum aut creditorem pignoris loco retinere possessionem, donec et pecunia solvatur: quod & Cuiacio subuluit, *lib. 3. obs. cap. 35. in fin.* quamquam tantum potest posse hypothecariam quoque creditor competere, nulla tamen auctoritate, nisi Marciani in l. si pecuniam 33. ff. de pign. act. ubi *antichresis* Jurisconsultus *antichresis* appellat pignus, *antichresis*, *antichresis*

fundum cum pacto *antichresis* oppigneratum. Non obstat l. Gaius Sejus 39. ff. de pign. act. nam in specie, quae illic proponitur, pignus revera non intervenit, nec ab initio vera *antichresis* fuit, sed postea pactum intercessit, ut creditor pignus suum, hoc est, fundum debitoris, in compensationem pecuniae ad certum tempus possideret vice *antichresis*. Pura vero *antichresis* non est pactum in pignore, cum ne ipsa pignus sit, sed contrarium mutuum, V. C. das mihi pecuniam mutuum sub conditione, ut accipias fundum in *antichresis*, cujus fructus percipias pro praestatione usurarum, quas a me legitimas stipulari potes. In hac *antichresis* nulla pignoris mentio, nec ullum pignus. Speciem vere puraeque *antichresis* nobis exhibet *sua* *actio* 14. *Cod. de usur. & d. l. 11. §. 1. ff. de pign. act. in l. si ea lege 17. Cod. de usur. ut verba ipsa ostendant, non agitur de pura *antichresis* sed de pignore *antichresis*, sive cum pacto *antichresis*.*

3. Erant, quod putant esse aliquam tacitam *antichresis*. Nam nulla potest esse tacita *antichresis*, quae quidem vera sit. Quemadmodum enim nulla *antichresis* est tacita, ita nec ulla vera *antichresis*: sed oportet conventionem id actum esse. Si aliqua tacita est *antichresis* secundum Doctores, ut creditor fructus ex re pignorata sine conventionem expressa percipere, & in usuras imputare queat, quoniam casu procedat illud, quod tot locis simpliciter traditum est, creditorem fructus ex re sibi pignorata perceptos in sortem imputare debere, l. 1. l. 2. l. 3. l. ult. C. de pign. act. l. 1. C. de distr. pign. an ex solo, quo prostratus est debitor, nec dicam ineptum est. Neque enim ex pignoris conventionem conventio tacita super usuris facta intelligi potest; quoniam pignoris finis est, ut creditori casuum sit de sorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi convenit, ut ad alium finem dationem pignoris torquamus, ut creditor lucratur fructus pro usuris, & ita circumveniat miser debitor, & dum se gratuitam pecuniam putat accepisse, gravissimis usuris subjiciatur, id est, centesimis. Non advertebat, l. 11. *Cod. de usur.* nam locutus est intelligendus est de praeiudicatis cum pacto *antichresis*, cum ic. convenit, ut in vicem usurarum creditor fructus perciperet: & hoc tantum dicitur oblatione pecuniae *antichresis* dissolvi, & pignus *antichresis* mutari in simplex. Frustrâ autem putant Doctores nostrum sententiam suam de tacita *antichresis* confirmari, l. 8. ff. in quib. causis pign. tac. Thema

hujus legis est, Titius gratuitam pecuniam creditur Sejo, & ab eo accipit pignori fundum. Esi de usuris nihil convenit, potest tamen Titius, si noluit amplius gratuitam esse pecuniam, Sejo debitor interpellatus moram solutioni faciat, de fructibus rei pignoratæ usuras ex eo tempore retinere, dum ad legitimum modum id faciat. Ampliores autem, quam sunt legitime usurae, fructus percipere non potest, ut in vera *antichresis*, quia tale nihil convenit. Tantum id servare potest, quod ipsius interest pecunia sua alium se invito non uti, in *antichresis* non potest mutuum repetere creditor, quando possessionem *antichresis* retinet. Aliud vero est in gratuita pecunia, quae ut plurimum arbitrio creditoris repeti solet. Sed nec tacitum pignus aut tacita hypotheca hæc, de qua agitur, dici potest. Nam de eo conventio expressa facta videtur, ut pignus illud traderet creditor pro pecunia credita. Quippe nisi ex pignori tradito non potuisset creditor retinere fructus nomine usurarum: Caeterum cum fructus praestorum oppigneratorum nominatim pignori dari possint, l. 1. §. 2. ff. de pign. & cum pro usuris pignora quoque accipi jus sit, l. si lege 13. §. ult. ff. cod. tacito velut pignore fructus rei pignoratæ potest creditor in compensationem usurarum retinere, etiam si ex pacto non debeantur. Nec tamen potest ultra legitimas, quia vel hoc ipsum, usque ad legitimas, in usuris quae pacto non sunt, si æquum visum est, ulterius iniquum foret. Atque ut in bonæ fidei iudiciis ex mora usurae debentur & peti possunt, ita in gratuita pecunia mutuo, si moram fecerit debitor, usuras de quibus non convenit, creditor per retentionem servare potest ex fructibus rei oppigneratæ. Sic cum usurae exigi non possunt, in strictis iudiciis nisi in stipulationem deductæ, possint tamen per retentionem pignoris servari, l. 3. l. 4. C. de usur. non dissimili ratione per retentionem fructuum rei pignori date posse usuras, de quibus praestandis nihil convenit, servari atque ad modum legitimum compensari, licet exigi non possint, velle videtur Paulus in d. l. 8. ff. in quibus causis pign. tac. Illud dissimile est, quod in d. l. 4. C. de usur. saltem pacto de usuris convenerat: sed tunc usurae per retentionem pignoris servari possunt etiam ubi mora non intervenit. Horomannus l. 4. obs. c. 4. contendit apud Paulum in d. l. 8. ff. in quibus causis pign. tac. deesse negationem, & Jurisconsultum ita

scriptisse. Cum debitor non gratuita pecunia utatur. Quod & Salmastius magis probat, quam Paulus, cum sic loquitur: rationem afferat cur de fructibus rei piguerat usuras retinere creditori possit, quia scilicet non utebatur debitor pecunia gratuita, & usuras pactas non solvebat. Quod si pronamus usuras non esse pactas, aut pactas à debitorum solvi, procedere debere dispositionem, l. 1. l. 2. l. 3. C. de pign. act. l. 1. C. de distrah. pign. nec obflare, quod supra aliquos dictum est. Antichresin liberam esse legibus, quæ certum modum usuris posuerunt, l. 14. l. si ea lege 17. de usur. Illud enim verum quidem esse in pura veraque antichresi, aut etiam in pigore *et* actum fuit, ut pro usuris pecunie creditæ, fructus fundi in antichresin traditi cederent lucro creditoris, ut in d. l. 14. & l. 17. At hic quæstionem esse de usuris, quibus solvendis debitor moram facit, cum de fructibus in compensationem usurarum percipiendis nihil dictum est. Cum igitur de fructibus fundi oppignerati circa pactum *et* debitori non solvente, usuras retinere possit dicatur creditor, non posse eum excedere legitimas usuras quæ solæ ipsi debentur. Quod suspensuræ est fructibus sorti imputandum esse. Ità Salmastius lib. de mod. usurar. c. 14. cui prope est ut assentiar.

CAPUT VIII

An & quando evictio sit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato?

Vincere est rem iure iudicioque auferre. Locum autem præcipue habet evictio in emptione. Nam cum emptor non solum rem emptori tradere teneatur, sed etiam emptori præstare, rem habere, tenere & ulcupere licere, l. 15. §. 2. l. servas 30. §. ult. ff. de act. empt. ideo si res evincatur, merito emptori evictio nem præstatur: quæ præstatio pars est obligationis empti & venditi, l. in vendendo 66. ff. de contr. empt. l. 6. C. de evict. Cæterum & in aliis quoque contractibus evictio præstatur, ut in permutatione & in solutionum datione. De permutatione est textus in l. si permuto 29. C. de evict. Ratio est, quia permutatio emptioni ferè est similis, l. 5. ff. de rer. perm. Illa tamen differentia est, quod de re empti evicta datur

actio ex empto, d. l. 6. C. de evict. At de re permutata evicta datur actio præscriptis verbis, l. 5. §. 1. ff. de præscr. verb. Datio quoque in solutionum venditioni comparatur, l. 4. C. de evict. l. eleganter 24. pr. ff. de pign. act. l. 4. §. auctoris 31. de dol. mal. except. & ideo placuit etiam in datione in solutionum evictionem præstari, d. l. 4. C. de evict. atque et, cui res in solutionum data evincitur, utilem esse emptioactionem de evictione dari, d. l. 24. pr. de pign. act. d. l. 1. C. de evict. de quo tamen vide Cujacium lib. 19. obi. 39. Sed & in iudicio familiaritatis, quoniam rerum hereditariarum inter coheredes divisio quasi quædam venditio est, l. 1. C. comm. utriusque iudic. æquum visum est eos inter se evictionis periculum præstare, l. heredes 25. §. idem curare 21. ff. fam. ercisc. l. si familia. 14. C. cod. Et idem quoque obtinet in iudicio communi dividundo, d. l. 1. C. comm. utriusque iudic. Excipiuntur tamen nonnulli casus, quos hic recensere præter institutum est, vid. l. cum pater 77. §. evictis 8. ff. de legat. 2. l. 7. & ibi Bart. & DD. C. comm. utriusque iud. d. l. 14. C. famil. ercisc. l. si fundum 27. C. de evict.

Sed quid in hereditate vendita? Multum interest, utrum certæ quædam res hereditariae veniant, an ipsa hereditas. Priore casu venditor tenetur ex empto, ut eas res suo lumpsum & periculo persequatur, & vacuum earum possessionem emptori tradat, arg. l. 2. §. 1. l. 3. pr. ff. de act. empt. arg. l. 3. junct. auth. nunc si C. de litigios. item tenetur venditor, ut in singulis rebus hereditariis venditis præstet evictionem; quia quot sunt res, tot sunt evictiones eas evictum casus, l. 1. C. de evict. Posteriore autem casu si hereditas veniat, non tenetur venditor ullam rem hereditariam emptori tradere, nisi quam habet in suo potestate. Et rursum non tenetur in singulis rebus hereditariis præstare auctoritatem seu evictionem. Ratio differentie est, quia hereditas nomen juris est, & quæ hereditatem vendit, non vendit res corporales, quæ in hereditate continentur, sed jus successione, quod est incorporeale, atque hoc jus esse, id est, esse hereditatem, & se heredem esse, dolumque malum præstare tenetur, non etiam tradere corpora hereditaria, nisi ea quæ ad ipsum pervenerunt, vel quæ dolo fecit, ne ad se pervenirent, ita cape textum in l. qui filium. 14. §. 1. ff. de her. vel act. vend. Cæteras autem res hereditarias, quæ ad heredem non pervenerunt, nec dolo fecit quominus pervenirent, non tenetur emptori hereditas tradere, sed liberat præstare dolo & cedendo emptori earum rerum persequutiones, l. 2. §. 3. ff. cod. tit. Emptor autem eas suo

suo sumptu & periculo persequitur, l. 1. C. de evict. Et rursum si evincatur emptori, quæ tradidit illi sunt, venditor eo nomine de evictione non tenetur neque ab initio de evictione cavere sine reprobmittere cogitur, d. l. 1. C. de evict. ubi excipitur nisi nominatim convenerit, ut evictio rerum singularium præstetur. Donellus postulat in d. l. 1. Ratio est, quia si res, quæ evicta est, non fuerit hereditaria, nec venit, non enim plus aut minus juris habet emptor, quam venditor, l. 2. pr. ff. de hered. vel act. vend. Si autem fuit hereditaria, & per injuriam iudicis evicta est, non tenetur venditor, quia iniuria, quæ condemnatio facta est, potius apud illum manere, quam ad alium transferri debet, l. si per imprudentiam 51. pr. ff. de filiofustor.

Quod de hereditate vendita dictum est, id etiam obtinet, si quolibet aliud jus veniat, non corpus; veluti si veniat peculium servi, quod est nomen juris non corporis: item si veniat nomen debitoris, quod etiam juris est, ut syngrapha seu cautio. Et tamen venditor duntaxat præstare debet, ut sit peculium, vel ut sit nomen; item dolum malum, non etiam ut obtineatur aliquid, vel feratur ex peculio aut nomine seu actione vendita, l. 5. ff. de evict. l. 4. ff. de hered. vend. Et est textus optimus in l. si plus 74. §. ult. de evict. Unde nec beneficium, l. 2. C. de res. vend. locum habere in hereditate vel actione vendita rectè statuunt juris interpretes. Una hic exceptio est, nisi nominatim convenerit, quid quantumve in hereditate vel actione vendita continetur, atque ut id se præsteturum, ut obtineri possit, emptori venditor promiserit, l. 2. C. de evict. l. nisi 18. ff. de hered. vend. l. 5. l. si plus. C. 74. pr. ff. de evict. Quod si hereditatem vel actionem sibi non competentem vendidit, nullum dubium est, quin hoc casu evictionem præstare debeat per jura allegata.

Quid verò in donatione? Donatio emptioni plane dissimilis est, cum sit ex causa lucrativa. Itaque si quis rem alienam donavit, eaque donatori evicta est, non tenetur donator de evictione, etiam si id pacto comprehensum sit, sed opus est stipulatione, l. 2. C. de evict. quoniam odiosum est, donatorem ex sua libertate hanc molestiam pati, quamquam discrimen illud stipulationis & pacti moribus sublatum est. Eius autem donator de evictione circa stipulationem non tenetur, tamen si sciens rem alienam donavit nescienti, tenetur actione de dolo ad id quod interest, si donatarius sumptus fecerit in rem donatam, l. Aristo. 18. §. ult. ff. de donat. l. ad res. 62. ff. de adil. edit. bene Donellus ad l. 2. C. de evict.

Vinnii Quæst.

Eadem ratione, quia legatum species quadam donationis est, hæres tunc certæ legatæ, puta Stichus, evictionem non præstat, l. cum pater. 77. §. evictis 8. ff. de leg. 2. l. si à substituto. 45. §. 1. & 2. ff. de leg. 3. nisi testator sciens rem alienam esse, eam legaverit ab herede: quia ex conjectura voluntatis præsumitur testator heredem onerare voluisse periculo evictionis per l. Stichus 36. in fin. ff. de usufr. leg. Quod si generaliter res legata sit, puta servus, hic placet etiam heredem evictionem præstare, l. hæres 68. de evict. l. si domus 71. §. 1. ff. de legat. 1. Quod autem supra dixi donatorem non præstare evictionem, quoniam stipulatio de evictione non intercessit, id simpliciter procedit & verum est, sive à traditione, sive à promissione donatio intercessit. Nam donator ultro sine pacto rem donans & tradens, ea evicta non tenetur. Ergo nec nunc tenetur, cum ex pacto actionem, ut res traderetur, non autem ut ea evicta præstetur evictio, l. 35. C. de donat. Donell. ad l. 2. C. de evict. dissentit Caballin. de evict. §. 3. n. 3.

CAPUT IX.

An & quomodo senus differat ab usura?

Veteres usuram pro usu dixisse certum est, quia in significatione passim ea voce utitur Cicero, ne quis putet nimis casam, lib. 1. Tusculan. Natura, inquit, dedit usuram vite, tanquam pecunia nulla præstatura die Idem pro Robir. & Verrin. 7. usuram lucris 3. epist. ad Appianum Pulchrum, usuram temporis dixit, pro usu. Plautus usor usuraria, cuius usuram, id est, usum corporis ad tempus aliqui cepit. Idem in Trinamio; Nec adeo hunc senus mihi, nec usura mea, id est, ad usum meum. Et hac significatione creditor ipse usuram dat, nullumque mutuum est sine usura, id est, sine usu. Usura verò, quam debitor pro usu pecunie solvit, longè aliam notionem habet. Vectura vocatur merces, quæ pro vectioe natur, vel, ut latur, quæ pro onere ferendo accipiebatur Bajulus, per se. Mercatura lucrum de merce, ut notat Nonius. Similiter & usura est merces, quæ pro usu pecunie datur. Et observare licet veteres auctores, usuram de usu in numero singulari ponit usurpasse, usuras verò dicere maluisse numerum pluralitativo, quæ ob usum famelicis pecunie debentur, qui 74. Gracis. Cicero Verrin. 4. Quis enim hoc (Q)

fecit unquam, ut cum *Senatus publicanos usura* sepe *juvisset*, *magistratus* à publicanis pecuniam pro *usuris* auferat. *ausere* est qui pecuniam usura alicuius vendit, id est, qui pecuniam illi dat utendam. Usuras pro pecunia auferit, qui exigit mercedem pro utu pecunie. Usura igitur proprie loquentibus est *χρησιμότης*, usurae *τοκοί*. Hinc usurae trientes, quincunces, semisses, &c. Centesimas singulas dixit Cicero in *epistolis ad Atticum*, & binas centesimas s. *Verrin*. Ita bene & eruditè D. Salmastius, *lib. de usur. c. 4.* Ceterum usurae aut uturatum appellatione non tantum significatur ex quantitas que pro utu fœnoris pecunie solvitur, verum etiam ea que ex alia causa, quam mutui, ex conventionione aut mora debetur. Itaque sic rectè definitur usura, pecunia que pro usu foris, aut alias ultra sortem præstanda est. Sors hic significat quantitatem præstanti debitam, usurae sunt accessio foris, & idèd sublata obligatione foris & ipsa deberi desinunt, *l. tutor. q. 1. §. 1. ff. de usur. l. acceptum. 19. c. cod. l. 4. C. de compenf.*

Fœnus à sortu dictum putant Varro, Gellius, Nonius, quasi sortura quedam pecunie, ut Græci *τοκοῦ ἀπὸ τῆς τρυφῆς* dicunt. Doctissimus Salmastius loco supra citato dictum putat à Græco *τοκοῦ*, quod idem valet, quod *τοκοῦ* & probabilis est. Nam *τοκοῦ* non tantum pecuniam, sed etiam mercedem, pretium significat, sicut *τοκοῦ* & pretium pro pena proponitur. Terentius in *Andria*, *Ego pretium obstititum sero*, id est, pecuniam. Perfidie pretium, id est ultio, apud Ovidium. Nec verum est, quod fœnus sit fœtus pecunie, aut idem quod Græcis *βίος*, ut mox clarè demonstrabitur. Crediderunt Interpretes, atque inter eos etiam oculatissimi quique, usuram esse nomen generis fœnus speciei; & omnem quidem fœnus esse usuram; aut non contra omnem usuram esse, fœnus. Fœnus autem significat eam usuram, que accipitur pro mutuo: undè passim fœneratores appellantur, qui pecuniam dant mutuum sub usuris. Quamvis enim in specie fœnus hoc appellatur; tamen usuram quoque appellari, quasi hic fœnoris & usurae appellatio confundatur, *arg. l. 6. pr. & l. 7. ff. de naut. san.* ubi Paulus usuras maritimas appellat fœnus nauticum, arg. *rubrica*, que est de fœnore nautico. Eas autem usuras, que ex mora aut re ipsa debentur, nunquam appellari fœnus, nec qui eas accipiunt que pretium error est, fœneratores dici. Sed insignis hic Interpretum error est, quem dixerit Salmastius, *d. loc.* Extrema fœnus non simpliciter significat usuram pecunie creditæ, sed pecuniam creditam sub usuris, & aliterum sub usura contractum. *Διάρεσις τρυφῆς*. Usura est merces fœnoris.

Tacitus de morib. German. Fœnus agitatur & in usuras extendere ignotum, idèdque magis averfatur, quàm si vetitum esset. Idem *lib. 5. Annal.* ut debitoribus duas partes fœnoris solvere dicit, pro quo Suetonius in eadem re narranda, *artis alieni duas partes. Titulus* fit tractat de trajectitia pecunia, interceptus est de nautico fœnore non de nautico usura, & apud Græcos *πρωτοῦ τρυφῆς*, non *πρωτοῦ τρυφῆς*. Quare, quia in communi mutuo usura succellive currunt, & pro rata temporis solvantur fœrorum ab ipsa sorte, cum in trajectitia pecunia de sorte simul solvenda cum usuris in exitu navigationis fiat conventio. Nimirum totum fœnus simul solvebatur & semel, hoc est, foris ipsa cum usuris. Utique in *l. 3. C. de naut. san.* fœnoris nauticum fœnus, quod datum dicitur, non potest accipi pro usura nautica. Id enim dedit creditor, qui usuram dedisse dici non potest: & quod initio appellatur fœnus nauticum, postea dicitur pecunia fœnoris. Igitur nauticum fœnus est pecunia fœnerata sub usuris nauticis. Frivola autem illa collectio est, sub titulo de fœnore nautico fit mentio uturatum maritimum, ergo usurae maritimæ sunt idem, quod fœnus nauticum. Quare egius sub eo titulo non potest fieri mentio earum usurarum, quas fœnus nauticum parit? Res est clara, si fœnerari est *δανείζειν*, fœnus est *τὸ δανείζειν* & quidem *τοκοῦ* nam gratuitum est *δανείζειν*. Undè apparet verum esse quod modò dicebamus: fœnus non esse fœneratum pecunie, sed usuras esse fœnus & partus fœnoris, *τὸ τοκοῦ ἀπὸ τρυφῆς*. Ac neque in hinc locutionibus *fœnore dare*, *fœnore pecuniam occupare*, fœnus pro usura accipitur, sed pro mutuo fœnerari. Neque dicunt Latini pecuniam usura dare, aut usuras eam occupare: non enim est occupata usuris, sed credito, ut usuras pariat: rectè autem dicimus, credere pecuniam sub usuris, *δανείζειν ὑπὸ τρυφῆς*. Sic sumere pecuniam fœnore dicitur *δανείζειν*, ut *τοκοῦ* non sumerit usura. Sic locare pecuniam fœnore dicitur, qui credendo locat, ut mercedem, id est, usuram recipiat. Usura locare pecuniam nemo dixerit. In fœnore pecuniam habet, aut nummos in fœnore postos, qui eos habet in rebus creditis: neque enim in usuris tantum habere pecuniam existimandum est, sed etiam in sorte ipsa. Valerius Maximus *lib. memorab. 8. de Confidio* quodam. *Cum centies atque quinquagies seferret summam in fœnore haberet, neque de sorte quemquam debitorum suorum, neque de usura à suis appellari passus est.* Ergo fœnus & sortem & usuras comprehendit. Veteres dicunt: usurae trientes, fœnus trientarium. Usurae trientes sunt, que trientem cen-

tesimarum dant: fœnus trientarium, quod usuras trientes reddit: Sic fœnus unciarum, quod usuras uncias exigit. Tacitus *lib. 5. annal. Duodecim tabulis sanxit, ne quis unciario fœnore amplius exerceat.* Denique fœnus exercere dicimus; usuras exercere, dicere non licet. Exercemus terram, que colitur, ut fructum reddat: non exercemus fructus. Plura si quis desideret, adde Salmastium *lib. de usur. cap. 2.* planè non negamus interdum fœnus pro usura poni; sed cum id fit, tropica est locutio; quia nunquam fœnus est sine usura.

CAPUT X.

An & quatenus mora debitoris nocet fidejussori?

Omnès debitoribus, qui certam rem debent, liberari ejus rei incertum sine culpa eorum & ante moram ab his commissam contingere sepe responsum est, *l. 5. ff. de reb. cred. l. si extortati 23. ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de solut.* Ex contrario veterum regula est, moram perpetuare obligationem, licet casu sortuito res extincta sit: quod nanc habet sententiam, si res debita postea perierit, quam pro debitore stetit, quominus eam daret, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, *d. l. nemo 23. l. 32. §. 1. l. si seruum 91. §. 3. & seq. ff. de verb. obl.* ubi circa finem quatuor effectus ejus perpetuationis recenseantur, 1. quod adhuc res ipsa peti possit. 2. quod accepta ferri. 3. quod adhuc fidejussor ejus obligationis possit accipi. 4. quod possit novari, id est, in aliam obligationem transferri. Fidejussoribus quoque peritum moram facit & fidejussorem teneri, *l. si quis solvatus 24. §. 1. ff. de usur.* Sed quid verbis illis intelligit Jurisconsultus an quemadmodum ex mora ipsius rei obligatio licet augetur, ut usuras non teneri ex mora rei, nisi in eas quoque se obligaverit. Hinc quaeritur, quando fidejussor censetur etiam ad usuras se obligare? Et eundem si ad certam summam duntaxat se obligavit, in usuras se obligasse non videtur, *l. fidejussores 68. §. 1. ff. de fidejuss.* Quid igitur? Tunc in usuras quoque teneri fidejussor, cum vel expresse in eas quoque se obligavit, vel se obligavit in omnem causam, *l. quæro 34. pr. ff. locat. l. 5. C. de pœnitent. emp. & vend. l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad erv. part.* In omnem au-

sona fidejussor, *l. si de colonis 58. §. 1. ff. de fidejuss.* & hæctenus quoque moram rei nocere fidejussori, *l. mora rei 38. ff. de verb. obl.* quod & in cæteris accessibilibus obtinet, veluti in mandatore, & patre, qui de prelio obligatus est contractu filii, *l. cum filius 48. pr. d. l. si seruum 91. §. 4. & 5. ff. de verb. obl.* Quod si quis horum juris rationem quaerit, cur solliciti possint majus debitoris re perempta obligatio perpetuetur etiam in persona fidejussoris, inveniet illam apud Paulum in *d. l. 91. §. 4.* hanc nempe, quia in totam causam sponddit, id est, omnia que principaliter in obligationem deducta sunt. Atque hoc quidem, quod diximus, reo moram faciente obligationem perpetuari etiam fidejussoribus, omni dubio caret. De eo autem inter omnes non convenit: an sicut reus principalis ob moram in bonæ fidei iudicis usuratum quoque nomine teneretur, *l. mora, 34. §. 2. de usur.* ita & de his ob moram debitoris teneretur fidejussor? Sed hoc omnino negandum est, propter rationes subsecutas. 1. Quia ob moram aut culpam rei non oportet auferi obligationem fidejussori, ut discretè responsum est in *l. centum Capite 8. ff. de eo quod cert. loc. l. ult. ff. de fidejuss.* Atqui si fidejussor ex mora rei usuras præstare teneretur, augetur ultra fidejussoris obligatio propter moram contra d. textum. 2. Si mora rei obligaret fidejussorem ad usuras, teneretur fidejussor etiam ad usuras præstandas, quamvis ad eas se non obligavisset. Atque non teneretur fidejussor ad usuras, nisi ad eas quoque se obligaverit, *l. si mandator 8. C. quod cum eo qui in al. potest. ibi. Si re omnibus obligatus.* Igitur ex contrario, si te his omnibus non obligati non teneris. 3. *Arg. l. fidejussores 68. §. 1. ff. de fidejuss.* ubi negat Jurisconsultus fidejussores, qui in sortem se obligaverunt, in usuras teneri. 4. Ut alieno nomine conveniri potest, qui omnino pro alio se non obligavit, *l. nec intentio 23. C. de transact. l. pen. C. de ux. pro mar. l. 1. C. de fil. pro patr.* ita nec in qui pro alio se obligavit, ultra quam in quantum se obligavit, conveniri potest: quia hæctenus verum est, eum obligatum non esse: siquidem partis eadem ratio est, que totius, *l. quæ de rato 76. ff. de rei vind.* Ex his efficiatur, fidejussorem in usuras non teneri ex mora rei, nisi in eas quoque se obligaverit. Hinc quaeritur, quando fidejussor censetur etiam ad usuras se obligare? Et eundem si ad certam summam duntaxat se obligavit, in usuras se obligasse non videtur, *l. fidejussores 68. §. 1. ff. de fidejuss.* Quid igitur? Tunc in usuras quoque teneri fidejussor, cum vel expresse in eas quoque se obligavit, vel se obligavit in omnem causam, *l. quæro 34. pr. ff. locat. l. 5. C. de pœnitent. emp. & vend. l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad erv. part.* In omnem au-

tem causam se obligasse intelligitur, qui hoc modo fideiussit: *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit l. tantum fide tua esse jubet vel ita, indennem me prestabis l. d. l. quaro.* Quamquam non temper ad hoc, ut fideiussor in totam causam obligatus intelligatur necesse est, ut hujusmodi verba discretè exprimentur, de quo plura paulo post. Quòd si stipulatur creditor, qui quidam debitorum dare facere oportet, non in omnem causam, sed in presentem duntaxat obligationem spondisse fideiussor intelligitur. At si addat creditor, *oportebit me, in omnem causam fideiussio facta censetur, l. si stipulatus 76. §. 1. l. si a colono 89. ff. de verb. oblig. l. videmus 38. §. si actionem 7. ff. de usur.* Itaque pro re subiecta illud explicandum erit. Atqui in *d. l. si servum §. 4.* non quitur de utris aut accessionibus rei in obligationem deductæ; sed de re ipsa & condemnatione re post moram perempta faciendâ, nempe an interit rei, qui post moram accedit debitoris, liberetur fideiussor, nec ne, ut apparet ex ipso textu & §. præcedente. Adde quod de utris quæri non potest, nisi pecunia debeatur, nec de rei interitu, nisi certa debeatur species; cum nec quantitas debita perire possit. *l. incendium 2. C. si cert. pet. nec utrumque questio moveri, ubi non debetur quantitas.*

Eadem fere responsio est ad *l. si quis 56. §. 2. ff. de fideiuss. ibi in omnem enim causam acceptus videtur.* Ecce enim non dicit Jurisconsultus, fideiussorem in omnem causam obligatum esse simpliciter, sed addit, quæ ex remuneratione nasci potest. Unde apparet hoc referendum esse ad principalem obligationem, non ad accessiones ejus, ut hic fit sensus, fideiussorem se obligasse videri in casum tam consumptorum numerorum,

quàm extantium, id est, & accessionis, si pecunia fuerit dantis, & consumptionis, si aliena. Magis adversari videtur *l. amissi 52. §. 2. ff. de fideiuss.* ubi Papinianus ait fideiussoribus à colonis datos etiam ob pecuniam dotis prætorium teneri, id est, ob estimationem instrumentorum, quæ prædis sic attribuantur, ut dos suprà *l. 2. §. ult. l. Seta 20. §. 1. ff. de instrum. vel instrum. leg. Respondeo, Papinianum non loqui de fideiussore, qui in certam summam pro mercede locationis à colono præstandam intervenit, sed de eo, qui à colono datus est in causam conductionis, vel in conductionem simpliciter: qui perinde tenetur, ac si promississet locatorem indennem fore. Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fideiussor in omnem causam intercessisse videatur, & consequenter in utrasque quoque & alias accessiones se obligasse, necesse est in bonæ fidei contractibus nominatim hæc verba aut similia exprimeretur: *Indennem me prestabis, aut in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, &c.* sed fufficit simpliciter, verbi gratia, in causam conduci aut empti fidem suam adtraxisse cita mentionem certæ quantitatis, arg. *l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert. l. 5. C. de pact. intr. empr. & vend. nec mutat, in causam dicat, indennem, an in causam omnem sive universam; cum propositio indefinita secundum regulas logicorum æquipolet universalis. Non obstat igitur, quod apud Africanam & Ulpianum legimus, si tutor moram fecit, etiam fideiussores ejus nomine usufrum modici temporis teneri, *l. postea 20. ff. rem pup. salvo. for. l. 3. ff. de fideiuss. tut.* Nam stipulatio rem pupillilivam fore in omnem causam tutelæ interpositi intelligitur, & id omne continere, quòd in tutela judicium venit, *l. cum pup. 9. l. cum rem 11. ff. rem pup. salvo. for.* Nonnulli autem negotii facit species *l. pen. ff. ut leg. non. cav. ubi cum legatarii ab uno è duobus hæredibus, cum ab utroque legatum esset, facti legatorum nomine accipientes, & postea deficiente coherede portio ejus accrevisset promissori, ait Jurisconsultus in totum fideiussorem teneri, sicut & est solidum debere coepit: & si facta est post factò obligatione promissoris principalis atque & accessoria fideiussorum. Respondeo, quod jure accrevissent accedit & debetur, non venit ex mora, neque ex causa aliqua postea emergente, sed vi principalis obligationis: quia ea est conditio coheredum, ut qui ex his hæreditatem adit, cogatur etiam invitum cum onere recipere portionem deficientis, ne quis pro parte restatus, pro parte intestatus decedat, *l. ante §. his ita C. de caluc. toll. quæ de causa & fideiussorese casu obligatur, virtute nimirum principalis obligationis, non propter moram aut aliam novam****

causam. Unus adhuc scrupulus evellendus est, quem nobis inicit Ulpianus in *l. 1. §. bellissime 23. ff. de leg. non. cav.* ait bellissime queri, an stipulatio seu facilitatio legatorum nomine incrementum ex fructibus vel utris sentiat: & respondet rectè placuisse esse mora incrementum habituram, ut id, quod oportebit comprehendat. Sed animadvertendum est, hæc stipulationem esse prætoriam, ac proinde de mente prætoris legem accipere secundum *l. in conventionalibus 52. pr. de verb. oblig.* & hoc significat Ulpianus his verbis *ut id quod oportebit comprehendat, nempe etiam si verbum futuri temporis oportebit expressum non sit, sed præsentis duntaxat oportet, licet secus sit in stipulatione conventionali, in qua tuturum oportebit non subintelligitur, sed exprimi debet, ut omnis causa comprehendatur, l. si stipulatus 76. §. 1. l. si a colono 89. ff. de verb. oblig. D. Bachov. ad Treud. vol. 1. disp. 23. thes. 5. lit. D. & E.* respondet stipulationem legatorum cautionalem esse & inducere namque obligationis ex testamento: quo ratione fructum & usufrum bonæ fidei contra hæres naturam imiteri *l. usura, 34. ff. de usur.* Sed melior est prior responsio, quia posteriori perspicue obstat, *d. l. si a colono.* Est autem nostra de tota hæc questione sententia communi DD. consensu probata in *l. centum Capua 8. ff. de eo quod cert. loc. & l. fideiussores 68. §. 1. ff. de fideiuss.* quamquam singulari non tam planè & dilucide ab aliis explicantur. Alter ad præterea responderet Bronchoristius *cent. 4. assert. 34. rædènc.* an secus, lectorum judicio permitto. Ego aliorum navos lubenter prætereo, & extra quam si res, de qua agitur, id hæget, mortis mei non est aliena carperè.

CAPUT XI.

An solæ quæstiones facti sint objectum probationis?

IN probatione consistit potissimum momentum ad obtinendum jus nostrum quippe quasi quis delinuat, audiet illud Paulus in *l. duo sunt Titius 30. ff. de test. tut. non jus, sed probatio deficit.* Inanis enim est actio, nisi indubitate probationis fide apud judicem competentem liqueat, verum esse quod in judicium deducit. Omnis autem probatio nostra aut tabulis constat, aut testibus, e. *fortis ext. de verb. sign. sed ea aut directè est, cum scilicet id quod probare volumus, ipsis testimo-*

niis aut instrumentis continetur; aut obliqua, cum id, quod intendimus, ex tabulis aut testimoniis argumentatione colligimus: quarum illa *directæ*, hæc *indirectæ* dici potest. Atque ex hoc vel solo intelligi potest, quid ad quæstionem propositam respondendum sit nimirum non juris, sed facti quæstiones esse objectum sive materiam, circa quam veritatem probatio; siquidem jus probari instrumentis aut testibus non potest, sed sola facta. Imo juris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum est, *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor. certa autem & notoria non probari debent, sed allegari sufficit, C. evidenter ext. de accus. Mysing. 6. obs. 3.* Planè non negamus dubiam interdum esse legum sententiam, eamque conjecturis & argumentis eliciendam, sed hoc ipsi incumbit Judicibus, quippe quorum officium est, ut ubi de facto constat, ipse etiam non admoniti de jure discipiant, *pr. Inst. de offic. jud. Sed & pedaneis Judices de facto tantum, non de jure cogitantes, quod si de jure incidisset dubitatio, propterea aut Præsidis, à quibus dacti erant, consilium, non litigantium allegata iura debebant, *l. cum quom 9. §. 1. ff. de judic. Totum quidem illud in Judicis potestate est, ut statuat utrum facti sibi probatum sit id de quo queritur, an non, *l. 3. §. 2. ff. de testib.* ac hoc non ad juris, sed ad facti quæstionem duntaxat pertinet: solæ enim facti quæstiones in potestate sunt Judicis, non juris, *l. 1. §. 4. in fin. ad SC. Turpill. l. ordines 15. in fin. pr. ff. admunicipal.* Imo utque ad hoc non tenentur litigatores Judicis probare, quod juris sit ut contra Judex, si quid à litigatoribus eorumve Advocatis minus fuerit dictum, id supplere & proferre debeat quod sciat legibus & juri publico convenire, *l. ut C. ut qua def. adv. jud. suppl.* qui textus omnino ad ea pertinet, quæ juris sunt, non ad ea quæ sunt facti, ut & in ipso textu aperte dicitur. Hinc illud quod in Curis Galliarum celebratum refert Myringerus, *Vente ad factum, Curia novit jus.* Non obstat locus Pauli in *l. 5. pr. ff. de probat.* ubi ait ab ea parte, quæ dicit adversarium suum aliquo jure prohibuit esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere. Nam illic non de jure ipso, sed de jure partis agitur: nempe ubi quis negat aliquid id licere, quod jure communi omnibus concessum est; veluti si quis dicit aliquem jure prohibuit esse advocatorem, probare deberet prætulisse illicitam compendia iure exemptionis: non autem qui talia faciunt, advocatorem prohiberi, quod juris est, *l. 5. C. de postul.* Similiter, accusator à Titio factoris alieus, a quo prohibuit esse accusatorem, propter causam aliquam, de quibus in *l. 8. ff. de accusat.* Si Titius id neget, meum erit pro-**

bare, non jus, quod certum est & notum, sed factum ipsum, puta turpem quaestum, infamiam, &c. adversarii. Omnes possunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiosum. Senatusconsulto Macedoniano. Itaque si quis à creditore conveniis dicat se non potuisse mutuum accipere propter Senatusconsultum Macedonarium, is non debet probare Senatusconsulto cautum esse, ne cui, qui filiosum mutuum pecuniam desic, actio petitiōe detur, sed se esse filiosum. Ipse autem Judex statuet, quid juris et tanquam filiosum ex Senatusconsulto competat. In summa cum de jure partis controversia est, in quaestionem facti res incidit. Facemur equidem jus aliquando inter Advocatos esse controversum, dum ille hoc, alter istud aut esse juris certi: sed quod sic certi & explorati juris, Judex non ex probatione Advocatorum, sed ex tabulis publicis & corpore juris dicere debet, *pr. Inst. de offic. jud. l. un. C. ut quaes. adv. part. in quam rem & Aristoteles l. Rhet. 1. §. ἀνακριν, inquit, ἡ ἀδύνατος ἀποδοῦναι δίκην δίκης ἀδύνατον. καὶ ἡ ἰσχυρὴ ἀποδοῦναι τὰν ἀδύνατον.* Quod si quaeratur de communi DD. opinione, quam plerumque Judices in judicando sequuntur, hic etiam facti quaestionis speciem res induit, haud secus quam consuetudo facti esse dicitur, & probanda est, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in statu judiciali probatione utuntur: sed palam est eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id, quod dicitur, sive id in jure consistat, sive in facto. At nos probationem accipimus, quasi ad factum conjecturalem duntaxat pertinet, cum quaeritur de facto, non de jure. Et hoc dicitur, cum quaeritur, quid probari debeat, an omnia id, de quo disputatur, sive facti sit quaestio, sive juris, is cui incumbit probatio, Judici probare censeatur, & nisi probet, sententia contra eum sit forenda, facti tantum probationem ei incumbere, non etiam juris: probatoque facto ipsum Judicem depicere debere, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus proditum est, *pr. Inst. de offic. jud. Quod si probationem accipiamus, ut Rhetores faciunt, pro quavis confirmatione ejus quod dicitur, etiam ubi de jure disputatur, probatione utimur, id est, allegatione juris. Quis enim ignorat etiam in statu judiciali multa afferri solere, ut probetur aliquid jure factum esse, aut fecus? Ceterum ad victoriam rursus id necessarium non est, cum ipse Judex ubi de facto constat, etiam non admonitus de jure dispicere debeat, ut jam aliquoties dictum est. Enim verò hæc ita obtinent & vera*

sunt, cum de jure scriptio quaeritur. Aliud autem dicendum est, cum agitur de jure non scripto sive consuetudine. Nam quicquid iudicis allegat, eam probare solet, aut rebus iudicatis censendum *l. cum de consuetudine 34. ff. de legib. aut per turbam sive testes conglobatos, ut hodie fit in Curia de quo polchre Ant. Faber, Cod. suo forensi. de testib. desin. 3. & 14. Nemp cum consuetudo sensum tacito utentium contenta introducatur, necesse est consentus in ea factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo est, probari quoque debet. Plane si contra sit consuetudo & notoria, juxta eam iudicandum est, quamvis ne allegetur quidem, Gall. 2. obs. 31. Myning. 6. obs. 41. & seq. Diod. Tulden. in C. qua sit long. consuet. Welenb. par. ff. de probat. n. 7.*

CAPUT XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla sit per rerum naturam probatio?

Quod passim legitimus actorem, quod intendit, probare oportere, eo non probante, reum, est nihil ipse præstat, absoluti *l. quatenus 18. l. verius 21. l. ante omnia, ff. de probat. l. 3. l. actor. 23. C. eod. l. 4. C. de eod. l. 9. C. de oblig. & act. id quidem verum est, quando reus id, quod actor asseverat, simpliciter inficiatur, & ita capiendi sunt illi textus. Ceterum cum reus ad defensionem suam depulsionem aut exceptionem utitur, ejus quod dicit, probatio ipsi reo incumbit, actor contrarii probatione non oneratur: veluti si reus dicat se solvissse, sibi accepto latum esse, delo malo se inductum, quantum esse ne actor peteret, &c. *l. 1. C. de probat. l. quatenus 18. §. 1. & l. seq. pr. ff. eod. l. 1. ff. de excep. l. 1. §. 1. & l. seq. pr. ff. eod. l. 1. ff. de probat. Erratio est, quia factum negantis quatenus negat, per rerum naturam nulla est probatio, *l. actor. 23. C. eod. tit. l. asseveratio. 10. C. de non num. pecun. Non igitur ordo judiciorum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam male putant; sed quomomni probari possit obstat rerum natura, id est, vis ac potestas rebus à natura auctore, id est, à Deo indita, quæ est immutabilis. Finge viginti vel centum testes dicere se non vidisse mihi numerari pecuniam; non tamen hoc probatum est: potest enim nihilominus verum esse me pecuniam so-***

cepisse. Hinc vulgò Doctores aiunt, pluris esse unum testem asserentem, quam viginti negantes. Atque idem dicendum est de instrumentis, quæ nihil exhibent nisi puram negationem super eo negotio, de quo lis est. Ceterum hæc ita se habent in mera & simplici facti non limitati negatione. Quod si factum, quod negatur, sit loco & tempore circumscriptum, aliud est, & talis negatio probari poterit: veluti si negam Lugduni mihi numeratum esse Calendis Januarii, hæc negatio certo tempore & loco circumscripta est: & impletio ejus probatio, si probem me eo die Lutetia fuisse, *l. optimam 14. C. de contr. & committ. stipulat. §. item verborum 11. Inst. de inat. stipul. & utroque Gloss. & DD. nec dissimilis est species, *l. 2. C. de err. adv. nec negatio restricta est ad certam scripturam, unde error libellionis probari potest. Et tamen ne hic quidem, si rem bene expendamus, negationem probat, quatenus nego, sed quia prius aliquid pono & assero, ex quo id, quod nego, per consequentiam necessarium efficitur. Itaque illud adhuc manet, & perpetuo verum est factum negantis; quatenus solum negat, naturali ratione nullam esse probationem. Quod si prius aliquid asserat & probet, undè id quod negat, per consequentiam rectè colligatur, jam non probat, quatenus negat, sed quatenus asserat. Atque hoc non tantum uno illo & altero, quem diximus, casu contingit, sed & pluribus aliis. Finge heredem negare, quod legatarius asserat, bona defuncti fuisse ad legata integra salva Falcidia exolvenda, in hac quaestione disertè respondent est hæredi probationem incumbere, *l. sum de lege 17. de probat. At quomodo hæres hic probat, quod negat? Non potest dividere, sed potest per consequentiam, ostensa prius quantitate legatarum & patrimonii defuncti. Postea tamen hæres ex libris rationum facile docere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, si negem aliquem heredem aut dominum esse, poterò id probare, sed ita demum, si ostendam hereditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotiescumque negotiationis dari potest concludens ratio, tunc ea implicite, ut loquuntur, continet asseritionem, ac implet, ut planius loquar, vi & effectu asseritionis quædam est, non pura & pura facti negatio. Ur ecce, si filius neget se in potestate patris esse, vi ipse asserat, se esse sui juris, & hoc probare potest, nemp si doceat se à proavo, aut avo paterno esse emancipatum, quæ probatio propterea etiam à filio exigitur, *l. si filius §. ff. de probat. Huc item referenda negatio quam Interpretes appellant negativam juris & qualitatis; exempli gratia, si negem Titium testamen-****

tum facere potuisse, quam negativam juris vocant, id probare debeat, & possim, si ostendam esse filiosum. Si negem posse esse procuratorem, id probabo, si militem esse ostendero. Si negem testatorem mentis competentem fuisse, quæ Doctoribus qualitas negatio est, mihi negatio hæc probanda, & impletur intentio, si doceam furiosum fuisse, *l. 5. C. de Codicill. Item si negem emancipationem ritè factam esse, id probare debeo, *l. 5. §. 2. ff. de probationibus. Si simpliciter negarem factam esse, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne posset quidem imponi, quia facti indefinitis negatio probari nequit: Sed cum nego emancipationem ritè factam esse, hæc est negativa qualitatis, eamque probare possim & debeat, quia pro actu legitimo & coram magistratu celebrato præsumptio est, omnia debito modo peracta esse, *arg. l. 4. C. de jur. & sibi. l. 2. C. §. ff. adv. rem jud. Huc etiam pertinet species, *l. non nudi 14. C. de probat. nam qui negat Titium esse filium suum, id probare potest ostendendo esse alienum. Hæ autem negationis non sunt negationes juris constituti, quod probatione non indigere superiore quaestione ostendimus; sed negationes ejus juris, aut qualitatis, quod vel quam pars adversa sibi competere asserit: ac prout negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, idèd hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur, *l. 5. pr. ff. de probat. quod est facti, & qui id negat, factum negat, & res in quaestione facti incidit, ut superiore quoque capite demonstratum est. Deinde nec re ipsa sunt negationes, sed asseritiones. Qui negat emancipationem ritè factam esse, vi ipsa air emancipationem esse virtuosam & jure prohibitam. Qui negat se idoneum esse Procuratorem, asserit se jure prohiberi Procuratorem esse. Qui negat testatorem sanæ mentis fuisse, asseverat eum dementem fuisse aut furiosum. Et idèd qui hoc dicit, probare debet, non quia verbis negat, sed quia re infirmat. Et in univertum hoc tenendum est, negationem aut asseritionem non ex verbis rei sed ex intentione actoris asserendam esse: ut si neget reus, quod actor intendit, verè negare dicatur, etiam si utatur verbis asseritivis, veluti si actor intendat se dominum esse, possessor contra se dominum esse dicat, cujusmodi species proponitur *§. 1. Inst. de action. his verbis possessor asserit, me dominum esse, re negat actorem esse dominum, quia ejusdem rei quod in solidum dominum esse non possunt. Quod si reus non simpliciter neget intentionem actoris, sed adversus ejus intentionem prius aliquid asserat ad sui defensionem, quamvis utatur verbis negativis, asserita******