

in princ. & num. 7. & 2. Zalus num. 1. & num. 12. 13. & 14. Imola num. 22. Rebuff. in Constitut. Regni tom. 1. tract. de l*itteris obligat.* art. II. gloss. 1.

4 Capta vero pecunia pro pignore, puto distinguendos duos casus. Primus est, quando praecedit citatio ante captionem pecunia numerata jure pignoris, quod diximus *precedenti disputatione*, n. 25. contingere de jure Neapolitano, quo attento praecedit captionem pignorum mandatum de parendo sententia, aut mandatum de solvendo cum comminatione executionis, quod intimatur reo condemnato, & re vera hac est citatio ad executionem. Quo casu si debitor statim post intimationem, seu citationem allegat exceptiones legitimas contra sententiam, aut instrumentum, quo minus executioni mandentur, audiendi est; sin minus, sibi imputet, dum patitur procedi ad pignorum captionem, tunc enim inventa pecunia penes ipsum debitorem, vel penes alium, quem tamen sit debitorem, potest servari opinio Coleri, ut statim pecunia convertatur in rem judicatam, & solutionem debiti, consignando illam creditori, nullo alio expectato, & sic peragatur executio. Et apud Tribunalia Neapolitania eo jure utinam, ut petentibus creditibus post praecedentia decreta de solvendo comminata executione, pecunia debitoris etiam existens penes tertium, aut in Banco, vel destinata, ut eidem debitori solvatur, & ad eum effectum deposita ab aliis ejusdem debitoris debitibus, statim libetur ipsi creditoribus in extinctionem sui crediti, cui praxi consonat Paul. in d. l. à Divo Pio, §. Sic quoque in fin. principii, ante num. 1. ff. de re jud.

5 Secundus casus est, quando nulla praecedit citatio ante captionem pignoris, sed inaudito, & inconsulto debitore pignora capiuntur, inter quae inventur pecunia numerata penes debitorem, vel ad debitorem pertinens penes Bancum, aut alium tertium deposita, quod diximus *disp. preced.* n. 27. contingere juxta iura Castellæ. Et hoc casu praedicta pecunia capienda est pro pignore judiciali, si inventur penes debitorem, vel sequentia de ea est penes tertium, donec executio peragatur. Et quamvis tunc omittende sint substaftiones, quæ superflue sunt in hoc casu, ut dixi supra n. 1. (non enim sunt tam de substantiali forma executionis, quin omitti possint, ut omittuntur quandoque cum debitor renunciat substaftioni, & proclamatibus, ut adnotarunt Hævia Volano in Curia Philipp., cap. 2. par. 8. n. 8. Rodrig. de executione, cap. 5. num. 81. Paz in prax. 1. tom. 4. par. c. 2. n. 39. tametsi tunc eorum termino gaudeat, ut idemmet adverterunt) nihilominus citandus est debitör ad sententiam ultimam addictionis, ut possit se executioni opponere, & adversus eam legitimas exceptiones allegare intra triplex a citatione, & probare intra illorum, quod diximus, decem diuersum spatiū, *disputatione precedentis* n. 29. Potest enim allegare, pecuniam penes se reportant esse depositam, & ad alium pertinere, nominando dominum, ut in leg. 2. Cod. ubi in rem actio, & in cap. quoniam frequenter, §. Quod si super rebus, & ibi gloss. verb. Immobilibus, ut lite non contest. Quod si se non opponat, aut opponat, & exceptions allegatas non probaverit, sententia proferenda erit, qua pronuntietur, non quidem esse vendenda bona capta in causam judicati, siquidem pecunia vendi non potest, sed ex illa esse satisfaciendum creditori. Et hac sententia prolatâ pecunia statim convertetur in causam judicati. Ratio autem differimis inter istos duos casus est manifesta, quoniam in primo cum sit citatus debitör ad executionem ante capta pignora, haber facultatem proponendi contra ipsam quilibet legitimas exceptiones sibi competentes; quod si eas non proponat, sibi imputare potest, quod visus sit nihil opponendo executioni acquiescere. In secundo vero casu cum debitör ante captionem pignoris non citetur, gravaretur si subito captum pignus converteretur in solucionem debiti, denegata ei facultate proponendi contra executionem exceptiones, si que competunt: cui gravamini ne detur locus, omnes Doctores senserunt, ut notavimus *precedenti disputatione*, n. 24. esse necessarium, & praecise citationem rei ante perfectam executionem requisitam, uno, vel alio tempore, qua non praemissa iudicium executionis corrure.

6 Neque objicit quis, videri recedere nos in multis à forma executionis à lege prescripta, tam de jure communi, quam de jure Castellæ, juxta quod d. *disput. precedenti*, n. 27. de forma sua itali executionis est or-

do traditus in l. 19. tit. 21. lib. 4. Rec. Nam respondentium est, legem, quæ ad ea, quæ frequentius accidunt, non ad causas singulares adaptatur, l. ex his 4. l. nam ad ea 5. de legisbus, non prescripte formam executioni factæ in pecunia, quæ raro accidit. Quis enim credit, debitorum, qui pecuniam habet pro manibus, velle se apparitorum molestiis subjiceret, patique executionis impropria, cum facile possit se à debito liberare? Sed solum prescripte formam executionis, quæ fit in bonis, & pignoribus debitörum; ex quorum venditione, & pretio satisfaciendum est creditoribus, quemadmodum in d. l. à Divo Pio §. In venditione, non prescriptur quoque forma exequendi sententiam latam in actione reali, qua jubetur conveniens restituere rem possessem actori. Verum ex similitudine illius executionis colligimus, quid observandum sit in aliis executionibus ibi non comprehensis, l. non possunt 12. l. nam ut ait 13. ff. de legib.

SUMMA DISPUTATIONIS TERTIAE.

- 1** Distinguendi sunt plures casus, & disputatio est difficilis sententiarum varietate, in eaque Doctores confuse sunt loquuti.
- 2** Proponitur primus casus.
In obligatione facti post moram succedit obligatio ad interesse, ib.
- 3** Interesse in obligatione facti non solum est in facultate solvendi, sed etiam in obligatione, & per consequens potest peti, ib.
- 4** Cum obligationi facti accedit juramentum, obligatus compellit facti facere.
- 5** Obligatio ad factum, qua procedit ex mero iudicis officio, facit, ut quis compellatur facere factum.
- 6** Secundum compellitur capitis pignoribus, & indicta multa, seu pena.
- 7** Senatori Romani sic cogebatur adesse Senatum, ib.
- 8** In Regno Neapolitano cives Neapolitani compelluntur indicta multa obediere iudicibus.
- 9** Et non obstat eorum privilegium, ib.
- 10** Ob utilitatem publicam privilegia revocari possunt, ib.
- 11** Penna, aut multa debet esse proportionata facto, quod precipit, & delicto, pro quo imponitur, ib.
- 12** Tertio compelli potest quis facere per delegationem auctoritatis, nisi faciat.
- 13** Iudex supplicare potest prestante assensu actui, si ille, qui prestare tenetur, monitus reculer.
- 14** Quomodo sit exequenda obligatio facti adversus plures heredes debitörum defuncti, remissivè.
- 15** Agitur de secundo capite principaliter, quando vel debitör non potest compelli facere, aut creditor vult potius interesse, quam factum.
- 16** Quando obligatio nihil expresse continet in casu non facti, multi sentiunt, non posse executioni mandari pro interesse.
- 17** Alii contra sentiunt probabilitas.
- 18** Taciti & expressi idem est iudicium, ib.
- 19** Verum dubius modis limitanda est ista sententia.
- 20** Primo, si tacitum deducitur necessario ex expresso, non contingenter. Secundo, si vis executiva concedatur instrumento simpliciter, aut secundum omnia in eo contenta, secus si concedatur instrumento secundum eius tenorem.
- 21** In usu Regni Neapolitani distinguendus est usus liquidandi instrumentum via Ritu, ab usu exequendi virtute pacti executivi, ib.
- 22** Sententia, & instrumenta possunt executioni mandari, non solum quoad expressa, sed etiam quoad tacita.
- 23** Iudex non potest impartiri officium suum, nisi potest. Quomodo potest creditor executionem obligacionis ad factum, ib.
- 24** Quando in casu non implementi promittitur pena, vel interesse certum, datur executio pro interesse, vel pena.
- 25** Factum est in facultate solvendi etiam post moram, ibid.
- 26** Cum obligatio facti continet certum interesse, aut pennam, contractus non est suspectus: secus si adiceretur interesse, vel pena certa solutionis quantitatis, & tunc interesse egeret ulterior probatio, ib.
- 27** Cum obligatio facti adiicitur interesse, vel pena illiquida, multi sentiunt, non posse executioni mandari pro interesse, vel pena.
- 28** Alii sentiunt contra.
- 29** Executio non potest perfici, nisi praecedit liquidatio, & in hoc conveniunt duo praecedentes sententiae.
- 30** In quo differunt, ib.
- 31** Pendente iudicio super liquidationem, an possit carcerari debitör, & pignora capi, ib.

Con-

- 32** Contractus, vel instrumentum, aut statutum, quod stetur declarationi creditoris quoad quantitatem interesse, intelligitur, nisi probetur contrarium ab adversario, ib.
- 33** Una probatio recipit meliorem probationem in contrarium, ibid.
- 34** Pactum inter contrahebentes, quod stetur declarationi simplici, vel iurata creditoris, circa quantitatem interesse, an valeat, ib.
- 35** Quartus casus proponitur, & quid in eo servandum quoad executionem.
- 36** Contractus quando dicatur initium sumere à conditione, quando à dispositione, ib.
- 37** Quintus casus de obligatione alternativa.
- 38** In obligatione alternativa electio est debitör, ib.
- 39** Utrumque ex alternativis est in obligatione, sed unum solum est in solutione, quod debitör elegit, ibid.
- 40** Distinguuntur duo capita principalia examinanda.
- 41** Diversa sunt remedia in iure, quibus debitör compellitur facere quod promisit, & quid in Regno Neapolitano.
- 42** Debitor compellitur facere quod promisit, per carcerationem, ibid.
- 43** Secundo compellitur capitis pignoribus, & indicta multa, seu pena.
- 44** Senatori Romani sic cogebatur adesse Senatum, ib.
- 45** In Regno Neapolitano cives Neapolitani compelluntur indicta multa obediere iudicibus.
- 46** Et non obstat eorum privilegium, ib.
- 47** Utilior est secundus modus practicandi executionem instrumenti illiquidi, quam primus.
- 48** Exemplum de casu, quo peritur executio sententie, cuius appellatio est deferta.
- 49** Cum contractus incipit à conditione, pro quantitate certa promissi conceditur executio.
- 50** Cum obligatio facti est alternativa, petitur alternativa executio pro facto, aut quantitate.
- 51** Judex tunc presigit terminum, quo debitör eligat quid vellet solvere, & eo non eligente amittere facultatem eligendi, & ea devolvere ad creditem, neque debitör poterit purgare moram, quæ non integra, ib.

D I S P U T A T I O III.

Quomodo sit facienda executio obligationis ad factum?

- D**ifficilis est admodum proposita quæstio, casuum diversitatem, & sententiarum varietatem, in qua Doctores confusim loquuntur: Ut vero procedamus clarius, plures casus sunt distinguendi.
- Primus casus est, cum quis est obligatus ex instrumento guarentigio ad faciendum aliquid, vel ex sententia transacta in iudicatum, & potest facere id, quod promisit, vel quod ei praecipitur; verum in obligatione, aut pracepto nihil ultra additur, obligando se, si non faceret id quod promisit, ad aliquam pennam, aut ad damnam, & interesse stipulatoris, aut creditoris. Verbi gratia si quis se obligat ad scribendum librum, vel adificandam domum, nihil ultra addendo. In quo casu communis est Doctorum sententia, in obligatione facti post moram succedere obligationem ad interesse, & non posse reum compelli facere, sed liberari solvendo interesse. Id probatur optimis textibus in leg. si quis ab alio 13. §. si quis promiserit sibi de re iud. in l. in stipulationib. 54. §. operarum, in leg. stipulationes non dividuntur 72. in princip. in versic. Celsus in lege cum stipulatus sum mihi o Proculle 113. §. ult. ff. verb. obligatione sentiunt Dinos in cap. mora 25. n. 5. de reg. iur. in 6. Bartol. in d. l. stipulationes non dividuntur, in princip. ex n. 36. Joannes de Imola n. 1. & 2. & ex num. 15. Romanus num. 3. & ex num. 80. Raphael Cumanus ex n. 33. Alexand. ex n. 27. Jas. ex n. 6. & ex num. 32. Alciatus ex num. 69. Paulus in eadem lege stipulationes non dividuntur, in §. Celsus num. 4. & in dict. §. si quis promiserit, num. 1. Alexander ibi, num. 1. & 2. Jafon. n. 1. & 4. & in leg. si pecuniam 5. in princ. n. 23. ff. de condition. cas. dat. & in §. actionum num. 47. & in §. item si quis, n. 12. infit. de action. Antonius Gomez tom. 2. variar. cap. 10. n. 22. Colerus de processibus executivis par. 3. cap. 1. n. 44. Valascus confut. 164. n. 12. Cevallos in speculo practic. quæst. 62. ego dixi supra tit. 1. disp. 2. question. 8. sectio 2. num. 1021. ubi allegavi Covarr. Bernardum Diaz, Manticam, Gratianum, Parladorium, Gutierrez, & Matienzum. Rationem reddunt Alciatus, & Anton. Gomez ubi supra, & Rebuffus statim referendus n. 15. & 16. quoniam mihi non sat satis placeat. Est autem advertendum in obligatione facti interesse non solum esse in facultate solvendi, quemadmodum videbarur insinuari in d. l. si quis ab alio, §. ult. & in d. l. stipulation. §. Operarum, sed etiam in obligatione, ac per consequens peti posse, ut notat Bartol. in d. l. stipulationes non dividuntur n. 12. & 37. Cumanus n. 33. & 40. Paulus ibi, in §. Celsus n. 1. & 4. & in d. l. si quis ab alio, §. ult. n. 1. & 2. Jafon. ibi, n. 3. Rebuffus in receptione leg. unice, C. de sententia, quæ pro eo quod interest inglossa verbi, in aliis, n. 1.

Hæc

3. Hac tamen resolutio, quæ pro regula habenda est, patitur plures limitationes, ex quibus solum enumerabimur celebriores, & ad usum magis accommodatas. Primum limitanda est, cum obligationi ad factum accedit juramentum, tunc enim obligatus ad factum compellitur præcisè facere propriejuramento reverentiam, quod semper servari debet, dum non vergat in dispendum salutis æternæ, cap. cum coniungat 28, de juri. iur. c. quoniam p. 2. de partis in 6. Ita sentit Accursius in l. si pecuniam in princip. verb. Necesse habeas, ff. de condic. caus. dat. & ibi, Jafon. n. 23. Romanus in dict. leg. stipulations non dividuntur in princip. ex num. 69. Alexander n. 27. Alciat. pum. 85. Jafon. n. 33. & in d. item si quis. num. 12. & in 8. actionum, num. 4. insit. de actionibus, Gomezius in 8. item si quis postulant, n. 7. insit. codem titulu. Decius in cap. 1. num. 128. in 1. lectura de judiciis, Matesilaus singulari 54. Anton. Gabriel lib. 2. commun. titul. de jurejurand. conclus. 8. Covarr. in dict. cap. quoniam p. 2. part. 1. §. 4. num. 11. Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 1. tit. 32. num. 4. Anton. Gomez ubi supr. vers. quartus casus. Gutierrez de jurem. confirm. 1. part. cap. 39. num. 6. Seraphinus de privileg. jurem. privilegio 74. ex num. 2. Cevallos dict. quæst. 62. num. 3. Molina de justitia. tract. 2. tom. 2. disp. 562. num. 4. circa fin.

4. Secundo limita, cum obligatio facti descendit ex re jucdicata, nam tunc obligatus ad factum compellitur præcisè facere, ne decreturne judicis redditum elisorium. Hanc limitationem tradit Baldus in lege qui restituere 68. in 1. lectura num. 6. In eadem glossa ibi, Sicut in re vendita, & in 2. lectura num. 5. in fin. ff. de re i. venaicat, per textum ibi, & in 1. unica. num. 62. C. de sentent. que pro eo quod interea Angelus in d. leg. qui restituere, n. 4. & in dict. leg. stipulations non dividuntur 72. in 8. Celsus n. 2. Paulus n. 4. Romanus in eadem l. in princip. n. 72. Joannes de Ipolo n. 16. in fin. Alciatus num. 84. ff. de verborum oblig. Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 10. n. 22. verit. Quintus casus. Fabian. de Monte tract. de empt. & vendit. quæst. 6. principali. num. 40. Parladorius lib. 1. rerum quæst. 6. §. 2. num. 4. & 5. Mantica dict. tit. 32. num. 13. Seraphinus dict. privilegio 74. num. 3. Ludovicus Gomezius in 8. item si quis postulant. num. 7. insit. de action. Eadem limitationem confirmat de jure Castellæ, leg. 5. tit. 27. p. 3. & ibi notat Gregorius gloss. 3. & Emanuel Suarez ad Anton. Gomez dict. cap. 10. n. 22. litt. L. ad verbum, istam etiam dicit communem opinionem, circa finem additionis.

5. Vetus limitationem istam, quæ aperit est contra sententiam Bartoli in d. l. stipulations, n. 41. reprobat Alexander, ibid. num. 28. Imola tamen num. 16. & Romanus num. 72. quos sequitur Mantica dict. num. 13. sublimitant, ut sit intelligenda solum de obligatione facti, quæ descendit ex mero judicis officio, sicut contingit in restitutione rei, quando agitur rei vindicatione, ut in casu textus in d. leg. qui restituere, ff. de rei vendic. Non vero de obligatione facti, quæ descendit ex conventione contrahentium præcedente, etiam si postea accedit sententia, vel decretum judicis; nam ita obligatus non compellitur præcisè facere, sed liberatur solvendo interesse, juxta regulam superiorum traditam, ut probat textus in l. miles 6. §. decem, ff. de re iudic. cum aliis adductis à Romano. Cui limitatione, rametsi subobscure, videatur se subserbere Raphael Cumanus in d. quæst. stipulations non dividuntur, n. 40.

6. Tertius limita, quando quis obligatur ex instrumento guarentigio ad aliquid faciendum, nam compellitur præcisè facere, & non liberatur solvendo interesse. Ita sentit Baldus in leg. 1. num. 62. C. de sentent. que pro eo quod interea, Jafon. in leg. certi condic. 9. n. 20. ff. si certum petatur, Decius in cap. 1. in 1. lectura, n. 128. & 129. de iudicis, sequitur Parladorius lib. 1. rerum quæstianar. cap. 6. §. 2. num. 8. limitationem istam maximè commendans. Rationem reddit Baldus, quoniam instrumentum guarentigium haber vim sententia in judicatum transfeuntis. Sed sententia obligat præcisè ad factum. Ergo & instrumentum guarentigium.

7. Hoc tamen limitatio similiter est contra Bartolum in d. l. stipulations 72. num. 41. & patitur easdem difficultates, quas precedens. Etenim si falsum est, sententiam obligare ad factum præcisè, cum præcedit contractus, falsum etiam erit, obligatum ad factum ex instrumento guarentigio præcisè cogendum, ut faciat, siquidem sic obligatur ex conventione.

Quarto limita, attento jure Canonico, nam de ejus

æquitate obligatus ad factum compellitur præcisè facere, Ita sentit quoniam non satis firmiter, Ludovicus Romanus in dict. lege stipulations non dividuntur, in principio n. 77. Jafon. num. 33. Panormitanus in capit. veniens 16. num. 7. & 9. de jurejurando, Antonius Burgos in repet. Rubr. n. 4. & 5. de empt. & vendit. Covarr. in Repet. cap. quoniam p. 2. de partis in 6. Rebus in repet. leg. unica. Cod. de sentent. que pro eo quod interea, inglossa verbi in aliis. n. 19. Gregorius Lopez in leg. 3. tit. 14. par. 5. glossa 4. Gutierrez de jurem. confirm. 1. part. cap. 39. num. 4. Matienzus in l. 2. tit. 16. lib. 5. Recopil. gloss. 6. n. 2. Molina de justitia. tract. 2. tom. 2. disp. 562. n. 4. Probat hanc limitationem. Primo ex textu in cap. 1. & cap. qualiter 3. de partis. Secundo ex eo, quod apud Deum paria sunt fides, & juramentum, cap. juramenti 22. quæst. 5. cap. ad aures 3. de iis, qua vi, metusque causa. Angelus in l. non erit 5. sed & si quis. ff. de jurejurando. Alexander in l. si quis major 61. n. 16. Jafon. num. 28. Padilla ex num. 33. C. de transact. Felinus in c. 2. ex num. 15. de sponsalibus Covarruv. in dict. cap. quoniam p. 2. part. 1. §. 2. num. 1. Petra de p. 2. Principis cap. 20. ex n. 23. Surdus dec. 139. n. 20. Gail observat. pratic. lib. 2. obser. 59. num. 1. Ex juramento autem obligatus compellitur præcisè facere, ut adnotavi supra n. 3. Ergo etiam obligatus ex fide, juxta æquitatem Canonican, quæ respicit sinceritatem juris naturalis, incorruptamque fidelitatem, quæ in seruanda constanter vera fide consistit.

Quintu limita, attento jure Castellæ, veteri, & novo, nam eo jure obligatus ad factum compellitur præcisè facere; ut probat de jure veteri ex l. 1. tit. 27. par. 3. & l. 1. leg. 35. tit. 11. l. 3. tit. 14. par. 5. & de jure novo ex leg. 2. tit. 16. lib. 5. Recopil. Atque ita sentit Gregorius Lopez in d. leg. 3. gloss. 4. Ubi notat, dictam legem Partita approbat. opinionem Martini de Fano Doctoris antiqui, quem refert ab eo recedens, Bartol. in d. l. stipulations non dividuntur, num. 36. Qui dicebat, attento etiam iure communi obligatum ad factum compellendum præcisè facere, neque liberari solvendo interesse, nisi quando factum expleri non poterat, vel quando stipulatotis non intererat, factum impleri. Sequitur Gutierrez de juremento confirm. 1. part. cap. 39. n. 5. Matienzo in d. l. 2. tit. 16. lib. 5. Recopil. gloss. 6. num. 2. & 3. Azeved. in ed. 1. num. 42. in fin. Villalobus apud Olanum in concordia aninomiarum, litt. O. num. 5. Richardus in Rubrica ex num. 62. insit. obligationib. Molina de justitia, tract. 2. tom. 2. disp. 562. n. 4. & in Appendix ad insit. de offic. judic. cap. 12. ex num. 196. Qui etiam de jure communi adhærent eidem sententia Martini de Fano, quam retulimus, & idem servari de jure Aragonie testatur Calixtus Ramirez de lege Regia, §. 33. n. 11.

Ab hac limitatione recedit Anton. Gomez tom. 2. vari. capitul. 10. num. 22. & in additione ibi, Emanuel Suarez ad verbum, istam etiam dicit communem, quos sequitur Parladorius lib. 1. rerum quæstianar. cap. 6. §. 2. num. 2. Rationem mutuatus est Parladorius ab Emanuele Suarez, tacito authore, quoniam (ait) argumentum, quo utitur Gregorius à legibus septem Paritarum, est à contrario sensu, quod ad alterius juris correctionem nullam vim habet. Ego non video, quoniam Gregorius utitur argumento à contrario sensu, nam leges Paritarum, quas allegavit, expresse statuunt, eum qui promittit factum, compellendum à iudice, ut impletat promissa: & hic nullum fit argumentum, sed haec verba plane repugnant cum doctrina eorum, qui juxta ius commune sentiunt, obligatum ad factum liberari per solutionem interesse. Quare credo, non recedendum à prædicta quinta limitatione.

Multas alias limitationes, & casus, in quibus obligatus ad factum compellitur præcisè facere, & non liberatur solvendo interesse, confessit Martinus de Fano, & Dinus, ex quorum sententia eas refert Bartol. in d. l. stipulations non dividuntur, n. 36. ex vers. Huic sententia videatur affire D. Martinus de Fano, & ex proprio sententia sub distinctione, quam facit ibidem numer. 37. 38. & 39. Alexander ex num. 27. Jafon. n. 32. & 33. Alciatus ex num. 81. Antonius Gomez d. cap. 10. num. 22. Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 14. d. tit. 32. ex n. 4. Colerus de processib. executivis, 1. part. cap. 6. ex num. 18.

Secundus casus est, cum quis se obligat ad aliquid faciendum, & post moram ex supervenienti casu non potest

qui dicit, sic esse receptum, Franciscus Marcus dicta decis. 412. num. 14. & 18. & Gutierrez ubi supr.

Quod tamen diximus superius num. 14. simili obligatio non posse simul compelli ad utrumque, videlicet factum, & poenam, limitandum est. Primo, si adjiciatur in contractu clausula rato manente pacto, nam tunc post moram potest utrumque peti, & factum promissum sub prima stipulariæ præcedenti, & poena, aut interesse contentum in stipulatione poenali subsequenti, l. qui sidem 16. ff. de transact. l. cum proposas 17. C. eodem tit. d. 1. 34. tit. 11. par. 5. & ibi, Gregor. glossa 3. Padilla in dict. l. cum proposas, ex num. 3. Romanus conf. 510. num. 20. Gutierrez de jurem. confirm. 1. part. cap. 60. ex num. 2. & in repet. 1. non potest, n. 423. ff. de legat. 1. Benechendorius ad Seraphinum de privil. juram. privilegio 85. in additione, n. 2. Molina de justitia, tract. 2. tom. 2. disp. 556. num. 10. Tuscus litt. C. concil. 300. Gail pract. obseruat. lib. 1. obser. 150. num. 14. Franciscus Marcus 1. part. decis. 413. & in tractatibus de clausulis, Vitalis de Cambano pagina 4. §. clausula, rato manente pacto, ex num. 1. Celsus Hugo num. 249. tom. 18. tractat. Augustinus Barbosa clausula 128. Marta 1. part. clausula 125.

Dixi, & post moram ex supervenienti casu non potest facere quod promisit: verum in obligatione nihil ulterius addit in casu non faciendo, videlicet promissionem poenæ alicuius, vel interesse stipulatoris. Verbi gratia, si se obligaret quis ad scribendum librum intra annum, & post annum amputata esset ei manus, quod est exemplum Bartoli; hoc casu non potest reus compelli ad factum, quod est impossibile, sed condemnandus, & cogendus est solvere interesse. Probat text. in l. qui restituere 68. si vero non potest, ff. de rei vendic. & ibi notat Baldus in 1. lectur. num. 3. Item textus in leg. in re furtiva 8. in princ. ff. de condic. furt. leg. Julianus 3. ff. de confess. l. promissor. 21. in princ. ff. de confit. pecun. Docet Bartol. in dict. leg. stipulations non dividuntur, num. 40. & ibi, Alexander num. 32. dicit, omnes transire cum Bartolo.

13. Dixi, & post moram ex supervenienti casu non potest facere quod promisit, quoniam si evenire impossibilitas ante moram, reus ad nihilum teneretur, lege quod te mihi 5. & ibi, Bartol. num. 14. Ripa num. 40. Socinus ex num. 28. ff. si certum petat, l. 18. titulo 11. par. 5. & ibi, Gregorius gloss. 5. Nam difficultas supervenientis, nedium impossibilitas, in factis excepta à mora, l. datio 3. §. si per venditorem, vers. Mora, ff. de action. emption. leg. divisorio 37. in princ. vers. Quod si interea, ff. de negot. gest. l. si vobenda 10. §. idem juris, ff. ad l. Rhod. de iact. l. Thais 41. §. Lucius Titius, ff. de fiduciomiss. libertat. leg. non omne 38. ff. ve statu liber. c. quia diversitatem 5. de concess. præbend. Grati. discept. forens. tom. 2. cap. 243. ex num. 50. Sebastianus Medicus tract. de fortuitis casibus 1. par. quæst. 4. n. 52. & per totam, & quæst. 5. ex num. 26. tom. 2. Seraphinus de privileg. jurament. privilegio 15. num. 1. Farinac. in fragment. crimin. 1. part. litt. D. ex num. 142. Sintagma commun. opin. lib. 4. tit. 22. ex num. 88.

14. Tertius casus est, quando obligatio facti incipit à promissione, & in confirmationem prioris obligationis adjicitur stipulatio poenalis. Verbi gratia, cum quis se obligat ad faciendum aliiquid, ut scribendum librum, vel adificandam domum, & casu, quo non faciat promissum, se obligat ad solvendum stipulatori poenam certam, aut interesse certum, & liquidum, aut incertum sine ulla liquidatione. Quo casu tam factum, quam poena sunt in obligatione post moram, ut recte declarat Menochius de arbitrio libr. 2. casu 498. ex num. 19. Sed non potest post moram obligatus compelli simul ad utrumque, videlicet ad factum, & solvendum poenam conventionalem, sed ad unum dumtaxat, ut statuit l. 34. tit. 11. par. 5. & ibi notat Gregorius gloss. 1. & 2. Quid autem sit hoc, an factum ipsum comprehendens in stipulatione principali, an poena expressa in stipulatione poenali, est difficultas multum controversa apud Doctores, de qua tractant in ita stipulus 11. 5. ff. verb. oblig.

15. In ea autem illud certum est, in illis casibus in quibus stipulatio poenalis adjecta novat priorem obligationem, & in illis solum posse peti poenam, commissa post moram prima stipulariæ poenali, limitandum est, ut non habeat locum de jure Castellæ, quo attento nunquam poenali stipulatio etiam post moram novat priorem, in cuius confirmationem adjicitur: ac per consequens etiam post moram prima stipulariæ, & commissa post moram peti posse unum, quod actor elegerit. Quinam vero sint isti casus, in quibus stipulatio poenalis novat priorem principalem stipulationem, juxta textum in l. prælia 28. ff. de actor. empl. in l. obligationum fere 43. §. se si navem, ff. de action. & obligat. leg. 1. in fin. ff. de penit. leg. 1. §. item si ita, ff. ad leg. Falcid. qui vero, sint illi casus, in quibus stipulatio prædicta non novatur per poenalem (in quo constituit tota controversia) tractat Bartol. in d. l. ita stipulus 115. num. 27. ex versicul. Quid ergo dicimus, & num. 33. Albericus ex num. 29. & post ex num. 48. Alexander n. 43. Jafon. ex num. 19. Cumanus ex num. 31. in verific. Sed videamus, Alciatus ex num. 39. ff. de verborum obligation. Gregorius Lopez in l. 16. glossa 7. in fine, & in leg. 34. glossa 1. & 2. & in leg. 35. glossa 2. tit. 11. par. 5. Molina de justitia, tract. 2. tom. 2. disp. 559. num. 6. Gutierrez de juramento. confirm. 1. part. cap. 63. n. 6. Franciscus Marcus 1. part. decis. 412. ex n. 8. Galganus de condic. & demonstrat. part. 2. cap. 5. quæst. 22. singulariter Udalricus Zasius singularium responsorum, lib. 1. cap. 4. Oportet tamen animadvertere, circa hoc genus novationis, que resultat ex stipulatione poenali adjecta in confirmationem prioris principialis stipulariæ, nihil esse immutatum à Justiniano per legem final. Cod. de novationibus, ut notat Alciatus ubi supra, num. 41.

Dubitant tamen Doctores circa has stipulations, an quod continetur in secunda, & promissum est in casu non implementi prioris stipulariæ contingenit promissionem facti, aut dationis alicuius rei, censeatur promissum nomine poenæ, vel nomine interesse, cum neutrum exprimitur, sed sit simplex promissio certæ quantitatis. Et conferi promissum nomine poenæ, videtur probari ex textu in l. 3. §. si fiduciop. ubi glossa penultima, & ultima, & Bartol. ff. de eo, per quem fact. erit, l. duo societatem 72. & ibi, glossa verbo, Ita dari, ff. pro socio, in leg. 1. §. item si ita, & ibi glossa, verbo, Transfusum, ff. ad leg. Falcid. in leg. in executione 85. §. quod si stipulari, & ibi glossa, verb. Dari, ff. de verbis, obligat. in leg. finali, & ibi glossa, verb. Commodius est, ff. de Prator. stip. in leg. sancimus 26. de fidejussor. Seni Franciscus