

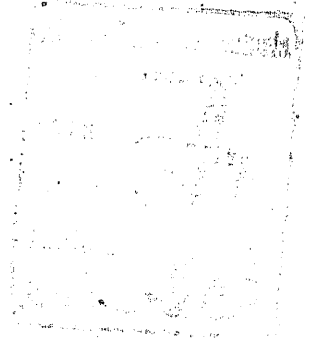
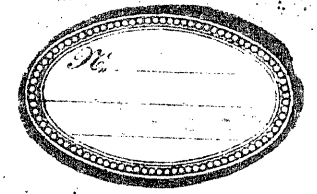
3-5-58



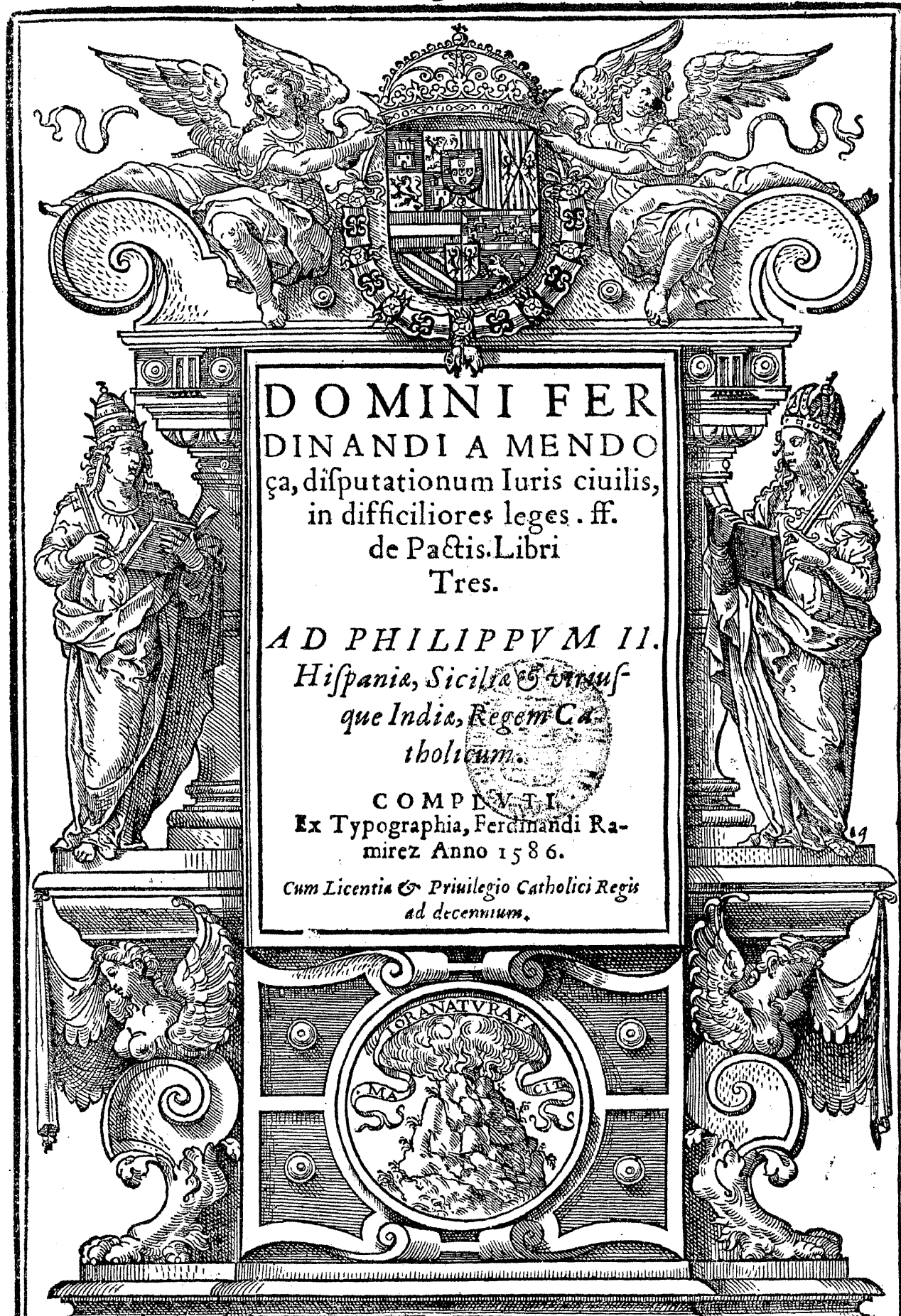
2 400 40



MADE IN SPAIN



7-1-58



DOMINI FERDINANDI A MENDO
 ga, disputationum Iuris ciuilis,
 in difficiliore leges . ff.
 de Pactis. Libri
 Tres.

AD PHILIPPVM II.
 Hispania, Sicilia & Insul-
 que India, Regem Ca-
 tholicum.

COMPLVTTI.
 Ex Typographia, Ferdinandi Ra-
 mirez Anno 1586.
 Cum Licentia & Priuilegio Catholici Regis
 ad decennium.



AD PHILIPPVM SECVN-
DVM, HISPANIAE, SICILIAE
& vtriusq; Indię Regem Catholicũ, Domini
Ferdinandi Mendocę, in Libros Tres
disputationum Præfatio.



EXCELLENTIS Virtutis, & diuina
sapientia tua, cũ multa & præclara quotidie,
Catholice Rex extent monumenta: tũ illud
in primis est illustre, quod amplissimis regnis
tuis, quæ oriētis & obeuntis solis finibus termi-
nantur, quasi sol alter, ad probitatis & doctrinæ studium præ-
luces. Nec enim, in religionis sancti monia, vel in iustitiæ cul-
tu, vel in decoris honestate, vel in mansuetudinis & clementiæ
officio, quidquam à te prætermisum videmus, quod ad optimi
Regis munus aliquo modo pertineat. Quo fit, ut Christiana
res publica te intueatur, à te opẽ efflagitet, & in tua virtute con-
quiescat: & cum talis tãtusq; sis, non tamen tuis, ut Themisto-
cles, quem vana Gracia ad cœlũ extollebat, sed Christi Optimi
& Maximi laudibus delectaris: qui vnus certè facit, ut hac a-
nimi amplitudine, amplissimi Imperij vincas amplitudinẽ,
& à quo nomen tuũ aeternæ memoriæ consecrabitur. Mactẽ igitur
animi esto, Rex inuictissime, cui optimo iure, omnes in qui-
bus est aliqua ingenij scintilla, vel virtutis vestigiũ, gratifica-
ri student. Quocirca, cũ me admodũ adolescens, ac penè puer,
ad vtriusq; iuris cognitionẽ contulissẽ, atq; in eo perdiscendo,
Salmantica & Compluti, multã operam, publice, priuatimq;
posuissẽ, primũ hunc ingenij mei factum, ideo maiestati tuæ cõ-
secro, ut testis sit simul singularis meæ in te obseruantia, & pig-
nus industriæ, quã deinceps etiam, in his studijs sum collocatu-
rus: ut quam operam, maiores mei, maioribus tuis, Hispaniæ
Regibus laudatissimis, iam inde à principio militia togaq; cũ
magno suo honore, & gloria totius posteritatis nauarunt: eam
ipse,

DOMINI FERDINANDI A MENDOCA,

LIBER PRIMVS DISPUTATIONUM

tionum iuris ciuilibus in difficiliore
leges ff. de pactis.

SVMMARIVM AD CAPVT PRIMVM.

Bartoli & communis huius tituli ad precedentes cōtinuatio refutatur, monetur que lector, ut in rubricis cōtinuandis, quos nostri solēt, labores recuset, cum res sit et vtilitatis vacua & subtilitatis.

CAP. PRIMVM.



ARTOLVS cōtinuat titulum hūc, seu (vt nostri loquuntur) rubricam ad precedentes, hoc modo et si nō ita claro, dictū est supra titulo proximo, de editione actionis qua quis vult experiri, & quia post editionem seu exhibitionē actionis in iudicio proponēdæ, quando que contingit, pactum fieri gratuitum reo ab actore, quo disceditur a lite, idcirco post titulum de edēdo, subiectus est titulus de pactis, qui generalis est ad omnia pacta gratuita. Cuius opinionem (quæ fuit ante illum, Azonis in rubrica. C. eod.) sequitur Raphael Fulgofius, Albericus & Iaso in præfenti, & acæteris omnibus receptā resolu-

uit Petrus Calefatus hic. nu. 2. quæ satis est sufficiens demonstratio ad probandum falso dixisse Cuiaciū lib. 10. obseruationum c. 30. dū veterē hanc & receptā omnium doctorū cōtinuationē pro noua & sua venditauit. Quæ ramentis ab Azone & Bartolo probata fuerit, & Fulgofio, Alberico, Iasoni, Cuiacio & cæteris satis fecerit, mihi placere nūquā potuit. Primo quia non solum hanc quā certo video, sed et plures alias, nedicā omnes titulorū cōtinuationes, arbitrariæ prorsus, & ex libera Theophili & Triboniani volūtate ac dispositione profectas esse perspexi, tum etiā, quia in pluribus huius tituli legibus metio fit, imo tractatio principalis de pactis nō gratuita sed onerosis, vt patet ex textu in l. itē quia, cū suis. §. ex. l. cōuentionū ex. l. legitima, ex. l. iurisdictionum. §. quinimo. §. adeo. §. prætor ait. §. quæ ferē. l. si tibi decē in principio & in §. de pignore. l. si vnus. §. pactus ne peteret. l. per quos. 60. cum alijs infra eod. tit. et cōfirmatur hæc nostra opinio, nam si communis vera esset,

A esset,

esset, quæ dicit ideo subijci titulū de pactis titulo decedendo, quia solent homines post actionē propositam, reis debitū donādo remittere, sequeretur titulū de trāsactionibus titulo de pactis esse semper præponendū, quia frequētius contingit, lites transactione quam donatione aboleri, sed tam in digesto quā in Codice, titulus de pactis titulo de transactionibus præponitur, vt vides, non ergo post titulū de edēdo, ponitur titulus de pactis, quia post editionē actionis aliquādo disceditur à lite, sed quia sic visū est Triboniano, cui titulorū seu rubricarū ordinatio & aliquādo in ordinatio (solet enim qualdam sine delictu confundere, alias sine ratione separatim diuidere) tanquam suo principali auctori debet referri. Cetera autē quæ à nostris adduci solent, in hārum rubricarum continuatione, quia vana profus, nulliusq; ingenij & vtilitatis sepe cognouimus, libēter etiam omisimus ne prolixum negotium, quod in hoc mihi aliorū libri, id ipsum doctiorum animis, (quibus præsertim hæc scribimus) libellus hic noster faceretur. Nec immoramur in tituli de quo agitur explicatione, & definitione, quia lex prima infra eod. versicu pactū autē & versiculo est autem pactio in septimo & octauo capite, (quorū propria est hæc materia) nos ad id tractandum necessario compeller.

Vlpianus lib. 4. ad edictū:

PACTIO edicti aequitas naturalis est, quid enim tam congrua est humana fidei, quam ea que inter eos placuerint seruari. Pactio autem à pactio dicitur, unde & pacis nomen appellatum est. Est autem pactio duorum pluriumue in idem placitū & consensus, conuentionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotij contrahendi transigendiq; causa consentiunt, qui inter se agunt, nam sicut conuenire dicitur, qui ex diuersis locis in vnum colliguntur & veniunt, ita qui ex diuersis animi motibus, in vnum consentiunt, id est in vnam sententiam decurrunt. Adeo autem conuentionis nomen generale est, vt eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionē, siue re siue verbis fiat, nam & stipulatio quæ verbis fit nisi habeat consensus, nulla est. Sed conuentionum pleraque in aliud nomen transeunt, veluti in emptionē, in locationem, in pignus in stipulationem.

SVMMA RIA

Ad Caput secundum.

1. **O** Rigo creādi Prætoris, nominis ethymologia, muneris officium, edictorum natura, duratio potestatis ab antiquitatis primordijs reperitur.
2. Prætores à principio edicta poterāt variare, quæ tamē facultas postea ne occasio captiōnis daretur sublata est.
3. Intellectus nouus adducitur ad. l. si quis id quod, 7. ff. de iurisdicō. omnium iudicium.
4. Edicta Prætorum finito anno nullam necessariam iuris auctoritatem habebāt, sed translaticia vocabantur, si eis sequēs Prætor utebatur.
5. Annalia Prætorum edicta in volumens digestorum redacta, & perpetuā legis vim habuisse, Adriano iubente & Saluio Iuliano disponente traditur.
6. Edictum perpetuum aliud primi temporis aliud secundi fuisse nouē docetur corā Budeum & reliquos ad intellectum. l. 2. ff. de statu hominum & aliarum.
7. Edicta Prouincialia quæ sint, à quibus inducuntur, & vbi custodienda, resoluitur.

Tem-

8. Temporalia edicta quæ dicerentur memoratur, ad intellectum contextus Vlpiani in. l. si quis id quod. ff. de iurisdicō. omnium iudicium.

Vlpianus lib. 4. ad edictum.

CAPVT. II.



IUS EDICTI quia hic Vlpiani cōtextus, in explicatione edicti prætoris est, vt constat, tā

ex supra inscriptione legis, quam ex hoc principio, non alienum à ratione putauī, si quid olim fuerint ista prætorum edicta, quod principium, & quam vim haberēt, breuiter enarrauerim. Video enim non solum ad hunc Vlpiani locum, sed ad alia plura tam eiusdē quam Iuliani, Caij, & Hermogeniani, (qui edictorum fuerunt interpretes vel compilatores) recte intelligenda, laborem hūc nostrum tibi fore. nō inutilem.

Prætores enim, (vt à primis incunabulis rem petamus) anno ab urbe condita 369. seu (vt alij volūt.) 388. creati ceperunt ex nobilibus, plebs enim (si credimus Lilio lib. 6. & 7.) concessit nobilitati Prætorum vnum, qui ius in urbe diceret ex patritijs creādum, quem honore (ait) patritios quæ fuisse, pro concessio plebi altero consulatū. Hæc ille. Causa autem vel occasio creandi Prætoris ea fuit, vt colligitur ex Pomponio in l. 2. cum q. ff.

de origine iuris, nam cum cōsules, qui rerum gerendarum in ciuitate summam habebant potestatem, auocarentur à ciuitate occupati finitimis bellis, nec esset reliquus in re publica magistratus, qui ius rediret, statutū fuit, vt crearetur iudex vnus, qui ex eo quod præset, secundum Fenestellam, vel præiret cæteris, secundum Varronem, Prætor dictus est. Et quia vrbis negotijs erat præpositus, Prætor Urbanus est nuncupatus. Is vices consulum obtinebat, vt testatur Cicero lib. epistol. famil. 12. his verbis, placuit nobis (inquit) vt statim ad Cornutum Prætozem vrbis literas deferrem, qui (quod Consules aberant,) cōsulare munus sustinebat. more maiorum &c. is nouiter creatus comitijs centuriatis, antequam ius diceret, (vt moris erat) edicta constituebat, id est formulas, quibus inferendis vel dandis iudicijs, anno sui magistratus erat vsurus, easq; efferebat in album, vt notæ essent toti populo, sequē possent præmunire, quando agere fuisset opus. Edicebant autem has formulas seu edicta, postquam magistratū inijssent habita cōcione, & in leges iurassent, vt ex Cicerone lib. 2. de finibus refert Hotomanus in. s. Prætorū quoque. inst. de iure naturali, ea autem annua erāt, sicut potestas seu dignitas Prætorū, quæ incipiebat in principio mensis Ianuarij, eoque annuo die finem accipiebat, vt ostendit Tullius in prætura vrbana his

A 2 verbis

verbis cōtra Verrem loquēs. Qui plurimum(inquit) tribuūt edictō pratoris, edictum legem annuā esse dicūt, tu edictō plus cōplecteris quam lege, si finē edictō pratoris afferunt Kalendæ Ianuariæ, cur nō initiū quoq; edicti nascitur Kalendis Ianuarijs, an in eū annum progredi nemo poterit edictō, quo prator alius fuit, regredietur &c. id etiā ostēdit Iustinianus, inst. de perpetu. & tempor. actionibus. in principio, admonendi(inquit) sumus eas quidē actiones, quæ ex lege, senatusue consulto, siue ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus cōpetere, eas vero quæ ex propria Prætoris autoritate pendent, plerūq; intra annū ruere, nā & ipsius Prætoris annuū erat imperiū. Hæc autē edicta Prætorum à principio nō rati erant roboris & momēti, vt secundū in eis præscripta necessario foret iudicia, sicut secundū leges & Senatus cōsulta, quæ perpetua erāt à Prætoribus danda, nam arbitrio suo poterant aliquādo ea omittere, restringere, moderari, vel ampliare, vt pat̄ videbatur, cum autē aliquādo æquitate, sæpius vero odio, vel amore perturbati, in graue reipublicæ detrimētū hanc vsurparent potestatem, & eam propriā metirentur libidine, impositus est eis legemodus, ne pendēte magistratu, in iure liceret variare, Cornelio Balbo Tribuno plebis auctore, quod Asconius refert in Cornelianæ ar-

gumēto. Aliā(inquit) legē & si nemo repugnare ausus est, multis ramē inuitis tulit, vt prætores ex edictis suis perpetuis ius dicerēt, quæ res gratiā ambitiosis prætoribus, qui varie ius dicere solebāt fustulit. Quod quia quibusdam probari nō video vetustiori auctoritate cōfirmabo, cui⁹ neoherici nō meminerunt, Dionis videlicet Casij lib. 36. sic dicentis. Prætores solebant iura ea secundū quæ essent iudicaturi, scripto edere, nec enim Prætores id ius quoad cōtractus dirigendos positū erat, obseruabāt, nec id vnquā fecerāt, neq; iure scripto steterāt, sed sepe numero ea variabāt, crebroq; per gratiā & odiū certorū hominū (veluti fieri assolet) multa gerebantur, donec Caius Balbus Tribunus Plebis rogationē tulit, vt statim ab initio ante fores prædicerēt, quo iure essēt vsuri, & deinde ab eo nequaquam deflecterēt. hæc ille.

Erāt autē edicta Prætorū (vt hoc etiā nō ignores) in duplici differtia quedā perpetua, quedā vero temporalia, perpetua etiā bipartito cernebātur, primo edicta quæ Aediles, Censores, Tribuni, Prætores seruatueros perpetuo, id est omni magistratus sui tēpore, quod vnus anni esse dixim⁹, proponebāt, perpetua vocabātur. Vt sic intelligas aliter quā Accursij & Bartoli ignorātia Vlpianū lib. 3. ad edictum relātū in l. si quis id quod. 7. ff. de iurisdic. omniū iudicū. vbi inquit (si quis

quis id quod iurisdictionis perpetuæ causa, nō quidē prout res incidit, in albo vel in carta vel alia materia propositū erit, dolo malo corruerit, detur in eū quingētorū aureorū iudiciū) vocant enim perpetuā iurisdictionē, edictū perpetuū q̄ proponebat initio sui Magistratus, vt quo modo in omnibus causis & personis ius esset dictur⁹, quousque eo fungeretur ciues agnoscerēt: neq; ea post legē Corneliā mutare licebat, vt dixim⁹. Qua ratione accusat Cicero Verrē actione 1. q̄ edictū variasset his verbis, post alia, tum vero in magistratu cōtra illud edictū suum sine vlla ratione, aut religione decernebat, hæc etsi immutabilia essent, tanquā annuæ leges, eo anno quo prætoris magistratus durabat, non tamen vim & autoritatē legis obtinebant in annū sequentem. Nam prætori nouiter ingresso libera facultas tribuebatur, cōstituendi edicta propria, etsi aliquando superioris anni prætoris edicto aliquo vteretur, id trāslatitium vocabatur: id autē à principio non cōtingebat frequenter, quia nouādorū & mutandorū edictorum, vix dici potest, quā fuerint Romani percupidi, vt aliquid ipsi ex se viderentur utile ex cogitasse, & in meliorem reipublicæ statum nō nihil de suo cōtulisse. Ex quo factū est, vt ex hoc⁹ ciuile Romano rū immenso (inquit Liui⁹) aliarum super alias aceruatarū legū cumulo inuolutū, nonnulla discrepātia,

multa superflua, plurima habeat nō necessaria. hæc ille. Postea vero diminuta dignitate horū magistratuū Imperatorū potētia, ne dicā tyrannide constitutū est, vt edictum vnum cōponeretur, ex quo prætores in posterū ius perpetuo dicerēt, idcircoq; perpetuū est appellatū: cuius rei auctore Diuum Adrianū fuisse testatur Iustinian⁹ in l. 2. §. si quid igitur C. de veteri iure enucl. corū tamen scriptor seu ordinator fuit Saluius Iulianus Mediolanēsis, vt refert idē Imperator in l. si quis feruum. 10. C. de condic. indeb. Is enim omnia prætorū edicta, cū vagē essent dispersa, collegit, & digessit in ordinem, ex quibus edictum perpetuum cōposuit, q̄ centum & nonaginta libris est interpretat⁹: & vt nō videretur ex alienis laborib⁹, laudem & gloriam voluisse reportare, appellauit libros digestorū nomine, indicās nihil esse ibi suū præter ipsorum edictorū digestionem, & sic intelligendæ sunt ferē omnes inscriptiones Vlpiani, Caij, & aliorū interpretum perpetui edicti, vel ad perpetuum edictū. Vt hinc etiā notes Accursij per exiguā antiquitatis cognitionem (quā optimo iuris ciuilibus interpreti nō solum utile sed necessariam esse semper duxi) Accursij in quā in l. 2. ff. de statu hominum, existimantis edictū perpetuum de quo ibi Hermogenianus, idem esse q̄ edictū generale alicui prætoris: nā prætor (inquit) per ordinem sua edicta proponebat, quem

6
 6
 compiler & glosator ipse essent obseruaturi, nec tā miror de Accursio, quia sua tempora hęc nondum ferebāt, quā de grāmatico illo Budeo, qui toties ibi & alibi Accursiū nostrū, virū certē opinionem meam omnīū, qui hucusq; scripserunt doctissimum, & eius sequaces in crepat, de affectata rusticitate & Barbārie accusans, & q̄ rerū antiquarū ignorantia laborēt, cum ipsū in explicatione dicta. l. 2. & aliarum eodē videā pede claudicare, q̄ maiori illi debet ignominia tribui, cum ad suā p̄fessionē & interrogatiā, eius explicatio magis expectaret: miscet enim edicta perpetua primi gradus seu temporis, cū edictis perpetuis secundis, existimās vna & eadē esse: in quem errorem in duxit etiā Budeus Minusgermā in s. p̄teritorū edicta in st. de iurē naturali, & Bellonū li. 1. supputationem iuris ciuili. c. 9. n. 4. qui vtrāq; sine distinctione confundit, quod iuris antiqui ignorantia est. Nā edicta quę p̄tores p̄ferebant vsq; ad Cornelium Barbā, mutabilia erāt (vt diximus) p̄ arbitrio & libidine sua, & hinc arbitror manasse edictū illud, q̄ quisq; iuris, vt videbēt qui cumq; magistratus, iure, q̄ in aliū statuisset, hęc equū siue inquit, vteretur in suis causis, quotiescuq; illis petēdi ab alio iudice, se offerret obcaus. Vt si p̄cnae huiusmodi timore a recedēte ab iniquo decedēdo, ne in d̄p̄stū postea incurreret, post legem autē Corneliā, maiorē autoritatē caperēt obtinere, nō tamē tātam, quan-

ram Senatūscōsulta, aut Principū placita, quę perpetua erāt, sed vt annuę quędam cōstitutiones, quę in fine anni p̄tores sequētes nō ligabant, nisi ex edicto q̄ quisq; iuris. Hęc perpetua vocabāt, quia omni magistratū sui tēpore, P̄tores Aediles vērāt obseruaturi, ad differentiā temporalīū, de quibus dicemus postea, & hęc voco perpetua primi gradus, seu tēporis, de quibus intelligendū esse dixi Vlpianū in d. 7. de iurisd. & de his nō tractat Hermogenian⁹ in l. 2. ff. de statu hominū, quidquid Budeus, Minusgerm⁹ & Bellon⁹ cōtra falsō putarunt: sed de his, quę modo dicem⁹. Alia sunt perpetua, quę voco secundi gradus seu tēporis, & sunt illa quę interiectis fere centū sexaginta annis, Salui⁹ Iulianus cōposuit, ac ordinauit sub Adriano Imperatore, quę perpetua vocabant, nō ex eo q̄ tempore alicuius magistrat⁹ essent obseruanda, sed quia p̄petuo, id est in omnē eū pro legib⁹ deberent custodiri, & de hęc edicto loquit Hermogenianus in d. 1. 2. qui logo post Adrianū tēpore libros. Scripsit, colligēs summam cētū illa & nonaginta Iuliani volumina, sex libris cātā, & titulos his adiecit, addēs etiā ad finēta, quę ad materias pertinerēt, ex iure q̄ post Adrianū, & edictū p̄petuū institutū fuerat, & quoniam in tāta rerum varietate, difficile erāt omnia paucis cōplecti, pollicet Hermogenianus, se dicturū breui⁹, secūdu ordinē edicti perpetui ab Adriano & Iuliano cōpositi, q̄ erat vt

prius de personis, secūdo de rebus, tertio de actionibus ageret, ex his igitur, quid inter hęc edicta perpetua primi & secundi gradus seu tēporis interfit, recte cōstare arbitror.

7
 Alia edicta perpetua, vocabāt provincialia, & erant illa, quę pro cōsules vel pro p̄tores in prouincijs sibi decretis edicebāt, & si pro p̄tores, vel pro cōsules (erant enim isti qui finito Romę tēpore sui consultus vel p̄terurē ad regēdas prouincias Imperio suo subditas mittebantur) edicta quę Romę decreuerant, mutabāt in prouincia, ignominia nota inurebātur, vt Cicero aduersus Verre testat. Cū ea capita ī edictū prouinciale transferre noluisi, vtrum digniores homines existimasti, eos qui habitant in prouincia, quam nos, qui æquo iure vteremur? An aliud æquum Romę est, aliud in Sicilia? &c. Ad hęc edicta prouincialia scripsit Cai⁹ (vt reperio) duodecim volumina, si enim debes intelligere inscriptiones ad edictū prouinciale. Alia edicta erāt tēporalia, quę causa alicuius certi negotij de nouo emerſi p̄ponebāt, vt est illud Verris vt kalēdis Decembris adſit Stheni⁹ Siraculis. Itē nequis frumentū ex areatolleret, exoritur inquit Cicero peculiare edictū repētīnū, de quo etiā facit mētionē Vlpian⁹ in d. 1. 7. ff. de iurisd. omniū. dicēs, (Siquis id q̄ iurisdictionis p̄petuę causa, nō prout res incidit) &c. cōstituēs differentiā inter perpetuū, id est annuū, & temporale, id est illud q̄ in negotio incidēti p̄ponebatur, & inter vtriusq;

corruptorem quoad p̄enam. Hęc omnia recte obseruabis, poterunt enim multum prodesse ad pene infinita Iuriscōsultorū respōsa optime interpretāda & alibi sic intellecta & congesta hoc ordine fortasse nunquā reperies.

SVMARIA

Ad Caput Tertium.

- 1 **D**omitius Vlpianus, non Vulpianus, vt a quibusdam male legitur, author. l. 1. de Pactis oratorum more, æquitatem edicti, quod aggredditur explicare, exaggerat.
- 2 Quid æquitas, & quid ius importet, & ius legitimum cū sumū sit, nō esse obseruādū docetur.
- 3 Æquitatē etiā verbis p̄ferēdam, contra Accursiū & sequaces assertitur.
- 4 Assertitur intellectus ad sententiam Modestini, in l. nulla iuris ratio. ff. de legibus aduersus Doctores.
- 5 Aristotelis verba circa æqui & boni p̄stātiā, & differentiā cū iure legitimo, & eiusdem cum Iuliano in l. neque leges. ff. de legibus concursus sententia explanatur.
- 6 Æquitas & seueritas in quo differant traditur, nec opponit, sed ad eundem obseruandā legis finem intendere ostenditur.
- 7 Quo pacto æquitatē in hoc titulo de Pactis accipiant nonnulli.
- 8 Æquitatē scriptā esse nō posse, ex Arist. docetur, quia tunc ius incipit esse legitimum.
- 9 Traditur aduersus communē vera conciliatio. l. placuit C. de iudicijs cū. l. 1. C. de legibus.
- 10 Interpretationē legislatoris, menti perspicue cōsonā, etiā incōsueto principe inferior in dex st. reto verborū cortice exequi potest, quod quomodo intelligi debeat, declaratur.
- 11 Ad hoc vt sit æquitas, requiritur quod scriptū ius corrigat, cū tamē ipsa scripta non sit, æquitas quę continetur in titulo hoc de Pactis, duobus modis accipi potest.
- 12 Repulsa Accursij, Bartoli, Baldi, & reliquorū cōmuni distinctione de æquitate, respiciētur ea, quę nouius ab Alciato, Duareno, Equinatio, Cuiacio, & Ludonico Pelleo de naturali & ciuili æquitate traduntur.

si quis testamento liber esse iussus fuerit.

14 In quo consistat ratio formalis aequitatis clara, quam quilibet iudex & prinatus sequi potest, & debet.

15 Primum aequitatis requisitum ut lex claro deficiat propter vniuersale, quod quomodo intelligi debeat, late traditur.

16 Secundum aequitatis requisitum est, ut ratio legis non pure negatiue, sed contrarie deficiat, & quando ratio legis negatiue deficiat, explicatur, ad intellectum. l. prospexit. ff. qui & a quibus, aduersus doctores.

17 Cessante ratione legis negatiue, lex non cessat aduersus communes.

18 Quando ratio legis pure contrarie cessare dicatur

19 Excelentior est iudicis obediētia in mēte quā in verbis legum seruandis, quae quando locum habeat docetur,

20 Eorum sententia refutatur, qui existimant iudici in iudicando nunquam licere a verborum cortice recedere,

21 Barbitonsor venam secans, in legis poenā nō incidit, licet statutum praecipiat, dictam legē intelligēdā esse, pro utiacebat, quidquid Buzigarius & Aldericus dubitauerunt.

22 Sententia contra legis interpretationē, quae admodū & illa quae contra ipsam legem est lata, ipso iure est nulla, differentia Baldi relicta.

23 Si vera sit aequitas, quod est, cū clare absurdū vel iniq̄uitas sequitur, eam inferior iudex, verborū serie omiſsa, custodiet, aduersus Budeū

24 In re ambigua, nemini licet expressa verba legis propria interpretatione decernere, aduersus Galetanum & Sotum.

25 Qualiter & quando Regis vel iudicis partes circa legis interpretationem versentur, late traditur.

26 Ad Principem, cuius sunt partes in condēdo, legis interpretatio expectat.

27 Contra legem facit, qui de lege iudicat, secundum Diuum Augustinū, de lege autē iudicat, qui a verbis recedit, quod nemini praeter Principem licet, nisi ex eorum stricta obseruantia, iniq̄uitas vel absurdum resulter.

28 In dubio, voluntas Principis, contra verba legis non praesupuitur, nisi eius expressa licentia fuerit in contrarium impetrata.

29 Modestini sententia in. l. desertorem. §.

in bello. ff. de re militari declaratur.

30 Quid sit clementia, traditur, & de eius obseruantia a iudice amplectenda vel non, disputatio sequitur.

31 Quatuor inter aequitatem & clementiam assignantur differentiae, & hac in cōsulto Principe iudicē in iudicando vti nō posse probatur.

32 Cum ad solius Principis munus vsus clementiae expectet, iudex inferior illam omittens, crudelitatis vitium non incurret

33 Communis opinio de filio delinquente & a patre supplicio oblato, clementer a iudice iudicando noue confutatur.

34 Nouus adducitur intellectus ad. l. milites agrum. §. desertorem. ff. de re militari.

35 Poenam a lege decretam, nec in sene nec in iuene delinquente poterit iudex mitigare, quidquid communiter doctores contra sentiant, mori. l. auxilium. §. in delictis. ff. de minor. & l. 2. ff. de termino moto. quibus noue respondetur.

36 Nulla sexus habita ratione in delictis puniendis iudex procedet, licet alij contrarium opinentur, & intelligitur nouiter. l. sacrilegij poenam. ff. ad. l. Iuliam peculatus.

37 Eorum doctorum reprobandae opiniones, qui aliqua ex causis in hoc numero relatis, censent inferiorem iudicem, ad clementiam erga delinquentes mouendum fore, notato de falsitate vna uerso Tiraquelli tractatu de poenis temporis.

38 Duae circa clementiam obseruandos limites praescribuntur regula, Prima ut a Principe sola ea petatur, & impetretur in poenis a lege statutis, & ex Platonis sententia vtilem et bonam iudicis condemnationem fore ostenditur.

39 Leges, quae iudicibus remissius vel seuerius agendi in poenis tribuit facultatem, in delictis & casibus arbitrariis, sunt intelligendae.

40 Ex semiplenis vel dubijs probationibus, iudex reum non damnabit, quem potius nisi aperitissima conuincant probationes, absoluet, nec in hoc casu arbitrariae poenae locus erit, quidquid in contrarium communis praesens habeat.

41 Indicia peccaminosa puniri possunt ut reuera, si tamen delictum principale integre non probent, ex illis nulla poena est indicenda, & intelligitur noue. l. in eos. ff. de poenis.

42 Accusator qui rite delictum non probat, tamen calumniae conuictus, traditur

ratio ad Vlpianum in. l. absentem. ff. de poenis ex D. Chrysostomo.

43 In arbitrariis, iudex remissius vel seuerius delinquentes damnabit, attenda rei, temporis, personae, vel quavis simili qualitate.

44 Repulsa Accursij & Bartoli de hoc verbo (naturalē aequitatē) declaratione, quo pacto debeat intelligi, adducitur, & qualiter, ea quae sunt iuris naturae singulis cōueniāt, tractatur.

CAPVT. III.



Equitas naturalis est, Quid enim tam cōgruum humanē fidei, quā ea quae inter eos placuerint seruare) Domitius Vlpianus (sic enim in vetustis & emendatis codicibus legitur, & ab antiquis sui temporis scriptoribus nuncupatur) non Vlpianus ut male Fortunius, Bolog. & Nebriffensis legunt, Alexandri Seueri Cōsiliarius & magni Papiniani praefecti, praetorio assessor, iter iurisconsultos sui tēporis praestantissimus, ut testat Modestinus lib. de excusationibus tutorū, semper cū aggrediē explicare praetorū edicta, ab eorū equitate & commēdatione exordit, oratorū more, qui ut attētiōres fiāt expectātiū aures, rerū agentarū, vel vtilitatē, vel laudē solent summam exprimere, & nō sine ratione in principio tituli nostri fecit, cū pponat nobis, finalē rōnem & causam, huius edicti praetoris de pactis, quae est naturalis aequitas fidei obseruandae. Nihil enim est, (ut inquit idem Vlpianus. l. i. ff. de cōst. pecu.) tā graue quā fidem fallere. aequitati enim naturali repugnat.

Hic sese nobis offert, latissim⁹ dif-

putādi cāp⁹, an pactū nudū (quia pactū & cōuentio est) si nō ciuile, nālē saltē inducat obligationē, cuius difficultas magna erit momēti, ad videndū, an in foro (quē cōsciētiae vocāt) teneatur, qui pacto nudo aliquid pmisserūt, sub poena peccati mortalis & restitutionis obligatiōe, adimplere, & modernis quibusdā nō solū iurisperitis, sed etiā Theologis et magni nominis sic placere video, ut audeāt affirmare, nullā cōuentiōne, praeter appbata a lege, nālē aliquā parere obligatiōne: quorū rationes statim referem⁹, & refutabimus, dū subsistā modo paululū explicando, quid sit naturalis aequitas, d̄ qua hic Vlpian⁹, ne aliqd̄ in hac l. & tit. vel difficultatis sit vel vtilitatis, & a nobis ī tui grā sit p̄termisū.

Aequitas enim (si credim⁹ Arist. lib. 5. Ethic. c. 10) nihil aliud est, quā stricti iuris correctio, ius autē (ut inquit Donat⁹) est q̄ omnia recta & īflexibilia exigit, aequitas vero quae de iure multū remittit, vt. v. g. lex ī vniuersum sancit, eū qui depositū nō reddiderit infamem esse, vel peregrinū q̄ murū ascēderit, capitali poena plectendū, sicq; vnū quodq; horū, id est infamia vel interfectio iustū est; sed ex particularibus rerū circūstātijs (quibus legisatores interdū nō possūt mederi) plerumq; accidit, non solum hoc iustum sed peccatum esse, vt si ponas, eum qui depositum ensē dedit, furiosum reddi, cuius repetitione vel se interficere, vel patriam aut parētes vellet oppugnare, vel peregrinū, qui

murū ascendit, fortiter se gerēdo in grūtib⁹ hostib⁹ vrbē liberasse, in his n. casibus, legū pēnā eos sustinere iniquū est. Hinc illud sūmū ius summa iniuria, factū est communi sermone tritū, puerbiū. Terēt. in Heautōt. Verū illud Chreme dicūt, ius summū sæpe summa malitia est, & Columella. li. i. de officio patris familias erga colonū loquēs. Summū i⁹ (inquit) antiqui summā putabāt crucē, inde summo iure agere dicebāt veteres, pro eo q̄ est, nō ex equo & bono, sed stricto, aspero, duro, & iniquo, secūdū corticem literæ sine vlla benignitate intellectu iure agere. Cicero p̄ Cecina, nō minus laborat, ne sūmo iure egisse, quā ne certū i⁹ nō obtinuisse videat. Vult (inquit Cicero) Cecina, hāc me causam verbosius explicare, nō q̄ eū rū litis timeat, quippe certissimo iurenitatur, si vti vellet, sibi iure legibus moribusq; cōcesso, sed causam suam vult iudices, vobis æquā probari, non modo certā, & equitate nō summo iure niti, & pro Quintio, siquid in controuersia veniret, aut intra parietes, aut summo iure experiret, id est aut inter amicos disceptādā rē pmitteret citra iudiciū, & extra cancellos forēses, aut apud iudicē, cōcesso sibi legib⁹ aut moribus iure vteret, id est aut rigore iuris ad extremū nō decederet, & ad Atticū. lib. 16. ego si non me improbissime Dolabella tractasset, dubitāse fortasse, vtrū remissior esē an summo iure agerē. Hoc summū i⁹ per quā durū appellat Vlpianus. in

l. prospexit. ff. qui & à quib⁹. vbi nota Albericus Versutū & callidū. Cicero i oratione pro Cecina. tū vociferāt ex æquo & bono, nō ex callido versutoq; iure, rem iudicare oportere. Et alibi i eadē oratione calide verbis controuersia diiudicanda nō æquitate, scrupulosum & nimis subtile. Idem Vlpianus. in. l. posthumus. in principio. ff. de iniusto rupto, durū & iniquū Celsus. in. l. cū de etate. ff. de probatio. vbi idē Albericus existūt enim (vt inquit Tullius lib. 1. officiorū) sēpe iniurię, calūnia quadā & nimis callida iuris interpretatione. Cui mire cōsonat illa Celsi a dolescētis sentētia relata & laudate à Pualo in. l. si seruū. §. sequit. ff. de ver. obli. dicētis in quæstionibus equi & boni, sub authoritate iuris sciētis, plerūq; perniciose errari. Vocat iuris sciētia, exactā illā verborū omniū, & literarū obseruationē, in qua pleriq; Iuriconsultorū antiquorū, multū operæ magno studio rū malo cōsumperunt, effecerūtq; respōsis suis (quæ legū rationē literarū angustijs cōcludebāt) vt ars hęc nra magis in subtilitate & argutijs, quā in vera doctrina & equitate aliquādo fūdaret. Quod ab alijs iustissime reprehēsū & repulsum est, nā cōtra strictā & scrupulosam verborū & disputādi rationē, pro utilitate cōmuni equitatē sequuti multa receperūt, vt testat Iulianus in. l. ita vulneratus. ff. ad. l. Aquilia. Hac potissimum ratione laudat à plurib⁹ præcipue à Cicerone Philippi. §. Seruius Sulpitius q̄ nō magis Iuriscō-

sultus, quā iustitiæ esset, & quæ p̄ficerētur ex legibus & iure civili semper ad equitatē referret, & Cai⁹ Aquilius, cuius prudētia popul⁹ Romanus, in cauēdo, nō in decipiēdo p̄spexit, vt qui iuris civilis rationē, (si credim⁹ Tullio) nūquā ab equitate se iūxerit. Et Crassus etiā laudat vt est apud eundē Ciceronē in Bruto, q̄ multa contra scriptum pro equo & bono dixisset, & Quintum Sceuolā, (quē ideo subtile appellauerunt, q̄ subtilitate & strictis legum verbis, magis quā æquitate singulametiret) in causa quæ erat Marci Curtij vicisset, obruens eum alioquin peritissimum, exemplorum & argumētiorū copia. Errat ergo glosa et ceteri, qui eam sequuntur, in. d. l. Prospexit verfic. lex scripta, commonens verba legis nunquā esse offendēda, quia (vt inquit Cicero in oratione pro Cecina) scriptū sequi, calumniatoris est, boni autē iudicis, voluntatem scriptoris, authoritatemq; defendere, prætermittis verbis: alioquin enim ab his sēpe iniuria nascērentur, a quibus iura & iusta expectabantur, contra intētionē & voluntatem legislatoris, id Cōstantinus & Ercinius Imperatores docuerunt, in. l. placuit. C. de iudicijs, dicētes, in omnibus rebus præcipuā esse iustitię, & equitatis, quā stricti iuris rationē, idētiā solitū fuisse decernere: Diuū Claudium, testatur Tranquillus, in eius vita. Nec semper (inquit) præscripta legū sequuntur, durū a lenitateq; multarū ex bono & æquo per

inde vt afficeret, moderat⁹ est. Nā & eis, qui apud priuatos iudices (plus petēdo) formula excidissent, restituebat actiones &c. Id etiā nos docuit diuina sapiētia præditus Salomō, Ecclesiastes. c. 7. iustus perijt in iustitia sua, & postea, noli esse iustus multum, ne plus sapias quā neesse est; & clarius ostendit Diuus Augustin⁹ in. li. de vera religione, vbi ait, Nimia iustitia incurrit peccatū, tēperata iustitia facit p̄fectos &c. Id ipsū (vt arbitror) est illud, q̄ respōdit Modestinus, in. l. nulla iuris ratio. 25. ff. de legibus. Nulla (inquit) iuris ratio, aut equitatis benignitas patit, vt quæ salubriter p̄ hominū utilitate introducūt, ea nōs duriorē interpretatione, cōtra ipsorū cōmodū producā ad seueritatē, q̄ Accursius & Bartolus eorumq; sequaces, min⁹ ap̄te certe ad ea solum referunt, quæ non lege scripta, sed aliquorum priuatorum gratia, & priuilegio sunt inducta, cū de omni iure scripto loquatur Modestinus, q̄ quia secūdū strictā & duriorē eius interpretationē, sicut cōmodo & bono, q̄ legislator præcedit, deuiat aut deflectit, nō esse seruandū merito docet, cōstituens quasi expressē pro regula, q̄ in his, nō cōcludant⁹ legis interpretationem, verborum scrupulosis & restrictis angulis, sed benignitatem, bonitatem, & equitatem, tamquam scopum intendentes, intelligamus: tā largo modo, quātū legis volūtas certa patit, ad verba non attendētes, ne sequamur summū ius, quia et si iustu

fit legirimū, natura tamen iniustū & iniquū est, sic Cicero pro Cecina. ceteri tū ad istā hortationē decurrūt cū se incausa putāt habere equū & bonū quod defendāt, si verbis & literis (& ut dici solet) sūmo iure cōtēditur, solēt huiusmodi iniquitati, & boni & æqui nomē dignitatemq; opponere. Sic æquitatē & iniquitatē ut opposita posuit Macrobius. li. 7. Saturnaliū. c. 30. si famosē (inquit) iniquitatis viro dixerō, egote Aristidi in æquitate præpono &c. Quod & dixerat Cicero antea lib. 1. officiorū. quo circa bene præcipiūt, qui vērāt quidquā agere, quādo dubites quū sit, an iniquū, & lib. 2. de inuentione (iudicialis est in qua & æqui & iniqui natura quæritur) quæ bellissimē docuit Vlpianus, in. l. 1. ff. de iust. & iure, tātum inter æquū & iniquū, quātū inter licitū & illicitū interesse demonstrās, illis verbis (iustitiam namq; colimus, & boni & æqui notitiā profitemur, equum ab iniquo separātes, licitū ab illicito discernentes) &c. & rectissime certe omnes: nā (ut inquit Arist. d. c. 10. li. 5. ethyconū) equū & bonum nō solum iustū est, sed & aliquo iusto melius, & nō ut aliquod genus melius est ipso iusto, idē ergo est iustum ac æquū ac bonū, & vtrumq; quidē est studiosum, præstabilius autē est ipsum æquū & bonū. Vult igitur Arist. in his ostēdere, quæ æquū & bonū est iure quodā melius, nō vero omni, ut postea dicā: neq; ut quid diuersum genere, sicut iustitia differt à tēpe-

rātia, aut fortitudo à sapiētia, sed tāquā quid eiusdem generis superius & inferius: sic equum bonū & ius legitimū differūt, æquū enim & bonū etsi iustum sit, est tamē superius, melius & præstantius iure, nō omni (ut dixi) sed legitimo tātum, alioquin si bonum & æquū cum ius sit, omni iure esset melius, efficeret ut seipso quoq; esset melius, & cum id quæ melius est, peiori aliquo sit melius, sequeretur æquum & bonū seipso & peius & melius esse, quo nihil fingi potuisset absurdus. Quādo igitur dicit, quæ ius & æquum & bonū idē sunt, intelligēdum est quo ad iustū, nā vtrumq; iustū est, vñ legitimū, aliud vero naturale: & postea cū dicit, quæ cū vtraq; honesta sint, æquū & bonū honestū, melius esse: intelligēdum est, æquū esse melius iusto legitimo, in casu particulari, quando videlicet in ea parte, quā legislator omisit, atq; peccauit absolute loquutus, emendari defectū necesse est, quæ certe peccatū nō tam est in lege aut legislatore, quā in ipsa rei natura, nā de quibusdā impossibile est ponere legē (ut inquit idē Philosophus vbi sup.) id est de circumstantiis omnibus, quæ possunt cōtingere in casu decisso à lege, impossibile est legislatorē cogitare, aut cogitantē eas exprimere in lege, cum possint esse infinitæ, & variabiles secundū tēporū, locorū, & personarū varias cōditiones, qua ratiōe inquit idē Arist. li. 1. Rhetoricorū ad Theodectē c. 13 quæ recte legislatores singula quæ dif-

finite

finite alioquin tradi possunt, volūtarie aliquādo præmittūt, ne videatur esse nimis, veluti in causa homicidij ad minuendā pœnā vel augendā, describāt vulnera, ferrū quo illa sunt illata, magnitudinē eorū, genus modū, & tempus, infiniti perfecto & fastidiosi esset laboris, si hæc omnia ad extremū lege persequerentur, quod non latuit Iurisconsultū Iulianū, nos idē docentē, in. l. nec leges. 10. ff. de legibus, neq; (inquit) leges neq; Senatus cōsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoq; inciderint, cōprehendantur, sed sufficit ea quæ plerumq; accidūt contineri. Cætera autē sat erit iudici aut moderatori relinquere, qui sua prudentia respiciēs rei, loci, personæ, & tēporis qualitates, leuius aut acerbius eam ex tacita legislatoris & verosimiliter præsumpta volūtate interpretetur. Nā si casu vno vel vno tēpore æquū esset, duritiā legis benignitate debita tēperare, in alio simili casu, variata tamē tēporis loci, aut personæ circumstantia, iniquū esse posset à seueritate legis deflectere, idcirco recte asserit Arist. decretū legis sic oportere à iudice immutari, sicut Lesbicæ adificationis normā, quæ cū plumbea esset, ad lapidis figuram quotiescūq; opuserat transmutabatur. Nā pro rerū vsu, vtraq; immutare debet, æquitate naturali dictate. Quā putare nō debet, quia deserit iustū legitimū, opponi seueritati, quæ veritate legis

scriptam sequitur, ut putauit male Speculator in tit. de dispensatione. §. 1. nū. 3. seueritas enim, cū sit virtus, nō potest opponi virtuti, sequitur namq; seueritas scripturā & rigorem legis, quādo, vbi, & in quibus oportet, æquitas autē præmittit verba, & scripturā, & agit secundū volūtatem tacitā & verosimiliter præsumptā, quādo hoc etiā recta requirit ratio, ut de peregrino murū ascendente & urbem in postremo periculo positam liberante, contra scriptam legē supra diximus. Non erunt igitur opposita, quia licet sequi verba & præmittere verba, absolute opponantur, & circa idē sint, sequi tamē verba quādo & vbi oportet, & cōstat de voluntate legis, & præmittere verba, quādo & vbi oportet, & cōstat de voluntate legis verosimiliter præsumpta, ad inuicē sibi cōsonant, tantū abest quæ opponantur, habēt enim idē obiectū, cōseruationē videlicet legis, etsi diuersimode, seueritas seruatis verbis & mētē, æquitas autē præmissis verbis etsi seruata mētē. Hæc enim vocat Aristoteles epicheiam ab epi quæ est supra & epicheiō quæ est iustitia seu iustū, quasi supra iustitiā aut iustū, & sic epicheia proprie correspondet iustitiæ legali, & quodammodo cōtinetur sub ea, & quodammodo excedit eā: si enim accipias iustitiā legalē, pro eo quæ est obtemperare legi, siue quo ad verba siue intentionem legislatoris quæ potior est: sic epicheia est potior pars

pars iustitiæ legalis, si autem iustitiã legalẽ sumas pro eo solum, quod est obtemperare legi secundũ eius verba, sic Epikœia nõ est pars iustitiæ legalis, sed erit pars iustitię simpliciter, prout scriptam & non scriptam comprehendit, & sic erit cõtra iustitiam legalem sicut excedẽs ipsam & superans, vt recte docet Aristot. lib. 1. magnorum moralium. c. 13. sic ergo edictũ hoc de pactis, quod naturalem æquitatem inducit, superius erit, & excedet ius legitimum, si sumas ius legitimum pro verbis ad pacta nuda obseruanda actionem denegãtibus, si vero Prætor edicto suo solum ostendit & declarat (vt alij volunt) (quorum sententiam refutabimus lib. 3. c. 9. q. 5. ad finem.) quod obseruare pacta nuda quoad exceptionem & liberationem reorum, non est legi civili contrarium, imo eius esse intentionis, (et si verbis id nõ sit expressum) exceptionem his pactis dare, in quãtũ sic mentem legis civilis interpretatur, adhærẽs non verbis sed intentioni, edictũ hoc cõtinẽs æquitatẽ, non erit superius iusto legali, sed erit ei pars potior, vt sup. dixi sic & si nõ ita clare & distincte obseruat. D. Tho. 2. 2. q. 120. art. 2. ad 1. D. Antoninus 4. p. tit. 15. c. 19. ad finem.

Huic autem naturæ æquitati, quæ est iudiciũ quoddã rationis, seu, lex iusti natura, vel si mauis ars quædã simpliciter boni, non solum prudentes & docti, sed & rustici etiam & imperiti sine aliqua probatione, &

authoritate cõsentiũt. Cuius generis sunt prima naturę præcepta, vt v. g. bonũ est faciendũ, malum est sciendũ, quod tibi non vis, alteri ne feceris, & his similia vel quæ ex his necessaria cõsequẽtia deducũtur, in derogationem verborũ alicuius legis scriptæ, vt ecce bonum est faciendum, ergo depositum Titio furioso non est redendum, & reliqua similia. Impressit enim naturã mẽtibus nostris quasdã notiones, quibus iustum & honestum possemus cognoscere, & ea ab iniustis & turpibus discernere: sicut oculis lumẽ indidit naturale, quo res corporales inter se distinguerem⁹, vt recte explicat D. Thom. 1. 2. q. 91. art. 2. in corpore, quidquid Budeus in annotationibus prioribus ad Pandectas in l. 1. ff. de iustitia & iure. min⁹ recte docuerit, dicẽs nõ solũ cuiuscũq; priuati hominis, sed nec cuiuscũq; iuris periti esse, quo tẽpore ea sit vtẽdum discernere, prout infra dicemus. Ex his ergo sunt derogationes illæ iuris civilis, quas in edicta sua prætores retulerũt, inter quas a nonnullis refertur hoc nostrum de pactis, quę obseruare nõ solũ homini Christiano, vera & Catholica præcipit doctrina, † Nõ faciã irrita quę processerũt ex labijs meis. Psal. 89. Sed & Idolatris & Gẽtilibus agẽtibus etiã cũ hostibus natura ipsa suadet vt infra lib. 2. cap. 9. Deo dãte dicemus latius. Ea igitur ratione inquit Vlpianus in principio huius edicti (æquitas naturalis est) id est natura

tura ipsa seu ius naturale, idem enim sunt, vt constat ex. §. Thefauros & §. per traditionem inst. de rerũ diuisione. Hæc pacta seruare æquitati & rationi consentaneum esse demonstrat, ne aliquod in commodum quod graue potest esse aliquando redundet in eos qui fidem nostram sequuti inani & leui incõstantia nostra creditis suis frustrati decipiuntur. Est enim naturalis debitor quem iure gentiũ dare oportet cuius fidem sequuti sumus vt inquit Vlpianus in l. non amplius. §. is natura debet. ff. de regul. iur. cuius obligationem qui non implet apud me dubium non est, aperte facere contra naturale vinculum obligationis & primũ naturæ præceptum dictans, vt quod sibi quis fieri velit secundum rationem & iustitiã, alijs etiam faciat. c. humanũ genus. 1. distinc. Nec aliqua hæc ratio siue æquitas indiget scriptura, imo illi repugnat scriptam esse: cũ secundum Arist. vbi sup. nil aliud sit quã scripti iuris correctio, seu vt idem vult lib. 1. Rhetoricorum ad Theodectem c. 13. iustum præter legem scriptam, eo enim instanti quo id quod æquum est, a Principe promulgatur, definit esse æquũ, & incipit esse ius legitimũ, nec proprie loquẽdo æquitas appellabitur.

Hinc poteris nouius, & fortasse melius cæteris interpretari & conciliare. l. placuit. C. de iudicijs, cum l. 1. C. de legibus, in quibus plura cõsumunt sese inaniter torquentes

tam Theologia quam iuris prudentiæ doctores, vt errorẽ comunẽ in d. l. placuit nõdum ab ipsis cognitum tueantur. Ait enim ibi Constantinus. † Placuit in omnibus rebus præcipuam esse iustitiæ æquitasquẽ scriptæ quam stricti iuris rationem. † Ex quo videtur clare cõstare, æquitatem scriptam esse posse & præferendam esse semper rigori, in l. autem. 1. C. de legibus, dicunt idem Constantinus Imperator & Licinius, quod inter æquitatem & ius interpositam interpretationẽ illis solis & oportet & licet inspicere. Ex quo probatur, ius scriptũ necessario esse seruandum, nec iudices posse æquitatẽ sequi tẽperato rigore sine Principis licentia. Quas vt conciliet Accursius. Bart. Bald. Alex. Iaso. & cæteri cõfingũt & falso duplicem æquitatem, scriptam & nõ scriptam, & de scripta dicunt intelligendum textum in d. l. 1. & de non scripta. d. l. placuit, idque Fortunius in l. 1. ff. de iusti & iure sequi videtur cum communi. Quo meo videri, nihil potest a veritate, & bona illarum legum intelligentia, & æquitas cognitione alienius excogitari, nam æquitas (vt dixi) cum scribitur vel promulgatur, æquitas esse definit, & ius incipit esse legitimum, vt constat ex definitione Arist. dicentis esse iustum præter legem.

Dicas ergo tu, quod in dicta lege placuit, verbum illud (scriptæ) additum est ab eis, qui vim æqui

equitatis non intelligentes conciliare illud rescriptum cum d. l. i. ignorantia non potuerunt, sicq; reperiri in omnibus vetustis codicibus & emendationibus Florentinis, verbum id (scripte) abesse testatur Antonius Augustinus lib. 4. emendationum c. 8. & Fraciscus Duarenus lib. 2. disput. anniuersar. c. 18. erit igitur conciliatio & vtriusque tex. verus hic sensus, vt dicat Constantinus in d. l. i. quod quotiescumque sit equitas (non scriptam debes intelligere) certa tamen & clara ex vna parte, & ius strictum ex alia, sequi licet equitatem spreto iure, quando autem possis discernere equitatem claram ab obscura docebo postea, textus autem in d. l. i. sic est intelligendus, quando incerta & dubia est æquitas & merito ignoratur an oporteat strictum ius æquitate temperari, quia ex verbali obseruatione nihil iniusti natura aut absurdi nascitur, tunc enim non licet à verbis legis recedere, sed illa strictim sequi, dum non habetur Imperatoris, aut Principis declaratio, & hoc quia æquitas in quantum opponitur iniquitati, perspicua & clara non est, vt v. g. ponas legem, quæ filijs meretricum, muneribus & honoribus publicis interdicit, dubitatur modo, an filius meretricis, natus ante meretricium, lege comprehendatur, certe tunc inferiores iudices non poterunt interpretari, aut declarare, filios ante meretricium susceptos non comprehendere. Nam etsi

id æquum videatur, dubium tamen est ex eo quod nullum absurdum & iniquitas sequitur, & incertum an ea fuerit legislatoris voluntas, cuius dubij ab eo oportet petere explanationem, hoc enim satis indicat verbum illud (interpretationem) positum in d. l. i. quæ secundum bonæ ac rectæ latinæ rationem, dubij est & obscuri sermonis explicatio, vt bene aduertit Baldus etsi ad aliud propositum in c. Canonum nu. 58. de constitutio. D. Tho. 22. q. 120. art. 1. ad. 3. idq; si recte animaduertas, docuit Iulianus in l. ii. ff. de legibus, cum ait & ideo de his quæ primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi Principis certius statuendum est. Certius statuendum dixit, quod nimirum erat obscurum nec satis perspectum & cognitum, vt ex scripturæ contextu dubium & ambiguitas nata fuerit.

Sed aduertas, quod quando dicimus, iudices inferiores non posse ambiguam legis sententiam interpretari, donec principes consulant, est intelligendum, quando ambiguitas legis tanta est, vt tollat certitudinem voluntatis legislatoris, vt est in casu proposito; si autem aliquo alio modo potest constare de eius interpretatione, ad principem recurrere impertinens erit. Ponas exemplum quod refert Tullius. Est lex in ciuitate (Meretrix coronam auream non habeto, si habuerit publica esto) ex his verbis ambigi potest, an meretrices lex, an vero coror
nam

nam publicandam censeat, sed si de publicanda meretrice intelligamus, non erit sine vitio & turpitudine hæc interpretatio, quia leges non intendunt, nec possunt intendere sceminarum publicationem, cum ad hoc solum ferri debeant, vt homines bene & beatè non autem turpiter & inhonestè viuant, authentico vt non luxurientur contra naturam, in principio, collatione. 6. nec id præterea ad aliquam reipublicæ utilitatem vel bonam ad ministracionem poterat spectare: si decora autè aurea publicanda & applicanda fisco intellexeris, non male, sed rectè interpretaueris, & euitabis absurdum, quod sine aliqua principis declaratione vel licentia efficeret, quia ea pœna reipublicæ comodo cedit, cum in possessione & fructu auri, ad sustinenda onera publica, tum etiã in deterrèdo meretrices à superfluis sumptibus, & aliquando fortasse eorum priuatione & pœna à meretricio. Hoc voluit nos docere Celsus in l. in ambigua. 19. ff. de legibus, dicens quod in ambigua voce legis, ea potius accipienda est significatio, quæ vitio caret, præsertim cum etiã voluntas legis ex hoc colligi possit, quotiescumq; ergo contra voluntatem legislatoris (quæ semper verosimiliter potest præsumi) iniquitas manifesta, vel absurdum aliquod clarum ex obseruatione verbali legis sequitur, licitum est cui cumq; iudici, eam interpretari, sine principis licentia, nec is

qui sic interpretatur legem, agit contra id quod D. Augustinus docuit in lib. de vera Religione c. 31. relatus à Gratiano in c. in istis 4. distincti. videlicet quod in istis temporalibus legibus, quamquam de his homines iudicent, cum eas instituunt, tamen cum fuerint institutæ & firmatæ, non licebit iudici de ipsis iudicare, sed secundum ipsas, quia is solus dicitur iudicare de lege, qui dicit legem simpliciter non esse iustam, vel non congruè tempori aut loco positam, sed qui propter particulare factum, in lege non præuissum à legislatore, & in quo seruaretur legis verba, peruertere intentione, interpretatur, in tali casu non loqui legem, de ea non iudicat, sed obedit legi tacite, in tali casu non verba sed intentionem seruandam præcipienti, vt mirabiliter docet Aristoteles lib. 2. magnorum moralium c. 1.

Sed conciliationi dictarum legum à nobis supra allatarum, poterit aliquis, & non insubtiliter obijcere, hæc legem primam, & alias plures Vlpiani ad dictum, quibus constat, in eis esse æquitatem, & nihilominus scriptam, quæ videtur doctrinam, & explanationem nostram directò confundere. Sed aduertas obsecro quia huic scrupulo, quem non nullos vehementer scio pupugisse, non ineleganter me puto respondurum, dico enim quod quando Vlpianus scripsit, pacta seruare, naturalem dictare æquitatem, non intedit dicere, quod si simpliciter consideres pactorum obseruationem, in spectis solus naturæ principijs, id sit æquum,
B prou

prout est iuris emendatiuum, non autem iustum: hoc enim maximo perè distat à mente & voluntate Vlpiani, qui tatum dicit, quod edicti prætoris de Pactis est æquitas, non quidem respectu iuris naturalis, sed respectu legum ciuilium, negantium actione pactis & conventionibus sine nomine & causa, cū enim hoc prætoris edictum adiuet, exceptione data, hæc pacta nuda, mitigato & temperato iurisciui lis rigore, non mirum si dicat, æquitatem naturalem hoc edictum habere, cum contineat scripti iuris in hac parte emendationem, erit igitur æquitas respectu iuris ciuilis, quod inflexibiliter nulla pacta nuda, quæ sunt sine nomine & causa, cōpellit obseruare: sic etiam debes intelligere plures alias leges, quæ æquitatem continere dicuntur, ut eas referas non simpliciter ad ius naturæ, sed ad derogationem rigoris & asperitatis aliarum legum ciuilium.

Sed si tunc objicias vrgentius, tandem dari legem æquam, & æquitatem scriptam ut in hoc edicto de pactis: respōdebo, id minime verū esse, nā hoc edictū modo dici non potest, quod sit æquū, cū iam lege & scriptura cōstet, quod præuidens Vlpianus, mysteriosè loquutus est, dicendo, æquitatem cōtinere, non autē edictū æquū esse, quæ diuersa sunt. Nā æquitatem cōtinere, dici etiam potest illud, quod continet id quod antea æquū vel æquitas erat, etsi post scri-

pturā ius fiat legitimū & iustitia, ut videmus in præceptis naturæ, quæ etsi promulgētur, vel scribātur à lege, dici possunt naturalia, & cōsuetudines feudorum quæ etsi scriptæ sint, ut cōstat, cōsuetudinis nomen retinēt, ut in rubricā illorū librorū satis expressum videmus, ac proinde tātundē erit dicere, cōtinere edictū prætoris æquitatē, ac si dixisset, quod prætor æquitatē & bonitatē naturali inherēs, cōstituatur aduersus ius legitimū, (quod pacta nuda nō obseruat) fore valida ad exceptionē, æquū autē dici vere & proprie nō potest, cū iā sit legitimū, & ad essentiam æqui, sola sit necessaria bonitas aut iustitia præter legē scriptā, ex Arist. d. lib. 5. Ethicorū. c. 9. & li. 1. Rhetoricorū ad Theodectē c. 13. & lib. 2. magnorū moralium c. 1. Vel secundò dicere poteris, quod hic Vlpianus, sumit æquitatem pro æqualitate, seu iustitia, ut opponitur iniquitati, sicut æquum pro iusto & ut opponitur iniquo, sæpe videmus vsurpari ab Aristotele libro. 5. Ethicorum. c. 1. & 3. cum sequentibus: & ab Vlpiano in. l. i. ff. de iustitia & iure, ibi, Iustitiam namq; colimus, & boni & æqui naturam profitemur, æquum ab iniquo separantes & c. vbi æquum nō pro eo quod est iuris legitimi emendatiuum, sed pro eo quod naturaliter & simpliciter iustum est, vterque assumpsit.

Cessent ergo Accursij, Bartoli, Baldi, Alberici, Saliceti: Lassonis, & vtriusq;

vtriusq; Imolenfis, de iustitia & æquitatē, reliquæ distinctiones, in lege placuit C. de iudicijs. quas ne prolixum faciamus æquitatis opus, adducere & confutare latius prætermittimus, cesset Alciatus libro primo parergon capi. 30. æquitatem esse scriptam affirmans, cesset falsa Francisci Duareni & Eguinarij Baronis in hac lege prima distinctio: tenentium æquitatē diuidi, in naturalem, & ciuilem, æquitatem vocant naturalem, summam naturæ rationem inditam humanæ omni creaturæ, ciuilem vero illam solam, quæ legumlatoribus est visa ad rem publicam optimè gubernandam pertinere. Exempla hæc ponit Eguinarius, ratio seu æquitas naturalis, in omni loco, fidem dicitur seruandam, ut Vlpianus docet hic, ciuilis autem solam eam fidem, quæ in stipulationem deducta sit, s. primo insti. de verbor. obligatio. vel aliter, æquitas naturalis, successionem defert cognatis, ciuilis agnatos prætulit cognatis solum, sicquæ secundum Eguinarium, æquitas erit naturalis, fidem seruare, & cognatis indistinctè successionem deferri, æquitas autem ciuilis, stipulationem obseruare, & agnatos cognatis præcedere. Sed certe (ut verum fatear) quid commune habeat, agnatos cognatis præcedere, non solum cum æquitatē ciuili (quam reperiri non posse constanter affirmo) sed nec cum vera & essen-

tiali æquitatē simpliciter, videre sanè non possum: cum leges quæ præferunt agnatos cognatis, iustitia, non verò æquitatē sicut & reliquas quæ scriptura constant, certam inniti. Nec quæ Duareni affert, maioris sunt momenti, inquit enim, æquitatem esse naturalem, fidem obseruare, eam autem in pactis nudis non implere, æquitatem esse ciuilem, quia sic legumlatoribus prudentibus visum est. Præterea affert, æquitatem esse naturalem, omnes homines liberos nasci, neminem quæ locupletari cum iactura aliena, æquitatē tamē ciuili inductam fuisse seruitutem, & vsucapionem, quarum altera, libertas adimitur hominibus, altera fortunæ & possessiones auferuntur, tex. in. l. manu missiones. ff. de iustitia & iure & in. l. prima & toto titulo. ff. de vsucapio. Sed pace docti Duareni dixerim, in pluribus, eius opinio deficit, primo in eo, quod asserens æquitatem scriptam non reperiri libro secundo anniuersariarum disputationum capite 18. tenet modo, sibi ipsi contradicens, æquitatem reperiri ciuilem, quæ est scripta à prudente legislatore. Secundo in eo quod putat propriè loquendo, leges pactum nudum seruare non præcipientes, ob litiū fugā (ut ipse arbitratur,) æquas esse & nō iustas, seruitutēq; ac vsucapionē inducentes, æquitatem continere ciuilem non vero naturalem, quod legum

gum naturæ & substantiæ repugnat, quas diuus Isidorus libro secundo ethymologiarum capi. 10. & lib. 5. capite. 21. relatus a Gratiano in capite erit autem lex, 4. distinct. iustas & secundum naturam esse oportere rectè docuit, quod verificari non posset, in legibus vsucapionis, si æquitatem naturalem, quemadmodum & pactorum obseruationes nõ haberent, si cut Duarenus nobis contendit suadere. Nec obstat textus, quo mouetur, in lege prima, ff. si quis testamento liber esse iussus factus fuerit. Vbi Vlpianus dicit, quod actio aduersus seruum, qui liber à testatore iussus fuerit, ante aditam hæreditatem bona surripientem, in duplum datur à prætore, æquitatem habet naturalem, potius quam ciuilem. Nam quamuis expressa videantur verba, pro eius opinione, contrarium potius probari, conabimur demonstrare. Pro cuius maiori intelligentia aduertimus, quod Vlpianus ibi, (vt eius est moris,) probare contendit, prætoris edictum, quod interpretabatur, iustum esse, in eo quod actionem dupli in factum, aduersus seruum compilantem bona hæreditatis iacentis, intra annum concedit, quod vt ostenderet, incepit à naturali æquitate, quæ dictat, eum esse puniendum, qui spe futuræ libertatis, audacior factus, crimen expilatæ hæreditatis admisit: mentionem vero ea

ratione fecit de æquitate ciuili, vt doceret non fuisse proditam actionem, contra seruum de iure ciuili, & sic si prætor illam edixit, ostendit, non deprompsisse à corpore iuris ciuilis, sed à naturali æquitate, quæ dictat, delicta puniri, quo tandem insinuare doctis voluit, naturam esse hanc actionem à prætorum potestate & iurisdictione, non autem interpretatiuam iuris ciuilis. Habebant enim prætores facultatem non solum interpretandi, (vt in alijs casibus videmus) sed corrigendi, & supplendi, vt in hac lege prima, paucis Vlpianus docuit, & clarius Papinianus in lege septima, ff. de iustitia & iure. Sed dicet aliquis pro Duareno, nonne aduersus expilatores hæreditatum, actio ciuilis prodita erat, vt constat ex lege prima. 2 & 3. & toto titulo. ff. de crimine expilatæ hereditatis? Cui respondemus quod sic, id tamen est intelligendum, quo ad personas liberas, quo ad seruas vero, prout est in nostra specie, nequaquam actio prodita erat, quemadmodum idem Vlpianus refert in l. serui & filij. 17. ff. de furtis, dicens, Nec enim qui in furem potest statuere, necesse habet, aduersus furem litigare, idcirco neque actio ei à veteribus prodita est, at in præsentibus cum domina quæ iacens hereditas erat, vt res inanimata, seruum punire nõ posset, ne libertate hac abusi, & spe exuendæ illico seruitutis allecti, crimina admitterent, & in-

& interim quo illa adiretur, remanerent impunita: æquum visum est prætori, sua iurisdictione actionem producere, contra eos, qui testamento liberi iussi, post mortem domini, ante aditam hæreditatem, aliquid dolo malo surripissent, & cum hanc actionem in factum, non à iure ciuili (quia de his ius ciuile non tractauit) sed à naturali ratione, & æquitate, quæ dictat crimina puniri, prætores edixissent, vt id ostenderet Vlpianus edicti interpret, ait. Hęc autem actio non ciuilem, sed naturalem habet æquitatem, nec in præsentem æquitas naturalis assumitur, pro speciali æquitatis virtute, seu epicheia, quam ex Philosopho, lib. 5. moralium c. 10. scripti moderationem supra retulimus, quamuis minus recte eam ad hoc propositum adduxerit Duarenus, & Eguinari post eum, nam cum in casu de quo ibi iurisconsultus, nihil scriptum vel statutum fuisset à iure ciuili, nõ poterat subesse subiectum vel materia, supra quam æquitas caderet, (est enim propria materia æquitatis, ius scriptum) sed usurpatur æquitas naturalis hic ab Vlpiano, pro iustitia naturali, cui maxime consonat delicta puniri, nec à verborum proprietate hęc interpretatio discedit, nam æquum pro iusto, & æquitatem pro iustitia, tam Philosophos quam Iurisconsultos usurpasse, supra probauimus, & confirmari potest modo ex eodem Vlpia-

no in lege prima. ff. de iustitia & iure. ibi: iustitiam namque colimus, æquum ab iniquo separantes &c. & ex Aristotele qui id non semel, sed pluries in moralibus expresse docuit, præcipue c. 1. 2. 3. & 4. & toto penes lib. 5. ad Nichomacum, & ex Cicerone ad Herennium, vbi definiens iustitiam, dicit illam esse æquitatem, tribuentem unicuique pro dignitate cuiusque, quos sequitur hic Vlpianus, ponens æquitatem naturalem, pro iustitia naturali, & æquitatem ciuilem, pro iustitia ciuili, dicens. Hęc autem actio in factum, (vt Labeo scribit) naturalem potius, quam ciuilem, habet æquitatem: id est cum ius ciuile defecerit, in danda actione, aduersus seruos hæreditatum compilatores, vt in lege nec serui. ff. de furtis supra confirmari, visum est prætori, actionem edicere, ne delicta mancant impunita, quam actionem, magis à iure naturæ, cui congruit delicta puniri, quam à iure ciuili quod nihil in hoc disposuit, prætores edixisse certum est. Et hunc arbitror verum & proprium illius legis intellectum, quem verba eiusdem textus sequentia, si ea Duarenus & Eguinarius attentius expendissent: non insinuant obscure. Postquam enim dixerat, hęc autem actio, potius naturalem æquitatem habet, quam ciuilem, subiungit idem Vlpianus (siquid è ciuilibus deficit actio, sed natura æquum est

nō esse impunitū eum, qui hac spe audacior factus est, quia neq; vt seruū se coerceri posse intelligit, spe imminentis libertatis, neq; vt liberū damnari, quia hæreditati furtū fecit, hoc est domina, dominus autem domina ve, nō possunt habere furti actionem cū seruo suo, quāuis postea ad libertatē peruenerit, vel alienatus sit, nisi postea quoq; eam rem contrectauerit, itaque equum esse prætor putauit, calliditatem & proteruitatem eorum, qui hæreditatem depopulantur, duplici actione in factum coerceri. Hæc omnia Ulpianus: quibus mire confirmat opinionem nostram, in quantum aperte ostendit, hoc edictum prætoris æquitatem ciuilem nō habere, quia actio ciuilis, contra hos seruos scripta non erat, sed negata: si ergo secundum Ulpianum, ratio propter quā hæc punitio seruorum, qui liberi esse testamēto iussi sunt, dupli actione in factum à prætore cōcessa, æquitatē ciuilem nō habet, quia à iure ciuili (quod mere ciuile est) actio non erat proposita: ergo si scripta fuisset, æquitatem haberet ciuile, at æquitas ciuili iure & scriptura contenta, iustitia est, vt supra probaui, non erit igitur incōgruū, imo necessarium, vt æquitatem naturalem, pro iustitia naturali, & æquitatem ciuilem, pro iustitia ciuili, quo ad Ulpianū hic interpretemur: cū verbi proprietates nō repugnet, sed verè prædictis omnibus assentiatur, vt ex eodē Ulpiano, Cice

rone, & Aristotele supra relatis factis puto confirmatum: conticescat tandē Cuiacius hic & Ludouicus Pelleus Carnutenfis in tractatu defensorij iuris ciuilis. c. finali, qui ciuile esse æquitatē, id est ciuilem epicheiam, cum Duareno & Eguinario affirmāt, quorū fundamentū cū iam falsum esse, supra probauerim, nihil est, q̄ amplius immoremur.

Cesset similiter cæterorum Canonistarū simplicitas, tamen in c. 2. de sententia & re iudic. quam in finali de transactio. qui omnes sese mutuo (tāquā Palamedis aues) sine ratione sequētes, de æquitate scripta & non scripta, rigore & seueritate, profuderunt plura, vt plura scire viderentur, quæ planè (eorum pæce dixerim) ignorarūt, & quod peius est, intercluserunt aditū ad hæc intelligenda iuuentuti, quæ si ne veris principijs nil firmum potest retinere.

Quod modo nobis reliquū est, 14
(quia id supra promissim⁹) est explicare, in quo cōsistat formalis & vera ratio claræ æquitatis, quā dixim⁹ inferiores iudices spretis verborū legis rigore, sequi posse & oportere, id enim (vt arbitror) & iucundū & vtile erit tibi cognitu, quare aduertes, quod ad cōstituentā formalem rationem æquitatis, secundū quā cui libet, non solū inferiori iudici, sed etiam homini priuato, agere licet, duo copullatiuè requirūtur, quorū si aliquod desit, æquitas vera non erit, primū est, vt lex quæ deficit, de 15
ficiat

ficiat claro propter illā vniuersalitatē seu generalitatē quæ nō expressit casus singulares. Quare prius sciendū est, quæ leges sint quæ deficere possunt propter vniuersalē, & quæ nō, quæ vt melius intelligas, aduerte, quod leges sunt in duplici differentia. quædam mere positivæ, quas à principio (vt inquit Aristot. lib. 5. Ethico. c. 7.) nil refert sic vel aliter se se habere, vt quod plebei non vtantur fericis, quæ equites nō vehātur mulabus, & sic alias. Quædam vero sunt, quæ cōtinēt præcepta iuris naturæ & hæc meo videri, magis dici possūt, quod declarēt id quod alia lege est prohibētū, quā quod de nouo ipsa prohibeāt. Istæ etiā sunt in duplici differentia, aliæ enim regulariter & vniuersaliter. ita sunt verè, vt in nullo casu non solū non deficiant, sed nec possint deficere. vt. v. g. nō est adulterandū, nō est mentindū, nō est peierandū, &c. & quia propter, vniuersalē, in his nō potest esse defectus, inde nascitur quod hic æquitas nō habeat locū: aliæ sunt quæ etsi regulariter & vt in plurimū quæ sint & iustæ, in aliquo tamē casu, à rectitudine declinent, si pro vt verba sonāt, seruetur: vt depositū reddere, rectū & iustum est in pluribus, si tamē qui deposuit, reddatur furiosus, & vellet se aut aliū interficere, illud quod erat rectum & iustum, redditur obliquum & iniustum. Rectitudo & iustitia antea consistebat, in reddēdo suo bo

no & vtili deponēti, modo autem quia illi bonū & vtile non est, imo damnosum, & nociuum, & sic cessat nō solū negatiue, sed etiam contrarie, quid hæc sint postea dicemus. Finis & intētio legis, in reddēdis depositis, ideo cessat iustum legis, & redditur iniquū, si executioni mandetur, quod fugere docet hæc æquitas, quā ideo directiōnem legis appellauit Philosophus, quia emēdat & corrigit id, in quo lex vniuersaliter loquuta defecit, & sic eius actus consistet solum in dirigēdo, seu rectificādo opus, vt dicemus postea, idem iuris est, in his quæ sunt mere positivæ. Ponam⁹ legem finalem. ff. de rerum diuisione, quæ vetat sub pœna capitali, muros ascendere, & casum quo hostes, subito ciuitatem inuadant, aliterque periculū hoc euitari non posse, quā per ascensum ciuium in muros, ad depellendos nouiter ingressos hostes: quāuis enim lex quæ vniuersaliter statuit, muros non ascendere, sub pœna capitali, iusta sit, ne videlicet homines scelerati & iniqui belli tempore, trās fugæ fiāt, vel ciuitatem per mania tradant, vel hostes de periculis communibus populi moneāt, vel ne muri, cōmuni in eos ascendendi, vsu prosternantur. Tamen quia hoc iustum, in proposito casu non solum non conseruatur, sed iniustum redditur, quia si prætermisissent, muros ascendere, vel capere ciuitas, vel sal⁹ cōmunis aliter peri

clitaretur. Ideo legem propter vniuersale deficientem, emendat & moderatur æquitas, declarans, eos qui deposita non reddunt, vel ascendunt muros, contra legis scripturam, potius præmio quam pœna dignos. Idem est in exemplis quæ attulim⁹ supra. Ponas equitem circumdatum peditis hostibus, aliter periculū mortis, vel seruitutis vel aliud quodcumque graue, euitare non posse, si mulam non ascendat: vel plebeiū, ita nudum bonis & vestibus, ut si fericis non utatur, notabile salutis detrimentum incurrat, certe in his casibus, lex propter vniuersale claro deficit, & sic seruanda non erit in casu occurrenti.

Dixi primo, oportere propter vniuersale & clarum, legē deficere, sequitur Arist. nam si in aliquo casu propter priuatum priuilegium, lex deficeret, non spectaret directio actus priuilegij ad æquitatem, quia tunc non deficit lex propter clarum vniuersale, sed propter vniuersale obscurum, etsi clarum ipsi legislatori, qui scientia propria & experiētia, rationem vniuersalem legis, cessare cernit, quoad personā priuilegiatam, quod postea magis explanabimus. Similiter non dicitur lex deficere, ut æquitas habeat locum, quando propter obscuritatem, vel ambiguitatem sensuum, deficit: vel saltem videtur deficere, cum æquitas tantum habeat locū, vbi manifeste lex deficit, quod in dubijs vel obscuris esse non potest,

in illis enim, ad legislatorem oportet recurrere, ut interpretet. Quæ non obliuiscaris quia ad plura erūt vtilia. Hęc dixi quoad primū æquitas requisitum.

Secundum autem est, quod ratio legis, deficiat non pute negatiue, sed contrarie. Pro cuius maiori declaratione aduerto, quod tunc dicitur ratio legis negatiue cessare, quando accidit casus, in quo cessat sic totaliter ratio legis, ut legislator de hoc certus à principio, illū non obligaret: & de hoc etiam requisitus, tollet certo quoad illum authoritatem legis. Si tamen interim lex seruetur, nil sequitur mali publici, aut inordinati. V.g. lex Iulia statuit, quod adultera non possit manumittere seruum, intra certum tempus, pendente adulterij litte: ne seruus hoc præmio libertatis allectus (cum torqueri non possit) veritatē occultet. Ponamus, quod seruus est in prouincia remotissima, in qua moraliter loquēdo, impossibile fuit, aliquid de suæ domine turpitudine, vel vidisse, vel audiuisse, domināq; ob aliam causam, cum velle manumittere, certe etsi in eo cesset ratio legis negatiue, dispositio legis est omnino seruanda: nam manumissionem, intra sexagesimum diem impediri, nullam continet iniquitatem. Vtinam qui eam legem, de rigore nimio, asperitate, ac duritie accusant, in sententijs & decretis suis ferendis, non fuissent aliquando duriores: nam ab

humana

humanitate & æquitate (quæ iudiciorum omnium custos & gubernatrix esse debet) non multum certe recederēt. Quæ enim nimia duritas est, duorum mensum spatio, libertatem serui, etiam a suspitione vacui (cum sæpe contrarium contingat) differri: ut hinc nimie seueritatis imo crudelitatis & iniquitatis exemplū sumere liceat, docētibus, numquam à verbis legis esse recedendum, eius legis argumēto, quocum vera æquitas existit, nil dici potest absurdus. Taceat ergo Iacobus de Arenis, quem refert Bal. & Iaso. in. l. non dubium C. de legibus, num. 33. Felinus in. c. si quādo. nu. 11. de rescriptis. Maynerius in. l. quod contra rationem, num. 8. ff. de regul. iuris. Alciatus lib. 1. de verbor. sign. & in. l. nominis & rei, ff. eod. titu. qui hæc non intelligentes dicunt, legem prospexit. ff. qui & à quibus, in qua casus propositus continetur, spiritu rationis carere. Taceat gloss. in. c. i.º generale, r. d. ad finem, quæ dicit, rigorem ibi contra æquitatem, sine ratione scriptū esse: nam debuissent hi patres (alioquin doctissimi) cōsiderare vim & authoritatem, quam natura & bona ratione dictante, leges habent: & non ignorare, quod sicut ex duobus constant, authoritate & ratione, ut patet ex definitione legis, sic etiam non tolluntur, nisi duobus simul deficientibus, authoritate videlicet & ratione: nā ut inquit Vlpianus. l. 36. ff. de regul. iuris. Nil tam

naturale est, quā eo genere quodque dissoluere, quo colligatū est: quamuis ergo ratio negatiue deficiat, remanet authoritas, quæ legem in tota sua vi & momento sustinet, donec superioris interpretatio, vel dispensatio accedat. Hic est verissimus illius legis sensus, non autem communis quo traditur, seruum illum etsi existentem in remota prouincia, domesticorum sermone vel litteris, scire potuisse, quæ domi gererentur: non enim est necessarium, quod hæc possit adesse præsumptio, cum etiam si abesset & certum esset, illum seruum neutro modo aliquid cognouisse, nihilominus debuisset eius decisio seruari, quia ex ea obseruantia, non sequitur iniquitas, aut contrarius effectus intentioni legislatoris: quod necessarium est ad hoc ut æquitas habeat locū, ut videre & colligere etiam poteris, ex sequentibus, quæ afferre placuit, ut Theologis, qui hæc nostra legērunt, (si legē Iuliam de adulterijs, non intelligant,) satisfaciamus exemplis clarioribus, ex eorū scientia de præceptis: arduum est enim (ut inquit Plato, libr. ciuili seu de regno) res magnas aut difficiles, absque exemplis dilucide ostendere: videtur enim absque eis, vnusquisque nostrum, tamquam per somnū nosse omnia, re verā autem, rursus omnia ignorare. Ponas legem, quæ fornicationem prohibet, propter vitādam mortem proles future: non generationis, sed educationis & insti-

B 5 tutio-

tutionis, si verum esset, cessante ratione legis negative, cessare legem casus, non difficulter dari posset; in quo fornicatio liceret quia in ea ratio legis cessat: ut puta, si solutus & soluta coiret, uterq; sui iuris & bonorum ac rerum omnium abundantia praestantes, & qui ad educationem prolis nascituræ necessaria, affluentius ceteris coniugibus ministrarent: quod absurdum esset grauis in iun. Vel ponas legem ecclesiasticam, quæ præciperet, quemlibet tali die sacrificiū offerre, vel elemosinam dare, pro satisfactione suorum peccatorū: & Titium, qui moraliter certo sciat, se iam satisfecisse pro peccatis, si vera esset regula, quæ ab his traditur, cessante ratione legis &c. dabimus hūc non teneri ad sacrificandum, vel offerendam elemosinam, & ex eo deducetur, homines qui ieiunio carnes non comprimunt diebus quadragesima, & alijs de præcepto, ad ieiunandum non teneri: quia cum ratio vel intentio ieiunij, sit spiritus carnis remittere, & ratio cesset in tali, sequeretur eum lege non obligari, & ex eo etiam necessario deducetur, tollendas esse vniuersas Principum & superiorum dispensationes, quarum basis & fundamentum principale, est defectus rationis legis, in casu particulari: nam relaxatio legis pro solo libito voluntatis, etiam in posituius, magis dicitur dissipatio, quæ superiori non competit, nec valet, sed vtriq; no-

17
cet, ut quæstione secunda infra docuimus. Hoc quam remotum sit à ratione, & quantæ confusions plenum, cum quilibet, in se ratione legis cessare, posset asserere, facile videre poterunt, qui singula (ut oportet) altius speculentur. Hæc latius adduxi, quam à principio decreueram, ut cōfutarem communem & falsam Bartoli, Richardi, Baldi, Romani, Angeli & aliorum plurium opinionem relatae ab Euerardo, in locis communibus, loco. 80. & Tiraquel in tractatu, cessante causa, num. 130: cum sequentibus: qui omnes, sine cunctatione affirmant, cessante ratione legis negative (ut nos loquimur) legem etiam cessare. In quem errorem (quod magis sum miratus) incidit doctus alioquin, & in cognoscenda virtute legis, non mediocriter versatus, Alphonsus à Castro, lib. 1. de potestate legis pœnal. c. 5. versiculo ad tertium documentum, asserens, satis esse, ad hoc ut præceptum vel lex non obliget, quod eius cesset ratio, aliquorum nostrorum sola auctoritate deceptus, sed quam male, ex superioribus constat. Oportet enim, ad hoc ut lex cesset, quod eius ratio cesset pure contrarie: dicitur autem cessare pure contrarie, quando euenit casus, quo ex obseruantia legis, sequitur contrarius effectus intentioni legislatoris, ut videre licet, in exēplis de reddēdis depositis, & non ascendendo mania ciuitatis, supra iā ex positis, in qui-
bus

bus intentio legislatoris (si verba seruari peruerteretur omnino. Hoc est quod passim à iurifconsultis edocemur (et si communiter isti nolint intelligere) dicentibus, non dubium esse, eum contra legem facere, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem. l. contra rationem. l. fraus. ff. de legibus. l. non dubium C. eod. cum alijs.

19 Ex his, plane cognosci potest, quæ sint in legibus exponendis & æquitate sequenda principum, quæ iudicum inferiorum partes: hi enim, non possunt legum voluntatem ambiguam, arbitrio suo & opinione interpretari: sic enim magnus relinqueretur aditus, ad iniuriam & temerè iudicandum, nam si postea accusarentur, decreuisse contra legem, vanum æquitatis & benignitatis nomen potuissent obtinere, se sic excusantes. Est igitur distinctio nostra supra animaduersa obseruanda magnopere, quam rectè tenentibus, promptum erit discernere, quid singuli possint: nam si certū est ex verbis legis, quid illa iubeat, aut vetet, officium erit iudicis, voluntatem legis sequi, non ut eam literis (ut dixi) & verbis solis intercludat, sed relaxet tantū, quantum ratio & sententia legislatoris, ac intentio permittit. Nam ut iuris consultus Pedius ait in l. 13. ff. de legibus: Quoties lege, aliquid vñ, vel alterum introductum est, bona occasio est, ut cætera quæ tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpre-

tatione vel certa iurisdictione suppleri, cum is magis obtemperet legi, qui eius voluntatem, quam qui verba conseruat, ut ostendit nomē epicheia, quæ secundum Armandum & alios, ab epi, quod est supra, & Ichos, quod est obediens, dicitur: qua si per epicheiam, aliquis excellentiori modo obediat, dū seruat intentionem legislatoris. Quod etiam docet Celsus, in l. 18. ff. eod. titu. dicens, benignius esse leges interpretandas, quæ earum voluntas conseruetur: quæ, ut singulariter docet Diuus Hieronimus, in episto. ad Galath. c. 1. relatus à Gratiano. c. Martion. 1. q. 1. non in verbis scripturatum, sed in sensu noscitur esse, nec in superficie, sed in medulla, nec in sermonum folijs, sed in radice rationis, à quo non dissentit Diuus Gregor. lib. 1. sui registri, epist. 28. relatus, in c. præterea, de verbor. signific. dicens, plerumque dum verborum proprietates attenditur, sensus veritatis amittitur: & Hylarius, lib. 4. de Trinit. citatus in c. 6. eod. titu. de verb. sign. Intelligentia (inquit) dictorum, ex causis est assumenda dicendi, quia non sermoni res, sed rei est sermo subiectus. Quod adeo verum est, ut gloss. fin. ibi. ad extraneū sensum verba esse trahenda & bene dixerit, si aliter sensus conseruari non possit. Nā ut inquit Diuus Augu. lib. 1. de catechizandis rudibus c. 9. & refertur in c. sedulo. 38. dist. quantum animus præfertur corpori, ita legis sententia

ria verbis; quod Gregorij potest etiam autoritate confirmari, in c. humanae aures 22. q. 5.

20 Ex quibus ego planè deduco primo, quorundam nostrorum nō minus erroneā, quā falsam ac ineptam opinionem, qui adherentes, Iudeorum more, literis solis & verbis, sine respectu aliquo ad voluntatem, & intētionem legislatoris docent (& utinam eam doctrinam antea didicissent feliciter, quā alios sic turpiter cum errore docerent) inferiores videlicet iudices, nullo pacto posse, spretis verbis ex æquitate & bonitate (si scripta non sit) aliquid in sentētijs decernere, prout refert & sequitur Ioannes Garfia. lib. de expensis & meliora. c. 1. nu. 29. quod (ut liberè dicam, quod sentio) nil aliud mihi viderur, quā cōpellere iudices, ad evertēdas omnium legum mentes & intentos fines. Ponamus legem, ut Bononiæ esse testatur Corrafi vbi infra, quæ decernit, eum qui sanguinē in palatio fecerit, vita priuandum, & chirurgum, yena secta, ægrum in palatio iuuisse: si attendas ad verba legis, nulli dubium est, quin eum cōprehendat, quia sanguinem fecit, si autem eius mentem & rationē, quæ audaces & temerarios homines, contra regiam maiestatem & decorem iniuriose insurgentes, puniri vult. Quis erit tam parum rationis & moralis Philosophiæ particeps, qui iudicem, esse necessario latutum legis pœnam in chyrurgū

dicat, nec eam legem, ex bono & equo posse temperare; nisi sit ex illis, quos sic tenere, in repetitione. l. omnes populi. ff. de iustitia & iure, refert Corrafius. lib. 2. miscellaneorum cap. 18. num. 10. Quorum opinio, quantum à ratione & benè fundatæ iuris prudentiæ principijs abhorreat, satis colligere poteris ex supradictis: cessat enim hinc ratio legis, non solum negatiuè, sed etiam contrariè: quo tempore non solum iudici, sed cuilibet priuato, contra verba legis agere licet, ut iā notauimus.

Secundo collige, ineptam esse eā disputationem, quam magnam & satis controuersam suis temporibus testatur Bart. in l. non dubiū C. de legibus, an barbitonsor qui venam tecuit, in statuti pœnam inciderit, cum mea sentētia, non solum habuerit, sed nec potuerit habere aliquam dubitandi rationem.

21 Tercio collige, eandem questionem, non ideo minus fuisse frivolum, quod statutum præciperet, legem illam, nullam debere accipere interpretationem, sed intelligendam prout iacebat. Quæ ratio, ad eodē mouit Iacobum Butrigariū, & Ald. ut dixerint, prout refert Iaso, in d. l. non dubium. num. 39. Vix defendi posse, quod barbitonsor ille nō decapitaretur, secundum verba legis: nā debuissent illi patres, attentius considerare ius naturæ, (quod neminē sine culpa damnandum, & dicat, & præcipit) verbis statuti-

statuti nullo pacto posse aut tolli, aut derogari, & ad verosimilem, imo claram legislatoris voluntatē, quæ nō adiutores & viles reipublice, sed sceleratos & seditiosos voluit punire, attendere, magis quā simplicibus & mortuis contextus legis verbis hæere: sed parcamus illorum simplicitati, qui ob defectum speculationis, in alios sunt errores inducti.

22 Quarto notz, errasse Baldum in c. canonum statuta num. 58. de constitutionibus, dicentem, quod etsi sententia lata contra legem, sit ipso iure nulla, c. r. de senten. & re. iudic. illa tamen, quæ est contra veram interpretationem legis, non est nulla, sed venit rescindenda: nam prout ego colligo ex textu singulari à paucis animaduerso, in l. ita fidei. 40. ff. de iure fisci, nō magis delinquit, qui contra legem expressam facit, quā qui cōtra eius interpretationem: quæ est tacitus legis sensus, adherens menti & nō verbis: ut patet ex Paulo iure consulto, ibi. Imo in priori specie, maiorem fraudem excogitasse videtur, qui non tam legem circumuenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quæ circa tacitum fideicommissum habetur: loquitur enim de eo, qui tacitam fidem accommodat restituendi incapaci fundum, à testatore commissum, contra mentem legis & non verba. Si ergo ita oppugnat legē, qui contra mentem eius & interpreta-

tionem, sicut qui cōtra scripturam expressam facit, ut patet etiam ex Vlpiano in l. nominis. 6. §. verbum. ff. de verb. signi. sic etiam sententia nulla erit, quæ cōtra interpretationem & sensum tacitum, sicut quæ contra expressam scripturam erit: quicquid in contrariū dixerit Bal. vbi supra. Poterit igitur iudex, vel quicumque inferior, agere contra verba legis, quando certò constat de cōtraria voluntate legislatoris: Tunc autem dicitur constare certò de voluntate legislatoris, quando iniquitas vel absurdum sequitur ex verbali obseruatione. Et hinc colliges errasse Budeum in lege primā ff. de iustitia & iure, dicentem, non cuiusuis iuris periti esse epicheia vti, siue bonitatem absolutā & equitatem cognoscere; cum non solum iuris periti, sed et ignorantes & rustici, id lumine naturali cognoscant, & sine aliqua Regis facultate aut interpretatione, secundum eam agere possint, ut diximus, & innuit Diuus Thom. 22. q. 88. art. 2. ad 2. Si autem dubia sit legis sententia, tunc iudici priuato, in nullo casu licebit, eam interpretari, sed recurrendum erit ad Principē, cui soli onus illud & honor incumbit. l. fin. s. dif finimus C. de legibus. Quare non possum non improbare Carerani ac Soti opinionem, illius, in 22. q. 97. arti. 6. huius autē, lib. 1. de iustitia & iure q. 6. art. 8. existimantium cuilibet priuato, fore licit-

licitum agere contra legem, etiam si certus non sit de voluntate legislatoris, dummodo sit ambiguus & in ea ambiguitate, qua si legislator adesset, hanc partem determinaret, seruandam, si periculum moram non patiatur, nam hoc, nihil aliud mihi videtur, quam potestatem & iurisdictionem sibi Principis assumere, mutando legem. Nam quid aliud est, legem mutare in casu particulari, quam dispensare in casu? & quid aliud dispensare, quam in casu ambiguo, potestate regia, rationem legis ibi cessasse ostendere? ut docet D. Thom. 22. q. 88. arti. 12. ad 2. quod cum is faciat, existimo certe, non solum immunem fore a peccato, sed etiam, ut furpatorem regie iurisdictionis, incidere in crimen lesae maiestatis, sicque grauius esse puniendum: argumento. l. 3. ff. ad. l. Iulianam maiestatis, & eorum, quae lacus congerit. Gigas in tractatu de crimine lesae maiestatis. q. 22. Ponas legem, quae precipit portas ciuitatis, obsidione ab hostibus imminenti, nulli aperiendas, & casum, quo hostes insequantur egreffos aliquos ciues reipubli. utilissimos & Principi amicos & familiares: dubitatur tamen, an qui eos persequantur, ingressi ciuitatem, damnum aequale, vel aliquantulum minus inferant, quia proficisceretur ex absentia vel morte ciuium, certe quicquid ipsi dicant, mihi videtur nullo pacto posse, ciuitatis custodes, portas aperire, & si periculū

eorum ciuium moram non patiatur, quia melius & praestantius erit, illos ciues mori, obseruata lege & remoto periculo, et si minori, quod ex insequentibus timebatur, quam eosdem conseruando, sine Principis interpretatione agere contra legem scriptam, & periculo aliterius incommodi se exponere. Nam ut recte docet Arist. lib. 2. Polit. c. 6. loquens ad huc in fortiori casu, quādo nullum timetur periculum. Nō tantum proderit, qui scripturam corrigere perget, quantum nocerit assuefactio superioribus non parēdi, praecipue cum utilitatis quidem accessio parua sit, assuescere vero leges immutare, improbādum: immutat vero, qui aliter quā scripte sunt, interpretatur, quod adeo verū putat, ut potius quam id fiat, aliqua errata legislatorū & magistratuū, existimet tolleranda, quod etiam Ulpianus docuit, l. 1. §. licet. ff. de exercitoria, dicens. In re igitur dubia, melius est verbis edicti in seruire, quam voluntatem extendere ad solidi obligationem, quod est contra verba legis.

Nec obstat si dixeris, utilitatem ex eo quod portae aperiantur magnam esse, cum aliter ciuitas, commodē conseruari non posset, quia non difficile respondebo, utilitatem illam, commixtam alij periculo simili vel aliquantulum minori, non esse magnam, sed ita paruam, ut de illa merito non sit curandū; & quamuis legislator si adesset, pos-

fer

set inclinari in opinionem, quod portae aperirentur & ciuitas exponeretur alicui simili periculo, propter conseruationem illorum ciuium, communitati vel sibi vtiliū, hoc tamen, inferiores non poterūt, quia interpretatio vel dispensatio, quae in superiori licita, bona & rationabilis est, in inferiori, reddetur illicita & irrationabilis, propter defectum iurisdictionis, quae illā interpretandi vel dispensandi tribuit potestatem: ut clarē docet D. Thom. 22. q. 60. artic. 6. in corpore. Teneas ergo memoria distinctionem nostrā, de certitudine & ambiguitate, ut in primo casu liceat agere contra verba, in secundo autem non sic, alioquin tolles perfectam politicę gubernationis rationem, dispositionem & ordinem in reuertendo operationes & officia superiorū, cū inferioribus. Quod quanto perē sit damnosum, explicat recte D. Thom. lib. 4. de regimine Principis. c. 23. constat autem ut his verbis docet Plato lib. civili siue de regno, ad Principem solum spectare, ut cognoscat Imperiū & vim eorum, quae in ciuitate sunt maxima, tum quid decorum, quid opportunum, quid vtile, quid autē contra. Vim autem ceterorum iudicum, non esse regiam hanc maiestatem, sed legum custodem regisque ministrā, aliter enim ut idē Plato, Paulo antea dixerat, non distinguemus nomine, illum qui scientia hac vult imperare, ab eo qui o-

pinione secundum leges, solus etiā dominatur, intelligens de Principem, et si mora periculum non patiatur, scriptaeque legi obediendum erit. Quia ut recte docet Arist. lib. 10. Ethico. c. fin. prius latam legem recte disponere, cuiuslibet non est sed si modo est cuiuspiam, scientis erit, sicut in equestri arte & reliquis, quorum cura aliqua & prudentia est, intelligens pro sciente, legislatorem, qui scientia & experientia, tamquam is cui soli cura est demandata, quid vtilius sit, solus etiā providebit: & postea subdit, ciuiles autē res, Rhetores docere profitentur, cum tamē nemo eas agat, sed illi tantum qui rempub. gerūt, qui quidem, facultate quadam potius & experientia, quā intellectu id agunt. Id antea (nifallor) mihi videtur docuisse Platonem, lib. 7. in dialogo Minos, seu de lege, cum Socratem & Minoem, sic introducat loquentes. Soc. Age igitur, die, quorum sunt scripta & constituta, de ciuitatis gubernatione, an non eorum solum, qui administrandae reip. periti sunt? Min. apparet. Soc. Num alij quidam, praeter ciuiles ac regios homines id nouerunt? Min. isti soli. Soc. Ciuilia ergo conscripta haec sunt quae homines, regū bonorumque virorū decreta nomināt? Min. vera narras. Soc. Qui sciunt, haud aliās aliud de eisdem rebus statuunt? Min. non certe. Soc. Non igitur alia atque alia legi-

legitima sunt? Min. nequaquam. Soc. Si quos dissentientes, mutantes què viderimus, num scire, an ignorare illos dicemus? Min. ignorare: & postea subdit Socrat. Quamobrem, in constitutionibus de iustis ac iniustis, deq; ciuitatis ordine & gubernadi ratione tractatibus, quod solum rectum est, regia lex existit, cui qui seruit, dijs ipsis seruire, est existimandus, vt idè asserit, dialogo. 6. de legibus: & quod postea subdit, id videtur confirmare, nam semper vocat iudices inferiores, custodes legum, & in lib. de regno, ministros legum: at ministri vel custodis officium nõ est, nisi prout sibi commissum fuerit, depositum seruare, vel præceptum sine alia interpretatione exequi, etiam si iniustum cognoscat, vt est bonus tex. in c. Pastoralis §. quia vero, de officio deleg. (quomodo illa iniustitia sit intelligenda, aliquando fortasse dicemus latius.) Nõ ergo poterunt hi iudices inferiores vel priuati, in dubio vel ambiguo casu, legè scriptam interpretari, etsi periculum (vt ipsi vocant) moram non patiantur, & legislator si adesset, potestate & iurisdictione quam habet, illam partem eligeret: nam cum generaliter interpretatio legis sit in inferioribus prohibita, & soli Principi reseruata, & lex postea inter hos duos casus, maioris & minoris ambiguitatis non distinguat, nec nos distinguere debemus: vt dicit regula iuris, in l. de pretio. ff. de Pu

bliciana cum alijs.

Quod alia ratione sic probo, nã 26
lex seu legis sensus vel interpretatio (ea enim tamquam ratio & anima legis est quæ obligat) nos ordinat ad bonum commune, & cuius est ordinare & dirigere ad aliquod bonum, eiusdem est exponere vel interpretari id, per quod peruenitur ad illud, sed solius Principis est curare bonum publicum & commune, & ad eum finè subditos semper dirigere, id autem non fit nisi per medium constitutionis & interpretationis legum, quæ ad eum assequendum spectent: ergo cum Princeps solus ferat leges, nec ceteri priuati id possint efficere, etiam si contingat casus non solum dubius, sed ita clarus vt verosimiliter Princeps si adesset, necessario leges tulisset (quod ipsi non negabunt) solus etiam Princeps, debet interpretari: alioquin reddat rationem oportet, quare cum periculum nõ sustinet moram, & casus non solū dubius, sed ita clarus est, vt verosimiliter legislator si adesset, constitutionem faceret, non licet priuatis, legem condere, interpretari vero licebit: cum vtraq; æquabili passu currant, vt docet Iustinianus in l. fin. C. de legibus dicens. Si in præfenti leges condere, soli Imperatori concessum est, & leges interpretari, solo dignū Imperio esse oportet: id exprimens per verba (solum) & (oportet) quorum primum, alios omnes excludit, vt notat Bart. in l. 3.

l. 3. §. cum Titia. ff. de adimendis leg. Secundum verò, præcisam necessitatem & immutabilitatem eius quod dicitur, significat, vt optimè aduertit contra Accursiū & alios Prateyus in lexicon iuris ciuilibus & canonici lib. 14. versu. oportet. Discursus iste legitimus est, maior enim qua diximus, solius Principis esse & dirigere & interpretari legem, quæ est medium ad bonum publicum, cuius constituere & promulgare à principio, sic probatur, nam ex sententia Arist. eiusdè rationis est finis & omnia quæ sunt ad finè, quod D. Tho. docuit. 1. 2. q. 90. arti. 3. in corpore, sed finis in lege est bonum publicū, vt notum erit qui legit Platone in Crito, Ciceronem 2. de legibus, & 1. de inuentione, iuriscōsultum Martianum in l. 2. de legibus. ergo interpretatio legis, etiã in omni casu (quicumq; ille sit) vt medium ad finem, qui est bonum publicum, etiam sicut finis ad solū Principem pertinebit: minor autè, quod publicæ utilitati consulere, præcipuè per medium legum ad solū Principem spectet, probatur ex Platone lib. ciuili seu de regno, ex Arist. lib. 10. Ethic. c. fi. & D. Tho. vbi supra, qui in id omnes vnanimiter consentiunt. Procedet ergo necessario consequentia, vt videlicet in omni casu solus Princeps leges debeat interpretari, sicut & cōdere, vterq; enim æqualiter actus est iurisdictionis, & supremæ potestati reseruatus, aqua regula exce-

ptionè istā Caietani & Soti, nec ab Imperatore aliquo video approbatā, nec à iuriscōsulto aut Philosopho morali, ex antiquioribus, qui hæc latè tractarūt edoctā, nec tandem consuetudine fuisse aliquando receptam.

Quã alia etiam ratione sic cõsuetudine 27
cõsuetudam, nã iudicare de lege, est cõtra legè, vt patet ex D. Augu. de vera religione. c. 31. asserente, in temporalibus legibus quãuis homines iudicēt de his, cū eas statuūt, tamen quãdo sunt institutæ & firmatæ, nõ licebit de ipsis iudicare, sed secūdū ipsas: cuius dictū canonizatū est, in c. in istis. 4. dist. at iudicare de lege, nil aliud est (vt clarè & optimè videtur explicare glossa ibi, versu. iudicēt) quã discutere, dicere, vel discernere, an constitutio utilis sit, an inutilis, cõgrua tẽpori vel incongrua, iusta vel iniusta: & docet D. Thom. 22. q. 60. arti. 5. in corpore. Id autem facit, qui etsi verosimiliter præsumat illā partè (si legislator ad esset) ab eo eligendā, ambiguus tamè & cū aliqua formidine cõtrarij sensus, (vt dicit Sotus) legè vt incongruā tẽpori interpretans, clarā verborū significationè, & nõ absurdā prætermittit: ergo cõtra legem facit, ac proinde vt iusti violator erit puniendus, id què apertè videtur docuisse Paulus in l. 29. ff. de legibus, cum dixit simpliciter sine distinctione, cum facere contra legem qui id faceret quod lex verbis prohiberet.

Præterea libenter ego ab eisdem quaerem: si in priuatis testatorum legibus, quæ tam perexigui solent esse momenti, etsi non sit ad quem fiat recursus accipiendæ interpretationis, ita striete verborum significatio obseruanda est, ut nisi clarissimè & manifestè constiterit de contraria defuncti voluntate, à verbis recedere, nec latum quidem vnguem iuriscòsultus Marcellus dixerit, in l. nō aliter, 67. ff. deleg. 3. quare in legibus Imperatorum vel Principum, in quibus maius existit momentum, etsi ab eis peti non possit interpretatio, verba striete non erunt obseruanda, dummodo iniquitas, absurdum, contrariusve effectus, intentioni legis non proficiatur: respondeat ipsi: adiicio semper illa verba, si contrarius effectus &c. quia tunc non censetur voluisse obligare legislator, & hoc expresso constat, nam cum intendat finem, necessario volet tolli impedimenta, quæ sunt ad finem. Ponas casum, quo lex præcipiat oēs populi, nemine excepto, in aliquo locū cōuenire, vel ad extinguendū ignē incēsum in aliqua domo, vel ad amouēdos lapides alicuius ecclesiæ ruina destructæ, & alibi deferēdos, vel quid aliud efficiendū: & claudos vel pueros vel quoscūq; alios, qui cœperūt simul cū alijs concurrere ad extinguendū ignē, vel mouēdos lapides, & nō solū nō iuuare, sed alijs id opus industrius agētibus, certo esse

impedimēto, quominus voluntatē & intētionē præcipiētis exequerentur, poterūt sine dubio absq; aliqua dispēsatione & interpretatione Principis, expressa legis verba prætermittere, nā ea est certa legislatoris volūtas. Hoc docet Celsus in l. 19. ff. de legibus, cū ait, in obsequēdo legi, eā accipiendā esse interpretationē, quæ vitio caret: præsertim cū ex hoc volūtas legis colligi possit, & ut aiebat Pedius, prout refert Vlpianus, in l. Nā ut Pedius, 13. ff. eod. quoties lege aliquid vnū vel alterū introductū est, bona occasio est, & cetera quæ tendunt ad eandē vtilitatem, vel interpretatione vel certè iurisdictione suppleri.

Nec obstat si dicas in alio casu supra proposito, valūtatē etiam esse verosimilē legislatoris, ut aperirentur portæ ciuitatis ciuibus sibi amicis & reipublicæ vtilibus, nam respōdeo, eā nō ad eō esse certam & clarā, sicut hāc, sed imò cū periculum æquale vel parum minus esset suspectū, dubia erat & ambigua, & dato quod legislator, certo voluisset portas aperiri, non tamē voluit aperiri simpliciter & sine eius licētia, sed eo iubēte, nec in dubio cū non adest expressa Imperatoris declaratio, præsumi debet contrarium. Quia is solus est rector administracionis & gubernacionis ordo, ut caput & mēbra, suis officijs sine aliqua cōfusione fugatur, si autē per accidēs nō potuit ab eo peti interpretatio, imputet sibi

Prin

Princeps, quod id subdito à principio expressè non præceperit, & subditi non curent agere aduersus ius legitimum seu clarā legum scripturam: cum secundum Platonē lib. ciuili seu de regno, qui præter leges aliquid committere audeat, morte multari, extremisq; omnibus supplicijs affligi debeat, tantum abest, quod licitè & impunè possit. In hoc vero postremo casu, cōstat clarō de volūtatē legislatoris, quia nō solū cōstat, ipsum noluisse obligare, sed etsi voluisset, cōstat nō posse: quia inepta & irratio nabilis esset præceptio. Quis enim vnquam voluit, aut velle potest finē, fugiendo necessaria media quæ sunt ad finē? nullus profectò sanæ mentis.

29 Tandē ut finem iam huic nostræ imponam disputationi, quid aliud est quod Modestinus dixit in l. desertorem. s. in bello. ff. de re milita. cum respondit, eum qui agmē excessit, etiam cū causa, vel cedēdū fustibus, vel indeteriorē militiam mutandum, quā docere, ita legi datæ à superiore esse obediendū, ut etiam si subsit causa quæ moueret præcipiētē ad dispensandū vel mutandā legē, nō ideò magis subdito liceat cōtra legem facere, etsi factū suum feliciter & fortunatè, ac secundum intētionē & voluntatē legislatoris cesserit, nā ex eo nō ideo minus desinet puniri, ut patet ibi capite puniatur, etiam si res bene cesserit. Ponas v.g. quod dux exercitus

præcipit, nullum aperire portas ciuitatis, obsidione imminente, vel aggredi hostes, quousq; ipse signū dederit. Ponas præterea, quod dux iste sit absens, à quo vna nocte iterpretatio legis quæri non potest, & quod eadē certioerentur incolæ & milites ciuitatis, hostes depositis armis & omni apparatu bellico iacere, & tali modo, ut si tacitè & citò aggredere tur, eosdē multò facilius possent expugnare, quā expectato die & interpretatione ducis, qui sine dubio si præsens esset, idē iuberet, certè si credim⁹. Modestino vbi sup. interim aperire portas, & aggredi hostes, militibus & ceteris subditis nō licebit, etsi fecerint & res feliciter cesserit, nihilominus incurrēt in legē, quia Modestinus in omni casu & generaliter loquitur, nec distinguit, vtrū possit peti interpretatio & declaratio legis, an nō possit, vel an periculū morā nō patiat, an verò sic, an ambiguitas, sit maior vel minor: immò cū dixit, etiā facientē cū causa esse puniendū, demonstrat clarò, quod etsi certū sit, legislatorem subsistente illa causa, cum à legis obseruatione absoluturum, non ea magis ratione licet à verbis recedere, & cum adiecit verbū illud (cū causa) ostendit etiā id procedere, quāuis periculū morā non pateretur. Nā quid posset excogitari, quod causa aliquid contra legem faciendi rectè vocaretur, si licitè miles & sine periculo, posset Imperatorem consu-

lere & non fecit, certè illa non causa, sed capitosa opinio, & improbanda voluntas merito nuncuparetur, cum ergo facientem ex causa vel cum causa contra legem, sine Principis licentia, lex iubeat puniendum, non malè nos affirmamus, in omni casu obediendum esse legi, quidquid ex eius obseruantia sequatur, illæ enim distinctiones Caietani ac Soti, de maiori & minori ambiguitate, vanam veritatis speciem, ac falsam potius quàm solidam doctrinam, præferre mihi videntur: semper excipio duos casus, vnum iniquitatis, alium contrarij effectus intentioni legislatoris, vt supra latius diximus.

30

His sic præhabitis, euellendus adhuc restat, scrupulus quidam nõ leuis, qui legentis quamuis docti animo iniectus, esse posset impedimento, ad superiora rectè intelligenda; is autem est, an cum ex omissione clementiæ, sequatur iniquitas, & absurdum, peccatum videlicet crudelitatis, licitum sit inferioribus iudicibus, clementia vt, in causis sibi commissis? etsi vera est doctrina, à nobis supra toties allata, qua diximus quod quotiescumquè absurdum aliquid vel iniquitas, sequitur ex obseruantia legis scriptæ, illam esse omitterendam: necessario sequi videtur, inferiorem iudicem, agere posse contra legem, vbi recta clementiæ ratio, id proprio suo iure

postulauerit: nam si eã seruat, committet grauissimũ & immane crudelitatis vitium, quod importat excessum eorum in puniendo, qui etsi causam puniendi habent, modum tamen non habent, vt docuit Seneca lib. 2. de clementia. capit. 4. & Diuus Thomas secunda secundæ questio. 157. artic. 1. ad 3. Si autem concedamus clementiæ vsum iudicibus inferioribus, maius fortasse absurdum sequetur, nã auferemus à Principe supremam potestatem dispensandi in pœnis, cui soli competere, ex definitione clementiæ, quam Seneca lib. 2. de clementia. cap. 3. nobis tradit, aperte probabitur: dicit enim clementiam esse lenitatem superioris aduersus inferiorem in pœnis constituendis, idq; quotidie experimento obseruari videmus, cum nullus sit tam inconsculta & damnose cædis reus, qui non solum ab inferioribus iudicibus, sed nec à supremo Castellæ tribunali (quod regium vocant, & excelsam in cæteris omnibus ipsius regis loco habet potestatem) absolui queat, nisi Princeps pœnam temperauerit, veniam ve concesserit. Quid ergo dicendum erit: libèter certè me abstinuissem à tã larga & fortasse aliquib' prolixa, huius rei tractatione, ne percipidi detrahèdi (sunt autè inter Hispanos nros, nescio quo malo suo nõ pauci) hinc aliquã sumerent vt canes rabidi oblatrandi malitiose occasionem, nisi publica me reipublicæ

blicæ vtilitas & ignorantia etiam publica, ad ea scribenda compelleret: video enim à paucis, ne dicam à nullo rectè tractari, à paucioribus intelligi, & ad hoc vt iudices rectè possint vti officio suo, nõ mediocriter spectare.

31

Ad maiorem igitur, huius difficultatis & totius materiæ cognitionem, oportet aduertere, epicheiam seu æquitatè de qua diximus, diuersam esse à clementia virtutè: differunt enim in his, primo quòd æquitas, est quædam summa ratio ita clara, perspicua & omnibus nota, vt in eius cognitione, nec rusticorum aures possint licitè peregrinari: eam enim, lumen quoddam naturale omnibus insitum, absque prolixo vel præuio discursu, obseruandam semper & in omnibus casibus dicat. Clementia autem, etsi summa etiam sit ratio (peccaret enim qui vbi, & quando, & cum quibus oportet, ea cum vti posset, non vteretur) non tamen ad eò omnibus cognita, quin in vno et eodem casu, non solum imperiti, sed & docti ac politicæ gubernationis notitia clari, possunt esse discordes, vno approbante, alio reprobante benignitatem, ob dubiam & ambiguã rei (quod sæpius in hac contingit) circumstantiam. Et hinc nascitur secunda differentia, quia cum in epicheia seu æquitate non possit esse error, eius ve timor aut suspitio, permittitur cuique secundum eã,

pretermiffis legis verbis agere, quia ea est clara naturæ & legislatoris voluntas. In clementia autem non sic, quia cum soleat semper esse magis dubia, priuatis iudicibus, et si peritissimis, iuste interdicitur: nam cum de presentibus iudicent, ex sententia Arist. lib. 1. Rhetoric. c. 1. inde fit sepe, vt cum amèt & oderint, sua quoquè vtilitas connexa sit, nõ satis queant veritatem perspicere, sed propria vel voluptas vel dolor, iudicia sua obumbret: & sic facile, vanum clementiæ nomen (vbi clementia non est) introducant, ad excusandas excusationes in peccatis. Principi autem soli reseruat, primò in recognitionem supremi dominij, secundo quia cum secundum Philosophum. lib. 8. Ethic. c. 10. non indigeat, sed honores & bonorum omnium, ac amicorum (quorum indigentia solent plerique peccare) ipse abundantiam habeat, non flectetur præhensionibus, aut pollicitationibus vt à iustitiæ & clemetiæ tramite discedat, nã vt Seneca aiebat in Tieste:

*Rex est qui posuit metus,
Et diu mala pectoris,
Quem non ambitio impetens,
Et nunquam stabilis fauor
Vulgi præcipitis monet,
Qui ruto positus loco,
Intra se videt omnia,
Occurritquè suo libens
Fato, nec queritur mori.
Mens regum bona possidet,
Rex est qui metuit nihil
Hoc regnum quisque sibi dat.*

Tertio propter summam in grauibus & similibus negotijs notitiam & experientiam, cum enim secundum Aristotel. lib. 2. Ethicorum. capit. 6. virtus consistat in medio, secundum quod sapiens determinabit, non mirum si regi, propter eius summam sapientiam, iustitiā & prudētiā in his & alijs pluribus determinādis, vbi cōsistat virtutis clemētiā ratio, vt magis experto reseruetur. Nā vt Ecclesiasticus ait cap. 34. vir in multis expertus, cogitabit multa, & qui multa didicit enarrabit intellectu, qui nō est expertus, pauca recognoscit. Et Arist. lib. 10. Ethic. c. fin. & lib. 1. Methaphi. experti, certius quod intendūt consequūtur, quā hi qui rationē absq; experientia tenent: alijs autem vt regulariter imperitoribus, & nō ita expertibus interdicitur, est enim (vt inquit idē Philosophus lib. 2. Politic. c. 8.) eorū volūtas. periculosa norma ad iudicandum.

Est & alia 3. differentia inter clemētiā & æquitatē, nam clemētia cū sit temperantia animi in potestate vlciscēdi, vt diffinit Seneca lib. 2. de clemētia c. 3. siuē vt Tullius de inuentione, lib. 2. per quam animus in odium alicuius concitatus, cōmitate retinetur, nō potest competere, nisi ei qui iniuriā accepit, & causam irascendi habet, & cum per delictum etsi factum sit in territorio iudicis inferioris (id enim refertur nō ad membrum sed ad caput) facta fuerit iniuria toti

reipub. & eius gubernatori, dispensatori, economo, regi & principali capiti, cui soli ipsa vt membra inferiora, ignoscendi & remittendi, (quando par esset) tribuit potestatem: Hinc est quod ipse solus potest clemētia vti, nam ex cuius cumq; delicto, est authoritas à tota repub. sibi ad vetandum & puniendum concessa, spreta quodā modo & grauitē contempta: contemnit enim, qui eam prout decet, in pretio non habet, non habet, qui non seruat, & sic ratione huius contemptus, habuit causam iustam irascendi, quam temperat virtute clemētiā, vbi particularis & noua exigir ratio, & remittit, quantum circumstantia postulat: at vero in eo qui epicheia seu æquitate vtitur, non adest ea ratio, cum nulla præcesserit iniuria, sed alia diuersa, seruandi videlicet dictamen naturalis rationis, & volūtatē legislatoris certissimā, etsi in legis scriptura non comprehensam.

Et hinc nascitur quarta differentia, nam clemētia temperat & moderatur animum iustē iratum, & ea moderatio prouenit ex dulcedine affectus, qua quis abhorret omnē illud quod alium posset contristari, iusta causa existente, & sic moderatur pœnam infligendam ex affectu: at verò æquitas seu epicheia temperat pœnam, non ex affectu (id enim inferioribus prohibetur iudicibus) sed solū ex intentio-

ne

ne legislatoris, quē certò cōstat, ne minē velle sine causa punire. Discutere autē, an ille qui deliquit, sit bene an malē meritis de Repub. & an maiora in alios detrimenta, quā cōmoda ex eius morte redūdēt ad hoc vt pœna tēperet, solius Principis erit, cui soli cōpetit clemētiā vsus, qui etsi minuatur pœnā, respectu legis scriptę, nō tamē minuit secundū rationē, quā dicitur ī tali casu iustitiā legalem non esse seruandā: vt hinc colligas errorem Cōnani. lib. 1. commentariorum iuris ciuili. c. 11. num. 10. qui clemētiā & misericordiam, plusquam iustum & æquum sit, dicit remittere. Debuisset antea legere Senecam, qui lib. 2. de clemētia, cap. 3. ad finem, Clementia liberum arbitriū (ait) non sub formula, sed ex æquo & bono iudicat, & absoluere illi licet, & quāti vult æstimare licet, nil facit tamquā iusto minus fecerit, sed tāquā id quod cōstituit, iustissimū sit & c. id quē vt solet rectē explicat D. Tho. 2. 2. q. 157. art. 2. ad 2.

32 His sic consideratis, ad difficultatem propositam respondemus, quod etsi verum sit, clemētiā omissionem, esse peccatum crudelitatis & absurdum grauissimum, quia repugnat rectæ rationi, non tamen absurdum vel peccatum erit in eo, qui clemētiā habitum habere non potest: & idcirco supradixi, inclemētem peccare, cū vti posset clemētia & non vteretur. Nam si priuatus iudex, clemē-

tiā virtutis actu nil potest promereri, cū agere, à lege sit impeditus, qua ratione dici potest, cum crudelitatis vitio peccare? certè nulla, cū vt nostri dicunt ex. l. decem. ff. de verb. obliga. non possit esse priuatio, nisi præcedat habitus. Quemadmodū enim nobili scholari, pauperi tamē, si se offerat occasio exercēdi actū magnificētiā, & non exerceat, impeditus pecuniarū indigētia, quæ sunt magnificētiæ materia & subiectū, non tamē ex eo dici potest paruificus, seu parui faciēs, cū in eo habitus magnanimitatis non possit cadere, vel vt clarius loquar, quemadmodū si spoliatur Titius à Mebio palio vel veste sua, & tu homo priuatus non compellas Titium, restituere Mebio quod abstulit, non potes dici iniustus, quia ad te non spectat iustitiā exercere, cum iurisdictionem non habeas. Si tamen diuiti se offerat occasio faciendi magnos sumptus, & non fecerit, incurret in parui faciētiā vitium, & iudici si se offerat occasio iudicādi & cōpellēdi spoliatorē, spoliatis res ablatas reddere, & non cōpellat, iniustus erit. Sic etiam si iudices inferiores clemētiā non exerceāt erga subditos, crudelitatis peccatū nō incurrunt, quia carēt habilitate & materia clemētiæ, quæ est regia vel suprema dignitas & iurisdicctio, nam vt inquit Philosophus. 5. libr. Ethicorum cap. 9. nō is iniuriam facit, cui inest iniustum, sed is cui potestas

ineft id faciendi spontè, ficq; vnus & eiusdem actus omiffio in vno, rege videlicet viciofus, in alio erit in differens vel ftudiofus: nam quamuis iudex priuatus, non poffit exteriorem hunc actum clementiæ virtutis exercere, ob defectum materiæ (vt dixi) poterit tamè effe clemens in eo, quod interiorem actum clementiæ eliciat, eligens (fi poffet) pœne temperamentum & moderatiorem quo ad reos, nam exercitium vel vfus, nifi fpeciali delegatione Principis non competit.

33 Vnde primò colligo, communè illam Rainerij Forliuensis, Barr. Bald. Alberici & cæterorum omnium vfque ad hunc diem traditionè, de qua latè per Tiraquel. in tractatu de pœnis tẽperand. caufa 8. & Pinel. in rubric. C. de rescindenda vendit. 2. parte. num. 32. dicentiũ, iudicem quemcumq; debere filiũ delinquentem oblatum à patre, remiffius punire, quam postulet ordinaria legis pœna, ne videatur pater filium ad supplicium obtuliffe, vt est tex. qui fic videtur expreffus, in l. milites agrum. §. defertorẽ. ff. de remilitari, vbi omnes, falsam effe. Nam, vt ego contrà & præter cæteros diligētius confidero, tex. ille loquitur in defertore militia, quem Diuus Pius clementer fegetens nō occidi, fed in deteriore militiam mutari iuffit, quod ergo ille potestate imperiali & clementia (quæ illis foli virtus cõpetit) effecit, trahi ne debet ad iudices particulares?

abfit, cum magna fic detraheretur iurifdictioni regali portio, & maior daretur filijs ad delinquendum occasio, fperantibus fe à patre oblatos ordinariam legis pœnam euafuros.

Quid ergo dicendum erit ad tex 34 tum in d. §. defertorem, in cuius fine hæc verba inferuntur, quæ expreffè contra nos facere videntur, inquit Martianus, Defertorem oblatum à patre, in deteriore militiã Diuus Pius dari iuffit, ne videatur pater ad supplicium filium obtuliffe, & postea Verus Antoninus eum qui post quinquennium defertionis fe obtulit, deportari iuffe rint, immediatè fubdit. Quod exemplum & in cæteris fequi nos debere, Menander fcripfit. Quæ & fi alijs ita clara videantur, vt intercludat omnem respondendi aditum, mihi tamen, qui attentiori animi cogitatione, fmgula non omitto perfcutari, nō erit ita difficilis refpõfio, nam video verba illa postrema referenda effe ad casum folum immediatè præcedentem, quo fuerat loquutus Martianus de eo, qui post quinquennium defertionis, fe ipse obtulit, non autem erunt referenda ad alios casus præcedentis illius longiffimi. §. qui incipit à verbo is etiã qui contra. Ad quod moueor duplici ratione, prima, quia nō est præfumendum, imperatorem eam cõceffiffe facultatem cuicumquè priuato iudici, in tantam fuæ iurifdictionis derogationem & scādalum

lum plurimorũ, qui inde fumerent delinquendi occasionem: fecunda, quia Martianus non dixit, cū fuiffet loquutus in eo. §. de tribus aut quatuor diuerfis casibus (quæ exempla & in cæteris fequi nos debere, Menander fcripfit) fed (quod exemplũ) in numero fingulari, referens fe fic ad folum casum immediatè præcedentem, loquẽtem de defertore militiæ qui fe offert post quinquennium.

Nec obftat fi obieceris illa verba (in cæteris) quæ alios casus quicumque fint, videntur comprehendere, nam respondeo, quia id verbum, ceterum vel cæteris (cum fit repetitiuum fimiliũ, vt ex iuribus & doctrinis Bartoli ac aliorum doctorum, comprobatur Rebuffus in l. cæterorum 160. ff. de verb. fignific. verficulo, ad hæc) erit intelligendũ, fecundum fimilem naturam casus immediatè præcedentis, loquentis in eo, qui post multũ tẽpus à commiffio delicto, fe obtulit iudici, ac proinde idem est ac fi dixiffet, defertorẽ post quinquenniũ (fi fe obtulerit iudici) mitiũs puniendum ftatuerunt Imperatores Verus & Antoninus. Quod exemplum in cæteris casibus quando videlicet delinquentes post illud tẽpus præfcriptum à lege fe obtulerint, nos fequi, Menander fcripfit: & hic mihi videtur faluo tuo & alterius meliũs fentientis iudicio, illius tex. & nouiffimus & vetiffimus intellectus, quem video, fi non expreffè,

tacitè tamen ab vniuerfo iudicũ & aduocatorum cõfensu cõprobari, quia aduocati, etfi cliẽtolorũ fuorũ partes tot viribus & conatu velint defendere, nũquam videmus hanc cautelam patri confulere, vel confulentes in practica obtiniffe, cum vt ex Carrerio refert Clarus. §. fin. q. 60. num. 2. iudices ad eã non attendant, nec vt ipse fatetur ibi, in practica viderit proponi, hæc tamè faciunt veritate innitẽtes, fenfum tamen iurium & legum ignorãtes, vt patet.

Nec obftat præterea fi magis vt geas dicendo, non videri aliquam rationem differentiæ, quare in vno casu poffit mitiũs iudex legis pœnam temperare, quam in alio, nam vltra id quod dicere poffemus, voluntatis principis id ftatuentis vel legis, non effe querendam rationẽ, cum vt de his fentiens Iulianus, nō omnium quæ à maioribus ftatuta sunt, reddi poffe rationẽ docuit. in l. non omnium. ff. de legibus. Ego tamen aliter respondeo, inueniens moralem inter vtrumq; casum differentiam rationem, nam fi cum pater, illicò admiffio crimine, offert filium, & ex hac oblatione remiffionem pœnæ ftatim debet filius obtinere, cæteri fubditi vidẽtes exemplum hoc, quod filio ita breuiter & facilliter parcat, affument audaciores animos ad comitenda fimilia scelera, confidentes fe fimili parentum fuorum priuilegio, pœnam euafuros, & cum non

remitti pœnam facillè, publicæ inter sit utilitatis, ut inquit Diocletianus & Maximianus Imperatores, in. l. 14. C. de pœnis ne ad maleficia (ut ipsi dicunt) temerè quisque profiliat, indeputo non fuisse concessum cuicumq; priuato iudici legis pœnam temperare, circa oblatum à parente, quod fieri potest statim à commissò crimine. In eo verò qui post quinquenniū se offert, non se ita res habet, nam tam lōgo tempore memoria facti extinguitur: quia ut dicebat Menāder, tempus aufert omnia, & obliuionem inducit, quem sequutus Vergilius Egloga. 11. ait.

*Omnia fert ætas, animum quoque, sæpe longos
Cantando puerum memini me condere soles.
Nunc oblita mihi tot carmina &c.*

Animum assumens pro memoria, ut Seruius & alij interpretes annotarunt, idq; satis indicat illa verba, nunc oblita mihi &c. Nam ut ex Medicis refert Tiraquellus, in tractatu de præscriptio. §. 1. nu. 90. memoria vis est animi, vel ut alij volunt ipse animus. Eodè spectat quod Paro Pythagoricus dicebat, tempus esse rudissimum, indocile, stultissimum, quoniam omnia obliuione consumat, quod non displicuit Aristoteli eundem referenti & sequenti lib. 4. Phisicorum. c. 13. & addenti, omnis corruptionis esse magis per se causam tēpus, quàm &c. & cum isto tempore, iam facti oblitterata fuerit memoria, non ita

faciliter cæteri criminis impunitate, ad delinquendum mouebuntur.

Est & alia differentiae ratio, nam cum quinquennio, post commissū crimen, delinquens qui fugit, exul factus à patria, à parentibus & amicis, laborem grauem, ne dicam pœnæ seruitutem sustinuerit, in occultando se in abditis & retrusis locis ne caperetur, longam illam temporis intercapedinem, in conspicua & miseranda calamitate, vice alicuius partis pœnæ fungi, merito imperatoribus est visum: nam ut inquit Modestinus in. l. si diutino. 25. ff. de pœnis. Si diutino tempore quis in reatu fuerit, aliquatenus pœna eius subleuanda est, et sic est cōstitutum, non eodem modo puniēdos eos esse, qui longo tempore in reatu agunt, quo eos qui in recenti sententiam accipiunt. Quod arbitrator mouisse Imperatores ad probandum responsum Modestini, ut offerentes se post quinquennium, iudices priuati minis puniāt, quàm lex dicat, cum pars pœnæ debitæ pro delicto, quæ remittitur in sentētia, iam in longo illo tempore fugæ & laboris soluta fuerit, & sic reus non tam clementer quàm iustè & seuerè dicitur euasisse à lege, cū pœnā diuersis tamen modis & temporibus, integram persoluerit.

Idem iuris erit in filio patrem delinquentem offerente, nam ex eo pœna ordinaria minui numquàm debet, quicquid voluerit Angelus in

in. l. si adulterium, cum incestu. §. liberto in fi. ff. de adult. Hypolit. qui dicit notādū dictū. l. in auditu. ff. ad. l. Corneliam de sicarijs, nā id est proprium Imperatoris officiū.

35 Secundo ex eisdem noto, non minus falsam esse opinionem quā ex Bald. Alberi. Gandino, Platea & alijs, refert Tiraquel. in tractatu de pœnis temper. causa. 8. dicentibus, senectutem debere mouere iudicem, ad hoc ut clementius se cū ipso gerat in temperanda pœna statuta à lege. Idem vitium habet opinio Bartoli, Alberic. Panormit. Felini & Alex. idem in iuvene siuē minore dicentium, prout latè refert Tiraquell. vbi suprā causa. 7. Plaça de delictis. c. 32. à num. 11. nā leges quas allegant (parcant nobis) non planè intellexerunt: tex. enim in. l. auxilium. §. in delictis ff. de minoribus, non dicit iudicem temperare posse pœnam statutam in minoribus delictis, non autem in grauioribus, sed id solum, quod nō ita seuerè debet punire minores delinquentes in paruis delictis, sicut in atrocioribus, nam grauiora oportet atrocius punire, minora autem, remissiùs & leni⁹: nec remissio aut lenitas, erit respectu pœnæ statutæ in lege, quam inferior mutare non potest, sed respectu pœnæ, quam ex facultate legis in non determinatis, sed arbitrio suo relictis (ut est in casu illius tex.) posset in alijs delinquentibus, ob maiorem præsumptionem malitiæ, sine iustitiæ

violatione statuere. Textū etiam in. l. 2. ff. de termino moto, quo fundatur Doctores & Glossæ ad idem decernendum in senē, eodem etiā modo ego interpretandum censeo, ut videlicet, procedat in pœnis nō certis & iam statutis à lege, sed in arbitrio iudicis commissis ea ratione, qua suprā diximus, quia is est actus non equitatis sed clementiæ, quæ soli Principi est reseruata.

Idem erit dicendum in muliere, 36 cuius delictū prout seuerè lex exigit puniendum erit, non habita ratione sexus: nec obstat textus in. l. sacrilegij pœnam. ff. ad. l. Iuliam pecul. quæ dicit posse iudicem mutare sacrilegij pœnam, pro qualitate personæ, proq; rei conditione, temporis, ætatis & sexus, & seuerius vel clementius statuere, nam ut recte (nisi me fallit animus) ego præter cæteros cōsidero, tex. ille loquitur in Procōsule, ut patet ex eius principio ibi, sacrilegij pœnam debet proconsul pro qualitate personæ &c. Proconsules autem summam habebant potestatem, & leges ferēdi & mutandi, in Provincia sibi decreta, & tempore sui magistratus Cōsulis vel si mauius Regis loco fungebantur, ut dicemus aliquando fortasse latius. Quod ergo lex dicit in habentibus supremā iurisdictionem, extendi non debet ad ceteros iudices inferiores, defectu tantæ speculationis, in qua ego semper huius scientiæ studiosis, incumbendum censeo, errauit Tiraquellus & alij

alij eam sententiam ex d. l. deducētes, in tracta, de quo sup. causa. 9. cū omnibus his quos allegat, tam ibi, quā in l. connubiali. parte. 9. num. 51. & in l. 10. num. 177. Quare reprehensibile videri nō debet priuatis & indoctis hominibus, si viderint rectos iudices, eodem modo se habere, circa executionē pœnarum cum fœminis, sicut cum viris, cum vtriusque par sit conditio: hoc ideo adieci, quia video, communiter à vulgo culpari seueritatem iudicis, in exequenda sententia in fœminis, & memini Mátuæ Carpentanæ (Madrid vocant) tribus ab hinc annis contigisse, mulierem quandam latrocinia committentem, à prætore iussam suspendi, cuius factum, non solum nobiles & plebei, sed & hi qui literarum & sapientiæ nomen apud populū erant adepti, inclementiæ & crudelitatis erga sexum, stolidè tamé ac ineptè accusātes reprobabāt: qui si singula altius perscrutarētur, clarè videre potuissent fœmen inū sexum sicut masculinum, vt æquè subditum legi, & æquè peccātem, æquè etiam fore puniendum. Quare, iustum & seuerum iudicem, sexus vana pulchritudo, non solum in pœnis iam statutis, sed nec in arbitrarijs, ad lenitatē & misericordiam aliquo pacto debet mouere, imo naturalis ei & innata malitia & procliuitas ad delinquendum, ad seueritatē maiorem sæpe incitare, præcipuè si formosa esset, quæ

deliquit, præsumēdum enim esset, eam maiori superbia, arrogātia & legis contēptu, pulchritudine confidentem peccasse, ex his quæ non minùs lato quā vero sermone congeffit Diuus Antoninus, 3. par. suæ summæ, cap. 25. per totum. Ioannes Neuizanus lib. 1. siluæ nuptialis versi. non est nubendum, & omnium latissime Tiraquellus in l. 2. connubiali à princ. & melius in l. 9. a num. 15. cum pluribus sequentibus.

Tertio collige ex eodem fonte, 37 simili indigere censura, opiniones eorum doctorum, qui dicunt, posse iudicem propter consanguinitatem, nō solum temporalem sed et spiritualem, vt est in patris & filijs, propter amicitiam, propter vincinitatem, propter liberos quos habet pauperes, propter pœnitentiam, propter propriam confessio- nem, propter nobilitatem, paupertatem, iussum superioris vel præces, propter metum, propter attentionem, non autem consumationem indelicto, cum eos equali pœna (cum certo constat de conatu) puniendos iubeat lex. si quis nō dicam rapere, C. de raptu virg. ob delinquentis merita in rempub. ob multitudinem peccantium, ob insigne artificiū, ob sanctimoniam personæ, ob prosperū rei euentū, ob clam non autem palam commissum delictū, & quod peius est propter malam administrationem in officio suo, mitius in pœnis à le-

ge constitutis delinquentes punire, quos ob prolixitatem omitto: refert tam è latissimo etsi falso sermone eos approbans Tiraquellus in d. tractatu de pœnis temperan. à causa. 16. 19. 20. 21. 23. 26. 28. 30. vsq. ad. 38. & postea à causa 40. 49. 50. 51. 52. 57. 58. quas omnes, à recta ratione, bona & politica gubernatione & vero iustitiæ tramite, merito puto abhorreere, imo vt breuius me expediam, totū illum Tiraquelli tractatū (vt nostrorum more loquar) Iuda falsiorem esse arbitror: nam si verus esset, ignoro ego profus, qui casus præter illos contingere possit, in quo dispensatio Principis quoad moderationem pœnarum esset necessaria, cum in omnibus illis, secundum eorum opinionem, iudices particulares, clementia eadē, qua Principes vti possent, mitigato legis rigore, nec expectata aliqua superioris remissione, aut facultate. Qua propter, has duas regulas vt verissimas perpetuò mente tenebis, tam in iudicando quā in consulendo.

38 Prima, quòd in pœnis statutis à lege, nec dare nec petere debes remissionē nisi à solo Principe, quia propter fauorem & amicitia tuorū clientulorū, imo propter salutem vniuersi, quid turpe non debes admittere: Quod admittas turpe, vel iudex vel aduocatus in danda vel petenda pœnæ remissione à iudice, qui Princeps non sit, & damnū similiter inferas ipsi clientulo reo,

quod euitare debes iure nature, diuino & positiuo sic probò, vel lex quæ præcipit v. g. vnū latrocinium admittenti auriculam excindēdā, iusta est vel iniusta, si iniusta, non lex (vt Pœneus aiebat) sed fex & lis erit dicenda, nec seruanda: si iusta, ergo in fure abscissio auriculæ iustū erit, & eius cōtrarium iniquum ac turpe & iniustū, ergò nec pro amico committendum. Præterea, & quoad ipsum reum, si iustum, ergo pulchrum, si pulchrū, ergo bonū, si bonum, ergo vtile, si vtile ipsi reo, ergo id tollendo eum damnificabis, cum tollas ab eo vtilitatem, facis enim vt à malo maximo non liberetur, ab animi videlicet prauitate, nam cum iusta pœna moderetur, iustioresque efficiat, tāquam medicina quædā improbitatis (vt ait Socrates apud Platonē lib. 24. dialogo Gorgias siuè de Rhetorica) impediendo curationem prauitatis animæ, quæ consistit in passione iusti, non minùs illi damnum, imò tantò maius quantum anima præstat corpori inferes, quam si infirmo impedires medicinæ remedium ad morbum necessarium: at hoc licitum nō est, vt tu fateberis, ergo à fortiori & illud. Quod ad cō- verum putat Plato vbi supra, vt propter iustitiæ administrationē, & propter hanc animarum peccatiū sanitatem, cōsulat filijs & amicis, vt parentes & familiares delinquentes iudicibus detegamus, ne lateant eorum crimina, sed pro-

ducāt unde pœnas illi persoluāt, sanique euadāt: & auget suū dictū docēs, vt nos ipsos peccātes, forti animo, iudici tāquam medico, secandos, vrēdos, & curādos tradam⁹, dolore cōtēpto, vt bonū honestū & iustū, (q̄ vt dixi) cōsistit, in adæquatione pœnæ ad delictum, perducamus ad exitum: & postea subdit, itaque si verberibus digna commiserint, verberandos se tradant, si vinculis, vinciēdos, si multa, multandos, si exilio expellendos, si nece, necandos, quaquidem in re, vnusquisque sui ipsius sit & suorū accusator, & ad hoc oratoria facultate vtatur, vt patefactis iniurijs, à maximo iniustitię malo soluantur: & postea adiicit, quod si aliquo tempore decet malēfacere inimico vel alij, id cauendum est, ne ipse ab aduersario iniuriam patiatur, ac si alijs inimicus iniuriā fecerit, omni studio prouidēdum est, & verbis & operibus, ne luat pœnas, ne ve tradatur ad iudicem, verūm ad eū si rapiatur, fortē annitēdū, vt inimicus euadat, ne sumatur de ipso suppliciu, immō si aurū multū abstulerit, id vt ne restituatur curādū, sed vt possidēs ipse, in se atq; suos iniustē, impiēq; profundat, etsi morte digna commiserit, ne moriatur v̄mquā, si fieri potest, sed immortalis sit malus, sin autē minus id fieri potest, saltē vt in ea prauitate plurimū tēporis viuat. Vides quid (quē diuinum vocāt) Plato in morali Philolophia tantoperē ver

satus senserit de intercessione & aduocatione delinquentis, vt dixerit, maius bonum quod homini amico, vel parenti dari possit, i detectione, accusatione & punitione delicti consistere, vt eius malitia purgetur, & maius damnū inimico desiderari vel inferri non posse, quā cum liberādo à pœna legis debita pro delicto. Sed hæc cōmunes iudices, aduocati & vulgus omne nō intelligit, intelligat tamen de hinc, quod si vult pœnā statutam à lege effugere, ad Principē oportet recurrere, qui pro cōmissione & facultate à Deo & populo sibi cōcessa, ad augēdā vel minuendā pœnā poterit ipse solus clemētius & benignius cū (ratio postulet,) amicos delinquentes tractare.

Aduertas in super, quod oēs leges quas allegāt Bart. Bal. & ceteri legistæ & canonistæ citati à Tira. vbi sup. quib⁹ videt⁹ probari, licētiā habere priuatos iudices, ad hoc vt remissi⁹ aut seueri⁹ possint delinquentes punire, sūt intelligēde ī casib⁹ arbitrarijs, in quib⁹ est illis permīssū rei, personę, tēporis & loci qualitatē pēsare. Si autē aliquas videris loqui in casibus quib⁹ est pœna certa & determinata à lege, & nihilomin⁹ datā facultatē iudici priuato dispēsandi, intelliges pcedere quoad eos solū, in quib⁹ loquūt⁹, prætores si licet vel p prætores, cōsules vel p cōsules, qui supremā habebāt tunc regis vel Imperatoris loco potestātē, admutādas pœnas & leges.

Et

Et vt ne hoc (quod vtile etiam erit) prætermisum faciamus, aduerto: quod quemadmodum mihi displicet eorum opinio, quæ dat iudici inferiori facultatem, remittendi pœnā iam à lege statutam (vt supra dixi) sic etiam illud numquam placere potuit, quod si delictū claris probationibus non patuerit, existimet iudex, in pœnis certis arbitrium etiam habere, ad inducendā pœnam, arbitrio suo statuendam, nam cum Princeps illi solūm præceperit, delicta, legitimē punire, & delicta quæ obijciuntur, & expressē non probantur, delicta dici non possint, sed calumnię. Hinc arbitrator proximā communem, de qua latē apud Tiraquellum vbi sup. c. 27. quæ reos (non integrē probato delicto) arbitrariē damnat, vt iniquā maxime fore damnandā: semper enim putavi absoluēdos esse reos simpliciter, quia sicut Iudex nō habet potestātē à Principe, tēperandi pœnam, vbi est certum delictū; sic etiam non habet ad puniendū, quod delictum punibile non est, oportet enim ad hoc vt delictum sit punibile, q̄ apertissimis probationibus vel indicijs indubitatis & luce clariorib⁹ cōstet, vt expresso Imperatorū Gratiā. Valētini & Theodosij rescripto ad Florum edocemur, in. l. fin. C. de probatio. & vt Constantinus in l. qui sententiā C. de pœnis, ait, ita sua confessione, vel certē omnium qui tormentis vel interrogationibus, fuerint

dediti, in vnū conspirantes, cōcordantesq; rei finem, sit cōuictus & ita clarē in flagitio deprehensus, vt vix etiam ipse ea quæ commiserit, negare sufficiat. quod cum semiplenæ (vt vocant) probationes, sufficienter non suppleant, aliqua pœna condemnandus reus non erit. In hoc tamen caueant iudices, ne amore vel odio semiplenam probationem, plenam sua opinione & existimatione faciant, ad puniendos vel liberādos reos: nam cum fuisse probatum rectē vel non fuisse, eius referuetur iudicio. l. i. s. calumniatoribus. in fin. ff. ad turp. poterunt facile, si ad singula attētē & sine aliquo humano affectu non perspexerint, in vitium & peccatum iniustitię grauissimū incurrere. Quoad hoc vellem ego iudicem habere amicū, vel saltem neutralem.

Nec considerandum erit, quid stylus communis seu potius corruptela facere soleat, sed quid recta ratio & bona ac fundata iuris civilis prudentia requirat. Ponas quod Titius accusatur de homicidio, natura certum est occidisse vel non occidisse, nam tertium nil aliud esse clarum est, euentus facti non verò iuris dependet à probatione, quia ius homicidam puniendum dicit, tunc si probatio fuerit clara & legitima (vt iura postulant) occidendus erit, nec si de pœna legitima remittatur, iusta erit sententia, cum sit contra constitutionem Imperatoris, in. l. seruus C. ad. l. Iuliam

ad. l. Iuliam de vi publica, dicentis iudicem nosse oportere, quod graui infamia erit notandus, si violentiæ crimen apud se probatum distulerit, seu omisserit, aut moliorē quàm nos præstituimus, pœnā protulerit, & in. l. fin. C. ne sacrum baptisim. reiter. respiciendum est iudicanti, nequid aut durius aut remissius constitutatur, quā causa deponit, nisi ipse pati veller quod ipse alijs dissimulando concessit. quod eleganter (vt reliqua solet) scripsit Symmachus lib. 1. epistolar. dū inquit. alia est enim conditio magistratum, quorū corruptæ videtur esse sententiæ, si sint legibus mitiores, alia diuorū Principū potestas, quos decet acrimoniam seueri iuris inflectere. Si autem probatio legitima non fuerit, nam inditia vel præsumptiones, non sunt ita claræ & vrgentes, vt reum conuincant, tamquam falsæ calumniæ repellendæ erunt, & absoluendus reus: alioquin si ad triremes mittatur, vel deportetur, vel aliqua alia arbitraria pœna puniatur, palam sententia dictabit repugnantia, nā dicet Titius deliquit occidendo, & Titius non deliquit occidendo, in eo enim, quod punit reum, qualitercumq; ostendit deliquisse occidendo, nam aliud crimen propter quod puniatur, ei non est impositum, & in eo quod morte (quæ est pœna legis) nō multat, ostendit nō deliquisse occidendo. Quod quàm sit absurdum ipsi (si nō cecuciūt) videre poterūt.

Si autem dicas, ponamus quod Titius accersitus, de homicidio, fugit à carcere, fractis compedibus, nō ne puniendus erit aliqua pœna propter verosimile facti præsumptionem? vel Sempronius de adulterio accusatus, probetur (cū amore cuiusdam alienæ vxoris esset captus) quod media nocte per fenestram, domum illius cōiugatæ ingressus, vel egressus fuerit. Respondeo, quod si aliæ coniecturæ ita verosimiles non sint, quæ simul cum ea iunctæ, fortius, & indubitatius obiectum factum confirmant, aliqua pœna homicida, vel adulter puniendus nō erit: igitur liber omnino euadet: ab homicidio & adulterio, necessario fatendum censo: cum quo etiam simul admitto punitionem fracti carceris, & descensus, vel ascensus in domum coniugatæ, virginis, vel viduæ: istæ enim præsumptiones peccata sunt, quæ natura sua pœnam merentur. Sic intelligendū puto Callistratū in. l. in eos. ff. de pœnis. ibi. Qui effracto carcere euasserint, &c. Quamuis innocentes ex eo crimine inueniatur, ppter quod impacti sunt, in carcere tamen puniendi sunt. Non pœna criminis principaliter obiecti ob fictam confessionem, vt Accursius verb. puniendi. Bartholus Alexander, & alij ibi, perperam existimarūt, sed pœna fracti carceris, quia delictum fuit, & hoc in omnibus alijs indicijs peccaminosis locum habebit, in cæteris

ris

ris vero, quæ mala nō sunt, etsi presumatur alioquin ad malū finē dirigi, punitionē delicti plenē nō probati, tā ordinariā quā arbitrariā repellō, ne alioquin facta, quæ indiuidua appellat. tot^o orbis, cōtra rationē & iura plura expressa scindatur. Si tandē nobis obieceris, opinione hāc, causam esse vel occasionē, quod plura maneāt impunita delicta, cōtra publicā vtilitatē, cuius interest, vt iuriscōsult^o testat in. l. ita vulnerat^o, ff. ad. l. Aquil. dupliciter respōdebo, primò q̄ ea delicta quæ plenē nō probant, etsi in abstracto delicta sint, quia de facto delicto constat, in cōcreto tamē in Titio videlicet qui accusat, delicta nō sunt sed calūnationes, iustissimē repellendæ, & in accusatore seuerissimē castigandæ. Nā quæ aliū vocam^o calūniatorē (si credimus Accursio. l. si mater C. de calūniat. Felino in. c. 1. nu. 4. eodē tit. in decretalibus) nisi eū qui obiecta delicta non probat, & quæ dicimus probare, nisi eū qui rite (vt vocat) & rectē legitimèque probauerit, aliter enim probatio non est, ex traditione Baldi in. l. quoties. num. 1. ff. qui satis dare cogantur, & in. l. sciendum. s. hoc interdicitur num. 2. ff. de noui operis nūnciatione, at cum probatio in delicto puniēdo, clara & euidēs requiratur, vel ex indicijs indubitatis & lucē clarioribus, vt constat ex dicta. l. fin. C. de probationibus, ea quæ per verosimilitudinem solum indubitato non æquipollen-

tem sit, ad puniendum non sufficit, ex Bald. l. interpositas num. 6. C. de tranfact. vel secundo. Respondeo sequutus Vlpianum in. l. absentem. ff. de pœnis, quod inter hæc duo mala, melius est nocentē nō puniri, quā innocentē punire, cuius dicti rationē singulariter reddit D. Chriſo. super. c. 1. Mathei. Homilia. 1. dicēs inter alia plura ad hoc propositū accommodata, iustius esse iniustū iustē euadere, quā iustū iniustē perire, quia etsi reus semel euasserit, iterum potest perire, innocens autem si semel perierit, reuocari non potest, sic igitur melius erit, quod si nocens est absoluat, cum in delictum & pœnam iterum possit incurrere, quā innocens aliquāliter puniatur, vt cum eius pœna iam inflicta tolli, nec infamia possit abstergi. Oportet autem mala penitus extirpare, re impossibile testat Plato in dialogo de scientia, & latius id probat Abulensis in parte 2. defensorij capi. 61. Simancas de republ. lib. 4. cap. 13. & hæc quoad primam regulam. Secunda erit, quod in arbitrijs, poterit tam aduocatus petere, quam iudex inferior efficere, vt pœna sit maior vel minor, non attendendo ad amicitiam, parentellam aut vicinitatem. vt Tiraquell. vbi sup. & ceterū Doctōrum ab eo allegatē male sentiebāt, hæc. n. est acceptio personarū, quæ tā inferioribus, quā superioribus est prohibita.

D sed

sed solū ad rectā rationē & quātum ad publiā vtilitatem, vt rectus & iustus moderator viderit expedire. Hic habenda est ratio nobilitatis, hic inspiciēdū an dolo, an lata culpa, an leui vel leuissima deliquerit, an amore, qui furor est vehemēs, an ira, an vi vel metu, an attentatione nō verò consumatione sit delictū, & alia huiusmodi: vt vno casu feuerius, alio remissius puniatur: & in his arbitrarijs, erit alicui vtilitatis tractatus ille Tiraq. nō vero prout ipse existimauit, in iā statutis & decretis à legē, vt in p̄fatione dixit a nu. 17. cū ceteris sequētib⁹, vbi immiscet tot ita cōfusse & inter se ita diuersa, quātū cēlū à terrā natura distat. Cū enim tractet de potestate iudicū inferiorū, ad mutandā penā superioris legis vel statuti, quid opus est afferre ita late potestatem Principū, Imperatorū, & Pōtificū: qui possūt (vt ipse ait) partē nō citata, sententiā dicere, defensionē tollere Pōtificesq; in matrimonio cōtracto de p̄senti disp̄sate, existēte causa nō ne videt, quod quāuis omnia quæ de illis asserit, vera essent (sunt autē pleraq; falsa) nō esset bona cōsequētia, ex causa debilitatis, potest Pōtifex cū Titio dispensare ad numquā ieiunandū, ergo id poterit quicūq; inferior episcopus? cū legū superiorū temperamētū & moderatio, superiori, nō autē inferiori cōpetere possit, ex iā dictis: affert p̄terea in cōsequētiā, cū ambigus, casus euidētes. Quod quā sit

absurdū sup. sat (vt opinor) rectē demonstrauimus.

Hæc sunt (amice lector) quæ de æquitate & eius officio, plerisq; incognita, digna sunt nobis visā tractatione, nec indigna, vt tu & omnes corū perpetuo memineritis, ne hinc in Scyllā, inde in Charibdym impingētes, tā in iudicādo quā in cōsulēdo, cū reip. ac regiæ iurisdictionis, & quod p̄ius est animarū detrimēto naufragiū veritatis fiat, nec si aliquātulū lōgius, quā par videretur, sum rē p̄sequutus, vitio tribuēdum erit, cū ad id me duæ & ambæ sufficiētes mouerint rationes. Prima quod eā materiā auctores nostri, etsi vtilitatis plenissimā, nescio an difficultatū ignorātia, an alia ratione quacūq; (cōtēti per exigua quadā & cōfussa cognitione) p̄termittūt. Secūda quia cū rex iste de æquitate tractaret, boni interpretis officio me functū nō esse existimaui, si prout decet, verbū ali quod, aut difficile, aut vtile cognitū, sine debita supellectili, intactū aut male tactū relinquerē. Pergamus ad alia, sed vereor ne è portu statim egrediens, impingā vt dicē, qui receptæ auctoritatis scriptorib⁹, in principio opusculi nr̄i, in medio & in fine bellū indicere mediter, cōtinuoq; adueniens (vt Plauti verbis vtat) pilū reprehensionis iniiciā, sed cum nō pro atrogantia aut vana ingenij (cuius nulla est vis) ostētatione, sed p̄ veritate inquirenda & eruēda è tenebris) quā in p̄fun-

fundis (vt cum Democrito loquar) scriptorum malo demersam video, & cuius amore captus magnos suscepi labores, ad scribēdum quod sentio, fuerim cōpulsus, venia dignus facilius iudicabor.

44 Nec immorabor iam multū, in reprobatione Accursij in presenti, in glossa, huius edicti, & solutione eius argumēti, quod friuolē opponit Vlpiano, ne tādiu te hac æquitate tractatione detineā defessū, breuiter. n. me expedire conabor. Increpat Accursi⁹ Vlpianū, q̄ dixerit naturalē æquitate versari in p̄ctorū obseruatione: quia cū n̄ alia idē Vlpian⁹ docuerit in l. i. s. ius n̄ ale. sup. de iust. & iu. omnib⁹ cōpetere animalib⁹, videbat in p̄ctorū obseruatione, æquitate n̄ ale nō cōsistere, cū eius nō participēt bruta, quæ iuris n̄ alis sunt capacia. Cui obiectiōni vt respōdeat doct⁹ alioquin Accursius, n̄ ale æquitate id est à naturali ingenio & industria hominū introducā interpretat, quæ facit ius gentiū, vt in s. singulorum inst. de rerum diuisione, & sic improprie sumendam esse ait dictionem illam (naturalem) pro iure gentiū, nam æquitas naturalis communis est omnibus animantibus, etiā sensu & ratione carentibus, quæ p̄cisci non possunt. Hæc ille.

Sed quam rudis sit hæc obiectiō, & quam impropria textus nostri interpretatio, ex his quæ statim dicemus, facile colligi poterit: nō enim omnia naturalia, sunt quæ cō-

munia omni animati, vt Accursi⁹ falsō putauit, nā scire desiderat homo naturaliter, vt inquit Philosophus lib. 5. metha. quod tamē nō cōpetit equo, aut alij animanti ratione carenti. Pro cuius maiori declaratione notabis, quod ea quæ cōpetūt homini naturaliter, nō æquæ cōpetunt & eodem modo, sed satis diuersimodē. Quædā inest homini inclinatio naturalis, quæ nō tamquā homini cōpetit, sed tamquam substantiæ. Quælibet enim substantia cōseruat se ipsam, & eius cōtrarijs repugnat, vt ex Arist. & alijs late Boet probat. lib. de cōsolatione. & sic in cōseruationē sui, quæ naturaliter homini vt substantiæ cōuenit, cōmunicabit homo cū omni ente, siue cū substantiis omnibus quæ appetūt sui cōseruationem. Secundo modo, inest inclinatio homini, ad alia magis specialia, secundū naturā in qua cōmunicat cū cæteris animantibus, & secundū hoc, eadē dicūtur cōpetere de iure naturali vel esse naturalia, quæ natura communiter docuit animalia omnia, vt est maris & fæminæ cōiūctio, liberorū educatio & procreatio, & cætera similia. Tertio modo inest inclinatio homini ad bonū, secundū naturam rationis, quæ cum sit sibi propria, & naturaliter illi soli cōpetat, alijs communis non est, vt est inclinatio ad lucis & veritatis cognitionem: De qua intelligendum est quod dixit Aristoteles. lib. 1. Methaphisi. omnis homo natu-

raliter scire desiderat, cuius generis sunt pactorum obseruationes & omnis politica in humana vita producenda, conuersatio, vt docuit eleganter Diuus Thom. 1. 2. quest. 24. art. 2. in corpore. Et sic quemadmodum nō loquemur improprie, si dicamus, brutis naturaliter cōpetere, vel naturalē esse liberorū educationē, et si cetera inanimales substantiæ, quæ rerū naturaliū capaces sint, de educatione nō participēt: sic etiā nō improprie loquutus est Vlpianus, quicquid dixerit Accursius, cū equitatem (quæ est in pactorum obseruatione) naturalē vocauerit. Quia quāuis cetera animalia, vt cōstat ex d. l. 1. §. ius naturale, iuris naturæ denfentur capacia, eo modo quo dicemus infra libr. 3. c. 1. quest. 1. nō tamē in equitate id intelligēdū erit: cū in eadem natura & eius inclinationibus & officijs, plures reperiatur gradus: quorum quidam omni enti, secundi non nisi animalibus, tertij vero solis rationalibus verē & proprie competant, vt exemplis supra allatis satis manifestē demonstrauimus.

SVMMARIA
Ad Caput Quartum.

- 1 **Q**uid sit pactum nudū de quo queritur. V. in conscientia obliget; breuiter explicatur.
- 2 Promittens ex pacto nudo, non iustitiæ sed fidelitatis vinculo teneri & nulla esse obligatione ligatum, quatuordecim probatur argumentis.
- 3 Virtutum diuersæ species, qualiter per obie-

- Eta distinguantur late traditur.
- 4 In quacumq; virtute duplex poterit obiectum considerari, principale & minus principale, & in promissione per nudū pactum vel sollicitationem, principale obiectum esse iustitiam defenditur.
 - 5 Iustitia alia vniuersalis, alia particularis, & hæc duplex, alia commutativa ad quā nudorum pactorum obseruantia pertinet, alia distributiva.
 - 6 Decem argumentis probatur, nudo pacto promittentē restitutionis onere grauari.
 - 7 Donationem ex nuda promissione perfici, & dominium transferri aduersus communem defenditur.
 - 8 Declaratur Decretalis in cap. si tibi absentis, de prebendis lib. 6. & in cap. de illis & 1. §. mulier autem, de dispensatione impub. quorum iurium argumento promissionem etiam in mente retentā, restitutionis grauamē habere, aduersus Sotum affirmatur.
 - 9 Promissiones nude, quæ alioquin semper obligant, suum effectum non sortiuntur duobus casibus: cū videlicet res illicita promittitur & cum status promittentis mutatur.
 - 10 Pacti nudi seu promissionis simplicis principale obiectum est iustitia, fidelitatis autem secundario & per accidēs venit: ad solutionē primi argumēti.
 - 11 Ius naturale dupliciter posse considerari traditur, vel secundum prima principia, & tunc immutabile esse, secundum quæ nouiter intelligitur text. in §. sed naturalia quidem iura, instituit. de iure naturali, vel secundum conclusiones ex eisdem principijs derivatas, & tunc posse mutari, sic intellecta ratione pacti nudi: ad solutionem secundi.
 - 12 Late & nouiter repulso intellectu Fortunij intelligitur. l. naturalis. ff. de actionibus & obligationibus. ad solutionem Tertij.
 - 13 Facis & pacti obseruationem diuersa obiecta regulariter habere affirmatur: ad solutionem quarti argumēti.

Tra-

- 14 Tractatur late de intellectu c. delicti de arbitris, reiecto eo quem attulit Ludouicus Romanus.
- 15 Agitur de interpretatione text. in c. iuramenti. 2. q. 5. cui tres assignantur intellectus, & intelligitur. c. rursus extra. qui clerici vel vouentes, ad solutionem sexti argumēti.
- 16 Sex adductis rationibus contra Bartolū & communem intenditur promissoriū iuramentum, civilem & naturalem obligationem producere.
- 17 Officiales opera in quo versentur ad intellectum. l. opere. 9. ff. de operi. libertorū.
- 18 Officialiū operariū promissio a non libertoprestita, nec iuramento poterat confirmari.
- 19 Verus adducitur intellectus ad. l. si quis pro eo. ff. de fideiusso. & agitur de ratione. l. finalis. ff. qui & a quibus & l. adigere. ff. de iure patronatus.
- 20 Promittens nudo pacto, si id ex animi deliberatione procedat, tenetur, quod si fidei vel alijs sine consensu promittat, nō obligatur, & reprobata Caietani opinio ne promissionis implementum nō ad fidelitatem (vt ille aiebat), sed ad iustitiā spectare probatur ad solutionē septimi.
- 21 Traditur intellectus ad. l. 1. ff. de rerū permutatione ad solutionem Octauij.
- 22 Iustitia in commutativam & distributivam, tamquam in duas species diuiditur contra Buridanum, & quando vtrique sit locus declaratur.
- 23 Formalis & specifica iustitiæ distributivæ ratio, in quo consistat, exemplis Philosophiæ moralis, & iuris prudentiæ late docetur.
- 24 Pœnarum iudicialis inflictiō ad commutativā iustitiā pertinet aduersus Conanum.
- 25 Iustitia distributiva, nō pro vnius cuiusque meriti portione, sed habita propositi præmij ratione exercetur, commutativa autē quæ circa pœnarū inflictiōē versatur, delicto pœnam tribuit æqualem.
- 26 Iustitia commutativa, tam in voluntarijs, quàm in involuntarijs actibus, locū habet, & quomodo in involuntarijs exerceatur, explicatur.

- 27 Commutativa iustitia, in omnibus voluntarijs iuris contractibus, commercijs, & promissionibus versatur, æquilitatem rerum, nulla meritorum, vel personarum attentata ratione, inducens.
- 28 Donationem, mutuum & stipulationem verē esse contractus, nec de essentia cōtractus esse mutuum ex vtraque parte obligationem, aduersus Conradum, & Sotum late probatur.
- 29 Nostrorum Doctōrum communis opinio, proprie vocat contractum, in quo mutua nascitur obligatio, ceteros, vt stipulationem, donationem & mutuum improprios dicit, & sic statuta, de gabella, vel quolibet vectigali ex contractibus soluendo, non comprehendit, quæ tamē opinio licet communis refutatur.
- 30 Baldi Nouelli, & Belloni distinctio, inter contractus inuicem obligatorios, & eos in quibus tantum ex altera parte est obligatio, reijcitur.
- 31 Refutatur interpretatio Rebuffi ad. l. Labeo. §. contractū. ff. de verb. significat.
- 32 Alius intellectus Marci Aquilini ad eundem §. contractum reijcitur.
- 33 Nouiter, & late duabus interpretationibus intelligitur. l. Labeo. §. contractū. ff. de verborum significatione. & 34.
- 35 Noua adducitur contractus definitio, traditurque donationem seu promissionē de donando, essentialiter & verē esse contractum, qui ad restitutionis grauamen promissorem obligat.
- 36 Obseruationem pacti nudi, de iure canonico non ex cap. 1. de pactis, sed vel consuetudine, vel alijs iuribus, induci potuisse traditur, aduersus communē.
- 37 Princeps, vel legislator quicumque, a deo cōtractus materiam potest irritare, vt nec naturalis inde nascatur obligatio.
- 38 Committere in legem & facere in fraudem legis, idem sunt, contra Accursium, Bartolum & reliquos omnes differentia inter illa cōcorditer ponentes.
- 39 Nouiter probatur. l. non dubium. C. de legibus, loqui in actibus factis solum in fraudem legis.

D. Cui-

- 40 *Ciuiles leges, quæ contractum simpliciter prohibent vel annullant, in exteriori foro sunt in dubio intelligenda, si propria respiciant utilitatem, in interiori autem omni dolo vel fraude cessante, obseruari semper debent.*
- 41 *Si autem leges, publicam vel alienam principaliter respiciant utilitatem, eis renunciarè absque eius cuius interest consensu, nec exterius nec interius licet, absque peccato & onere restitutionis.*
- 42 *Pacta nuda in conscientia obligant, nec ex eo quod legis ciuilibus auxilio, quoad actionem destituta fuerint, irritata censentur: idem etiam dicitur de deceptione intra dimidiam, quam deceptor in conscientia restituere tenetur.*
- 43 *Noniter & late declaratur quid induxerit. l. non dubium. C. de legibus, allata Romanorum consuetudine antiqua in legibus ferendis & obseruandis.*
- 44 *Sanctio legis quid sit, & unde duxerit originem, ad plurimum legum intellectum ex antiquitate refertur.*
- 45 *Adducitur communis opinio: ad. l. 2. §. circa ff. de doli exceptione, quæ habet nominem, nec ex pacto nudo, neque ex stipulatione, sine iusta & necessaria causa ad obligandū, posse ligari, cuius opinionis ratio refutatur.*
- 46 *Stipulationem sine causa efficaci, in iure parere obligationem aduersus omnes probatur.*
- 47 *Nonius adducitur intellectus ad. l. 2. §. circa. ff. de doli exceptione.*
- 48 *Promissio simplex, etiam absque causa, si a sciente fiat, valet, & in dubio donationis causa facta censetur contra communem.*
- 49 *Intelligitur noniter aduersus communem textus in. l. filius familias. 7. ff. de donatio. & quando donatio virtus liberalitatis vel vitium prodigalitatē sit censenda declaratur.*
- 50 *Indubio si non interueniat metus, vel ignoratia, donationem præsumi debere noniter contra communem defenditur, &*

- intelligitur: noue textus in. l. cū de indebito. §. qui enim soluit. ff. de probationibus.*
- 51 *Noua duæ traduntur regulae, quibus donatio ab indebiti solutione facile discerni possit.*
- 52 *Corrigitur ex emendationibus pandectis vulgata litera textus in. l. cum de indebito §. fin. ff. de probationibus.*
- 53 *Verbum (indistincte) de quo in. d. l. §. finali & in cap. si cautio de fide instrumentorum quomodo sit accipiendam traditur & probatur.*
- 54 *Intelligitur noue textus in. l. cum de indebito §. fin. ff. de probatio. & cap. si cautio de fide instrum.*
- 55 *Duo referuntur & late refutantur Fortunij intellectus ad. cap. pactum de verbor. signifi.*
- 56 *Declarantur verba, cap. pactum de verbor. signifi. aliter quam communis cuius declaratio reijcitur.*
- 57 *Quomodo intelligatur, d. c. pactum quatenus in pacto scripturam requirit.*
- 58 *Late declaratur quæ sit obligatio quæ nominibus fieri dicebatur, quæ est eadem cum literarum obligatione; & omnia quæ antiquitus in eius celebratione interuenire solebant, ad multorum iurium intellectum adducitur, & eam obligationem literarum, digestorum tempore fuisse cognitā, aduersus Fortunium & Fabrum probatur.*
- 59 *Reijciuntur Honorianus, Pratejus, Brisonius & Balduynus, circa cognitionem eius obligationis quæ nominibus fieri dicebatur.*
- 60 *Noniter & secundo modo intelligitur d. cap. pactum de verbor. signifi. reiecta quadā Theodori Sibratmani, doctrina.*
- 61 *Actus ex necessitate factus, quando meriti vel demeriti iudicio sit habendus.*
- 62 *Sponsalia de futuro, inspecta lege naturæ tam obligationem inducunt, quam consensu de presenti & tam iustitia in vnus quā in alterius transgressione violatur.*
- 63 *Aduersus Bartolum & communem probatur*

- batur pollicitationem ciuilem & naturalem obligationem producere.*
- 64 *Alia Aquilini opinio reprobatur.*
- 65 *Eiusdem sententia refutatur existimantis nec ex iurato pacto actionem produci.*
- 66 *Creditor si rem pacto nudo promissam commode repetere non possit, clam ab ipso promissore ex iusta causa poterit surripere, quod ius in tacito etiam obseruabitur si id certo cognosci possit.*

CAPVT

Quartum.

QUAM ergo dixerit Ulpianus, æquitatem inesse naturalem in pactorum obseruatione, non distinguens quæ vulgo barbari vestita vocant, à nudis, hinc nascitur questio, an pactum nudum, quia ita pactum est sicut vestitum, obliget in conscientia: cuius veritatem prauis doctorum opinionibus confusam, nos exactius inuestigare conabimur. In cuius quæstionis limine, illuderat prius explicandum, ne ignoratis terminis, vel principijs (vt inquit Philosophus) paralogizentur legentium mentes, quid sit hoc pactum quod nudum dicimus, vt inde cognosci possit, an hoc vel illud, naturalem producat obligationem: sed quia id prolixiorum expositulat tractatum, qui prior erit in. §. igitur nuda, quem lib. 3. cap. 8. explicamus. Idcirco nunc breuitatis causa, vno exemplo contentus ero, di-

cens, quod pactum nudum, hic sumit, pro conuentione quacumque à lege non approbata: vt sunt contractus innominati, vel pro nuda pollicitatione & promissione simplici, absenti, vel præsenri facta, acceptata tamen (vt semper præsumi debet, dum non constet de contrario) tacite, vel expresse. l. nuda. C. de contrahenda & committenda stipulatio.

QVAESTIO

prima de pacto nudo.

VTRVM PACTI NUDI, SEV simplicis promissionis implementum, ad iustitiam, an autem ad fidelitatem spectet.



VM Philosophiæ moralis cognitio, & eius veritatis indagatio, non minus ad iuris peritos (quorum scientia & professio, ex illius principijs deprompta est) quàm ad Theologos, immò multò magis spectet, (& si quidam contra falso putarint) mirari lector non debet, si nos, qui iuris consulti nomen profiteremur, quæstionem hanc ex Philosophiæ penetrabilibus erutam, pro viribus ingenij nostri (quod sentio, quàm sit exiguum)

guum) discutere latè contendamus. Quòd igitur promissionis obiectum sit fidelitatis virtus, non autem iustitia, ex quo nasceretur violantes fidem, ad restitutionem eorum quæ promiserunt non teneri, cum solum fidelitatem mentiendo, non autem iniustitiam adimendo alicui, quod suum est, violent, ex sequentibus probatur.

Primo, habitus seu virtutes, distinguuntur per obiecta, obiecta virtutum sunt materiæ circa quas versantur: vt docet Diu. Thom. 1. 2. quæst. 18. art. 2. ad 2. sed materia circa quam versatur promissio, est verificatio in factò, eius quod dictum est verbis, nihil enim aliud vult, qui promissionem acceptauit, quam quòd promissor eam verificet, is autem est actus fidelitatis: vt explicat Caietanus secunda secundæ, quæst. 13. artic. 1. ergo obiectum promissionis fidelitas erit, non iustitia.

Secundo, idem probatur, quia si iustum esset, iustitia speciali pacta seruare, id vel esset naturale, vel legitimum, nam tertium nil aliud esse certum est, ex Arist. lib. 5. Ethic. c. 7. at iustum nõ est naturale, nam quòd ita iustum est, apud omnes est iustum, vt idè Philosophus docet, quòd natura (inquit) constat, immobile est, & vim habet eadem ubique, sicut ignis hic & apud Persas vrit. Sic Tullius lib. 3. de republica. lex naturæ (ait) immutabilis est, cuius est in-

terpres & fator Deus, nec hæc est alia Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, nec per populum aut Senatū, ab hac solui possumus, & confirmat Iustinianus in. s. sed naturalia quidem iura, inst. de iure naturali, dicens quòd iustum est naturale, esse immutabile apud omnes. Quibus non obstantibus, videmus quòd apud ciues Romanos, qui optimis regebantur moribus, hæc pacta nuda non obseruabantur, nec pro iniusto illi habebant, cū ea seruare, lege potuissent cõpelle re: & non solum id non statuerunt, sed ad ea seruanda omnimodam negarunt actionem, vt patet in. l. iuris gentium. s. igitur nuda infra cod. ergo debet esse legitimum, at legitimum non est, quia Romanæ & communes Christianæ reipublicæ leges, de quibus agimus, ea seruare (vt modo dixi) nõ compellunt: ergo pacti nudi seu simplicis pollicitationis obiectum, iustum vel iustitia non erit.

Tertio, si iustitiæ actus, esset nuda pacta seruare, maximè quia ea, obligationem saltem naturalem dandi rē promissam produxissent, sed hæc pacta nuda, nullam producunt obligationem naturalem, vt ostendam, ergo eorum obseruatio non est actus iustitiæ: maior certa est, nam vbi est actus iustitiæ, ibi & obligatio: minor autem probatur, quia inter modos, quos doctissimus Vlpianus iustitiæ & æquitatis obseruandarum quæ obligationum defen-

defensor seuerissimè tradit, ad cognoscendum, an sit, vel non sit obligatio naturalis, in. l. naturales obligationes. ff. de actio. & obligatio. vnū docet. Quòd inspicere debemus, an earum obligationum nomine, aliqua cõpetat actio, at pacti nudi nomine, nullam reperi-mus actionē, imò denegationem, vt vides in. s. igitur nuda, ergo pacti nudi obseruatio ad honestatē & fidelitatem, non autem ad iustitiam pertinebit.

Quarto, pacem & pacta nuda obseruare, eodem vinculo & ratione tenemur, vt constat ex. ca. 1. de pactis, ibi pax seruetur, pacta custodiantur, vbi Fortunius in. 3. col. versiculo quinto adde, sed pacē (dummodo alia circumstantia iniustitiæ non subsit) non tenetur quis seruare ex debito iustitiæ, sed officio charitatis, comitatis, amicitiae & honestatis: vt est tex. in. c. nouit de iudicijs, ibi, præcipuè cum contra pacem peccatur, quæ est vinculum charitatis &c. Ergo pacta etiã nuda (cum eiusdem sint rationis) ex honestate quadam & obligatione morali, nõ autem legali & necessaria obligabunt.

Quinto, si ad iustitiam pertineret, dicta & promissa seruare, nullo pacto qui promissit quid certū, contra voluntatem acceptantis, illud posset, in aliud diuersum corpus commutare, etiã sinelius esset: maximum enim cõsetur interesse voluntatis, textus in. l. fin. ff. de vsu &

habitatione, quem notat Bartolus in. l. si filius, qui patri num. 4. ff. de vulg. sed sic est, vt constat ex ca. cū dilecti de arbitris, quòd qui promissit stare alicuius arbitri sententiæ, dummodo soluat pœnæ interesse, nõ compellitur ei stare, etsi sit contra suam promissionem, & voluntatem alterius litigantis acceptantis arbitri compromissionē & sententiam, ergo promissa seruare nõ pertinet ad iustitiam: maior confirmatur ex Vlpiano in. l. fideicommissa. s. si ff. de leg. 3. vbi ait, quòd is qui opus facere tenetur, si vellet creditori dare omnes sumptus, qui in perficiendo opere & eius administratoribus expendi possent, contra creditoris voluntatem non potest, etsi alioquin esset vtile creditori, minor patet ex. d. c. cum dilecti. Proce-det ergo consequentia, vt videlicet, promissa seruare, ad iustitiam non pertineat, nam posset contra voluntatem alterius partis, à sententia cui promissit stare, cuius contrarium respondet Innocentius sapientissimus legislator in. d. c. dilecti.

Sexto, inter iuramentum & simplicem loquelam quoad Deum, nulla est differentia, vt patet in c. iuramenti. 26. q. 2. sed iuramentum pertinet ad religionem, vt patet ex Deuteron. c. 26. ibi: Dominum tuum timebis & ipsi soli seruias, ac per nomen illius iurabis: loquitur enim de seruitute patriæ seu religionis, vt explicat latius D. Thom.

secunda secundæ. q. 89. art. 4. ergo simplicis loquelæ seu promissionis implementum, non erit actus iustitiæ; cum iustitia & religio diuersæ sint virtutes, vt patet ex earū obiectis: præcipuè si aduertamus, quod iuramentum solum promissorium, nec de iure ciuili aut canonico, actionē producit, secundum communem sententiam, de qua testatur Fortunius cap. 1. de pactis. fol. 71. vers. superest ex superioribus, cū ei nec in sit naturalis obligatio, vt firmat Ioan. Imol. c. cum cōringat. num. 30. de iure iura. Quod videntur expresse confirmare, duo iurisciuiilis capita, primū tex. in. l. vt iurisiurandi. ff. de operib. liber. vbi Vlpianus ait, quod vt iurisiurandi obligatio cōtrahatur, libertū esse oportet qui iuret, & sic videtur velle, quod alius præter libertū nō obligetur, is autē propter speciale priuilegiū manumissionis & libertatis, quā recipit à patrono, permittitur obligari, vt existimant Bal. & Bart. in. l. 1. C. de operi. liber. vel vt dixit Antonius de Butrio. ca. cū contingat: quia in liberto ob manumissionē nata est quædam obligatio naturalis ad antidora, cuius causæ præambule natura, cū obligatione saltē naturalē inducat, inhabile validat & cōfirmat iuramētū secus in alijs. Secūdū est tex. l. si quis, p. eo ff. de fideiussoribus, vbi clare videtur probari, nec naturaliter obligari cum qui iurauit promissoriè, cū si naturaliter esset obligatus, accē-

dere posset fideiussor. l. fideiussor. obligari. s. fideiussor. ff. de fideiussoribus, & tex. dicit, quod fideiussor non tenetur, ergo cū naturalis obligatio ex iuramento promissorio non nascatur, vt ex Cino Barto. & Iasone communem dicit Sarmietus lib. 1. select. c. 3. nu. 1. consequens etiam erit, in nuda pollicitatione nec naturalem à fortiori esse obligationem, ac proinde nec restituēdi necessitatem.

Septimò, vbi aliquid inest iniustitiæ & iniquitatis ratio, legis ciuilis officium est, per punitionem vel compulsionem, inæquale ad æqualitatem reducere: nā vt inquit Tullius lib. 2. officiorū, eadem constituen darū legum fuit causa, quæ regum, ius enim semper quæsitum est æquale, nec enim aliter esset ius, id enim si ab vno iusto & bono viro consequebantur, eo erāt contenti, cum id minus cōtingeret, leges sunt inuentæ: quæ cum omnibus vna & eadem voce loquantur, & Demosthenes cōtra Aristigitonē, res duæ sunt propter quas omnes feruntur leges, tum vt ne quisque aliquid iniusti agat, tum vt his qui ius violarunt punitis, alijs æquales reddātur, at leges Romanæ quæ per ora Principum sunt diuinitus promulgatæ, vt dicitur in. l. fin. C. de præscriptionibus, long. tempor. & à numinibus constitutas fatetur Diuus Augustinus, lib. 2. de ciuitate Dei, ea seruare non compellunt, imo denegant ad eorum implementum

tum actionem. d. s. Sed cum nulla ergo nō obseruatio nudi pacti, nō erit actus iniustitiæ, sed solum in fidelitatis, quæ consistit in non con firmandis factis ad dicta: vt defendit Caietan. secunda secundæ. q. 88. artic. 1. & quest. 113. artic. etiam 1. dub. 4.

Octauò, si pollicitatio vel pactū nudum, obligationem naturalem dandi rem promissam induceret, hoc esset propter cōsensum pmit tentis & acceptantis, in idem, sed consensus solus, non est sufficiens ad inducendam obligationem, ergo pactum nudū non pertinet ad iustitiam. Maior certa est & cōstat ex hac l. 1. s. adeò. ibi, & stipulatio quæ verbis fit, nisi habeat cōsensum nulla est, minor autem probatur ex Vlpiano. in. l. sicut aliud. ff. de rerum permutat. vbi ait, permutatio ex re tradita, initium obligationi præbet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, ponēs pro incoueniēti & absurdo, quod ex solo consensu nascatur obligatio, erit igitur vera consequentia.

Nonò, idem probatur, nam in humanis actionibus quæ sunt ad alium, quotiescumque distributiua vel commutatiua iustitia non violatur, obligatio restitutionis nulla adest, in earum enim violatione, consistit totum restitutionis fundamentum, sed in non implendo pacto nudo seu simplici pollicitatione, non violatur iustitia distri-

butiua, vt clarū est, nil enim commune distribuitur, nec commutatiua, quia ea solum in commercijs & contractibus versatur, ex Arist lib. 3. Ethic. c. 2 & videmus, quod pollicitatio non est contractus, vt probat Vlpianus in. l. labeo. s. contractum. ff. de verb. sign. qui diffiniens contractum, dicit esse vltro citroq; obligationem: quæ in pollicitatione non est: quia nulla adest obligatio ex parte acceptantis, ad nil enim debito iustitiæ tenetur, ergo cū hæ duæ iustitiæ species, commutatiua & distributiua non violentur, directio actus promissionis ad iustitiam non pertinebit.

Decimò, si propter aliquam legem quæ debitum faceret actum promissionis, præter naturalē honestatis, quis teneretur pacta nuda obseruare, esset certè propter canonicam, quæ omnia pacta generaliter iubet obseruari: vt est communis doctorum traditio in. c. 1. de pactisib. (pacta custodiantur) nil distinguens inter ea quæ vestita voeant, & nuda: at videmus quod eodem modo iure ciuili est præceptū pacta seruari, vt est textus in. l. iurigentium. s. prætor ait infra eod. & similiter in hac l. 1. & per verbū, omnino, quod præcissæ est necessitatis, custodienda dicuntur, in. l. si quis in conscribendo. C. eod. & nihilominus, nuda nullā producant actionem de iure ciuili, vt constat ex eadem. l. iurigentium. s. sed cū nulla, ergo sicut lex ciuilis per illa

verba (pacta seruabo) non censetur comprehendere simpliciter nuda, ut ibi latius dicemus, sic etiam lex canonica per hæc verba pacta custodiantur, non debet censi uoluisse comprehendere nuda, præcipuè cum adiecerit suã obtineant firmitatem. Quæ verba nil roboris addunt, sed solum pacta in suis uiribus conseruant, si sint ad actionem, data actione, si ad exceptionem, data exceptione, ut patet ex natura illorum uerborum, suã firmitatē, alioquin reddere prius oportet rationem, quare ex uerbis unius legis, magis quã ex alijs colligant pacti nudi obseruationem. Undecimo, leges ciuiles quæ iustæ sunt, facultatem habent irritandi materiam contractuum & obligationum, & faciendi inhabiles personas ad contrahendum: qui si contraxerint, nec naturalitèr quidem aut canonicè obligantur, ut patet in minore ludis patrimoniũ effundente, cui qui ab eo comparauit, renetur restituere, solũ ob legis prohibitionē, ut communis est Theologorum sententia, & in filiofamilias mutuam accipiente, qui ex eo quod contrahat, contra Senatus cõsultum Macedonianum, nec naturaliter obligatur, ut constat ex l. pupillus. §. ff. de actio. & obligat. ibi, pupillus mutuam pecuniã accipiendo, nec quidem iure naturali obligatur. Sed leges dum contractum aliquem inualidant, etsi uerbis non exprimant, irritant tamen

materiam obligationis, & inhabiles sic reddunt contrahentes, ut quod factum fuerit, vel potius attentatũ, p̄ infecto & nullo haberi uellent, ut tex. est expressus in l. non dubiũ C. de legibus. ergo cum pacta nuda ciuiles leges annullauerint, cũ ad eorum implemẽtum, omnem negauerint actionem, irritasse materiam contractus & cõtrahentiũ uidentur, & ex eo prohibuisse ortũ naturalis obligationis. Si igitur obligatio naturalis nulla nascitur, restitutionis necessitate, qui promisit nudo pacto, compellendus non est.

Duodecimo, promissionem sine causa etiam solemnem, non solum leges ciuiles ut inualidam repellunt, data exceptione, ut constat ex l. 2. §. circa. ff. de doli exceptione, uerũ quod magis estimandum est, & canonica iura quæ nullum peccatum admittunt, cautiones & instrumenta publica, sine causæ adiectione nullius esse obligationis ostendunt. c. si cautio. de fide instrument. ubi id notat Abb. Felinus & ceteri, Bart. l. Diuus. ff. de falsis. Latius Alexã. cons. 18. vol. 4. & cons. 13. & 138. 2. volu. Quod ad eò uerum putant Rosfredus, Petrus, Cinus, Iacobus Butrigarius, & alij, quos refert et sequitur Anton. Gomez. in tomo de contractibus. c. ii. num. 5. ut etiam si promissio sit iurata, non ideo magis producat actio uel nascatur obligatio, ad implendũ: Quod ex Baldo quem

quem sequitur, comprobatur Iaso, in l. a Titio. num. 5. ff. de uerborũ sed in quolibet pacto nudo, uel simplici promissione, non semper ponitur causa, imo nec præsumi debet causa donationis, cum nemo censetur iactare suum patrimonium. l. cum de indebito. ff. de probatione. ergo à fortiori, in his pactis nudis, saltem in quibus nõ adijcitur causa, uel in promissionibus in quibus non exprimitur causa donationis, nulla erit ciuilis aut naturalis obligatio: cum iura tam canonica, quam ciuilia, eius ortũ prohibuerint, tales contractus irritando. d. l. 2. §. circa. ff. de doli exceptione, & d. cap. si cautio, de fide instrum.

Decimo tertio, pactum nudum si pareret obligationem, maxime quia pactum esset, ut fatentur omnes, qui ea ut simpliciter pacta ex principio nostre legis obligare affirmant, cum in pactis tamquam in uero & proprio fundamento contractuum nitatur obligatio, sed id quod ex scriptura, legibus & moribus comprobatum nõ fit, pactum non est, ut constat ex D. Isidoro lib. 5. Ethimologiarũ. c. 25. & refertur in ca. pactum, de uerb. signif. qui distinguens pactũ, ait esse inter partes ex pace conuenientem scripturam legibus ac moribus approbatam, ergo pactum nudum, nullam pariet obligationem: cum pactum non sit, non autem est pactũ, quia definitio pacti tradita ab Isidoro,

si non congruit, iuxta doctrinam Bartoli & ceterorum in l. s. dolũ ff. de dolo. Decimo quarto & postremo, uideatur quod pacta nuda seu promissiones complere, non sit actus iustitie, uel quod magis est, nec fidelitatis aut alicuius uirtutis, quia actibus iustitiæ & ceterarum uirtutum meremur, ait enim Philosophus, quod uirtus humana est, quæ bonũ reddit actum humanum, & ipsum hominem bonũ facit, sed qui promisit pacto nudo, dato quod impleat, id facit ex necessitate reddendi unicuique quod suum est: quod fit ex necessitate, non est meritorium, ergo pacti obseruatio nõ pertinet ad iustitiam, nec ad fidelitatē, nec ad aliam quamcunque uirtutem.

Sed his non obstantibus, ego sine dubio, contrarium ut uerius & naturali rationi conformius defendendum censeo, quod uidelicet, pactum nudum siue respectiuum, siue non respectiuum, uel pollicitatio seu promissio simplex tacite aut expresse acceptata, obliget promittentem, non solum ex obligatione morali & debito (quod uocatur) honestatis, sed ex debito legalitatis iusto & necessario: sic ut qui promisit sub pena peccati mortalis (si materia non sit leuis) & restitutionis obligatione, adimplere tenetur, nam promissionis simplicis in contractibus, non tam fidelitas (id enim per accidens uenit) quam

quàm iustitia verum obiectū est.

Pro cuius maiori declaratione aduerto, quod habitus seu virtutes, dupliciter specie distinguuntur. i. secundum speciales, ac formales obiectorum rationes: obiectum autem cuiuslibet virtutis, est bonum consideratum in materia propria, vt colligitur ex Aristot. lib. 5. Ethic. c. 1. & lib. 2. de anima, cap. 4. & D. Thom. vbi infra. Sicut temperantia, quia suū obiectū est bonū delectabiliū, in concupiscentijs tactus, & iustitia quia suū obiectū est ius reddere vnicuiq; ideo sunt diuersae virtutes: quia obiecta diuersa sunt.

Alio. 2. modo, virtutes distinguuntur specie, secundum ea ad quae specialiter ordinantur, non enim eadē est specie sanitas equi & hominis, propter diuersas naturas aut fines ad quos eorū sanitas ordinatur, ac eodem modo dicit Philosoph. in 3. Politic. c. 3. quod eadē virtus est diuersa in ciuibus, secundū quod benè se habēt ad diuersas politicas. Et eadē ratione docet D. Thom. 1. 2. q. 64. art. 4. easdem virtutes ex eo solum specie differre, quod vel ex assuetudine operum acquirantur, vel à Deo infundantur: quia per acquiritas, homines benè se habēt, in ordine ad res humanas, & per infusas se habēt etiā benè, ad hoc, quod sint ciues sanctorum & domestici Dei.

Secundo aduerto, quod virtus vna, potest habere duo obiecta, secundum diuersas rationes, vnum magis principale, & aliud minus:

illud autem dicitur magis principale, quod principaliter & per se intenditur, & ex hoc obiecto assumunt speciem virtutes, & vitia, non autē ab eo quod est per accidens, & praeter intentionem: sicut manifestatio eius, quod ad ipsum hominem pertinet, est actus veritatis, si hoc animo fiat. Si autem quis manifestet id, quod ad se pertinet, volendo fortitudinem exercere, quia principaliter non intendit, manifestatio nem veri, sed solum formalem & specialem actū fortitudinis, quamuis praeter intentionem sit actus veritatis, in quātum manifestatur verum in se, est tamen verè fortitudinis, quia id solum intendit: sic in promissione, quamuis obiectū, de per accidens, contingat esse fidelitatem, quia tamen id venit praeter intentionem, obiectum proprium non est, nam pacto nudo paciscentes, non intendunt principaliter exercere fidelitatem, sed solum volunt implementum conuentionis contractus, seu commercij, donationis vel pacti nudi, qui actus est verus iustitiae, & quia id principaliter intendunt, id erit speciale obiectū promissionis, seu pacti nudi, non autem fidelitas, quae de per accidens & praeter intentionem venit, sicut in forti manifestatio veritatis, vt explicat D. Thom. secunda secundae q. 109. art. 2. ad secundum & q. 96. art. 2. in corpore. Quando autem promissum seruari sit actus fidelitatis vel iustitiae, non erit difficile iudi-

iudi-

iudicare, nam id pensandum erit ex rei natura, & agentium intentione, quas pro regula ad id discernendum, debemus obseruare, si enim veritas requiratur, in contractibus. & commercijs interessalibus, vtrique vel vni parti, tūc ex rei natura, & verosimili contrahentium intentione, pollicitationem veram efficere, pertinebit ad iustitiam: nam vt ego arbitror, numquā aliquis in his contractibus, de fidelitate cogitauit, sed solum de iustitia, vt videlicet qui promisit, seruet indēm nem pollicitationem acceptatē, ne subtractione huius debiti fiant inaequales. Id mihi recte ponderatus videretur docuisse Aristot. lib. 4. Ethic. cap. 7. cum dixit tractans diuerace (atque non de illo nunc dicimus, qui in pactis verum dicit, & in his quae ad iustitiam & iniustitiam pertinent, id enim alterius est virtutis) quasi dicat, in efficiendo aliquo vero iam promisso, dupliciter loqui possumus: vno modo, prout pertinet ad honestatem & virtutem veritatis vel fidelitatis, & tunc exercebit quis huius virtutis actum, cum nulla alia de causa verax fecerit, nisi quia vel veritatis vel fidelitatis habitu praeditus, id solum ob fidei & veritatis rationē, fuerit operatus. Alio modo potest considerari veritas, pro vt pertinet ad omnes contractus & commercia, & in his est ratio iusti & iniusti, & per consequens debiti legalis & necessarij ad restitutionem, cum ergo is qui in

pactis & conuentis verū dicit, principaliter non veritatis, sed iustitiae causa verum dicat, vt optimus Arist. interpres Eustratius Niceus Episcopus ibi adnotauit. Hinc arbitror pacti nudi seu simplicis promissionis obiectum, iustitiam esse: idque clariū docuit idē Aristot. lib. de virtutibus & vitijs, cum tractans de iustitia, ad eam dicat pertinere pacta custodire, & vt Alexadet Chamailardus interpretatur, proprium est iustitiae in pactis, & conuentionibus, veracem esse, & postea tractans de iniustitia, vnā eius speciem esse dicit, transgredi conuentiones, & fidem in eis fallere. Fidelis autem non ideo verum dicit, vt iustitiam custodiat, & aliū à damno vel inequalitate praeseruet, id enim per accidens venit, sed solum vt dicta ore & pronuntiata, compleat opere, quoniam is est proprius hominis fidelis finis, confirmare dicta factis, ne de mendacio, perfidia aut infidelitate arguatur, vt optimè declarat Caiet. secunda secundae quaest. 13. arti. 1. & quia, haec confirmatio facti, ad dicta, habet locum in multis alijs praeter contractus, persuasi etiam mihi obseruationem pacti nudi ad iustitiam, non autem ad fidelitatem principaliter pertinere: nam speciale obiectum vnius virtutis, non potest habere locum etiam principaliter in actu alterius virtutis, sed per accidens solum. vt. v. g. obiectū principale fortitudinis, est pe-

ricula

ricula ut oportet animo constanti sustinere. Certè qui ad hunc finem exercendæ fortitudinis pericula sustinet, non dicetur propriè & principalitèr actum veritatis exercuisse: quia & si manifestet, quod verum est in se, & is sit actus veritatis, tamen quia hunc actum veritatis, principalitèr noluit exercere, sed fortitudinis, hinc est ut non dicatur verax sed fortis. Qua ratione docuit Arist. lib. 5. Ethic. cap. 2. adulterantè lucrandi causâ, magis esse iniustum, quàm intemperantem, quia quod principalitèr intendit, non est voluptas, sed pecunia, objectum enim vnius virtutis vel vitij, non competit alteri, nisi per accidens, ut ex Arist. & D. Tho. diximus sup. & videre etiam poteris in secunda secundæ quæst. in artic. 1. ad secundum: ad eundem modum ego dico, quia fidem datam complere, verè & propriè habet locum in omnibus alijs, præter contractus & commercia, id circo non erit suum proprium objectum fidelitas, nisi in his quæ contractus non fuerint. ut. v. g. si quis promittat patri alicuius, se futurum in agrum vel domum talis, ut videat cum quibus suus filius conuerferur, vel promittat se cum illo, aliqua nocte cenaturum vel commitaturum vsque ad oppidum, vel inuisurum quotidie, & aliæ infinitæ huiusmodi promissiones, quarum implementum erit actus fidelitatis: similiter in cõventionibus, in quibus non solet aliqua rei ia-

ctura vel partis interesse versari, sic nec iniustitiæ, ut si Toletum vellè proficisci, à te exoptulatus promisero, patrem tuum alloquuturum, & salutaturum tuo nomine, tunc. n. si hoc pactum nudum, seu promissionem simplicem non impleuerim, non propriè iniustus, sed mēdas, vel infidelis vocabor: & si aliquod per accidens in te damnū redundet, quia actus natura sua detrimentum non affert, nec rei formaliter adest interesse, nec ego qui eum omisi, ea intentione ut damnificarem omisi, alioquin enim, dabimus, quod objectum promissionis vel pacti huiusmodi, competeret, æquè principalitèr diuersarum virtutum actibus, fidelitati videlicet, in his quæ modo diximus, & iustitiæ in contractibus ut sup. ex Arist. & Eustratio retulimus: quod absurdum esse nullus sanè mentis negabit, dixi fidelitatem esse in cõventionibus, quæ natura sua rei interesse non solent afferre, quia cum iustitia non sit medium rationis sed rei, ut cum Arist. secundo Ethicor. capit. 6. optimè probat D. Thom. secunda secundæ quæst. 88. art. 10. ubi res non est vel pecunia, & interesse formaliter non inest, iniustitia quæ obliget ad restitutionem, non erit.

Tertio aduerto, iustitiæ materiam, consistere in actibus, & operationibus exterioribus, quæ sunt ad alium, ab eo enim vocatur iustitia, quod est iustare, seu adæquare,

ni-

nil autem est sibi æquale sed alteri: qua ratione dixit Arist. lib. 5. Ethic. c. 1. iustitiã solã ex omnibus virtutibus, esse alienum bonum, ea autem duplex est, vna vniuersalis, aliã specialis seu particularis, iustitia vniuersalis est, quæ felicitatem cuiusque partis, ciuili societati & efficit, & conseruat, constatque ex legitimo, legitimum autem quod à legumlatrice facultate est definitum, leges vero de omnibus præscribunt, quæ ad quamcumque virtutem spectant, ut non deserere ordines, non fugere, non abijcere arma, quod fortis est: non committere adulterium, non contumeliose se gerere, quod est temperantis: non verberare, non maledicere, quod est mansueti, & sic in omnibus alijs, quibus vident reipub. statum quietum, pacificum, florentem & per beatum conseruari. De hac loquens Arist. ubi sup. ait, omnium virtutum esse præstantissimam, ita ut nec Hesperus, nec Lucifer sit adeo admirabilis, & inde natum fuisse illud prouerbium, quod versu quodam Theognidis seu Phocididis comprehensum retulit, dicēs, iustitia in se, virtutes complectitur omnes. Nam ea virtutum omnium operationes, ad ciuili societatis salutem & incolumitatem dirigit, qui sic operatur secundum legem, iustus vocatur iustitia vniuersali: propriè autem ea quæ facit, iusta deperse non sunt, sed vel temerantia, fortia vel mansueti. Per cõtrarium

verò iniustus erit, hac iustitia vniuersali, quicūq; in his quæ sunt ad alterum lege definita prauè segerit, ut si adulteretur, si astitem in acie deseruerit, & aliã effecerit, de quibus idem Aristot. ubi sup. cap. 2. & contra hanc iustitiam vniuersalem peccare eos, qui pacta nuda seu promissiones non impleuerint, qui cõtrariam nostræ tuentur sententiam, id non negant: quia fatentur facere contra fidelitatem, quæ quia ad alterum spectat, de ratione iustitiæ participat, ut videre est apud D. Thom. secunda secundæ q. 80. art. 1. & de hac ego modo non tracto, quia huius transgressio & si sit iniusta, non tamen obligat ad restitutionem, nam sua malitia non consistit in pluris usurpatione.

Alia iustitia est particularis, quæ consistit in proportione quadam seu equalitate, quam diffinit Vlpianus. in l. 10. ff. de iustitia & iure. esse constantem & perpetuam voluntatem, ius suum unicuique tribuentem. Hæc etiam tanquam genus in duas diuiditur species, cõmutatiuam & distributiua, quæ duplici etiam proportioni Arithmeticæ, & Geometricæ correspondent: de quibus agemus postea. Eius vitium oppositum, est iniustitia, quæ consistit, in quadam disproportione rei vel personæ in æqualitate, eam vocat Aristoteles, ubi supra. capite secundo pluris usurpationem, quia is qui ea operatur, reddit se inæqualem,

E

& acci-

& accipit plus iusto, ab eo cū quo conuersatur. Ad vnam huius particularis iustitiæ speciem, commutatiuam videlicet, cuius transgressio inducit peccatum, & restitutionis obligationem, intendo probare, pactorum nudorum seu promissionum obseruantiam pertinere.

6 Primò, ex ratione Vlpiani. in. l. 36. ff. de regul. iuris. dicentis, nil esse tam naturale, quàm eo genere quidque dissoluere quo colligatum est, at videmus obligationem naturalem dandi rem, nudo pacto tolli, vt constat ex. l. stichum. s. naturalis. ff. de solutio. vbi rationem affert Paulus, quia vinculum equitatis quo solum sustinebatur ex pacto, contrariæ conuentionis æquitate dissoluitur, ergo similiter pacto nudo seu simplici promissione, dandi obligatio nascetur: cum nil sit tam naturale quàm eo modo dissolui quo colligatum est, seu colligari eo quo dissoluitur. Vtriusque enim par est conditio, quod clare ostendit Vlpianus. in dicta. l. 36. ff. de reg. iuris. cum ad finem legis dicit. Et ideò nudi consensus obligatio, contrariò consensu (nudo videlicet) dissoluitur, volens docere obligationem dandi, tolli nudo pacto, sicut & pacto nudo nata fuerat. Si igitur ex hac promissione simplici, seu pacto nudo, obligatio naturalis nascitur, ergo pactum nudum seruare iustum erit naturale: si iustum & æquum, ergo non obseruare, quod eius est contrariū,

iniustū erit, iniquum & inæquale: sed iustitiæ proprium est, inæqualitatem ad æqualitatem reducere, vt cap. 2. & 3. lib. 5. Moral. testatur Philosoph. & nos etiam sup. notauimus, ergo cum hæc inæqualitas suppleri non possit sine restitutione promissi, vt patet, quia in re consistit inæqualitas, iustitia obiectum erit promissionis.

Secundò, quia inspectis iuris naturæ principijs, absque aliqua legis ciuilibus determinatione, nil interest, quod quis diuiti vel pauperi, homini singulari vel reipub. promiserit, nam cum obligatio naturalis nascatur ex consensu, & voluntate promittentis & acceptantis, vt patet ex hac. l. 1. s. adeò, quotiescumque fuerit consensus, erit obligatio, sed ab eo qui promisit pauperi vel ciuitati, promissum exigitur tanquam debitum, vt dicit Vlpianus. in. l. 3. ff. de pollicitatio. & constat etiam ex. l. illud vbi gloss. & omnes. C. de sacrosanctis ecclesijs, & l. si quis pro redemptione. C. de donatio, quia vere ex promissione se obligauit, alioquin enim peruersè, & iniustè se ageret legislator cum membris suis, priuatis videlicet hominibus, si id quod nullomodo deberent, etiam ad piam causam eis inuitis extorqueret. Quod de admirabili & iustissima ciuium Romanorum policia, & Christianorum Imperatorum administratione, nec suspicandum, nedū dicendum erit, cum apud

apud eos ius bonumque nõ minus legibus quàm natura valeret, vt restatur D. August. ex sententia Salustij quem citat. libr. 2. de ciuitate Dei. ergo sicut qui promisit simpliciter pauperi vel rei publicæ, necessariò tenetur restituere, vt fere omnes cõcedunt, ex relatione Tiraquelii intractatu de priuilegijs piæ causæ, priuilegio. 15. ita etiam qui promisit priuato cuiusque homini, ne obligationis substantiã in accedenti quodã paupertatis ponamus. Tertiò, qui promittit dare aliquid, liberalitatem exercet, & donationem simplicem facit, at qui donat, magis eius cui donat, quàm suam, rem donatam & esse, & fieri mauult, ergo statim à promissione, qua ipse se voluit sponte obligare, rem fecit donatarij, cum nil sit tam æquitati naturali conueniens, quàm voluntatem domini, rem suã in alium transferri volentis ratam manere: si res est donatarij, & contra eius voluntatem, qui promisit rem detinet, iniuriam & furtum committit, ergo promissionem seu pollicitationem non implere actus erit iniustitiæ. Maior certa est, quia vt constat ex. l. argentum, cum suis. ss. C. de donatio, & alijs eiusdem. titul. non solum is dicitur donasse, qui actu dedit donum, sed qui promisit dare, & sic donatorem eum qui promittit, & donationem rem promissam, vocat ibi Imperator & alibi sepe: minor verò quod is qui donat, magis eius cui

donat, quam suam rem esse, & fieri velit, à parte probatur. ex Vlpiano. in. l. 1. ff. de donation. qui expressè ait, eum qui sola liberalitatis, & munificentia causa donat, statim velle rem donatarij fieri, nec villo casu ad se reuerti. Procedet ergo consequentia, pollicitationis obiectum iustitiam esse, quæ consistit in reddendo vnicuique, quod suum est.

sed dices forsam, communem & falsam Doëtorum opinionem sequutus, quod tex. in. d. l. 1. procedit in donatione vera, quæ consistit in reali traditione, per quam solum dominium transfertur: secus vero esse in actu pollicitationis, quæ & si donatio vocetur, non tamen est vera donatio sed ficta, in quantum per compulsionem iudicis, debet reduci ad donationem, id est realis doni promissi dationem, quæ ante traditionem non erit: hæc tamen omnia trusa sunt, & solutiones (parcant nobis) friuolæ ac inanæ & quæ à vero defectu speculationis iuris naturæ, & nostræ iuris prudentiæ procedunt, nam cum nihil sit tam æquitati naturali conueniens, vt ait Iustinianus in. s. per traditionem institutio. de rerum diuisione, quàm voluntatem domini in alium rem suam transferri volentis, ratam manere, & de eo qui donat seu promittendo seu tradendo, is animus sit necessariò præsumendus, ex dicta. l. prima. quia vtroque casu libera-

litem vult exercere, quæ in solo verborum cortice non est, necessario consequitur, nil interesse an fiat traditio vel non fiat, ut latius etiã dicemus. in. l. in traditionibus. infra eodem. vbi cõmunem omnium Doctorum & concordẽ usque adhuc nemine discrepante sententiã, volentem sine traditione dominia nec naturaliter, nec civiliter transferri, falsam esse (decedante) demonstrabimus.

Quartò moueor, ex diffinitione fidei vel promissionis, quam tradit Tullius. lib. i. officiorum, dicẽs, quod est fides fundamentum iustitiæ, id est dictorum & conuentorum constantia & veritas: si ergo fidei implementum, non solum pertinet ad iustitiã, sed est ipsum iustitiæ fundamentum, ut Tullius inquit, cui omnia hominum pacta & cõuentiones nituntur, necessario factũ erit, destructo fundamento iustitiæ, quod est fides vel promissio, destruit etiam virtutẽ ipsam iustitiæ, ego enim nõquã vidi domũ stãtem sine fundamento: si ergo in iustitia est, nõ implere fidẽ datam vel promissum, & restitutio tanquã in cardine in iustitiæ violatione consistit (ut diximus) qui excusare velit a peccato mortali, & restituẽdi necessitate, eum qui nõ implendo promissum, ipsum iustitiæ violat fundamentũ, alium querat qui hoc dicat, non autem Ferdinãdum, imo (Deo propitio) si hæc omnia per attentã animi cogitatione

perpendat, nullum inueniet, ut Augustini verbis vtatur in. c. quicumque vult. 17. quæst. fin.

Quintò facit pro hac sententiã nostra, tex. in. ca. si tibi absenti, de præbendis libr. 6. vbi si conferatur absenti beneficium, non potest cõferens id reuocare, quia ex collatione à se absenti facta, & tacitè ab illo acceptata, se eo pacto adstrinxit ut ante quam absens repudiet collationem, ipse Episcopus vel legatus collator, nõ possit reuocare, & alij tradere, quod si fecerit irrita, & inanis erit beneficij ordinatio in secundum, vel traditio, ut ipsemet tex. exprimit, ibi (viribus non subsistat) hoc autem statutum est, non alia ratione, nisi quia absens præsumitur collationi consenturus, & ex collatoris, & collati (ut ita loquar) consensu, obligationem nasci, naturalẽ simul & legalem, quã ut necessarij debiti adimplere Episcopus, summus Pontifex Bonifacius octauus iubet: ergo idem dicẽdum erit, in qualibet simplici promissione, cui præsens vel absens verosimiliter consentit: quod ad eõ verum puto, ut huius tex. & suarationis argumento, adducar ad existimandum, non solũ eum qui verbis, sed eum etiam, qui mente promisit, ad implendam promissionem teneri, saltem ad significandum alteri, se ei promississe an placeat acceptare, & si contrarium velit Sotus libr. 7. de iustitia & iure quæstio. 2. articul. primo verbis quod

quod si contra, quid enim differt (ab eo libenter quererem) quo ad cõsensum tacitum; eius cui promittitur, ex quo, acceptando nascitur vera obligatio (ut diximus) quod qui promittit, promittat verbis expressis, quæ aures absentis non percipiunt, an autem mente solum, cum vtroque casu promissor consentiat in liberalitate & donatione: & is cui promittitur, semper etiam præsumatur consentire d. cap. si tibi absenti. l. qui patitur. ff. mandati. cum alijs.

Præterea, cum verba nihil addant consensui, & consensus solum pariat obligationem, ut ait Vlpianus. in hac. l. s. adeo: non improbabilitè tenemus: promissionem mentalem, tacitè acceptatam, obligare ad restitutionem rei promissæ, dummodo is qui acceptauit non remittat, ut dicit tex. in. dict. capit. si tibi absenti: quod probat mihi etiam tex. singularis in. cap. de illis & primo. s. mulier autem de despõsat. impuberum, vbi Alexand. 3. declarat, quod si mulier consenserit in matrimonium eius, qui ob defectum ætatis, explicitum consensum non habebat, nec habere poterat, ut acceptaret, tenetur tamen mulier expectare, tempus legitimæ ætatis viri, ut videat, an placeat, matrimonium cum ea contrahere vel non: si ergo voluntas & consensus mulieris, contrahendi matrimonium cum Titio, omnino inhabili ad

illo tempore consentiendum, est sufficiens ratio, ad hoc ut obligetur, expectare legitimum tempus, quo vir habeat consensum, & illi significare, quemadmodum ipsa in eius matrimonium consentit, an vellet acceptare cõsensum: quare qui mente promisit Titio centum, ad idem non obligabitur: certè differentiã rationem non video, nam verba solum, quæ ad non intelligentem referuntur, nihil operantur, ut patet, sed solum consensus, quo in vtroque casu se voluit obligare, & si contrarium vellent iterum idem Sotus libr. 3. de iustitia & iure quæst. 5. artic. 3.

Sextò, iuuat primã sententiã nostram, Vlpianus in principio huius legis, qui nil distinguens internuda, & quæ vestita vocant, pacta, dicit quod eorũ omnium obseruatione dictat equitas naturalis: si ergo æquum est pacta nuda & vestita obseruare, ergo pacti nudi obseruatio actus erit æquitatis, at æquitas est pars iustitiæ legalis potior, vel saltẽ est pars iustitiæ cõmunis (specificè tamen, in quantũ specie differt a ceteris, ut latius supra declarauimus: ergo obseruatio nudi pacti actus erit iustitiæ, & suum contrariũ erit iniustitiæ actus, qui cõmuniter ad restitutione solet obligare.

Septimò, ea quæ per accidens cõtingunt obiecto alicuius habitus, nõ variant illius obiecti formalem rationem, ut tritum est ac satis vulgare Philosophorum Theologorum

& Iurifconsultorum axioma, sed pactum esse nudum vel vestitum, quod idē est, ac fiducias, habere nomen vel non habere, vt dicemus infra libr. 3. capite. 8. merum figmentum est legis ciuili Romano- rum, vt constabit ex his quę ibi referemus, quę conuentioni & consensui (ex quo nascitur obligatio) nil aliud addit, quā accidēs quodam nominis: ergo quemadmodum emptionem, venditionem, locationem, societatem, & ceteros contractus nominatos, seu pacta (vt vocant) vestita, vniuersa schala fatetur, naturalem producere obligationem, ex solo consensu, absque aliqua rei traditione (aliqui enim tollerentur omnia humana, commercia si fuissent libera & ex cuiuscumque vel boni, vel mali arbitrio penderent, quod fatendum non est) sic etiam pacta nuda, eandem obligationem parere necessario fatendum erit, ne (vt supra memini medixisse) rerum substantiam, in accidenti ponamus, præcipue si aduertamus quod Iustinianus in .s. alix autē. insti. de donatione. statuit quod videlicet, sicut ex consensu in venditione nascitur obligatio tradendi, rem venditam petete emptore: sic etiā in promissione de donando nascatur obligatio tradendi rem donatam, petente donatario, cui donum est promissum, & hic textus certē, esset satis sufficiens ad conuincendum istorum patrum errorem, qui nes-

cio quomalo ad hæc omnia non aduertunt.

Octauo facit hæc consideratio, contractuum & commerciorum directio, ad iustitiam pertinet commutatiuam, vt testatur Philosophus in quinto Ethicorum capit. secundo ad finem, sed donatio est verus contractus (donationem accipio, tam rei promissionem quā ipsam doni dationem, sequutus Iustinianus qui vtramque donationem appellat tam in titulo Codicis de donationibus, quam in institutionibus, vbi in .s. alix, dicit tunc, perfici & suum complementum accipere donationem, cum quis suam voluntatem manifestauerit, etiam si nec scriptura adsit, nec traditio) & probat tex. in .l. si quis emptionis C. de præscriptio. longi tempo. vbi Iustinianus appellat donationem contractum, idque notat Acursius ibi. Secundo Scholio, dicens, quod quemadmodum si quis minorum iurauerit emptionem, vel venditionem, aut alium contractum, compelletur eum seruare, decisione authenticæ sacramenta puberum C. si aduersus venditionem. quæ de contractibus loquitur, sic etiam qui iurauerit donationem, eadem eiusdem authenticæ decisione tenebitur, quia verē contractus est, quod Bart. Bald. Alexand. Iaso. Ripa & ceteri, ad eodē verum putant, vt non solum contractum esse nō negent, sed communi fateantur

ore,

ore, contractum esse nominatum, vt testatur Iulius Clarus libr. 4. receptarum sententiarum. s. donatio q. 1. nu. 2. ergo sicut implementū & directio emptionis, venditionis, locationis & ceterorum contractuum, ad iustitiam pertinet commutatiuam, sic etiam directio & implementum donationis seu promissionis, cum sic vnum sicut aliū, contractum vocet Iustinianus in d. l. si quis emptionis, & fatentur cōmuniter omnes.

Nonò, si res aliena, propter quā peccatum est, cum reddi possit nō redditur, non agitur penitentia, sed fingitur, si autem veraciter agitur, non dimittitur peccatum, nisi restituatur ablatum, verba sunt Diui Augustini in epistol. 54. ad Macedonium: & referuntur à Gratiano, in. capit. si res aliena. 14. quæstio. 6. sed qui promissit rem certā nō reddendo promissum, detinet rem alienam vt probabo, ergo penitentiam veraciter agere non potest, nisi restituat, quia non dimittitur peccatum. & c. maior certa est, quam negare nullus vniquam audebit, minorem autem alio syllogismo sic probabo, qui detinet nō sua scienter, detinet aliena, & tenetur restituere: sed qui promissit, & non reddit, detinet non sua, ergo aliena, quæ debet restituere, quod detineat non sua sic probabo: illud est suū quod est in bonis suis, & q. si alicui per errorem tradat, tā quā indebitum repetere potest, sic

docet Modestinus. l. rē in bonis. ff. de acquirend. rerum dominio. & patet non ex vna lege, sed ex toto titul. ff. de conditione indebiti. & l. cuius per errorem. ff. de reg. iuris. sed qui promissit, quia naturaliter debet. l. cum amplius. s. is natura debet. ff. cod. tit. si ei cui promissit, soluerit per errorem, repetere non potest, vt est. tex. in .l. naturalis. ff. de actio. & obligatio. l. naturaliter. ff. de condict. ind. vbi Bartol. & omnes. communi consensu & benè fatentur, naturale debitū impedire soluti repetitionem, per errorem facti: ergo ante solutionē, detinet non sua, patet consequentia: quia detinet ea, quæ per errorem tradita, recuperandi ius nō habet. d. l. rē in bonis. ff. de acquirend. rerum domi. cum. l. 1. & sequentibus. ff. de condict. indebiti. si ergo detinet non sua scienter, ex necessitate & debito iustitiæ, obligabitur ad restitutionē, quod mihi necessariò videtur concludere.

Decimò tādem & finaliter facit pro hac sententia Chromatius (sic enim nō Chrysolomus legi debet) supra. cap. 5. Matthæi, cuius dictum canonizatum est. in. cap. iuramēti. 22. quæst. 5. dicens, quo ad Deum nullam esse, inter simplicē loquelam, & iuramentum differentiam, quia vtrumque æquē obligat, promittentis, vel iurantis conscientiam, non dico paritate culpæ, si contra fiat, vt insinuare & malè videtur, glos. final. in. ca. peruenit

de fideiussoribus, grauius enim peccat, qui venit contra iuramentum, sed paritate obligationis, in hoc quod est vtramque eque ingere obligatū, & si fortior sit vna obligatio quam alia, vt dicemus latius in solutione sexti argumenti. Si ergo in eo quod est esse obligatum, nihil differt an loquela simplici seu nudo pacto & pollicitatione, an vero iuramento promiseris, vt dicitur in dict. cap. iuramenti, sicut cum qui iurauit verbi gratia, centum dare, quia debito iustitiae & religionis simul tenetur, nec Theologorum conscientia (quam amplam dicunt) a solutione excusare vnumquam potuit nec poterit, qua ratione excusabitur, qui nudo pacto promisit. Et si multum cogites fortasse non reperies.

Quae omnia nolim vt intelligas procedere, indistincte, in quacumque promissione, nā duplici ratione, potest quis, quod promisit iuste non adimplere. Prima si promisit id, quod manifeste est illicitum, naturae vel circumstantiae, tunc enim & si promittendo peccauerit, mutando tamen propositum iustissime facit: tantum abest quod delinquat, nam vt ait apud Senecam. in Tragedia Herculis Oetici nutrix ad Deyaniram.

*Præstare fateor posse me tacitam fidem
si scelere careat, insarim scelus est fides.*

Hac aut simili distinctione elif

sit Agestilaus, quendam iniusta postulanti quod ipse promississet nam cum neganti Agestilao identidem obijceret, at certo promississet, per louem (inquit ille) si iustum est quod dicis promisi, sin minus dixi, sed non promisi.

Secunda, cum mutatae sunt conditiones personarum, & negotiorum vt enim Seneca dicit lib. 4. de beneficijs capit. 34. ad hoc vt homo teneatur facere quod promissit, requiritur quod omnia immutata permaneant, alioquin nec fuit mendax in promittendo, quia promissit quod habebat in mente, subintellectis debitis conditionibus, nec iniustus quia non restituit quod dedit ex promissione, nam id sub conditione, si rerum status non mutaretur, tacite censetur dedisse, qua conditione per mutationem status difficiente, ad nihil tenetur: ea ratione excusatur Apostolus a mendacio, quamuis non iuerit Corinthum, quod se iturum promissit, secundo ad Corinth. 1. nam maiora quae superuenerunt, sub quibus tacite fuerat facta promissio, iustissimo fuerunt & debent semper esse ad non implendum impedimento, vt docet etiam D. Thom. secunda secundae. quaestio. 10. art. 4. ad quintum. Quod sentit etiam Iurisconsultus Africanus in l. cum quis. ff. de solutionibus, dum tacitam conuentionem in esse stipulationi generaliter conceptae docuit, si in eadem causa res

sa res manet. Quando autem dicitur mutatus status, & circumstantia tubesse, quae iuste excusare possit, promissionem factam non implete, certa regula tradi non potest, id circo prudentis iudicis arbitrio relinquendum existimo.

Nolo (iam amice lector) longioribus & prolixioribus te fundamentis & rationibus ad confirmandam opinionem nostram (etsi possem) detinere, allata sunt tibi satis, ad id tamen quod modo reliquum est, rogo vt aduertas attentius, ad solutionem videlicet argumentorum, quae adduximus pro contraria parte, in quibus non solum huius quae rationis reperies maiorem elucidationem, sed & plurimorum iurium varios intellectus, & clarissima (ni fallor) & fundata principia, ad alias legum civilium materias rectius & facilius percipiendas: omnia æquiboniq; consulas vellim.

Antequam tamen ad ea accedam, satisfaciendum fore existimaui, tacite cuidam obiectioni, quam mihi curiosus lector posset opponere, quare videlicet, cum pacti nudi observationem, ad iustitiam pertinere tot iuribus & rationibus contenderim confirmare, de iustitia canonica non meminerim, nec de ea. 1. & 3. de pactis, quibus videtur sententia nostra stabiliri fortius (vt communis est omnium doctorum consensus) aliquam in tam longo discursu fecerim mentionem: sed quia ab omnibus in eorum inter-

pretatione dissentio, perscrutatus enim altius sensum & medullam illorum iurium, & fontes a quibus manarunt, nec meam opinionem iuuare, nec id ad quod communiter allegantur, video continere, abstinendum duxi ab eorum allegatione, vt videas nos ex his non esse, qui in plurium legum non recte expensarum, canonum vel doctorum superuacanea allegatione, iuris prudentiam putant consistere, ne tamen nostrorum laborum te faceremus expertem, illorum iurium nostram nouissimam declarationem ad l. iuris gentium. §. igitur nuda quem lib. 3. c. 2. q. 3. explicabimus, duximus referendam, vbi videbis.

Ad primū igitur argumentū respondemus, verissimā esse doctrinā, quae dicit, virtutes distingui per obiecta, & obiecta, idē esse quod materiam circa quam habitus versatur, vt ex D. Thom. ibi retulimus, falsa tamē est minor, qua diximus pollicitationis obiectum esse verificationē facti ad verba, qui actus est fidelitatis, & a quo assumi debet species, nam pro vt sup. aduertit, & modo iterū aduerto, quotiescumque aliquis habitus, potest tendere ad duos fines vel tendit, potius debet nominari & assumere speciem ab eo, qui primo & principaliter intenditur, quam ab eo qui per accidens & præter intentionē, vt docet Arist. 5. Ethico. cap. 2. D. Thom. secunda secundae quaest. 110.

artic. primo ad primum. & quia is qui acceptat promissionem, non cogitat principaliter de veritate & fidelitate actus, id enim per accidens vult, sicut fortis in actu fortitudinis, manifestationem veritatis, sed solum intendit & vult principaliter & directò implementū contractus donationis, quod pertinet ad iustitiam: id circo promissio non ab actu fidelitatis, qui materialiter & per accidens venit, sed ab actu iustitiæ, qui formaliter & per se intenditur, speciem virtutis assumet.

Ad secundum respondetur, quod etsi pacta nuda observare, non videatur iustum naturale, quia quod sic est iustum, apud omnes gentes est iustum (vt dicebamus) quod apud Romanos qui bonis regebantur moribus; sic non erat, bene tamen & propriè pacti nudi observatio ad iustitiam pertinet naturalem.

Pro cuius argumenti maiori declaratione, & vera interpretatione textus in §. sed naturalia quidem iura, quem ibi allegauimus aduerto, quod iura naturalia possunt sumi dupliciter, vno modo in quantum sunt mera principia iuris naturæ, & hæc immutabilia sunt, nec variari possunt, vt bonum est appetendum, malum est fugiendum, nulli est iniuriandum &c. & de his loquitur Tullius ibi citatus & Imperator Iustinianus in d. §. sed naturalia, nam

prout (ego præter omnes) aduerto Iustinianus non dixit (naturalia quidem iura apud omnes gentes peræquè observantur, & diuina quadam prouidentia immutabilia semper permanent) non est sic generaliter loquutus: sed solum dixit, naturalia quidem iura quæ apud omnes gentes peræquè observantur, diuina quadam prouidentia constituta, semper firma & immutabilia quidem permanent: adiecit enim ad verbum indefinitum & generale (naturalia) aliud specificum & magis restrictum, quo præcedens limitauit, & est illud (quæ apud omnes gentes peræquè observantur) distinguens per illud (quæ) alia esse naturalia, quæ apud omnes gentes non semper æquè observantur, nec semper immutabilia permanent, vt est tex. expressus in l. ea tamè adiectio. ff. de leg. 3. de quibus innuit se nõ tractare, sed solū de illis quæ apud omnes gētes peræquè observantur, et hæc sunt prima naturæ principia, quæ nõ solū nõ mutantur: sed nec mutari possunt.

Alio & secundo modo, sumi possunt iura naturalia, non pro principijs, sed pro conclusionibus iuris naturæ, & hæc aliquando mutari possunt. v. g. ex hoc principio iuris naturæ, bonū est faciendum, vel malum est fugiendum, deducuntur plures cōclusiones, quæ plerūq; sicut & ipsum principium, sunt immutabiles: vt si dicas bonū est faciendū, ergo

ergo Tito depositū est reddēdū, hæc conclusio regulariter est vera, sicut principium, bonum est faciendum: si tamè aliqua subsit, rei vel personæ circumstantia, in qua cesset iustum illud naturale, quod dicitur deposita reddēda, mutabitur certè conclusio, vt si contingat deponentem reddi furiosum, & gladio deposito se velle interficere. Ex alio principio sequitur conclusio, ergo ex duobus malis minus est eligendum, quia lex quæ dicit, nullum malum debere permitti, cessat cum ex eius prohibitione sequitur aliud maius. Cū ergo malum, quod sequitur ex non observantia pactorum nudorum, minus sit, quam illud quod ex observatione redundat, saltem apud Romanos eo tempore: non mirū si apud illos cōclusio iuris naturæ, quæ est in eorundem observatione, mutari potuerit, cum cōclusiones pro rerum circumstantijs & varietatibus sæpe mutantur: de quibus non tractauit Iustinianus in d. §. sed naturalia, sed de principijs quæ apud omnes gentes, & omni tempore sunt immutabilia: & per hæc quæ vera puto, cessabunt diuinatoriæ prorsus ac inutiles interpretationes ad d. §. sed naturalia quidem iura, vltra communem & falsiorē, quæ dicit, ius naturale mutari posse quo ad partes, non tamè in totum, vt tenuit glossa in l. manumissiones. ff. de iustitia & iure. Innocētius & Panormitanus in c.

quia pleriq; de immunitate ecclesiarum. Felinus, Decius, Veroyus, & Mantua in c. quæ in ecclesiarum num. 26. 131. & 43. de constitutionibus, & Legistæ tan in l. de quibus. ff. de legibus. quam in l. fin. C. si cōtra ius vel vtilitatem publicam. alia duæ nouiores. Prima Raynaldi Corsi lib. 1. indagatio iuris. cap. 28. qui restringit illū textum sine fundamento, vt loquatur solū, in his quæ homini à natiuitate ita innata sunt, vt nullo casu amitti possint, vt sanguinis coniunctio. Secūda Ferandi Adduensis, qui explanationum lib. 2. ius naturæ de quo Iustinianus ibi, ad ea quæ sunt nobis cum brutis communia referendum esse, sine aliqua consideratione illorum verborum (quæ apud omnes gētes &c.) arbitratur: sic ergo in pactis erat, nam quamuis ea observare in genere sit iustum naturale, in nudis tamen ex quorum observatione, maiora mala quam bona viderunt proficisci Romani, de quibus nos agem⁹ infra lib. 3. c. 9. q. 5. iustum cessabit, in foro videlicet ciuili, & obligatione ciuili, nā de naturali nihil à Romanis est mutatum vt infra latius dicemus.

Nec obstat tertium argumentū, quo dicebamus, ex pacto nudo nõ solum ciuilem obligationem non nasci, sed nec naturalem, ac proinde nullam esse restitutionis necessitatem, ex l. naturales. ff. de actio. & obligatio. qui textus videtur clare probare, inibi naturalem non esse

esse obligationem, vbi nulla competit actio; dicit enim Vlpianus, naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competat, verum etiam si soluta pecunia repeti non possit, ex quo textu, hanc conclusionem, quod vbi non est actio, non adest naturalis obligatio, non solum vulgares homines, sed & viri plures, ingenio & doctrina clari deduxerunt: existimantes, ex nuda pollicitatione, quia iure civili nulla competit actio, obligationem naturalem non nasci: vt videre est apud Vaconium à Vacuna lib. 1. declarationum iuris civil. c. 21. nu. 18. cum sequentibus. & c. 23. nu. 3. & 4. Emiliū Ferrerū in rub. de verb. oblig. quod & tenuit Bart. loquens in pollicitatione simplici in l. si vnus. §. pactus ne peteret. num. 16. infra eod. que sequitur Bald. ibi. nu. 17. Fulgos. 15. Socinus, Baldus Nouellus, Crotus, Galliaula, Alciatus, Bolognetus in eadem rub. de verb. num. 190. cum alijs plerisque, sed quam recte isti loquatur superius ostendi, nunc autem superest respondere, ad textum in d. 1. naturales, qui difficilis videtur, & eorum opinioni fauere. Fortunius Garzia, vir quidem inter nostros ingenij non mediocris. in l. si vnus. §. pactus ne peteret, fol. 58. vers. si. obstat tamen infra eod. hunc textum noue vult interpretari, & dicit intelligendum, de naturalibus obligationibus, approbatis à iure civili, nam ideo (inquit) vocantur solū natura-

les, quia à principio, iure naturali vel gentium fuerunt introductae, secundum textum in l. ex hoc iure. super. de iustitia & iure. postea vero fuerunt approbatae de iure civili, & hinc est (dicit Fortun.) quod civiles etiam nuncupantur, in §. omnium. inst. de actionibus. quod idem est, ac si clarius diceret. in l. naturales. Vlpianus non tractat de obligationibus solum naturalibus, sed de naturalibus approbatis à iure civili, vel de obligationibus, civilibus ortum habentibus à iure naturae, vt est emptio, venditio, locatio, constitutum, vel societas & aliae pleraque iurisdictionum conuentiones, quas putat actionem producere: non ex eo quod eis insit consensus & obligatio naturalis: sed ex eo quod approbentur à lege & de his dicit tractare Vlpianum in praesenti.

Sed mihi intellectus iste Fortunij non placet, nam video (eius pace dixerim) diuinationis perspicuae, magis quam veritatis, praeferre iudicium: quis enim Fortunium edocuit? vel ex quibus text. verbis ipse collegit, iuriscōsultū loqui in praesenti, de obligationibus civilibus, ortis à iure naturae, non ne text. ibi (naturales obligationes &c.) contrarium clarè demonstrat, de naturalibus simpliciter loquens? Praeterea, quid opus erat noua hac Vlpiani explicatione, dicentis, obligationes naturales, approbatas à iure civili actionem producere, cum in titulo hoc de pactis, & alibi saepe, ad alia

pro

proposita, toties fuerit repetitum, ex contractibus vel conuentionibus à lege approbatis, actionem oriri: non potest villo pacto mihi persuadere, quod Tribonianus, doctus Pandectarum collector, & alij consocij, Theophilus videlicet, Dorotheus, Anatholius, Cratinus, & alij decem spectatissimi & sapientiae nomine praestantes, de quibus Iustinianus in l. 2. C. de veteri iure enucl. ad eum scopum ita inepte responsum hoc Vlpiani, sine aliquo proposito & fundamento ibi inseruerint.

Ego igitur existimo, illius text. hunc esse & verissimum & nouissimum intellectum, quod videlicet Vlpianus, noluerit dicere, quando adest actio civilis, adest semper obligatio naturalis, & quando adest obligatio naturalis, adest semper actio civilis, quia vtraque propositio falsa est, & à mente Vlpiani longissimè aliena, nam aliquando adest actio civilis, sine obligatione naturali, vt est in eo qui dolo vel metu promisit, contra quem (etsi nec naturaliter obligetur) dabatur tamen civilis actio, etsi praetoria postea competet exceptio. l. 1. cum ceteris sequentibus. ff. de doli mali & merus exceptione: naturalis etiam obligatio adest in seruo, civilis vero obligatio nequaquam, vt est expressus text. eiusdem Vlpiani, que sibi contrariari nec suspicari debemus in l. serui. 14. cod. tit. de actio. & obli. ga. ibi. serui in contractibus quidem civiliter non obligantur, sed natu-

raliter obligantur & obligant, & in alijs per saepe videmus, de quibus alibi. Quod igitur dicit Vlpianus, naturales obligationes, non eo solo aestimantur, si aliqua earum nomine actio competat, non ita sumendum est, vt quando nulla sit actio, nulla sit obligatio, vt isti putant: sed sic intelligi debet: vt vnus modus cognoscendi naturales obligationes, sit videre, an aliqua de iure civili earum obligationum vel conuentionum (vt alij volunt) nomine competat actio: quia regulariter ius civile, numquam dabat actionem, nisi vbi certam videbat obligationem, non tamen per hunc exciudit Vlpianus alios modos, qui permulti esse possunt, ad cognoscendum ortum naturalis obligationis: quemadmodum enim, qui diceret Sempronio, ex verbis & confabulatione Titij, cognoscere poteris, an sit bonus vel malus, doctus aut indoctus, tradendo hunc modum, non excludit alios, qui vel per famam & confirmationem aliorum sapientium, vel per scripturam, eundem effectum possunt operari, vt de duobus modis probandi bona esse maioratus non excludendo alios legem 41. tauri diebus superioribus sumus publice interpretati: sic Vlpianus, tradens vnum modum, qui videlicet percipitur, per inspectionem actionis, non excludit alios, quibus idem possit cognosci: imo cum dixit (non eo solo aestimantur) per verbum (non eo solo)

lo) videtur insinuare plures alios esse vt v.g. si data pecunia per errorem repeti non possit, vt idem postea subdit, ex cuius respōso (si rem altius vellimus expendere) reperiemus, per hos duos modos declarari, omnimodam naturalis obligationis cognitionem, hoc pacto ratiocinando: ex quocumque actu aut cōuentione, vel nascitur actio vel nō, nam tertium nil aliud est, si nascitur actio, civilis vel prætoria, regulariter tenendum est, ortam fuisse naturalem obligationem: etsi aliquando de stricto iure civili data fuerit actio sine abligatione naturali, vt dicemus in l. iuris gentium. s. prætore ait infra eod., id tamen rarius contingit, quod regularius tamen & plerumque accidit, est, quod quando competit civilis actio, nata est iam naturalis obligatio, vt in emptione, locatione, societate, præcario, mutuo, deposito, & ceteris huiusmodi videmus.

Si non competit actio, est secundus modus cognoscendi naturalem obligationem, & consistit in vidento, an is qui dedit, repetere possit, si enim repetere potest, non erat obligatio naturalis, si non potest, signum est, quod erat naturaliter obligatus, quando vero ante rei dationem, sciamus hunc esse vel non esse naturaliter obligatum, vt inde possit discerni, an post dationem competat repetitio, vel non, & quare Vlpianus non tradiderit modum

cognoscendi naturales obligationes, ante traditionem rei, duas reperio causas seu rationes. Prima quia id lumine quodam nature, & ratione indita humanis mentibus, sine aliqua Vlpiani regula, cognosci poterat, naturali equitate pensata, præcipue cum pluribus iurisciuilibus pandectarum titulis, insinuatum fuerit ne dicam expressum, ex quibus id colligi possit, vt quod seruus ex contractu naturaliter obligetur, quia pacta seruari naturalis dicitur æquitas d. l. serui ff. de actionibus & obligationibus. quod pupillus ob eandem rationem vt in l. r. ff. de nouatio. cum alijs, & tandem regula generalis tradita erat, in l. cum amplius. s. is natura debet. ff. de regul. iur. eum omnem debere naturaliter, quem iure gentium dare oporteret, ius autem gentium scriptura Vlpiani non indiget, cum sit summa illa ratio, quam Deus rerum omnium conditor & creator, humane indidit creature, & quæ apud omnes gentes sine aliqua lege scripta perque custoditur, vt constat ex l. omnes populi ff. de iustitia & iure. & eius naturale. r. d. & hac de causa prætermisit tradere, tertium modum cognoscendi naturalem obligationem, ante rei dationem, quia videlicet iustissime putauit, cum id ad ius gentium pertineret, nullum esse ita ab humanitate & boni cognitione abhorrentem, qui cum iurisciuilium esset particeps, non cognosceret.

Vel

Vel secunda ratio fuit, quam puto probabilior, quia in hoc textu solum intendit tractare, de obligatione naturali, quæ operatur aliquem effectum ciuilem, in ciuili comprehendendo prætorium: & cum is v.g. qui simpliciter promittit, etsi naturaliter sit obligatus. d. l. cum amplius. s. is natura debet, promissio tamen eius nullum effectum operetur ciuilem, si rem non traderit, quæ impediatur repetitionem, hinc est quod non meminerit Vlpianus, tradere tertium modum cognoscendi naturales obligationes, ante rei dationem: quia ad cognitionem iurisciuilibus, quod ipse & explicare & docere solum, non vero naturale contendebat, minime spectabat, & fortasse Vlpianus in explicationibus ad Sabinum, quarum lex hæc est fragmentum, eum tradidit, Tribonianus tamen & alij compilatores, quia titulo de actionibus & obligatio. quem consarcinabant, ad finem cognoscendi effectus ciuiles, non recte congruere viderunt, truncarunt illum, & abstulerunt, vt pleraque alia: quorum defectus a me deploratus non semel, tot speculari nos cogit necessario, & aliquando fortasse diuinare.

13 Ad quartum argumentum, quo dicebamus pacta & pacem eadem ratione obseruanda, ex d. c. r. de pactis, ibi (pax seruetur pacta custodiantur) ac proinde cum pacis custodia, pertineat ad charitatem, pa-

ctorum obseruationem ad eadem virtutem spectare, Respondemus: quod etsi ibi pax & pactum coniungantur, non tamen est bona consequentia colligentis, vtramque eiusdem esse rationis, nam si quis diceret iustum esse, promissa omnibus facta adimplere, non inde necessario colligit, promissa facta homini & facta Deo, eiusdem esse virtutis, cum vnus implementum ad iustitiam vt diximus, alia autem ad religionem spectet, quæ diuersæ sunt virtutes, vt dicemus in solutione ad sextum: qua autem de causa de pace simul & pactis ibi meminerit concilium, ad explicationem eius capituli quæ ad librum tertium, super me dixi reseruasse, lectori remitto. Interim tamen sciat, quod pacis obseruatio, si non solum in animorum concordia, sed in rerum etiam adæquatione consistit, non solum ad charitatem, sed ad iustitiam potest pertinere, ratione rei controuersæ. id tamen per accidens est, vt fuisse in casu illius textus infra docebimus.

14 Nec obstat quintum, in quo adduximus. cap. dilecti, de arbitris, ex quo constat, eum qui promissit stare arbitri sententiæ, mutare posse voluntatem, contra suam promissionem, & voluntatem alterius litigantis, acceptantis eandem, soluto solo pænæ interesse, quod efficere non potuisset, si esset contra iustitiam naturalem vel canonicam promissa non implere, secundum volun-

voluntatem acceptantis, vt nos arbitramur, nam respondet Ludouicus Romanus. in. l. i. ff. de verb. obligat. quod ideo ibi nō compellitur stare arbitrio lato, et si promiserit, quia in hoc quod est debere acquiescere sententię arbitri, siue iustę siue iniuste, secundum tex. in. l. diem profere §. stare ff. de arbitris, est grauata magnoperę ipsa pars, & ne si precesse compellatur parere, non acceptato interesse aut pœna, quod aliud onus est, afficiatur duplici luctu, idcirco dicit posse mutare voluntatē, circa sententiā & loco eius soluere pœnę interesse, et si fiat contra voluntatē partis.

Sed hæc Ludouici Romani solutio vera esse non potest, nam si iustum esset stare promissis, & iniustum ac inæquale parti non stare, non ex eo quod pars grauamen in parendo sententię iustę vel iniustę sentiret, idcirco debuisset Põtifex, contra iustitiam permittere parti, quod soluat interesse vel pœnā contra veniendo sententię late, & promissioni à se factę, & cõtra voluntatem alterius partis, cui acceptanti ex promissione alterius ius esse irreuocabiliter quęsitum asserimus: Precepit si cõsideres altius, quod consentire reum in arbitrum, & si ex postfacto arbitri malitia feratur iniusta sententiā, nō potest dici grauaminosum reo: cū consensus in arbitrum à principio (quod inspiciendam est) tam potuerit fauere reo quam actori, & cum hoc

vtrique equale sit à principio, & æquabiliter vel damnum aut commodum possit afferre, non debet, si per accidens & malitiam arbitri inæqualitas & iniustitia sequatur, iudicari reo grauaminosus, argumēto tex. in. l. verum §. sciendū ff. de minorib⁹. & hac potissimū de causa soleo ego ab iniustitia excusare Principū & Imperatorū cõmissiones, quę fieri solent (appellatione remota) quia videlicet à principio, nil cõtinent iniquitatis, vel inæqualitatis inter partes, si. n. Titius & Sempronius. v. g. grauissimè litigent, de quadam oppulenta ducatus hæreditate, & Rex noster Christianissimus Philippus, committat Sempronio æquo iudici huius causę cognitionem, & de cissionem appellatione remota, cui dicemus factam iniuriam, Titio an Sempronio? certè neutri, cū vtriq; equalis sit & iusta hæc commissio, si autem ex postfacto malitia Sempronij iudicis, Titium in sententiā iniuste grauauit, cõquæ ratur Titius, nō de Rege Christianissimo, qui in hac cõmissione, sicut in cæteris casibus, seuerissimus est & fuit iustitię & æquitatis vindex, sed de parum constante iudicis voluntate, in tribuendo vnicuiq; quod suum erat, qua realiter & vere, vel præhensionibus, vel pollicitationibus contrarię partis, vel iuris ignorantia (quod plerumque accidit) iniuriam fecit, iniuste iudicādo & in hoc peccare etiam possunt,

DISPUTATIONVM

possunt, cõmissiones Principū, si vel indoctis, vel cõsciētia nō timoratis, causas decidēdas (appellatione remota) cõmiserint, sunt enim ista duo, sapientia & cõsciētia, duo sales, quorū si primus absit fit iudex insipid⁹, si secūsus ex homine diabol⁹, vt in. l. 2. C. de sententijs ex breuiloquo recitādis festiuè Baldus dicebat: si autē iudex cui cõmittitur, habebat pro iusto, & vt tali Rex causam cõmiserit, omne suum factū & sententiā, vt iusta iudicari debet, sicut si à Principe fuisset prolata, vel ab alio quocumq; iudice, post secundā appellationē, à quibus vt iā iustissimis, nulla est appellatio, credidit enim Princeps, eos qui ob singularē industriā, explorata eorū fide, sapiētia, & grauitate, ad huius officij magnitudinē adhiberetur, non aliter iudicatos esse, pro sapiētia ac luce dignitatis suę, quam ipse foret iudicaturus: vt iurisconsultus Aurelius, Archadius, Charis⁹ in. l. vnica. ff. de officio præfecti prætorio. docuit: sic etiā cõtract⁹ minorū iusti iudicāt, vel iniusti ex principio solo, an videlicet à tempore cõtractus, res empta vel contracta, tã cõmodū quā incommodū minori sicut alij cõtrahenti fit apta nata afferre, nā si per accidēs aliquod, res empta extinguat apud minorē, vel eius æstimatio fiat vilior, etiā sine culpa sua, non ideo magis aduersus contractū restitui potest, quia cõtractus à principio tam potuit sibi esse utilis, quā alij

IVRIS CIVILIS LIB. I. 81

contrahenti cū eodem. l. verum. §. sciendum. ff. de minoribus. cū ergo partium cõsensu in arbitrum, tam potuerit esse utilis reo quā actori, et si per accidens fuerit damnosus reo, non debet pro tali reputari ex sup. dicta doctrina.

Id circo tu aliter, & planius & fortasse veriùs, textū illū intelliges, dicēdo, qd id circo is qui promisit stare arbitri cõpromissarij sententię, mutare potuit voluntatē, nō parēdo sententię, sed soluēdo pœnā, quia id venerat in contractu cõpromissi, ex tacita ei⁹ natura: habet enim cõpromissū naturā hanc, vt is qui cõpromisit, vel cogatur stare arbitri sententię, vel si id nolit, vt soluat pœnā statutā in cõpromisso. l. 2. ff. de recep. arbitrijs, & cū hoc subdisiūctione expresse (quod plerūq; accidit) vel tacite ex natura rei à principio cõceperint, dici non potest, qui sententię stare recusat, quod voluntatē mutauerit, vel cõtra iustitiā deliquerit, cū volūtas à principio, nō ferat simpliciter supra sententiā, sed sub disiūctione, vel supra sententiā, aut si sententiā nō placuerit, supra pœnę adiectę solutionē, quā cū pars acceptet, recusando sententiā, nulli iniuriā dicet facere, nec ille tex. sic bene vt arbitror declaratus, aliquid contra opinionem nostram vrgebit.

Nec obstat sextum argumētum, in quo adducebamus capit. iuramenti. 22. quæst. 5. vbi dicit Achromatius, quod inter simplicem

loquelam & iuramentum, quoad Deū nulla est differentia, ac proinde videbatur, quod cū iuramēti debitū, ad religionē spectet, promissionis etiā debitū ad eandē virtutē pertinere, nā respondeo, prout supra aduertī, quod actus humani, sumūt speciē vicij vel virtutis, ex malitia aut bonitate speciali, inherētī eius habitui, quē admodū, pietas, differt ab obseruātia, quia speciale bonū pietatis, q̄ consistit in tribuendo officio & diligētī cultu, sanguine cōiūctis, patrię que beneuolis, vt dicit Tullius in 2. de inuētiōe, est diuersum à bono obseruātię, q̄ consistit in retributiōe honoris, & cultus, aliqua dignitate anteceditib⁹, & quāuis vtriusq̄ virtutis actus cōsistat, in retributiōe honoris & officij debiti, variātur tamē eorū species, ob diuersimodū actū, & formā debēdi, nā etsi debeat officii & reuerētia patri, & iudici: patri tamē debet, ob quandā excellētiā & superioritātē, quā habet in hoc, quod est esse cōnaturalē principium, producēs nos in esse: iudici autem debetur, in quantum est principium gubernationis ciuiliſ quoad subditos, & quia diuersa sunt principia producendi, & gubernandi, ideo sunt diuersa debita, & ex debiti diuersitate, nascitur diuersa species virtutis, vt optime explicat D. Tho. 2. 2. q. 101. ar. 1. & 3. & q. 102. ar. 1. & 2. & q. 106. ar. 1. in corpore. sic etiā promissio, & bonū suū, quod consistit in reddēdo

vnicuiq; quod suū est, secūdū equalitātē & proportionem promissionis factę, diuersum est à bono iuramēti, quod consistit in retributione rei promissę, vel actionis, vel cult⁹ iā debiti Deo, non sumatur debitū secūdū equalitātē, id enim impossibile est, quia vt inquit Philosophus lib. 8. Ethic. c. fi. in honoribus erga Deos, & parētes, nemo vniq; dignū, id est equalē reddere potest: sed debitū secūdū proportionē potestatis, ex qua ibi ait Arist. qui obsequitur in his Deo vel parēti, bonus & equus iudicatur, & secūdū hāc rationē, in quātū in iuramenti implemēto, redditur Deo, q̄ suum est, vel res, vel actus, vel saltē recognitio eius infalibilis veritatis, & omniū rerū cognitionis, & implemēto promissionis, redditur etiā vnicuiq; quod suū est, secūdū factā promissionem, poterūt promissionis actus, dici eiusdē rationis: quia in quantum participant de hac ratione redditionis debiti, possūt dici pertinere ad iustitiā, quę consistit in reddendo vnicuiq; quod suum est, si autem considerentur in quātū promissionis implemēto reddit quis, debitum suum æquale & iustū, suo equali, per iuramēti vero implementum, & si reddatur debitum, non tamen æquale, sed secundum possibilitatē reddentis, quia ad diuersas personas & diuersē etiā referūtur, promissionis implemētū q̄ ad iustitiā pertinet ab implemēto iuramenti q̄ pertinet

ad

ad religionē omnino erit diuersus.

Secūdo modo, possunt dici esse eiusdē rationis & obligationis, iuramentū & simplex loquela, in eo q̄ est æque obligare, quoad Deū, ita quod simplicis loquelę obligatio, nō dicat relationē aliquā ad personā particularē, cui fiat, sed ad Deū, ita vt voluerit dicere Achromati⁹, cuius est illud caput, quando quis promittit Deo simplici loquela, v. g. se castitatē seruaturū, ita manet obligat⁹ ac si iuramēto promississet se eandē castitatē seruaturū, vtroq; enim modo æque obligatur promissor, & equo modo accipit Deus cui fit promissū, cum iuramento vel sine iuramento.

Alio & tertio modo, potest intelligi dictū hoc, inter simplicem loquelā & iuramentū, quoad Deū nulla differentia est, vt referat promissionis obligatio, directē & principaliter parti, ad aliquid ei dādū: & iuramēti similiter, vt sit is sensus Sempronius, q̄ promittat Gaio cētū, vel iuret se daturū Gaio cētum, nil interest, in genere enim obligationis, vtroq; modo manet obligatus, etsi in qualitate obligationis sit differentia, vt postea dicemus, sicut si quis diceret an Titius adulteriū cōmittat, an fornicationē nihil interest, in genere cōdemnationis, vtroq; n. modo cōdēnabit si illū nō pæniteat, quāuis inæqualis sit vtriusq; cōdēnationis pœna, vna enim erit maior, alia minor, secūdū mēsurā & grauitatē culpæ, quæ est in

fornicatione & adulterio, sic similiter, an quis Titio pmittat cētū simplici loquela, vel iuramēto, quoad Deū, in hoc q̄ est esse obligatū, & teneri ad implēdā promissionem, nulla est differentia, vtroq; enim casu æque obligat⁹ in genere, etsi obligationē non impleuerit, in reatū peccati mortalis, & restitutionis necessitatē, æque similiter incurrat, violauit tamē qui promissionē iuramento firmatā non impleuerit, religionē iuramēti, quod graui⁹ erit peccatū, quia cōtinet in se perfidiā, nō faciēdo vero promisso, iniustitiā in nō reddēdo per verba dato & trāsato, & addit præterea cōceptū religionis iuramēti, qui consistit in eius violatione: sic similiter accipiendū est, quod ait Celestinus 3. in. c. rursus. qui clerici vel uocentes in illis verbis, vnde à frater nitate tua requisiti, arbitramur, quod cū simplex votū apud Deum, nō minus obliget quam solemne &c. nō enim dicere intēdit, quod quia æqualis sit vtriusq; obligatio in genere, æque peccat, qui contra simplex votum, sicut qui cōtra solemne venit, nā inde facile cognosci poterit, maiorē esse culpā in violatione solemnis, quam simplicis, quod multo maior constituitur pœna, quę semper debet cōmēsurari delicto, vt constat ex ca. virgines. 27. quæst. 1. vbi ex Concilio Eliberitano. cap. 13. constituitur solemnis voti violatorē, toto vitæ tēpore pœnitentiā agere debere,

communione semper priuatum, in c. autem si vir. 27. d. trium annorum indicitur poenitentia, ob simplicis voti violationem, telū enim dicit Celestinus, quod simplex & solemne eque obligat, in genere sicut obligationis, idest in hoc quod est esse obligatū, ita ut utriusque transgressio sit peccatum mortale, in qualitate tamen obligationis, & diuersae culpae reatu, non negat, quin maius existat vinculum, & maius multo sit peccatū, in violatione solemnis, sicut non negauit Achromatius in maiore culpae reatum incurrere, qui iuramentum, quam qui simplicem loquelam violasset: & si idem esse contra iuramentum, quod contra simplicem loquelam venire perperam & malè teneat glossa. versic. religionem, in cap. constitutus. de fideiussoribus. & per hæc omnia remanent declarata Celestini & Achromatij loca supra relata, quorum sensus sic intellectus opinioni nostrae magnopere fauet, tantum abest quod noceat.

16 Quod autem attinet, ad opinionem Bartoli in l. si quis pro eo num. 3. quae prius fuit Cyni ex mente glossae versic. impositae in l. 1. num. 8. C. de operis libertorum, quae receptissimam esse ab omnibus testatur Fortunius in cap. 1. de pactis fol. 71. versic. super est ex superioribus. Iaso in authentica. sacramenta puberū nu. 11. C. si aduersus venditionem. dicentium non solum ex simplici promissione, sed

nec ex iuramento (quod vocat promissorium) civilem aut naturalem oriri obligationem, nec canonicam ut ex Innocentio in c. nouit. 1. col. nu. 4. extra de iudicijs, & in c. cum venissent de constituto. refert Franciscus Sarmietus lib. 1. selectarum. c. 3. nu. 2. vereretur profecto (studiose lector) in tam perspicuo errore confundendo, aliquid immorari, nisi me publicae utilitatis ratio & veritatis amor incitasset, ut offendiculum (a quo quauis leuissimo huius opinionis authores, aniam errandi assumpserunt) incognitum adhuc plerisque, omnibus detegendum curare: ne his qui scriptorum sola auctoritate confidunt, decipi tam graui Bartoli & reliquorum doctorum errore contingat, id autem situm est in peruerso. l. si quis pro eo ff. de fideiussoribus in intellectu, quem Bartolus & ceteri, illius sequaces nec minima tantum ex parte videntur assequuti.

Antequam tamen, ad veram illius legis interpretationem accedam, necessariū esse duxi, ex legibus civilibus, civilem hanc istorum patrum ignorantiam depellere, existimatum, ex promissorio iuramento, nec civile nec naturalem nasci obligationem, ne posthac in tam impia ne dicam erronea (sic vocare iuste placuit) opinione, haesitandi locus ceteris relinquatur, quae igitur ex iuramento promissorio, naturalis & civilis nascatur actio & obligatio, probat primo, ex tex. in l. licet dubitatum, quae est ff. de liberali causa. vbi Venuley asserit in hæc verba (ideo autem

autem solemus, iusiurandum a seruis exigere, ut hi religione adstricti, postea quam suae potestatis esse cepissent, iurandi necessitatem haberent: dummodo in continenti, cum manumissus est, vel iuret, vel promittat, &c. si igitur tam a seruo, iusiurandum de promittendo, vel iurando, cum manumissus fuerit, exigat, ut eius religione adstringatur, quam a liberto, post celebratam manumissionem, ut Venuley ait, & ad implementum utriusque iuramenti actio datur, ut ex eadem l. constat, & ibi Accursius in versic. necessitatem. rectissime notauit: quare isti doctores libere non concedent, ex iuramento promissorio, & naturalem & civilem obligationem oriri, praecipue si attentius considerent, Vlpiani responsum in l. ut iuris iurandi. 7. ff. de operis libertorum, qui tam expressis verbis hoc idem testatur, ut inductio necessaria non sit (ut iuris iurandi) obligatio contrahatur, libertum esse oportet qui iuret, & libertatis causa iurare) quod postea in eodem legis contextu magis confirmat, & Paponius in l. si quando 8. ff. eod. tit. ibi pro liberto iurante, fidei iurare quemuis posse placet, praesupponens naturalem & civilem obligationem, cum fideiussor accedere possit. l. 1. quod enim ff. de fideiussoribus.

Secundo idem probatur, nam qui iurat se aliquid daturum, si id non implet cum potest, periurus est,

ut de se constat, & probatur in l. si duo patroni. s. fin. ff. de iure iurando, sed Alexander Imperator in l. 1. C. si aduersus venditionem, se neque perfidit neque periurij auctorē vquam futurum profiteretur, imo ad leges pertinere periurij obuiare docuit Iulianus Imperator in l. 2. ad finem C. de indicta viduitate tollenda. ergo postquam vnus iurauit, aliquid se daturum, cum illud debito & legitimo tempore non dat, & in manifesto existit periurio, puniri poterit, & compelli civiliter, ut det: cum ad leges pertineat obuiare periurij, sicut secundum textum in d. l. 2. C. de indicta viduitate tollenda.

Tertio, melius & praestantius est, legitimisq; sanctionibus magis conforme, prohibere ne vulnera inferantur, quam illatis remedium & medicinam adhiberi, ut inquit Imperator in l. sanimus C. in quibus causis, in integrum restitutio non est necessaria: sed ad leges civiles pertinet, mendaces & periuros punire, ut supra diximus, & probatur clarius in l. ne in arbitris. 4. C. de arbitris & in s. at aduersus inst. de poena temere litig. notat scribere ergo a fortiori ne mendacia & periuria committantur hoc autem fit per compulsionem, & coactionem civilem eorum, qui promiserunt, & iurarunt, ergo ex promissione & iuramento, civilis oritur actio & obligatio, secundum doctrinam Bartoli in l. statuas ff. de acquir. rerum dominio & in d. l. de conditione ex lege.

Quartò, ubicumque & quâdo cumq; adest duorum cõsensus mutuus in idem, nascitur obligatio naturalis, vt in hac. l. 1. Vlpianus aperte docuit, & in. l. cum amplius. §. is natura debet; apertius probauit Paulus, sed in iuramento non minor adest consensus, quam in simplici promissione, imo multo maior, cum præsumatur magis deliberata voluntas, ex eo quod Deus afferatur in testem, ergo cum ex pacto & promissione simplici dedâdo, actionem nasci naturalem; relata iura doceant, & civilem nos supra latè probauim⁹, à fortiori in iuramento id prorsus erit admittendū.

Quintò, si iuramentū promissoriū, nec civile nec naturalē obligationē produceret, vt Cynus, Bartolus & cõmunis cū eis opinio, existimauit, sequeretur contractum inutile & inualidū civiliter, à iuramento confirmari non posse, nam vt regula iuris dicit, nemo dare potest, quod nō habet, at hoc falsum esse nullus negabit, nā contractus minorū, iure inualidi, confirmantur promissorio iuramento, de nō reuocando, vt est tex. expressus in authentica sacramēta puberū C. si aduersus venditionē, ergo vel falsa est eorū opinio, vel saltē rationē reddere tenetur, quare cū iuramentū promissoriū, vi & autoritate omni civilicareat, secundum eos, possit autoritatem civilem, in ualidis alioquin contractibus tribuere, vt constat in d. authentica sacra-

menta puberum.

Sextò, idē probatur, nā si ego fecisē tecū pactū, de vedēda domo, vel de permutāda veste, & hoc pactū iuramento firmassem, tenerer proculdubio, virtute istius iuramenti, tale pactum seruare, vt decisum est in. l. si quis maior C. de transactio. sed inspectis principijs iuris naturæ, & civilis iuris prudentiæ, nihil interest, quoad obseruationē eius quod promittitur, q̄ fiat promissio de vedēda domo, vel dedando palio, vt omnes qui integri syncerique sint iudicij clarò cognoscent: ergo quemadmodū in primo casu, datur actio civilis, ex d. l. si quis maior, dari etiā debet in secundo, cū ratio differētię reperiri non possit, quæ omnia si perattēte isti doctores considerassent, nō dubito quin his acquiescētes rationibus, volūtate iniustā mutarēt, dicentes nobiscū, virtutē iuramenti promissoriij, nō solū pacto nudo aut vestito (vt ipsi vocāt) equalē esse, sed multo certe præstantiorē, & tanto magis, quantum religio, humanę veritati aut iustitiæ antecellit.

Nec his aliquid obstat. tex. in d. l. si quis pro eo ff. de fideiussoribus; ex quo male tamē intellecto deduxerunt Cynus, Bartolus, & ceteri, hanc opinionem: ait enim ibi Paulus. qui lib. 15. est questio- num. sic (si quis pro eo qui cum libertus non esset, & operas præstaturum se iurasset, fideiusserit, non tenetur) ecce (inquiunt.)

quo

quo pacto iuramento promissorio operarū, quod fecit libertus, nō accedit fideiussor, ergo ex iuramento nec naturalis nec civilis oritur obligatio: cum si aliqua earū fuisset, fideiussor datus teneretur, vt in. l. 1. l. stipulatis in fi. cū. l. sequenti. l. Iulianus. l. fideiussor obligari. §. fideiussor. ff. de fideiussoribus. aperte constat, & in. §. fideiussor. instituo. eod. vbi ita inquit Imperator (fideiussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis, vel naturalis cui applicetur) sed quam mala sit hæc argumentatio, cognoscer lecto ex discursu nostrę interpretationis ad eam legem, quam vt perfectius cum tota sua materia possit percipere, aduerto. Primò, quod vbi operarū fit mentio, intelligitur de officialibus, vt notat Bartolus in. l. si non fortem. §. libertus. ff. de condictio. indeb. sunt autem operæ officiales, quæ non in arte vlla certa, sed in patrono quibus cumque officijs adiuuando versantur, & sic solam patroni personam principaliter attingūt, vt si imponatur onus eum peregre proficiscentem commitandi, vel tractandi (cū ille absit) propria eius negotia, vel si infirmus corpore sit, non discedēdi ab eius lecto. l. hæc demum. 38. ff. de operis. libert. & hoc est quod dixit Vlpianus à paucis intellectus in. l. opere. 9. ff. eod. ibi proprietatem officialium, & in dantis & in accipientis persona consistere, id est in sola pa-

troni persona cui præstatur & liberti, qui præstat, versari, sicque eo extincto, ad hæredes nō transmittuntur sicut artificiales: de quibus alibi latius.

Secundò aduerto, quod istarum operarum officialium promissio, vel iuramentū, ab ingenio emissum, nullā producebat obligationē, quia deberi alij quā patrono nō poterāt, ac proinde nullū obligabāt, nisi libertus, cū libertatis causa imponeret. l. 2. l. opera. ff. de oper. libert. quāuis stipulatione solemni fuisset promissa, vt constat. ex. d. l. opere in rerū. & l. seruus. eod. tit. q̄ adeò verū est, vt si in emancipatione, pater filio, p̄ libertate operas has imposuerit, talis impositio, nec simpliciter, nec iuramento firmata, alicui⁹ roboris vel momēti fuerit. l. nullū ius. ff. de obsequijs à liberis & libertis patrono præst. l. penult. ff. si quis à parente fuerit manumissus.

Tertiò aduerto, q̄ domini, cū volebāt seruos manumittere, & aliquid in gratiā huius libertatis accipere, solebāt ab eis (cū serui essent quia tūc obligari civiliter nō poterāt) iusiurādū exigere, nō de operis præstādis: sed de alio iuramento, vel promissione, quam iurabant se facturos post acceptā libertatem, de operis præstādis: qua cautione confullebant domini, suæ indemnitati: sicque serui illi, postquā erant manumissi, & libertini facti, promittebant secundò, vel iurabant, operas omnes, quas conuenerat

inter eos, præstare. l. fin. ff. de libera-
li causa. l. vt iuris iurandi. ff. de ope-
ris libertorum, & cum plerumque
pauperes essent isti liberti, suspi-
tioque dominorum animis incute-
retur, vel de eorum fuga, vel de ope-
ris in futurum non præstatis, pe-
tebant fideiussores à libertis, qui
illos dabant, quos poterant inueni-
re, sicque vtrique æquè obligaban-
tur. l. si quando. ff. eod. tit. de ope-
ris libertorum. quam miror in me-
remistorum patrum non venisse,
cum dixerunt, ex iuramento pro-
missorio operarum, nec naturalè,
nec ciuilè nasci obligationè, tam
in principali, quàm in fideiussore,
quod ex diametro pugnat, cū d. l.
si quando. ibi (pro liberti iurante,
fideiubere quemuis posse placet.)
& cū. l. vt iuris iurandi. 7. eod. titu.
sed solent nostri magis authorita-
tes doctorum sine consideratione
sectari, quam eorum rationes de-
bita speculatione metiri.

¹⁹ His sic suppositis, nō erit diffi-
cile intellectū. l. si quis pro eo. ff. de fi-
deiussoribus. assequi, ait enim ibi
sic Paulus (si quis pro eo, qui cū li-
bertus nō esset, operas patrono se
præstaturū iurasset, fideiusserit: nō
tenetur) quod idē est, ac si clariùs
dixisset: si quis fideiusserit pro eo,
qui vel per errorem, vel ignoran-
tiā, existimans se libertum (cū ve-
re ingenuus esset) operas præstare,
in compensationem acceptæ, pu-
tatiuæ solum libertatis, iurauerit,
nō tenetur: ideo autem fideiussor

nō tenetur, quia nec principalis
tenebatur, non enim potest fide-
iussor, duriori & strictiori vinculo
quam principalis teneri. l. græce. §.
idē. Iulianus ff. de fideiussoribus,
cū alijs: principalis vero ideo non
tenebatur, non quia iuramentum
promissoriū non obligabat, vt er-
roneè Cynus, Bartolus & cæteri
existimarunt: sed quia, cum inge-
nuus esset, onera solis libertis com-
petentia, errore, ignoratiā, vel qua
alia ratione promiserat, irritatæ
enim erant à lege materiæ omnes,
ad recipiendam operarum obliga-
tionem, præter libertos, vt sup. pro-
bauimus, quæ ratio effecit in præsentī,
vt ingenuus sic non obligaretur,
vel quia errore & ignorantia, exi-
stimans se libertum & à seruitute
vindictum, cum ingenuus fuis-
set, iurauit, vel quia quamuis se in-
genuū sciret, materia ingenuitatis
ad recipiendam operarum obligatio-
nem, inanis erat & à lege irritata,
vt ex. l. nullū ius ff. de obsequijs a-
lib. & libertis patro. præst. sup. retu-
limus. mirabile enim dictū est quā
topere Romani, ingenui libertatis
vigilantes custodes fuerint, ea enim
ratione respōdit Papinianus in. l.
Titio centū. §. Titio centum el 2.
quod si Titio centum relicta sint,
vt à monumēto meo non recedat,
vel vt in illa ciuitate domicilium
habeat, possit dici non esse locum
cautioni, per quam ius libertatis
infringitur, sed in defuncti libertis
alio iure vtimur, hæc ille. quib⁹ of-
tendit,

tendit, ingenuis hominibus, onus,
modum, aut conditionem impo-
ni non posse, quæ libertatem inge-
nui hominis, vel infringerent, vel
minuerent, in libertis autem hoc
posse admitti, quia iam durio-
rem & asperio-rem fortunam experti
fuerant, vt probat. tex. in. l. libertis
quos. ff. de alimentis & cibarijs leg.

Quem intellectum, & si tradide-
rint plerique, quibus honorem su-
um de-rahere, nec modo, nec vni-
quam curauimus, nullus tamē eo-
rū ita distincte, & tot præludijs ad
totius materiæ cognitionem, vt
nos fecimus, declarauit, vt consta-
bit lectori in omnium qui de hoc
scripserunt libris versato. Francis-
cus enim Sarmiento libr. 1. selecta-
rum. cap. 3. num. 12 nouiter à se in-
uentum dixit, sed falsus est certè,
nam ante eum tradiderat Couarr.
in. cap. quamuis pactum. 1. par. 5. 2.
num. 5. & ante Couarruiam, qua-
mu- is tacuerit fuit Francisci Con-
nani. libr. 6. commentariorum. ca.
6. num. 12. & ante Connanum, qua-
mu- is etiam tacuerit, tradidit Fortu-
nius Garfia, Hispanus noster in ca-
pit. 1. de pactis fo. 71. col. 3. a quo isti
omnes potuerunt desumere, & an-
te Fortunium (si verum fateri veli-
m⁹) in sinuauerat paucis verbis Ac-
cursius, à nemine (quem viderim)
vsque adhuc notatus in. dicta. l. vt
iuris iurandi verbo libertum. ff. de
operis libertorum. qui & si verissi-
mus sit, habet tamē difficultatem
in eo, quod libertus, iure iurando

obligari non poterat, nec patro-
nus, ad eum obligandum iusiuran-
dum exigere, nam lege Aelia Sen-
tentia, id interdictum erat, pena
in quam incidebant patroni id fa-
cientes. l. fin. ff. qui & aquibus. l.
adigere in principio. ff. de iure pa-
tron. quam tamen non difficulter
tolles, si dixeris, eas leges proce-
dere in casu speciali, quo iuramen-
tū exigitur de non nubendo, nam
lex Aelia sentia, Solum prohibuit,
ne dominus in manumittendis ser-
uis, eam legem eis imponeret, quæ
ciuis Romani libertatē imminue-
ret, cum his contrahendi, & proli-
augendæ (cuius fuerunt maximè
studiosi) impedimētum afferretur,
vt refert Hothoman⁹, in indice leg
Rom. & in hoc verè casu illæ leges
loquuntur, in cæteris autem promif-
sionibus, liberū erat patronis exi-
gendi iuramentum, & operas à li-
bertis, vt ex toto titulo. de operis li-
bertorum. ff. & C. constabit.

Quibus sic præhabitis, non so-
lum non constat, ex iuramento pro-
missorio obligationē ciuilem non
nasci, imo eadem lege ex qua eam
cōclusionem deduxit communis,
rectiùs intellecta, expresso proba-
tur, naturalem & ciuilem proficif-
ci: cum solum impedimentum er-
roris, vel ingenuitatis, effecerit, iu-
ramentum operarum, vires non ha-
buisse, quotiescumque igitur il-
lud cessauerit, iure ordinario & cō-
muni, actio nascetur. vt ex dict. l. si
quando & l. vt iuris iurandi. ff. de

oper. liber. luce clarius innotescit.
 Ad septimum Respondemus, verisimū esse, legis ciuilibis esse propriū, in aequalitatem & iniustitiā, ad aequalitatem & iustitiam reducere: leges autē Romanæ digestorum, ideō secundum communem opinionem, pacta nuda seruare nō cōpellebant, quia pluribus de causis putarunt, illis obligationem naturalem non inesse, propter defectum consensus, & cum pacta in quibus non adest verus consensus, necessario compellere, vt impleantur, iustum non sit, hinc etiā est, vt leges quę ea seruare nō compellebāt, iniuste dici nō potuerint: quia eadem equitas & iustitia, quę dicitur pacta seruare in genere, propter hanc inuoluntarij circumstantiā, in specie hac non esse seruanda etiam ostendit: promittentes autem aliquid pacto nudo, iam supra dixi, meā sententia non teneri semper, ad velle in complemento promissionis consentire, nisi sit cōtractus onerosus, hoc duo quoad constituendū peccatū mortale, & restitutionis obligationē si promissa nō fiant, nā a fallacia à mendacio, à perfidia, ab infidelitate, & grauiturpitudine, omni morali & Christianæ Philosophiæ contraria, eos qui sic promittunt sine animo adimplendi non excusso: solent tamē hęc communiter esse venialia nec ad restitutionem obligare, & si ad eam teneri dicat Fortunius & male. in. capit. 1. de pactis fol. 76.

versic. profecto, nec ratio quam affert, alicuius est momenti, ne vide licet sit melioris conditionis mentiens, quam qui ex animo, & vere promittit, nā ego considero, peiorem esse conditionem mentientis, & si cū liberemus ab obligatione restitutionis, in peccato mendacij, quā sit promittētis, ex animo, licet tamen, & sine peccato, obligati nihilominus ad restitutionē, & tanto superiorem, quanto superius & peius est, simplex quodam non dicādamnosi, sed officiosi mendacij peccatum, omnium bonorum & vitæ propriæ iactura: nec ex alio capite dicetur melior conditio promittentis, sine animo, quod non teneatur ad restitutionem, quā promittentis cum animo implendi, ex eo quod teneatur, nam cum in primo, cesset totalis causa & efficiens obligationis, quæ consensus est, & hæc insit secundo, non mirū si propter proprium cōsensum, & voluntatem obligationum effectricem, obligemus secundum ad restitutionem, ad quam sponte promittendo, cum animo adimplendi se voluit obligare: excutemus autem primum, ob eiusdem defectum, quum videlicet se obligare non intendit, quemadmodum inter duos, qui religionem se suscepturos promittunt, vnum cū animo vere vouendi, alium sine animo se obligandi, sed vel ob fingendam sanctimoniam vel ob aliam quamcumque id faciat causam, primum sine

sine dubio ad implendum votum, in conscientia compellemus, quia Deo iā se dicauit, & obligauit per votum simplex, factum cū animo vere adimplendi, secundum autē qui ob hypochrisim, sine animo obligandi vouit, & si dicamus peccare in fictione, vel simulatione sanctitatis, vel in mendacio saltem, si aliō animo fecit, non autem obligamus ad implendum, quod vere non vouit voluntariē, id est cum intentione & voluntate adimplēdi, cū absit cōsensus, qui solus est causa efficiens omnium liberarū obligationum: nec per hoc primi vere vouentis peior, & secundi non vere vouentis, melior dicetur conditio: sic etiam in duobus promittentibus centum v. g. Titio, vno cum animo se obligandi, alio ob ostēta tionem & fingendam liberalitatē, sine animo se obligandi, idem erit dicendum, & per hoc quod vnus se intenderit obligare, & aliū non, iudicari non debent melioris & peioris cōditionis, debuisēt. n. pares esse termini, & æquus à principio animus & obligatio, vt si in eius implemento diuersitatem ponemus, meliorem aut peiorem dicemur efficere, vtriusque partis cōditionem, quod in nostro casu nō est: cum in vno adsit consensus, in aliō vero nequaquam, hæc sit prima solutio cum cōmuni: sed melius ad argumentum dicere poteris, quod quamuis legis ciuilibis sit proprium, iniustitiam & inæquali

tatem, ad iustitiam & aequalitatē reducere, vt supra probauimus: nō tamē omnia ad hanc iustitiam potest vel debet reducere, vt optimē docuit Plato. in dialogo Theætetus, latius Abulensis. in. 2. parte defensorij. cap. 61. & Symancas lib. 4. de republica. cap. 13. præcipue cum aliā maiora mala timentur, quę supra insinuauit, & adducam latius infra libr. 3. cap. 9. quæst. 5. ad. s. igitur nuda.

In fine illius argumenti, allegauimus Caietanum, qui omnia promissa, ad solam fidelitatis virtutē retulit, quid illi dicemus? an ne quod Theologus solū fuit, & l. si quis argētum. C. de donationibus & s. aliæ inst. eod. tit. non legit, in quibus Iustinianus præcepit, solum voce promissa, ante traditionem rei promissorem obligare, & petente eo cui promittitur, posse illum compelli, quia debita sunt & naturaliter & ciuilitate ex iustitia: vere sic est affirmandum, aliquin enim si vere debita non essent, sed ex honestate solum (vt ipsi dicunt) cū lex pœnalis non sit, exigere non potuissent, cum is propriē dicatur debitor. in. l. 108. ff. de verb. signific. à quo inuito pecunia exigere potest, quod in eo qui moraliter solum debet ex honestate, non procedit, nā compelli ad gratiam referendam non potest, vt omnibus notum est, cū ergo à promissore exigere possit promissum, non solum naturaliter, sed & ciuilitate, data actione ex illa

illa lege, naturalis civilis & legitimus, qui promisit, vere ac propriè debitor dicitur, debitor autè, qui debitum cum possit, & si non petatur, non reddit, furtum committit, & ad restitutionem tenebitur, ut fatebitur omnis qui iuris naturalis & diuini gustū peruersitate animi non amiserit, ut de Germanis est testis Iulius Cæsar, ergo de eo qui centum vel alià promisit & nō reddit, idem erit dicendum: cum nihil interfit an surripias à principio & debeas, an vero quod debes retinas, & nolis reddere, cum omnem debētem dicat Philosophus. lib. 8. Ethic. cap. fin. ad reddere semper teneri.

Si autem à me, quæras Vtèrius rationem, quare cū bona & iusta sit hæc Iustiniani lex, quæ pacta hæc nuda non respectiua, iubet obseruari, possibile sit, fuisse etiam bonam contrariam, ante hanc Romanorum legem, quæ pacta nuda etiā non respectiua obseruare non compellebat. l. iuriscgentium. s. igitur nuda, infra eodem. cum secundum Philosophum, in Prædicamēto de oppositis, bonum non possit esse bono contrarium, sic nec contraria possint simul esse bona, in difficili non erit mihi respōsio, nā cum secundum diuum Isidorum. lib. 5. Ethy. cap. 20. & refertur. in cap. erit autem lex. 4. dist. leges ad hoc quod iuste sint, debeant secundum locorum, & temporum conditionem, & patriæ consuetudinē

ferri, non mirum videri debet, nec reprehensibile iudicari, si cum mutantur & tempora, & subditorum mores, statuta etiam mutantur humana: cum ipse Deus humani generis creator, ac Redemptor noster, ex his quæ in veteri testamento statuerat, in nouo nonnulla mutauerit, ut Innocent. 3. in Concilio Lateranensi generali. capite. 50. de mutatione affinitatis. relatus. in. c. non debet. de consanguinitate, & affinitate, non minus eleganter dixit quam doctè.

Nec obstat octauum argumentū, quo adducebamus. Paulum. in. l. 1. ff. de rerum permutatione, vbi ait (permutatio ex re tradita, initium præbet obligationi, alioquin, si res nondum tradita sit, obligationem nudo consensu constitui dicemus, quod in his solū receptum est, quæ nomē suum habent) ex quibus verbis videtur clare probari, consensum sine approbatione legis, non sufficere, ad constituendam aliquam obligationem, aut civilem aut naturalem, indefinitum enim verbum (obligationem) equipollet vniuersali & perinde haberi debet, ac si dixisset, alioquin ex omnibus obligationibus, aliquam oriri nudo consensu diceremus, quod receptum nō est, nisi in his quæ nomē. &c. Sed respōdeo, quod cum Paulus ibi, voluisset tractare, de actione civili, sic loquutus est secundum subiectam materiam de obligatione civili, quam verissimum est,

est, non produci ex nudo pacto seu consensu, ratione à nobis allata supra. & hoc patet. r. ex inscriptione legis, quæ est Iurisconsulti Pauli ad edictum Prætoris, in quo non nisi actiones civiles, vel Prætorix quo ad forū civile continebantur, nec ibi tractabatur de cōsensu solo, an produceret obligationem naturalem vel non, id enim clarum erat, ut cōstat ex hac nostra lege prima, & alijs supr. citatis: sed explicabatur natura permutationis, quid haberet cōmune vel diuersum cum cæteris contractibus nominatis, & an permutatio potuerit perfici solo consensu, ut pareret obligationem civilem ex consensu, sicut emptio & venditio, locatio, conductio, & alij nominati contractus, cuius contrarium respōdit Paulus, dicens permutationem, diuersam conuentionem ab alijs contractibus nominatis: nam cum contractuentium voluntas sola, sufficiat in illis: in his non nisi traditio interueniat: ante eam enim nullam Romanæ actionem & obligationem constitui voluerūt, intellige civilem, Ethoc. 2. constabit ex illis verbis (quæ in his dumtaxat receptū est quæ nomē suum habent) ecce quomodo loquitur de actione civili, quæ idè oritur ex cōtractu nominato, quia receptum est iure civili, cum habere nomen speciale, & actionem similiter: Impermutatione autem, & alijs conuentionibus huiusmodi, idè non nascitur, quia noluit

ius civile eas recipere, & nomine & actione civili iuuare, ut dicemus postea. lib. 3. harum disputationū cap. 2. quæstione. 2.

Non obstat. 9. in quo contendebam probare, implementum promissionis, non esse actum iustitiæ specialis, hac vsus distributione, seu argumento à sufficienti (ut vocant) partium enumeratione: si promissionis implementum, ad iustitiam pertineret, vel esset ad distributiua, vel ad commutatiua, nam tertiam nullam aliam reperi, quæ ad has non reducatur certū est: non ad distributiua, quia nihil commune distribuitur, non ad commutatiua, quæ in contractibus & commercijs solum locum habet, si credimus Aristoteli. lib. 5. Ethic. ca. 2. & 4. & promissio simplex contractus non est, ut patet ex Vlpiano. in. l. labeo. §. contractū ff. de verb. signifi. qui definiens cōtractum, dicit esse vltrocitroque obligationem, & hoc in promissione non reperitur, nam qui accipit, ad nihil obligatur ex iustitia: ergo promissionis implementum, ad iustitiam nō pertinebit. Huius argumenti solutio, cōsistit in duobus, primum erit, in cognitione harum partium, seu specierum iustitiæ, commutatiuæ videlicet & distributiuæ, quod proprium sit earū obiectum: secundū in tradendo vero intellectu ad textum. in. dicta. l. labeo. §. contractum, & quoniam singula istorum longam requirebant

bant alias tractatum breuiorem tamē nos sequemur rationem, nihil tamen cognitu iucundum, aut necessarium prætermittentes, si tamē in eorū explicatione te aliquatulū magis detinuerim, quam per videatur ignoscas rogo, nam prolixitatem (si sic appellanda est) noua iurium cognitione, & magna tractandorum vtilitate, tam practice quam speculative scientiæ studiosis (sine opinio non fallit) æquabiliter compensabimus.

Iustitia specialis virtus, quam Ulpianus. in l. i. ff. de iustitia & iure, dicit esse cōstantem & perpetuam voluntatem, ius suum vnicuique tribuentem, in duas partes seu species distribuitur, in commutatiuam & distributiua, vtriusque officium est, cuique suum debitum reddere: & quia ratio debendi, in commutatiua, est diuersa à ratione debendi, in distributiua: hinc est, quod vtramque (& si in eodem officio versentur) specie tamen dixerim differre: quemadmodum in religione, pietate, & obseruantia videmus, nam quamuis istarum virtutum obiectum, sit debitum honorem deferre, quia tamen diuersa est ratio debendi Deo, à ratione debendi patri, & iudici: hinc est, quod ipsæ virtutes distinguantur specie, vt supra latius meminime docuisse, sic in commutatiua & distributiua iustitia, nam commutatiua reddit debitum, quod verè propriè & simpliciter erat debi-

tum: nam vel voluntariè, vel inuoluntariè fuerat ablatum, ab eius vero domino & possessore: cuius causa sequuta est inæqualitas, quæ constituit propriam ac verā rationem debiti: iustitia autem distributiua, nō reddit verbi gratia Titio de re publica benemerito, honorem, stultitæ dedicationē, agros, pecunias, vel alia quæcumque præmia, quia hic Titio habebat hæc bona, & erat in eorum possessione, à quo ablata sint: quod constituerat proprii debiti rationem: sed dicitur hæc iustitia debitum reddere Titio, quia Titius, in quantum est pars principalis totius, intellige communitatis, vel reipublice: cuius hæc sunt propria bona, efficitur etiam, quod in quantum pars, dicatur secundum quid, & quodam modo dominus eorundem honorū: & quia nondū fuit in eorum vero dominio & possessione, cū eā accipit, dicitur hoc modo debitū accepisse: ista igitur diuersæ rationes debendi. cōstituunt diuersam specie materiā, iustitiæ commutatiue & distributiue. Hoc ea ratione adduxi, vt ostenderem Buridanum virum alioquin & Aristotelicæ doctrinæ præstantia, & ingenij subtilitate insignem, minus recte existimasse, has duas iustitiæ partes specie non differre, in interpretationibus ad libr. 5. Ethicorum. capite. secund. quæstion. septima. cuius ratio principalior est, quia videlicet argumenta contrariæ partis non sunt satis valida; indigna

indigna certè tãro viro, qui si hanc adductam à nobis, attentius considerasset, validam imo validissimā, ad id conuincendum reperisset.

23. Prima igitur species, distributiua videlicet, est quædam particularis iustitia, qua Princeps, vel omnis qui reipublice vel communitatis curam gerit, in bonorum communium distributione iustus fit: obiectum eius est reddere vnicuique debitum suum, secundum propriam dignitatem: sic docet Philosophus libr. 5. Ethic. capit. 3. nolim autē q̄ intelligas, dignitatem esse solum officium, quod quis habet præmiens alijs, vt multos vidi & doctos perperam existimasse, vt secundū quod quis præminet alijs maiori & excellentiori officio, capiat etiā in distributione maiorem portionem: hoc enim multum est alienū à mente Arist. vbi supra. dicentis di distributionem pro dignitate cuiusque fieri oportere, vlturpauit enim nomē dignitatis, pro eo quod secundum cuiusque politia statū dignius habetur, in quo variè se habet diuersarum rerum publicarū ordo, nam respublica, quæ per Democratiam, id est popularem potentiam gubernatur, dignitatem libertate meretur, arbitraturque omnibus æque liberis æquam fieri oportere distributionem, exceptis libertis, qui à seruitute sunt manumissi, quibus minus ob seruitutem præcedentem, ingenuitate autem clarioribus plus existimat tribuendū:

inter ceteros autem (si æque liberi sint) æqualitatem conseruat, & si alius sit. verbi gratia Themistocles, vel Pericles, alius autem sutor vel carpētarius, in distributionibus enim ceter, Periclem qui præstantissimus fuit Imperator, nil amplius accipere debere quam suturem, & si mercedis loco, vnus numus detur sutori, vnū quoque Pericli, aut Themistocli, dandum iudicat: eo quod vterque liber sit, ac proinde eandem dignitatem, ob libertatē habere videatur: ac populares quidem hoc modo, quorū Rempub. apud Heluecios (quos Hispani Esguizaros vocamus). & eorum gubernatores dictos Cantones conseruari videmus hodie, in quibus sola libertas dominatur.

Alia respublica est, que regitur per Oligargiam, id est quorundam paucorum potentiam, quæ dignitatem & æqualitatem, diuitiarum multitudine pensat, vt quo quisq; ditior sit, maiorem auferat portionem, alij dignitatem putant nobilitatem, omnesque nobiles, æquales inter se iisdemque rebus dignos ducunt, & hoc melius est, quam diuitiarum multitudine attenda distributionem fieri, cum in nobilibus regularius splendescant virtutes apte ad gubernandum quàm indiuitibus: hanc tamen vt diuersam reipub. speciem non cōstituo, quia ex duobus concreta est, ex diuitijs scilicet & virtute (est enim nobilitas nil aliud, quā opes cū virtute

tute vetuste). &c. Vt notauit bene Budeus in prioribus annotationibus ad pandectas ad l. princeps. ff. de legibus.

Alia est respublica, & omnibus his præstantior, quæ regitur per Aristocratiam, id est optimorum principatum, & in hac sola virtus dignitatem & æqualitatem efficit: probi que viri, tam ditiores quam pauperiores æquales censentur: & in distributionibus communium munerum, secundum merita virtutum, accipiunt præmia: ad hunc etiã scopum, tendit boni regni & monarchiæ gubernatio, vt æquali videlicet virtuti, æquale præmium, & maiori maius tribuatur, Geometrica proportione pensata: est autem proportio Geometrica, quæ proprie proportio est, æqualitas quædam rationum, seu similitudo respectuum: & idè in quatuor ad minimum consistit, nam cum simile, alicui sit simile, necesse est, vt quæ sunt similia, duo ad minimum sint, & rationes quoque, quæ inter se sunt similes, duobus proculdubio erunt, & cum ratio nil aliud sit, quam duarum magnitudinum inter se comparatio: & in duobus etiam consistat, efficitur, vt quia proportio, ad minimum est duarum rationum similitudo, & vna quæque ratio est inter duo, proportio nullomodo possit existere nisi inter quatuor, constans duabus rationibus, & duabus (vt ita loquar) correspondentibus hoc modo. Quam rationem ha-

bent, viginti ad decem, eandem habent octo ad quatuor: hic enim duæ sunt rationes, viginti ad decem, & octo ad quatuor; & quatuor membra & portiones, id est, viginti, decem, octo, & quatuor, hæc vocatur disiuncta proportio: alia autem est coniuncta, in qua tres termini soli sumuntur, vnus tamen qui in medio est, bis sumptus, & præcedenti subiectus, & sequenti præpositus, duas rationes subiicit, efficitque, quod sint quatuor. verbi gratia. quæ ratio est de viginti ad decem, eadem est de decem ad quinque, hic decem sumitur bis, & duorum numerorum vice fungitur, proportionem istam Geometricam, alio exemplo quod scientiæ nostræ sic, quam rationem habet Tribunus ad Consulem, eandem habet Plebeius ad Patricium, vt igitur Tribunus ad Plebeium, sic Consul ad Patricium: iustum ergo erit cum hi distribuantur honores, vt pro dignitate cuiusque, tribuatur præmiũ, quod erit, cum detur Plebeio tribunatus & consulatus Patricio: sic enim dabitur cuique pro sua dignitate, & conseruabitur quod exigit proportio ista Geometrica, vt quatuor videlicet hæc, Plebeius & Patricius, tribunatus & consulatus, duplici proportione pensata, & rerum & personarum, inter se, ad inuicem coniungantur. dicitur ista proportio Geometrica, quia apud Geometras ea sunt æqualia, quæ

alicui

alicui pro sua dignitate: ita accommodantur, & aptantur, vt nequæ excedant, neque deficient, si Achilles duplo dignior sit quam Ajax, denturque ei actio numi, Aiaci vero quatuor, pro dignitate æquam sibi ipsi vterque portionem accipiet, si videlicet neque ille, aut plus aut minus quam octo, neque hic quam quatuor accipere mereatur, sicque hæc proportio & si diuerso numero & quantitate discernatur, ratione tamen est eadè, sic vt sunt octo ad quatuor, sunt duo ad vnum, vel vt sunt duodecim ad sex, sunt sex ad tria, vtrobique enim prima pars, duplam secundam continet, & quamuis quantitas diuersa sit, & excessus inæqualis, ratio duplæ eadè est, vel sic, quæ sunt nouem ad sex, sunt sex ad quatuor, nouem enim excedunt sex trium numero, sex autem quatuor, duorum, at in vtroque eadè est ratio, quæ sesquialtera vocatur, quia vtriusque numerus maior, continet minorem & dimidiam eius partem, hoc eleganter præter Aristotelem vbi supra nos docuit Iurisconsultus Iulianus in l. si ita scriptum. 13. ff. de liberis & posthum. vbi ait in casu illi proposito (si ita scriptum sit, si mihi filius natus fuerit, ex beße heres esto, si vero mihi filia nata fuerit, ex triente, ex reliqua parte heres vxor esto: si filius & filia nati essent, dicendum est, assensum distribuendum esse, in septem partes, vt ex his filius quatuor, vxor duas, filia

vnam partem habeat, ita enim secundum voluntatem testantis, filius altero tantum amplius habebit quam vxor, irem vxor altero tantum amplius habebit quam filia) nam cum ratio affectionis, qua metitus est filium respectu vxoris, sit eadem prorsus erga vxorem, respectu filia, dupla videlicet: rectè Iuliano placuit, diuidendam fore hæreditatem in septem partes, & ex his quatuor filio, duas vxori, vnã filia tribuendam: sic enim eueniet, vt voluntas testatoris conseruetur, reddita vnicuique istorum, secundum eius affectionem proportionem, id ipsum docuit Paulus in l. Clemens Patronus. 81. ff. de hæred. institutis. vbi sic ait Clemens Patronus testamento cauerat, vt si natus sibi filius fuisset, hæres esset, si duo filij ex æquis partibus hæredes essent, & si duæ filia similitur, si filius & filia, filio duas partes, filia tertiam dederat, duobus filijs & filia natis, quærebatur, quemadmodum in proposita specie, partes faciamus: cum filij debeant pares esse, vel etiam singuli duplo plus, quam soror accipere. Quinque igitur partes fieri oportet, vt ex his duas masculi, vnã femina accipiat, quia ratio affectionis quæ fuit de filio ad filiam, dupla videlicet, debet etiam eadem esse in hæreditatis distributione, vt filius duplicem, filia simplicem accipiat portionem, sic nati erunt æquales, cum accipiant singuli secundum cuiusque dignitatem, quæ

G erit.

erit affectio testatoris, quomodo Principem, vel eum qui curam gerit communitatis se habere oportet, in publicorum bonorū distributione, si enim v.g. decreuerit civibus centū talenta distribuere, debet in tot partes illa partiri, quot ciues sint, hac tamē ratione pensata, ut qualis sit ratio meritorum Titij, ad merita Sempronij, talis sit etiam proportio præmij illius ad præmium huius, si enim Titius duplex fuerit dignitate præstantior (quid dignitatis nomine accipiam iam supra dixi) quam Sempronius, in præmio etiam duplam Sempronio capiat Titius partem, nam tunc inter vtrumque seruabitur equalitas, & proportio, cum vtriusque meritis secundum suam propriam rationem æqua correspondeat præmiatio, aliter enim, ut ait Philosophus vbi supra, criminationes & pugnae orientur, cum æquales, non equalia, aut non equalia, equalia habeant & potantur: quod summè fugiendum est, optimo Principi, æquoque dispensatori, nam ultra rixarum multitudinem, quæ hinc orrii consuevit, tenebitur ad restitutionem eorum bonorum, quorum ademptione fecit partem dignitate præstantiorē inæqualem.

24 Et ut hoc obiter etiam dicamus, caueas diligenter rogo, ne te fallat Francisci Connani viri alioquin non mediocriter docti auctoritas, qui libro quinto commen-

tariorum iuris ciuilis. capit. primo. numero secundo arbitratur, quod quemadmodum princeps, in præmiorum distributione, iustitia fungitur distributiua, sic etiam in penarum inflictione, quem puto grauius fuisse deceptum, nam punitiue iustitiæ ratio, ad commutatiuam magis spectat, & ab ea elicitur immediate, & si imperetur à legali, in quantum, sic conuenit recte gubernationi, cum enim inflictio pœnæ consideret quantitatem iniuræ, ut secundum eam, vel partem, vel reipublicæ iniuriatæ, fiat æqualis satisfactio, nullo personarum habito respectu, & hoc sit proprium commutatiuæ officium, ut dicimus, merito pœnarum inflictionem eidem non autem distributiua, accommodamus.

Si autem obijcias, quod cum quis pleucius iniuriat nobilem, maiori afficitur pœna, quia consideratur plebei & nobilis persona. ut in l. prima. ff. de ad. l. Corneliam de sicarijs. & in l. Grachus. C. de adulterijs, tractant latè Doctores, non difficile respondebo, in distributiua, personarum conditionem, & dignitatem considerari de perse, ut quantum quis est dignitate alijs præstantior, maiorem alijs capiat portionem, nam per augmentum personæ, augetur proportio ad alium, at vero in iustitia commutatiua, personæ iniuriantis & iniuriatæ respectus, solum

solum attenditur, per accidens, in quantum videlicet augetur quantitas iniuriæ, quæ ad æqualitatem debet reduci, ut recte docuit Aristotiles libro quinto Ethicor. capit. quarto. Diuus Thom. secunda secundæ, quæstione. 18. articul. secundo ad primum. Sotus libro tertio de iustitia & iure. libro quinto articul. 2.

25 Sed dices forsan, cum bonorū communium fit distributio, non querimus etiam, quale sit meritum illius, ut secundum illud proportionetur præmium? respondemus quod non: nam iustitiæ distributiua, accidens est, quod præmium sit æquale merito, sæpe enim, imo sepius contingit, vnum promereri duplam, & triplam, & eo amplius quam accipiat portionem, & non idè violatur huius iustitiæ ratio, quia plerumque contingit reipub. in bonis non habere tot, quot necessaria sint ad retributionem æqualem: in pœnis autem facile tribuetur tantum, quantum correspondeat equaliter culpæ, nam ea est natura pœnarum, ut singulis momenti possint, voluntate iudicis punientis augeri, in præmij autem non sic, nam cum forinsecus accedat eorum incrementum, nec iniuridicum manibus & potestate sit, ea (si natura sint perexigua) augere: hinc est, quod præmiorum distributionem, tribuamus iustitiæ distributiue, quæ non considerat equalitatem quantitatis, sed proportionis: pœna

rum autem inflictionem, continuatiue, quia equalitatem quantitatis solā, in dato & accepto, in culpa & pœna, & intuetur & efficit, sine proportionis respectu, & hæc intelligenda sunt, in distributione humanorum, aliter enim fiet in diuinis, nam cum ea non diminuantur, nec deficient aliquomodo, ex eo quod de eis plures participant, in die iudicij, quando præmia à Christo distribuuntur, non solum fiet distributio, proportionem Geometrica pensata, ut videlicet, quantum Titius superauit Meuium meritis, vincat & Meuium præmio, sed & Arithmetica etiam ut tam Meuius, quam Titius, æquam suis meritis percipiat portionem in præmio, quod ex participatione non minuitur, hæc sunt quæ attinent ad primam speciem iustitiæ videlicet distributiue.

Secunda vero species, quæ dicitur commutatiua, est quedam particularis iustitia, qua quis in commutationibus, contractibus, commercijs, voluntarijs vel inuoluntarijs, iustus est, id est, æqualis, tribuit enim tantum quantum accipit, & nihil accipit, nisi quantum tribuit, nulla habita consideratione & respectu ad personas contrahentium, nihil enim interest, quod nobiles sint aut ignobiles, subditi aut imperantes, qui contrahunt, vel decipiuntur, nam cū iustitia consistat in rei æqualitate solū cō-

sideratur dati & accepti qualitas, & mensura, quæ si varietur in vno, dando minùs quàm accepit, variabitur & peruertetur iustitiæ commutatiuæ ratio, vt idem Philosophus vbi supra. capite. 4. edocuit. Ponamus exemplum in inuoluntarijs (hæc etiam vocantur synallagma & cōtractus, inuoluntarij tamen) Ponamus inquam: verbi gratia: Meuium à Titio fuisse verberatum, Titius verberans, iniquitatē & inæqualitatē fecit, nam cum ipse & Meuius fuissent æquales, per verbera se fecit Titius superiorem, & Meuium inferiorem, illato hoc damno, vt hæc inæqualitas reducatur ad æqualitatem, sic iudex iustitiæ cōmutatiuæ officio functus, debet procedere: verbera vel percussio, quam Meuius sustinet, iustè centum æstimat: quia vel in bonis, vel in honore tantum nocumētū est ei illatū, vt iusti fiāt, debet Titium vocare, et dicere. Tu et Meuius eratis æquales ante verberationē, nūc vero post verbera, effecti estis inæquales, in centū, nā tu in actione verberū, est lucratus centum, & Meuius in eorum passione, totidē amisit, oportet vt his centum Meuius restituas, in pristinam redeatis æqualitatem.

Idem prorsus dicendum est, in voluntarijs, Titius: verbi gratia: dedit mutuo Meuius quinquaginta, ante quam ista restituantur, Titius & Meuius sunt inæquales, nam cum antea singula centena in pa-

trimonio haberent, modo Meuius habet centum & quinquaginta, & Titius sola quinquaginta, vt igitur ista inæqualitas reducatur ad æqualitatem, debet iudex facere, vt Meuius restituat Titio quinquaginta, nam sic vnus quisque habebit in patrimonio cētum, quemadmodum & ante mutui dationem: sic in cæteris contractibus, in quibus hæc iustitia, solum considerat medium rei, id est æqualitatem, inter rem datam & acceptam, vt vnus numerus non superet alium, quæ proportio dicitur Arithmetica, quia Arithmetici solum considerant æqualitatem numerorum, quantitatis differentias: nulla duplæ aut sesquialteræ, aut alterius proportionis habita ratione, vt Geometræ faciunt. Vt verbi gratia. Vt sunt quatuor ad tria, sic sunt duo ad vnum, in vtraque summa maior numerus habet, plus vno, quam minor, & eadem quantitate quatuor tribus, quæ duo vni antecellūt, sed proportio diuersa est, nam inter quatuor & tria est sesquitertia, & inter vnum & duo est dupla, hæc vt in Geometrica, vocatur disiuncta proportio, & coniunctim sic fieri potest, vt sunt quatuor ad tria, sunt tria ad duo, omnes istę proportiones, solū considerant res, & earum excessus, quos ad parilitatem, iustitia cōmutatiua reducit, personas autem & earum merita non attingit, hanc igitur

igitur iustitiæ speciem, quæ in omnibus tam iurifigentium, quam ciuilibus contractibus, & commercijs habet locum, in promissionis non implemento violari affirmo, considero enim, quod si ego habebam in patrimonio centū & quinquaginta, & tu quinquaginta, & ego promitto tibi quinquaginta, volo te & tuum patrimonium æquare cum meo, vt sic vterque nostrum habeat centum, nā per promissionem, sine dubio adieci patrimonio tuo quinquaginta, & totidem meo ademi: si igitur promissionem non impleo, & te detineo in hac inæqualitate scienter, quam cum possim nō reduco per promissionis implementū ad æqualitatem, iustitiam commutatiuā procul dubio violo, nā eius est proprium officium, rerum inæqualitates ad æqualitatem reducere.

Nec obstat si obijcias doctrinam hæc nostram ex eo reddi suspectā, quod in actu promittendi, vel promissionis implemento, nullus ad est contractus vel synallagma, in quibus solum versari iustitiam cōmutatiuā testatur Philosophus. d. l. 3. Ethicorū. c. 2. & 4. & q̄ non ad est contractus patet: nam nulla ad est ex parte acceptantis obligatio ad aliquid dandum, vel faciendum & quando ex vtraque parte non ad est obligatio, non est contractus, vt clare videtur decidisse Vlpianus in l. Labeo. s. contractum. ff. de verb. signific. vbi diffiniens contractum

& eius substantiam tradens, dicit, esse vltro citroque obligationem: si ergo ex parte acceptantis nulla est (vt diximus) ad aliquid obligatio, cum deficiat hæc pars substantialis contractus, obligatio videlicet in vno, contractus dici nō potest, ex doctrina Bartoli & omnium. in. l. 1. §. dolum. ff. de dolo. Nā quæuis iuris ciuilis & canonici, pluresq; scolasticę Theologiæ scriptores grauitè & anxie in huius text. interpretatione se torqueant. Ego tñ qui nec adeo sum natura mea ad dissentiendū, p̄ cliuis, vt n̄ orū fundatis sententijs, vel apertis legū verbis velli repugnare, nec tā illis sim (vt ceteri assolent) sicut glebæ adscriptus, vt nouo sensu ea interpretari nō didicerim: quoties me ad id iuris ratio (cui semper & soli parere cōsueui) volentē induxerit, nec magnā sentio difficultatē, nec possum vllō pacto mihi tēperare, quin in huius articuli declaratione, & interpretatione Vlpiani, ab omnibus his dissentiam, quorum dicta vt possis à nostris discernere, qua poterō breuitate referam, & confutabo omnia, ad finem huius argumenti, opinionis nostræ rationes reseruans.

Inter Theologos Conradus Sumenhart, qui latiore cæteris de contractibus congesit tractatū, in. quæst. 16. tractatus primi, agens de diffinitione hac Vlpiani dicit propriè loquendo solum eum esse contractum, quem hic diffinit

Vlpianus, vltro videlicet citroque obligationem, & sic secundum eū stipulatio, & mutuum non sunt contractus nisi improprie. Idem tenet Sotus. libr. 6. de iustitia & iure. quæst. 2. arti. 10. dicens quod nullū pactum est cōtractus, nisi vbi hinc inde aliquid datur vel accipitur, vt in illis quatuor quos nos innominatos vocamus, do videlicet vt des, do vt facias, facio vt des, facio vt facias, & referuntur à Paulo in l. naturalis. ff. de præscriptis verbis, & carpit præterea Baldus, Syluestrum, & Conradus, qui donationem dixerunt (improprie loquendo) vocari contractum.

Sed certè, Conradus in eo quod putat mutuum, stipulationem, & donationem non posse vocari contractum nisi improprie, decipitur grauitè, & loquitur improprie, nam Iurisperiti, & Imperatores qui maiori verborum proprietate & elegantia, quam ipse aut nos, loquebantur, ea omnia contractus vocarunt, vt patet in l. contractus. C. de fide instrument. ibi contractus venditionum & donationum & in l. 7. C. de his quæ vi metus ve causa. ibi si donationis transactionis vel cuiusquam alterius contractus. & in l. si quis. C. de præscriptionibus. 30. vel. 40. annorum. ibi si quis emptionis vel donationis vel alterius cuiusquam contractus. &c. idem probatur in l. donationes quas Diuus C. de donationibus inter. & in l. curia-

lis. C. de prædijs decurionum. libro decimo, & in l. secunda, & vltima. C. de litigiosis, & in l. cum qui. ff. de donationibus. de mutuo quod sit contractus, constat ex textu in s. primo institution. quibus modis tollitur obligatio. & in l. prima. ff. si certum petatur. & in l. etiam prima. ff. de actionibus. & obligation. ibi obligationes nascuntur aut ex contractu aut quasi, aut maleficio aut quasi, ex contractu autem aut re vt in mutuo. & c. de stipulatione est. textus in l. si donationis. C. de his quæ vi metus ve causa fuerint, & in s. final. institut. de obligationibus. & in l. vnica. C. vt actiones ab hæredibus & contra hæredes. & in l. prima. ff. de actionib. & obligation. & alijs plerisque quas omitto vitandæ prolixitatis causa: si ergo toties Imperatores in suis rescriptis quæ à Præstantioribus orbis Iurisperitis componebantur, & ipsimet Iurisperiti in suis responsis aut interpretationibus mutuum, donationem & stipulationem contractus ita sæpe vocarunt vt vidisti: non est rationi consonum vt absque aliquo sufficienti fundamento, sed sola mala Vlpianæ mentis intelligentia. in hoc s. contractum, improprie fuisse loquutos illos asseramus. Præcipue si aduertamus, quod Iustinianus, in titulo de obligationibus quæ ex quasi contractu, postquam egerat in superioribus de donatione, mutuo,

mutuo, stipulatione, emptione, locatione, societate, & alijs contractibus, statim in principio illius tituli dicit. post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de his obligationibus quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur, insinuans his verbis satis aperte, quod antea loquutus fuerat de obligationibus, quæ proprie nascebantur ex contractu, & in illo titulo volebat iam tractare, de his quæ improprie ex contractu, vel quasi contractu nascuntur, vt optime considerauit Baldus Nouellus in rubrica de verborum obligationibus. numero. 58. & Galiaula numero. 124.

Sotus etiam in dicto articulo primo, de quo supra, non minus improprie loquitur agens de contractu mutui, quem ideò dicit esse contractum, quia si polliceor, me tibi mutuaturum centum, obligor ego ad dandum, & tu postea ad illa reddendum. quo casu iam dici potest contractus, quia adest vtrinq; obligatio, inepta est quidè ratio, ad probandum mutuum esse contractum, nam tamen ego ex promissione mutuandi, obligor ad mutationem, non tamen nascitur ea obligatio ex contractu mutui, cum id non contrahatur, nisi rei interuentu, quæ in promissione sola non est. l. secunda. s. mutui datio. l. qui pecuniam ff. si certum petatur. s. primo.

institution. quibus modis re contrahitur obligatio: sed nascitur ex pacto nudo pollicitationis, quæ naturalem parit obligationem, vt iam supra late probaui: non minus etiam fallitur is author, in existimando, pactum, vbi ex vtraque parte non nascitur obligatio nullo pacto dici posse contractum, nã præter mutuū donationem, & stipulationem quæ probaui esse & vocari proprie contractus, pupillus si sine tutoris autoritate celebret quodcumque pactum, conuentio nem vel contractum, verè & proprie dicitur contrahere, & obligat secum contrahentem, non tamen ex sua parte aliquod adest vinculum obligationis, vt patet in s. primo institution. de auctoritate tutorum. & expressius Vlpianus id docet in l. Iulianus. 14. s. si quis à pupillo. ff. de actionibus empti, vbi in hæc verba ait (si quis à pupillo sine tutoris autoritate emerit, ex vno latere constat contractus, nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum autem sibi non obligat) Ecce quomodo datur pactum seu conuentio & nominata, sine mutua vtriusque obligatione, & vocatur contractus, & est verè ac proprie contractus, vt de emptione falsi sunt & fatebuntur omnes, nec est de substantia contractus, quod obliget vtramque partem, cum posit (vt dixit Iurisperitus Vlpianus) ex vna sola constare, si enim mutua obligatio esset de

substantia contractus (vt isti omnes male putant) quotiescumque in pupillo daremus contractum, daremus etiam obligationem, nã ea quę sunt de alicuius rei substantia, impossibile est, nec per Dei omnipotentiam tolli posse, existente integra, formali eius rei ratione, sicut existente ratione formali hominis, impossibile est, quod Deus faciat hominem non esse hominem, nam essent certè repugnantia: sic etiam manente ratione formali contractus, quę secundum eos, est mutua obligatio, impossibile est, quod pupillus non obligetur, cum esse pupillum, vel adultum (quod accidens est) non possit rei substantiam tollere, vt tritum est, & vulgare omnium Doctorum axiomata.

Si autem nonnulli Legulei, qui ad rerum intima non penetrantes, nescias quarum specialitatum ratione, omnes difficultates se existimant substulisse: in pupillo dicant, id esse speciale, vt quosdam audio, & dixisse & scripsisse, claudicare contractum ex vna parte ob pupilli fauorem, secus vero in alijs, in quibus contractus obligabit semper æqualiter, quia hæc est diffinitio & substantia sua: facile inanem solutionem retundam cum Iuriconsulto Paulo, qui non solum in pupillis, sed in adultis & maioribus contractum & nominatum locationis, vnum solum

contrahentem posse obligare affirmat, vt si verbi gratia, locaui domum pro tempore quo ego voluerim, in hoc contractu adest obligatio ex parte locantis, qui tenetur permittere, me habitare domum omni tempore quo ego voluerim, & ego non sum obligatus ad habitandam domum aliquo certo tempore, nam si finito vno anno exire volo, mihi licebit, Locatori autem non licebit me expellere: vel sic, si domum tuam centum emam, & quousque pretium exoluam, conuentum sit, me contractu locationis domum habere, certè in hoc casu, si fortuito domus pereat, ego damnum sentiam in pretij emptionis & locationis solutione, locator autem ad nihil tenebitur, nec aliquod emolumentum amittet: quia nec obligatur ad remittendam mercedem locationis, cum per se non stet de domum non habitare, nec ad nõ exigendum pretium emptionis, quia per contractum emptionis præcedentem locationi, fuit in me trãslatum dominium, cuius diminutio vel augmentum ad me propter eius rationem spectat, etsi in his contractibus iustis & approbatis à lege, mutua non adest obligatio, sed locator obligatur, conductor autem non sic, vt dicit Paulus, in his proprijs terminis in. l. sicut emptio. 23. ff. locati: abeat igitur Conradus, Sotus & cæteri, qui putant esse de contractus natura, seu (vt nostro lo-

quun-

quantur) essentia, vtramque partem æque obligari, quod præter allata falsius esse docebit idem Paulus in. l. potest et ab vna. 41. ff. mandati. vbi in mandato (qui contractus est & nominatus) asserit obligationem posse existere ex vna parte, & non ex alia, sed quia isti Theologi fuerunt, quorum principalis professio, in obligationum, contractuum, & legum interpretandarum cognitione non versatur, facilius eorum errori erit ignoscendum, tum etiã quia nostrorum iurisperitorum (de quibus nunc agemus, & quorum hoc officium proprium erat) communes etsi falsas sequuti sunt opiniones, quo & iudices in proferendis & prolatis sententijs (quę maioris solent esse præiudicij) communis omnium excusat opinio.

29 Ex nostris vero, quorum crassiori ignorantie non est conuiuedum, plures eorum ne dicam omnes, in similia inciderunt peccata, & vt ab Accursio incipiam (quę alijs semper non sine ratione præpono) in. l. contractus veditio. 16. C. de fide instrument. scholio. i. dupliciter posse considerari contractum arbitrat, vno modo proprie, alio vero improprie, proprie dicit esse contractum, cum vtraque pars æque obligatur, vt docuit Vlpianus in. d. l. Labeo §. contractum, improprie, cum aliquid conuenit inter duos, quod solum vnum obliget, vt donatio vel transactio, quę proprie contractus non sunt, idem re-

petit in. d. s. contractum: Bartolus tam vtrouique, quam in. l. si donationes. 7. C. de his quę vi metus ve causa & in. l. naturalis. ff. de præscriptis verbis. eandem sequitur distinctionem, dicens, quod proprie contractus, non est, nisi cum vtrouique nascitur obligatio. ex. d. l. Labeo §. contractum, improprie autem vocatur contractus, donatio, transactio & mutuum, & c. quod in pluribus alijs locis, cum de contractu in genere, loquendi se illi offert occasio, repetit Baldus, Paulus Castrensis, Albericus, Gumanus, Fulgos, Aretinus Socinus, & Iaso, eandem sequuntur doctrinam, quę apud reliquos, communi consensu recipitur, & quã adeo veram putant, vt in statutis, in quibus verba sunt proprie interpretanda, si fiat mentio de contractu, non posse intelligi asserat, de mutuo, stipulatione, aut donatione, & sic Christophorus Portius. in rubrica institutio. de obligation. tenet, quod si statutum vellent, quod inducatur præscriptio decennio, contra negligentes, petere debitum ex contractu, quod non habebit locum, in mutuo, stipulatione, vel simplici donationis promissione, quia vere & proprie contractus non sunt: quod Baldus & Salicetus in. d. l. contractus C. de fide instrument. Bertachinus cum alijs ibi relatis. in tractatu de gabellis 3. membro. 8. partis principalis, quęstionis. 12. num. 21. ad leges, de contractibus decimã

G 5 vel

vel aliud vestigal exigētes, accom-
modant. ex quorum sententia, de
donatione soluenda non sunt, quā
communem dicit Galiaula. in ru-
brica de verb. num. 122. sed certē
Accursius & Bartolus, cum com-
muni grauitur, Baldus Salicetus &
alia communis grauius, & Christo-
phorus Portius grauiusimē (nisi e-
go fallor) falluntur, nam cum con-
tractus sint verē & propriē, omnes
istae conuentiones, de quibus ipsi
agunt, quod in emptione & ceteris
nominatis procedit secundum
eos, in alijs etiam erit admitten-
dū, vt postea magis probabimus.

30 Baldus (quem vocant nouel-
lum) vir cactis ingenij, in rubri-
ca de verborum obligationibus
quē sequitur Nicolaus Bellonus,
lib. 2. supputationum cap. 2. aliter
hunc. s. contractum declarant, di-
centes, quod propriē & strictē, &
secundum scrupulosam disputan-
di rationem, contractus solus est
is, qui ex vtraque parte est obliga-
torius, vt emptio, locatio, societas,
& ceteri similes, quam tamē scrupulosam
interpretationem, addit
Richerius, illos sequutus in eadē
rubrica num. 45. iura raro admit-
tunt, immo nonnunquam repel-
lunt, nam sub authoritate iuris ri-
gurosi (ait ipse) plerumque perni-
ciose erratur, vt dicebat Celsus a-
dolescens in. l. si seruum. s. se-
quitur. ff. eod. ex eo tamen (aiunt
isti doctores) quod propriē & stri-
ctē, contractus sumptus non sit,

nisi illa conuentio, quē vtramque
partem aequē obligat, non inde
sequitur, quod mutuum, stipula-
tio, & donatio, etsi solum, ex vna
parte sunt obligatorij, vocētur cō-
tractus impropriē, nam inter pro-
priam & impropriam interpreta-
tionem, est dare medium, quod
est nec esse propriam nec impro-
priam, & sic mutuum, stipulatio,
donatio, erunt contractus, non ta-
men propriē aut impropriē, sed
quodam medio, quod nec proprie-
tatem, nec impropriatē habet,
quemadmodum inquit Bellonus,
creditors vocātur, strictissimē &
propriissimē, qui pecunias credi-
derunt, iuxta rubricā C. si aduersus
creditors, id tamen non facit, vt
impropriē vocētur creditors, qui
bus aliquid debetur, ob aliam cau-
sam, iuxta textum in. l. creditors
& in. l. creditorum. ff. de verborū
significatione. sic etiam in mutuo,
stipulatione, & donatione dicen-
dum est, quā quamuis contractus
propriē non sint, vocantur contra-
ctus, & non impropriē.

Sed minus placet hęc istorum
opinio, nam definitio illa contra-
ctus, quam Vlpianus tradidit, nō
est secundum rigorosam & scrupu-
losam rationem, quā sequi, aliquā-
do est erroneū, vt male putauit Ri-
cherius, nec secundum strictam &
propriissimam, ita vt ab alijs exclu-
dat proprietatem, vt dixit, Bello-
nus cū Baldo, nā quod vnū verbū,
nec habeat proprietatē, nec im-
pro

pro

proprietatem, sed sit quoddā me-
dium, inter vtrumq; nec propriū
nec impropriū, vltra id quod nul-
lum legale habeat fundamentum,
methaphysicē, vel per operationē
(quod aiunt) intellectus, id verum
non possum opinari.

31 Petrus Rebuffus in interpretatio-
ne huius legis. versi. nec hic tex. 3.
modo intelligit s. hūc. dicēs, quod
quamuis Vlpianus asserat, contra-
ctū esse vltro citroq; obligationē,
non tamen per hoc negauit, quin
alia conuentiones, quā solum vnā
partem obligant, sint & dicantur
contractus, & respōdens huic tex-
tui, dicit, quod non est nouū, omis-
sum in vna lege, suppleri per aliā:
& sic, id in quo deficit Vlpianus in
hac diffinitione, suppletur per a-
lias leges; quarū nos meminimus
supra, ad probandum, stipulatio-
nem, mutuum & donationem, vo-
cari & esse propriē cōtractus: quod
idem est, ac si dixisset: Vlpianū, nō
recte & sufficienter diffinisse con-
tractum, cum vnā partem eius
substantialē, vt malus iuris diffi-
nitor, per alias leges supplendam
reliquerit, quod vitium, est in defi-
nitione grauiusimū, vt docet Arist.
in Topicis. Bartolus & omnes in,
l. i. s. dolum. ff. de dolo. sed certē in
sufficientior est sua interpretatio,
& ab ignorantia mentis Vlpiani
procedit, nam si intelligeret, quid
voluerit, in illis verbis Vlpianus
docere, profecto nō dixisset, quod
Vlpianus reseruauit, supplementū

huius diffinitionis, contractus, ad
alias leges: nam & qui trium men-
sium spatio, Dialecticē rudimentis
operam nauasset, sic mancam &
truncatam definitionem, alijs le-
gibus supplendam non tradidisset,
nedum Vlpianus, qui Dialecticā,
Philosophiā, & reliquarum libera-
lium artium cognitione, tam erat
sufficienter instructus, quantū ex
eius responsis licet cuique collige-
re, inanis est ergo Rebuffi solutio.

32 Alio & quarto modo, materiā
hanc contractus, declarat Aquili-
nus, omnibus (quos mihi videre
contingit) modernior, in rubrica
de verborum nu. 63. cum duobus
sequentibus: vbi ait, contractum
sumi posse dupliciter, vno modo,
in quantum genus, & sic compre-
hendit omnem actum, seu nego-
rium, quod contrahentes vellint
producere obligationem: & hoc, si
ue ex vna, siue ex vtraque parte, a-
lio & secūdo modo, tanquam spe-
ciem, pro conuentione quā vtrum-
que contrahentem obligat, aequa-
liter, & de ista specie, dicit nu. 64.
loqui Vlpianum in d. s. contractū,

Sed is author, multo peius ceteris,
Vlpianum intelligit, nec satis
Dialecticē in huius rei explicatio-
ne procedit: cum postea, id quod
genus dixerat, speciem faciat, &
vtraque male confundat, & preter
id, quod hęc sua distinctio quam
asserit fuisse Hotomani, de verbis
iuris versic. contractus, legalibus
principijs non sit conformis, Vlpia-

pia-

piani responso, prorsus est diuinatoria, nam cōtractus in genere, & pro vt competit omni speciei, propriè & verè ab Vlpiano hic, diffinitur, & sic omnes istorum interpretationes meritò reijciendas affirmo.

33 Quid igitur est dicendum, cum omnes tam Theologiæ, quàm iurisprudentiæ præstantiores nobis displicuerint? Ego certè qui tamen si ceteris sim, natu minor & ob hoc ipsum; minori fungar autoritate, cum tamen in his perquirendis, maiori diligentie afficiar commodo, aliter & sine vitio Vlpianū sentio interpretandum. Pro cuius intellectus maiori declaratione, aduerto quod Vlpianus in hoc. §. contractum, ex sententia Labeonis voluit docere, proprietate istorum trium verborum, agere, gerere, & contrahere, vel inter ista nomina, seu participia, actum, gestum, & contractum: & sic dicit, quod actus, est nomen generale, comprehendens omne illud quod fit, vel re, vel verbis, habetque sub se, tamquam duas species diuersas; contractum, & gestum: sicque actum, erit genus, nam tam propriè dicitur & prædicatur, de actu qui fit verbis, vt de stipulatione, quam de eo, qui fit re, vt de numeratione pecuniæ creditæ, gestum vero, quod est vna eius species, solum dicitur illud, quod fit re, sine verbis: contractum vero, illud quod fit solum verbis, sine re, & sic posuit exemplum, in

conventionibus nominatis, quæ sine re, absque traditione scilicet fiunt, & pariunt obligationem, vt emptio, venditio, locatio, conductio, societas &c. quare, cum quis numerat pecuniam, vel ad mutuandum, vel ad soluendum pretium emptionis, vel ad implendam conventionem in nominatam do vt facias, non dicitur contrahere, sed gerere: quia gestum, propriè dicitur, quod fit re, contractum autem solo consensu, vel verbis: hoc voluit dicere Vlpianus, cum dixit, actum, verbum esse generale, siue re, siue verbis quid agatur, & posuit exemplum in stipulatione, & numeratione, nam stipulatio fit solis verbis, & consensu, vt constat ex hac nostra. l. 1. vers. ad eò, absque rei traditione, numeratio autem pecuniæ creditæ, non fit consensu & verbis, sed rei interuentu, & sic sub hoc genere actus, posuit has duas diuersas species, contractum videlicet & gestum, & exemplificauit, vt contractum, tamquam vna pars, seu species actus, fit illud, quod fit consensu, & verbis tantum, sine aliquo rei adminiculo, gestum autem, vt alia species actus, consistat solum, in rei interuentu, cum quid videlicet reale, vel fit vel exercetur, fit igitur hic primus intellectus, quod Vlpianus, noluerit diffinire contractum, pro vt idem est quod cōuentio, nam id aliquantulum erat alienum à proposito, magis enim spectabat ad titulum de regulis iuris,

vel

vel ad alios tractantes de cōtractibus, sed solum voluit, exprimere proprietatem, verbi contrahere, & contractum, prout distinguitur ab acto & gesto, & hoc est proprium tituli de verborum significatione cui hæc lex subiaceret, nec illa verba, vltrocitroque obligatio, vt emptio, venditio, &c. quæ videntur præferre, diffinitionem contractus, posuit ad id Vlpianus, sed vt explicaret naturam emptionis, & conductionis, & ceterorum cōtractuum nominatorum, in quibus docendi causa exempla posuerat, quæ conventiones cum sint cōtractus, in quantum solis celebrantur verbis, habent quod vltro citroque obligent, sine rei traditione, & perinde est ac si dixisset, contractus dicitur, id quod fit sine rei interuentu, sed solis verbis, veluti emptio, venditio, locatio &c. quod Græci Synallagma vocant, & est vltro citroque obligatio, idque adiecit per accidens, in quantum exempli causa, fuerat loquutus de emptione & alijs contractibus nominatis, qui solo consensu producunt obligationem ex vtraque parte, non enim qui declarat vim & proprietatem vocabuli, statim eiusdem vim, naturam seu quiditatem explicat, vt si quis v.g. dicat cum Iustiniano, testamentum est testatio mentis, vel cum Paulo, mutuum est quod ex meo tuo fit, vel cum alijs, lapis est quasi lædens pedem, non dicit quod diffinitio & substantia testamenti, est

sola testatio mentis, & mutuum quod ex meo tuo fit, & lapis qui lædit pedem, nam ex eo sequeretur, quod omnis codicillus, quia est etiam testatio mentis, & omnis emptio & venditio, quia ex re mea fit tua, & ex pecunijs tuis fiunt meæ, & omne ferrum vel materia que lædit pedem, sint testamentum, mutuum, & lapis, quod erit absurdum grauissimum, sicut etiam in ea deductione vel declaratione Vlpiani, quoad hoc verbum contractum, non debemus ex eo quod dixerit verbum istud differre à gesto & acto, quod proprietas verbi actus consistat in eo quod fit re vel verbis, & proprietas verbi gestum, consistat in eo solo quod fit re, & proprietas verbi contractum, consistat in eo quod fit verbis sine rei traditione, vt in emptione, locatione & ceteris que vocantur à Græcis Synallagmata, & à nostris vltro citroque obligationes, non debemus inquam colligere, quod propria substantia & diffinitio contractus, sit mutua vtriusque contrahentium obligatio, cum non diffiniat substantiam nominis contractus, prout nos sumimus, sed solum verbi contrahere & eius participij cōtractum, veram & grammaticalem (vt ita dicam) proprietatem, quemadmodum & verbi agere & participij actum, & verbi gerere & participij gestum, naturam explicauit dicens, agere & actum esse verbum generale, ad id quod fit re vel verbis, & gestum

ver

verbū speciale, quod propriè significat id, quod re fit, sic etiam contrahere & contractum, illud propriè dicitur, quod fit sine re, sed solis verbis, vt emptio, venditio, locatio, conductio, &c. alioquin enim si vera & propria esset definitio cōtractus, vltra id in cōueniēs quod dixi sequi, Imperatores videlicet & iurisconsultos stipulationem & mutuum sepe vocantes cōtractus, impropriè & malè fuisse loquutos, cum ex vna tantum parte in eis obligatio nascatur, quod absurdum in concessione reputo, aliud & fortasse non leuius, sed multo grauius meo iudicio ex eodē fonte nasceretur, quod videlicet filij cū patribus, vxores cū maritis, serui cum dominis semper contrahunt, cum semper sint in vltrocitroque obligatione, nā hæc est propria diffinitionis & diffiniti natura, quod ad inuicem semper conuertuntur, si enim v. g. homo est animal rationale, ergo vbi cumq; erit animal rationale erit homo, & vbi cūq; erit homo, erit animal rationale, sic etiam si contractus est vltrocitroque obligatio, ergo vbi cumq; fuerit vltrocitroque obligatio erit contractus, & vbi fuerit cōtractus, erit vltrocitroque obligatio, quod falsum esse in exēplo à nobis posito nullus sanæ mentis diffitebitur: confiteatur ergo oportet, quod Vlpianus non diffinit nomē contractus, prout est quædam conuentio ad obligandum aliquem ce-

lebrata sed solum explicat naturā & proprietatem verbi seu participij contractum, quæ consistit in celebratione alicuius actus, solis verbis, sinè rei traditione: & differentiā eius ab actō & gesto, eo modo quo supra declarauimus. Volo literā Vlpiani hic transcribere, vt videas nostrā interpretationē quantum cōgruat vel discedat à vero eius intellectu, sic ait lib. 10. ad edictū, Labeo lib. 1. prætoris vrbanide finit, quod quædam agantur, quædā gerantur, quædā contrahantur, & actū quidem verbū generale esse, siue re siue verbis quid agatur, vt in stipulatione vel numeratione, cōtractum autem vltro citroque obligationem esse, quod Græci synallagma vocant, veluti emptionem, conductionem, locationem societatem, gestum, rem significare sine verbis factam. Pondera rectè obsecro quàm literæ, noſter sit intellectus conformis: qui si placere non possit, placebit fortasse is secundus. Is autem erit quod Vlpianus cum dixit contractum esse vltrocitroque obligationem, noluerit dicere quod contractus substantia consistat in mutua obligatione, vt omnes perperam & malè existimarunt, sed solum voluit, quod contractus sit obligatio, vltrocitroque id est ex vltroneo contrahentium consensu nata, ita quod contractus, ad sui essentiam requirat duo, primum est, quod habeat vltrocitroque non obli-

obligationem, sed consensum, ita vt omnes contrahentes intelligāt & consentiant in id quod agunt, secundum quod iste vltroneus cōsensus sit ad obligationē inducendam, in vno vel in vtroque; (id enim quod omnes videlicet obligentur æquè, accidens est quoddam cōtractus) & sic, si v. g. ego & tu consentiamus in nouo aliquo legis intellectu, non erit contractus, quia etsi sit vltroneus et simultaneus in vnū duorum consensus, non tamen est ad inducendam obligationē, quod est secundum requisitum contractus: & sic verba illa (vltro citroque;) nō debes intelligere quod referatur ad obligationem, vt sit sensus, cōtractus est actus vltrocitroque partē æquè obligans, sed referenda sunt, ad cōsensus vltroneum, quod faciet hunc sensum, contractus est obligatio vltrocitroque, id est ex vltrocitroque consensu vel (vt breuis loquar) ex vltroneo consensu nata, nam ad contrahendum requiritur simul vtriusque consensus, nam vnus solus secū sine alio nō potest cōtrahere. Et hoc ipsum est quod docuit idem Vlpianus in hac nostra. l. 1. versi. adeo. ff. de pactis, cum ex sententia Pedij dicat nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionem, siue re siue verbis fiat, nam & stipulatio quæ verbis fit, nisi habeat consensum nulla est. Quia cum forma & substantia omnium obligationum sit con-

sensus, eo sublato siue in omnibus siue in vna parte contrahentium corruat actus necesse est. l. 1. ibi nā sine hæredis institutione, nihil in testamento scriptum valet. ff. de vulgari & pupillari substitutione cum alijs, qui intellectus vt apertius videas, quā menti Vlpiani possit recte accomodari, placet iterū aduertere, principale eius intentū in hac lege esse, docere, quid intersit (propriè loquēdo) inter hæc verba & nomina, agere, gerere, & contrahere, & actum, gestum, & contractū, & dicit quod agere est nomen genericum, nam comprehendit actum, qui solum fit re sine verbis, vt est numeratio pecuniæ, & actum qui fit solis verbis sine re, vt est stipulatio, vel emptio, & sic actus continet duas species diuersas, primam gestum, quod est actus re solum celebratus, vt numeratio, pecuniæ, cum enim quis numerat pecuniam, siue ad credendum, siue ad soluendum, siue ad quid aliud, actus ille numerandi distinctus à conuentione præcedenti, vocatur gestum secundum autem, cōtractum, qui est actus solis verbis sine re cōstans, vt emptio, venditio, locatio, conductio, cum enim hæc conuentiones & similes non requirant rei interuentum ad suam perfectionem, vt constat ex l. iuris gentium infra eod. & l. 1. ff. de rerum permutatione, recte dixit Vlpianus, quod contractus vna species actus, verbis solis contrahitur vt emptio, stipulatio

tio &c. Aduertas in super, quod falsi sunt doctores sup. citati. in existi mando, differre à cæteris cõtractibus nominatis stipulationem, quã imppriè loquẽdo cõtractũ dicũt, cum hic textus (si ad illum ipsi aciẽ mentis attentius retulissent) omnia fat clarò fecerit equalia, idcirco tu cautior fies dicens, stipulationẽ cum cæteris cõtractibus nominatis, eiusdem esse rationis, vt colligere poteris, ex verbis ipsius legis, nam cum antea explicasset naturam huius verbi agere, & dixisset actum esse, siue verbis fieret, vt stipulationẽ, siue re vt numeratio nem pecuniẽ, descendens postea ad explicationem specierũ actus, dicit, quod cõtractus, que est vna actus species, est vltro citroq; obligatio, vt emptio, venditio &c. ac si diceret, est actus quidam solis verbis constans vt emptio: gestum autem (quod est secunda species) rem significare siue verbis vt numerationem. Ecce quomodo id quod exempli causa posuerat in genere, stipulationem videlicet, eũ actus verbis fit, postea in specie, in cõtractu videlicet posuit emptionẽ, & venditionem, & alios qui eodẽ modo quo stipulatio, siue re, sed solis verbis celebrantur: ad differentiam verbi gerere & gestum, quod non fit per verba, sed requirit necessariò ad sui essentiam rei interuentum (vt diximus) ad hoc ergo propositum optimè dixit Vlpianus, cõtractum esse vltro citroq;

obligationem, vt emptionem, venditionem &c. id est esse actum: verbis solis constantem, & vltro citroque obligatorium, referens verbũ illud (vltro citroque) non ad obligationem mutuatam, sed ad cõsensum vltro citroq; ita vt sit is sensus. Cõtractus est quædam species actus, constans solo vltro citroque contrahentium consensu, vel verbis sine aliquo rei interuentu, obligationem produciens, differens à gesto quod primum non nisi verbis solis, secundum autem non verbis sed re aliqua celebretur. Vtrumque hunc intellectũ, Vlpiani menti & verbis in §. isto cõtractũ nõ in cõmode putamus retulisse. Tu benè & subtiliter ponderabis vtrumq; & eliges quem magis placuerit.

Hic postremus habere videtur difficultatem in eo, nam si verum est cõtractum esse actum sine re, sed solis verbis celebratum & is obligationem inducentem, vt dicimus, colligetur ex eo, cõtractus innominatos, nec esse, nec rectè vocari cõtractus, nam verbis solis, nec perficiuntur nec celebrantur, sed sola rei traditione, vt constat ex l. i. ff. de rerum permuta. & toto titulo ff. de prescript. verb. Ad quod obiectũ respondemus, quod quamuis eius ætatis tempore, quo stipulationum & pactorum nudorum seu cõtractuum innominatorum differentias, Populus Romanus induxit, cõtractus isti innominati, ex sola conuentione obligationem

tionem ciuilem nullam producerent: produxerant tamen semper, à primordijs ciuilem iuris prudentiã, vt accuratiùs infra lib. 3. cap. 2. quæst. 5. docebimus, & iuris naturalis virtute, quã ius illud mediũ populi non substulit, quorum ratione, cum actus cõtractus innominati obligatoriùs consisteret ex solo consensu, propriè cõtractus dici potuit.

Vltra innominatos autem, quid dicendum est, de deposito, mutuo, commodato, precario & alijs, quæ solis verbis sine re fieri nõ possunt, non ne ista cõtractus sunt, & ex omnibus iurisperitorum principales, vt constat ex l. 7. infra eod. sic certè fatendum est. Quare ergo cõtractum dicis, solum actum verbis non re constantem: & eas conuentiones quæ sola re perficiuntur, etiam sine verbis, cõtractus vocas, non ne repugnantia sunt? videntur certè, non tamen sic sunt. Quare, pro huius & aliorum exacta cognitione sciendum est, quod omnia quæ sunt in vniuerso, & singula de se sumpta, duo in se possunt habere: primum est substantia, secundum est accidens: substantia, est illa propria forma, seu quidditas quæ dat rei esse talem, vel essentia quam indidit illi natura, & qua sublata rem tolli necesse est. Accidens autem est, quod potest adesse & abesse subiecto, præter subiecti illius corruptio-

nem, huius generis sunt omnes voces & vocabula rebus indita, sine quibus res ipsæ & earũ essentia posset conferuari, nã cum pendeat ab hominũ instituto, quotiescumquẽ volent, mutabunt pro libito voluntatis, sine aliqua ipsarum rerũ corruptione. Ponamus exempla vt res magis clarescat, cõtractus emptionis, habet & substantiam, quæ consistit in rei pro prætio pecuniario cõmutatione, & accidens quod est vocari propriè cõtractus emptionis, substantiam emptionis, quæ consistit in rei pro pecunia cõmutatione, non possunt homines mutare, quamuis enim omnes homines conueniant in hoc, quod rei pro re præstatio, sit idem cõtractus, cum eo qui nunc dicitur emptio, efficere non possunt, nam diuersus cõtractus est pecuniæ pro re, & rei pro re præstatio, sola natura rerum inspecta, efficere tamen possunt, sine aliquo incommodo quod permutatio propriè vocetur emptio, & emptio similiter permutatio: nam cum ipsi proprietatem ipsis vocabulis indiderint, poterunt efficere, vt quod olim propriè erat emptio, vocetur modo permutatio, sunt enim hæc quædam cõtractuum accidentia, ex hominum pendentia instituto, quæ poterunt libere eorundem voluntate mutari. Et sic videmus quod olim in legibus duodecim tabularum, omnis cõtractus translatiuus dominij, siue

nomīnatus, siue innominatus, emptio & venditio vocabatur, vt testatur Pomponius in. l. statu liberi. 29. ff. de statuliberis, hodie tamen, cum rei pro pecunia praestationi soli, inditum sit nomen emptionis, & rei pro re permutationis, non recte quis loqueretur, si praestationem rei pro re, emptio nem vocaret, quia proprietates huius nominis (emptio) quae olim proprie, ex hominum instituto, cuiuslibet contractui competebat, ex eorūdem hominum condictione, hodie soli conventioni, in qua praestatur res pro pecunia, competit: sic similiter in contractu sumpto in genere, prout genus est, ad omnes conventiones, habet quidem duo, substantiam & accidens, substantia est essentia seu forma eiusdem contractus, quae consistit in mutuo ad obligandum contrahentiū consensu, hanc quiditatem, manente contractu, non poterūt tollere homines, & sic efficere non possunt, vt illae conventiones valeant, & sint veri contractus, quae sine vnius partis consensu celebrentur, & obligent sic contrahentes, quia sicut impossibile est, hominem ablatam animam rationalem, remanere hominem, quae est propria hominis essentia, sic etiam in contractu, ablato mutuo alicuius consensu, impossibile est, quod remaneat contractus naturaliter, quia sua essentia consistit in mutuo illo ad obligandum consen-

su. Quemadmodum tamen, homines possunt efficere, quod animal rationale, quod modo proprie vocatur homo, proprie vocetur lapis, quia vocari hominem vel lapidem, non pendet à natura, sed ab hominum instituto: sic etiam efficere poterunt, vt quod modo vocatur proprie contractus (quem ego dico, esse mutuum consensum ad producendum obligationem) vel vocetur testamentum, vel delictum. Quia conventio vel consensus ad obligationem, quod vocetur contractus, non habet à natura, sed ab hominum instituto, quod accidens est, & mutari potest, & diuersis rebus proprie accomodari, vt in verbo canis, liber, & alijs æquiuocis considerare possumus, quorum singula, tribus diuersis rebus, proprie ex hominum instituto accomodantur, vt dialectici dicunt, & vt cum nostris agamus, pactum à principio à palmarum percussione est sic nominatum, si credimus Accursio & communi omnium doctorum quae eum sequitur, tam in hac. l. i. versic. pactum, quam in. l. etiam i. versic. percussit. ff. de censibus (et si nos aliter vt infra dicemus) sic illo tempore, sola illa conventio vocabatur pactum, in qua palmarum vel manuum intercedebat tactus, quia proprietates & significatio verbi (pactum) ad solas illas conventiones, in quibus palmae tangebantur, spectabat, postea autē,

autem, discursu temporis & hominum instituto, proprietates verbi, quae ad eas solum pertinebat, accomodata est etiam, omni conventioni innominatae, quamuis si palmae non tangebantur: sic similiter, in verbo (contractus) quia quamuis vera eius proprietates & significatio primaeva, actum verbi solis & consensu, sine rei interuentu gestum dicitur, vt constat ex Vlpiano in hac. l. labeo, accomodatam est tamen, hominum condictione, & diuersi temporis lapsu, ad omnes conventiones quae vel verbis vel rei interuentu celebrantur. Hoc tamen non facit, quin nativa & primaeva contractus significatio, non fuerit exprimere, solum illos actus, qui verbis fiunt, vt stipulatio vel emptio, sicut conventio de permutando, et si palmae non tangebantur, quod vocetur modo verè & proprie pactum, non facit, quin nativa & prior pacti significatio, solum ad eas conventiones pertineret, in quibus manus tangebantur: cum ergo Vlpianus in hac lege labeo. §. contractum, solum proprietatem verbi contractus & primaevam eius naturam & significationem vellet exprimere, non est mirandum, si attenda prior vocabuli significatione, mutuum, commodatum, & depositum (quae sine re celebrari non possunt) contractus non sint, quia verbum (contractus) ex sua originali significa-

tionem, solum actui verbis gesto competebat, sicut & gestum quod vt constat ex iurisconsulto Vlpiano in hoc. §. rem sine verbis factam proprie importat, postea tamen hominum instituto, ad eas actiones etiam spectat, quae verbis solis vt in stipulatione emptione &c. celebrantur: vt patet ex textu in lege ait praetor. 7. ff. de minoribus, & quod modo appellatione verbi gestum comprehendantur contractus, solis verbis constantes, non facit, quin primaeva huius verbi (gestum) significatio, ea solum comprehenderet, quae re sine verbis fierent, vt patet ex eodem Vlpiano in d. l. ait praetor. 7. §. gestum. Non ignoro quantum ista, vt sic noua & longo sermone tractata, vulgi aures possint offendere, cuius proprium est aliorum errori insciè acquiescere: sed cum doctis solum hominibus placere cupiam, qui non verborum contextum solum, sed viuae eorum rationes expendunt, nihilque superfluum & rectè arbitrantur, quod ad tradendam veram rei (de qua agitur) cognitionem necessarium existat, de his tantum, non de illis habendam semper esse in libello nostra duxi rationem.

Ex omnibus his colligere potuisti (candide lector) & intellectum Vlpiani in. l. illa Labeo. tam male hucusque percepta, & definitionem contractus, quae secundum opinionem nostram nil aliud est (quam duorum pluriū ve ad produ-

cedendam obligationem consensus) & hoc intellige, siue in vno siue in utroque, nam accidens est contractui, utrumque obligare, ut supra latius probauimus, cum ergo in donatione, seu promissione de redanda, reperiuntur hæc omnia, nã ad est duorum consensus, & is ad producendam obligationem in promittente, merito ut verum contractum esse regulandum dixi: imo priorem omnibus iurisdictionum, post factam rerum diuisionem, & principaliorum ut aduertit Gregorius Tolofanus lib. 21. Syntagmatum cap. 1. nu. 4. & cum in isto contractu donationis, ad sit fraus in retentione rei promissa, & debita, in quo habet locum iustitia commutativa ut probauimus, non incongruè modo colligim⁹ promissorem, qui re promissa ac proinde debita non reddit, ut violator contractus, & iustitiæ commutatiuæ, ad restitutionem obligari, & sic soluitur non.

36 Nec obstat decimũ, in quo dicebamus, quod si propter aliquam legem quis teneretur obseruare promissionem, præter legem naturalem honestatis, maximè propter canonicam, quæ iubet pacta omnia obseruari, sed propter hæc non, ergo propter nullam, minorem probauimus, nam eo modo quo lex civilis præcipit pacta obseruari in. l. iurisdictionum. §. prætor ait tibi pacta seruabo. infra eod. etiam præcipit & canonica in. cap. 1. de pactis tibi pacta custodiantur, sed lex civilis

per illa verba, non intendit compellere homines ad obseruationem nudorum, ut patet in eadem l. iurisdictionum. §. sed cum nulla, ergo nec etiam canonica: quia respondeo verissimum esse obseruationem pacti nudi, præter naturalem legem iustitiæ, ut dixi supra, non esse de iure canonico, in quantum deducatur actio vel officium iudicis ex. cap. 1. de pactis, ut perperam omnes arbitrantur: sed est eius obseruatio de consuetudine canonica, de prompta à simili ex cap. nouit de iudicijs, cuius decisio peccati reatum considerat, & eius fugam, sicque affirmo libenter quod in cap. 1. de pactis. non solum probatur obseruanda esse pacta nuda, sed & omnino eius contrarium, vestita sola videlicet, ut in eius explicatiõe quã ad librum tertium. c. 9. q. 5. quæ erit in explicatiõe. §. igitur nuda reseruauit, satis forciter & manifestè contra omnes doctores arbitror me probaturũ.

37 Nec obstat vndecimum, in quo sic arguebamus, quoties lex civilis vel canonica irritat materiam contractus, & non obstante legis prohibitione fit, ex tali contractu nulla nascitur obligatio, ut constat in matrimonio clandestino, quod quia sanctum concilium Tridentinum irritauit contrahentium materiam. sessi. 24. de reformatione. cap. 1. nec naturalem producit obligationem, & contractus mulierum vxoratarũ & minorũ quos ad

ad prohibitionem legis cõmuniter dicunt Theologi, nec incõsciẽtia ad eorũ obseruationem obligare, & non solũ istũ, sed et maiorũ contractus, qui à lege aliquo modo contrahere prohibentur, ipso iure sunt nulli, nec obligantur naturaliter, ut patet in prodigijs, quibus bonis est interdictũ, & in his qui contra legis prohibitionem promittunt se soluturos, quæ in ludis prohibitis, vel ultra quãtitatẽ à lege præscriptam amiserint, qui certè secundũ communem eorum opinionem non tenentur soluere, imo si soluerint repetere poterunt, authentica. alearũ vsus. C. de alearũ vsu & aleatoribus: constat etiã hoc in Senatuscõsulto Macedoniano propter cuius prohibitionem, ex mutui receptione nec naturalis oritur obligatio, secundum Venuleiũ in. l. pupillus. ff. de actio. & obligatio. sed leges ciuiles dum contractũ aliquem prohibent, etsi verbis non exprimant, annullant tamen sic contractum, ut tam eum, quã omne quod ex eo fuerit sequutum, pro infecto & nullo haberi velint, ut dicit textus in. d. l. non dubium. C. de legibus. pactum ergo nudum eum à lege ciuili fuerit prohibitum, illi omnimoda actio negata. l. iurisdictionum. §. igitur nuda. infra eod. nec in cõsciẽtia naturaliter obligauit, in hoc argumento plura erant nostra examinatione digna, primum an contractus liciti mulierum & minorum, qui à lege sunt prohibiti contra-

here, quando nulla fraus adest vel dolus, in cõsciẽtia tamen valeant & obseruari debeant, si possint sine alterius tertij præiudicio: secundum an contractus ludorum (ludere ut communiter fit ob lucrum, est verè contrahere & negotiari, si autè ob virtutem eutropeliæ est quali contrahere) si prohibiti sint à lege, teneant & valeant in eodem foro, & qui in ludo promiserit soluere deperdita, obligetur sub peccati mortalis reatu, & restitutionis necessitate ea cui promisit reddere, cũ nulla fraus intercedit. Tertium an pupillus vel promittendo, vel accipiendo mutuã pecuniã, vel aliter contrahendo, si non ciuilitè, naturaliter saltè obligetur: sunt enim plura iura, quæ videtur adinuicem repugnare, quædam negatiua in his ortu naturalis obligationis, alia autè cõciliatiua, ut patet ex d. l. pupillus. ff. de actio & obligatio, quæ nec naturaliter illos asserit obligari, idè probat text. in. l. quod pupillus. 41. ff. de condictio. in debiti. in contrarium autè quod obligetur, est text. in. l. 1. ff. de nouatio. & in. l. si pupillus. 21. ff. ad. l. falcidiam; quarũ omnium explicatiõe cum longam requirat excusationem, illam in presenti omittere constitui, ne quæstionis nostræ principalis, in idistum procedat tractatio, alij commodiori loco reseruans nostram ad illa iura conciliationem:

Argumenti autem nostri solutio, eum pèdeat ab irritatione ma-

terię, quæ propria est legis virtus, & legislatoris potestas, verfabitur principaliter in intelligenda virtute legis in communi, & in tradanda vera interpretatione ad d. l. non dubium C. de legibus, quæ cerno à doctoribus nostris nusquam perfectè fuisse intellectā. Pro quorū maiori elucidatione aduerto, leges ciuiles (si iustę sint) non solū in exteriori, sed in interiori animę iudicio obligare: & potestatem habere efficiendı, vt habiles alioquin natura ad contrahendum, ob causam rationabilem & iustam fiant inhabiles, irritando seu annullando cōtrahentium materiam, quod impedit ortum naturalis obligationis, vt notat rectè Bartol. Imol. Alexand. Iaso & omnes. in. l. cū lex & in. l. si quis pro eo ff. de fideiussoribus. nam Principes & Reges à Deo vel republica rectè constituti, & eius tractandis gubernaculis præfecti, potestatem habēt à Deo & communitate, conseruandi rei publicę statum florētē in pace, quiete, & tranquillitate, & ponendi media omnia ad bonum publicum & commune, id circoq; possunt vetare, prohibere, punire, & imperare, quidquid adhūc finem spectet. vt probat text. in. l. virtus legis. ff. de legibus. c. omnis 3. dist. sed aliquando hæc pax in repub. & bonum totius conseruari non potest, si commodæ patrimoniorū & pecuniarum dispensationi (quę belli nerui & pacis sustentatio à

Cicerone & alijs Philosophis moralibus meritò nuncupatur) non fiat prouissio, contractibus aliquarum personarū prohibitis, quæ maiori ex parte solent incautè & imprudētē, cum maxima reipub. pernicię, patrimonia profunderē, faciendoquē contrahentium personas omnino ad contrahendum inhabiles, ergo quoties recta moralis ratio id ex postulauerit, Reges vel Principes supremi, materiam contractuum & obligationum poterūt irritare, vt nec naturalis oritur obligatio, vt de matrimonio clandestino diximus supra. Igitur cum lex ciuilis pacta nuda reprobauerit, omni actione & adiuumento negato, nec naturalem producent obligationē, quod apud me cum constat de ea legis voluntate nūc & semper indubitatum fuit, nec quemque de eo dubitare posse arbitror, qui legis virtutē, & Principum potestatem a Deo & republica concessam, attenta animi cogitatione lustrauerit.

Quod tamen habet aliquam iuris ambiguitatem, id est, an quodcumque vel canonica vel ciuilis lex, aliquem contractum prohibuerit, vel personam contrahere vel contractui negauerit actiones, sine aliqua huius irritationis vel annulationis mentione, censetur statim irritasse materiam contractus, vt hinc colligere possimus naturalem nasci vel nō nasci obligationem, & primo aspectu videtur

tur certe quod materiā irritet, & actum annullat, ex his quæ Imperatores Theodosius & Valētinus constituerunt in d. l. non dubium, sic dicentes (nullum enim pactum nullam conventionem, nullum cōtractum, inter eos videri volumus subsequutos, qui contrahunt lege contrahere prohibente) & postea subdunt (vt ea quæ lege fieri prohibentur non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator tantum fieri prohibuerit nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factū est & quidquid ex eo fuit subsequutum &c. quæ Imperatorum verba vidētur aperte demonstrare, suæ esse intentionis, vt quotiescūque leges cōtractū aliquem prohibeant, maneat irritata & annullata contrahentium materia, & impeditus eius effectus qui ortus est naturalis vel ciuilis obligationis, hoc est principale fundamentū eorum Theologorū, quos sup. in principio capitis secundi dixi, tenere, ex pacto nudo nec naturalem nasci obligationem, cum lex ciuilis quæ potestatem habet impediendi ortum huius obligationis, impediērit, pacta nuda irritando, irritauit autem cū ea reprobauit omnis ciuilis actionis & adiuuētī denegatione. l. iuris gētium. § igitur nuda. infra eod. cum alijs & huius legis non dubiū C. de legibus. argumento.

38 Sed mihi hanc Imperatorum dicissionem altius ponderanti, nec

probare videtur conclusionē, quæ Accursius Bartolus, Baldus, Paulus, Salicetus, Iaso & cæteri ex ea communiter deducunt, nec istorum grauissimorum Theologorū opinio aliquo modo potest placere, cum eorum argumentum sit aliquantulum à ratione bona colligendi remotum: nec congruum propositio vt postea probabo, volo enim prius. d. l. non dubium interpretari, & sic aduerto pro eius explicatione, quod ibi non tractatur de tribus, quæ glossa in primo scholio. Bartolus, Iaso & communis deducit, de actu videlicet qui fit contra legem, & de actu in fraudem legis, & de actu committendi in legem, nam textus nec expresse nec tacitè hanc distinctionem triplicem facit, nec eam (si mē animus & memoria non fallit) in toto iure ciuili reperies probari, sed bimembrem tantum, de actu videlicet qui fit contra legem, vel in fraudē legis committere, si mihi non credis credas iuriscōsulto Paulo lib. singulari ad l. Cinciam, & refertur in. l. cōtra legem. 29. ff. eod. vbi sic ait, contra legē, facit qui id facit, quod lex prohibet, in fraudē vero legis facit, qui saluis verbis legis sententiā eius circumuenit, idem dixit Vlpianus in. l. fraus. 30. ff. eod. ibi fraus enim legi fit, vbi id fit, quod fieri nolit, fieri autem non vetuit, & quod distat ἢ τὸν νόμον διατελεῖς id est dictum vel expressū in verbis, à sententiā & mēte legis.

legis, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit, cum ergo quod appellat hic Paulus & Ulpianus facere in fraudem legis, quod est, saluis verbis legis, sententiam eius circumuenire, idem appellent Imperatores in d. l. nō dubium committere in legem, ut constat ex eius principio ibi (non dubiū est committere in legem eum, qui verba legis amplexus, cōtra legis nititur voluntatem) non male Bartolum & ceteros errasse affirmamus, in colligenda illa triplici distinctione, cum si vna vel saltim duplici vterentur & meliorem & clariorem tradidissent doctrinam & conformiorem iuribus quæ interpretabantur.

Nec minus peccāt hi patres, in existimando. d. l. non dubium tractare de actibus qui fiunt contra le-

gem, cum meo iudicio, nec vllum verbum fiat (si rectè expendatur) de actu contra legem: sed solū agitur de contractibus vel conuentionibus, vel quibuscumq; alijs actio- nibus, quæ in fraudem legis fiunt, vel quod idem est, in legem committuntur, ut patet ex principio, ibi non dubium est eū in legem committere, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem & ibi (qui se contra iuris sententiam sola prerrogatiua verborum fraudulenter excusat) quod ut clariùs veritati consonum probemus, & verum illius legis intellectum incognitū adhuc omnib⁹ assequamur, ad integram epistolam seu rescriptum Theodosij & Valētiniani Imperatorū oportebit recurrere: ex eo enim id apertissimè constabit sic enim rescripserunt.

IMPERATORES THEOD. & Valent. A A. Florentio P.F.P. Orientis & Exconsule.



Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem. Nec poenas legis insertas euitauit, qui se contra iuris sententiam sola prerrogatiua verborum fraudulenter excusat. Curiales ne ad procurationem rerum alienarum accederēt, cautum est prouidentissima sanctione, cuius in fraudem conducendi eos sibi met⁹ usurpare licentiā sublimitatis tuæ suggestione comperimus. Quos licet pristina legis laqueis irretiri decernamus, conductionem namque speciem esse procurationis certissimum est: attamen ne sub fraudis suæ velamine, legis lateant contemptores, neue eis fucata suæ calliditatis excusatio relinquatur: hac perpetua lege valitura sancimus, conducendi quoque fundos alienos licentiā curialibus amputari, locatas res fisci viribus vindicari. Conductor itaque locatori, vel contra locator eonductori contra hanc legem nulla tenebitur actio. Nullum enim pactum, nullam conuentionem, nullum cōtractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam nouellas trahi generaliter imperamus,

ut

ut legislatori quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis licet voluntate colligere. Hoc est ut ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile debere esse quod factum est. Sed et si quid fuerit subsequutum ex eo, vel ob id quod interdicens factum est lege, illud quoque cassum atque inutile esse perspicimus. Sed quo omni fraudis semine, per hanc legem curialibus radicibus amputetur, nec p̄dem suam pro conductoribus fundorum interponere concedimus curiales: cur enim conductione prohibetur, si conductionis periculum vel sollicitudo permittitur. Secundum prædictam itaque regulam, quam ubique seruari factum lege censuimus, certum est nec stipulationem eius modi tenere, nec mandatum vilius esse momenti, nec sacramentum admitti, nec actionem quolibet pacto aduersus eum fideiussorem competere locatori. Florenti Præfæcte charissime Augustorum, Illustris itaque & magnifica autoritas tua prouidentissimè constituta, edictis propositis ad omnes prouincias perferri præcipiat. Dat. xvij. Id. April. Constantinop. Theod. A. X. V. COS.

Hoc habetur in libro legum Nouellarum Theodosij, tit. 4. qui est post Codicem Theodosianum, cuius literam duplici ratione transcripsi. Prima, ut qui codicis Theodosiani volumine caret, perspectam habeant & cognitam condendam illius legis occasionem, quod nec huic nec alijs legibus interpretandis erit inutile. Secūda, ut opinionem nostram, quod illa de actibus factis in fraudem solum intelligi debeat, magis ac magis confirmare: casus enim illius legis hic fuit. Cum lege Theodosij vel aliorum Imperatorum præcedentium sancitū esset, ut curiales seu decuriones (idem enim sunt qui cōsiliij publici fiunt participes) nullam rerum alienarum tractationem seu procurationem susciperent, alienum enim id videbatur à personis publicis, in eius fraudem quidam curiales prædia conducebant aliena, vel pro conductione se fideiussores prestabant, dicentes se sic à procuratore rerum alienarum abstinere

re. Florentius autem Præfæctus Prætorio Orientis, cum huius fraudis velamine, leges contemni prospiceret, de ea re Imperatorem Theodosium certiorē fecit, qui cum & merito duceret, conductionem & fideiussionem pro alienis prædijs, in effectu rei alienæ tractationem esse, & procurationē, ne hæc fucata suæ calliditatis excusatio, tamen hoc quam in ceteris aliarum legum casibus relinqueretur, hoc Imperatoris rescriptum ad eundem Florentium in responsione missum fecit promulgari, quo nouè stabiluit, ut sicut in hac curialium conductione in fraudem mentis & intentionis legis facta, contractus tamen quam vere & realiter contra legem factus sit nullus, sic similiter reliqui qui in fraudem æque aliarum legum committuntur, nulli ipso iure censerentur, etiam si Imperator in lege id expressis verbis non docuisset, quod non solum ad Nouellas seu præsentēs, sed ad veteres etiam constitutiones (quæ sine hac clau-

fula editæ fuerant trahi generaliter imperavit. An autem hac noua declaratione opus tunc fuisset, potest accuratius explicabimus.

Si autem obijciantur verba illa (nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente) quæ videntur agere de contractu, qui fit contra legem? respondebis id verum non esse, nam illa intelligenda sunt secundum alia verba immediatè præcedentia, quæ loquuntur in fraudem legis commissis ut patet, præter seriem & casum textus iam supra à nobis traditum, & explicatum, ex verbis eiusdem ibi (nec pœnas insertas legibus euitabit, qui se contra iuris sententias seu à prærogatiua verborum fraudulenter excusat) & etiam secundum immediate subsequentiâ ibi (quod ad omnes legum interpretationes tam veteres quàm noue illas trahi generaliter imperamus) Ecce quomodo loquitur de actu in fraudem legis commissio, non contra legem, quod docuit in illis verbis (legum interpretationes) non enim dixit quod ad omnes leges, sed legis interpretationes, ut ostenderet se agere de eo qui facit contra mentem legis, & non contra verba, est enim interpretatio tacitus legis sensus, non verbis, sed mente & intentione legis comprehensus, ut constat. ex. l. ita fidei commissum. 40. ff. de iure fisci. ibi (qui non tantum le-

gem sed & interpretationem legis quæ circa tacitum fidei commissum habetur, circumuenire voluit, alia autem verba in dict. l. non dubium quæ videntur probare eam agere de contractibus contra legem. ibi (ut ea quæ lege fieri prohibentur) & ibi (licet legis lator fieri tantum prohibuerit) & ibi (interdicente lege) & ibi (factum lege prohibente) debet sine dubio referre, ut ex principio generali legis & secundum quod media & finem legis debemus interpretari, ut docet expresse Paulus in. l. regula. s. & licet. ff. de iuris & facti ignorantia. ad ea quæ legislator fieri prohibuit, non expressis verbis, sed tacito sensu & interpretatione, quod perinde haberi debet, ac si verbis expressis prohibuisset, ut verbi gratia. si lex dicat quod nullus maritus uxori, nec uxor marito constante matrimonio faciat donationem, certè si non donent, sed vendant ita vilis iusto pretio, ut maior pars donetur, quamuis contractus emptionis & venditionis non sit prohibitus, quia tamen is fit in fraudem legis, quæ gratuitas inter virum, & uxorem præstationes voluit prohibere, ne mutuo amore ad inuicem spoliarentur, concordiaque maritalis pretio videretur conciliari, quæ per has fictas venditiones contra voluntatem legis, re & opere præstatur: perinde est in effectu, ac si lex prohibuisset expressis verbis, contractus hos emptionis & venditionis fieri, & qui sic

con-

contrahit, tam certo contra legem facit, ac si contra verba expressa legis fecisset. Ut probat textus in. l. si quis donationis. 38. ff. de contrahenda emptione. l. si sponsus. s. s. circa. ff. de donatio inter cum alijs. Ethoc est quod significat verba illa (lege contrahere prohibente) cum ceteris supra relatis & hic tandem erit verus intellectus ad. d. l. non dubium.

Sed dicet aliquis, quod cum nihil interesse videatur, an contra legem, an vero in fraudem legis fiat, cum utroque modo intentio & voluntas legis peruertatur, perinde habendum esse pro nullo, quod contra legem, sicut quod in fraudem legis committitur, & à fortiori, cum magis delinquere videatur, qui palam & directo contra legem facit, quàm qui tacite delinquit & clam, & per circuitum, legis voluntatem defraudat: cui respondebis, quod modo non agimus principaliter, an id quod contra legem fit, sit nullum, de hoc agemus postea, sed solum de vero intellectu textus in d. l. non dubium, in quo de solo actu in fraudem legis commissio tractatur, nec querimus, an grauius peccet, qui contra legem, vel qui in fraudem legis committit, nam apud me certè indubitati iuris est, magis regulariter peccare eum, qui fingendo se obedire legi, defraudat legem, quam qui directo & palam facit contra legem, moueor ex textu singulari, qui hoc mihi videtur

expresse dixisse, in. l. ita fidei commissum. 40. ff. de iure fisci. ibi. Imò in priori specie maiorem fraudem ex cogitasse videtur, quod non tam legem circumuenire voluit, sed et interpretationem legis, quæ circa tacitum fidei commissum habetur: textus est etiâ ubi id notat Accursius & ceteri in. l. officiales. C. de Episcopis & Clericis Et D. Hieronymus in. Esaiam. c. 12. id confirmat dicens, quod in comparatione duorum malorum, leuius est aperte peccare, quàm sanctitatem simulare, inquam sententiam facit quod Plutarchus refert in lib. de sera numinum vindicta, Téspesium quemdam quia morte surrexerat asserere, apud inferos eos qui manifeste peccauerat, palamque flagitia perpetrarant, non tam accerbè plecti, quam qui clam iniuste vixerant, prætextu quæ ac opinione virtutis delituerant, cum ergo non sit eadem ratio, de actu qui fit contra legem, ac de eo qui in fraudem legis committitur & Imperatores in d. l. non dubium, solum de actu qui fit in fraudem legis tractarint, quem in foro exteriori, ac si verè contra legis scripturam essent, pro nullo iubent habendum, non licebit ad eos actus qui fiunt contra legem eandem decisionem extendere, cum maior sit ratio prohibitionis in eo qui simulans se obedire legi, defraudat legem, quam qui directo & palam facit contra legem ex superioribus.

Sed

Sed ex his videris cōcludere, dicet aliquis, quod actus factus contra legem valeat, & si possit postea rescindi, actus tamen in fraudem legis nullo modo valere, quod ab sonum certè & omnium doctorū sententiæ videtur contrarium? cui respondemus, quod licet actus cōtra legem facti, demus quod sint nulli (an verè sint nulli alterius erit propositi) non tamen erunt nulli, ex decisione huius legis non dabitur, sed aliarum si quæ sint, cum textus iste, de actibus in fraudem legis commissis solū tractet, quos præcipiūt Imperatores, quia clausula aduersus in fraudem commissa, illo casu adiecta non erat, nihilominus tamen in foro & iudicij nullius esse momēti, & ad alias legum interpretationes ampliari: quid igitur dices de actibus contra legem factis: valere debebunt in vtroque foro an non?

Pro præstantiori huius difficultatis resolutione, aduerto, quod & si leges ciuiles potestatem habeant annullandi quoscumque contractus, ita vt necciuilis in exteriori, nec naturalis in interiori animæ iudicio oriatur obligatio, vt supra docui: in dubio tamen non debemus censere, quod quotiescumq; prohibet actum vel contractum, statim irritet eius materiam & obligationem, non enim solent hoc efficere, nisi magno animarum periculo urgente, vt de matrimonio clandestino dixi supra, vel grauissi-

mo politicæ gubernationis defectu, & necessitate: solum enim cū prohibent contractum, vel annullāt, quoad forum ciuile & exterius est intelligendum: poterit ergo pater meliorare filium ultra tertium & quintum bonorū, ita vt valeat melioratio in animæ iudicio, donec à iudice rescindatur, contra legem regiam id prohibentem? videtur certè quod sic, nam si prohibent valere meliorationes quoad solū forum exterius, vt nos dicimus, in interiori quousque à lege nō rescindantur, valebunt. Ego tamen contrarium cenfeo, nec meæ opinioni repugnat, nā leges considero, in duplici differentia, quædam enim sunt, quæ priuatam tantū, aliæ quæ publicam, vel alterius tertij utilitatem principaliter respiciunt, leges omnes quæ principaliter in propriam utilitatem sunt inductæ, poterit quilibet renūtiare, imo cum contrahit cum alio, ne sequatur inæqualitas & iniustitia in contractu, debet & tenetur renūtiare, si contractus sit onerosus, & sic arbitrator, quod mulieres vxoratæ, dū modo in maritum non redundet incommodum, & minores dum nulla contrahentium cū illis fraudis adfit, vel dolus, tenentur in conscientia obseruare suas conuentiones & contractus, nam lex quæ dicit eos non valere, in exteriori iudicio est intelligenda, dum de cōtrario nō constet: vult enim lex sic prohibendo mulierum vel minorum

rum

rum contractus, præsumptæ fraudis & deceptioni ex eorum facilitate ortæ prospicere, & deterrere dolosos & fraudulentos à talibus conuentionibus, cum vero hæc abunt & in tertium nullum redundat incommodum, iustissimè de lege præsumimus, eam in interiori animæ iudicio contractus non annullasse, & sic illi tenebuntur eos obseruare.

Leges autem, quæ respiciunt publicam utilitatem, vt sunt leges præscribentes pretium rebus singulis, & aliæ huiusmodi, & leges quæ in alterius fauorem & utilitatem sunt inductæ, vt sunt leges quæ patrem ultra tertium, & quintum, vnum filium meliorare in aliorum detrimentum prohibent, non poterunt priuari, sine illorum consensu renūtiare, cum renūtiatio non cadat, vbi non est fauor, non autem est fauor, cum non de proprio, sed alieno commodo, vel incommodo agitur, & sic si (vt ita loquar) his legibus renuntiet, ad restitutionem omnium eorum bonorum, quæ privilegiatis adimuntur, arbitrator eos teneat, peccato illo mortali in aliorum præiudicium admisso, & his solis duabus regalis totam legum in hoc articulo materiam, existimo comprehendere, cum simus in casu dubio est intelligendum.

Ad pactum igitur nudum accedamus, quod Theologi dicunt (omitto hic nostros eiusdem opinionis, quia hoc fundamento non nituntur) nec naturaliter obligare, ob

prohibitionem legis, quæ colligitur ex denegatione actionis. Quæritur modo verum sit nec ne? Nam sola istorum auctoritas posset, multos re non bene perspecta, in errorem grauem inducere: cui breuiter respondemus, eorum opinionem falsam videri, & à legum ciuiliū examine, & bona arguendi ratione aliquantulum alienam, nam cum videant pactorum nudorum obseruationem, à lege improbatam, denegatione actionis, sic colligunt, omnia à lege ciuili improbata, si fiant, sunt ipso iure nulla, nec obligant in conscientia. dicit. l. non dubium. C. de legibus. eo modo intellecta quo communis intelligit, sed ius ciuile pacta nuda improbat, ergo tanquam nulla & inutilia pacta irritata à lege ciuili, nec naturalem producet obligationem, minorem hanc quod pacta nuda lex ciuilis improbet, sic probant, nam si quis paciscitur pactum nudum cum alio, & vult eum compellere ad obseruandum, & petat actionem à lege, lex ciuilis & actionem denegat, & petitorē repellit, improbat igitur ea, cū posset obseruari facere, si vellent, nec faciat sed prohibeat actione negata. l. iuris gentium. s. igitur nuda. cū alijs hoc eod. tit. sed certè colligendi ratio bona non est, nam nō semper, quando lex ciuilis, vel canonica actionem denegat ad alicuius rei petitionem, vel rescissionem cō-

liberāt aliū ab obligatione restituēdi, vt videre poteris in deceptione vltra dimidiā iusti pretij, non. n. ex hoc q̄ lex canonica & ciuilis deneget actionē ad rescindendū contractū, liberāt deceptorem ob obligatione restituendi, id in quo aliū cōtrahentē decepit, & faciunt nullā in animā iudicio petitionem decepti, vt optimè docet. D. Thom. 22. quæst. 77. art. 1. ad. 1. Couarru. regul. peccatum. 2 part. §. 4. num. 5. versic. præsertim, nec si lex ciuilis, & canonica deneget actionē aduersus ingratos, videtur ex eo irritare obligationem moralem, & naturalem cōpensandi acceptū beneficium, ita vt qui contrarium fecerit, non peccet, & aliquando mortaliter, vt idem sanctus Doctor. 22. quæst. 107. articul. 3. docet, habent se enim leges circa pacta nuda, & deceptionem intra dimidiam, & aduersus ingratos, non prohibitiuè, sed mere negatiuè, id est non prohibendo fieri & obseruari, nec si fiant iubendo obseruari actione data. Sed habent se, vt quodā mediū inter hæc, omittendo prohibitionē & obseruationē causis à nobis iam relatis.

Et quamuis hoc illis liberè concedamus, pacta videlicet nuda legem ciuilem prohibuisse (concedamus hoc, illis nunc) non tamen ex hoc sequitur pacta nuda (si fiant) naturaliter non obligare: nam textus in dict. l. non dubium, quod est præcipuum eorum fundamētum, quæ annullat actus contra legem

factos, iam dixi supra, loqui solum de actibus in fraudem legis commissis, non autem contra legē, & quamuis demus etiam illis, quod loquatur de actibus contra leges commissis, & eos faciat irritos inanes & nullos, nihil tamen contra nos faciet, nam id dum de contrario non constet, est intelligendum quoad obseruationem exteriorē, & compulsionem, vel forum iudiciale, quo in casu, volunt leges in fraudem vel contra legem promissa, pro nullis habēda. Et quod illa lex loquatur quoad forū exterius solum, ex verbis eiusdē textus, colligi potest. ibi nec pœnas insertas legibus euitabit, qui se contra iuris sententiā sua (vel vt alij, codices habēt) sola prerrogatiua verborū fraudulēter excusent, de foro igitur exteriori loquitur, vbi accusatus qui cōtra legē fecerit, reddit excusationē, de stricta verborū proprietate recte obseruata, male tñ & fraudulēter intellecta: quæ excusationē dicitur non valere, vt euitet pœnā legis, & postea subdit. Nec contractus valeat, q̄ confirmari potest ex alijs verbis. ibi. Sed pro in factis etriā habeantur (quæ cū fictionem & impropriatē significant, vt cōmunis est & vera opinio, de verbo cēferi, haberi, & reliquis similibus, idē erit ac si clarius dixissent, & si actus isti aduersus legē facti in iudicium deducantur, quamuis verè & naturaliter actus sint, ad hoc tamen, vt effectum aliquem operentur: in iu-

re

re, fingantur vel habeantur vt nulli. Fictiones autem istæ à iure ciuile inductæ, contra eos qui malitiose aliquid aduersus leges moluntur, in exteriori foro procedunt, in interiore autem iudicio anime, vbi veritas solum inspicitur, habere locum non poterunt.

Sed opponet nobis & acutè lector, quærendo sic: non ne certum erat, quamuis hoc Imperatores nō statuissent, pacta, conuentiones, contractus, & reliqua cōtra leges facta, in foro iudiciali inuvalida, & inutilia esse futura, vt constat ex. l. iurifgentium. §. Prætor ait, & §. generaliter infra hoc titul. de pactis. & l. si quis in quili nos. §. final. ff. de leg. 1. cum alijs? Quare cum leges nouiter institutæ, aliquid etiā nouum debeant operari (leges enim vt alibi inquit Baldus) non debent feruire deuento) opus fuit hac Imperatorum repetitione, eius quod iam alia lege certum, & expressum erat: videtur enim inutilis, & frustatoria eorum decisio? Cui nouiter illato vulnere, nouum volumus habere remedium, vt omnia noua fiant, & qui veterum solum nituntur autoritate, quam ingenio suo, de illorum doctrinis opinionem acceperunt, in harum & aliarum legum explicatione, eam cognito suo errore deponant, & acquiescant tandem melioribus inuentis. Pro cuius maiori & exactiori intelligentia, prænotare oportet, quod olim apud Romanos, in

legibus ferendis, ea consuetudo vel lex percrebuit familiaris, vt si aliquid senatusconsulto, plebiscito, edicto prætorum, decreto vel constitutione Principum, vel alia quacumque legis specie, prohiberetur, esset necessarium, omnia illa in lege expressis verbis declarare, quæ post legumlationem, obseruari præcisse voluissent eius conditores, & si non exprimebantur, etiam si actus fierent aduersus legem, & eius principalem intentionem, verbis illam fraudantes, sic validi & vtilis remanebant, ac si in casu illo lex numquam lata fuisset, & si pœnam certam, cum certa & præscripta erat, vel incerta cum arbitrio iudicis id relinqueretur, puniri potuissent. Quod deduxi ex Vlpiano in fragmentis. titul. de legibus in principio, vbi cū de defectibus, qui in legibus reperiuntur, generaliter tractare voluisset, adduxit in medium vnum, quo præfente imperfecta reddebatur quacumque lex, vel constitutio, & hoc exemplo legis Cinciae comprobauit. Erat autem lex Cincia (vt hoc non ignores) lex quedam de donis & muneribus, à Marco Cincio Tribuno plebis lata, Marco Cornelio Cethego, & Marco Sempronio Tuditano Consulibus, anno ab vrbe cōdita. 549. eius suassore Quinto Fabio Maximo, ne videlicet quicquam certum modum in donatione facienda excederet, de qua infra libr. 3. cap. 9. quæst. 5. in explicatio-

ne. §.

ne. §. igitur nuda tractabo latius: sic igitur ait Ulpianus (Imperfecta lex est veluti Cincia, quæ supra certum modum donari prohibet, exceptis quibusdam cognatis, & si plus donatur: ut non rescindit) Et postea immediatè legis Furia testimonio id apertius confirmavit (minus quam perfecta lex est (inquit) quæ vetat aliquid fieri, & si factum sit non rescindit, sed pœnam iniungit, ei qui contra legem fecit, qualis est lex Furia testamentaria, quæ plusquam mille assium, legatum, mortis ve causa prohibet, capere, præter exceptas personas, aduersus eum qui plus ceperit, quadrupli pœnam constituit) idem voluit libr. 3. ad legem Iuliam & papiam relatus in l. aliud est fraus. 131. ff. de verborum significatione, dum ait, pœna nõ irrogatur nisi quæ quacumque lege vel quò alio iure specialiter huic delicto imposita est. Sic Macrobius in somnium Scipionis ad finem inter leges (ait) illa imperfecta dicitur, in qua nulla deuiantibus pœna sancitur, quo respexit Titus Liuius. libr. 10. de Valeria lege loquens (Valeria lex (inquit) eum qui prouocasset, virgis cædi, secumque necari vetuisset, si quis aduersus ea fecisset, nihil ultra quàm improbè factum adiecit, id qui tunc pudor hominum erat, visum tum credo, vinculum satis validum legis: Quibus exemplis clarissimè (vt arbitror) constat, veteres Romanos, in legum promulgatione, ea exprimere fuisse

se solitos, quæ strictim postea voluissent, & debuissent solum obseruare: si autem ex illis, aliquid omitteretur, postea præstari non poterat, nisi alia lege, vel sanctione adderetur. Et in hoc versabatur (vt existimo) subrogationis officium, de quo in suis fragmentis eod. titul. 1. Ulpianus meminit, nam subrogari legi, illico esse ait, quod est legi primæ aliquid addi, ante id autem (vt dixi) nihil veniebat in obseruatione legis: quod verbis non fuisset expressum, tantum literam legis æstimarunt Romani. Quare si lex in sanctione (quid sit sanctio postea dicemus) vetaret solum, aliquid agi, contra legem, & actum (si fieret) annullaret, non intellegitur hæc lex procedere, in casu quo quis saluis verbis legis, contra legis intentionem operaretur: nam quod fraus legi nõ fieret, in lege nõ erat expressum, & sic in legis obseruatione nõ comprehendebatur. Quæ de causa, in plurium legum fragmentis videmus, non solum prohiberi actum, vel factum contra legem, sed in fraudem legis similiter vt constat ex l. iuris gentium. §. Prætor ait infra eod. vbi cum Prætor dixisset, se pacta conuenta, quæ neque dolo malo, nec aduersus leges, plebiscita, senatus cõsulta, & dicta, decreta principum, facta fuissent seruaturum: addit, neque quò fraus cuiquam eorum fiat, quia in primo membro, quo comprehensa fuerant facta contra leges, non contineba-

tinerebatur, secundum, de factis in fraudem legis, si verbis non exprimeretur, vt exprefit. Et hac potissimum de causa necessaria fuit generalis illa constitutio Theodosij, & Valentini, in. d. l. non dubium, quæ secundum nostram opinionem, actus factos in fraudem legis annullarunt, & generaliter trahi tantum ad præsentem, & futuras, leges seu legum interpretationes voluerunt, quamuis expressis legislatorum verbis, id nõ declararetur, quia sine hac noua illorum constitutione, quæ fierent in fraudem legis, perinde valebãt, ac si secundum literam, & intentionem legum facta fuissent, quia (vt dixi) nihil contra leges factum existimabatur, quod contra verba expressa legis admisum non reperiretur. Cuius consideratione, in legibus antiquis videmus (quarum non nullas reliquias, tempore antiquitatis penè obsoletas, refert erudite Brissonius lib. 2. de formulis & solennibus populi Romani verbis) tot minutim exprimi, vt merito possis dubitare, an laudandum sit studium, cura, & diligentia, in explicandis, & exponendis tot minimis, quoad casum decisum, in lege, ne vllus postea dubitandi de intentione legislatoris iudicibus relinqueretur locus: an vero accusanda prolixitas, quo illa omnia, sic late prosequuntur, vt videre est, in exemplis relatis ab eodem Brissonio, quæ nos ne graues, & molesti reddamur lectori, nunc libenter ommit-

temus, illorum tamen prolixitatè hac vtilitate (quæ magis ad nostrum spectat propositum) satis compensabimus. Explicabim' enim distinctius, & clarius, quæ Romani post legis lationem, seu positionem aduersus eius temeratores, seu violatores constituebant, post legem ergo latam, in qua intentio legis latoris solùm, siue iuuetis aliquid, siue vetantis continet, vna ad finem addebatur particula, quæ sanctio vocabatur, propter quæ leges sancte sunt nuncupatæ, id est sanctione quadam subnixæ, vt docuit Ulpianus, in l. sacra loca. §. ff. de rerum diuisione. & Iustinianus, in §. sanctæ quoque res. in st. eod. titul. idè autem illa pars sanctio est vocata, quia in ea, pœna aduersus violatores legis erat sancita, seu promulgata, vt refert Sextus Pompeius Festus, in verbo, sanctum, siue vt alij, pro vt idem Festus refert, in verbo sacratæ leges, quod in sanctione hac, vbi pœna apponebatur, sacros homines fieri, si contra legem facerent, à principio erat stabilitum. Sacer vero homo, is dicebatur, vt inquit Festus in verbo sacer mons, quem populus iudicauit, ob maleficium, neque fas est eum immolari: sed qui occidit, parricidij non dånatur. Nam lege tribunitia prima cauetur, si quis eum, qui eo plebiscito sacer sit, occiderit, parricida ne sit, parricida autem nõ qui patrem, sed qui quemcumque hominem occiderit, significat. vt apud eundem Festum videmus

scriptum, in verbo parrici quaestores: quod verbis cuiusdam legis Numae Pompilij confirmat, quae sic aiebat, si quis hominem liberum, dolo sciens morti duit, parricida esto: ab eo igitur, quod a primis incunabulis, quibus leges scribi ceperunt, earum transgressori, poena est statuta, ut facer fieri, hoc est ut impune homo occidi posset, & qui occidisset cedis crimine minime teneret: pars finalis, in qua poena haec apponebatur, sanctio fuit vocata, ut plurimorum exemplorum relatione, à Festo, Seruio, Liulo, Dionisio Halicarnaseo, Plutarcho, Macrobio, Dione, & Apiano de prompta, comprobatur Brysonius. d. lib. 2. fol. 155. & 156. quod innuit etiam Ulpianus, in d. l. sacræ. ff. de rerum diuisione ibi. Quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, & si Deo non sit consecratum, & interdum in sanctionibus adijcitur, ut qui ibi aliquid commiserit, capite puniatur. ex quo de duces intellectum ad textum, in l. sanctio legum. 41 ff. de poenis. & notabis errorem Accursij, Bartoli, & reliquorum interpretum, in peruersa ad illum textum explanatione: in illa ergo sanctione, in qua (ut dixi) poenae aduersus temeratores legum, solebant apponi, plures, & diuersas fuisse, ex plurium lectione comperimus: quandoque enim, pro ut rei temporis occasio, materiae gratuitas, & subditorum mores postulabant, facta contra legem, in sanctione constituiebant

irrita fore, & inuolida ipso iure, ut in manumissionibus seruorum, factis in fraudem creditorum, quas lex Aelia Sentia, sine alicuius exceptionis ope, aut praetoris auxilio, inutiles, & inanes esse voluit. l. in fraudem. ff. qui & à quibus. §. 1. inst. quibus ex causis manumittere non licet. quandoque constituiebant, contractus rescindi, non ipso iure, sed quia à principio valebant, ope exceptionis, & praetoris consilio, & opera, ut in emptione, & venditione, ultra dimidiam iusti precij, de qua, in l. 2. C. de rescindend. venditione, & in fideiussionibus mulierum, mutuis receptis à filiis familiaribus, & reliquis minorum conventionibus, ex quibus se fuisse deceptos probarent: ut titulus ad Velleianum, Macedonianum, & minoribus, tam in. ff. quam in. C. videmus quandoque actus contra legem nec annullabatur, nec rescindebatur, sed poena contra facienti imponebatur, ut in lege Furia testamentaria, de qua Ulpianus in dicto titulo primo. quae plus mille assium legatum, mortis ve causa capere vetuit, & aduersus eum, qui cepit, quadrupli poenam constituit, non annullato aut rescisso actu, quandoque tandem, prohibebant aliquid fieri, & contra facta, nec annullabant, nec rescindebant nec poenam apponebant, ut in lege Cincia, de donis & muneribus, quam ea ratione imperfectam vocauit Ulpianus, vbi supra, quod cum

cum donationes, ultra certum modum, fieri prohibuisset, factas autem nec annullasset, nec rescidisset, putabant enim, solam legis prohibitionem, integris & bonis hominibus, ut contra non facerent, satis arctum & firmum fore vinculum, ut de lege Valeria, in qua etiam nihil est additum in sanctione, contra facienti, retulit Liuius lib. 10. cuius verba ad hoc propositum supra recessimus: hoc enim casu, quando nec annullatio actus, nec rescissio, nec poena adiecta erat aduersus legum latarum temeratores, actio ad nihilum dari poterat, quia (ut saepe diximus) nihil veniebat in legum obseruatione, quod verbis non foret expressum ex supra relatis. Quae omnia notabis bene, tam ad intellectum textus in d. l. non dubium, quam aliarum plurimum, in hoc proposito loquentium, quas sine horum principiorum cognitione, intelligere plene nullumquam potuit, nec poterit. Videant omnes, quantum diligenti studio, Dei fauore adiuto debeat. Sic soluitur undecimum argumentum, in quo, epilogo sermone dicimus, quod pacta nuda, non sunt contra legem, sed praeter legem, quia quoad ea se habuit merè negatiue, dato tamen quod essent contra legem, quia ea fieri lex prohibuerit, & nulla fecerit: intelligendum dicimus, quoad obseruantiam exteriorem, vel iudiciale forum, ut ex d. l. non dubium, in qua fundatur principaliter isti doctores, satis manifestè (ut arbitrari) probauimus.

Nec obstat duodecimum, in quo dicebam, aequitati naturali congruere, pacta nuda non obseruare, saltè illa, in quibus non adijcitur causa, quia tam praetores, qui in proponendis suis edictis, solam aequitatem inspiciebant naturalem, omnibus eis qui promiserunt, etiam solemniter sine causa, ad repellendum tantum petitorum, ut dolosum, & solutionem negandam, exceptionem dolimali praescripserunt, ut constat, ex l. 2. §. circa. ff. de dolimali exceptione. in quo edicto solam naturalem aequitatem respexisse praetores, docuit Iuriconsultus Paulus, eiusdem edicti interpretes, ibi, in l. i. vbi sic ait. Ideo autem, hanc exceptionem praetor posuit, ne cui dolus suus occasione iuris civilis, contra naturalem aequitatem prodesset, quam etiam summi Pontifices, qui nil iniusti, & iniqui natura praecipunt, idem videntur docuisse, in ca. si cautio, de fide instrumentorum. vbi solennes stipulationes, vel quaecumque alia instrumenta, sine causae adiectione, non valere, imo tamquam nulla non obseruanda dicunt, ergo in promissionibus, in quibus non adest expressa causae adiectio, restituendi necessitas non erit, cum nulla nata fuerit obligatio, quod confirmat Ulpianus, in l. iurisperitum. §. sed cum nulla infra eodem: vbi ait. Sed cum nulla subest causa, praeter conventionem, hic constat, nullam constitui posse obligationem. Id asseres, per verbum generale

negatiuū, quod omnimodā abnegat obligationē, tam cuiē quā naturalem, nec præsumendus est animus donandi, cū in dubio non præsumatur quisq; patrimonium suū iactare. l. cum de indebito. §. qui enim soluit, vbi cōmuniter Doctores. ff. de probationibus cum alijs.

Solutio huius argumenti, triplicem requirit explicationē, textus videlicet in. d. l. 2. §. circa. ff. de doli exceptione, postea autem, capituli, si cautio de fide instrumentorum, & textus in. d. l. cum de de indebito. §. qui enim. ff. de probationibus, in quorum omniū verā & perfecta intelligentia, quam longe à veritatis scopo, vtriusque clasīs Doctores aberrauerint, breuiori quo poterō, sermone demonstrabo.

Accursi⁹ in hoc. §. circa. vt ab eo incipiam, & in. l. numquam nuda. 31. versic. iusta causa. ff. de acquirēd. rerum domin. Cynus cum alijs antiquioribus quos ibi refert. n. 16. in l. generaliter. C. de non numerata pecunia. Bartolus. Bald. Angel. Albericus, Cumanus. Ioannes & Alexander Imolenses, cum Iafone, tam in. d. l. 2. §. circa quam in. l. à Titio. ff. de verb. obligatio. & in. l. fili⁹ familias. §. diui. ff. de leg. 2. arbitrāe (& eorum sententia cōmunis & receptissima est, vt testatur idē Iaso. in. l. lecta. n. 125. ff. si certum petatur) quod non solū promissio simplex, sed illa stipulatione firmata, dū nulla adijcitur causa, in effectu nulla erit, quod videtur aperte pro-

bari, decisione huius. §. circa. ibi. Siquis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio vtriusque doli mali ei nocebit. Causa autē, non quælibet sufficit, sed vt isti patres docēt, oportet quod sit necessaria, nam si (vt Accursius hic ait) cum stipulatione quis promittat centū, quia rex est in Francia, promissio non valebit, quia causa de se non est necessaria, id est non est de se obligatoria, vt mutui, locati, & similitium contractuum, inducentium natura sua obligationem: cuius opinionem approbatā ab omnibus legistis & Canonistis, testatur Antoni⁹ Gomezius. 2. tomo de contractibus. cap. 11. n. 3. versic. sed aduertendum: libellumque in quo petitur promissum solum quia promissū est, nulla alia causa adiecta, tam esse reiiciendum, quam si solū diceret, peto quid tale, quia rex est in Francia, sine alia causæ adiectione, fatetur cum communi Zasius hic versic. ultimo collige, à quibus rationem suæ opinionis si quæras, respondebunt, ita decisum esse, in hoc. §. circa, mira profectō & digna tantis patribus responsio, quos certē factæ interrogationi, melius putarem esse satisfacturos, si dicerent, eam opinionem sic tenere, quia Vlpianum in. dicta. l. secunda. §. circa intelligere non potuerunt, sed adherentes solis verbis, mentem altius perscrutari oscitanter omiserunt & negligenter

genter (parcat nobis eorum auctoritas) quidam autem moderniores de quibus supra fecimus mentionem, Connanum sequuti, ideò dicunt requiri causam, & constitutiua obligationis, natura sua, vt emptionis, venditionis, & societatis, vel alterius similis contractus, quia iniustum putant, & iniquum, ab eo qui promissit, etiam cum animo donandi, extorqueri rem promissam, sed hunc errorem inferius lib. 3. c. 9. q. 5. lati⁹ cōuincemus. Alij quorum opinio est magis communis, stipulationem sine causa, ideò dicunt in effectu non valere, quia dolus, vel fraus præsumitur, & sic hanc exceptionem non esse specialem, & propriam doli exceptionem, sed generalem, pro vt concurrat cum exceptione in factum, vel alia qualibet, & sic impropiam, existimauit dicens communem cum Angelo quem ibi allegat, Emanuel Costa Lusitanus, vir non minus ingenio quam doctrina clarus. in. l. si executione verb. non numerata. num. 6. C. de non numerata pecunia. Sed certē Emanuel Costa, Cumanus, & communis, cum ipsis errat grauius (si potius nos non erramus) nam exceptio, de qua hic Vlpianus, propriissima est doli, nō præsumpti, sed veri exceptio, & totus iste titulus (prout ego cum totū integrū attentè perlegens aduertit) nō tractat de dolo præsumpto, sed vero, sic vt petitio, quā intendit actor, verē & propriē

contineat natura sua, non vero præsumptione iniustitiæ, iniquitatis, & verū dolum, quē repellunt prætores, veritate innixi, & certitudine, exceptione propriissima dolimali, reo cōcessa aduersus petitorē, æquitatem naturalē certā, non vero præsumptā respicientes, vt patet ex. l. i. ibi. (ideò autē hanc exceptionē prætor proposuit, ne cui dolus suus per occasionē iuris ciuilis, cōtra naturalē æquitatē profit, & cōstabit clari⁹ ei, qui singulas totius tituli factorum species, deligētius Angelo, Cumanus Emanuel Costa, & cōmuni expenderit, curiosiusq; examinauerit qui sanē me verum dicere sine dubio reperiet.

Quapropter, ego hunc textum aliter sentio interpretandum, pro cuius maiori declaratione aduerto, quod causa de qua Vlpianus hic, & alibi facit mentionem, non accipitur pro ratione, ita vt sit isensus, qui promittit, vel spondet solemnī stipulatione, oportet reddat causam, id est rationem, quare sponderit, & se obligauerit, veluti quia accepit mutuo, vel debet ex locato, empto, vel alio contractu, vt falsō Accursius, & Bartolus cum communi perperamq; arbitratur: in stipulatione enim olim, cum semper præsumeretur animus se obligandi (erat enim stipulatio vt inquit Paulus libr. quinti sententiarum titulus septimo) firmisimum à iure ciuili inuentum adstringendæ obligationis vincu-

lum) numquam requirebatur hæc cautio, vel causa expressa, sed semper præsumebatur: nam cum intercederet interrogatio, & sequeretur responsio, & per interrogationem excitaretur animus ad deliberationem, & per responsionem declararetur talis de liberatio, quæ illum aliqua ratione obligabat, cum inconsulto & per errorem, eum promississe nullo modo foret suspicandum, relinquebatur claró, quod si nulla mutui, aut alterius contractus onerosi ratio præcesserat, promiserat animo liberali, constituendæ donationis causa, quod probat textus nulla indigens inductione, in. l. Campanus ff. de operis libertorum. ubi Paulus respondit, quod si servus manumittendus, causa fideicommissi, cui prætor iuserat munus aliquod aut operas non imponi, sciens id posse recusare, nihilominus promiserit, ad solutionem teneatur: quia (vt ipse inquit) donasse videtur: si ergo, is a quo ego stipulor centum, scit se ad ea non teneri (vt præsumimus, & communis fatetur) (alioquin enim competeret condictio indebiti) nihilominus tamen, ea promittit nulla adiecta causa, quare non obligabitur? Ego certè non solum non video, sed nec aliquem posse reperiri, tam perspicacibus, & Linceis (quod aiunt) oculis insignem, qui videat & rationem differentie possit assignare: ea enim quam

reddidit Baldus, & sequuntur plures, in. l. secunda, numero secundo. C. de iure dotium. dicens idè ibi præsumi donationem, quia libertus libertatem à manumisso accipiebat, quam licitum erat remunerari, falsa prorsus est, siquidem libertus, ab eo qui fideicommissi causa eum manumittit, nil consequitur: sed totum a testatore vt iura vulgata docent.

Conuincitur præterea, ista communis sententia non ex vna lege, sed ex toto titulo de verborum obligation. vbi cum tot stipulationum species referantur inuvalidæ, & inutiles, numquam reperies, quod aliqua vitiata fuerit, propter non adiectam causam, id est non adiectam rationem, quare promissor stipulatione se obligauerit, vt male Accursius, & Bartolus cū cōmuni existimauit: quod ex Iustinianno apertius constabit, in titulo inst. de inutilibus stipulatio. vbi eū tot prolixè tractasset, de defectibus omnibus, qui vitiāt vel vitiare possunt aliquo modo stipulationes, numquam de defectu causæ meminit, & clarius patet. ex. l. i. ff. de actio. & obligatio. vbi Paulus docēs satis latè, modos quibus contrahitur obligatio, & loquens de stipulatione in versic. verbis dicit. Verbis autem obligatio cōtrahitur, ex interrogatione & responsione, cū quid dari fieriue nobis stipulamur nullam faciens de causa mētionē, non solum ibi, sed nec in toto illa titulo

titulo ipse, & cæteri Iurisconsulti: & Caius lib. 2. institutionum titul. 10. de obligatio. cum expressò de substātibilibus stipulationis ageret, solum requirit ad eius essentiam, & vt obligationem validam pareret, quod interrogatione, & responsione constaret, nec de causæ adiectione meminit, quod confirmat Iustinianus in titul. institutionum de verb. obligat. præcipue in. §. in hæc re. vbi cum traderet formam, & solemnitatem, quam requirit stipulatio, ad hoc vt obligationem produceret, causam tamquam ad rem non pertinentem omisit, alioquin si necessaria esset, diminutè sanè processisset, & peius se cum iuventute (quam instruere cupiebat) gefisset: si id quod principaliter requiritur in stipulatione, causæ videlicet adiectio, tam inconsideratè prætermiserit, quod dicendum non est.

Id etiam alia ratione sic probo, nam Modestinus in. l. obligamur. §. ff. de actio. & obligatio. & Paulus in. l. i. ff. eod. cum copiosè tractarent, de modis omnibus constituendarum obligationum, dicunt, quod consensu aliquādo cōtrahit obligatio, aliquando verbis, cōsensu vt in emptione, verbis vt in stipulatione, sed in cōtractu & obligatione quæ cōsensu perficiuntur nulla requiritur causa, vt ipsi & verè fatentur, sed conuentio ex solo consensu prouocit actionem quæ elidi non poterit doli excep-

tionem: ergo nec in stipulatione idem erit dicendum, cum nulla sit ratio in vtroque casu differentie, nec lex aliqua sit in mundo quæ, in stipulatione causam id est rationem promissionis requirat, vt cōmunis ex Vlpiano in hac. l. 2. §. circa nō bene intellecto falso deduxit.

Quare sprete omnium Doctorum interpretationibus, tu & nouissimè & verissimè (nifallor) dices, quod causa de qua Vlpianus hic, & in alijs multis legibus, de quibus agemus latius infra libro tertio. capit. sexto. nil aliud est, quam res, dictum, factum, vel negotium, quod agens, stipulans, vel paciscens, principaliter prætendit, nō alioquin facturus pactum, vel stipulationem, nisi ob causam illam id est negotium. Ponamus exempla, vt res fiat planior: ego sum filius, & hæres Sempronij, tu ostendis factum, à parente meo testamentum, in quo legata sunt tibi centum de præsentibus, quæ vt tibi securiora redderes, petis à me (quia stipulatio est firmissimum obligationis vinculum vt supr. dixi) quod stipulatione promittam me tibi illa restitutum ad diem diui Ioannis, ego vt negotium meum gererem, credens testamentum validum, promisi illa centum sub stipulatione, postea autem, vel ante litis contestationem, vel cum litem mihi contestareris, compertum fuit, testamentum illud esse falsum, vel non

solemne, vel tandem alio postremo reuocatum, certè si petas à me illa centum, doli mali exceptione submouebo: quia stipulatio facta est sine causa, idest sine negotio, quod putabatur subesse, intelligebamus enim, obligationem ortam fuisse ex testamento, quod tamen re vera nullum erat: modo intelliges clarè Vlpianum in dicta. §. circa tibi. Si quis sine causa (intellige tu vera, quamuis esset putatiua) ab aliquo fuisset stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur (intellige cum veritas, est iam præcognita) exceptio vtiq; doli mali ei nocebit, licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, cum litem contestatur, dolo facere, eò quod perseveret, ex ea stipulatione petere) idest si cum ostendebas testamentum Sempronij, parentis mei in quo tibi erant legata centum, credens illud validum esse, & stipulatus à me fueris illa centum, nihil doli admisisti: quia id faciebas bona fide, postea autem, cum testamentum cõperitur esse falsum, vel reuocatum, & litem nichilominus contestaris, dolo facis, in eo quod perseveras petere ex ea stipulatione, quæ (vt inquit Vlpianus) cum interponeretur, iustam causam habuit, postea autem nullam idoneam habuit: quia eo tempore, quo interponebatur stipulatio, aderat bona fides, credens

subesse causam, idest negotium iustum, & verum, natum ex testamento, postea autem cum id reperiretur falsum, inutile, vel reuocatum, nullam causam idoneam habet, idest non habet iustum, & verum negotium, propter quod ego volui stipulatione promittere, & exemplū quod postea subiungit Vlpianus hoc ipsum meli⁹ fortiusq; declarat, quod miror istos patres, vt paragraphum diuersum considerasse, & ad aliud diuersum propositum retorsisse (perinde inquit quasi colligens conclusionem ex verbis supra dictis) si crediturus pecuniam, stipulatus est, nec crediderit, & si certa fuerit causa stipulationis, quæ tamen aut nõ est sequuta, aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem) quod idem est ac si clari⁹ hoc modo diceret. Si tu crediturus mihi centum, stipuleris à me ista centum, soluenda die natalis Domini, & ego sperans te mihi illa crediturum, soluere promisero, non tamen credideris, si die præscripta agas ex stipulatione, doli mali exceptione te submouebo: quia etsi certa fuerit causa stipulationis, non tamen sequuta est, id est quia quamuis eo tempore, quo causa & negotium, creditum videlicet pecuniarum sperabatur futurum, rectè stipulaberis, id tamen quia sequutum non est, ex eo quod non credidisti, ex stipulatione agere merito impedis, doli mali exceptione opposita, vel si causa, id est

est negotium sequutum fuerit, finitum tamen, idem erit dicendum. Vt si v. g. promisero tibi centum, ob dotem filij meæ, cum qua contrahis matrimonium, si contraxisti, & postea aliqua ratione, quæ antea occulta erat, matrimoniū dirimitur, certè etsi eo tempore, quo stipulatus es à me illa centum, rectè & iustè fecisses, & similiter postea, cum contraheres matrimonium, quia causa suberat, et si putatiua solum, negotium videlicet contractus matrimonij, & ea sequuta, licite posses, quia tamen post sanguinitatem compertam, & solutum matrimonium, causa finita est, & negotium finitum, dolo malo petis, cuius exceptione à prætorè data, proculdubio repelleris. l. fin. ff. de cõditione sine causa. Et hic est ratio nouus quam verus huius §. intellectus, ex quo dependet, vera interpretatio aliorum iurium, de quibus infra lib. 3. harum disputationum ca. 6. quod erit in explicacione. l. iuris gentium. §. sed cum. fiet tractatio. & quem longioribus probassem rationibus (suppetūt enim nobis non pauca). si opportunior nobis non sese offerret occasio, in d. §. sed cum nulla, adductis enim contentus modo, eò lectorem remitto, vbi cū textum explicemus, plura adducemus ad opinionem nostram comprobendam fundamenta: vnum tamen in præsentem (quia textui in hoc §. circa video magnopere congruere) non potui

commodè prætermittere, id autem est, non vnà lex, sed totus titulus ff. de cõditione sine causa. vbi nil aliud tractatur, quam materia huius. l. 2. §. circa, & ex quo huius §. interpretationem potuissent deducere, si bene aduertissent Doctores. Vlpianus enim, Iulianus, Africanus & Papinianus, quorū responsis & decisionibus compositus est integer ille titulus, nil aliud tractant, nisi quomodo, qui stipulatus est sine causa, obligationem in quam se errantem induxit ex stipulatione, possit condicere, & loquentes de promissione sine causa, exemplificant in promissionibus vel stipulationibus, in quibus intelligitur subesse negotium aliquod, non tamen vere subest, sed putatiuè tantum, quæ ratio efficit, vt obligatio condicatur. Vt v. g. si ego credens me tibi debere decem ex locatione, aut alio contractu, non autem sint vere nisi quinque, & stipulatus decem promisero, quia stipulatio in quinque non habet causam, idest non habet negotium, & obligationem præcedentem veram, vt ego existimabam, antequam tu petas, potero quinque condicere, te faciendo à prætorè compelli, vt me in quinque liberes, etsi petijsti, & solui per errorem, cõditione sine causa, idest cõditione sine negotio, quia negotium quod putabatur, non subest, repetam. l. 2. 3. & 4. & toto titulo ff. de cõditione sine causa si au-

si autem tu sciens, non nisi quinque deberi, & decem ratione stipulationis petas, exceptione doli mali te repellam, & in hoc solum distinguitur titulus ff. de doli mali exceptione. à titulo ff. de conditione sine causa. quod primus loquitur, cum creditor agit, & cum dolo, intentans actionem & petitionem propter causam, quã scit vere non subesse, secundus autem loquitur, quando promissor, vel debitor, antequam stipulator agat, vult se liberare ab obligatione, in quã incautè per stipulationem errore factam incidit, vel condicere & repetere, quod ipse incaute & imprudenter soluit, quod potuit fieri sine aliqua putatiui creditoris fraude vel dolo: promissio ergo & stipulatio sine causa, non erit stipulatio sine redditione rationis, quare fiat, vt male opinatur communis, sed erit stipulatio sine negotio, quod putabatur subesse, non tamè vere suberat, & sic in promissione simplici, quam constat ad aliquod negotium onerosum non dirigi, nulla requiritur causa, sed cū nulla suberit, id est cum constiterit, animo alicuius contractus, vel obligationis præcedentis, vel subsequenteris onerosi non fieri, præsumi debet animus liberalis, cum inter hæc duo, dare medium non sit possibile, vel is qui promissit, scienter promissit, vel ignoranter, errans videlicet & credens, aliquod negotium subesse, & causam, vel

obligationem, propter quam teneatur, si promissit ignorantia, vel errore aliquo, iã tunc dicimus, competere illi non doli exceptionem, sed conditionem sine causa, ex toto tit. ff. de conditione sine causa. Si autem promissit scienter, videns nullum subesse negotium, nec ad aliquid esse obligatum, quo non obstare promittit, cum in dubio quemquã celebrare actũ frustratorium non sit existimandum, vt communis est & facis vulgata regula, animus liberalis, & gratia donationis, facta promissio erit præsumenda, ex Paulo in l. 54. ff. de regul. iuris. vbi dicit, quod in rei datione, quæ per errorem non est facta, donatio præsumitur, quæ actionem naturalem & ciuilem producit. l. si quis argentum cum suis. ss. C. de donatio.

Superest tamen modò, interpretari Paulum, in l. cū de indebito. 25. §. qui enim soluit. ff. de probatione. ex quo colligit communis, simplicem promissionem non inducere debitum, aut obligationem, ne inducamus præsumptionem, quod quis iactet suum patrimonium, nã in dubio neminem dilapidare, aut perdere, sed acquirere & ditari velle, esse censendũ, ex illo textu, quæ ad hoc in omnium ore versari quotidie, testatur & colligit cum communi Iacobus Menochius. lib. 2. de arbitrarijs iudicium. centuria. 1. casu. 88. in principio.

Sed certè si Menochius cū communi,

muni, veniam mihi dederit, cõtrariã omnino ex illo & alijs iuribus colligam conclusionem, quæ talis est. Ex quacumque pollicitatione, seu promissione, errore aut ignorantia nõ facta, præsumendus erit semper donandi animus, nec donare est perdere, vt falso auari nescias qui, communiter recepti, collegerrunt ex textu in l. filius familias. 7. ff. de donationibus ibi. filius familias donare non potest, etiam si peculij administrationem habeat, nõ enim ad hoc ei libera peculij administratio conceditur vt perdat. Nam vt ego præter ceteros considero, ille textus cum dicit filium perdere cum donat, non est intelligendus cum donat, id est cum dando liberalitatem exercet, sed quando filius familias, in dando, omnes rerum circumstantias non seruat, quæ ad rectitudinem & mediocritatem actionis liberalis requiruntur, oportet enim (si credimus Aristot. lib. 4. Ethic. c. 1.) ad hoc vt sit vera donatio (quæ propriè dicitur liberalitas) vt qui donat, his quibus oportet, largiatur, & tunc quãdo opus est, & ea quæ debet, & quatenus debet, & cuius causa debet, alloqui enim, si in dando, hunc modũ non seruet, sed excedat, non erit donatio verè & propriè, sed prodigalitas, vt idem Philosophus vbi sup. testatur, & de hac loquitur Vlpianus in dict. l. filius familias, quod ne putes diuinatorium, expressum pro hac declaratione fun-

dametum adduco, de promptum ex eadem lege, palo inferius, vbi sic asserit idem Vlpianus. Quid ergo si iusta ratione motus donet, numquid posset dici locũ esse donationi? quod magis probabitur. Cum ergo dationem, quæ iusta ratione fit, & quæ propriè (vt dixi) est liberalitas & donatio, esse validã iurisconsultus affirmet, consequens erit necessariũ, in præcedenti verfi. de datione, quæ indiscretè fit, & non obseruatis circumstantijs, de quibus supra, fuisse loquutum, alioquin enim dixisset repugnantia, cū modo donationem filij familias non valere, & postea valere affirmet, quod de Vlpiano non licebit suspicari, præcipue in tam breui compendio, vt est illius legis principium, in quo ista continentur.

Abeant igitur & procul sint, à prudentum, & studiosorum hominum societate, illi qui donationem perditionem vocant, nam cum donatio, & liberalitas virtus sit moralis, vt docet latius ex Arist. vbi supra. & alijs D. Thom. 22. quæst. 117. art. 10. cum sequentibus, non potest, non perditioni in dando, quæ prodigalitas est, seu in retinendo, quæ auaritia, cõtrariari, vitia enim opposita sunt, & directo ipsi virtuti donationis, & liberalitatis, vt fatentur, & fatebuntur omnes, qui in morali Philosophia istis leguleis fecerint præstatiores progressus: & cum homines dando, seu liberalitatem exercendo, magis fieri beatos, quam

quam accipiendo, testur Innocentius. 3. in. cap. cum Marte de celebratione missarum. & accipiēdo, homines non fieri perditos, isti doctores dicant, nec dando eos concedere necessariū erit, ne alioquin faciāt deteriore, & magis infelicem, beati & beatoris conditionem, quod absurdum erit, nec admittendum. l. 7. ff. de bonis liberorum cum alijs.

50 Est igitur verissima conclusio nostra, quæ dicit, in dubio cum error, vis, aut ignorantia non adest, ex simplici promissione quemque donare præsumi, quam bene animaduersus edocuit Paulus, in d. l. cuius per errorem, ubi dicit, in quacumque donatione, errore non facta, animum donandi præsumi, si igitur in ipsa datione, hoc fit, cur non etiam in promissione, quam ipsi dationi æquavit Iustinianus, in d. s. perficiuntur, inst. de donatio. & l. si quis argentum cum suis. §. eod. titul. & expressiūseandem æquitatem & rationem esse in cautione seu promissione, quæ in solutione, docuit in l. fin. C. ad l. Falcidia ubi notat Accursius & ceteri.

Nec obstat tex. in d. l. cum de indebito. §. qui enim. ff. de probatio. in illis verbis. Numquā enim est quis ita resupinus, ut facile suas pecunias iactet & indebitas effundat & c. Ex quibus colligunt omnes, ne minem indubio debere præsumi, suum patrimonium iactasse & c. Nam ego ultra omnes tā veteres

quam recentiores noto, quod textus ille loquitur in longè dissimili casu, quam allegatur & trahatur à doctoribus. Tractat enim ibi Paulus, de eo qui existimans se debere, soluit pecunias, postea autem, cum comperiat fuisse indebite solutas, vult repetere, & querit Paulus ad quem pertineat probatio, quod pecuniæ illæ fuerint indebitæ, ad eum qui soluit, an ad eum qui accepit, qui tamen debitas se accepisse fatetur, & respōdit, quod ille qui tradidit pecunias, & soluit alteri, non est præsumendus (ut possit cōdicere seu repetere) quod eas iactauerit, & indebitas effuderit, præcipue si sit homo diligēs, & studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est, in aliquo facile errasse, sic eisdē verbis loquitur Paulus, ac proinde illico subiicit, eum qui soluit, si velit repetere, oportere probare, quod per dolum accipientis, vel aliquam aliā iustam ignorantia causam, indebitas pecunias soluerit.

Sed si quæras ulterius, quare non fuerit præsumptus animus donationis, sed solum voluntas solvendi, quod erat debitū, cuius ratione prohibetur repetitio, nam sic videtur, quod quādo nullum debitum præceperit, conditio dabitur, respondebo, quod quia casus non erat dubius, sed constabat ex personarum conditione, & qualitate, & rei quæ gerebatur natura, quod traditio pecuniæ facta erat solutionis facien-

faciendæ animo, & tollendæ pristinae obligationis saltim putatiuæ causa, quod negotium cum esset onerosum, & à liberalitate maxime alienum, ideo interclusit aditū præsumptioni factæ donationis, quæ libera & gratuita est muneris seu doni præstatio, & hoc ex casu & contextura illius legis, & s. aperte constat, nam qui vult repetere, allegat se (cum soluit) existimasse, fuisse obligatum, & ad dissoluendā eam obligationem pecunias exoluisse, indebitas tamen, quia postea comperit se non debuisse, ergo casus clarus est, in quo eum qui pecunias dedit, constat contractum seu negotium onerosum celebrare voluisse, & eum qui accepit similiter, nam querentibus ab eo an pecunias acceperit, respondit accepisse, debitas tamen, & sic præsupponit obligationem onerosam, cuius causa facta est & accepta solutio, cū ergo textus loquatur in casu claro, cum constat videlicet contrahentes de negotio oneroso celebrando cogitasse, & tunc cum ex personarū qualitate, & rei natura, ob hanc causam solam, non præsumatur (cū soluit) patrimonium iactasse, quia dubium non est, sed manifestum, animū liberalitatis exercendæ non fuisse, sed contrahendi negotij onerosi, trehendus non erit in cōsequentiā, ad casum dubium, nam tunc regula text. in d. l. cū de indebito §. qui enim soluit, ex qua eam conclusionem deducunt isti patres, non

procedet quia in eo casu non loquitur.

Sunt igitur, & erunt semper verissimæ istæ duæ regulæ. quod quotiescumque constiterit, per verba, & confessionem partium, vel ex earum statu, cōditione, qualitate, & actus quem celebrabant natura, coligi possit, obligationem præcessisse præsumptā saltem, eius ratione fuisse factam solutionem, & acceptatam, vel adiectam stipulationē, est semper præsumendum, ex doctrina Pauli in hac. l. cum de indebito. §. qui enim soluit, de eo enim, quem clarō & certō constat, liberalitatem in illo actu nolle exercere, donationem liberalem præsumere fatuum quidem, & ineptum mihi, videtur.

Secunda regula est, quod quotiescumque constiterit, vel per partiū confessionem, vel ex earū statu & conditione, & qualitate, quod nec obligatio præcessit aliqua, nec alterius cuiuslibet onerosi negotij cōtrahendi causa vel solutio facta fuerit, vel celebrata promissio, si de errore, & ignorantia non probetur, (quod ad promissorem pertinebit) donatio, seu promissio de donando, necessario est præsumenda, sic docuit Paulus, in d. l. cuius per errorem. ff. de regul. iuris & confirmari potest ex Pomponio, in l. 83. ff. eod. illo titul. & Papiniano in l. 29. ff. de donatio. ubi isti Iurisperiti rectissimè docent, tunc donationem debere præsumi, cum illud conce-

cōcedit, quod nullo iure cogēte dat
si ergo is qui sciēs, se ad nihil tene-
ri, nihilomin⁹ aliquid promiserit,
animus donationis erit præsumen-
dus, cuius ea est ratio, quia in du-
bio, nemo præsumitur actum inu-
tilem & frustratorium voluisse ce-
lebrare. l. 3. ff. de milita. testamēto.

Habes iā ex his (lector optime)
cognitum, quid in legibus præci-
puè Vlpiani, causę nomine conti-
neatur, habes præterea eorum civi-
lium iurium, quæ in argumentum
deduximus, fortasse numquam au-
ditos vsque adhuc intellectus, reli-
quum est modo, vt ad canonica cō-
uertamur, & textum in. d. c. si cau-
tio, de fide instrū. interpretemur,
in quo causam, id est rationē, pro-
pter quam cautio est exposita, ita
clarè litera textus videtur postula-
re, vt omnem aliam declarationē,
vt diuinatoriam prorsus, videatur
reijcere.

52 Sed certè, etsi litera clara sit, &
communis ac concors omniū Ca-
nanonistarum, & Legistarum sen-
tentia, eum textum sic intelligat:
vt cautio publica seu priuata, quæ
rationem non reddit, quare facta
fuerit, inutilis sit & inualida: Ego
tamen qui cum solis verborum fo-
lijs, nequaquam soleam perturba-
ri, cum viderē captiosas esse pror-
sus, has legum & canonum dispo-
sitiones, & non parum ab equitate
naturali, prætorica & canonica re-
motas (si vt vulgus somniat) eas in-
terpretaremur, ardētius studium,

in literam huius capituli, & fon-
tem à quo manauit, qui textus est
in. d. l. cum de indebito. §. fin. ff. de
probatō. contuli: à quo aliam de-
duxi interpretationem, & forsam
non minus verā quā literæ vtriuf-
que textus congruētē, ait enim
Paulus in. d. l. cum de indebito. §. fi.
Sin autem cautio indebitè exposi-
ta esse dicatur, & indiscretè loqua-
tur, tūc eum in quem cautio exposi-
ta est, compelli debitum ostende-
re, quod in cautionē deduxit, nisi
ipse specialiter, qui cautionē expo-
suit, causas explanauit, pro quibus
eandem cōscripsit, tūc enim eum
stare oportet suę confessioni, nisi
euentissimis probatōibus in-
scriptis habitis, ostendere paratus
sit, sese hęc indebitè promississe.
Hęc est litera illius textus à quo de-
pompfit Gregorius Nonus. d. ca.
si cautio & sic declarando Paulum
ibi remanebit etiā declaratus Gre-
gorius hic.

Quare pro intellectu nostri, ad
hec iura cognitione aduerto, quod
litera communis quæ dicit, in. d. §.
fin. indiscretè loquatur falsa est, &
immutata, ab ea quæ olim & ho-
die, est in pandectis emendatori-
bus, in quibus reperitur sic & (indi-
stinctè loquatur) vt sit is cōtextus
sin autem cautio indebitè exposi-
ta esse dicatur, & indisctinctè lo-
quatur & c. Sic etiam cum ad lite-
ram transcriberet Gregorius No-
nus eum textum, in. d. c. si cautio,
non indiscretè, sed indisctinctè re-
tulit

tulit vt patebit intuenti.

53 Secūdo aduerto, quod ille. §. fin
autem. est quidam continuatus
sermo. §. immediatè præcedenti, &
sic. secūdo eum debet intelligi, vt
patet, ex vers. illo, sed hęc, vbi de
solutione indebiti est, & ex vers.
alio. sin autem, quorum natura est
retentis terminis præcedentibus,
mutata aliqua circumstantia, ius
ipsum mutare, & sic noto, quod
cum in casu præcedenti, loquutus
fuisset Paulus, de eo qui probatio-
nes solutionis debitæ, aut indebi-
tę, relinquit aduersarij sui cōfessio-
ni, & iuramento: sic paragraphus
(sin autē) debet intelligi, de cautio-
ne vel instrumento, quod cōtinet
reum debere, indisctinctè tamen,
id est non expressa quantitatè de-
biti, sed exprimenda creditoris cō-
fessione, quam quantitatem non
solum creditor, qui agit, petere de-
bet simpliciter, dicēdo solum sibi
debitam esse ex facultate cautio-
nis, quę in eum id est in eius fauorē
& dictum exposita est, sed eā quan-
tatem debet legitimè probare, vl-
tra dictum & confessionem suam,
debitam esse, nisi qui cautionem
exposuit, dixerit & reddiderit in
eadem cautione rationē, quare vo-
luit solum, eius dicto credi, vel iu-
ramento: & hoc voluit docere Pau-
lus, cum dixit (si cautio indisctinctè
loquatur) id est sine distinctione,
quid & quantum debeat, quis
enim vniquam si latinè loquatur,
vt veteres illi Iurisconsulti, vsurpa-

uit phrasim hanc loquendi, vt cāu-
tionem, quę non reddit rationem,
quare cōscripta fuerit, indisctinctè
loquentem appeller, ego certè nū-
quam, nec legi, nec audiui, imo eū-
dem Paulum iurisconsultum vi-
di, in. l. quod fructuarius. ff. de ac-
quirend. rerum domin. qui verbū
hoc (indisctinctè) pro eo quod est, si-
ne distinctione, & expressione ali-
cuius rei certè vsurpauit, & Vlpia-
num, in. l. libertas. 17. §. post annos.
ff. de manumissi. testamento. qui
dixit, quod si seruus post annos, in-
disctinctè liber esse iussus fuerit, fa-
uore libertatis, solos duos annos
comprehendat, vbi verbo indisctin-
ctè, pro eo proculdubio est vsus
quod est generalitèr, sine expres-
sione & taxatione alicuius certi tē-
poris, vt ibi Accursius & ceteri op-
timè interpretantur. & Caium in.
l. 3. ff. qui & à quibus. vbi respōdit,
quod si alicui data fuerit optio ho-
minis, vel homo fuerit indisctinctè
legatus, id est generalitèr, nulla ha-
bita huius vel alterius specialit ex-
pressionē, nō poterit hæres, quouf
quē ille eligat, seruos alienare: idē
constat ex textu in. l. non solum. it.
§. fin. ff. de iniurijs. & c. per tuas de
arbitris. & clari⁹ ex textu in cap.
quamquā de vsuris lib. 6. vbi Gre-
gorius decimus. his duobus termi-
nis (expressa quātitate, & indisctin-
ctè) tamquam prorsus oppositis est
vsus: dicens, quod si vsurarij mani-
festi, de vsuris quas receperant, sa-
tis fieri expressa quantitate, vel in-
disctin-

distincte, in vltima voluntate mandauerint &c. verbum indistincte, ponens, pro eo quod est, non expressa quantitate, sed mandantes in genere restitui, quæcumque ipsi extorserant per usurariam prauitatem, vt tibi Ioannes Andreas satis propriè declarauit, quem sequuntur omnes. Cum ergo indistinctè loqui, & indistinctè agere, pro eo usurpent, tam civilis quam canonici iuris conditores, quod est agere vel loqui, sine expressione quantitatis & termini, non male nos interpretamur, cautione indistinctè loquentem, pro ea cautione, quæ non continet certam quantitatem, sed eam declarandam reliquit creditor dicto & confessioni, præcipue si aduertamus, quod paragraphus immediatè præcedens, secundum quem hic est intelligendus (vt diximus) loquitur de proposito simili, quando videlicet, debitum esse vel non esse, relinquatur etiam eiusdem creditoris dicto, confessioni, seu iuramento, nec in iure civili & canonico reperies, quod indistinctè loqui, sit loqui sine redditione rationis, vt omnes huc vsque malè putarunt.

54 Sit igitur is intellectus, tam Gregorij quam Pauli, quod si is qui cautionem dedit, in ea confessus sit, se debere, & soluturum esse omnia, quæ creditor suus dixerit, perinde est, ac si dixisset (vt conditores iurium interpretati sunt) se debere & soluturum esse, quæ credi-

tor suus, legitimis probationibus debita esse demonstrauerit, nisi in cautione expressè dixerit reus, se velle fidem haberi dicto soli sui creditoris, propter rationes ab eodè exprimendas, tunc enim (vt dicit textus) stare etiam oportet suæ confessioni, noluisse quod intelligas, verba illa (cum debere stare suæ confessioni) referenda esse ad reum, quem oportere stare suæ confessioni, quam reddidit in cautione, Paulus dixerit, non enim id voluit, (quamuis alias teneri possit) sed debet intelligere, quod oportet reum stare suæ confessioni, id est confessioni illius creditoris, cuius dicto refertur exprimenda debiti quantitas, ita vt sit is sensus, quotiescumque qui promisit, cautione & instrumento aliquo publico seu priuato, se debere & soluturum esse, omne illud quod Titius creditor suus in iudicio dixerit, confessus ve fuerit, & huius confidentiæ Titij creditoris dicto, in cautione reddiderit rationem, quia videlicet eum reputat ita bonum virum, & virtute fidelitatis & iustitiæ præstantem vt sic, nihil nisi verè debitum cum sibi persuaserit petiturum, tunc oportet quod stet suæ confessioni, id est illius Titij creditoris, cuius dicto confidit, & qui in iudicio interrogatus, an illa quæ petuntur, benè & naturaliter a reo debeantur, respondit & confitetur quod sic, quare Paulus

non

non dixit (& tunc stabit propriae confessioni) sed sic (& tunc oportet stare suæ confessioni) id est confessioni alterius dicentis, sibi tantum debere: vel si velis ea verba referri, ad ipsum debitorem, sit sensus, vt stet suæ confessioni, in cautione inquam habitæ, qua definiendam quantitatem, debito & bono creditoris arbitrio commi sit, faciunt pro hoc intellectu verba illa (cautio indebitè exposita &c.) Quæ iuncta cum sequentibus, ibi (indistinctè loquatur) prout à nobis explicantur, nullam certam debiti quantitatem, in cautione expressam fuisse designant, iuuant præterea ea verba (debitum ostendere, quod in cautionem deduxit) nam verbum illud ostendere, denotat, obscurum & indistinctum, illud quod in cautionem deduxit, id est illud quod creditor, ex facultate cautionis, sibi debitum intendit, si enim liquidum fuisset debitum, non diceret textus, quod Titius ostendere compelleretur, & tandem faciunt finalia verba, ibi (pro quibus eandem conscripsit) hoc est eandem sic indistinctè, id est sine certa quantitate conscripsit, relinquens illam fidei creditoris definiendam, nec noua est, hæc generalis & indistincta promittendi, seu cauendi ratio, eam enim constitui & obligare videmus apud Vlpianum in. l. qui autem. 14. ff. de constituta pecunia.

Si autem obijciat aliquis, cautionem quæ dicit debitor, se soluturum, omnia quæ creditor debita esse probauerit, nullius esse momenti, cum probationes illæ faciant debitum, non autem cautio, ac proinde cautionem nullum operari effectum, sed frustratoriam reddi, quod concedendum non est: respondebo, id verum non esse, nam cautio sic concepta, operabitur maximum effectum, nam tamquam debitum recognitum, & per eam confessionatum trahet paratam executionem, ex his quæ affert Petrus Rebuffus primo tomo Regiarum constitutionum, titulo de Chirographorum & cecularum recognitione in præfatione. num. 45. 46. & 47.

Literam communem (quæ indiscretè cautionem loqui asserit) si tu nolis deferere, sed magis communi omnium opinioni, quæ emendatioribus prædestis fidem adhibere, nil sententiæ nostræ nocebit, nam indiscretum cum descendat à verbo discerno, quod idem significat quod distinguo, & componatur ex eo, & præpositione in (idem prorsus erit in effectum, quod indistinctè, & sine rei & quantitatis distinctione, vt est tex. expressus in authen. de nuptijs, collatione 4. ver. quia vero, vbi Accursius & cæteri latiniore id notant: sic enim indiscretè cautionem loqui, pro inepte & male concepta, cum communi acceperis, indiscretè & ineptè cum

K com-

communi textum interpretaueris.

Per hæc soluitur duo decimum argumentum, & tolluntur omnes rationes dubitandi, eidem insertæ, solum supererat, vt huic articulo vltima imponeretur manus, interpretatio textus in .l. generaliter C. de non numerata pecunia. quæ errorem communem in expostulatione causæ, id est rationis, ad validatem cautionis, videtur excusare: ne tamen longiorè efficiamus solutionem, hanc alij loco commodiori latius tradendâ relinquimus.

Nec obstat decimum tertium, in quo nitebamur probare, pactû nudum, nec naturalem producere obligationem, quia verè pactû non est, non autem est pactum, quia definitio Diui Isidori, lib. 5. etymologiarum. pacto nudo non congruit, ait enim ibi Isidorus. cap. 25. relatus in cap. pactum de verborum significatione. quod pactum, est inter partes, conueniens scriptura, legibus ac moribus comprobata, quæ omnia pacto nudo defunt, nam scriptura non constat, tunc enim esset vestitum literis, vt dicit Accursius communiter receptus. l. iuris gentium. §. quinimo. infra eod. nec legib⁹ aut moribus comprobatur, quia tam leges quam mores, & consuetudo Romanorum, ad eius implementum actionem negabant ex. l. i. ff. de rerum permutat. & l. iuris

gentium. §. igitur nuda pactio infra eod. cum alijs. ergo pactum nudum, cum verè pactum non sit, non solum ciuilem, sed nec naturalem producet obligationem, quia nulla alia ratione, nos dicebamus, obligare in conscientia, nisi quia ita pactum esse videbatur, sicut quod vocant vestitum, ex hac nostra lege, cuius contrarium constat ex ratione adducta.

Huius argumenti solutio, postulat veram cognitionem, & intellectum textus, in cap. pactum de verborum significatione. illius autem textus cognitio, stat in duobus. Primum est, quare dixit, ad essentiam pacti requiri, quod legibus & moribus comprobetur, nam si verum esset hoc, sequeretur nullum pactû nudum posse reperiri, in vniuerso, nam si omnia pacta, sunt illa quæ legibus comprobantur, vt dicit Isidorus, & pacta quæ legibus comprobantur, actionem ex lege producunt l. legitima infra eod. sequi necessario debet, quod pacta nuda omnia produxerint & producant actionem, & quod nulla sit, nec vnamquam fuerit, inter ius canonicum & ciuile, in pactorum obseruatione differentia, quod absurdum esse pro eo tempore, & ego ac omnes liberè fatebuntur, aut saltem definitionem Isidori, à Gregorio Nono approbatam, minus rectam fuisse dicendum erit. Secundum est quare Isidorus dixerit, ad pacti essentiam (definitio enim, nil aliud quam

quam essentiam seu quidditatem rei docet) requiri etiã scripturam, cū videamus, hoc legibus & cõmuni cõsuetudini esse cõtrariũ, plura enim pacta sunt, quæ sine scriptura obseruantur, & valent, etsi scriptura in definitione pacti esset necessaria, ea deficiente corrueret certò actus.

In prima difficultate, quid Bernardus, Abbas antiquior & Siculus, Antonius de Butrio, Annania Felinus & reliqui, tam in d. ca. pactû de verbor. signifi. quã in c. i. & fin. hoc titulo de pactis dixerint, apud eosdem videbis, singulorum enim dicta semper referre, & reprobare laboriosum est, sufficiat ea quæ magis communiter sunt recepta (si placere non possint) legitimis refutate modis.

55 Fortunius Garcia in. c. i. huius tituli. de pactis folio. 66. vers. quinto infero, libenter fatetur & ait, illum textum numquam se vidisse à Glossis aut doctoribus declaratum, ipse autem tentat nouius declarare dicens, quod cum Isidorus definiuit pactum, esse ex pace legibus & moribus comprobata scripturam &c. intellexit appellatione legis, de legibus canonicis, quæ diuinas & naturales confirmant, & sic idem est, ac si dixisset clariùs quod pactum, erit cõueniens scriptura, iure canonico approbata, ait enim, quod Theologi, magis legis naturæ & legis diuinæ appellatione vtuntur, quam iuris diuini, vel naturalis, & sic Isido-

rus, tamquam Theologus, cum dixit leges simpliciter, intellexit naturales & diuinas, approbatas à canonicis, quod in effectu est dicere, quod pacta nuda cum à iure canonico, vel legibus canonicis, quæ leges naturæ & diuinas sequuntur (nam iure naturæ & diuino nil interest inter ea quæ vestita vocant & nuda) producunt actionem canonicam, nec de pactis nudis, secundum ius ciuile aliquid ibi meminit Isidorus, cum leges ciuiles non approbent pacta nuda.

Sed fallitur (meo iudicio) Fortunius, nã Isidorus, non minus vtriusque iuris prudentiæ, quam Theologiæ vera floruit scientia & cognitione, vt eius scripta testatur, ac proinde, cū ille non tamquam Theologus solum, sed tamquam verus & perfectus rerum descriptor, pactû definierit, non est intelligendum, pacta secundum legem canonicam solum definiisse, præcipue si aduertamus quod Isidorus, in suis originibus, seu etymologijs, non tractat de rebus, prout ab hoc aut ab illo iure particulari approbantur, sed tractat de illis, secundum suam propriam naturam, & originem, vt ipse testatur in epistola finali ad Braulionem Episcopum, & constat ex his quæ idem assert lib. 1. earumdem originum seu etymolog. cap. 28.

Cū is primò intellectus, Fortunio integrè non placuisset, & meritò, postea in vers. ex his etiam. fol. 67.

aliter sentit difficultatem propo-
tam fore dissoluendam, & sic di-
cit, quod cum lex canonica, pacta
nuda iubeat obseruari, & lex ciui-
lis circa ea solum negativè se ha-
buerit, nec approbando ea, nec re-
probando, videtur quod lex ciuilis,
tacito cōsensu, imò & expressa ap-
probatione, ea receperit actione
data, nam considerat ipse, quod si-
cut canones, in his quæ sunt præ-
ter ipsum ius canonicum, leges ci-
viles sequuntur & approbant. c. 1.
de noui operis nūciatione. ita etiã
leges ciuiles imitantur & compro-
bant ius canonicū, maximè in his,
quæ ad Christianam politiam (vt est
materia de obseruatione pacto-
rū, remedium necessarium saluti,
quæ fuga peccati est) spectant: hoc
enim in casu, leges necessariò subij-
ciuntur & approbant ius canoni-
cum, præcipuè in his quæ positivè
nō sunt à lege ciuili expressè dispo-
sita, sed omissa, tamquam incogni-
ta, quod probat ex textu in c. cleri-
ci de iudicijs. Vbi Lucius Tertius
Pontifex, Strigonenſi Archiepiscopo
rescripsit, quod leges non de-
dignantur sacros canones imitari,
& in authenticis quomodo oporteat
Episcopos, in principio, & in au-
thenticis. vt apud proprios Episco-
pos collatio. 7. in fine, vbi confite-
tur Imperator, quod leges ciuiles,
sacras & diuinas leges iuris canoni-
ci sequi non dedignantur, ex qui-
bus colligit Fortunius, quod cū om-
nia iura canonica, præcipuè quæ

peccatum cōcernunt, à Iustiniano
lege sua ciuili sint comprobata, ex
hac approbatione ciuili, quoad ius
canonicū, quo obseruantur pacta
nuda, orietur actio ciuilis. l. legiti-
ma. ff. de pactis, & sic bene excusa-
bitur Isidorus, dicēs quæ pacta sunt,
quæ legibus & moribus comprobā-
tur, nā ex iure canonico, quod ius
ciuile sequitur, & approbat, oritur
tam canonica quā ciuilis actio &
approbatio.

Qui Fortunij intellectus, etsi sub-
tili videatur cogitatione indagat⁹,
inanis tamē est & vacuus verā do-
ctrina, nam vltra id incommodū,
quod sequeretur nihil interesse, in
omnibusquæ peccatū nō cōcernūt,
inter ius canonicū & ciuile, quod
absurdū reputo, vt alibi fortasse la-
tius dicemus, ab Isidori mente quā
ipse & nos debemus interpretari,
multo magis alienum existimo:
quis enim nō solū verū, sed nec ve-
rosimile esse, sibi poterit persuade-
re, quod Isidorus in libro de Ety-
mologia verborū, meminert de ta-
cita approbatione iuris canonici, à
Iustiniano in suis legibus compre-
hēsa, præcipuè si attērius Fortunio
cōsideres, tēpore Iustiniani, nō esse
promulgatū c. 1. de pactis, ex quo ip-
se defendit pacti nudi obseruatio-
nē esse de iure canonico, nā quāuis
in prima compilatione, quæ fuit à
Bernardo Papiensī collecta, cap.
istud primū de pactis, reperiatur
insertū, ea tamē, nec secūda colle-
ctio à Ioāne Gallēsi seu Vallēsi edi-
ta,

ta, vim habebāt legis generalis, aut
particularis (impunè. n. poterāt nō
seruari, nisi in locis quib⁹ cōsuetu-
dine erāt recepta, & negari Pōtifi-
cū esse, nisi ab Scriuarijs Romanæ
ecclesiæ cōpbarēt) & hoc ideo, quia
nō alicui⁹ Pōtificis mādato illa col-
ligerāt, sed ppria sua volūtate & au-
thoritate, vt fecerāt antea decreto-
rū collectores, Isidor⁹, Ibo Carnotē-
sis, Buchard⁹, Gratian⁹, Cresconi⁹,
Anselm⁹, Deusdedit, Gregori⁹ præf-
biter & alij, quæ durauit vsq; ad tēpo-
ra Innocētij. 3. quib⁹ tertiā cōpilatio-
nē cepit industria sua & labore, Ber-
nard⁹ Cōpostellan⁹ colligere, qui cū
quædā vsu & cōsuetudine Romana
min⁹ recepta, in cōpilationē refe-
ret, offendit Romanos, qui ab eo-
dē Pōtifice impetrarūt, vt authori-
tate sua cōfirmata aliqua eaderetur
collectio, cui negotio præposuit Pe-
trū Benauētanū, notariū anno sui
Pontificatus 12. & tunc capit pars
hec iuris canonici, quæ in epistolis
(quas dicim⁹ decretales) cōtinetur,
publica & Pōtificia autoritate ro-
borata, vim habere generalē, quæ à
Iustiniani tēporib⁹ tā fuit remotū,
quātū à Vigilio Papa vsq; ad Inno-
3. cētū duo & viginti Pōtifices viue-
re potuerūt, quæ effecit annos. 656. an-
te cōpilationē. n. hāc postremā, &
primā, quæ post Iustinianū multo
tēpore fuerūt, ca. 1. de pactis decif.
erat quædā Carthaginēsis Cōcilij
primi, cui⁹ decreta quāuis noua ef-
fēt, nō poterāt, nisi puintiā illā liga-
re vt dicem⁹ in f. li. 3. i. ei⁹ declaratiōe

Nō est igitur verosimile Iustinia-
nū cōfirmasse, quod tātis post eū tē-
porū interuallis, à summis Pōtifici-
b⁹ foret decernēdū, in pactis nudis,
præcipuè si aduertamus attentius,
quod ille tex. nō tractat de pactis
nudis, vt ibi latius demonstrabimus
minusq; est verosimile, quod Isidor⁹ de
lege illa particulari Iustiniani, in
deducēda Etymologia verbi me-
minerit, quā fortasse in Hispania,
in qua ipse erat, non vidit promulga-
tā, quod ex eo mihi persuadeo, nā
cū lib. 5. c. 1. earūdem etymo. de autho-
rib⁹ legū, & cōpilationū faceret lō-
gā mētionem, & de Constantino &
postea Theodosio dixisset, quæ ad si-
militudinē Gregoriana & Hermo-
geniana, codicē factū cōstitutionū
à tēporibus Cōstantini sub proprio
cuiusq; Imperatoris nomine dispo-
suit, & suo nomine Theodosianū
vocauit: nō meminit d Iustiniano
codicē, quæ si vidisset, nō dubiū est
quin retulisset: secūdo, quia cū tem-
pore Mauricij Imperatoris, qui
paucis interiectis annis Iustiniano
succesit, & tēpore Recharedi re-
gis Gothorū, quo tēpore Hispania
non erat Imperio subiecta, co-
dex seu nouellæ illæ Iustiniani pro-
mulgarentur, verosimile est ad Isi-
dori manus non peruenisse, falsus
est igitur Fortunius.

Quid igitur ego, in hac difficul-
tate sentiā dicēdū, planè intelliges,
si aduertas, quod D. Isidorus cū di-
xit, pactū esse inter partes ex pacē
cōueniētem scripturam, moribus

& legibus comprobata, non voluit dicere, quod omne pactum, ad sui essentiam requirat legis approbationem, conuentioni enim seu pacto accidens est, quod ab hac vel illa lege approbetur, nec voluit dicere, quod qui paciscuntur, debent pacisci secundum legem, id est non contra legem, ut existimauit gloss. in praesenti, recepta communiter, quae verba illa legibus & moribus, refert ad pacta, ita ut sit sensus, quod pacta ad hoc quod valeant, debent esse secundum leges & mores, id est non continere, quae moribus aut legibus improbantur. l. iuris gentium. §. praetor ait in fra eod. l. pacta quae contra. C. eod. titulo.

Sed fallitur gloss. & communis, nam verba illa (legibus & moribus) cum adiunguntur verbo illi (comprobata) quod numeri singularis est, (respondet enim scripturae) non potest referri ad pacta, de quibus in plurali non est loquutus, nec ad pactum in singulari, de quo fecit mentionem, esset enim incongrua loquendi ratio. alia igitur solutio querenda est.

56 Quare tu dic, quod Isidorus cum definit pactum, dicens esse scripturam legibus & moribus comprobata, voluit dicere, pactum quod in scriptis fieri debet, scriptura quae legibus & moribus sit conformis, debere contineri, quod idem erit, ac si clarius dixisset, cum pactum fit in scriptis, oportet quod

scriptura habeat solemnitatem à consuetudine & legibus requisitam, & sic legum & morum approbatio, non referatur ad id quod in pactum deducitur, ut existimauit glossa, & communis: sed ad ipsam pacti scripturam, quod coligi potest ex illis verbis, dicentibus, pactum est scriptura legibus & moribus comprobata, oportet igitur secundum Isidorum, quod pacta in scriptura celebrata, habeant legum & morum approbationem, id est eam solemnitatem, quam leges vel consuetudo communis postulat.

Sed tunc insurgit secundum dubium, quare dixerit ad pacti essentiam requiri scripturam, cum videamus contrarium legibus & moribus receptum, quibus attentis valet, & obseruatur pactum quodcumque, dummodo testibus comprobetur, inter personas habiles celebratum.

Cui respondemus, primo, quod Isidorus, non tractauit hic, de omni pacto in genere, sed de pacto legali, id est de pacto sine nomine, cognito tamen à lege, id autem pactum, olim cum nulla causa suberat praeter conuentionem, nullum aliud erat, nisi quod scriptura constabat, oportebat enim, si quis paciscendo alium obligare voluisset, quod scriptura seu obligatione (quae nominibus fieri dicebatur) pactum illud seu conuentionem celebraret, quod constat expressis verbis Senecae lib. 3. de

de beneficijs cap. 15. vbi sic ait (utinam persuadere possemus, ut pecunias creditas, tantum à volentibus acciperent, utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret, nec pacta conuenta impressis signis custodiantur) & etiam postea, haec magis declarans subdit, adhibentur ab vtraque parte testes, ille per tabulas plurium nomina interpositis pararijs facit, ille non est interrogatione contentus, nisi rem manu sua tenuit, à turpem humani generis, fraudis ac nequitiae publicae confessionem, annulis nostris plusquam oculis creditur: in quid imprimunt signa? &c. Ex quibus non est difficile colligere, de pactis & conuentionibus, quae scriptura solemniter fiebant, Senecam loqui, vel quod idem est, de pactis seu obligationibus quae nominibus fieri dicebantur, & tunc nomina fieri interpretatur, cum interpositis pararijs plurium fiunt id est scribuntur nomina.

Solemnitatem vero illius obligationis vel pacti (ut hoc etiam adducamus) scio enim maiorem utilitatem, latiusque patentem allaturum esse, quam quantum est id vnum, quod spectat ad huius rei cognitionem percipiendam, explicare curabo breuitatem quam poterō sequutus.

58 Si pactum & conuentionio nuda erat, ut pareret obligationem aliquam, vel si valida & ut nostri loquun-

ti vestita & obligationem & actionem habebat, commodior succederet ex literarum obligatione persequutio civilis, ommissa veteris obligationis causa, solebat creditor, ut ait Theophilus in graecis institutionibus. tabulas proferre (non erat tunc nostri papyri usus) quibus debitorum, ad praescribendam debiti seu nominis quantitatem & causam veterem urgebat, solebat autem haec obligatio fieri, Romae, praesentibus aliquot equitibus, vel alijs viris ornatis, in prouincijs autem ipsis duumiris aut decurionibus, qui literas has seu scripturam signabant, ut colligitur ex Seneca lib. 2. de beneficijs dicente (cum nomina fiunt, interponi pararios, signatores aduocari, & chirographum dari solitum fuisse) & postea dicit (quidam tamen nolunt nomina secum fieri, nec interponi pararios, nec signatores aduocari, nec chirographum dari) quod expressius etiam docuit lib. 3. iam supra relato. quem ideo non repeto, ea igitur de causa arbitror, nominibus appellatam fuisse illam obligationem, quod nomina illorum qui interesse celebrationi contractus solebant, apponerentur in scripturis, seu tabulis, nomina autem illa, seu homines, qui adhibebantur duodecim numero fuisse suspicor, ex Plauto in Aulularia sic loquente.

*Nostra aetas non multum fidei gerit
Tabulae notantur ad sunt testes duodecim*

*Tempus locumque scribit actuarius,
Tamen inuenitur Rethor qui factum neget.*

Et hos cum Seneca vbi supra or-
natos viros vocauerit, adducor ad
existimandum, Romanos equites
fuisse, quia cum illi qui adhibeban-
tur, nomina sua scriberent, & sigil-
lis signarent, & soli equites ius
haberent anullorum, credi po-
test satis verosimiliter, pactis illis
seu obligationibus signandis, eod-
dem solos, ab maiorem cōtractus
fidem & solemnitate operam de-
disse, præcipuè si aduertamus, quod
illi equitates solebant frequen-
tius in albo Prætoris scribi, vt in
priuatis negocijs, libera esset liti-
gatoribus potestas, aliquem eo-
rum vel aliquos iudicem vel iu-
dices seligendi, vt ex Seneca &
Aulo gellio probat & benè Reuar-
dus lib. 3. variorum cap. 1. & an-
tea Budeus in annotationibus po-
sterioribus ad Pandectas. ad. l. fin.
§. iudicandi. ff. de muneribus &
honoribus.

In hac scriptura, seu literarum
obligatione, hæc erat concepta
& præscripta formula, si nullum
præcesserat debitum (decem au-
reos, ex pacto seu causa tali, mihi
promittis dare, ex conuentione
tuarum literarum) & tunc respon-
debat debitor (ex cōuentione mea-
rum literarum dabo) si autem iam
debitum aliquod ciuile præcese-
rat, quod trāsferre volebant in
literarum obligationem, sic aie-

bat creditor (decem illos aureos
quos ex venditione, locatione vel
alio cōtractu tali mihi debes, pro-
mittis dare ex conuentione tuarū
literarum) respondebat debitor
(ex conuentione mearum literarū
dabo) hinc intelliges melius cete-
ris, Vlpianum in. l. nominis. 6. ff. de
verborum significa. vbi ait: nomi-
nis appellationes ad omnem con-
tractum & obligationem pertine-
re: quod idem est ac si clarius dixisset,
quod cum omnis obligatio ex
pacto, conuentione, vel cōtractu,
in literarum obligationem, quæ
nominibus fieri dicebatur, trans-
ferretur: quod qui legauit nomē,
legauit omnes obligationes ex qua-
cumque causa descendentes, in
hanc tamen literarum seu ominū
scripturam deductas: postea autē
hęc verba solemnia adiecto die lo-
co & consule transcripsisse illos
quos Seneca vocat pararios, Plau-
t^o actuarios, Sceuola librarios in. l.
23. ff. de regulis iuris & Vlpianus
tabelliones in. l. moris est. 9. §. 1. ff.
de pœnis docet Reuardus vbi su-
pra, sed falsò, cum illi quos Seneca
pararios vocat, potius celebrandis
his conuentionibus, vt proxenetas
(quos Corredores vulgo dicimus)
quam transcribendis illis obliga-
tionibus, operam dedisse certò cō-
stet, cum id fuerit quondam pro-
prium illorum officium: illa au-
tem quomodo deberent postea sig-
nari docuit eleganter Paulus lib.
5. sententiarum titul. 25. his verbis

(am-

(amplissimus ordo decreuit, eas ta-
bulas quæ publici vel priuati con-
tractus scripturam continent, adhi-
bitis testibus ita signari: vt in sum-
ma marginis, ad dimidiam par-
tem, perforatæ triplici lino cōstrin-
gantur, atque cōpositæ supra linū
ceræ signa comprimant, vt exte-
res scripturæ, fidē interioris seruēt,
aliter tabulæ prolatæ nihil momēti
habent) hęc Paulus. Hoc senatus cō-
sultum de quo idem facit mentio-
nem, temporibus Neronis editum
fuisse refer Suetonius, in eius vita.
aduersus falsarios (inquit) tunc pri-
mum repertum, ne tabulæ nisi per
rusæ ac ter lino per foramina tra-
iecto, obsignaretur. &c. post hanc
obsignationem (vt aiebat Seneca
dicto libro. 3. capit. 15. ille non erat
interrogatione cōtentus, nisi rem-
manu sua teneret, idest creditor,
non satisfactum sibi putabat, si in-
terrogatio, & responsio debito mo-
do facta, ad constituendam litera-
rum obligationem præcessisset, &
scriptura testium nominibus sub-
signaretur, nisi rem idest obsigna-
tas tabulas, manu sua teneret, idest
apud se ipsum seruaret, quod mo-
ris erat communis. De obligatio-
ne hac literarum, quæ nominibus
illo tempore fieri dicebatur, vt re-
statutur Iustinianus, in principio in-
stitutionum de literarum obliga-
tionibus. mentio habetur in pluri-
bus iuris ciuilis legibus, vt patet
ex. l. non figura literarum. ff. de
actionibus, & obligationibus. &

in. l. si peculium. 4. ff. de peculio. l.
si vero non remunerandi. §. si post
credita versiculo idem ait. ff. mada-
ti. l. Thais. §. finali. ff. de fideicom-
missarijs libertatibus. l. 2. ff. de pro-
xenicis. cū alijs pluribus quas cō-
sultò prætermittimus: has autem
adduximus, vt conuinceremus For-
tunium, & Fabrum, quem. ibi al-
legat, in. l. si vnus. §. pactus ne pe-
teret. versiculo hinc oportune, &
versiculo. facit principium, infra
eodem: qui defendunt obligatio-
nem literarum de iure digestorum
incognitam esse, & inuentam Iusti-
niani Imperatoris iudicio, in. §. 1.
institutionum de literarum obliga-
tione, quos fuisse deceptos ultra
leges adductas, comprobari no-
uius poterit ex Cicerone. libro. 4.
epistolarum ad Atticum epistola
ultima. sic loquente. Hæc pactio
ctio non verbis, sed & nominibus,
& præscriptionibus, multorum ta-
bulis cum esse facta diceretur, pro-
lata à Neuius, nominibus inducis
authore Pompeio. &c. & in ora-
tione pro Cluentio. de eadem obli-
gatione meminit, & alibi. & Colu-
mella lib. primo de re rustica. Ne-
que rursus (inquit) in totum demit-
tendum, quoniam vel optimā, no-
minonna appellando, fieri mala
fenerator Alfenus dixisse verissi-
mè fertur. & Senecam sæpe de
hac obligatione loquutum fuisse
constat, quod ultra supra relata,
loca probant verba alia, libri se-
cundi de beneficijs, ibi (numquam

K 5 magis

magis nomina facio, quam cū dono, id est non creo potiores debitores ex literarum obligatione (quæ nominibus fiebat) quam cum donis liberalitatem exerceo. Titus Livius nomina impeditoria vocat sæpe, in suis libris, malos debitores, quam phrasim vsurpauit Modestinus, deteriora nomina vocando, in l. periculum. ff. si certum petatur & Imperator Antonin⁹, in l. 2. C. arbitriū tutelæ. quæ omnia memoriæ mandabis, nam aperient tibi additum, ad intelligenda plura Imperatorum, & Iurisconsultorum respōsa, in quibus reperies modū hunc loquendi (fieri nomen, vel facere nomen) quod idem est, quod contrahere obligationem, ex scriptura, quæ nominibus fieri dicebatur, eo modo quo supra exposuimus, & quæ Accursius, Bartulus ac reliqui antiquiores nouioresq; non plenè ut vidisti intellexerūt, aliquādo tñ imo sæpius, commodioris & breuioris prolationis gratia (cuius antiqui fuerunt maximè studiosi) hanc obligationem sic contractam, nomen simpliciter vocabant, ut patet ex l. nominis veditio. C. de hereditate vel actione vendita. l. nomē. 33. l. qui filiam. 26. ff. de legatis. 3. l. nominis & rei. ff. de verbor. significum alijs pluribus, quas vsque ad huc vidisti, & fortasse non intellexisti, posthac autem videbis, & intelliges.

59 Ex quibus nota, malè Hotomanum, Prateyū, Brisonium, Baldu

duinum, & reliquos institutionū expositores hæc percepisse, cum dixerunt obligationem quæ olim nominibus fieri dicebatur, & de qua Iustinianus, in §. 1. institutionū de literarum obligatione. eam esse obligationem, quam debitor in libris rationum creditoris, propria manu scribebat se contraxisse: falsum enim est id, nam illa solum fiebat in libris eorum, qui sænerandi publicum habebant officium, in illis enim solum reperio, quod data & accepta manu illius qui dederat, vel receperat scribebantur, & debebantur (prætermitto eam scripturam quæ ratione censorum de domesticis sumptibus fiebat, ad aliud enim negotium ea spectabat) quæ sententia probari clorō potest, ex Gellio qui lib. 14. noctium Atticarum. cap. 2. cum faceret mentionem, de omnibus legitimis modis, quibus debitam esse pecuniam probari posset, refert ut diuersa, mensæ (intellige sæneratitiæ) rationes, expensilationem, quæ pertinebat ad sumptus domesticos, & tabularum obligationē, quæ ea erat obligatio, quæ nominibus fiebat, ut supra probauimus. Notabis etiā Connanum, qui lib. 7. commentariorum. cap. 6. num. 3. nomina facere, idem esse, quod scripturam seu instrumentum quodcumque, venditionis, vel alterius cuiuscumque contractus (ut de illius celebratione costet confice, arbitratur, quod quā sit verum cōstat, ex supra dictis.

Erat

Erat igitur obligatio, quæ nominibus celebrabatur, seu literis, scriptura quædam, in tabulis, quæ duo decim nobilium, seu equitum proprijs nominibus subscriptis, & totidem signis expressis confirmabatur, postea autem tempore Neronis, tabulas has perforari, per medium marginis, & triplici lino cōstringi necessū erat, eo modo quō latius supra declarauimus.

Redeamus tandem eò, quò istorum nostrorū interpretum in Romana antiquitate deduxit ignorantia, verum enim dictum nostrum videtur, quò interpretamur Isidorum, in d. cap. pactum de verborū significatione, deductum à libro. 5. Ethymologiarum. cap. 24. intellexisse de pacto legali, quod ut valeret absque causa, vel implimento, scriptura celebrabatur, ut cōstat ex d. lib. 5. Senecæ. ibi. vtinam, neque pacta conuenta impressis signis custodirentur. &c. cum alijs de quib⁹ supra: & quod de hoc pacto solum senserit, Diuus Isidorus, constat ex intentione sua, in toto illo libro. 5. quæ est agere de legibus, & rebus approbatis à lege, præcipuè in illo cap. 24. quod cum in summam redigeret, in principio capituli primi, fatetur se in illo agere, de instrumentis legalibus, id est de illis actionibus, contractibus, aut conuentionibus à lege approbatis, quod iterū repetit in summa eiusdem capituli. 24.

60 Vel secundo & fortasse melius

respondeo, & intelligo Isidorum ibi fuisse loquutum, non de pacto, pro ut consistit solum, in meris terminis consensus, quod idem est quod cōtract⁹ seu cōuentio innominata, de aliquo dando vel faciendo: sed loquitur de pacto, pro ut instrumentum est, in quo continetur ipsius pacti consensus, & conuentio, ad quod moueor duplici ratione. Prima est, quia ipse Isidorus (ut modo referebam) tam in summa capituli primi, quam etiam in summa eiusdem. cap. 24. fatetur, & dicit, se agere de instrumentis legalibus, & clariùs in principio eiusdem capituli, ibi verbū voluntas generale nomen omnium legaliū instrumentorū. &c. quare postea cū definiuit illud, pactū definiuit tāquā instrumentū quoddā legale, & quod verissimè & rectissimè definiuit, esse scripturam legibus, & moribus comprobata, & sic cum totum illud cap. à principio legerem, notauit, quod deducit Ethymologias, & origines nominum, instrumentorum approbatorum à lege, ut patet in testamento, codicillis, chyrographo, & alijs de quib⁹. ibi. quorum Ethymologias (ut dixi) deduxit ex nominibus, & approbatione legis, qui mos per familiaris est Diuo Isidoro, non solum in eo cap. & lib. sed etiā in toto illo opere Ethymologiarū, à primo vsque ad vigesimum, & postremum, in quib⁹ cum tractat de aliqua scientia, facultate, vel arte, ut de Arithmetica, Geometria,

Musica,

Musica, Astronomia, Medicina, de libris, de Ecclesia, de homine, de mūdo, de ciuitatibus, de puluerib⁹ & glebis terræ, de rustica, piscatoria, bellica, pictoria, aut nauali arte de vasis, mensis, aut fellis, postquā generaliter quid illa sint explicauerit, descendit postea, specialiter ad declarāda instrumēta singula, quæ in illa facultate, vel arte continent^r, & eorum Etymologiam, si enim tractat de arte rustica, connumerabit omnia instrumenta rustica, quæ ad colendam terram, & eorum fructus colligendos spectent, si de nautica, nullum instrumentorum omittet, quod ad eam artem pertineat, & sic in singulis, de quibus ille totum suum librum Etymologiarum absoluit, nihil aliud præter hæc in suo opere agens, & inter quæ, cum tractaret in libro quinto de lege, & rebus legalibus, inseruit tractatum, in capite. 24. de instrumentis legalibus, & sic titulum ei capiti indidit, de instrumentis legalibus, quod & antea dixerat in summa capitis primi.

Secunda ratio, quæ me mouit ad id colligendum, fuit videre, quod tam tempore Diui Isidori, quam Vlpiani, Pauli, & aliorum Iurisconsultorum, instrumentum in quo conuentio, contractus, vel obligatio aliqua continebatur, vocabatur pactum, vt est textus expressus, in l. Iurifgentium. §. quod ferè infra eodem titulo. de pactis,

vbi ait Vlpianus (quod ferè nouissima parte pactorum, ita solet in feri. rogauit Titius spondit Meuius) id est in postrema, & finali parte instrumentorum, quæ fiunt de aliqua conuentione, vel contractu, in qua adijciebantur hæc verba, rogauit Titius, spondit Meuius, pactiois loco. &c. quod nota uit. ibi. Accursiustā in versiculo, quod ferè, quā in versiculo pactorum, quem ceteri, & merito nemine dissentiente sequuntur, & in. l. vt responso. C. de transactionibus: idemque probari potest ex Cicerone in partitionibus oratorij, vbi inquit, scriptorum aliud est priuatum, aliud publicum, publicum, lex, senatus consultum, fædus, priuatum, tabulæ, pactum conuentum, stipulatio. &c. si ergo instrumentum legale contractus, eo tempore vocabatur, pactum & Diuus Isidorus: in illo capite duobus in locis, de instrumentis legalibus se agere professus est, vt ostendi: non malè colligimus, textum in dicto capite pactum, de verborum significatione. (Cuius Diuus Isidorus fuit author) pactum definiisse, pro vt instrumentum contractus, & conuentionis seu pacti est, non autem ipsum pactum, pro vt est consensus duorum, vel plurium ad producendam obligationem, vt supra diximus: qui intellectus tam cōformis est literæ, & intentioni Diui Isidori, in toto illo suo libro & capite, vt

Ex quo

si eum viuere contingeret adducat ad existimandum non aliter eum textum fuisse interpretaturum.

Ex quo facile colligi poterit quā falsa sit, & à vero istius tex. intellectus remota, Theodori Straitmāni doctrina, quam de promit ex hoc cap. dicens in harmonia vtriusque iuris ad finem, indifferentijs iuris ciuili, & canonici. capit. 10. quod quamuis pactum nudum, de iure ciuili, scripturam non exigat, ad sui validitatem, si modò alijs probationibus, vel confessionibus partium res gesta probetur. l. pactum, quod bona fide. C. de pactis. de iure canonico necessario requiritur scriptura per. d. c. pactū de verb. significat. quod tamquam manifestō falsum alia reprobatione non eget.

Ad Philosophum autem, quem, in. 14. & finali argumento, contra nos adducebamus, dicentem ea quæ necessitate fiunt, non posse hominem aut bonum, aut malū reddere, ac proinde, actus non esse alius cuius virtutis, quæ hominem eam debite exercentem, bonum non reddit, vt probabimus ex eodem Aristotele. lib. 2. Ethic. cap. 6. Respondem⁹, quod necessitas duplex est, vna coactionis, & hæc quia repugnat voluntati, tollit rationem meriti, vel demeriti, vt si. v. g. Vi aliquis manum meam moueat, vel ad subleuandum aliquem, nec erit actus in me iniustitiæ, vel charitatis, quoniam necessitas illa co-

actiois, substulit rationem meriti, vel demeriti, in quantū voluntati (quæ actum facit studiosum, vel vitiosum) talis coactio repugnat. Alia autem necessitas est, ex obligatione præcepti, siue ex necessitate finis, quando scilicet, aliquis non potest consequi finem virtutis, nisi hoc faciat, & talis necessitas non excludit rationem meriti, in quantum voluntariè agit, hoc quod est necessarium, vt optimè docuit D. Thom. 1. 2. quæst. 58. art. 3. ad. 2. cū ergo is qui reddit re promissā, ob necessitate, id est quia ad exercendū actū virtutis iustitiæ, ad quæ tenet, est necessarium, & hæc necessitas non est coactionis, sed solum propter finem bonum, & iustum, ad quem obligatus est, iusta & meritoria erit: & per hæc soluitur finale argumentum, & tota quaestio in cuius larga hæc tractatione, quæ non uè, & præter ceteros nos adduximus, non dubito quin ab aliquib⁹, præcipue eis, qui in scriptorum veterum, & magistrorum suorum verba ita iurauerunt, vt non solū eorum opiniones contemnere, & reprobare temerarium, sed inquirere in eorum dicta quasi nefarium existiment, & accusentur, & explodantur statim, cum lecta sint, eorum tamen calumniōsas obiurgationes cum me lædere non magis possint (vt in veteri prouerbio est) quā aqua pluuiæ fungum, contemnentas putabimus: bonorū, & sapientium virorum, ab inuidia & ignorantia

rantia liberum postulant: iudicium, quibus tamen, ne hæc tamquam noua & inaudita, & à communi, & concordia scholarum opinione ac approbatione abhorrentia, statim cum visa fuerint displiceant, petere ab eisdem, & orare non prætermittam, vt opusculum nostrum, & nouiores ad iura adducta, & adducenda conciliationes, non antea damnent, quam præuisis fontibus à quibus, omnia deduximus, & singularum rationum diligenti facta exquisitione omnia per rattendè examinariint. Philippus magni Alexandri pater, cum causam Machetæ cognoscens, dormitans videretur, nec satis animaduertens, ad illa, quæ ille pro iure suo tutando adduceret, ad extremum Machetam damnauit, quo clamante, & à sententia lata, se appellare dicente, Philippus ira permotus ad quem tandem interrogans, ibi vero Machetas, ad te inquit ipsum O bone rex, si quando ex perfectus animum attentius aduerteris: sic nos id exemplum sequuti suà bonis & Doctioribus nunc damnemur plurimum rerum nouitate, & reprehensionis aliqua acceptata licetia nos præmentibus, ad eisdem nos prouocatos contestamur, cum res primo aspectu duras, & intellectus à vulgi opinione remotos, iterata eorum lectione, magis molefcere, & optimæ rationi ac iuris prudentiæ principijs, & fontibus magis congruere, exolescente nouitatis & au-

daciæ inuidia proprijs rerum argumentis cognouerint.

Si autem prolixas aliquantulum argumentorum solutiones, obtruncandi cupidus damnauerit, aduertat me duplici ratione obiectione hanc posse diluere. Prima dicendo cum Fortunio, in. cap. 1. de pactis, qui easdem longiores nostris solet aliquando adducere, id disimulandum fore, propter utilitatem, quæ maior ex caudis ipsarum solutionum, quam ex aliorum libris percipi potest, sed nos non tam audaciter, vt Fortunio loqui volumus: respondemus tamen secundo: argumentorum vim, naturam & difficultatem, eam fuisse, vt logam ista solutionum tractationem, proprio suo iure postulauerint, magnas enim res breuiter & dilucide ostendere (vt inquit Plato) difficilimum semper fuit.

Ex cuius questionis resolutione, nonnulla deducenda sunt corollaria, primum est, quod cū simplex promissio de nubendo, acceptata, (quam vulgò spòsalia de futuro vocant) iure naturæ, & lege iustitiæ, ad eius implemētum obliget promittentem, qui aliquam ducere promiserit, post fidem semel datam, in spectis naturæ principijs, non magis aliam ducere poterit, quam ille qui de præsentis & rectè matrimonium cōtraxit. Nam traditio, quæ in matrimonio de præsentis celebrari dicunt, nihil addit contractui, qui perfici potuit sola

conuen-

conuentione, nec ad transferendū dominium ea est necessaria, vt lati⁹ in. l. in traditionibus. infra. eod. dicemus: quare vnum ex duobus dignissimum arbitror, vniuersalis Ecclesiæ decreto, vel saltem Beatissimi Sixti Quinti, Pōtificis Maximi constitutione, vt vel declaret, matrimonia, quæ post hanc fidei promissionem, in sponsalibus de futuro legitime datam contracta fuerint à subditis, irrita fore & nulla, tãquam si matrimonium factum fuisset, de præsentis, vel saltem decernat, promissiones has de nubendo, sine duobus testibus, & parrocho, sed solum clandestino consensu emissas, nullis viribus constare, vt in matrimonio de præsentis Concilium Tridentinum Sanctissimè statuit, in quo à sapientissimis quibusdam, & religiosis patribus, hoc fuisse præuissum & tractatum non ignoro, sed fortasse tunc id præceptum non fuit, ne vno & eodem tempore duas has res nouas, contra veterem, & receptissimum totius orbis vsum, & consuetudinem plerisque repugnantibus induceret, quibus exasperarentur, vel maleuolorum, vel ignorantium mētes, ad hæc feliciora tēpora reseruans, erit enim tale decretum, miseris puellis vtilissimum, ne simplicibus iuuenum verbis cōfidentes, se illico eorum subijciant voluntati, & spe hac postea fraudetur, sed experimento aliarum cognoscentes, talem fidem ad futurā

matrimonij cōpulsionem non prodesse, cautiùs vivant, & sanctius, quod præderit etiam & magis, animabus virorum, qui quas ducere noluerint, sollicitare desistent, videntes se, Vulpinis & fraudulentis his promissionibus, sine debita solemnitate nihil effecturos momenti, quo stabilito decreto, quamuis fidem non impleuerint, de iniustitia culpam non poterunt, quia materia sic à superiore irritata, in capax fuit tunc, recipiendæ obligationis.

Secundò colligitur errasse Bartolum, in. l. si vnus. s. pactus ne peteret. ff. eod. quem ad eod. multi sequuntur, vt communem esse, & receptissimam apud omnes eius opinionem asserat Alciat. in rubr. de verb. n. 8. dicentes simplicem pollicitationem de dādo, vel aliquo alio efficiendo, non producere naturalem obligationem, quod Connanus. libr. 1. commentariorum iuris: cap. 6. num. 12. & cap. 2. num. 5. & 6. & libr. 2. cap. 13. num. 3. & 8. Vaconius. libr. 1. declarationum iuris: c. 23. Vuesenbechi⁹ in paratitla, huius tituli. num. 9. alijs rationibus, sed falsis probarunt, quas nos infra lib. 3. cap. 9. quæst. 7. refutabimus lati⁹, nam cum pollicitatio seu promissio pactum nudum sit, vt ipsi fatentur, & pactum nudum vt supra docuimus, non solum naturalem, sed etiam ciuilem, in promissione de donādo, producat obligationem: inde consequens est necessarium, nudam

nudam seu simplicem pollicitationem, & naturalem & civilem obligationem producere, quidquid Bartolus cum communi contrarium & male opinetur.

64. Terriò colligo, falsiorem esse modernæ Aquilini opinionem, in rubrica de verborum numer. 133. dicentis, quod in curia mercatorum, etiam si statutum sit, quod causæ omnes audiantur, & decendantur, secundum æquitatem naturalem, siue ex æquo & bono, quod pactum nudum obseruari non debet, quia vt ipse dicit, æquum non est, ab iurato, quod promissit extorquere, non minus aduersatur civili & naturali rationi, quod addit in eodem loco numero. 136. dicens, statuta quæ sunt de nudorum pactorum obseruatione, esse contra ius ipsum naturæ, ac proinde inuálida, nec obseruanda, eius ratione uel in corpore quaestionis me reprobatte menimi, & copiosius infra lib. 3. cap. 2. quaest. 5. id efficiemus quo lectorem (si velit videre) remittam.

65. Quarto notò falsissimam esse eiusdem authoris opinionem, in eadem rubrica numero. 250. ubi asserit adeò verum esse, pactum nudum de iure civili, & canonico actionem non producere, vt quauis iuramento firmetur, nec ex pacto, nec ex iuramento, civilis aut canonica oriatur actio, quia ea iniuitas, quæ est in exigendo promisso, pacto nudo sine iuramento, ea-

dè versatur in exigendo, quod promissum est, cū iuramento, nam iuramentum non tollit iniquitatem exactiois, in promisso simplici sine causa: sed quantum iniquitatis, & ignorantia, hoc eius dictum redoleat, manifestum esse potest his, qui in cognoscendis principijs philosophiæ & euoluendis Iurisconsultorum responsis studiosius Aquilino insudarunt.

Quintò deduco ex resolutione tractatus nostri: quod cum promissum, debitum sit iure naturæ, non solum morale, vt est in liberalitatis exercitio, sed legale, vt est in iustitiæ virtute: is cui factum fuit promissum, si ob metum grauis inimicitia, vel expensarum, vel ob defectum probationum, vel alterius cuiuscumque iustæ causæ ratione, re promissam repetere non possit, poterit clam eandem rem abripere à promissore, sine alicuius restitutionis aut peccati, nec venialis scrupulo, quod non solum in verbali & expressa doni promissione intelligo, sed amplio & extendo, ad tacitam & mentalem, si fortè eiusdem promissoris dicto & confessione factam fuisse constare possit.

SVMARIA AD CAPUT. Quintum.

1. *Ius natura seu ratio natura à iure gentium nõ distinguitur, aduersus Fortunium & Nauarrum.*
2. *Disputantes de principum potestate, in sacrilegij crimen non incurrunt, quorundam*

- dum iuris peritorum opinione repulsa, & nouus intellectus adducitur ad textum in. l. 2. C. de crimine sacrilegij.
3. *Sex adductus argumentis, Principem obligari non posse suis constitutionibus probatur.*
 4. *Regum creationem, publicæ potius utilitatis, quam priuata causa inducendam fuisse, varijs autoritatibus probatur, ex quo inter Reges & Tyrannos differentia colligitur.*
 5. *Princeps, nihil ex legibus diuinis vel positiuis, à se vel ab antecessoribus latis, sine iusta causa poterit immutare, nec se immutet, de iure valebit aduersus omnium sententiam.*
 6. *Princeps, in suis contractibus, sicut quilibet priuatus, communis iuris legibus astringitur, quod ipsis vtile & necessarium ostenditur.*
 7. *Princeps secularis, vel Ecclesiasticus, etiam contra positivæ legis constitutionem, nec secum nec cum alijs sine causa poterit dispensare.*
 8. *Principum dispensatio sine causa concessa, casu quo ad eius validitatem dispensatio requiritur, nihil proficit dispensatio, secus si fieri & valere possit sine eorum dispensatione, tunc enim si illa accedat, & fiat, factum remanebit validum, magis quia factum, quam quia dispensatum.*
 9. *Quo modo, ex verbis & materia legis colligatur, an ipsa faciendum actum solum modo prohibeat, an etiam factum annullat & vtriusque casus exempla subiunguntur.*
 10. *Afferitur solutio prima ad primum argumentum, pro contraria parte allatum, & inter Regem & regnum, in legum latatione, pactum de obtemperando illi celebrari, licet probatur & inde secunda ad idem argumentum solutio colligitur.*
 11. *Principum recognitio, Hispanæ (jura del Principe) cuius de causa celebretur.*
 12. *Eadem in contractibus equalitas seruatur, circa Principis & subditorum personam, omni superioritatis & inferioritatis*
- ratione cessante.
14. *Quomodo intelligatur. l. 1. ff. de constitut. Princip. & S. sed quod Princip. insi de iure naturali.*
 15. *Explicantur singula verba, d. l. 1. de constitutionibus Principum & d. S. sed quod Principi et quid importet verbum (epistola) declaratur, ex quo infertur ad textum in. l. nemo arbitretur. C. de tempor. appellat.*
 16. *Declarantur verba illa (per subscriptionem statuit) & agitur de libellorum solemnitate & antiqua consuetudine, in eorum usu.*
 17. *Verba illa (vel cognoscens decreuit) quid vellint, & aduersus Accursium traditur, de ceteri principalis nomine, non solum diffinitiuam, sed etiam interlocutoriam sententiam quocumque loco, tempore, vel modo prolatam, contineri.*
 18. *Natura Imperialis edicti, ad multarum constitutionum intelligentiam, explicatur.*
 19. *Verbum (placitum) quid proprie denotet ostenditur.*
 20. *Civili actione teneri Reges subditis, ad suorum contractuum obseruationem traditur: allata solutione ad tertium argumentum.*
 21. *Ad cuius officium pertineat, causas inter reges & subditos in contractibus dirimere, & qualiter aduersus Regem in executione procedatur.*
 22. *Regem ex vnicò actu, vel paucis male gestis, Tyrannum non esse iudicandum, sed plura interuenire debere docetur.*
 23. *Duo assignantur intellectus ad. l. Lucius Titius ff. de enictio.*
 24. *Alius nouior et copiosior traditur intellectus ad. d. l. Lucius.*
 25. *Explicatur nouè textus, in. l. de precatio ff. ad l. Rhodiam de iactu. contra Bartolum, & quid importet verbum (dominus) copiose ostenditur.*
 26. *Late intelligitur textus, in. l. bene a Zenone. C. de quadriennij prescriptione. contra Accursium & sequaces.*
 27. *Agitur de quinti argumenti resolutione.*

- 28 Non intelligitur textus in. l. Virtus legis. ff. de legibus.
- 29 Traditur intellectus D. Thoma & Caieta ni ad. l. princeps legibus. ff. de legibus. qui tamen cum sua doctrina improbat.
- 30 Princeps non solum directiva, sed etiam coactiva legis virtute obligabitur, adeo ut contra legem penalem faciens, onere restitutionis quo ad penam praegravetur.
- 31 Reges ex patrimonialibus bonis, poenam pecuniariam in qua incurrunt ob legis violationem, solvere tenentur: in corporali autem (nisi Tyrani fiat) incidere non possunt, reddita utriusque ratione.
- 32 Affertur novus intellectus ad. l. Princeps legibus. ff. de legibus & multis ex antiquitate ductis exemplis confirmatur, quibus ostenditur, quomodo priuatus vel imperator legibus quondam soluerentur.
- 33 Intelligitur. l. digna vox. C. de legibus & l. ex imperfecto C. de testa. et. §. si. in. st. qui bus modis testa. infirm. et reliqua similes.
- 34 Traditur intellectus ad Iustinianum in nouella de consulibus quae est. num. 166.
- 35 Probatur vnicam tantummodo potestatem in Principe residere, legem obseruatiua limitatam, reiectis his quae de ordinaria et absoluta principis potestate a Baldo et reliquis traduntur.
- 36 Pauli Castrensium opinio circa idem refutatur.
- 37 Conarruniae & aliorum refellitur sententia, mota ex textu in ca. in nostra de iniurijs. Cui verus intellectus assignatur.
- 38 Consilij Neapolitani opinio carpitur, afferens legitimationem semel a Principe concessam, posse ab eodem reuocari, reiecta etiam communi distinctione, inter beneficium Principis & priuilegium, quorum neutrum semel factum rescindi poterit sine causa.
- 39 Sive Princeps in subditum, sive in non subditum, priuilegium conferat, aequae irrevocabile fit, quidquid alij communiter distinguant.
- 40 Baldi & sequacium refellitur opinio, distinguentium inter priuilegium ex contractu vel sine contractu quaesitum.
- 41 Princeps priuilegium vni concessum, in alium transferre non potest, etiam adiecta clausula derogatoria, aduersus Bartolum & alios contrarium opinantes, quemadmodum mo-

- dum etiam semel perfecto contractui, vel donationi, novas condiciones addere non potest, quidquid dicat Barbacia.
- 42 Nec directe, nec indirecte, priuilegium semel collatum a Principe potest sine causa adimi, reiectis Parisio & Ruyno.
- 43 Ruyni & sequacium distinctio de iure quaesito vel querendo reprobatur.
- 44 Recepta Accursij sententia refutatur, quatenus habet, Principem in paruum alterius detrimentum, rescriptum posse concedere.
- 45 Nouiter & late traditur intellectus. ad textum, in. l. 2. §. si quis a Principe. ff. ne quid in loco publico.
- 46 Curtij Iunioris & aliorum opinio reijcitur, de feminis ad secundam successionem a Principe admittendis, lege contractus imposita veniente.
- 47 Refutatur sententia Iacobi de Bellouiso, & aliorum existimantium posse Principem, in prauidicium legitimorum, spurios legitimare, adiecta clausula non obstare, vel de plenitudine potestatis, non obstare eorum fundamentum, prout in presenti non intelligitur de textu in. l. 2. ff. de natalibus restituendis.
- 48 Sive hereditas a legitimis filiis sit addita, sive pendeat, legitimitas in eorum prauidicium a Principe nequaquam obtinebitur, quid quid Baldus & alij distinguant.
- 49 Bartoli & sequacium notatur opinio, quae habet posse Principem in legitimatione procedere, absque speciali legitimorum citatione.
- 50 Quemadmodum nec naturali, ita etiam nec civili iure quaesitum dominium poterit Princeps auferre, ommissa Baldi & aliorum distinctione.
- 51 Reijcitur sententia Baldi, existimantis, Principem subditorum, domitorum & communitatum iurisdictionem posse suppressere.
- 52 Alexand. Imolensis refellitur opinio, quae habet Principem posse, subditis actiones vel exceptiones peremptorias adimere, ut & reprobantur ea quae ab Angelo & sequacibus adduntur de plenaria Principis potestate in secunda ademptione.
- 53 Princeps, etiam data compensatione, propriam rem inuito auferre non potest, aduersus Cagnololum & sequaces.

Quem-

- 54 Quemadmodum in criminalibus, ita nec in civilibus, Princeps potest tollere defensionem: quidquid distinguat Baldus & alij.
- 55 Antonij de Butrio & ceterorum communis sententia, existimantium Principem ex contractu civiliter non teneri, refutatur.
- 56 Principum testamenta, absque requisita a legibus solemnitate facta non valent, nisi interueniente clausula solemnitatis legitime derogatoria.
- 57 Ecclesiasticus Princeps, quemquam a beneficio suo remouere non potest, quidquid glossa & alij doctores contra opinentur.
- 58 Pauli opinio reijcitur, tribuens Papae potestatem plenariam, ad ecclesiam dominium sine causa ab vna in aliam transferendi.
- 59 Boerij opinio communiter recepta, ut dispensatus sine aliqua causa, quamvis id sciat, non teneatur ad fructuum restitutionem refellitur.
- 60 Priuilegium iniustum, ut est illud quod Reges Francorum, habere (ut non possint excommunicari) testatur Chasaneus, coe sum non valet.
- 61 In dubio, causa ad esse & iusta in Principis dispensatione debet praesumi, licet aliter dicant Doctores.

CAPVT

Quintum.

QVM igitur in obseruatione quorumcumque pactorum, haec summa iurisgenitium ratio, seu aequitas naturalis versetur, & illi tam subiecti sint Pontifices, Imperatores, Reges & Principes vniuersi, sicut Plebei & particulares, quicumque homines: manifestum concluditur Pontifices, Imperatores & Reges, ad obseruandos suos contractus & pacta omnia inita cum vafallis, vel extraneis teneri, nisi abijcietes rationem, belluarum more, non autem lege naturae, viuere decreue-

rint: quod ut omnino certum, nec ab aliquo vnquam dubitatum & merito, sine disputatione relinquo.

Vnum excipio & solum Fortunium, quem in articulo isto inaduertenter & misere delapsus fuisse video, in hac. l. i. fol. 2. ver. Tertio noto, & in. l. ius naturale. fol. 49. col. 39. ver. vltimus hoc. ff. de iusti. & iure. vbi cum existimaret, & male, ius gentium a ratione naturali differre, dicit quod de iure seu ratione naturali, tenentur Principes obseruare pacta sua, non autem de iure gentium, & reprehendit Bartolum & ceteros, qui in. l. digna vox C. de legibus, ideo dicunt hos ad seruandos suos contractus teneri, quia conuentiones omnes sunt iuris gentium, cui Principes subiecti sint, inquit autem Fortunius, quod ius gentium non potest Principes obligare, nam ad obligandum, oportet praecipiente, aut obligante, superiore, non autem equali aut inferiore esse. cum inferior, de maiestate & obediencia. sed Imperator est dominus totius mundi, vulgata. l. de precatio. ff. ad. l. Rhodiensis de iactu. ergo tamquam superior, a gentibus (quae inferiores sunt) obligari non potest. Haec est summa argumentationis, ne dicam grauissimi Fortunij erroris, quem miror a nemine usque adhuc fuisse notatum, indigna certe tanti viri literis & iudicio, & in quem incidit etiam quod non minorem mouit mihi admirationem, doctus alioquin Nauarrus in. c. ita quorundam notabili. ii. gloss. penultima. nu. 12. 13. & 14.

de Iudeis. vbi ius gentium numquã putat fuisse, ante tẽpora Noẽ, sed post Noam, à quo ceperunt esse plures gẽtes, existimãs, ius gentiũ esse, quid inuẽtũ agẽtib; , quod robur ac potestãtẽ habet ab earundẽ gentiũ cõstitutione, quo falsiũs medicã ridiculosiũs mihi nil fingi, aut excogitari posse videtur, cũ ius gẽtiũ, nihil aliud sit quã ratio illa naturalis, quã natura seu Deus rerum omnium creator, humanis mẽtib; indidit, quã statim homine creato esse incepit ad bonum apprehendendum & fugiendum malum, vt docuit eleganter Paulus in. l. omnes populi. ff. de iustitia & iure. Diuus Isidorus lib. 5. Etymologiarum. ca. 14. relatus in. cap. ius naturale. 1. d. sed istorũ patrũ ignorãtiã crassã, quia hic locus morã nõ patitur, ad librũ. 3. harũ disputationũ. q. 1. quã in Iurisdictione in principio locabimus, improbandã latius referuo, gradum modo faciens, ad eam quãstionem, quã tractari in prãsenti solet à nostris, an videlicet isti principes, iure ciuili & legibus suis, de pactis & conuentionibus loquentibus, sicut eorũ subditi teneantur constricti.

Q V A E S T I O Secunda.

*VT RVM PRINCIPES, AD
obseruanda pacta inita cum vassalis, suarum legum de illis tractantium, vt
coactiua teneantur.*



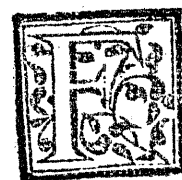
I T S I trãfuectus a tor loca scopulosa, quot tacte superius difficultates, nobis obtulerunt, non leui me sentiam labore leuatũ: quoties tamen in hanc, quã modo sequitur, & reliquas (de quibus sumus acturi) quãstiones, oculos & mentem conijcio: non possum nõ longitudinem, & quod peius est, grauitatem itineris vehemẽter pertimescere: ne perexigui ingenij nostri & doctrine vires, in medio cursu deficiant, & pericula quẽ interim nobis occurrant, commodẽ nequeant superare: prãsertim cum bellum quod modo intendo suscipere, non cum vno duobus ve inermibus tyronibus, & in arte dimicãdi parum versatis, sed cum veteranis militibus, diũturno vsu & exercitatione robustis, prudentia & rerum cognitione prãstantibus, cum vniuersã videlicet & Theologorũ & Iurisperitorum schola, cernam nobis esse necessariũ inuẽdũ: illud tamen omnipotentis Dei fretus auxilio, alacrius aggrediemur, sperãtes illius fauore, in hac pugna aduersus omnes voti compotes euauros. Antequam tamen in illã descẽdamus, reddere oportebit excusationẽ criminis, quod disputãtib; de potestate Principũ, videtur impingere Theodosius & Valentinus Imperatores, in. l. 2. C. de crimine sacrilegij. Sic enim ex illo textu

nota

DISPUTATIONVM IVRIS CIVILIS. LIB. I. 164
notauit Iaso, in. l. Barbarius. num. 31. ff. de officio prat. pratorio. Decius consi. 341. num. 3. & consi. 655. num. 21. Rojas in epitome successorum cap. 23. num. 66. Domi. Antonius de Padilla in. l. 5. C. de diuersis rescriptis num. 3. Martinus Laudensis in tractatu de principibus quãstione. 2. sed certẽ qui hanc ex illo elliciunt cõclusionem suam in iurium interpretatione & in antiquitatis noticia infantiam ostentant, cum Imperatores non prohibeant, de eruenda rerum veritate in Principum potestate disputare, hoc enim non Imperatorum nostrorum officium, quos religione singulari prãditos omnes agnoscunt. sed praua Machometi, primi Ismaelitarũ seu Sarracenorum habetur constitutio, vt spreta ingenij disputatione lux verita-

tis sordesceret, sed eo id tantũ prãcipiunt, vt de factis singulis, de electionibus ad dignitates publicas, ab Imperatoribus factis, nemini publicẽ liceret dubitare, quoniam sic videtur sentire Principẽ odio, amore, vel ignorantia teneri, quod ab Imperatoria maiestate est alienum, quod quam veritati sit cõsonum, placuit, tibi occasione illius legis condendã incognitã adhuc ceteris, qua potero breuitate explicare: pro quo animaduertendum erit, quod lex illa secunda, est Imperatoris Valẽtini & Theodosij ad Symmachum prãfectum vr̃bis, ea enim respondent cuidam epistolã ab illo missã, in qua Imperatores reprehendebat de mala magistratuum creatione, habetur hæc epistola lib. 10. epistolarũ Symmachi, epist. 30. quẽ in hũc modũ se habet,

D. Theodosio semper Augusto, Symmachus Prãfectus vr̃bis.



Idem meã conuenit amor seculi vestri, & cura reipublice, ne corrigẽda dissimile, D. Imperator: cũ ad prãfecturã vr̃banã, ciuiliũ rerũ summa pertineat, minoribus officijs certa quadã mẽbra credũtur: quibus regendis industrios & priuatos oportebat adhiberi, vt suum quisq; munus inculpata facilitate promoueat: tales nũc de iudicio numinis vestri, publicus vsus expectat. Sed nolo culpare prãsentis, cũ satis sit sollicitudini meã, si melioribus viris officia intramurana mãdetis. Meis quippe hõmeris, rerum omnium pondera sustinetur: cedẽtib; reliquis, quos clemẽtia vestra multiplex occupatio probare nõ potuit. habet tẽporũ felicitas digniores, bonorũ virorũ vena fecũda est. Melius vr̃bi nostrã in posterum consulẽtis si eligatis inuitos.

Hæc Symmachus homo & eloquẽtia & audacia (vt fertur) insignis, quibus Imperatorum animos sic vehementer exasperauit, vt hoc illi contextu rescriperint: qui habetur in. d. l. 2. C. de crimine sacrilegij.

Impp. Gratianus Valentin. & Theodosius ad Symmachum prãfectum vr̃bis.

L 3

Du

Dubitare de principali iudicio non oportet: sacrilegij enim instar est, dubitare, an is dignus sit, quem elegerit Imperator.

Vides igitur, quomodo Imperatores, non interdunt disputatione de principum potestate, in abstracto (ut ita loquar) considerata: sed solum de singulis eorum factis in concreto, quod iustissimè statutum est, ne (ut dixi) quilibet priuatus, Imperatorum actiones, se temerè & impunè reprehendere posse arbitretur: cui simile est, illud quod, D. August. docuit. lib. 31. de vera religione, relat^o a Gratiano in. c. in istis. 4. distin. in istis temporalibus legibus (inquit) quae quae de his homines iudicet, cum eas instituunt: tamè cum fuerint institutae & firmatae, non licebit iudici de ipsis iudicare, sed secundum ipsas. Non enim licitum est, secundum D. Augusti. priuatis disputare de iustitia huius legis vel illius, si latae sint à iusto & proprio legislatore: quae quae licitum sit, disputare, de virtute & proprietate legis in communi. ut idè D. August. Isidorus Gregor. Tho. & alij fecerunt. Abeant igitur Iaso, Decius, Rojas, & reliqui, qui disputare de principum potestate, tunc sacrilegij crimè arbitratur, & eo casu legem hanc secundam intelligendam, cum principem, absoluta potestatis plenitudine velle uti, compertum sit: quod quam alienum à vera illius textus interpretatione, & à dictamine naturalis & ciuilibus rationis, quibus principes sunt subditi, ut infra dicemus, & quae absolutam potestatem non cognoscunt, videbit

sine difficultate lector. Cum ergo iam me à sacrilegij crimine solutum ostenderim, quamuis latè de principum potestate tractauerim (ut tractare intendo) ad disputationis examen accedendum erit, quod igitur princeps, vi suarum constitutionum coactiua, ad seruanda pacta inita cum subditis, vel alia, non adstringatur videtur probari.

Primò, ex eo quod, inter obligantem & obligatum relatio est, ut patet, relatio autem semper est inter duos, in principe duo subiecta non reperiuntur, nisi vnum, quod Princeps est, ergo cum ipse sit qui obligat in legis positione, & alius in se ipso, non sit diuersus ab obligate, obligari non poterit sua lege: ne actio & passio cadat in eodem subiecto agente, contra doctrinam Philosophi lib. 3. Phy. c. 8. & lib. 8. ca. 40. & Iurisconsulti in. l. ille a quo. §. tempestiuum. ff. ad Trebellianum.

Secundò, idè probatur ex Vlpiano in. l. 1. ff. de constit. principum, ubi ait omne quod principi placet, legis habet vigorem, & confirmat Iustinianus in. s. sed quod Principi. inst. de iure naturali: sed faciendo vel constituendo legem, Rex non peccat, ergo cum placet illi, scripte legi contrauenire, pacta secundum legis constitutionem non obseruando: cum placitum illud, habeat vigorem alterius legis, contraueniendo alteri scriptae, non peccabit.

Ter-

Tertio, ad hoc ut quis ab alio ciuilitè obligetur, oportet obligatum iurisdictione inferiori esse, superiore vero obligatè: sed in regno, non modo superior est aliquis, sed nec aequalis, cuius lege possit vinciri, ergo cum nullius lege teneatur, ciuilitè obligatus non erit: maior certa est ex textu, in. l. ille a quo. §. tempestiuum. ff. ad Trebellianum. & in. l. nam magistratus. ff. de arbitris, ubi Paulus docet, quod ut obligatio & coactio cadant in aliquem, oportet cogentem maioris imperij esse & iurisdictionis, coactum vero minoris: propositio autem minor, quod in regno nullus sit superior principe, ex suppositione vera est, ut dicemus: procedit ergo consequentia.

Quarto, Principes non tenentur ad obseruanda sua pacta, siue gratuita siue onerosa inita cum subditis, vi directiua, ergo nec coactiua, maior probatur, nam si tenerentur vi directiua, quae summa dicitur esse directio rationis: sequeretur, quod peccaret facientes contra illam, non implendo contractus, at quamuis non impleat, non peccant, ergo: maior certa est, minor autem probatur, nam si peccarent, maximè quia iustitiam violarent, non restituendo cuiquamque quod suum est, ut nos supra in questione de pacto nudo defendimus, at sic Principes, non solum cum liberaliter promit-

tunt, sed cum ex aliquo negotio oneroso, recipientes bona subditorum, non tenentur ad compensationem conuentam, quia omnium bonorum, quae subditi possident, dominium in se habent, ut constat ex. l. Lactius Titius. ff. de iurisdictione. qua ratione domini uerbi vocantur, in. l. de precatio. ff. ad. l. Rhodiam de tactu. & notat Bartolus & communis in. l. 1. §. per hanc actionem num. 2. ff. de rei uedicatione. Baldus, Angelus, Alberticus, Salicetus, Iaso & reliqui tam in. l. item si uerberatum. §. 1. per textum ibi. ff. illo titulo. quam in. l. bene à Zenone ibi cum omnia principis esse intelligantur C. de quadrienni prescriptione: ergo non implentes contractus vim directiuam non violabunt, cum nullam iniustitiam committant, iniustitiam autem non committunt, quia ut docet Arist. lib. 3. Ethic. cap. 2. iniustitia consistit in usurpatione alieni boni, quod in Principe non reperitur, cum illius omnia esse dicatur per supradicta.

Quinto id clarius potest probari, ex doctrinis sacrarum literarum, Samuel enim, cum ex Dei precepto, velut eius personam representans, populo Iudeorum regem petenti alloqueretur, sic illius facultatem & potestatem expressit. 1. Regum ca. 8. Hoc est (inquit) ius regis, filios vestros tollet, & ponet in curribus suis, facietque sibi currus & equites, & praecursores quadrigarum

rum suarum, & constituet aratores agrorum suorum, & messorum segetum, ac fabros armorum suorum, filias quoque vestras faciet sibi focarias, unguentarias, ac panificas, agros quoque vestros & vineas & oliueta optima tollet, & dabit seruis suis, sed & segetes vestras, & vinearum redditus ad eum habet, ut det eunuchis, & familiis suis, seruos etiam vestros, & ancillas & iuvenes optimos & asinos auferet &c. Cum igitur ad haec omnia iustam reges habere videantur ab ipso Deo potestatem (precepto enim & iussu Dei loquutus est illa Samuel ut constat ex eodem ca. 8.) colligi videtur, nullam adesse in principibus obligationem, non solum civilem, sed nec naturalem, ad implendi suas conuentiones, cum bona ex contractu subditis questata & restituta possit tollere, ergo & ante hoc non restituere.

Sextò id ipsum clarè videtur docuisse Vlpianus, in l. Princeps. 31. ff. de legibus. Imperator Alexander in l. ex imperfecto. C. de testamentis, Iustinianus Diuorum Seueri & Antonini exemplum & doctrinam sequutus, quos allegat in. 5. final. instir. quibus modis testamenta infirmantur, ubi principem afferunt nullo pacto teneri legibus, sed eis solum esse, si ergo quia legibus solutus est, nullo earum adstringitur vinculo, consequens erit, sine culpa posse leges vel condiciones in contractibus re-

quisitas, à suis vel aliorum regum praedecessorum constitutionibus, non seruare, nec civilem actionem contra eum competere, ut communis est Theologorum Canonistarum & legistarum opinio.

Sed iuris natura, & legum civilium auctoritate altius perpensa, contrarium iustius rationique conformius mihi videtur. Ad cuius declarationem suppono, quod cum de Principe in hac quaestione mentio fit, est intelligendum de Principe, iuste superiore non recognoscente, ut de Philippo nostro Christianissimo, tamquam Hispaniarum rege, ex glossa in cap. Adrianus. 63. distinctione. & cap. et si necesse. glossa final. de donatio. inter virum & uxorem. communis & verissima sententia est, vel de Duce Mediolani, Sabaudia, & Florentia, qui etiam subditi & feudatarij Imperij & Imperatoris sint, quoad legum lationem eum nunc superiore non cognoscunt: de reliquis enim, ut est Princeps Aufculensis, Salernitanus & alij, quod subditi sint in omnibus, nulla ymquam fuit dubitatio.

Secundò aduerto, quod cum quaeritur, an isti Principes teneantur ad obseruandas suas leges, contractibus impositas, cum ipsi contrahunt: quaeruntur duo: primum est, an iuste possint, in conscientia mutare leges, quancumque vel quotiescumque velint, ad

suam

suam vel alterius privati utilitatem: secundum, an actio aliqua civilis in foro exteriori, aduersus eisdem dari possit, ut seruent conuentiones à se ipsis factas, & leges generaliter prescriptas contractibus ab eisdem. ut verbi gratia. est lex Hispania regia, quae ex quolibet pacto nudo dari actionem iubet: an ne principem ex pacto nudo, sicut alium priuatum legis virtute, ad obseruandum pactum nudum obligabimus? vel sic, est lex regia, quae singulis tritici modijs, quatuordecim argenteorum numerorum pretium prescribit, an ne Rex quatuordecim & media parte alterius dimidij, iuste in conscientia vendere poterit singulos tritici modios, mutando quoad se legem, pro libito voluntatis? & si vendiderit, an poterit post venditionem factam, qui cum illo contraxit, superexcrefcens pretium iudicialiter repetere, allegando principem suis legibus teneri? quaestiones arduae sunt certè, in quarum examine quia partem affirmatiuam, contra omnes, ut veriorum contendo defendere, aduertendum duxi primò, quod Philosophus. libro. 3. Politicor. capit. 4. & quinto. & libro quinto capituli decimo, & Plato libro civili seu de bello Athlantico, verissimis fundati rationibus iustissimisq; docuerunt, reges videlicet & principes, non tam propter eorum, quam prop-

ter subditorum suorum utilitate, & commodum creatos & electos fuisse, ac proinde potestatem quam habent, ad regendum populum, sibi à Deo & subditis suis commissam, ad nullum alium scopum, quam ad eorum iustum incrementum debere referre, ne ex iustis principibus, in erudeles Tyrannos delabantur. Hoc enim inter eos solū interesse docuit idè Arist. ubi supra, quod obiectum Tyrani sit, quod placet facere, & singula priuata utilitate metiri, regis autè quod sola in honestum videatur, cuius sententiam probauit Tullius. libr. 1. officiorum dum inquit omnino, qui de publica praesentur sunt, duo Platonis praeccepta teneant, vnum, ut utilitatem ciuium, sic tueantur, ut quidquid agant, ad eam referant obliuio commodorum suorum: alterum, ut totum corpus reipublicae curent, ne dum partem aliquam tuentur, reliquas deserant, ut enim tutela sic procuratio reipublicae, ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, non ad eorum quibus commissi, gerenda est. Qui autem partem ciuium consulunt, partem negligunt, rem perniciosissimam in ciuitatem inducunt, seditionem atque discordiam: ex quo euenit, ut alij populares, alij studiosi, optimi cuiusq; videantur, pauci vniuersorum. Hinc apud Athenienses, magnae discordiae erant, & in nostra Republica non solum seditiones, sed pestifera etiam bella ciuilia, quae grauis

L 5

& for-

& fortis ciuis in republica dignus principatū fugiet, atq; oderit, tradetq; se totū reipublicæ, neq; opes aut potentiam consecrabitur, totamque eam sic tuebitur, vt omnibus consulat, omninoque ita iustitiæ honestatiq; adherescet, vt dū eam conseruet, quamuis grauer offendat, mortem appetat potius, quam deserat illa que dixi. hęc lib. 1. li. autē. 2. hęc addidit. mihi quidē non apud Medos solum, vt ait Herodotus, sed etiam apud maiores nostros, seruandę iustitiæ causa, videntur olim benē morati reges cōstituti, nam cum præmeretur inopum multitudo, ab his qui maiores opes habebant, ad vnum aliquē confugiebant virtute præstantem, qui cum prohiberet iniuria tenuiores, æquitate constituenda summos cum infimis pari iure retinebat. & lib. 2. de legib⁹. Cōstat profecto (inquit) ad salutē ciuiū, ciuitatū que incolumitatē, vitamq; omniū quietam & beatā, conditas esse leges, eosque qui primum eiusmodi scita sanxerunt populis ostendisse, ea se scripturos atque laturus, quibus illi à scriptis susceptisque honestē beatēque viuerent, quæque ita composita sancta que essent, ad communem vtilitatem, eas leges nominarunt. Quod lib. 3. de republica. in principio repetit, & firmavit Seneca lib. 10. de clemen. capit. 4. dum reges & principes, ad hoc solum creatos asserit, vt tutores sint status publici, & addit. ita se induit

se reipublicæ Cæsarem, vt deduci alterum non possit sine vtriusque pernicie. iterum addens, omnium domos illius vigilia defendit, omnium otium illius labor, omnium delicias illius industria, omnium vacationē illius occupatio, ex quo se Cæsar orbi terrarum dedicauit, sibi se ipsum eripuit. eandem sequitur est Plutarchus in lib. de doctrina principum, dum ait. Persarū rex vnum habebat cubicularium, cui hoc negotij madatum erat, vt diluculo ingressus illi diceret, surge rex, atque ea cura negotia, quæ te curare voluit Mesoromasdes (fuit autem Mesoromasdes Persarum legislator) ac erudito prudentique principi intus in animo adest, qui semper idem dicet ac iubeat. Palemon dicebat amorem esse Deorum obsequium ad prospiciendum adolententulis, sed verius quis dixerit principes ministros esse Dei ad curam & salutem hominum, vt bona quæ Deus illis largitur, partim distribuant, partim seruent. & in Demetrio. Nil tam egregium (inquit) tamque proprium regis esse videtur, quam iustitiæ opus, quoad subditos Mars enim (vt Timoteus ait) tyrannus est. Lex autē omniū rex est, iusta Pyndari poetæ sententiam, atque reges (vt inquit Homerus) non expunatrices urbium machinas, æratas naues, sed iustitiam à Ioue exercere. Hac enim ratione illos Iouis filius vocauit Plato, quia Deorum

instar

instar iustitiam & ipsi seruent prius & alijs obseruandam exhibeant. sic Synesius, Philosophus grauissimus apud Arcadium Imperatorem, in lib. de regno. Verum est (ait) illud vetus dictum, non multitudinem eorum, qui imperio parent, magis facere Imperatorem, quam Tyrannum: nam neque ouium multitudo, magis pastorem facit quam coquum, qui ipsas ideò agit, vt imminutas partes secet, quo & ipse se expleat, & alijs voratu illa præbeat, pari interuallo dico, Tyrannum, & Regem inter se distare, quamuis vterque eorum, iisdem fortunæ bonis affectus sit, vtriusque eorum, in multos homines Imperiū est, sed profecto, qui se ad res honestas eorum, quibus præest, accomodat, qui id vel maximè laborat, ne illi aliqua calamitate affigatur, & qui se omnibus periculis obijcit, vt securè, & liberè illi subditi vitam agant, tum qui omni cura, & vigilijs contendit, ne villo tempore, sui aliquam molestiam capiant, hic est inter pecudes pastor, inter homines vero Rex. Quicumque autem Imperio, ad luxum abutitur, & potestatem, ad voluptates perfrundas confert, ratus oportere, se omnes suas libidines, etiam lachrymis populi explere, & qui existimant hunc fructum esse Imperij, vel maximum, vt à nullis animi sui voluptates foueantur, & (ut vno verbo omnia complectar) qui gregem non saginat, sed ipse à gre-

ge saginari vult, cum inter pecudes coquum, inter homines autē Tyrannum appello, & postea addit. præcipuum autē scito esse hoc, quod Regis voluntas moreque legi parent, Tyranni vero imperant. id ipsum docet Clarius Marius Salomonius. lib. 3. de principatu, nolite existimare (inquit) à Deo creatum mundum, & in eo homines, vt Principum seruirent emolumentis, absurdum quidē est supra quā dici potest, propter principes factos homines opinari, nam liberos atque æquales nos Deus genuit, Principes solum ad commodum populorum, quo facilius humanā atque ciuilem Societatem innocenter custodirent, multis se beneficijs iuuantes creati sunt. Qua ratione Amianus Marcellinus. lib. 29. ait, Imperium nil aliud esse, nisi curam salutis alienæ, & lib. 30. in fine iusti Imperij, finem esse vtilitatem obedientium, & salutem, cui cōgruit, quod doctè annotauit Erasmus. dicens, quod sicut oculi est videre, aurium audire, narium olfacere ita principis est, populi rebus cōsultare, quod sequitur Petrus Cremenat⁹ in sua Rapsodia de rectorum publicarum administratione. cap. 28. Archita Pythagoricus lib. de lege & iustitia, in hunc modum ait, omnis hominum cētus, ex Principibus ac subditis, ac tertio legibus cōsistit, lex alia animata, nempe rex est, alia inanimata scriptū, & hæc quidem lex partibus reipublicæ

blicæ cæteris præferenda est, huius enim conseruatione Rex legitimus erit, magistratus officio suo satisfaciet, populus erit liber, vniuersus autem cætus felix futurus est, in eiusdem violatione Rex Tyrannus fiet, magistratus officio suo decrit, populus seruus, totus denique cætus infelix euadet. Quod adeo probauit Tullius. libr. 3. de re publica, vt non solum infelicem populum, vel rempublicam esse dicat, quæ à se vel à Rege iniuste regitur, sed tunc populum, vel rempublicam, desinere esse tale contendat, his verbis. Respublica, est res populi, populus autem est cætus multitudinis, iuris consensu & vtilitatis communione sociatus, quid autem dicat iuris consensum, disputando explicat, per hoc ostendens, geri sine iustitia non posse rempublicam, vbi ergo iustitia vera non est, nec ius potest esse, quod enim iure fit, profecto iuste fit, quod autem fit iniuste, nec iure fieri potest, non enim iura dicenda sunt, vel putanda, iniqua hominum constituta, cum illud etiã illius esse dicant, quod de iustitiæ fonte manauerit: falsumque esse, quod à quibusdam non rectè sentientibus dici solet: id esse ius, quod ei qui plus potest, vtile est, quo circa vbi non est vera iustitia, iuris consensu sociatus cætus hominum esse non potest, & ideo nec populus, & si non populus, nec res populi, sed qualiscumque multitu-

dinis, quæ populi nomine digna non est: ac per hoc, si respublica res populi est, & populus non est, qui consensu non sociatus est iuris, nõ autem est ius, vbi iustitia non est, proculdubio colligitur, vbi iustitia non est, non esse rempublicam. Hæc omnia Tullius, quibus satis manifestò docet, adeo reipublicæ formam, in iusta gubernatione consistere, vt hac sublata, illam tolli sit necesse, ac proinde, Principum potestatem, ad Regendum populum, vel rempublicam, intra terminos verè iustitiæ consistere, nec vltra aliquo modo progredi posse: à quibus diuinarum literarum doctrinæ & exempla, sanctorumque patrum scripta nõ abhorrent, Deuteronomij enim. c. 17. forma regni sic præscribitur, cū constitutus fuerit Rex (inquit) nõ multiplicabit sibi equos, nec reducet populum in Egiptũ, equitatus numero subleuatus, non habebit vxores plurimas, quæ illiciant animã eius, nec argenti aut auri immensa pōdera, describetq; sibi Deuteronomiũ legis huius, & habebit secũ, legetq; illud omnibus diebus vitæ suæ, vt discat timere dominũ Deũ suũ, & custodire verba eius, & ceremonias & vt videlicet possit populum dirigere secundum legem diuinam, nec eleuetur cor ei in superbiam, super fratres suos, neq; declinet ad dexterã, nec ad sinistrã, in quo vltimo duo sunt notanda. Primum, quod regũ subditos, fratres appellat, non seruos

quæ

quasi tamquam verò omnium fratres, omnium similiter ad legum lationem amore, & vtilitate debeat moueri. Secundum, quod illa phrasis Hebræa nõ declinet ad dexterã nec ad sinistrã, admonet in omnibus quæ gerat, sequatur æquitatem & iustitiæ rectitudinem, quoad omnes, nulla motus priuatæ rationis consideratione, vt exponit Medin. l. 2. quæst. 90. articulo. 2. huius præsertim virtutis causa Di in sacris literis nuncupantur Plalmo enim. 81. ita legitur, Deus consistit in consensu diuino in medio Deorum iudicem agit, & Paulo infra. equidẽ dixeram vos Di estis & vos omnes filij excelsi, quod Deo in æquitate iustitiæ, & bonitate in cauenda vtilitate communi, similes esse debeant. Ezechielis verò capi. 24. in reges qui hanc publicã in sua gubernatione sectari vtilitatem recussant, hoc modo inuehitur. Vt pastoribus Israel, qui pascunt femetipsos, non ne greges pascuntur à pastoribus? lac comedebatis, & lanis operiebamini, & quod crasum erat occidebatis, gregem autem meum non pascebatis, quod infirmum erat, non consolidastis. & c. quam ob causam legimus. 3. regũ ca. 21. quod Achab; & Iezabel vxor eius, infelicissima perierunt morte, quod vineam Noboth subditi, priuatæ solum vtilitati consulentes vsurparunt, idem probauit Concilium Mogutiasense, sub Arnulpho rege. ca. 2. dum dixit, quod Rex a-

rectè Regendo dicitur, si enim (ad di) piè & iuste, & misericorditer regit, merito rex appellatur, si his caruerit, nõ Rex, sed Tyrannus est. In eadẽ sententia fuit Diuus Chrysostomus, in verba illa Pauli habentes autem eundem spiritum. dum docuit, quod illæ leges hominem similem Deo reddunt, quatenus Deo similem fieri hominem licet, quæ ad publicam vtilitatem faciunt, quæ vero ad priuatam e contra. Clarius Diu. Basilus magnus, in principio Proverbiorũ. valde (inquit) ad præcepta morum tradenda refert, cum qui scribit Regem esse, si enim regum est legitima potestas, manifestum, quod ex Rege alioqui hoc nomine digno, exeuntes vitæ præceptiones, multum quidem apud omnes habeant, ad considerandã consequendamque in comuni bono vtilitatem, & non ad priuata commoda respicientes, hoc enim Tyrannus à Rege differt, quod ille sua ipsius quomodocumque, & vnde cumque respicit, ac tuetur, hic subditis consulere tantum querit. Idẽ sensu D. Hieronymus. Dum supra Hieremiam. cap. 22. regum officium id solũ esse proprium dicit, quod est facere iudicium & iustitiam, & liberare de manu calumniatorum vi oppressos. Idem B. August. lib. 5. de ciuitate Dei. cap. 24. neque nos (inquit) Christianos quosdam Imperatores ideo felices dicimus, quia vel diutius imperarunt, vel Imperatores filios morte placida reliquerunt

querunt vel hostes reipublicæ do-
marunt, hæc & alia huiusmodi erū
nose vitæ, vel munera, vel solatia,
quidam etiam cultores demonum
accipere meruerunt, qui non perti-
ner ad regnum Dei, quo pertinent
isti, sed felices eo dicimus, si iusta
imperant, si suam potestatem ad
Dei cultum dilitandum, maiesta-
tiq; eius seruendum famulam fa-
ciunt, si Deum timeant, diligunt, co-
lunt, si plus amant regnum illud.
&c. Idem D. Isidorus libro 5. Ety-
mologiarum. ca. 11. & lib. 2. cap. 10.
dum diffiniens legem, in qua sola
versari Regum officium docet A-
ristoteles. libr. 10. Ethicorum. ca. 9.
illam dixit debere esse, honestam,
iustam, possibilem, secundum na-
turam, necessariam, utilem, & nel-
lo priuato commodo, sed pro com-
muni ciuium utilitate conscripta:
refert Gratianus in. cap. erit autem
lex. 4. distinctione. Qua ratione ve-
teres Gothorū Reges Christianis-
simos, cum principatum accipie-
bant, in hunc modum iurasse co-
pperimus, quod erunt actibus iudi-
ces, vita modesti, & non perspectā-
res proprii iura commodi, sed con-
sules patriæ atq; genti, ad quā
Regendam constituuntur. Vt ex-
pressum extat apud Concilium To-
letanum Octauum. cap. 10. id etiā
legibus nostris ciuilibus clarè edo-
cemur, vt constat ex constitutione
Iustiniani, in authentico. de hære-
dibus, & falcidia. ibi quæcumque
vero frequenti quidem potiuntur

per partes auxilio, possibilia tamē
sunt scripta lege, vt communem
omnibus præsent, in quibus opus
habent vtilitatem, hæc oportere pu-
tabimus & leges ancire, & trade-
re subiectis per se iuuantia. &c. Col-
latione. 1. & in authentico de non
alienandis aut permutandis rebus
Ecclesiæ. §. quia vero, versiculo oportet
enim, collatione. 2. oportet e-
nim (inquit) quæ communiter, &
generaliter in omnium vtilitatem
lanciantur, potius valere, quā
ea quæ circa aliquos studentur agi,
ad corruptionem communium le-
gum. latius in authentico vt iudi-
ces sine quoquo suffragio. in princi-
pio collatione. 2. & in. l. vnica §. fin-
C. de caducis tollendis. ibi, sed quod
communiter omnib' prodest, hoc
rei priuatæ nostræ vtilitati præfe-
rendum esse censemus, nostrum es-
se propriū subiectorū comodū, im-
perialiter existimātes. Si igit' prin-
cipes (si principes veri sint, nō autē
Tyranii) ad efficiendum, & con-
stituendum quod solum reipubli-
cæ vtile, & honestum sit, non autē
ad aliud potestatem habent à Deo
& gentibus sibi commissis, quæ il-
los (sicut dominandi tribuerunt
potestatem) Imperio etiā priua-
re potuerunt, si Tyranise, & iniu-
ste gubernēt: non mirum si dica-
mus, eos suarum legum vi coacti-
ua teneri, proindeque non posse in
contractibus & ceteris omnibus, le-
ges iustas à se vel prædecessoribus la-
tas, quoad se vel alios sine iusta cau-
sa

sa mutare: ne quod in subditorum
vtilitatem, introductum est, in eo-
rum damnum conuertatur, quod
non minus à ciuili, quā canoni-
co, & diuino iure abhorret. In nulla
iuris ratio. ff. de legibus. l. quod fa-
uore. C. eodem. l. quod si iudex. ff.
de minoribus. cap. quod ob gratiā
cū ibi adductis de regul. iuris in. 6.
Sic ergo principes, iuxta modū
potestatis sibi tributæ, ad rectè gu-
bernandum, nec in legibus natu-
ræ & diuinis (quod apud omnes cer-
tum est) nec in positiuis, tam ab eo
quā alijs antecessoribus latis, im-
mutare aliquid sine iusta causa po-
terit, ne egrediatur terminos suæ
iurisdictionis & potestatis, quod
actum contra eas fuerit, vtroque
iure tam naturali quā positiuo in-
ualidum erit, sicut enim vnus po-
puli vel ciuitatis œconomus, pote-
statem habens ad tractanda & ad-
ministranda eius bona, si iniuria,
ignorantia, vel praua voluntate,
& malitia, aliquid ab officio sibi
commissio alienum, & populo ac ci-
uitati damnosum fecerit, irritum
est & inane, nec ad inferendum de-
trimentum populo, vires ali-
quas iure naturæ aut ciuili habitu-
rum: sic etiam Princeps, quem &
merito totius regni Oeconomum
& procuratorem vocat Plato, mi-
nistru sacra scriptura Sapientia. 6.
Cum potestatem habeat à Deo, &
subditis ad benè & beatè regendū,
& administrandum populum, &
eius vtilitatem communem inspi-

ciendam, non autem dissipandā:
si hanc potestatem excedat, iniusta
legum quoad se vel alios mutatio-
ne, & prodiga p'iuilegiorum con-
cessione, factū hoc nec apud Deū
& populum ratum esse potest, aut
debet. Qua ratione Aristotichus ter-
tius ad ciuitates, & prouintias sibi
subiectas scripsit, vt si quid contra
leges vel rationem, per literas face-
ro iusserit, ne sibi tamquam igna-
ro, vel vt alij codices dicunt, tam-
quam ignoto parerent, refert Plu-
tarchus in apotegmatib. Græcorū.
vt hinc colligas comunē Theo-
logorum & Iuris peritorum sentē-
tiam falsam esse, dicentium, quod
princeps legē alterius prædecesso-
ris vel suam (si positiuā solum sit, id
est, quod iustitiam ab eorum con-
stitutione sola capiat) ad libitum
mutare poterit, quo ad se vel alios,
sic vt mutatio seu dispensatio (vt ip-
si vocant) (quā melius dixerim
dissipationem) valida sit in vtroq;
foro, & si rex concedendo, & is cui
conceditur petendo peccet. Ego
enim quo pacto ista colereant nō
video, quod rex potestatem non ha-
beat, nisi ad benè regendum, &
quod si male regat dispēfando, vbi
dispensatione opus non est, & eg-
grediens terminos suæ potestatis,
actum validum in vtroque foro fa-
ciat, certè si ego non fallor, ex su-
perioribus hæc falsa nō difficulter
probabis.

Quibus sic suppositis, Biantis, 6
vnius ex septem Græcis Philosophi
præstā

præstantissimi instituta sequuti, adductæ quæstioni Respondem⁹, quod Princeps subijcitur suæ legi, tamquam quilibet priuatus eius subditus, cum eadem in eo, quæ in subditis obediendi fuerit ratio: ille enim, solum eum verè Principē opinatur, qui patrijs legibus institutisque se primus omnium subiecerit gubernandum, vt refert Cælius Rhodiginus. lib. 7. lectionum antiquarū. cap. 1. & sic si contrahit tenebitur leges à suis antecessorib⁹ latas, ab eo ve constitutas, in contractibus seruare, nec poterit secundum exempla supra posita, pactū quodcumq; nudum, seu promissionē mutare: cum secundum sententiam Isocratis, in oratione ad Nicoclem Regem, oratio vel vox Principis, ad fidem faciendam, plus momenti habere debeat, quā expressum aliorum iusiurādum. Nec aliquē modium tritici assē vno pluris quā cōmunis sit æstimatio, secundum legem vendere, ne ex malitia sua, egrediendo terminos suæ potestatis, cōmodum reportet: quod si aliquādo fecerit, ad restitutionē in animæ iudicio eorum omnium quæ præscriptum pretium excedant, tenebitur: supponimus semper legem quā transgreditur iustam esse, cuius contrarium iniustū erit, nec solū naturaliter ad hoc efficiendum eum esse obligatū existimo: sed & civiliter etiam, ad eod, vt is qui cum eō contraxit, possit post celebratam emptionē & solutio-

nē factam, excessum iusti prætij repetere, cum vis coactiua sicut directiua, Principem sicut verè illi subditum comprehendat, quod eius conditionem nō deteriorem, sed feliciorē efficiet. Primò, quia si vt subditus coactiua non obligaretur, sequeretur in omnibus inter contrahentes inæqualitas maxima, ac proinde iniustitia. Vt docet Aristoteles. lib. 5. Ethic. cap. 4. debent enim cōtrahentes sentire æquale contrapassum, vt idem Philosophus. cap. 5. rectissimè dixit, at citra iustitiā, vt Diotogenes in lib. de Regno testatur. nullus vnquā Rex esse poterit, nec Iupiter quidē vt veteri prouerbio receptū refert Plutarch⁹ li. de doctrina Principū. ergo ne Reges hęc inæqualitatē & sic iniustitiam committentes, indignos Regno fateamur, necessariò tenemur concedere, eos iustitiam cū subditis, & æqualitatem hanc, in subiectione tam coactiua quā directiua virtutis, sine aliqua exceptione seruaturos. Secundo, quia si iustum esset, & certum, eos vi coactiua legum & contractuum nō teneri, proinde quæ ad eorum obseruationem compelli non posse, subditi omnes proculdubio, cum in maiori subiectione & grauamine, tantam sentirent læsionem, fugerēt magis à regalib⁹ cōventionib⁹ & cōmercijs, quā in Cyrenaica prouincia, serpentes omnes à Basilisci cōspectu, vel Aspidis cōmunionē, quib⁹ semper læduntur: sicq; religio-

si ali-

si alioquin, iusti, & charissimi Populis Reges, deterioris forent conditionis, quā quondam veteres deportati, quibus contractuum & commerciorum ciuiliū, Romanorum leges propter graua delicta interdixerunt. l. inter pœnas ff. de interdicitis & relegatis. at hoc à toto gentium iure diuino & humano magnopere abhorret, vt omnes qui bonum politicæ gubernationis gustum habent, liberè fatebuntur, admittendum erit igitur, ne infeliciorem faciamus sine causa Regum conditionem, sic vtraque legum virtutē, quoad obseruationem contractuum & cætera, subiectum esse, sicut quemcumque priuatum: sic enim sua communicatione, & commercijs lætabuntur ciues, aliter verò cū se tantò exponant periculo, fugiendum curabunt. Tertio erit necessarium, coactiua legum virtutē teneri, & ea ciuilitè obligari, ne capiat occasionem non obseruando suas & prædecessorum leges, pro libito voluntatis, peierandi, quod infelicissimum faciet Regis, & Regnorum statum, cum enim ipse à principio suæ creationis, in ea publica recognitione (quam Iura del Principe Hispanè vocari, dicemus infra) leges Regni se seruaturum iurauerit, si hoc non impleat, sed cum placuerit, leges ad suam voluntatem, & studiū retorqueat, dicens cū cōmuni licere Principi omne quod vult, sine dubio periurus erit, quod

malū culpæ ne immineat semper Regum ceruicibus, & post, aliud pœnæ, parum illis leuius, perditio videlicet Regni, nam hoc ex illo nascitur (vt ait Plutarch⁹ vbi supra) oportet alicui rationi, & regulæ cogenti subijci, vt eius adstrictus vinculo cū amore virtutis peccare non omittat, omittat tādē ciuilis coactionis timore: sic igitur secundum exemplum venditionis supra positum, in iudicio ciuili repetere poterit priuatus, à Principe, omne illud quod iustum legitimū excesserit.

Cuius quæstionis iudex erit, qui olim procurator Cæsaris vocatus, his autem temporibus, post erectionem Consilij patrimonij regalis, à Philippo secundo Rege nostro sapientissimo factam (Hispanè Præsidente del consejo de hazienda vocamus) in Aragonia autem magnus erit iustitarius, quem semper inter Principes Regni & Regnum, seu priuatos Regni, tam quo ad contractus quā alia iudicem fuisse Historiæ testantur, vt colliges ex annalibus Hieronymi Çurita. lib. 6. cap. 63. & libro. 4. capit. 54. Quod non tantum modo in hoc casu, & alijs similibus, ad contractus pertinentibus, sed etiā in cæteris lege positiua constitutis, eadem ratione erit obseruandum, non solum in secularibus, sed etiam in Ecclesiasticis quibuscumque Principibus, seu legislatoribus, quos suis legibus iustissimè

M arbi

arbitramur teneri, sicque nec secū nec cū alijs, in his posituiis sine causa posse dispensare. Ponas verbi gratia Pontificem Maximum, viribus & ætate florentem, nec ad eò negotiorum mole impeditum, vt onera canonica, tam in recitandis diuinis officijs, quàm exequendis similibus ministerijs (si quæ sunt) difficulter subire possit, vel à Rege rogatum, vel sua sponte & proprio motu, priuilegium filio Regis concessisse, ne easdem horas canonicas (cum in sacris esset constitutus) recitaret, dispensans secum & cum illo in iure isto positiuo, vel ne decimas persolueret, aut saltem decima partem minorem, Ecclesiastica statuta, sine causa relaxans: opinio nostra est, quod Pontifex tam dispensando secum, quàm concedendo priuilegium filio Regis, peccat tantò, quantò materia maioris aut minoris sit momenti, nec solum Pontifex cōcedens, sed & Rex pater petens, & filius Regis vtens priuilegio, quod sine causa sciunt esse concessum (quod in dubio non debet præsumi) eodem implicantur errore, non solum in petendo, & concedendo, sed & in vtēdo, is qui petijt vel oblatum accepit, & is qui concessit, in non reuocando toties, quoties meminerit irrationabiliter, & sine causa fuisse concessum, & commodè fieri possit reuocatio: nam quamuis aliqui istorum actuum natura sint indifferentes, post legum tamen

iustam positionem, eam iustitiam induerunt, quam exuere numquam poterunt, quousque Legislator iustis motus de causis, secundum potestatem Petro & eius successoribus à Deo concessam, vel legem tollat vel relaxet: interim tamen cum causa non subest, rationi consona, Ecclesiasticus Princeps vel rector, sine causa dispensans, duplex peccatum admittit: vel imprudentiæ, quando absque aliqua boni publici consideratione & zelo, quo ad id affectus esse debet, nulla causæ habita ratione, sed temeritate quadam (vt ita loquar) legem iustam dispensat, vel potius destruit: vel infidelitatis, quando sciens & prudens, causam non subesse, sed pro libito suæ voluntatis, vt priuato suo vel alterius commo commo consuleret, legem non vult obligare, contra præceptum Domini, Lucæ. 12. (quis putas est fidelis dispensator & prudens, quem constituit Dominus super familiam suam) & iniustitiæ simul ac semper, quod ex tali dispensatione, debitum Deo, communitati, vel priuatæ alicui personæ sine iusta causa adimitur, vel detrahitur, ex quo consequens erit, vt entes, mediante & concedentes, ad restitutionem eorum omnium teneri, ac si dispensatio illa numquam obtenta fuisset. Quibus nō dubito quin obijciat aliquis, vt nobis obicit, sapientissimus quidam Hispaniæ, è Societate Iesū Theologus, oppo-

oppositionem hanc. Si verum esset (vt dicis) dispensationem sine causa concessam, nihil dispensato prodesse, cum id certò scit: sequeretur proculdubio, cōsanguineos intra quartum gradum, qui dispensationem petunt sine causa, & impetrant, in perpetuo viuere incestu, filiosque ea cōtaminatos nota procreari, sicque non posse parentum hereditatem accipere: at hoc in humanum videtur, vt ipse aiebat & dixit Couarruu. in. 4. 2. part. capit. 6. §. 9. num. 10. opinio ergo nostra falsa videtur.

Sed huic oppositioni (venia tantorum patrum petita) nō difficile respondebo, dicens, quod quemadmodū summus Ecclesiæ Præsul, per illa Christi verba relata à Ioanne. c. 21. Pasce oues meas, potestatem accepit constituendi leges, quæ ad publicam vniuersi gregis vtilitatem spectant, id enim est pascere, vt probat Iulius Albanus de potestate Papæ. 1. part. numer. 42. sic etiam eodem facto, visum est iurisdictionem negari, vt aliquid iniuste constituar, quod erit cum non totiùs gregis vniuersalem, sed vnius particularem pecoris vtilitatem consideret, quod cedit in ceterorū perspiciuam inæqualitatem, & iniustitiam, & in contrarium finem, ad quem Monarchia hæc Ecclesiastica creata & constituta est, ratum, & firmum haberi nullo pacto potest. Quia si cur potestatem non habet constituendi leges iniustas, quod ipsi fatetur,

nec tollendi iustas iniuste, & sine causa, necessariò est concludendū, cum impotentia ad vtrumque, manet ab eodem fonte, à defectu videlicet potestatis, & iurisdictionis, alioquin enim sequeretur absurdū maximum, præstantiorem esse successoris, quàm illius in cuius locum fit successio potestatem, quod nec naturalia, ciuilia vel canonica iura admittunt. l. traditio. ff. de acquirēdo rerum dominio. l. nemo plus. ff. de regul. iuris. cap. nuper. de donatio. inter virum & vxorem, cum enim Pontifex Maximus, in Christi saluatoris nostri locum successerit, vt testatur Bonifacius Octauus in extrauaganti vnam sanctam, de maiori & obedientia, & Christus ipse non solum voluerit, sed nec potuerit aliquid iniuste operari, nec ad id operandum potestatem concedere: certò consequitur, si maiorem Vicarij quam Episcopi non faciamus iurisdictionem (vt par est) Pontifices maximos, Christi Vicarios, iniuste dispensare, sicut ipsum Christum (ad cuius exemplum se debent componere & clauas commissas moderari) nullo pacto posse, ne (vt semel iam dixi) maiorem faciamus Papæ quam Christi potestatem.

Nec ex hoc deduci potest, quod si Pontifex sine causa dispenset, vt bigamus ordinetur, vel minor ætate legitima, ordinatio illa non valeat, nec characterem

imprimat in anima, ex eo quod à principio iniuste facta fuerit, ac pro inde nulliter, ut charissim^o mihi ille magister Theologus opponebat: nā respondeo, q̄ actus iniuste, fact^o dupliciter cōsiderari potest, vel .n. ad sui validitatē iuste, vel iniuste assequendā, superioris dispensatio requiritur, vel nō: si requirit^r, & adeo necessaria est, ut sine ei^o oblatione, actus validē fieri nequeat, quia lex eum sic factum irritauit, tunc dispensatio, si iniuste impetretur, quia dispensantis iurisdictione fundatur, quæ ad iniuste dispensandū non se extendit (ut dixi) factum nullo modo valebit: si vero ad facti validitatē, iuste obtinendā, dispensatio requirit^r, possit tamē dispensatione nec impetrata nec petita actus validē celebrari, & si iniuste, quia vel materiam, vel factū lex non irritauit: tunc dico, factū valere, ac proinde cū bigamus vel minor ætate legitima (si ordinatur sine vlla dispensatione) characterem recipiat, quia materia irritata nō est, & si suspensa, hinc erit, quod qui pontificis licentia, sine causa concessa est ordinatus, ordinatus maneat: nō ex eo quod dispensatio, sine causa præcesserit, sed ex eo quod materia, quæ irritata à iure nō est, quamuis iniuste, ad factū tamē processit: ex quo nascetur iniustā Principum dispensationē, in utroque casu, non magis prodesse, quam si à priuato homine iurisdictione carente impetraretur ex su-

pra dictis.

Quando autē cognosci possit, an ad validitatē solam, superioris dispensatio requiratur, vel non, id ex legum in materia occurrenti loquentiū verbis colligi potest. Nā vel procedit annullando, vel nō: si annullat, tunc sine dispensatione iusta, priuatus nihil iuste vel iniuste efficere poterit, si non annullat, sed tantū prohibet fieri, tūc sine dispensatione actus fact^o, et si iniuste fiat, valebit, nec annullatio actus debet solū fieri, quoad exterius forum, ut sunt plures leges, in electionib^o contractib^o, ludis, & alijs huiusmodi loquentes, quæ in exteriori tantū procedent, ut alibi diximus latius, sed necessariū est, quod annullatio fiat materia, sicq; referat^r ad utrūq; forū, fori quod aiunt & poli, ut act^o naturaliter inualidus sit. Ponamus exempla istius meæ doctrine ut res fiat clarior. null^o homo priuat^o post emissum simplex vatū castitatis, iuste cōtrahere potest matrimoniū, si tū contrahat, & iniuste faciat cōtrahendo, facit nihilominus actū validū, quia lex positiua hanc matrimonij materiā, post simplex votū emissū ad cōtrahendū nō irritauit. c. meminim^o, qui clerici vel vouentes. Ponam^o præterea, quod ipsemet qui votū simplex fecit, illud solēni-
zauit professione, tūc certē si cōtrahat, & iniuste faciēdo, actū nullū faciet, quia lex materiā ad cōtrahendū post solemnitatē irritauit. dict. ca. meminimus cum alijs & si

modo

modo Pontifex dispensat, cū nulla subest causa, libenter affirmo, talē iniustā dispensationem, si iniustā sciant impetrates, sibi nō prodesse, sicq; prole illegitimā & sacrilegam suscipi, & si inter parentes, incestuosa: quia cōtraxerunt contra legē iustā talia matrimonia irritantē, si ne dispensatione, quæ hic abesse cēfenda est, ex eo quod iniuste, à iurisdictione non habente cōceditur: ad dissipandū enim iurisdictionē non habet superior (ut dixim^o) quod in casu manifesto procedet, in dubio vero, qui dispensationē proposita verā rationū narratione impetrat, præsumere debet, & sibi de hoc cōficiētā assumere, quod iustis de causis cōcessa fuerit, nā de iustis principibus, iniustitiam suspicari in casu dubio, nefas erit.

Quæ omnia quamuis aspera & inhumana videant^r, præcipue his, qui cupiditate & humanarū rerū affectu excecati, superiorū iurisdictionē inique extollētes, libere iactāt, spontaneā quancūq; Principū volūtatē legē esse, ut ex Accursio, & alijs latē refert Pinel^o. i. p. rubricæ de rescind. vedit. n. 12. mihi tñ qui regū fauore ad faciēdā veritati fraudē nō moueor, nec alij præterq̄ rationi, quæ ratiocināti mihi optimā videat. (ut in Crito aiebat Plato) parere cōsueui, tramites verē iustitię, ex naturalib^o & politicis principijs deducēti, nō solū aspera, sed suauia, blanda, iustęq; voluptatis plenissima & semper visa sunt, & nunc videntur, quæ si

placuerint postea sequeris.

Nec obstat Philosophus, quem in primo argumento adducebam^o, dicēs, actionem & passionem (quæ obligari sunt & obligare) in eodē subiecto agente cadere non posse, nam tamen id verum sit, & procedere possit, in actionibus naturalibus exterioribus, quæ obiectū diuersum ad agendum requirunt, in interioribus autem & moralibus, diuersum erit: non enim incongruit, vnam personam & vno actu obligare, & obligari, ut patet in vouente, iurante, vel qua alia simplici pollicitatione promittente; in his enim omnibus damus eādem personā, obligantē & obligatā, sicquē actionē & passionē in eodē subiecto, quod in principe simili modo verificari possit, is .n. per legis positionem, vno actu, & se & subditos obligat, & obligat à se, ad quod iure nature, diuino, canonico, & civili tenet: nā cū cōtrahat (lege iustitię dictante) debet cū alio cōtrahente equalitatē seruare, sicq; pari periculo & vtilitati simul cū eo se subijcere, ne ob inæqualitatē (quæ sepe est inuoluntaria) iniustitia nascat. Inter Regnū autē & Regē, nō simulatus aut fictus, sed ver^o quidā contract^o à principio intercessit, in quo, regnum ad sustinēdum, defendendū, & tutandū Regē: Rex autē ad liberandū ab iniurijs regnū & gubernandū equalib^o & iustis legib^o, in pace, quiete, & tranquillitate, se ad inuicē simul obligarūt, neq; Rex

182 D. FERDINANDI MENDOÇAE

Regni iniustæ mutationi se exposuit, nec seditiosis mutandi capitibus sententijs (quandocumq; regnum voluisset) consensit: sed solû obligauit se, ad cõprimendû superiorû furorẽ, ad arcẽdas ab inferioribus iniurias, ad constituendã concordia, & pacem iustam inter omnes, nõ solû vt subditi viuant, sed vt benè & feliciter (vt Arist. vbi supr. docuit) viuant: sicq; Regnũ, si eũ seditiosè, & sine causa (vt dixi) administratio ne priuare tentaret, vltra pœnas læ se maiestati debitas, violatè primæ conuentionis & pacti siue tacitè siue expræsi pœnas incurreret sine dubio, arbitrio supremi sui iudicis præscribendas: neq; regnũ similiter, iniustè legũ mutationi à Rege factè, vel faciendè cõsensit, nec vniquã præsumitur cõsensurum, cũ facultatè ad id, vt quoad se, siue quoad alios, iniustè dispensaret, nõ solû non concefferit, sed omnino negauerit, vt patet ex regnorũ & Regum constituendorũ sine, à iure ipso naturæ seugentium intèto, qui omnium tranquilla, quieta, & beata est, in pace & iustitia cõseruatio, vt docet idẽ Arist. li. 3. Politic. 3. quæ mutata æqualitatis ratione in aliquo, perfectè nequit retineri: & q; in legũlatione, in qua cõsistit totalis & perfecta esedi regis substantia, & per quã à cæteris priuatis distinguuntur, vt docuit Philosophus. li. 10. Ethic. c. 9. D. Hiero. super Hierem. c. 21. relatus in. ca. regũ officiũ 23. q. 5. fiat de nouo, vltra primam

conuentionẽ generalẽ, quidã quasi cõtractus, probari potest ex Arist. qui ex setetia Lycophonis Philosophi quẽ allegat lib. 3. Politic. c. 3. legẽ pactionẽ vocat, idest cõtractũ, inter legislatorẽ & subditos, quod apertius probauit Plato lib. 28. dialogo Crito, vel de eo quod agendũ Socrates. vbi adiumentũ & instrumẽta oblata à Critone ad se liberadũ à carcere tamquã iniusta reiecit, q; violaret pactũ & cõuentionẽ quã fecit vt subditus, cũ sua repub. vel gubernatore ad præstandã fideliter in omnib; illis obedienciã: supponens sic, imo declarans inter rempub. & subditos siue inter Regẽ, & regnũ, in illius creatione & legũ cõstitutione contractum fieri, quo vnum ad rectè regendum, aliud verò ad rectè obediendum obligarunt sic enim ait cum de legum transgressione loqueretur. Soc. etenim leges ipsæ sic responderent. O Socrates nõ ne nobis tecũ id cõuenit, standũ esse iudicij, quæ ciuitas tulerit: & postea, at vero quicũq; ex vobis postquam cognouerit, quemadmodum nõs iudicia disponim; & in cæteris omnibus regim; ciuitatem, permanserit, tamen hunc iam asseueramus opere ipso conuenisse nobiscum quæcumq; iusserimus se facturum, atque eum qui non peruenit tripliciter iniuriari censemus, & quod genitricibus nobis non obtemperat, & quod nutricibus nõ obsequitur, & quod pactus nobis obedire, nec obedit neque

neq; persuadere nobis studet. &c. & paulò post, facis autem quod deterrimus faceret seruus fugam arripere tentans, cõtra pactiones cõuentionesq; in quibus conuenisti nobiscum, nostris te præbens institutionibus gubernandum. Primum responde nobis, num id ipsum verè dicamus, consensisse nõ verbis, sed re ipsa moribus nostris gubernari debere, an non verà hæc sunt: quid ad hæc dicemus ò Crito an non confitebimur? Crit. necesse est ò Socrates. Socrat. non ne igitur leges inquiet, conuenta nobiscum, & pacta transgredieris, quæ neque coactus es nobiscum inire, neque deceptus, neque ad breue tempus deliberare licuit? quo in tempore licuit & abire, nisi tibi placuissimus, conuentionesq; iustè tibi visæ fuissent: cui enim placere potest ciuitas, cuius non placeant leges? nunc verò nõ permanes in his in quib; iam diu nobis tibiq; conuenit. &c. Id etiam docuit Papinianus in. l. 1. ff. de legibus. dum legem vocat, commune præceptum virorum prudentium, postea, & communem reipublicæ sponsonem, volens docere, ex his duobus verè legem posituam perfici, id est ex autoritate & præcepto iusto legislatoris, & sponsonem reipublicæ seu subditorum, quod idem est, quod communis reipublicæ acceptatio, & consensio: non enim est lex, si reipublica id est subditi vniuersi, vel maior & principalior

eorum pars eam non acceptet, pactum fit igitur in legum positione, inter Regem & Regnum, incipiens à legum promulgatione, perfectionem suam accipiens ab expresso seu tacito populi consensu, qui tunc certò & iustè præsumitur, cum expressè non contradicit, habens contradicendi facultatem: & hac de causa vocauit legem Papinianus, virorum prudentium præceptum, & reipublicæ communem sponsonem, quia ex eorum mutuo consensu, nascitur quidam contractus, seu pactum, quo ad iustitiam & æqualitatem scriptam seruandam, respectiuis modis & legislator, & subditi obligantur. Quod postea Marcianus ex sententia Demosthenis in oratione contra Aristigitonem, in. l. 2. ff. eodem titulo. confirmauit, dicens, esse legem communem totius ciuitatis compositionem, id est pactum & conuentionem.

Ex qua verissima (ni fallor) resolutione, secunda patebit solutio ad primum argumẽtum, nam etsi verum sit, obligare, & obligari (quæ actio & passio sunt) cadere non posse in vno subiecto, id tamen in fauorem Principum (vt legibus suis non obligentur) adduci non potest: nam Princeps non se obligat legis suæ positione, sed approbatione totius regni, cũ quo legem condendo, cõtractum celebrat, & quod eum obligat

ad seruandam eam legem, vt membris, sic capiti ipsi æqualem, iustā, & vtilem, obligatio igitur ciuilis, ad compellendum Regem, vt seruet positiuas leges, oritur ex approbatione earum, à regno facta, & hac conditione acceptata, vt Rex etiam obligetur ex illo contractu, qui fit in legis latione & approbatione (vt dixi) naturalia enim contractus & si non exprimantur, censentur tamen ex tacito contrahentium cōsensu expressa. l. cum quid ff. si certum petatur. l. non dubitatur. C. de euictionibus. l. si maior. C. de communi rerum alienatione. cum alijs. sicque nō fauebit principi, quod obligans & obligatum, debeant esse distincta subiecta, ad hoc vt nō seruet suas leges, sicut olim nō fauebat Prætoribus, Aedilibus, Dictatorib⁹, Tribunis plebis, & alijs, quibuscumque iudicibus, vt patet, ex. l. 1. & toto titu. ff. quod quisque iuris, tam in nigro (vt vocant) quàm in rubro: quo statutum est, legibus quas quisque tulerit, æquitate naturali & ciuili dictante, eisdem prorsus teneri: quod & apud Aegyptios iustitia & prudētia florētes, vsitatum fuisse refert Diodorus Siculus. libro. 2. vbi ait legibus eorum Principes, sicut quoscumque priuatos teneri, nec id (vt ipse ait) egrè Reges ferebant, existimantes parendo legibus se fieri beatiores. Qua ratione cum illi iudices ad gubernandas Regni prouincias constituebant, adiurabant eos ex sua

ipforum lege, ne quid iniuste (etiā si Rex imperaret) iudicarent, vt refert Plutarchus in Apophthegmatibus.

Quod vt magis confirmemus, quid aliud (si verum amamus) significat, solemne illud fidelitatis iuramentū (quod Hispanè Iura del principe vocamus) tanto Regis & regni celebratum applausu, iurandi principis hilari acceptione, & seculariū Castellę magnatum, ecclesiasticorumque prælatorū (qui omne totum regnum representant) auctoritate, & iuramento firmatum: quid aliud inquam significat, quam tacitum, ne dicam expressum contractum, & conventionem, qua futurus Rex promittit, se leges Regni ad Regni vtilitatem seruaturū curaturumque nihil, quod in eius dānum, sed totum quod in commune reipublicæ bonū redundet: regnum autē promittit, nullum aliū præter Principem, vt talem recognitum & iuratum, regni tutorem & defensorem, dominumque ad tutandam solum, non perdendam gentem accepturum, eiusque bona & auctoritatem, velis (quod aiunt) & remis, armis & castris fore semper vindicaturum? nihil aliud certè, quæ non solum Hispaniæ regibus futuris, seu præsentibus (solum n. hæc si in vita præsentis regi non fiant, post mortem illius, cum eius filio nondum iurato, vel eo qui in regnum est successurus, celebrari) antiquissima est cōsuetudo,

vt

vt constat ex Cōcilio Toletano. 8. cap. 10. sed & Atheniensibus etiam recepta fuit, & familiaris, leges latis & ferendas ad commune bonū Principes futuros iurare, vt docuit Plato lib. 33. dialogo. 3. de legibus. Lacedæmonib⁹ Stobeus in sermone de legibus. Romanis iudicibus & Imperatoribus. Tullius. in oratione contra Salustium. & Plinius in Panegirico ad Traianum. adeo vt lex Iulia edita fuerit à Iulio Cæsare, vt qui in suas leges non iurasset, crimen esset capitale, vt refert Appian⁹ de bello ciuili 2. & vetustis Israelitici populi regibus Abulensis lib. 2. Paralipomenon. cap. 2. questione. 30. eademque finali. Quæ omnia satis aperte demonstrant, inter Principē & regnū conventionem seu cōtractū, tam in sui creatione & recognitione, quam in legum latione & ceteris, ad communem reipublicæ vtilitatem spectantibus celebrari, & eius mutuo ac æquali vinculo vtrumque tam naturaliter, quàm ciuilitate fore obligatum, quas postea leges in priuatis conuentionibus Princeps transgredi non poterit, ne violatis iustitię terminis, crudele & abominabile Tyranni nomē assequatur.

12 Sed si opponat aliquis aduersus opinionē hanc, quod obligantem superiorem esse oporteat, obligatū vero inferiorem. l. nam magistratus ff. de arbitris. cum alijs. ea que ratione subditos, caput & regem suum, qui superior est, obligare ci-

uilitate non posse, ne in hoc iura iuribus contrarientur: respondebimus, totum regnum simul, in his quæ concernūt publicam & communem regni vtilitatem, rege eandem non prospiciente, inferius nō esse, imo superius: vel secūdo quod in celebrandis contractibus, non consideratur regia dignitas & maiestas in Principe, plebeitasque & inferioritas (vt his verbis docendi gratia vtamur modo) in subditis, sed solum æqualitas rei & iustitia sic docuit Aristoteles lib. 5. ethicorum cap. 4. ibi, ad solam nocumēti differentiam lex spectat, perindeque personis vtitur, ac si æquales sint, tractans de iure commutatio, & sic cum regnum & Princeps, tam cum in Regem eligitur & iuratur, quàm cum leges cōdit vere cōtrahant (vt supra diximus) & de natura cōtractus (si iustus esse debet) sit inter contrahentes æqualitas, vt probat Philosophus vbi supra: nō malè nos deduximus, Principes quando in obseruatione legis, eadē est in eis ratio, quæ in subditis, ratione custodiendę huius æqualitatis, ad leges suas seruandas teneri: ne sicut de societate dici solet, contractus iste Leoninus iudicetur, quod regnum ad obediendum cuiusque Principis voluntati & placito astringatur, Princeps vero non sic, sed ad efficiendū omne quod vult, potestatem habeat, quod non regis & legitimi Principis, sed iniusti Tyranni obie-

M s etum

Etum esse docuit, idem Aristoteles lib. 5. Politic. c. 10. Plato lib. 16. dialogo ciuili seu de regno & Diuus Basilus iam supra à nobis relati.

31 Dixi, cū eadem est in Principe, quæ in subditis obediēdi ratio, nā sunt aliquæ leges, quæ iustæ, rationabiles & subditorum statui conformes sunt, maiestati autem regię non eo modo. Vt. v. g. est lex & iustissima Castellæ, ne quis plures duobus, pedites antambulones (quos Hispanè lacayos vocamus) ante se ferat, ne innanibus & superfluis sumptibus (vt antea solebant) nobiliū patrimonia minuerentur, quis modo, regalem amplitudinē & maiestatem, quā multorum fidelium committatu, tā equestri, quā pedestri, quodcumquē eat, decet stī pari, custodiri, & conseruari incolumē, ob extraneorum maleuolorum insidias, strictissimis illis duorum pedituum terminis dicet circumscribi? nullus profecto (vt arbitror) sanę mentis. Igitur quotiescū que alia diuersa ratio, in Principe nō sit, quę in subditis, ita Princeps vt subditus, suis & regni ligabitur constitutionibus.

Quando autem sit eadē, vel diuersa ratio, quicumque mediocri prudentia præditus, videre poterit, cuius iudicio relinquo, sic soluitur primum argumentum.

14 Nec obstat secundum, quod deducebam ex Vlpiano. in. l. 1. ff. de constitutionibus Principum. & Iu-

stiniano in. s. sed quod Principi insit. de iure naturali. vbi dicunt placita Principum, legis habere vigorem: nam respondeo: quod Vlpianus & Iustinianus, non intelligunt de omni placito & voluntate Principis, in omni re & negotio quocū que priuato: sed intelligunt & loquuntur solum, de voluntate Principis & placito, in lege condenda, vt patet ex illis verbis. ibi. Quodcumque igitur, Imperator per epistolā & subscriptionem statuit, vel cognoscens decreuit, vel edicto præcepit, legem esse constat, quæ omnia ad eius textus & aliorum declarationē, latius quam reliqui omnes & fortasse non peius, interpretari decreui.

15 Erat autem epistola, quædam rescripti species, qua Principes ad cōsultationem absentis magistratus respondebant, cū enim graua negotia & obscura, ad magistratus absentes deferebantur, cōsulebāt Principes per literas, & Principes etiam per literas respōdebāt, quas epistolas vocabant, & vicem legis habere, non solum in illo casu, sed & in cæteris similibus, Vlpianus vbi supra docuit: quod exēplis pluribus potest comprobari, præcipuē ex Plinio ad Traianum lib. 10. epistolarum. ibi. quid debeam sequi rogo domine scribas, præsertim cū pertineat ad exemplum, & ex. l. 3. s. ideoque. ff. de testibus. ibi. verba epistolæ Diui Adriani ad Varronē legatū prouinciæ Ciliciæ: hæc sunt

tu

tu magis scire poteris & c. & ex. l. sed addes. 21. s. illud nobis. ibi & est in epistola Neratij ad Aristigitonem ff. locati. & in. l. regula. s. 1. ibi si qui iusignorans, lege falcidia vsus non sit, nocere ei dicit epistola Diui Pij. ff. de iuris & facti ignorantia. Hinc intelliges quid voluerit Iustinianus Imperator, in. l. nemo arbitretur. C. de temporibus appellationum. vbi iubet, quod gesta in iudicio, cōtra quod appellatum est non prope finem temporis traderentur scrinio sacrarum epistolarū vocat enim scrinium sacrarū epistolarum tam ibi. quā in. l. finali. C. de curionibus lib. 10. capsulam quandam seu arcam, quibus ciuitatū postulata & legationes, rescriptaque Imperatorum ad absentium magistratuum interrogationes missa recondebantur & sic intelliges Honorium & Theodosium in. l. omnium C. de testamētis. ex quo Accursus Bartolus, Baldus, Paulus, Alexander, Iaso & communis, nemine dissentiente, perperam tamē & malē tam ibi. quā in. l. comparationes. glossa fin. C. de fide instrumentorum. colligunt, Imperatorē, cōsendum habere in pectore suo, recondita & præcognita omnia iura, quod tantum distat à verō illius legis intellectu, quantum lignum seu arca cæca à pectore principis aliena sunt. Hæc alibi dante Deo copiosius tractabimus, cum de intellectu. d. l. omnium. sermonē & disputationem instituerimus. inte-

rim ista docto præcipuē & erudito lectori, insinuasse sufficiat, ad cætera transeamus.

16 In verbo illo (per subscriptionē statuit) aduerte, quod rescriptio erat alia rescripti species: qua Imperatores respondebant presentibus, per libellos eosdem consulentibus: solebant enim litigatores, cū res obscura vel ambigua erat, in testamentorum clausulis, vel alijs instrumentis, libellos principibus offerre, quibus ipsi non statim, sed de sententia & consilio suorum iuris prudentium (quos semper aduocabant) respondere solebant. vt testatur de Nerone Suetonius. his verbis, in iurisdictione postulatoribus, nisi sequenti die, & per libellos nūquam temerē respōdisse: & de Alexandro Seuero affirmant Capitolinus & alij, quod nūquam his quæstionibus libellis contentis respondit, nisi viginti Iurisconsultorum & aliorum plurium disertorum virorum exquisito consilio, quarum ad hos libellos subscriptionum fit metio. in. l. sed addes. 21. s. finali. ff. locati. & in. l. Diui Fratres. 17. ff. de iure patronatus. & in. l. debitoribus. 31. ff. de re iudicata. & in. l. non distinguemus. 37. s. cū quidam. ibi libello ciusdam id querentis, Imperator Antoninus subscripsit. ff. de receptis arbitris. quod etiā ex Suetonio constat, qui sic de Augusto scribit. Patrem Cæsarem vulgo repressum commemorat, quod inter spectandum, epistolis libellis que

que legendis ac rescribendis vacaret, & de Iulio Cæsare (libellum insidiarum indicem ab obuiis quodam porrectum, libellis ceteris, quos sinistra manu tenebat, quasi mox lecturus commiscuit) solebat huic libellorum Scrinio, praesse quidam qui libellorum magister vocabatur, seu promagister, ut ex formula statim referenda constabit, ilque ex Iuris peritorum numero assumebatur, ut de Papiniano apud Imperatorem Seuerum testis est Triphonius. in. l. rescriptum. 12. ff. de distractione pignorum. is post responsum Principis, rescripto diem & consulibus subijciebat, ut ostendit Reuardus in. l. omnia quaecumque. ff. de regulis iuris. ubi refert antiquissimam libelli cuiusdam formulam, quae corporum fictili falcophago ad tempus commendandorum principalis autoritas postulabatur. Haec erat formulae illius rescripti verba solemnia (sepulchrum fieri placuit) quibus statim adiuncta erat haec subscriptionis clausula. Iubentius celsus promagister subscripsit. III. Idus. Nou. Antio Pollione, & Opiano Consulibus. erat etiam usitatum & principibus familiare, ut libellum subscriptum signaret annullo, signatumque restitui iuberentis, qui illos porrexerant: quod pertinet quod Suetonius dicit, in diplomatibus, libellisque & epistolis signandis, Augustum initio Sphynge usum fuisse, quae libellorum antiqua ratio, & Praetoribus, Procō-

sulibus, & Praesidibus prouintiarum permittebatur. l. libertus la. 2. ff. de in ius vocando. Ut hinc notes Accursij, & aliorum veterum. Iuris peritorum in Romanae antiquitatis notitia crassam ignorantiam, stultamque legum civilium intelligentiam tam in. l. nequid quam s. ubi decretum. ff. de officio Procōsulis quam in. l. omnia quaecumque. 37. ff. de regulis iuris. dum in illis verbis, ea quae causa cognitionem desiderant, per libellum expediri non posse, interpretandis, ea de libellorum ratione comminiscuntur, quae hominibus doctis & eruditis lectione & relatione sunt indigna: Cum enim Ulpianus per libellum expediri non posse dixit, quae causa cognitionem desiderant: idem est ac si clarius dixisset, controuersias illas seu iudicia, in quibus solemnitas citationis, vocationis in ius, & meritorum causa cognitio, a iure civili certis diebus requirebatur, non satis esse sufficiens, vel a Praetore, vel a Praeside, vel Proconsule per libelli oblationem terminari: siquidem in postulationum, cognitionumque dies, illa reijci consueuisse, satis expressis argumentis docuit Reuardus lib. singulari pro tribunali: haec autem quocumque die nefastis etiam diebus poterant expediri, ut alibi fortasse latius dicemus.

In illo verbo (vel cognoscens de 17 creuit) solebant enim, iudicij & actionibus causarum Principes interesse: qua ratione Mithridates,

ut

ut nullo indigeret interprete, sed voce propria, subditis suis iura redderet, linguas duas & viginti perdidicit. Neque Philippus Magnus Macedonum Rex, laboriosum aut indecorum duxit suae maiestati, causis cognoscendis quotidie praesidere, nec iniquo tulit animo cuiusdam anniculae admonitionem, quod Rex non esset si suorum causam audire recusabat (de Adriano etiam praedicatur) cuius vestigia persequi non destitit eius filius Alexander, quem de more & consuetudine sua ferunt, semper actiones forenses audire, altera aure obturata manu, quam aduersae parti se integram reseruare dicebat, quod de Romanis principibus pluries retulit Suetonius, & Paulus Iuris consultus noster, sex libros imperialium sententiarum, cognitione prolatarum (quae decreta fuisse vocata ex inscriptione. l. A. Emilius Largianus. ff. de minoribus colliges) conscripsisse dicitur & notabis ex inscriptione textus. l. A. Elianus debitor. 10. ff. de manumissionibus. quod adeo gloriosum & Imperatoriae suae dignitati & officio putauit Iustinianus, ut in pluribus locis precipue. Nouella constitutione. 108. asseruerit, se ex forensibus controuersijs, quibus interfuerat, frequentissime occasionem sumpsisse, multarum utilium legum constituendarum, & apud Reges nostros Christianissimos Castellae & Legionis, semper fuisse usitatum die veneris

cuiuscumque; Hebdomadae, causis audiendis publice praesidere, in historijs nostris meminisse me legisse, quem morem a temporibus catholicorum Principum Ferdinandi & Elisabethae exclusiue, in desuetudinem abiisse percepi. Cognoscere autem eo tempore dicebantur, cum factis diebus cognitioni praescriptis, in meritis causae seu in iustitia negotij principalis exposita ab utraque litigatorum parte, & defensa a suis aduocatis (qui pro eis praesentes aderant) cognitioni Principes erant intenti, textus est singularis qui huc cognitionis ordinem & modum tradidit, in. l. proxime. ff. de his quae in testamento delentur, decernere autem tunc dicebantur, cum post cognitionem praecedentem, maturo consilio factam, sententiam in causa promulgabant. l. si Imperialis. C. de legibus.

Nec assentior Accursio, & eius sequacibus in hoc. s. sed quod Principi, verbo decreuit, qui decretum Principis ad sententiam diffinitiuam, sedente pro tribunali Imperatore, existimant solum referendum, dicentes secus esse in interloquutoria, quam vim legis non habere nisi specialiter exprimat, affirmat: sed falluntur certe, nam pro tribunali non oportebat semper Imperatores sententiam proferre, ut obseruabatur in ceteris magistratibus, ut colligi potest ex Dione Casio lib. 5. qui his verbis testatur de Adriano loquens, asserensque eum

ius

ius dixisse, cum primoribus ciuitatis, aliquando in palatio, interdū & pro tribunali, vt quæ faceret publica & nota essent omnibus, & de Augusto dicit Suetonius, ius assidue & in noctem nonnumquam dixisse, si parum corpore valeret, lectica pro tribunali collocata, vel etiam domi cubantem, quod & de Tiberio refert Tacitus, nec interloquutoria de plano prolata, minoris erat momenti, vt testatur Vlpianus in d. l. i. ff. de constitutionibus Principum. cuius cōtextum in s. isto, sed quod Principi, cū Tribonianus transcriberet, ea verba (vel de plano interloquutus est) ea ratione (vt arbitror) prætermisit, quod decreti nomine, tam interloquutoriam, quam diffinitiuā comprehendit & merito existimauit, quod & probari posse ex inscriptione. l. A Emilius Largianus. ff. de minoribus. supra dixi, cum enim Paulus, sex libros ad sententias Imperiales, tam interloquutorias, quam diffinitiuas (omnes enim scribebantur) ederet cōmentaria: breuioris prolotionis gratia, non sententiarum interloquutoriarum, & diffinitiuarum, sed decretorum nomine, ea inscripsit, vt ex illius legis titulo patebit.

In illis verbis (vel edicto præcepit) erat enim edictum, tertia quædam constitutioni Imperialis species, absque complexu rerum & personam, sed Principum

voluntate, & proprio (quod aiunt) motu, generaliter statuta, ad reformanda ea, quæ in tota republica Romana, vel aliqua eius prouincia, minus benè viderentur disposita, vel ad stabilienda, quæ utilia & fructuosa populo putarentur futura. Sic enim debes intelligere, omnes constitutiones Codicis, incipientes (hac edictali lege) & c. volebant enim sic Imperatores docere, se ad nullius petitionem, leges illas tullisse, sed solum, vt reipublice utilitati, & commoditati confulerent: quibus non autem alicuius rogatu, ad id efficiendum insinuabant se moueri. In cæteris autem rescriptis, casibus specialiter contingentibus, & factis sibi propositis respondebant, etsi per accidens (quia id principaliter tunc non intendebatur) tam in illis, quam in similibus negotijs, æqualem fortirentur auctoritatem: addebat enim semper clausula illa, quæ communiter in illorum rescriptis legitur (si vt proponis) (cum proponis) (si constitit) (si vt asseruisti) & c. & alia similes, vt ostenderent, se ad propositam questionem ab aliquo, rescribere, rescripta quæ illa, nihil impetranti profutura, nisi facti relatio expressa Imperatori, vera fuisset, quæ omnia perartente notabis, proficient. n. nō parū ad intelligenda plura, adhuc fortasse nō rectè percepta.

Cū igit nō de quolibet Principis placito

placito & voluntate, sed de ea solū quæ in lege ferenda est, tam Vlpianus, quam Iustinianus loquantur, vt iam probaui, & in lege ferenda, non quod placet principi pro libito voluntatis, sed quod communitati utile, reipublice fructuosum, naturæ principijs conforme, & temporum opportunitatibus consentaneum, & honestum sit, Reges & Principes debeant statuere, vt lib. 5. Etymologiarū c. 20. Diuus Isidorus rectè docuit, relatus in c. erit autem lex: 4. d. non est, quare ignorantes & impuri quidam assentatores, aucupandæ Principum voluntatis & gratiæ studio flagrantes, eorum auctoritatem non minus effulere quam falso conentur tanto opere extollere: dicentes, omnia quæcumque pro libito voluntatis eis placuerint, leges esse, Tullie illi Antonini Caracallæ Imperatoris nouerca, turpe & infame imitantes. exemplū, quæ cum pulcherrima esset, & per negligentiam (vt quidam volunt) vel (vt ego & non malè suspicor) libidinis causa corporis quandam inhonestam partem, coram Imperatore nudasset, dixissetque Antoninus vellem si liceret, respōdisse fertur (vt scribit Lampridius in eius vita) si libet, licet, an nescis te Imperatorē esse, & leges dare non accipere debere: vt est uans illa & ardens libido, inhonestè amati cōcubitu & fruitione expleretur: sic etiam isti adulatores, seu fumi venditores, quos aliquando Alexan-

dri sententia iustissima, vt tales palo alligatos fumo necandos iussit. (quæ semper in vsu vtiā obseruaretur) vt luxuriosas suorum studiorum cupiditates assequatur, Imperatorum teneris & delicatis animis, eam sententiā à primis (quod aiunt) vnguiculis imprimere & persuadere conatur, quod placita quæcumque sua, vim legis habere, & sapientissimus Iurisconsultus Vlpianus, equissimusquē & religiosus Iustinianus Imperator, in locis supra relatis dixerint, eo vsque processit audacia, vt istorum iurium conditionum verissimis sententijs, deprauatam eorum malitia, & ignorantia, opinionem suam confirmare non vereantur, cui addunt verba illa (placet & placitum) quæ libertatis plenæ, & libidinis, non autem rationis & consilij autumant esse vocabula.

Sed quia error grauissimus est, altiùs eum placuit conuincere, ne aliquibus istorum, quod Anaxarcho contingat, qui cum discrutaretur Alexander Clytū à se occisum esse, dixisse fertur & sine causa eum discrucari de Clytō, quem iure occidisset, veteres enim memoriæ prodidisse, iustitiam Ioui Deorum Principi semper assidere, vt sciremus, quidquid Regi placuisset facere, aut dicere, id iuste factū dictūque esse. Capitalis sane Anaxarchus, & dignissimus, qui tãtam ipsam, quam Alexandro dabat potentiam, experiretur, sciendum er-

go erit, placitum id esse, quod ratione, consilio, & discussione diligenti facta, in re sapienti placuit, grammatici enim, & rectissimè, placitum à placodeducūt, vt quod post multas vtrinque disputationes, omnium consensu cōstituitur, placitum dicatur, quasi quod placatis his, qui de eo dissidebant, visum sit tandem dignum, cui deberent omnes acquiescere, quomodo Vlpianus in hac. l. i. ff. de pactis. diffiniuit pactum, quod dicit esse, duorum plurium ve placitum & consensum, nam sicut (inquit) conuenire dicuntur, qui ex diuersis locis in vnum colliguntur & veniūt: ita qui ex diuersis animi motibus, in vnum consentiunt, id est in vnā sententiam decurrūt. Sic quæ communi consensu probabat Senatus, placere Senatus dicebātur: item veniunt. 22. §. item placere. ff. de petitione hered. & quæ prudentum seu iurisperitorum autoritate recepta erant, placuisse vel placere dicebant. l. cum qui codicillorum. 4. ff. de iure codicillorum Paulus in l. item quia. 4. infra eod. titulo de pactis. Sic Plinius quæ communi medicorum decreto, ratæ sunt & approbatæ opiniones & regulæ, placita medicorum appellat, & Cicero sæpe, Philosophorum placita, quæ inter Philosophos cōcordi cōsensu iam diu placuerūt. Falsum erit igitur, iustitiam ad stare Ioui, vt faueat regū delictis, & iustum esse defendat, quidquid illis

prohibito voluntatis sine aliqua iustitiæ consideratione facere placuerit, vt Anaxarchus dicebat, falsiusque hunc errorem Vlpiani & Iustiniani sententiæ male percepta tutari, cum verius sit vetus illud Græcorū prouerbiū quod refert Plutarcho, sine iustitia ne Iouem quidem regnare posse: prout nos iam supra iam latè & neruose probauimus, vt nullus merito huic tractati relinquatur dubitationi locus, sic soluitur secundum argumentū.

Nec obstat tertium, quo dicebamus ex Vlpiano in l. ille a quo. §. tēpestiuum. ff. ad Trebellianum: & Paulo in l. nam magistratus. ff. de arbitris, ciuilitè obligantem, maiorem esse oportere iurisdictione, inferiorem vero, obligatum, quod facit pro regibus, vt suis cōstitutionibus ciuilitè obligati non sint, cum superiores non habeant, à quibus ciuilitè obligentur. nam vt supra in primo argumento respondebam, ex sententiā Philosophi, Reges in contractibus, quos cum regno celebrant, aut celebrarunt, non superiores sed æquales fuerūt, ac proinde in obseruatione æquales esse debēt, ne eius transgressione iustitia peruertatur, contractū autem in legumlatione fieri, quo & Rex & regnū, equaliter se obligarunt, iam me supra docuisse meminī. Si igitur ex contractu, cum regno tenetur, & lex contractus equalitatem obseruationis in capite & in membris requirit, procul dubio

dubio leges à se latas, & acceptatas à Regno, seruare in particularibus etiam contractibus necessariò tenebitur, ne prima conuentio, cum Regno celebrata, frustratoria reddatur, ex quo consequens erit, quæ cumque priuatum, qui cum Rege contraxit, actionem habere ciuilem ex lege Regis & Regni profectā, cōtra Regē: sicut olim cōtra A Ediles, Prætores, Consules, & ceteros magistratus, iurisdictionē habētes, ad obseruandas proprias leges actio dabatur ex ipsorum legibus.

Sed dicet aliquis, nullius momentū videri, ciuilem hanc obligationem, & actionem simul, si nullus in Regno sit, qui eam reducat ad actum, parum etenim esse iura existere, si desint qui executioni mandent, docuit Pomponius in l. 2. vers. post originem. ff. de origine iuris, & Philosophus lib. 6. politic. cap. 3. Gregorius decimus in c. vbi periculum. §. præterea de electione lib. 6. oportebat enim, vt hæc actio ciuilis, aliquid operaretur, magistratum esse in republica, qui Regem inuitum ad obseruationē contractus compelleret, vt Ephoros fuisse quondam in Spartiatarū, seu Lacedæmoniorum Regno, historie ferunt: quibus data erat facultas, de contractibus cognoscendi, vt testatur Philosophus lib. 3. Politic. cap. 1. Regem in vincula conijcendi, vt in Pausania contigisse recenset Emilius Probus in eodem. Thucyd. in primo, & ex nostris Petrus,

Gregorius Tolofantus. i. parte Synagmatū iuris vniuersi, lib. 6. c. 20. nu. 16. quod in Regno nostro Hispaniæ, præter cetera omnia, Regi suo iustissimè semper subiectissimo, vel in aliquo alio totius orbis, nec modo nec vnquā vilitatū fuisse, vel vidi, vel legi, vel repetita omnium seculorum memoria tale quid quā percepi, ex quo nascetur, vt cū ait Philosophus frustra sit potētia, quæ non reducat vel reducibilis sit saltem ad actum, frustratoria etiā & inutilis sit hæc ciuilis actio, quam ex regum legibus ad eosdē compellendos dicimus proficisci, cū nequeat executioni mandari.

Sed hæc ratio & difficultas, etsi alio quibus fortis videatur, mihi tamē nō tanti momenti est, vt ab opinione proposita possit dimouere: nam quamuis libere fateamur, Ephoros (vt dixi) apud rempublicam nostram, equissimè numquā admissos, aut eius officij reliquias in aliquo nostrorū magistratuū residere, vt perperam meo videri Hyeronimus Curita, vir alioquin literis & eruditione clarus. libro. 2. capit. 63. suarum historiarum dixit, comparans (malè tamen vt arbitror) Ephoros Lacedæmoniorum, cum magna Aragoniæ iustitia, seu Iustiniano, qui tametsi, arbiter sit & iudex, inter Regem & Regnū, non tamen vt Ephorus, priuandi Regem, vel detinendi in carcerem, habet vel aliquando habuit potestatem, affir-

mare tamen & constanter non de
finam, tam hunc Iustitiarium A-
ragoniam, de quo diximus, quam
Castellae regalis consilij praesidem
in patrimonio Regio iudicem ef-
se, in his contractibus, inter Re-
gem & Regnum, vel priuatos Reg-
ni, ideoque posse & debere (si ius-
titia postulet.) Regem suum ut
quemcumque priuatum sententia
sua condemnare: nam quamuis is
praeses in quantum. N. priuatus
sit, & Regi subditus, in quantum
verò Praeses talis consilij, ea con-
ditione à Rege crecti, & à Reg-
no approbati, ut inter vtrumque
iudex sit & arbiter, Rege ipso iurisdictione superior est, nec enim
est nouam iurisdictione carentem
in alium, ex propria eius facultate,
& commissione, iurisdictionis
exercitio in eundem vti posse: ut
de Praetoribus olim certum est, qui
cum supremi essent iudices & ab
alijs praetoribus iudicialiter cogi
non possent, si tamen se alterius
cuiuscumque subdebant potestati,
subiecti erant, & tamquam
alij quicumque priuati iudicaban-
tur. l. ille a quo. §. tempestiuum.
ff. ad Trebellianum. Sicque Rex,
cum praesidem carentem ex sua
persona iurisdictione, inter se &
Regnum iudicem constituerit, ta-
cite iurisdictionem commisit, ut
in se & Regnum seu priuatos Reg-
ni iustam sententiam (quoties-
cumque opus esset) exequeretur.
Quid igitur facere poterit iste iu-

dex, si sententiam contra Regem
proferat, cui rex obedire recuset:
poterit ne, Regem recusantem
in carcerem conijcere, ut olim
Ephorum in Pausaniam fecisse di-
ximus: pro quo non: nam quam-
uis tamquam priuatus iudicetur,
iudicari debet tamquam priua-
tus nobilis, quia nobilis est & om-
nium Regni nobilissimus, qui pri-
uilegium habent, ut in carcerem
tam communi quam Regio iure
non detrudatur. tex. in l. tutor quo-
que. §. tutores. ff. de suspectis
tutoribus. lege. 73. Tauri. cum
alijs, quibus ipse, ut principalior
Reipublicae pars, quae caput est,
gaudere debet, quamuis aliunde
excusari non possit de quo infe-
rius: igitur oppignorari, & ven-
di poterunt eius bona, sicut cu-
iuscumque priuati nobilis: res-
pondeo, quod ob eius maiestatem,
& reuerentiam, quae illi natura-
li & civili iure debita est, à Prae-
sidi vel alio quocumque iudice,
mansuetè, blandisque & honestis
verbis, primò moneri debet, ut
sententiae iustae condemnationem
persoluat, qui si responderit, se sen-
tentiae acquiescere, & debitum statim
aut breuiter soluturum, expectandum
erit tempus modicum, quod ipse
praescripserit: nam cum statim non
soluat, sed solutionem differat, in
breue tempus, intelligendus est ob
rationabilem causam fecisse, quo
termino elapso, si solutionem cla-
ra malitia recuset, existimarem, iu-
dicem

dicem officium suum iuste exequere-
tem, petita prius ob reuerentiam
à principe venia, ex eius bonis mo-
uilibus (nam immobilia Regni
sunt) quae necessaria sint, ad sa-
tisfactionem sententiae, capere pos-
se: Si graue & praedudicium scan-
dalum non timeatur, tunc enim,
iustitiae officio pro tunc, super se-
dere oportebit, ob maius malum
vitandum, & occasio temporis op-
portunior erit expectanda, qua com-
modius haec executio fieri possit.

Sed quid, si haec occasio sperari
non posset, quia Princeps natura-
iracundus, ferox & asper est: puta-
rem certe tunc, executionem ius-
tae sententiae, à competenti iudice
latæ, cui Rex obedire recuset, a su-
mo Pontifice peti posse, qui ob eui-
tandum peccatum, ter (ut solet) Prin-
cipem monebit, & tandem perem-
ptorio (quod vocant) edicto inobe-
dientem, iurisdictionis spiritualis
clauibus, quibus à Deo (ut ministe-
rio hoc fungatur) instructus est, Reg-
num caelorum Principi, vel Imperatori
intercludet, ecclesiasticarum censura-
rum impositione. c. nouit de iudicijs.
cū alijs, quibus finaliter si renuat si-
militer acquiescere, in excommu-
nitione peruersè contumacem, Reg-
no vel Imperio priuari posse nulli
dubium est, ex his quae in. d. ca. no-
uit. de iudicijs. & Clementina Pa-
storalis. de re iud. interpretes no-
tant, & nos fortasse (si vita & tempus
superfit) cum interpretemur cano-
nica, dicemus latius: hoc velle

intelligas, eo casu procedere, quo
res magni sit momenti, nam si per
exiguum subditi esset praedudicium, ex
eo quod sententiae non acquiescat,
tot scandala nasci permitti non de-
beret, sed Dei iudicium expectan-
dum, quo esurientes terrenam ius-
titiam, in die iudicij, à diuina plen-
tissimam satisfactionem accipiet,
secundum illud Mathaei. c. 5. Beati
qui esuriunt & sitiunt iustitiam, quo-
niam ipsi saturabuntur.

Nec ex eo, quod actum vnum
istorum, Tyrannicum & iniustum
faciat Rex, cum Tyrannum & ini-
ustum debes iudicare, ad hoc ut
Regnum, vel ut talem congregato
communi conuentu (quem nos
Cortes vocamus) Regno priuare
possit: cum ex sententia Philoso-
phi. lib. 1. Ethicorum. cap. 7. vna hi-
rundo non faciat ver, neq; beatum
aut felicem vna dies, vel paucum
tempus: quamuis fateri necesse
sit, quod sicut vna hirundo, veris
initium solet afferre, ita actus cum
electione & scientia iniuste factus,
futuræ Tyrannidis praesagium esse:
oportet enim tam ex sententia Phi-
losophi, vbi sup. quam Diui Tho-
mae prima secundae. q. 51. art. 3. plu-
res actus interuenire Tyrannicos,
ad hoc ut habitus Tyrannidis (ex qui-
bus solis nomina induuntur) acqui-
ratur, quo tamen acquisito, cum ex
Rege, cui à principio Regnum se
gubernandum tradidit, in diuersam,
ne dicam aduersam speciem, intellige
Tyranni conuersus fuerit, cuius guber-

nationi Regnum à principio non
consensit, nec nunc possit, debeat,
vel censeatur consentire, post fa-
ctam triplicem admonitionem,
quam Saluator & Redemptor no-
ster, cuiusque peccatori ante cō-
demnationem fieri præcepit, ut se
corrigat, cum consilio Pontificis
(quod ad iustificandam sententiā,
debet requirere) proculdubio in pū-
blico Regni conuentu, quem dixi
Hispanè (Cortes del Reyno) vocari,
administratione Regni priuari
possit, cuius successio ad filium,
vel proximiorē de regio sanguine
deuoluetur, ut recētoribus exē-
plis omisis, anno salutis nostræ
1280. Alphonso Decimo qui ob
eius summam sapientiam, cognomen
(el Sabio) est nūcupatus, cō-
tigisse historix referunt, is enim cū
repulsis Gothicis legibus, quæ vsq;
ad illa tempora in viridi fuerāt ob-
seruantia, leges alias ex iure com-
muni Romanorum transcriptas,
condidisset, & in volumen (quod
nos las siete partidas Hispanè, La-
tine autem septem partitarum vo-
camus) redegisset, & in considera-
tione vel malitia, plerasque nō ser-
uasset, & contra priuilegia quadā
Regni (quæ olim & hodie fueros
dicimus) nonnulla fecisset, sic Reg-
nū offendit, ut cōuocatis comitijs,
in curia Vallisoletana, cum Sāctio
filio secundogenito Regis (erat
enim Ferdinandus primogenitus
relictis filijs iam diu extinctus) om-
nes proceres, & procuratores Reg-

ni, tam Castellæ, quā Legionis, ex-
cepta Hispali ciuitate, vbi Alphō-
sus commorabatur, eum indig-
num Regno ostenderint, & Reg-
ni administratione priuarint, com-
mittentes sententiæ huius seueris-
simæ pronunciationem, in Sāctio
Domino Emanueli, eiusdē Regis
fratri, qui eam ut à toto illo equi-
tum & nobilium conuentu, com-
missum fuerat, contra fratrem li-
berè pronunciauit, clauēsque Reg-
ni & gubernacula, eius filio Sā-
ctio (qui ob insignem ferocitatem
cognomen el Brauo nūcupa-
tus est) tradentes, præcipientesque
Regni redditus, & vestigalia,
à nemine subditorum, Al-
phonso quondam Regi offerri, sed
omnia applicari Sāctio, & omnium
consensu & approbatione iustis-
simè electo Regi, quod postea sem-
per effectum est, ut refert historia
eiusdem Alphonso decimi & no-
uius Hyeronimus Çurita lib. quar-
to suarum historiarum. capite de-
cimo quinto. sic soluitur tertium
argumentum.

Nec obstat quartum, cuius so-
lutio petit à nobis, trium iurium
veram & perfectam declarationē,
textus videlicet in. l. Lucius Ti-
tius. ii. ff. de euictionibus, & in
lege de præcatio. 9. ff. ad legem
Rhodiam de iactu. & textus in. l.
bene à Zenone C. de quadriennij,
præscriptione. ex quibus solent
communiter omnes deducere, sub-
ditorum bona, in libera esse Prin-
cipum

cipum dispositione, ut restatur An-
gelus, in. d. l. item si verberatum,
vbi contrarium dicentes, per gu-
lam mentiri affirmat, & in. l. 3. §.
si is pro quo. ff. quod quisque iuris,
Baldus & Angelus in. l. 2. C. de
quadriennij præscriptione, Ange-
lus in. l. Antiochenium. ff. de pri-
uilegijs creditorum. Hostiensis in
summa, in titulo de præscriptio-
nibus. §. quæ exigantur. Vbi affir-
mat, quod rex vel Imperator, qui
res priuatorum tradit alijs, po-
tius res proprias, quam alienas di-
citur concedere, cum omnia sint
sua. Ioānes Andreas. in additiō. ad
Specula. tit. deleg. §. nūc ostēdēdū
verbo priuare Ioā. de Anania cō-
si. 81. in fine. Iaso in. l. fin. C. si cōtra
ius vel utilitatē publicā et Barbacia
cōsi. 63. col. penult. li. 4. Decius in.
cap. quæ in ecclesiarum. num. 98.
de constitution. Cassaneus in con-
suetudinibus Burgūdiæ tit. des re-
traictis. rubr. 10. nu. 12. Gregorius
Tolosan⁹ lib. 25. Syntagmatū. c. 10.
num. 1. quod sensit glossa in cap.
per principalem verbo ad nos. 9.
quæst. 3. Sed quā male ex ve-
ris illorum iurium intellectibus
apparebit, quo ad primum enim,
in. d. l. Lucius Titius, reiectis his
quæ doctores comminiscuntur,
tu respondebis, quod dicta lex Lu-
cius Titius, non dicit quod Prin-
ceps, abstulit bona subditorum,
& militibus assignauit, nullo da-
to pretio & compensatione, sed
solum decidit, casum quæsitum de

euictione, an videlicet venditor,
quia non restituit emptori prædiā
vendita, quia ablata fuerunt ab
Imperatore, & militibus assigna-
ta, teneretur de euictione: de eo
autem casu, an iustè vel iniustè, Im-
perator abstulisset, data compen-
satione vel negata, nec verbum
facit vllum, quia ad propositum
Iurisconsulti, ibidem minime spe-
ctabat: imo cum nullus, præcipuè
Princeps (quem tamquam Deum
in terris iustè viuere est præsumen-
dum) censeari debeat in dubio ca-
su deliquisse. l. merito. ff. pro So-
cio. & leges suppositis terminis
habilibus sint intelligendæ (ut iam
supra docui) perinde interpretan-
dus erit Paulus in dict. l. Lucius,
qui Imperatorem dixit, priuata
prædiā à subditis ablata, militibus
assignasse, ac si data equali & iusta
compensatione, clarius retulisset,
quoniam hi sunt legitimi termini,
qui semper in legum interpreta-
tione debent supponi.

Vel secundò responde, quod cū
ius publicum, quod consistit in mi-
litibus, sacerdotibus, magistrati-
bus, & reliquis, quæ afferunt no-
strates in. l. 1. §. huius studij. ff. de
Iustitia & iure, sit præferēdum pri-
uato, tamquam diuinius ut rectè
docuit Aristoteles lib. 1. Ethic. c. 2.
Plato de legibus dialogo. 9. Paulus
in. l. actione. §. labeo. ff. pro So-
cio Iustinianus in. l. vnica. §. fin.
C. de caducis tollēdis. & in Authē-
ti. res que C. communia delegatis.

potuit merito Princeps, illa prædia, causa publicæ utilitatis, quæ in militum defensione consistit, hominibus priuatis, nulla data compensatione adimere: si bona ex quibus ea fieret, non essent: & hoc sine aliqua iustitiæ generalis vel specialis violatione: quoniam recta reipublicæ ratio, id ex postulabat, & quod militibus veteranis, illa concesserit, ex ipso textu constabit, ibi, partim veteranis in præmia assignatas &c. Sed quia in eodem cõtextu refertur, illorum prædiorum partes, vel venditas, vel donatas, vel aliter distractas, ut patet ibi. has possessiones partim distractas, partim veteranis &c. moueor ad alium tertium & fortasse cæteris nõ inferiorem intellectum tradendũ.

24. Ad cuius maiorem declarationem suppono: quod Paulus dixit venditorem ad periculum hoc euictionis non teneri, quia post perfectam emptionem, nullum periculum, vel casus fortuitus, ad alium quam dominum potest spectare, quare cũ perfecta emptione, Lucij Titius dominus fuerit effectus, nõ mirũ si casus ille fortuitus, qui contingit in Imperiali assignatione eorũ prædiorũ, ad milites, sibi nõ autẽ venditori fuerit imputandus, excusandusq; venditor, ab omni euictione, quia re vitiosam nõ vendidit, vitiosa autẽ dici non potest, quæ solo periculo fortuito perijt vel adimitur.

Secundõ aduerto, quod in ca-

su illius textus, Princeps seu Imperator, non ademit bona à subditis suis, propter sustentationem militum, aut compensationem suorum laborum, ut Bartolus cum communi falso putat: sed cum bellum gessisset cum Germanis, vbi prædia empta à Lucio Titio, erant constituta, illa partim distraxit, ut dicitur in textu, & partim veteranis in præmia assignauit: cum enim publica fierent ex causa belli, ut docuit Pomponius in l. si captiuus. s. expulsis. ff. de captiuis & postliminio reuersis. & eorum distribuendorum facultas, Imperatori fuisset concessa, potuit iure iustissimo, partim illa distrahere, & partim veteranis militibus concedere, non auferendo à subditis, sed distribuendo ut spolia ablata ab hostibus, que communis erat & familiaris Romanorum consuetudo, ut Lampridius in Alexandro refert, his verbis, sola (inquit) quæ de hostibus capta sunt, limitaneis ducibus, & militibus donauit, ita ut eorum essent, si hæredes eorum militaret, nec vniquã ad priuatos pertinerent, dicēs, attentius eos militaturos, si etiam sua rura defenderent. Cõprobatq; latius Carolus Sigonius lib. 1. de antiquo iure ciuiũ Romanorum. c. 15. quod autẽ prædia illa, sita fuissent in Germania, constat ex principio textus, ibi Lucius Titius in Germania, trans Rhenu prædia emit &c. quod autẽ Romani Imperatores,

cum

cum Germanis bellum gesserint, de quo potuit meminisse Paulus ibi, constat ex historijs, quibus traditũ extat, Pertinacẽ & Seuerũ, quoru ætate vixit Iuriscõsultus Paulus auctor huius legis, bellũ gerentes in Germania fuisse, ut refert Herodianus in vitis illorum Imperatorum, in principio libri secundi, & in tertio. relinquatur ergo, in casu illius textus, Principẽ à subditis, prædia priuata nulla abstulisse: sed parta aut recuperata ab hostibus, veteranis militibus, in præmium suorum laborum concessisse: quod nullus iniustitiæ nota poterit accusare: cum res clarissima sit, & iustitiæ plenissima, nec in hoc consistebat dubium, Iuriscõsulto Paulo quaesitum, sed in eo tantum, an videlicet ille Romanus, vel Germanus, qui ab alio Germano prædia emit, si cum illi tradita nõ fuissent, quia Imperator bellum gerens, illa capiat, & suis militibus tradidit, teneatur exsoluere partẽ pretij, quod nondum soluerat, an autem quia sibi res tradita non fuerit, vel tradita, & postea adempta, competeret euictionis remedium, ad recusandam solutionem partis pretij debiti, & repetendam illam, quã iam dederat, cui in effectu hæc respondit Paulus: quod cum bellum illud casus fuerit fortuitus, & casus fortuiti, ad verum dominum spectent, & perfecta emptione, quod est simul ac de pretio certo fuerit conuentũ, dominus fuerit effectus,

Lucius Titius empro, perinde debet teneri, ad restituendam partẽ pretij debiti, ac si nihil in rerũ natura cõtigisset, quo perturbatũ vel ademptum fuerit ius illius. Quare venditor rectẽ agebat, cũ huius venditionis nomine, ab hærede Lucij Titij iã mortui, partẽ illã cõtendebat exigere: sic enim plenius, verius, & fortasse melius cæteris, intelliges tu textum illum, à quo nullo pacto in resolutione nostræ questionis opugnatur, imo adiuuamur maximẽ: reliqua interpretemur.

Secundus textus venit explicandus. in l. de precatio. ff. ad l. Rhodiam de iactu. vbi Antoninus Imperator, Eudemoni respondit, se legem maris, & mundi dominum esse, dominium autem verum, dicit proprietatẽ, & sic videtur ostendere, Imperatores omniũ bonorũ quæ sunt in vniuerso, dominũ & proprietatem ad disponendum de rebus singulorum, liberam habere potestatem, ut eius legis ratione & argumento, per motus doctus alioquin Hostiensis, defendit, in sua summa iuris canonici titulo de præscriptionibus. s. quæ exigantur cũ alijs supra relatis: sed multo aliter se res & veritas habet, nã cũ Imperatores & Reges, iure naturæ & diuino, super communitates nullam aliam habeant potestatem, nisi eam quam ab ipsis communitatibus acceperunt, iure enim nature omnes liberi & æquales nas-

N 4 ceban;

cebantur. s. i. instit. de libertinis & ipsa communitates, nullam, nisi qua ad rectam & iustam totius corporis mystici gubernationem conducant, tribuerint: cum ipsarum causa illi sint constituti, ut in corpore quaestionis satis late probauimus, consequens erit necessarium, illos de priuatis subditorum bonis, nil adimere posse, nisi publica omnium utilitas, ad quam solum (ut dixi) respiciendam illi creati dicuntur, certo postulauerit. Quo autem modo intelligendum sit, Antonini Imperatoris dictum, quo asseruit se dominum esse mundi, ut ibi refertur, intelliges tu, si aduertas, ad propositum, quo illa verba loquutus est Antoninus, cum enim Eudemon Nichomedensis, & socij naufragium in Italia fecissent, & illorum bona à publicanis, Cyclades in insulas habitatibus, fuissent occupata, nec recuperare possent, conquestus est Eudemon, coram Imperatore Antonino, deprecans ab eo, ut illa restitui faceret, dictante sic lege Rhodia, numquam enim qui nauis leuandae gratia, ad euitandum naufragium, res aliquas abijcentes, id faciunt, ea mente, ut habeant illas pro derelicto: sed si inuenerint postea, eas ablaturi, & in quem locum iactae sunt, requisituri sint postea: exemplo eorum qui onere praesi, unam rem abijciunt, mox cum alijs reuersuri, ut eandem auferant, ut docuit Iulianus in. l. qui leuandae supra eod. titu-

lo. quod cum rationi & aequitati consonum cereret Imperator, respondit Eudemoni, quod cum ipse esset mundi dominus, & lex maris, vult causam illam decidi, secundum legem nauticam Rhodiorum, verbum autem dominus, non significat, illum habere dominium seu proprietatem in bonis, nam id minime congruebat proposito Imperatoris, qui agebat de causa, & compulsionem ad restituenda illa bona, sed significat dominium in iurisdictione, & coactione subditorum, & sic perinde intelligatur ille textus, ac si clarius dixisset. Ego Antoninus Imperator, cum supra omnes istos & reliquos vniuersi, qui ditioni populi Romani subiecti sunt, iurisdictionem & potestatem habeam, & leges terrae & maris dare possim, causam istam Eudemonis, secundum legem nauticam Rhodiorum, decidi iubeo, exceptis illis, in quibus lex Rhodia, nostris aduersatur, nam nostras obseruari volumus, hoc enim ea ratione dixit, quia de rebus ad nauticas pertinentes, nonnullas leges fecerat, in reformatione veteris legis Rhodicae, quas collegit Simon Scharidius, edito in eam re libello, quod poteris fortius confirmare, repetita antiquitatis memoria, qua constat, Imperatores olim, dominos gratioris tituli ratione, fuisse nuncupatos, non referendo dominium, quoad proprietatem rerum, sed quoad iurisdictionem in perso-

nas:

nas: sic enim videmus apud Plinium iuniorem, non in vna, sed in omnibus ferè libri decimi epistolis, ad Traianum Imperatorem. Dominum vocare, & Martialis saepe hoc nomine Domitiano Imperatori blanditur, epistola videlicet. 1. 4. & 7. 2. & 8. 1. lib. 8. & epigrammate. 68. & 104. lib. 9. & epigram. lib. 2. lib. 8. Symmachus etiam libro. 10. epistol. 3. epistol. ad Theodosium, & Archadium, eadem ratione Dominos vocat, & epistol. 36. Dominum Theodosium, & Casiodorus lib. 1. variarum, epistol. 4. & lib. 12. epistol. 6. 7. 11. & 13. Sic Annianus antiquus Codicis Theodosiani interpretis, verbum (dominos) pro Principibus posuit, in interpretatione legis vltimae Codicis Theodosiani de pactis. l. 11. de poenis. l. 20. de decurionibus eodem. C. Tertulianus in Apolog. cap. 34. clarius id monstrauit, dicam (inquit) plane Imperatorem dominum, sed more communi, sed quando non cogor, ut dominum Dei vice dicam, ceterum liber sum illi, dominus enim meus vnus est Deus omnipotens, aeternus, idem qui & ipse qui pater patrie est, quomodo dominus, sed gratius est nomen pietatis, quam potestatis, etiam familiae magis patres, quam domini vocantur, sic ille, qui & in libro aduersus Hermogenem Domini vocem potestatis summam nomen esse arguit, qua ratione illud Augustum Imperatorem traditur, tamquam maledictum

& opprobrium exhorruisse, dominumque sese post hac appellari, ne à liberis quidem aut nepotibus, nec feris, nec ioco passus est, modestia causae, ut refert Tranquillus in Augusto. ca. 34. quod & eius exemplo factitauit Tyberius, nam cum à quodam ciue Romano, dominus fuisset appellatus, denuntiauit ne amplius, contumelie causae nominaret, ut idem Tranquillus in Tyberio. cap. 27. narrat, & Severus quoque teste Lampridio: alij vero qui ardentiori dominandi cupiditate tenebantur, hanc domini appellationem libenter excipiebant, quorum primus C. Caligula à Sexto Aurelio tradit, & de Diocleciano, ac Domiciano Casiodorus, Eusebius libro temporum, & Eutropius testantur, cuius superbiam eoulsq; progressam fuisse dicunt, ut Dei nomen sibi vendicauerit, Suetonius enim in eius vita. capitu. 13. scribit, quod cum is procuratorum suorum nomine formulam diceret, epistolam sic cepit. Dominus & Deus noster sic fieri iubet. Vnde institutum post hac ut ne scripto quidem, ac sermone cuiusquam, appellaretur aliter. Sic videmus apud Martiale illum dominum & Deum saepe nuncupari. Quo morbo videtur laborasse Antoninus nam cum superiorum Impp. exemplo, titulum hunc posset recusare, libenter semper est illum amplexus: sic videmus, quod illum alioquies Vilius Zeno Dominum appellauit, in. l. proxime. ff. de his que

N 5 in testa-

In testamento delentur. & Eudemon Nichomedensis, Græco suo libello, quem eidem Imperatori tradidit, ut benevolentiam conciliaret, ad bona sua repetenda, ei^o auxilio, dominum nuncupavit, ut patet ex hac nostra lege. ibi. domine Imperator Antonine, naufragium facientes in Italia, direpti sum^{us} &c. eaq; de causa coloni, vel res Cæsarū res dominicę sunt nūcupate. Vnde intelliges. l. 7. C. vbi causa fiscalis & titulum. C. ne rei dominicę vel tēplorum vendicatio &c. cū igitur verbū dominus, supremā in homines iurisdictionem importent, quod & apud nos cōmuni vsu receptum videmus, nam cum aliquē habere iurisdictionē, & potestatem in subditos incolas alicui^o oppidi, volumus significare, dominum illius populi vocamus, sic enim frazer meus dominus Frexnensis oppidi dicit, & Hispanē Señor de Frexno, quia supremā vice Regis, habet in subditos incolas illius populi, sicut habuerūt maiores ab antiquissimo tempore, iurisdictionē, nō autem habet potestatem in rebus singulis mobilibus eorū: non est, quare doctores nostri, ex. l. de precatio. vbi dominus mundi Imperator dicitur, colligant, dominium & proprietatem, in bonis singulorū habere, ac de illis liberē posse disponere cū sola suprema iurisdictione, quā verbū domin^{us} mundi propriē importat, nil magis cū Tyrānide ista, quā cōsurgūt Doctores, habeat cōmune,

quā Therfis (vt dicitur) cū rebus bellicis. Abeat igitur Bartolus tā in. l. 1. §. per hęc. ff. de rei vendicatione. quam in extrauaganti ad reprimendum. verbo. totius orbis. n. 8. quomodo in crimine læsæ maiestatis procedatur. qui huius textus ratio ne malè ab ipso intellecta, affirmat, non esse opus dicere, quod Imperator sit mundi dominus quoad protectionē, cū sit etiam dominus mundi vniuersalis, sicq; posse illū a possessoribus vendicare, quādocūque voluisset. abeant reliqui qui ad libitum disponere de rebus priuatorum, tamquam de proprijs, affirmant, huius legis decisione innitētes, quod quā iustum sit & verū, patet ex supradictis.

Quod superest modo, explicatio est sola textus, in. l. bene à Zenone. C. de quadriennij præscriptione. in illis verbis. cum omnia Principis esse intelligantur. ex quibus Angelus, Baldus, Hostiensis, Iaso, Cassaneus, & alij quos in interpretatione. ad. l. Lucius Titius. retulimus, omnia priuatorum bona esse in libera Principum dispositione, sine aliqua cunctatione deducūt. sed hoc falsum esse, ex his quā modo dicemus, lector agnoscat. Cum enim Zenon Imperator Iustiniani antecessor, legem statuisset, quę refertur, in. l. omnes, quę est. 2. C. eodem. titul. quā fiscalibus alienationibus cautē, & prudenter prospexit, decernens, vt qui oneroso, vel liberali titulo, à sacratissimo

cratissimo ærario, seu fisco principis (inquem omnia bona caduca, vacantia, vel aliter ad Imperatoriam dignitatem spectantia recluderentur) seu quod idem est, per manus comitis rerum fiscalium, aliqua accepissent, securi redderentur ab omni inquietudine, quā illi, qui dominos sese profitebantur, inferre poterant, in rem dominij, vel hypothecę gratia, vel in personas, civiles aut pratorias actiones intētādo, dato dominis regressu, aduersus fiscum, à quo rei æstimationem, inira quadriennium exigere poterat, & huius constitutionis priuilegium, in his alienationibus, quas ipsi Imperatores, de rebus proprię substantiæ fecissent, minimè obseruaretur: visum est Iustiniano, indignum maiestate Imperatoria, vt cum illa quę ex sua substantia proficiscebantur, sic propria essent, sicut quę ex fiscali (nā omnium liberam habebat ille potestatem) tam diuerso iure censerentur, quā ratione in. l. illa, bene à Zenone, id solum decreuit nouiter, vt tā illud, quod ex priuata Imperatorum substantia, quā quod ex fiscali alienaretur, eadem vteretur prærogatiua: quoniam vt ipse refert, quę potest, aut debet, differentia introduci, in his quę eiusdem principis eque esse intelliguntur: non dicit ergo, quod omnia bona subditorum, intelliguntur esse principis, sed quod bona quę proficiscuntur à sua substantia, &

quę à fiscali, cum principis omnia esse intelligantur, non debet induci in priuilegio differentia. Ideo autem hæc dixit, per verbum (intelliguntur) quod est fictionis, & non per verbum (sunt) quod substantiam & proprietatem indicat, quia res fiscales, non sunt ita proprię Imperatorum, sicut patrimoniales, quamuis in bonis eius priuatis annumerentur, quia videlicet libera illi administratio & distributio est concessa, vt constat ex Vlpiano in. l. 2. ff. ne quid in loco publico, & Seneca. lib. 7. de beneficijs. Cæsar (inquit) omnia habet, fiscus eius priuata tantum: at sua, & vniuersa in Imperio eius sunt, in patrimonio propria, quę omnia si attentius considerasset Angelus in. l. item si verberatum. §. 1. ff. de rei vendicatione. minimè certè dixisset, quod mentiuntur per gulam illi, qui omnia priuatorum bona, non esse principum asserunt, cui lector contrariū nobiscum sentiens, respondere poterit, quod & si ipse non mentiatur per gulam, quia fortasse id verum credidit, per ignorantiam tamen vel malitiam, mendacium dixit, vt ex supra relatis cōstabit. Minus etiam rectè intellexit Accursius textū hunc. in. l. Barbari^o Philippus in glossa. multo magis. ad finē. ff. de officio prætoris. dum verba illa (omnia principis esse intelliguntur) quo ad iurisdictionem in bonis omnibus subditorum, est interpretatus, quem sequutus est Cassaneus,

faneus, in consuetudinibus Burgū dia titul. desfredz. rubrica. 3. num. 14. Felinus in. cap. si diligenti. num. 2. de præscription. Ioannes Sanxō, in consuetudinibus Turonensibus. titul. desdroictz de basse iusticè. artic. 3. quæ ex superioribus falsa conuincuntur. Hæc dicta sunt in solutionem quarti argumenti, sic late tractata, vt communem doctorum opinionem, circa Principum potestatem, illis iuribus corroborantē, ablatis his fundamentis, labi & corrumpere faceremur. de textu autem in. l. item si verberatum. §. 1. ff. de rei vendicatione. nihil attulimus, quoniam de illius verò intellectu, egit pro rei dignitate, doctus Lusitanus Pinellus in. 1. part. rubricæ de rescindenda venditione. num. 14. versic. melius intelligebant. quolectorem (si aliquam sentiat difficultatem) remittimus. aliorum. n. scripta transcribere alienum, laborare autem in nouis inuestigationibus, per exigui ingenij nostri & instituti proprium est, aggrediamur quinti solutionem.

27 Quintum argumentum dissolues, si aduertas, quod Samuel non explicauit populo Iudeorum, potestatem regum, secundum ius naturæ, & diuinum, legitimamque & iustas sanctiones viuentium, pro vt semper oportet viuere, sed illatum voluit explicare, quæ Reges suprema quam habet, & absoluta viētēs, seu potius abutentes licētia, Tyranicè solent efficere, ea autem

tam diligenter, ideò Samuel reuolit, vt populum, Regiæ potestatis desiderio estuantem, à Regis petitione deterreret, quæ Sanctorum patrum Hieronymi, & Cypriani est explicatio, pro vt refert, Medina. sup. 12. quæst. 90. artic. 2. versic. nā ad primum atq̃mentum.

28 Nec obstat Vlpianus. in. l. Princeps. 31. ff. de legibus. quem in sexto & finali argumento adducebam⁹, dicens, Principem legibus esse solutum, cuius sententia, tam à Theologis, quam iuris peritis communiter recepta aperto (quod aiūt) Marte opinionem nostram videtur expugnare. Sed perpenſa attentius Iurisperiti mente, & repetita atque antiquitatis memoria, quam ipsi ignorarunt, contrarium multo verius esse postea docebimus. interim enim placuit detineri parumper, in discutienda Diui Thomæ, Caietani & Sotiad eum textū responsione, quam video à Theologis omnibus, sine alia contradictione receptam, meo tamen animo nunquam integrè insidentē. Diuus enim Thomas cū. 1. 2. quæst. 96. artic. 5. eam quæstionem tractaret, an omnes subijciantur legi, argumento tertio, de Principe opposuit, qui legi non subest ex Vlpiano hic. Pro cuius solutione, vnum notauit & benè, quod lex, habet de sui ratione, duas virtutes, prima est, esse regulam humanorum actuum, id est tradere modos, & præscribere terminos, quibus obserua-

lis,

gis, actus humani studiosi fiant, quod etiam pertinet ad consilium & si diuerso modo, & hoc est quod dicitur legem habere vim directiuam: alia secunda legis virtus est, per quam præcepta, seu leges, à consilijs distinguuntur, quæ est coactiua vis, seu coactio, quod idem est, ac si clari⁹ dicamus, enunciationē actus studiosi, emanantem à principe, vt à legislatore, cum voluntate ligandi, habere obligandi vim, tam in foro interiori conscientiæ, quam exteriori, & Imperium ad cogēdos subditos, si contra faciant, vt obediunt scriptæ legi, quæ omnia singularitè docuit Aristoteles libr. 10. Ethic. cap. 9. & complexus est mira breuitate Modestinus noster. in. l. legis virtus. 7. ff. de legibus ab omnibus fortasse non rectè ad huc perceptus, dum dixit. legis virtutem esse, imperare, vetare, permittere, & punire: non placet mihi eius legis declaratio. à D. Thoma tradita. 12. quæstio. 92. artic. 2. dicente, verbum (Imperare) referri, ad actus, qui ex genere suo siue natura sua sunt mali, vt actus vitiorum (permittere) verò, ad actus indifferentes, siue ad eos, qui parum boni vel mali sint (punire) autem, ad legis effectum pertinere, in quā tum lex ad hoc vt ei obediatur, ponit pœnam, cuius timore improbi ad ei obediendum impellantur. Ego vero, multo aliter textum interpretor, vt (imperare) verbum, referatur, tam ad actus, qui natura

sua boni sint, quam qui circumstantia, vt si imperet prætor, lapides à foro amoueri, tam hoc erit imperare, quam si præcepisset, actum aliquis specialis virtutis (vetare) autem, similiter referatur, ad eos actus, qui tam natura, quam circumstantia solēt esse vitiosi, vt si veter princeps, muros transilire, quod natura sua malum non est, solēt tamen circumstantia vitari, tam prohibitio, seu vetatio, ad hos actus natura indifferentes, circumstantia tamen vitiosos pertinebit, ac si furtū fornicatio, vel adulterium (quæ natura vitiosa sunt) prohiberentur, (permittere) autem, nō ad dissimulationē actus vitiosi, vt D. Thom. & ceteri, sed ad dispensationem causa existente, quo videt legislator, legis rationem cessare, in casu particulari, referendum existimo, nā ineptè certè, Modestinus dissimulationē actus vitiosi, ad legis virtutē diceret spectare, cum ad legē principaliter pertineat actus vitiosi correctio, & emendatio. l. 2. ff. de legibus. c. factæ sunt. 4. dist. si enim aliquando, ob maius malum euitandum, aliqua dissimulet vitia, id enim per accidens est, nec ad virtutē & naturam legis, pertinere propriè dicitur, cum (vt dixi) eius principale officium sit, castigare: tantum abest permissio: igitur, tunc dicitur princeps, seu lex animata, permittere, cum docet, & ostēdit, aliquem particularem, contra verba legis, & si non contra mentem agere

agere posse, quod propriè dispensatio est, & tandè virtus legis punire est, id est pœnâ adhibere, cui timore, improbos in officio contineat, & ad obseruantiam legis, tâquâ quibusdam frenis admotis cõpellat.

His sic suppositis. D. Thom. in solutione ad tertium, declarat Vlpianum hic, dicens, Principè esse solutū legibus, quòd pertinet ad vim coactiuam, nam cum lex non habeat vim cogentem, nisi ex Principis voluntate & potestate, & nullò possit, à se ipso cogi, hinc est, quod non possit adstringi pœna legis, & si adstringatur ratione legis, quod idem est, ac si eum teneri, vi directiua legis, dicamus, quæ directio legis iuste, cum ostendat actum virtutis, quam tam à capite quam à membris æquum esset exerceri, obligat legislatorem, qui caput est communitatis, ad conformandum se suis membris, secundum legem æternam, dictatam Matthei. 23. ne alijs imponant graui onera, ipsi verò nec digito moueant ea, eam sententiam sequitur Caietanus, Sotus & Theologialij à quibus nostri non discedunt, nam præter antiquiores, Cuiaciùs vir ex recentioribus nò indoctus Principè legibus esse solutū, à pœna legis solutū id est à pœnalibus legibus & idè à caducarijs interpretat. li. 15. obseru. c. 30. quod de sumpsit (& si more suo tacuerit) ab Harmenopolo, antiquissimo veteris iuris prudentiæ Græco collectore, is. n. in epitome quadam

iuris ciuilibus, post Iustinianū ab alijs Imperatoribus constituti, & in libellum (quem Prochiron nominarunt) à Constantino, & Leone Principibus collecti, à se vero demptis quibusdam, alijsque ex nouellis constitutionibus additis, compilati, cum legibus Imperatores solutos esse diceret; pœna legum intelligendum similiter interpretatur, in libro primo huius epitomes titulo. 1. vbi de Principe loquens, sic ait (Princeps legibus solutus est) & postea id declarans dicit (puta si quid delinquat non punitur) &c. à quibus si queras ulterius, qua potissimū ratione, vis ista directiua seu directio legis, vim habeat obligandi in cõscientia, sicut legislator, faciens contra legem peccet, vel venialiter, vel mortaliter, pro ut materia leuior aut grauior sit, cū obligatio manet ab Imperio, Imperium autem secum trahat coactionem, respondebunt cum Caietano in dict. artic. 5. huius obligationis duplicem esse causam, voluntatem propriam & legem æternam, propria autem voluntas (inquit) est, non quæ eligit obligationem liberè, vel contractu aliquo, sed quæ eligit legem promulgare, ex eo enim quod voluntarie legem promulgat, vult ordinationem illam, habere vim legis, & quia ordinationem aliquam, obtinere vim legis, est sortiri à lege æterna vim directiuam, in foro cõscientiæ, cui etiam Princeps subijcitur, idè ex propria volun-

voluntate Principis, & ex æterna lege, vim obligatiuam Principis, in foro cõscientiæ lex humana habet quamuis diuersimode, quia ab æterna lege, sicut à causa, aqua est vis obligatiua huiusmodi, ad voluntate verò Principis, sicut ad determinante causam vniuersalem, à particulari: quod idem est ac si clarius dixisset, obligationem legis positivæ, quoad Principem, nasci à lege æterna, in quantum præcipit Matthei. 23. facere, ea quæ dicit, nec imponere onera quæ ipse nec digito moueat, sicque generaliter & vniuersaliter, iubens, caput cū membris debere esse conforme, & à voluntate ipsius Principis, determinante per particularis legis positionem, constitutionem illam, iustam esse ac vtilem, tam capiti quàm ipsis membris, ac proinde, tam à capite sicut à membris obseruandam: secundum illud Catonis in distichis moralibus, relatum in capit. cum omnes de constitutionibus. patere legem quam ipse tuleris, quod iuri naturali esse consonum, docuit Vlpianus in l. 1. cum sequentibus. ff. quod quisque iuris, eadem responsionem tradit Sotus, Caietanum sequutus libro. 1. de iustitia & iure. quæst. 6. artic. 7.

Sed hæc ratio (pace tantorum patrum dixerim) numquam mihi potuit placere, nam quamuis lex æterna dicat, bonum & iustum esse, quod se caput cum membris cõformet, nec imponat onera, quæ

ipse recuset, non tamen inde sequitur, quòd qui facit, contra hoc dictamen legis æternæ (si aliunde obligatio non proueniat) peccet, non obediendo legi positivæ, quæ ex se non habet, quoad legislatorem Imperium, secundum eos: nam lex æterna, etiam dicat, bonum & iustum esse, sapientis consilio credere, & creditum executioni mandare: non tamè inde sequitur, quod is qui consilio non credit, vel credens executioni non mandat, peccet speciale peccatum transgressionis consilij, vt notum est omnibus qui aliquos in Theologia, vel Philosophia morali progressus fecerint: alioquin enim, Platonis & Aristotelis leges iustissimæ de republica, legislatorè nostrum potuissent obligare, sic vt contra faciens, peccaret, cum plerumque iustissimum fuisset, eum illas vel constituere, in sua republica, vel saltem aliquas priuata executione & opere præstare: quod alienum est profus à ratione, nam inde euincere possemus, consilia omnia, quæ sunt de meliori bono, & quæ operari, res est plena perfectionis, vim habere obligandi: quod erroneum est.

Præterea, hæc istorum patrum doctrina, ex eo conuincitur esse falsa, sibiq; met ipsi repugnans, quod teneant, legislatorem, qui dispensat secum, vel cum alijs, in hoc iure repositiuo, etiam sine causa (& si peccet semel dispensando, vel pe-

tendo dispensationem) non tamen postea peccare, faciendo contra legem, ablata per dispensationem, vi obligatiua eiusdem, quæ pendebat ex legislatoris voluntate: quæ (ni ego fallor) omnino repugnantia sunt. Nā si ea solum ratione, legislator, ante imprudentem dispensationem, ad obseruandam suam legem tenebatur, sic vt contra faciens peccaret, quia videlicet lex æterna dictat, vt quod sibi non vult, alteri ne faciat, nec imponat alijs onera, quæ ipse recuset, cum sit vnum ex membris, & principalis habitus corporis mystici, Regni videlicet, vel ciuitatis, vt aperto ore ipsi fateantur: quo pacto possibile est, quod nō peccet legislator, nec sua lex obliget eum, post factam iniuste dispensationem, cum certissimi sit iuris, improbam dispensationem, virtutē legis æternæ (quæ immutabilis est) non subtulisse: quæ tam dictat caput, debere confirmari membris, nec imponere onera alijs, quæ ipse recuset, post iniustam dispensationem, sicut & antea: alioquin reddant rationem (rogo) quare dispensatio iniusta, efficit quod lex æterna, cuius virtute, ad obediendum suæ legi, principem teneri aiunt, no obliget eundem post factam iniuste dispensationem, ad obseruandam suam legem, virtute legis, sicut & antea, cum nec à Deo, nec à subditis, qui illi dominandi, & dispensandi facultatem solū tribuerunt, potesta-

tem habeant, ad dissipandam & destruendam legem, iniustā relaxatione, cum illam ei omnino negauerint.

Quare verissimè dicendum est, ³⁰ legem positiuam, non tam primo & principaliter à lege æterna, legislatorem obligare, quam à conuentione & contractu, quem cum Regno celebravit, eo tempore, quo Regni administrationem suscepit, & quo legem ipsam promulgauit, vt supra nos latius retulimus, quid quid cōtra dixerit Caietan^o. ac proinde ista talis dispensatio, nec legislatori, nec alijs cuiuscumque ab eodē legislatore concessa, prodesse poterit, cū facta fuerit à iurisdictione carente (Principes enim ad destruendam legem iniquis dispensationibus iurisdictione carent) cum vt supra dixi, nec à Deo, nec à Regno, à quibus iurdictio manauit, ad id habeat potestatem: alioquin, si habent iniuste dispensantes numquā peccarēt, quod ipsi non concedēt, sicque non solum vi directiua, vt D. Thom. & ceteri dixerunt: sed coactiua etiam tenebuntur, vt subditi: ad hoc vt si contra legem faciant, incidant in pœnam legis, quam in foro conscientie soluere teneantur: nec procedit ratio Soti, & Caietani, dicentium, natura ipsa impediri, quod lex vi coactiua seu pœna legis obliget legislatorem, ne quis à se ipso cogatur, nam vis coactiua legis, quod idem est, ac legem habere Imperium, & potesta-

testatem in legislatorem, non tam prouenit ab ipso, quā à Regno toto, quod in contractus celebratione, ad hoc ipsum, Principē volentē & acceptantem obligauit, sicut & Princeps subditos, quod equale & iustissimum est vtrique contrahenti, & naturæ Principijs cōsentaneū, tantū abest quod dissonet: & si natura impossibile est, quod se ipsum cogat pœnæ solutione, quare consulit Sot^o, vbi supra, Principi, quod pœnam soluat, nam vel debita est virtute legis, vel non: si debetur, malè fuit opinatus, dicendo, ad pœnā non teneri, quia natura impedimento est, ne quis se ipsum cogat, si nō debetur, malè etiā consulit Principi, vt pœnā fisco soluat, nam cū fiscus cui pœna applicat, quidā reip: sit Thesaurus vel persona quædā ficta, quæ beneficij collationem nec meretur, nec cognoscit, prodigali tatis vitium erit, in illum beneficiū conferre, quod alienum esse debet à viro Regio, & esse debuisset in cōsulendo à viro docto & religioso. Tenebit ergo Princeps pœna legis, vt tamquam priuatus, contra legē faciens sine causa, teneatur eam necessariò ei parti restituere, cui lex præcepit.

³¹ Pro maiori tamē huius dicti declaratione, ne ita generaliter accipiatur, aduerto: quod lex pœnalis, duplex esse potest, vna quæ constituat pœnam peccuniariam, alia vero corporalem: quæ vero cōstituat peccuniariam, dupliciter statui po-

test, vna quæ applicet pœnam fisco: alia vero quæ pœnam applicet vel Xenodochio, vel Orphanotrophio, vel alijs cuiuscumque loco, pio vel non pio, dummodo à fisco diuersus sit: leges quæ imponunt pœnam, applicandam fisco, & si Princeps transgrediatur & peccet, non tamen in pœnā incidit, ob propriā rei naturam, impossibile enim est, quod quæ fisci sunt, applicentur fisco. l. sequitur. s. laza. ff. de vsucapionibus. hoc intellige cum Princeps proprium patrimonium, & bona à regalibus diuersa non habet, cum vero pœna applicatur alijs loco vel personæ, ad soluendā, ei loco vel personæ, quam lex præscripsit, Princeps tenetur: nec sententia condemnatoria opus est, vt vulgus nescias qua ratione fundatum vsque adhuc intellexit: nam quæ iustā sunt post sententiam, cum sententia nihil immutat, ante sententiam iustā erunt, & eorum contraria, tam antè, quam post iniustā, vt possessionem pœnæ adiectæ à lege positiua iustā iniustā ante sententiam, & post sententiam, in omnibus dixerim: pœnaque ista ex bonis proprijs & patrimonialibus (si quæ habeat) non vero ex bonis Regni, soluenda erit: ne Rex, qui ob utilitatem Regni creatus est, in eius detrimentū cōuertatur, diminutis ad solutionē pœnæ, bonis regalib^o, si ne aliqua eius culpa, quod substinēdū non est: eaq; ratione arbitrarer

ne Reges existiment, impunè posse pro libito suæ voluntatis, contra quascumque leges positivas facere, pœnam legis iustę, si in eam incidant, ex illis bonis quæ iure naturali & civili illis debentur, ob labores in administratione susceptos, ad soluendum semper teneri: sicut olim apud Lacedæmones prudentia & iustitia insignes vñtatam legimus, quos Archidamum Regem suum præstantissimum pecunijs multasse, refert Plutarchus in libro de liberis educãdis, in principio, quod pusilli corporis mulierem matrimonio sibi copulauit, contra legem Regni nõ scriptã. Si autè pœna sit corporalis (in corporali includo oēs, quæ ad personam spectant, vt deportationis, relegationis, exilij & si quę sint alię) tunc enim arbitror dicendum, ipsum nõ teneri, dummodo in Tyrannidẽ, delictum non delabatur, & hoc ex ipsius rei natura colligi potest, nõ enim fuit possibile, quod à principio, cum Rex & Regnum contraxerunt, voluerit Regnum, suum Regem pœna corporali verberum (si lex dicat) afficere, vel mēbris mutilare, vel in exilium mittere, cum enim consenserint eius gubernationi, quotiescumq; Tyrannus nõ sit, & huic rectè gubernationi, aduerferetur omnino, Regẽ à sello vectum in publicum proferri, si hęc lex pœnã postulet, vel manus aut alteriũs mēbri debilitatione vel abscissione puniri, sine quib; rectà ad

ministratio plerumq; perfici nõ potest: hinc iustissimè, imo necessariò præsumendũ est, Regnum in legib; pœnalibus, quę corpus tãgant, suũ Regẽ (dũ Rex sit) includere noluisse, imo nec potuisse: ne volēs rectã administrationem à Principe, ponat contraria: media quæ sunt ad hunc finem, & necessaria fugiat, quod esset furoris & ineptiarũ plenissimũ, ac proinde nulli; semper momẽti. Quę enim reuerentia, Regi à subditis præstari posset: si vidissent illum à sino vectũ (vt dixi) per vicos & plateas publicè, pœnæ causa circumagi, si lex præciperet: vel quem timorem (qui subditos in officio solus solet continere) ei præstare potuissent, quem detrusum in carcerem, cum vilibus personis imixtum, in sordibus & squalore iacentem, & à iudicibus suppliciter, (vt alios priuatos) orantẽ vidissēt, nec impetrantem, vt olim Pausanię contigisse, in Lacedæmonierũ repub. supra retulimus: vel quo pacto, Regni negotijs benè præesse potuisset, quibus scripturæ necessitas incumberebat, vt quotidie opus esse videmus, si manu secũdum legem mutilaret: vel quomodo arma (vt Regẽ decet) ad expellēdos iniustos hostes à Regno, tractare potuisset, si pes aut brachiũ illi abscinderet: vel qua tandè ratione, ppuillorum, orphanorum, viduarum, & aliarum miserabilium personarũ (quæ maioribus solent plerumque vexari) potuissent clamores ad Regem

gem accedere, si secundum pœnam à lege præscriptam, exultatus fuisset à Regno? certe vt ego arbitror, & tu fateberis, nulla enim.

igitur ad omnes pœnas, quæ fini & intentioni, quam Regnum habuit ad creandum Regem, quæ recta est populorum administratio, aduerferentur, vel alicui saltem impedimento sint. Regem ipsum nõ teneri, pluribus iustissimisquẽ de causis exillimaui, ad aliàs vero omnes quod sic: nam conuentio & contractus celebratus cum Regno, ad id ipsum illum cõsentientem obligauit. Adieci supra illa verba (dũ modo Rex sit) nam si iam Tyrannus est factus, cuius gubernationi numquam Regnum consensit, nec cõsensurum est, putarem Principem ad pœnam quamcumque corporalem teneri, cuius executio, ad totũ Regnũ, quod in Proceribus & procuratoribus Regni existit, pertinere bitalli enim (non ipse Rex) pœnam corporalem exequi debent, de qua pœnæ corporalis executione, intellexit Harmenopolus vbi supra: vt constat ex illis verbis (puta si delinquit non punitur) qua verissimum est legislatorem non teneri, ne ipse à se ipso cogatur, id est vel mutiletur membro, vel occidatur, quod iniustum est natura ipsa.

Vnde notabis Connanum. libr. primo commentar. iuris ciuilis. c. octauo. numero tertio. malè laudatẽ facinus illud Zeleuci, Locrensiũ

legislatoris, qui cum vnicum haberet filium, & adulterij reus esset postulatus, eique ex lege oculi essent effodiendi, pœnæ necessitatẽ remittenti populo contradixit, & vt salua lege filio posset aliquid indulgere, sibi vnum, alterum vero filio oculum iussit erui: quo facto (vt mea fert opinio) nec ipse, nec filius plenè satisfecerunt legi, quæ pœnã non in patrem innocentẽ, sed in filium peccantẽ voluit exerceri. Nec minus peccauit, cũ sumptis armis, ad propulsandum periculum, quod imminabat ciuitati, vocat; subito in consiliũ, imprudens ea detulisset accusatusque esset, quod contra legem fecisset, oblatam ab omnibus imprudentiã veniam recusauit. Et vt legi (suo arbitrato) pareret (nulla reip. executione expectata) gladio quo erat accinctus, pect; sibi, in cõspectu totius populi trãsfixit, inique tamẽ, quia cõtra iustitiam & charitatem simul peccauit, & si malè à plurib; laudetur authoribus, vt constat ex Corraio. li. 2. myscellaneorum. cap. 25. Celio Rhodiginio lib. 20. antiquarum lectionum. cap. 19. Balduyno, Mynsingerio, & ceteris. s. sed quod Principi. inst. de iure naturali. quod tamen nõ Zeleuco Locrensiũ legislatori, sed Charodæ Tyrionũ vel (vt alij dicunt) Thurionum Principi, & legislatori contigisse, ex Diodoro Siculo. Andreas Tiraquellus probat, in tractatu de nobilitate. c. 20. n. 74. alij id facinus Diocli Syracusiorum

Regi referūt, vt idem Tiraquellus vbi supra commemorat.

Quę omnia in Iudice Ecclesię ſupremo etiā procedēt, vt videlicet, illis omnibus pœnis non teneatur quę ad tractāda Ecclesiasticę Monarchię gubernacula certō ſint impedimento, vt in excomunionē, ſuſpenſione & alijs cernere poſſumus, in quas Pontifices nullo caſu (dum Pontifices ſint) incurrere poſſe arbitramur, quāuis contrariū malē opinetur Petrus de Taraſia, & cum ſequutus Paul⁹ Borgaſius. in tractatu de irregularitate, parte ſexta quęſtion. 21. numer. 39. quorum fundamenta iam alibi à nobis copioſe cōfutata (quia nunc amplius detineri non poſſumus) aliquando in canonici iuris interpretationibus, curabim⁹ in lucem edere.

Nec obſtat (vt iam eō reuertamur) Vlpianus in hac. l. Princeps ff. de legibus. dicens, Principem legibus eſſe ſolutum, nam aut intelligit Vlpianus, eſſe Principem ſolutum legibus, natura ipſa ſeu iure naturali, aut poſitiuo: nam aliud nihil eſſe poſteſt: quod iure nature legibus ſuis, & alijs Regni (cum iuſtę ſibi ſint) ſit ſolutus, null⁹ iuſtē audebit admittere. Cum natura, quę ſumma, & infalibilis ratio eſt in omnibus, nullo ab executione, & obligatione legis iuſtę ammoueat, imo ad eam obſeruandam vinculis rationis compellat, vt probat rectē

Tullius libro. 3. officiorum. & li. 3. & de finibus. quod bonum eſt (inquit) ſecūdū naturā appello, quod malū cōtra, & lib. 2. de legibus. Erat enim (ait) ratio profecta à rerū natura, & ad recta faciendū impellens, & à delicto reuocans, quę non tūc demum, incipit lex eſſe ſcripta, ſed tunc cum orta eſt. Et philoſophus lib. 3. Politicorum. cap. 12. clari⁹ in Principe docuit, vbi Principū illas gubernationes, quę rectam ſurgunt formā, ſiue quoad ſe, ſiue quoad alios, poti⁹ contra naturam, quam ſecundum naturā eſſe ait. & Diuus Iſidorus lib. 3. ſententiarum de ſummo bono. cap. 52. iuſtum eſt (inquit) Principem obtemperare legibus ſuis, tunc enim iura ſua ab omnibus cuſtodienda exiſtmet, quando & ipſe illis reuerentiam præbet, Principem legibus tenere ſuis, nec in ſe poſſe damnare iura, quę in ſubditis conſtituunt, iuſta enim vocis eorum auctoritate ſiquę populis prohibentur, ſibi licere non patiantur, ſub religionis diſciplina ſeculi poteſtates ſubiectę ſunt, & quāuis culmine Regni ſint præditi, vinculo tamen fidei tenentur adſtricti, vt fides. &c. Quare ſi iuſtum eſt, ſecundum ſuas leges viuere Principem, illis de iure nature non erit ſolutus, nam ſi ſolutus eſſet, ſequeretur, quod faciens contra illas nullo modo peccaret, nam nullus peccat vtendo iure ſuo, vt ſupra latius probaui. Præterea id

fortius

fortius cōprobabitur ex ſententia ipſius Ariſt. qui lib. 3. Politicorū. c. 9. ſuperiores partē eſſe ac principale ciuitatis affirmat, à quo non diſſenſit Caius lib. ad edictū Prouinciale. relatus in l. 1. 98. ff. de verb. ſignifi. qui ſimiliter dicit, appellacione familię Principē & caput familię cōprehēdi, ſi ergo lege, tota ciuitas obligatur, nā eſt cōmunis ciuitatis, cōpoſitio ſecūdū quā dēſideret viuere, qui in ciuitate ſunt, vt his met verbis ex Demoſthene docuit Marrianus, in l. 2. ff. de legibus. & Princeps eſt pars ciuitatis, vt ſupra relati probant, nec diſſentitur cōtrarij noſtri, non malē ſequitur, vt partem ipſius ciuitatis, legibus, ciuitatis naturaliter cōprehēdi. Igitur ſi verum eſt, legibus Principem eſſe ſolutum, id iuri poſitiuo: tamquam acceptum referri debet, poteſt enim totum Regnum liberā Regem eximere ab obligatione obediendi legi, cuius ratio in Principe, ſicut in ſubditis, æquē militabat, vbi ſolum fuiſſe conſuetum modo docebimus. Vlpianus enim, ſcribens ad legē Iuliam & Papiam, veriſimū dixit, Principē legibus eſſe ſolutū. id tñ, nō ita accipiendū eſt, vt falſi quidā Principū aduatores (quos ſequuta eſt cōmunis opinio) acceperunt, extendētes ſpecialis huius legis cōtextū, ad omnes leges generaliter, quibus Principes docuerunt eſſe ſolutos, quod nō ſolum alienum, ſed alieniſſimum eſſe puto à mente V-

fortius

piatū in præſenti, nam cum ipſe ſolum ſcriberet, ad legem Iuliam & Papiam, vt ex titulo ſeu inſcriptione legis conſtat, quo pacto, ſi improprie & ſuperuacane legem illam non interpretaretur (quod nec ſuſpicandum eſt) dicere potuiſſet, Principē omnibus legibus eſſe ſolutum, certē meo videri nullo: imo cum legem Iuliam & Papiam declarare ſolum intenderit, ſolum quę dixerit, Principem legibus eſſe ſolutū, nec adiecit omnibus, de lege Iulia & Papiam, quę de cadueis loquebantur, ſine dubio intellexiſſe merito eſt exiſtimandum: cū ſententię omnes & verba, ſecundum ſubiectā materiam, de qua agitur, intelligi ſemper debeant. I. ſtipulatio iſta: cū ibi traditis. ff. de verbo. ſignifi. l. ſi decreta. C. de tranſactio. præcipue ſi aduertat formulam hęc loquendi vetuſtiſſimo Romanorum uſu fuiſſe ſemper receptā, vt illum, qui aliqua lege ſoluebatur, legibus ſolutū vocarent, ſic. n. à Liuius traditur, legibus eſſe ſolutus Scipio African⁹, ex eo quod ſpeciali priuilegio ante quā præ leges hæret, ædilis & conſul creatus eſt, nullo quoad reliquas leges priuilegio conſeſſo: ſic etiā Caius Marius legibus ſolut⁹ nūcupatur, quod abſens in Lybia cōſul crearetur, vt refert Plutarchus in illius vita. quāuis vna ſola lege id fuiſſet interdicitum. ſic etiā idē Liuius tradit. lib. 10. ab vrbe cōdita, quod cū Fabius legē recitare iuſſet, quæ intra decē annos, eundē

O 3 Conlu-

Consulem refici non liceret, & vix præ strepitu audita lex esset, Tribuni plebis nil id impedimento futurum dixerunt, se ad populum laturos ut legibus solueretur, id est lege illa Fabia. Idem lib. 9. de bello Macedonico pars Tribunorum plebis, negare rationem habendam esse, quod duos simul unus magistratus, praesertim curules, neque capere posset, neque gerere, pars legibus solvere eum censeat, cum de hac una lege solū esset questio: quod apud Traquillum in Caesariibus & Ciceronē etiā sepe usurpant. Videmus in Philippicis, praecipue in illi ille homo (inquit) summo ingenio summa potentia, qui ex edita te Consulatu petit, solvatur legibus, sic idem Publicolam Tubertum & C. Fabricium, legibus esse solutos refert lib. 2. de legibus, quod contra prohibitionem legum duodecim tabularum, illis esset permissum, intra civitatem sepeliri. solui autem legibus, idem erat quod dispensationem obtinere in aliqua lege quod non solum Imperatoribus concedebatur: sed privatis etiam hominibus, ut praeter supra relata, probat expressè lex Cornelia, de his qui legibus soluebantur, quam tulit Sextus Cornelius, Tribunus plebis, Marco Attilio Glabrione, & G. Pisonē consulibus, anno ab urbe condita 687. ante Caesaris Imperium. 24. ea enim cautum erat, ne quis in Senatu legibus aliquibus solveretur, id est ne dispensatio in aliqua lege concederetur a Senatu, nisi ducenti adfuissent, ea ut credo

ratione, quod Senatores pauciores fortasse numero, quam par erat, & illi amici congregarentur, ad solvendum aliquem legibus, sine reliquorum expectatione, & relatione ad Populum, sic enim praeter Dionem lib. 36. retulit Asconius in Cornelianae orationis argumento. in omnibus (inquit) Senatus Consultis, quibus aliquem legibus solvi placebat, ad hoc erat solitum, ut de ea re ad populum ferretur, sed paulatim ferri erat desitum, resque iam in eam consuetudinem venerat, ut postremo, ne adijceret quidem in Senatus Consultis, de rogatione ad populum ferenda, eaque ipsa Senatus Consulta, per paucos admodum fiebant, actum deinde ea de re in Senatu est, magnis contentionibus, cum Cornelius ita ferre, rursus cepit: ne quis in Senatu legibus solveretur, nisi ducenti adfuissent. Haec Asconius quae eo lata fuisse suspicor, ut esset quidem in Senatu potestate, dare extraordinaria imperia, legibusque solvere, sed ita, ut post ad populum vitari more de ea re referretur. Quae lex Cornelia, tot annos ante Imperatores, certissimo est argumento, solitum fuisse a Senatu, privilegium istud dari, ut legibus quibusdam privati homines, qui aliquo rem publicam affecerant beneficio, vel aliquo virtutum genere essent excellentes, solverentur, quod colligi potest ex Cicerone lib. 2. de legibus, ubi hominem mortuum (inquit) lex in duodecim in urbe ne sepelito, ne ve-

vrito.

vrito. A. quid qui post duodecim in urbe sepulti sunt. M. claros viros credo Tite fuisse, aut eos, quibus hoc ante hanc legem, virtutis causa tributum est, ut Publicolam ut Tubertum, quod eorum posterum iure tenuerunt, aut eos siqui hoc, ut C. Fabricius virtutis causa soluti legibus consequuti sunt. Eodem respexit lib. 3. de Republica, dum inquit, lex naturae immutabilis est, cuius est interpretes & sator Deus, nec haec est alia Romae, alia Athenis, alia nunc alia posthac, nec per populum aut Senatū hac solui possumus. &c. Quare solutionem hanc a legis vinculo, seu dispensationem, ad Principem solum referre nec debes, nec potest, ne cum his quae vera sunt, pugnantia dicas.

Cum igitur Vlpianus, legibus solutum Principem esse dixerit, intelligendum erit secundum subiectam materiam, de qua ibi tractabat, de legibus videlicet Iulia & Papia, quae loquebantur de legatis, fideicommissis, institutionibus, quae per mortem legatarii seu instituti, ante obitum testatoris fiebant caduca, id est est cadebat a legatario & instituto, & suis heredibus, & ab heredibus etiam testatoris, & fisco applicabatur, ut constat ex huiusmodi in principio C. de caducis tollendis. his tamen legibus soluti Imperatores, non tamquam poenilibus (ut Cuiacius putavit) sed quia gratum fore, Augusto Caesari (cui primum id est concessum) Senatus perpexit, quemadmodum in alijs de quibus supra, & reliquis de quibus infra dicemus, ut refert Iustinianus in §. fin.

eiusdem legis unice ibi. nec Augustum privilegium exercemus. &c. Quod privilegium, continuabat in ceteros Principes, cum Senatus novis Imperatoribus electis, eadem privilegia quae suis antecessoribus solebat conferre, ut postea probabimus: antea enim, nec soluti legibus erant, nec dicebantur, cum regulariter iure communi sicut ceteri omnes privati, essent subditi, ut fatentur Valens Valentinus, & Gratianus Imperatores. in l. cum haeres versucilius commune cum ceteris habet Imperator. C. qui testamenta facere possint. Theodosius & Valentinus, in l. ultima Codicis Theodosiani. de appellationibus. dicentes salva maiestatis reuerentia, se non dedignari sibi cum privatis esse commune, & Anthemius, in nouella de bonis vacantibus. nihil amplius licere ait bonis Principibus, nisi quod liceat privatis, & quamvis aliquibus specialiter solverentur, non tamen inde argumentum fumere ad omnes iustum est, sic ergo Vlpianus, noluit dicere, omnibus Principem esse solutum, cum ad propositum de quo ipse agebat, nihil spectaret: sed legibus Iulia & Papia, quas interpretabatur: quod & ante ipsum, Caius Iurisconsultus retulerat, eandem legem Iuliam & Papiam interpretans, ut constat ex textu & eius inscriptione, in l. quod Principi, §. ff. de leg. secundo. quae est etiam ad l. Iuliam & Papiam. in qua similiter

Q 4

refertur.

refertur, Principem institutum, vel cui factū est legatum, quamvis moriatur ante testatorem, transmittere legatum vel institutionē in sequentem successorem posse, obstante lege Iulia, & Papia, nam eis Principes erant soluti speciali priuilegio, & cum istæ solutiones à lege, essent specialia priuilegia, vt docet idem Vlpianus hic, in illis verbis. Princeps legibus solutus est, Augusta autem, licet legibus soluta non sit, Principes tamen eadem illi priuilegia tribuunt, quæ ipsi habent, & priuilegia non habeant locum nisi in casibus expressis, vt communis est & verissima doctorum nostrorum sententia. in. ca. eamque de rescriptis. non malè sequitur, Vlpianum loquentem de speciali priuilegio, legis Iuliæ & Papiæ, ad aliàs extendendum nō esse, ne cōtra regulas bonæ iurisprudentiæ, quæ stricti sunt iuris, vt priuilegia, latè imo latissimè interpretemur. l. quidquid astringendæ de verbo. obligat. cum alijs. sic enim videmus, quod Imperatores, non erant soluti ea lege quæ cōsulem absentem creari vetabat, nam ea se solui rogauit Iuliū Cæsar à Senatu, vt refert Appianus libr. secundo de bellis ciuilibus, nec lege Falcidia, quia illa Senatus eos non soluit, sicque hæres institutus illam de trahere poterat, contra eorumdem voluntatem, vt cōstat, ex. l. 4. C. ad legem Falcidiam. nec lege Glicia, quæ de inofficiosis

testamenti loquebatur, vt ex. l. Papinianus. §. si Imperator. ff. de inofficioso. coniuncta inscriptione quæ est ad. l. 4. eod. titul. patebit. quam tamen malè Hotomanus, Titiam esse nominandam dixit, in indice legum Romanarum, nec meminit quod in epitome. lib. 19. Titi Liuij. fit mētio de Claudio Glicia dictatore, à quo lata dicta est Glicia, sicut à Quinto Hortensio dictatore Hortensia, in eiusdem libri. epitom. libro. 2. refertur, nec erant soluti Voconia, quæ erat de mulierum hæreditatibus, quæ utinam hodie seruaretur, ne opib⁹ affluentes, & efflatæ, maritos (vt assolent) ita contemnerent: erat enim ea statutum, ne qui census esset, virginem, mulierē ve ultra quadrantem suorum bonorum (etiam si filia esset) hæredem institueret, vt est apud Dyonem, qui refert eius veniam Augustum Cæsarē, à Senatu petiuisse, dicebatur autem census, qui multam pecuniam, idest ultra centū millia nummūm in possessione haberet, vt refert Alexander ab Alexandro libr. 6. Genialium dierum. cap. 15. Petrus Pekiū Ziriçeus in tractatu de testamentis viri & vxoris. libr. 1. capit. 1. nec cæteris similiter omnibus soluti erant, nisi speciali lege & priuilegio, id à Senatu obtinuissent, quem tamen consueuisse, vt Imperatorum gratiam (qui per fas & nefas armorum viribus muniti, omnia poterant) sibi conciliarent, aliquibus legibus eos

eos soluere, quas vel petiissent ipsi, vel gratas fore Senatus auspiciabatur, argumento est id quod Cornelius Tacitus in principio lib. 20. annalium his verbis refert. At Romæ Senatus cuncta principibus solita Vespasiano decernit lætus & spei certus &c. & certissimū reddit vetustissima quedā scriptura, quā

in es incisā Romæ esse testat Brisot lib. 2. de formul. antiquis Rom. fo. 171. Onuphrius Panuini⁹ in lib. 2. fastorum fol. 292. & ex qua clarè colligi poterit, quā limitata et astricta legibus fuerit quondam Imperatorum potestas, nisi Senatus illā speciali priuilegio ampliasset. Sic. n. ea in fauorē Vespasiani edita fuit.

VTIQVE EI SENATVM HABERE. RELATIONEM FACERE. REMITTERE. SENATVS CONSULTA PER RELATIONEM DISSESSIONEMQVE FACERE LICEAT. ITA VTI LICVIT DIVO AVG. TI. IVLIO CAESARI AVG. TI. CLAVDIO CAESARI AVGVSTO GERMANICO.

VTIQVE CVM EX VOLVNTATE AVTHORITATE VE. IVS SV MANDATO VE EIVS. PRAESENTE VE EO SENATVS HABEBITVR OMNIVM RERVM IVS PERINDE HABEATVR. SERVETVR PERINDE AC SI E LEGE SENATVS EDICTVS ESSET. HABERETVR VE.

VTIQVE QVOS MAGISTRATVM. POTESTATEM. IMPERIVM. CVRATIONEM VE CVIVS REI PETENTES SENATVI POPVLOQVE ROMANO COMMENDAVERIT. QVIBVS VE SVFFRAGATIONEM SVAM DEDERIT. PROMISERIT. EORVM COMITIIS QVIBVSQVE EXTRA ORDINEM RATIO HABEATVR.

VTIQVE EI FINES POMOERII PROFERRE. PROMOVERE. CVM EX REPUBLICA CENSEBIT ESSE. LICEAT. ITA VTI LICVIT TI. CLAVDIO CAESARI AVGVSTO GERMANICO.

Sequentia autem Imperatores legibus quibuscumque teneri apertius ostendunt, dum aduersus eas id beneficium Vespasiano conceditur. VTIQVE. QVAECVMQVE. EX VSV REIPUBLICAE. MAIESTATE. DIVINARVM. HVMANARVM. PVBLICARVM. PRIVATARVMQVE RERVM ESSE CENSEBIT. EI AGERE. FACERE IVS POTESTASQVE SIT. ITA VTI DIVO AVGVSTO. TIBERIOQVE. IVLIO CAESARI AVGVSTO. TIBERIOQVE. CLAVDIO CAESARI AVGVSTO GERMANICO FVIT. VTIQVE. QVIBVS LEGIBVS. PLEBIS VE SCITIS. SCRIPTVM FVIT. NE DIVVS AVGVSTVS. TIBERIVS VE. IVLIVS CAESAR AVGVSTVS. TI-

BERIVS VE. CLAVDIVS CAESAR AVGVSTVS. GERMANI-
CVS TENERENTVR. HIS LEGIBVS. PLEBIS VE SCITIS. IMPE-
RATOR CAESAR VESPASIANVS. SOLVTVS SIT. QVEQVE
ET QVAQVE LEGE. ROGATIONE. DIVVM AVGVSTVM. TIBE-
RIVM. CLAVDIVM CAESAREM. AVGVSTVM GERMANI-
CVM. FACERE OPORTVIT. EA OMNIA IMPERATORI CAE-
SARI VESPASIANO AVGVSTO FACERE LICEAT &c. & quæ
postea sequuntur, in sanctione, apertè etiam demòstrant, Imperatores le-
gibus sicut reliquos priuatos teneri, & actiones aduersus illos ciuiles ple-
rumque dari, & facientes contra legem, in pœnam legum incidere, nam
speciali Senatus gratia Vespasiano Imperatori hæc postea sunt concessa.
Vt idem Brissonius & Onuphrius referunt.

SI QVIS. HVIVSCE LEGIS ERGO. ADVERSVS LEGES. ROGA-
TIONES. PLEVISVE SCITA. SENATVS VE CONSVLTA. FE-
CIT. FECERIT. SIVE QVOD EVM. EX LEGE. ROGATIONE.
PLEVISVE SCITO. SENATVS VE CONSVLTO. FACERE OPOR-
TEBIT. NON FECERIT. HVIVS LEGIS ERGO. ID EI NE FRAV-
DI ESTO. NEVE QVID OB EAM REM POPVLO DARE DEBE-
TO. NE VE CVIDE EA RE ACTIO. NE VE IVDICATIO ES-
TO. NEVE QVIS DE EA RE APVD SE AGI SINITO.

Vides (optimè lector) quomodo, Senatus solebat, ad conciliandam sibi Principum beneuolentiã, eisdem nouiter electos à militibus, & à se cõfirmatos, legibus aliquibus soluere, & quo pacto opus fuerit, vt Vespasianus Imperator, eisdem diceretur & esset solutus, quòd Senatus illa decreuerit priuilegia, quæ Iulius, Augustus, Tiberius & Claudius Imperatores, antecessores sui ab eodem Senatu obtinuerant, vides quod vt faciens contra legem, pœna legis non teneretur, & actio aduersus illum exerceri nõ posset, nec inius vocari, speciale priuilegiũ Vespasiano concessum, vidisti etiam supra, legem

Corneliam, latam ad restringendam Senatorum in his dispensationibus potestatem, quæ multo ante Imperatores vsurpabatur, videri similiter, priuilegia ab Vlpiano vocata fuisse, quæ non nisi in casibus à iure expressis aliquod momentum habent, vidisti præterea Vlpianũ, in hac. l. Princeps, solũ de lege Iulia & Papia sermonem instituisse, vides tãdem rationem naturalem, & ciuilem, quæ caput & membra eisdem legibus dictat gubernari, præcipue cum expressa lex actionis existat, vt nos supra latius attulimus, quod modo reliquum est, id solum erit, quod sententiam nostram amplexus, libe-

re fatèaris, Imperatores & Principes omnes, suarum & Regni legũ, tam coactiua quàm directiua vi & autoritate teneri: ne ob vanũ Principum fauorem (vt ceteri) si ignorantia absit, æquissimum hunc iustitiæ tramitem iudicis & merito reliquisse.

33 Ceterè autem leges, quæ dicunt Principem legibus esse solutũ, sic vt ex imperfecto testamento capere potuerit. l. ex imperfecto. C. de testamentis. l. digna vox C. de legibus. §. fin. inst. quibus modis testamenta infirm. & solemnitate in manumissione seruorum obseruare non teneatur. l. apud eum. ff. de manumission. ad priuilegia specialia, quæ Senatus, vel proprio motu, vel orationibus Principum, vel epistolis petita concessit, sine dubio aut cunctatione aliqua, debes referre, vt historia supra relata ostendit.

34 Si autem videris Iustinianũ, in Nouella de consulibus, quæ est numero. 106. dicentem ad finem, quod Deus Imperiali maiestati ipsas leges subiecit, ipsa hominibus quasi animata quadam lege dimissa, turbari non debes: nam sententia Iustiniani verissima est, si prout ipse sensit, & dixit, tu vellis intelligere, nec amplius extendas, quam ratio & autoritas ei loci postulet: qui cũ dixisset, Imperatori leges esse subiectas, nihil aliud voluit docere, quã Imperatores, potestatem habere, ad hoc vt eas mutare, vel dispensare possint, quoties recta ra-

tio, ad bonum totius reipublicæ cõmune, expedire monstrauerit. Loquebatur enim Iustinianus, in casu quo se & Imperatores sequentes soluerat, seu exemerat à lege quadam præscripta consulibus, de non spargendis aureis numis, tempore publicorum ludorum, nec argenteis, nisi certæ formæ, quæ ibi præscribitur, qua lege Imperatoriam maiestatem, cui aurum continere & argentum, præbuit fortunæ fastigiũ, solui & liberari ipsa naturæ & morum ratio legitima, & tunc postulabat & semper postulabit, vt in alio exemplo nõ dissimili supra nos etiam diximus.

Igitur cum eadem ratio est in Principe, quæ in subditis (semper hoc debet præsumi, nisi contrariũ probetur) omnibus legibus suis, & antecessorum in Regno, naturaliter & ciuilitè Princeps tenebitur, nec ea quæ in contractibus à lege ciuili requiruntur, pro libito voluntatis mutare poterit, etiã si suprema & absoluta (sic vulgus vocat) vt voluerit, ne dicam abuti potestate.

Introduxit ineptum & ignarũ vulgus, nec plures ex nostris & doctoribus illius fatuitati defuerunt (malũ certè hoc viuus lachrymis deplorandum, nullus est error, tam à naturali & ciuili ratione remotus, qui alicuius iuris periti, ne dicam communi autoritate iã non confirmetur) distinctionem quadam inter ordinariam Principum potesta-

testatem, & absolutam. Prima dicunt licere Principi facere, omne quod honestum sit, & præscriptū legibus, secunda autem quodcumque suæ maiestati, pro libito voluntatis placuerit, quam nec alicui necessitati esse subiectam, nec publici iuris regulis limitatam, docuit Baldus in l. si aquam nu. 44. & 45. C. de seruitutibus, quem sequitur Angelus in l. item si verberatū. §. 1. ff. de rei vend. Abbas Panormitanus in c. ad hęc nu. 7. de rescriptis. & cō. 84. lib. 1. & plerisque alijs locis cōgestis à Corralio in l. si. nu. 10. ff. de seruitut. Antoninus de Butrio in cap. constitutus. num. 3. de religiosis domibus. Hypolytus de Marsilijs in repetitione l. de vnoquoque. num. 16. ff. ad l. Corneliam. de Sicarijs. Castalius in tractatu de Imperatoribus. q. 98. & latius. q. 110. Palacios Rubios in l. 12. Tauri. nu. 15. Rojas in epitome successionū. cap. 23. num. 75. & alij plures, relativi ab Aria Pivelo in 1. parte rubricæ C. de rescind. vendit. cap. 2. nu. 24. tanti apud hos patres Baldi auctoritas præualuit. Ego autē quāuis eius & reliquorum doctrinas (cum veræ sunt) maxima colā semper reuerentia, continere me sanè hoc loco non possum, quin ab instituto parumper digrediar, tam graui rei indecentia commotus, quādo & ipsum Baldum, ad eō ineptā & iniustam sententiam, cum iure naturæ & ciuili pugnantem, video protulisse: atque in re tam manife-

stè iniqua, illi non defuisse defensores: in omnibus certè, qui intra quingentos, plus minusve annos, de nostro iure scripserunt, est vbi eruditionem, vbi diligētiam (quā nemo exactā adhibuit) desideres: est, vbi non dico plenam, sed nec mediocrem (quamuis Bartolū & reliquos vetustos iuris interpretes includas) legalium Principiorum notitiam expectes, cuius maioriginem & causam, si commodus esset, his locus, dicere possem: sed Baldus hic, de cuius errore confutando tractare modo fuit opus, vt nō vulgari ingenij præditus acumine, ita fuit omnium in recognoscendis suis scriptis negligentissimus, plura quam quiuis alius scripsit commentaria: sed ea, nulla elegantia, nulla eruditione, sed incōcina barbarie vt Bartolus, nulla boni ordinis dispositione, nulla prius dictorum memoria, sed crasse, cōfute, exiliter atque sepissime secū pugnantia, & omnino sine vllā principij ratione, vt cumque in buccā venerunt, inconsideratè effutiuit, oportunam semper, cum suis oppositè atque obtortè dictis, occasionem calumniæ, (ycophantis omnibus præstans: quod vt, ex infinitis penè alijs, tum ex hoc vno (de quo agimus) loco, nemo non aspiciet, nā vt omittamus, quod nihil pro se citat, ad confirmandam hanc opinionem, rationes & iura, quæ nos retulimus supra, & semetipsum habet repugnantem. in ca. 1. num.

num. 2. de natura feudi, qui ad consuetudines proprias regis, eos tenet docet. & in l. 1. num. 10. ff. de constitution. Principum. vbi scitè quidem asseruit, quod potestas Principis, ad efficiendum quod placet: debet intelligi, id est possibile, & honestum, nā impossibilia Princeps non potest, illud autem est impossibile, cuius contrarium est necessarium, est autem necessarium, ius diuinum & naturale, quod nihil potest habere commune cum ea quā modo cōfingit, in Rege potestatem, vt nec alicui necessitati sit subiecta, nec publici iuris regulis limitata, sed de hac opinione factis, ne videar Baldi inuectiuam composuisse, cuius scripta (vt cum hoc finem faciā) doctores omnes tam qui in scholis, quam qui in cōsilijs & iudicijs versantur, & præcipuè tyrones, qui primo operā huic nabant studio, cautè & præuia consideratione perlegant, nequè illi credant soli, si se & alios in graues nolint errores inducere, sicut supra relatos videmus. Qui quā te merè & quanta rerum publicarū administrationis ignorantia, sola Baldi opinione moti, pro principatus seu monarchiæ regimine, iniustam & claram tyrannidem introduxerint, eis qui nostra attentè perlegerint, facile constare potest, est enim ea opinatio (opinionis nomen non meretur) sic falsa, & iurè ipsi naturali seu gentium, & ciuili etiam ad eō contraria, vt eius au-

thores, & sectatores, cum illam traderēt, vere dormitasse possis iustissime suspicari. In Principe enim, non est nisi vnica tātum potestas, à Deo & gentibus ipsi concessa, vt populum commissum, iustis legibus, & earum congrua dispensatione gubernet, quod Antigonus Rex rectissime fertur considerasse, dum cuidam illi dicenti omnia regibus esse honesta, & iusta, respondisse fertur: per Iouē enim, Barbarorum Regibus hæc ita sunt, nobis autem, ea dūtaxat honesta sunt, quæ honesta, & ea iusta solum, quæ iusta: & sic, omne quod hanc potestatem excedat, tamquam inuolidum natura & omni iure destitutū nihil est in vtroque foro momenti aut roboris habiturum: tamquam si à priuato quodam homine, iurisdictione carente, fuisset profectū: etsi malè Couarru. lib. 3. variarum resolut. cap. 6. num. 8. cognoscens hanc quam dixi, solam esse ordinariam Principum potestatem, postea in versiculo fortassis placebit, dicat inconstanter, iniquam & malam, contra ius positiuum dispensationem, in potestate ordinaria Principum comprehendit, sicque valere omne ex tali dispensatione sequutum, quæ meo iudicio pugnantia sunt, nam si doctus alioquin Couarr. fatetur. num. 8. ad solam iustā gubernandi rationem, Principem potestatem habere, & postea num. 9. excedentem terminos suæ potestatis, nihil validum efficere posse

se tuetur, quo pacto possibile est, Principem in iniusta dispensatione, excedentem terminos suae potestatis (nam ad dispensandum potestatem non habere iam supra non semel dixi) dispensatione valida efficere potuisse. Ego certe non video, imo iura expressa in contrarium cerno. l. fin. ff. de iurisd. omni iud. l. iudex. l. si militaris. l. si de proprietate & toto titulo. C. si a non competente iudice de sententia & re iudicat. ca. vt animarum de constitut. lib. 6. cum alijs.

36 Est igitur opinio nostra iustissima: ex cuius verissima resolutione, inferitur primo, errasse Paulum Castrensem in l. si testamentum C. de testamentis dicentem, Principem posse, non de ordinaria, sed de absoluta potestate, derogare clausulis dispositionum, in ultimis voluntatibus, a priuatis constitutam, non solum cum exprimitur clausula illa (de suprema & absoluta potestate) sed cum adijcitur illa (ex certa scientia) quam eundem effectum operari affirmat, sed vtriusque falsum, quia in Principe (vt dixi) non est nisi vna potestas, naturali & ciuili iustitiae consentanea: tum vero, quia clausula (ex certa scientia) principalibus rescriptis inserta, nihil roboris aut firmamenti, vel habere vel addere potest, nisi in casibus, quibus solennitatem aliquam adhiberi oporteat, vel cum lex aliqua municipalis sit in prouincia vel populo, quae cum in facto consistat, presumi posset ignota Principi, se-

cundum decisionem tex. in c. 1. de constitut. lib. 6. quorum omnium derogatione operabimur, cum Princeps se ex certa scientia, rescribere confessus fuerit, hoc intelliges cum subest causa, ad derogandum, quae in dubio semper praesumitur, si autem haec absit, nullius momenti erit talis clausula adiectio, quia impotentia, voluntas quae iniusta est, nihil addit.

37 Secundo inferitur, falsam similes reddi, distinctionem Covarruiae, qua fuisse Abbatis, Cardinalis, Imola, Felini, Decij, Alexandri & aliorum quos ibi allegat, fatetur, lib. 3. variarum resolutionum. c. 6. nu. 1. dicentis, quod aut maioratus priuatorum institutus est sine priuilegio & auctoritate Principis, aut cum illo, quia necessarium erat: veluti si legitima cum alijs bonis vincularetur, primo casu dicit clausulas maioratus, vincula & conditiones, non posse Principem tollere, secundo autem casu putat quod sic, quia proprio priuilegio Principes posse derogare opinatur, moueturque ex textu in c. in nostra de iniurijs. qui non magis de reuocatione priuilegij, aut de priuilegijs simpliciter tractat, ac de raphanis, vt in veteri prouerbio est. Interpretatur enim Gregorius. ibi iuramentum a quadam communitate, de non recipienda restauratione damnorum factum, expensarum satisfactio non comprehendisse, sicque illas iudicialiter repeti posse, vt casus ibi propositus, satis clare demonstrat,

strat, non igitur poterit magis, maioratum clausulas, in quibus licentia regia, quae interuenit, fuit opus, immutare, ac si nulla interuenisset, nec opus fuisset: cum priuilegium simpliciter & sine conditione concessum (vt reuocari non possit) tantam vim habeat, quantam alius quicumque iuris gentium contractus.

38 Tercio deducitur, minus recte iudicasse consilium Neapolitanum, cuius decisionem retulit Mathaeus de Afflictis. decisio. 128. nu. 12. cum sequenti existimans, legitimatorem, semel concessam a Principe, iuste posse reuocari a concedente, cuius fundamentum fuit, quod beneficium hoc non a iure gentium, sed ab eodem Principe obtentum fuerit, ex qua ratione deducunt alij, omnia priuilegia, a Principe concessa, posse sine causa iuste adimi, vt docet Aretinus. in c. nouit. vbi Decius num. 15. versi secunda conclusio de iudicijs. Antonius de Butrio. in c. cum omnes. de constitutionibus. Cardinalis in repetitione. c. perpendimus. de sententia excommunicationis. versi. Respondeo. Paulus Castrensis. in l. si quis curialis. in fine C. de Episcopis & clericis. sed omnes male sententia nostra, nam praeter naturalem rationem, cui non est dubium, priuilegij aut beneficii iuste collati ablatione contrariari, ipsi iuri ciuili clare repugnat: eo enim constitutum videmus, semel factam donationem, nec

authoritate Imperiali rescindi posse, aut reuocari. l. 5. C. de reuocandis donationibus. & non solum non reuocari, sed nec modum aut conditionem recipere. l. perfecta donatio. C. de donatio. quae sub modo. cui consonant iura canonica, quibus declaratum est, vt constat ex regula. 21. quod semel placuit iterum displicere non posse. & in regula. 33. consilium mutare non posse quamquam, in alterius praedictum, quod in principe regula. 16. expressius dixerat, docendo, beneficium Principis, perpetuo decere esse mansurum. Nec approbo distinctionem communem, inter beneficium Principis & priuilegium, de qua per Bartolum & doctores communiter. in l. beneficium Imperatoris. 3. ff. de constitutionibus Principum. Nam certe omnis gratia Principis, si tanquam a Principe conferatur, priuilegium fuit semper & erit, hoc enim inter priuilegium & beneficium Principis (vt mea fert opinio) solum interest, quod priuilegium, nomen sit specialius, magis quae restrictum, beneficium autem, multo generalius, si enim exempli causa, gratia aliqua conferatur, a Rege nostro Philippo, in quantum rex est, in derogationem alicuius legis scriptae, priuilegium & beneficium Principis erit, quare cum ea omnia concedit, quae iure communi non licent, ob iustam aliquam (quae subest) circumstantiam, & priuilegium & beneficium Principis propriissime, sine

sine dubio vocabitur, beneficium autem hoc amplius habet, ut significare propriè etiam possit, quæ cõcedi solent à principe, in quantum Princeps etiam est, sine alicuius legis derogatione, vel quæ ab eo cõferuntur, tamquam à privato. Si enim præturam alicuius civitatis, si consulum, aut præfecturam, & reliqua huiusmodi, in personis aptis, lege ordinaria, conferat, sitamquam priuatus, ex proprio suo patrimonio, aliqua dona concedat, beneficia hæc omnia rectissimè nũcupabuntur, priuilegia autem nõ sic, prout (domino dante) aliquando accuratius comprobabimus: ea autem semel cõcessa, sine iusta causa reuocari, naturæ lex & civilis, quib⁹ Principes teneri, vere docuimus supra, nullo pacto permittit. l. 5. C. de reuocandis donationibus cum alijs.

39 Vnde infertur quarto, falsam esse eam distinctionem, quam ex Innocentio, Abbate Cardinali. Antonio de Butrio, Ancarrano, Lapo & Romano comprobat Philippus Decius. in cap. quæ in ecclesiarum. num. 96. de constitutionibus. dicentem, quod, vel is, cui priuilegium conceditur, subditus est Principi, vel nõ, nam si subditus est, potest Princeps, ab illo, pro libito suæ voluntatis auferre: si autem extraneus, nequaquam: sed improprie omnes, nam cum in utroque æqua legis naturæ, & recte ac politicæ rationis versetur ratio, æqua debet

versari iuris dispositio, ut passim iura docent.

Et cum in supremo principe hæc necessariò procedant, procedent etiã à fortiori in alijs inferioribus, in Ducibus videlicet, Marchionibus, Comitibus, & alijs nobilibus, qui vel legum secularium, vel ecclesiasticarum concessione, vel ex iure consuetudine legitimè præscripto, potestatem & iurisdictionem habent, in subditos, hi enim, postquam illis aliqua, vel iustitiæ vel gratiæ, liberaliter contulerunt, adimere sine iusta causa non poterunt, vnde si in his officijs (quæ Hispanæ Regimietos, Varas de Alcaydes, o Escruanias vocantur, & alia quæ annuatim biennio vel triennio, in his dominorum oppidis, communiter solent concedi) aliq^{ue} personæ eligantur, deponi durante tempore primæ concessionis non poterunt: si forte, ex accidente illæ non fiant inhabiles, ex quo tandem nascetur, eos qui nominandi seu ut magis communi, minus tamen proprio vtamur vocabulo, præsentandi habent potestatem, vel ex priuilegio, aut sua vel maiorum suorum antiqua loci pij fundatione, ad beneficia, & præbendas quascumque, siue in ecclesijs, siue in collegijs, postquam semel illas contulerint, pœnitendi & reuocandi eas, simpliciter, vel per secundam in alios concessione, omni iure carere: cum ad inferendam iniuriã, naturali, diuino, civili & canonico

fue-

fuerint & sint semper impediti, iniuriã, enim facit, qui ius semel iuste concessum, cum alterius tertij præiudicio, sine iusta & rationabili causa (quæ cum iustissimè non probetur, in eis abesse præsumitur) adimit, vel contulit adimere.

40 Ex quo inferes quinto, si eam non videri, doctrinam Baldi, in l. qui se patris. ad medium. C. vnde liberi. afferentis, quod si ius quæsitum sit ex concessione, & priuilegio, quod non transit in contractum libere potest reuocari (vocat priuilegiu ex contractu, quando mediante pecunia, a reatim redempatione obtentum est, siue reuocari ex contractu quæritur iusta tolli non posse docet, quem sequitur Paulus Castrensis, in l. 200. & 209. colum. fin. & consil. 56. colum. 2. in fine. & latius colunt. fin. lib. 1. Parpalius in l. placet numer. 2. C. de sacrosanctis ecclesijs. Cardin. in cap. nouit in principio & ibi Abbas, num. 23. de iudicijs. Crotus in cap. 1. de constitut. Cattellianus Cotta. in memorabilibus iurif. verbo. Princeps. el. 1. Aymon Crauetta tractat. de antiquitate temporum. 1. par. num. 55. & 56. sed omnes malè, cum ius quæsitum, ex priuilegio cum contractu, vel sine illo, ius sit quod sine iusta causa ablatum, in iniustū redditur, per supradicta.

41 Vnde sextò cõsequitur falsum videri Bartolũ, in l. prædia. C. de locatione prædiorum civilium. lib.

11. tenentem, quod Princeps, potest rem vni concessam tollere, & alteri donare, adiecta clausula (non obstante tali concessione) sequitur l. 10. in l. fin. ff. de pactis. Curtius Junior. in l. hæres absens. ff. de iudicijs. Abbas. consil. 93. volumine secundo, Alexand. consil. 30. versicul. sexto. accedit. & consil. 23. volum. quinto, Antonius Corseus: vocans notabilem in singularibus suis. verbo. Princeps et tertio, sed iniuste omnes, cum clausula illius adiectio (concessione prima non obstante) secundæ iustitiæ vel iniustitiæ mutare non possit. Vnde reprehendus est Barbacia, qui in cap. fin. numer. 34. in fin. de officio delegati, Principem posse addere contractui, vel concessioni præcedenti, aliquas conditiones, secundam suam voluntatem opinatur, quem sequitur Andreas de Barulo in l. qui fundus. C. de omni agro deserto. lib. v. decimo.

42 Septimò deducitur, improbabilem reddi, Parisij sententiam. consil. 1. num. 38. & sequenti volum. 4. dicentem, quod si princeps, directò non possit tollere ius à subditis, possit tamen per indirectum iubendo, vt si temptant, non audiantur à suis magistratibus & officialibus, sequitur Carolus Ruynus, consil. 123. volumine quarto, sed vtique sine ratione, nam cum in utroque casu, ius auferatur sine causa, quod iniustū

P est,

est, nō magis in vno, quā in alio potuit natura & regnum Principi potestatem & licentiam tribuere.

43 Ex quo inferitur Octauo, minus rectam esse Ruyni traditionem. consi. 7. & 95. numer. 1. & 9. consil. 154. libr. 1. dicentem, quod et si Princeps, prauidicare non posset subditis, in iure quæsito, posset tamen prauidicare in iure quærendo, sequitur Vicentius Godeminius, in additionibus, ad Franciscum de Aretio in c. de probati litera. a. Socinus consi. 25. nu. 11. & 12. libr. 2. Paulus Parisius consi. 1. nu. 60. libr. 1. nam cum prauidicium, etiam iniure quærendo, si sine causa fiat, damnū iniuste afferat, & ad inferendā iniustitiā, Princeps nullo casu facultatē habeat, nō est quare
44 de prauidicio in iure quæsito, aut quærendo, distinctio assignetur.

Quare nōdē culpandus videtur Accursus. qui in l. 2. §. si quis à Principe verbo impetrauit. ff. ne quid in loco publico parum prauidicium Principem posse inferre docuit, & sic rescripta, cum incommo alieno, si paruum sit, obtineri, & impetrare posse: quod repetit in l. seruitutes. 14. §. publico verbo incommo. ff. de seruitutibus. & in l. sed cum ab hærede. 12. glossa alterius. ff. ad Trebellianum. & in l. nec auus. C. de emancipationibus liberorum. Sequitur Bartol. in l. final. C. si contra ius vel utilitatem publicam. notabilem doctrinam vo-

cat Iaso. in l. quoties. numer. 4. C. de præcibus Imperatori offe- rendis. Alexand. in l. 2. §. si quis à Principe. ff. quod quisque iuris & cōsilio. 225. columna. 5. libr. 2. resoluit ex Butrio, Imola, Abbate, Felino & Decio, Tiraquel- lus in tractatu. de iudicijs, in re- bus. exiguis ferendo. num. 70. no- uius Pinelus receptam vocans pri- ma parte rubricæ de rescind. ven- ditione numer. 8. & pluribus in eam sententiam congestis Mie- res in tractat. de maioratibus His- panie. prima parte. quest. 3. num. 7. sed omnes isti, in veritate hu- ius doctrinæ apertè falluntur, cū quia ad textum. in. dict. l. 2. ff. ne quid in loco publico, quo fundan- tur qui de modico prauidicio, nul- lum verbum facit, est prorsus di- uinatoria, tum, quia iustitiam sic in paruis, sicut in magnis, etsi dis- pari culpa, violari certum est, quia iustitia, vt ex Aristotele lib. 5. Ethi- corum. constat, nil aliud est, quam equalitas, cum autem sit prauidi- cium, etsi paruum, est inequali- tas etsi parua, ac proinde parua iniustitia, ad quam etsi minima sit, Principem facultatem non habe- re latè supra probauimus. Quare cōtra hos omnes aliter dicendum est, quod videlicet Princeps, non possit concedere rescriptum, in ali- cuius detrimentum, nec paruum nec magnū, sicut quicumque pri- uatus, quia sua iurisdicatio, ad hoc nō se extendit, nec potest extendere
45 Nec

Nec obstat textus. in. dicta. l. 2. §. si quis à Principe. Vbi Vlpianus docens, quod si aliquis, impe- tret à principe, facultatem ædifi- cādi in loco publico, intelligitur ea facultas concessa, ne ædificet, cum incommo alicuius, statim sub- dit hæc verba (nisi forte hoc impe- trauerit) ex quo sequitur impetra- ri posse à principe rescriptum, etiā si damnū alterius contineat. Nam respondemus, quod ibi Vlpianus solum meminit impetrationis à Principe cum incommo alte- rius, ad hunc finem, vt contra ædi- ficantem in loco publico, pœna illius edicti (ne quid in loco publi- co) exerceri non possit, an autem rescriptum illud, iustum sit vel in- iustum, in dubio & ambiguo reli- quit, vt si ex iusta causa, & cum sa- tisfactione læsionis, Princeps id concedat, iusta dicatur concessio, causa autem & satisfactione defi- ciente, dicatur iniqua. Sic enim illū textum, interpretatur Pinelus. in d. l. p. rubricæ. de rescind. nu. 8. in cuius principio, nouiter & eleganter à se iactat inuentum. Sed mihi pla- cere non potest eius respōsio, cum, quia contextui quem explicat, mi- nimè quadrat, tum etiam, quia si- ne aliqua satisfactione, & compen- satione damni, quod intulit, iuste potuit Imperator, secundo rescri- tum concedere, vt ex infra dicēdis apparebit.

Quare studiosus iuris peritus, qui hæc alius velit intelligere,

animaduertere prius debet pro- positum & intentionem iuris con- sulti Vlpiani in ea lege, & scopum ad quem suum diuigit com- mentarium: is autem erat, inter- pretatio edicti prætorij, de loco publico, ne videlicet priuatus, ædi- ficaret, vel destrueret aliquid, in loco publico, quo Respublica, Princeps vel priuatus alter, in commodum pateretur, & cum Vlpianus iam proposuisset edi- ctum, in principio. l. 2. quod sic se habebat (nequid in loco publi- co facias, qua ex re, quid illi dam- ni detur, præterquam quod lege, se- natus consulto, edicto, decreto ve principum, sibi concessum est, de eo quod factum erit, interdictum dabo.) & explicasset postea, morē suū & institutum sequutus in. §. se- quentibus utilitatem edicti, & eius interpretationem, declarando, quid locus publicus esset, & ad quæ loca publica edictum spectaret, & quid appellatione facti, & immis- si contineretur, & quid tandem quod damnū diceretur afferre, aggreditur in. §. si quis à Principe, explicare exceptionem regulæ ge- neralis & communis, qua in loco publico ædificare est prohibitum, ea autem est, quod si Principis de- creto, seu rescripto id imperetur valeat, nec interdictum locum ha- bere possit, quamuis damnū sen- tiat tertius.

Secundo iuris peritus aduertet, quod in casu istius textus, dam-

num quod tertius sentit, non est in rebus proprijs & patrimonialibus, quasi dicat Ulpianus, Imperatorem, eas illi auferre posse: Sed in publicis, quorum pars aliqua, priuilegio speciali, illi fuerat concessa, etsi opponatur, quod secundum opinionem nostram, nec priuilegium semel concessum, possit iterum iuste reuocari: respondemus, quod Imperator, non adimit priuilegium primo, concedendo secundo, facultatem edificandi in loco publico, etiam si primo detrimentum inferatur, nam detrimentum hoc, non consistit in eo, quod auferatur primo pars loci publici assignata, nam ea, sine causa tolli non potuit, secundum nostram sententiam, sed in eo tantum, ut eandem quam antea non habeat in prospectu vel aditu, vel re alia simili, utilitatem, quia videlicet, prospectus ex altiori secundae domus edificatione, deterior & obscurior reddatur, vel aditus angustior, ut constat ex eodem Ulpiano, qui in. 5. merito. supra praecedenti. damnum priuatis inferri poterat, in his quae modo diximus, retulit, & quamuis amittere hanc utilitatem damnum sit, respectu illius, qui ea non fruitur, ut idem Ulpianus in eodem. 5. docuit, respectu tamen Principis, qui illud intulit, dando secundo priuilegium, damnum vocari non potest, si damnum pro iniusta ademptione sumamus, quia nullam iniustitiam

admisit, concedendo secundo facultatem sic aedificandi, ut primus damnum sentiret. Iniustitiam autem ea ratione non admisit, quia nihil primo iniuste abstulit, non autem abstulit aliquid, quia a principio, cum edificandi priuilegium concessit, non ita concessit, ut sibi manus (ut ita loquar) ligaret, ad non concedendum secundo, etsi prospectus suus, vel aditus, vel aliquid aliud simile, deterioraretur. Concessio enim prima, solum eum effectum est operata, ut liceret priuato, edificare in loco publico, sine poena, non autem potuit sic simpliciter tributa efficere, ut pars alia eiusdem loci publici, alij non concederetur, eo modo, quo teipublicae administratori, & bonorum communium distributori (quem iuste distribuisset semper est praesumendum) placuisset. Si autem ex hac secunda concessione, primus damnum sensit, vel laesionem, non Principi, qui ad disponendum de loco publico, liberam habet a populo potestatem, nec primo aliquid iniuste abstulit: sed rei & loci naturae, qui hac conditione tacita assignatus est, & sibi qui altius non aedificauit, sic ut nullum postea damnum experiretur, tribuere & referre debet: quod vno exemplo volo distinctus explicare. Ponas verbi gratia, quod cum nobilis adolescens, Salmanticam ad studendum accederet, illi partem

quan-

quandam meae domus, ad habitandum, praecario concessi, si enim aliam partem, sutori, carnifici, vel fabro dedi ad habitandum similiter, quamuis ille, ex horum quodammodo societate, in honore laesionem, & in studijs ex malleorum strepitu, sentiat detrimentum, non per hoc, dici ego possum illi damnum intulisse: nam quamuis ille sentiat damnum, respectu sui, in eo quod utilitas, quam ex libera domus habitatione percipiebat, sibi minuatur, non tamen respectu mei, qui nihil illi proprium abstuli, damnum (prout iniusta est laesio) dici potest. Nam ut optimè Iurisconsultus Paulus docuit. in. l. 193. ff. de regulis iur. is solum damnum facit, qui id facit, quod facere ius non habet, quod in me qui praecario concessi, & in Principe, qui loci publici partem alicui distribuit, verificari non potest, ex contractus & concessionis natura, quorum hoc proprium est, ut illa postrema, sine iniustitia efficiantur. Hoc exemplum praecarij, non accomodo ad concessionem & priuilegium loci, sed ad utilitatem, quam primus ex libero prospectu & amplo aditu, ad domum habebat, quibus, ille cum veluti praecario illis uteretur, per secundam concessionem priuatur, sicut scholari, praecario utenti, libera domus habitatione, illi ea commoditas per concessionem secundam, sutori vel fabro facta adimi-

tur, & sic textus ille intellectus non fauebit communi, nec nobis nocere poterit, quem memoria notabis.

Decimo ex eadem resolutione 46, inferitur, errasse Curtium iuniorem: intraetat. feudorum 3. part. quest. 30. & consi. 1. num. 32. quem sequitur & male Gratus. consi. 9. nu. 171. lib. 1. Rollandus consi. 3. num. 112. Parisius consi. 4. nu. 42. lib. 1. Decius consi. 269. nu. 7. col. 4. & sequenti. & consi. 390. nu. 10. cum sequenti. Aymo Craueta. consi. 135. nu. 22. affirmantes, posse Principem supremum, ex libera sua voluntate, proprio rescripto seu priuilegio, foeminas ad feudum admittere, quamuis ex contractu feudali, cum Principe celebrato, conventioni illi lex fuerit imposita, qua foeminae a successione eius feudi arceantur, quod facere posse aiunt, etiam si sequatur praedictum graue masculorum, expresse vocatorum ad eius successorem, quod adducta a nobis nullo pacto permittent.

Vndecimo nota, falsam esse Iacobum 47, de Bellouiso sententiam, in authentico quibus modis naturales efficiantur sui. 5. qui collatione. 7. tenentem, quod etsi Princeps, vel Imperator, non possit legitime filios spurios, cum adsint legitimi, possint tamen, si apponant in rescripto legitimationis, clausulam (non obstante) vel (de plenitudine potestatis) sequitur Salicetus in authentico in quibus. C. de naturalibus

liberis. Iacobus Albarotus in cap. naturales. ff. de feudo fuerit contro uersum, inter dominū & uassallū. Alexander. l. ex facto in principio ff. del vulg. & pupill. & confi. 187. col. 6. in fi. volum. 5. quam dicit communem Iaso. in. l. Gallus. 5. & quid sitantum num. 96. ff. de lib. & posth. nec obstat eorum fundamentum, de textu in. l. 2. ff. de natalibus restituendi. ubi Martianus Iurisconsultus, cū de restitutione natalium, in libertis loqueretur, perquam adimitur ius patronatus, & sic ius operarum, & partis bonorum, in successione, patronis, dicit quod non solent facile Imperatores, libertos natalibus restituere, nisi consentiente patrono, per quod videtur innuere, Imperatores etsi raro, posse tamen priuatorum ius adimere: nam quod vix fit, tandem fit, ut in cap. 2. de cognitione spiritali. li. 6. nam respondemus, quod Iuriscō sultus non dixit, iuste posse Principem, inuitis patronis, natalibus libertos restituere, & sic illis ius patronatus adimere, cum contrariū prorsus, non solum patrono inuito, sed eius filio, qui remotior est, in hoc iure, responderit Paulus. in. l. nec filio. 4. infra eod. titul. sed id tantum, quod nisi consentiente patrono, nō solent facile Principes, natalibus restituere: quasi clariū diceret Martianus, non facile, sed legitima urgente & necessaria causa existente, solitos esse Princi-

pes, inuitis patronis, natalibus libertos restituere, hoc enim significat, verbum illud (non facile) id est non passim & temere, sed cum praua causae consideratione, ut in non dissimili proposito, optime declarauit Accursius. in. l. si adulterium. 38. §. liberto. verbo non facile. ff. ad. l. Iuliam de adulterijs. Si enim alter esset Barbarus Philippus, vel alius qui quondam floruit Mycithus prudentia & cōsilio ad regendam rempubl. clarus, proculdubio, etiam si inuitus esset patronus, posset à Principe natalibus restitutus, tractandis reipublice gubernaculis præfici. sed quia hoc non facile contingit, idcirco non solent facile Imperatores, libertos sine consensu patroni natalibus restituere & sic notandus erit Abbas Panormitanus confi. 84. num. 6. volum. 1. ubi communi errore deceptus ex illo textu colligit, posse Principem ius tertij tollere in successione, idem tenuit Antonius de Butrio in. c. per venerabilem. 21. colum. versi. 2. queritur qui filij sint legitimi. Ioann. Andr. in additionibus ad Speculatorem. rubrica de successione ab intestato. Anton. de Rossellis. in tractat. de legitimat. folio. 48. versiculo modo videamus. Paulus de Castro confi. 221. & 225. super. 1. dub. 3. col. Alexand. confi. 167. colum. 5. volum. 1. Nicolaus de Vbaldis in tractat. de successio. ab intestato. fol. 18. versiculo requiritur

tur secundo. Sed id minus bene assertū esse colligitur ex ante dictis. 48. Ex quo nascetur duodecimo, falsam esse Baldi distinctionem, in. l. cum filius. ff. de testamento milit. & in. l. 1. in final. ver. C. de iure annullorum aureorum. & in. l. 2. in fin. C. de iuris & facti ignorantia. dicentis, quod post mortem patris naturalis, vel adita est hereditas, à legitimis hæredibus, vel non: primo casu, putat legitimationem in eorum præiudicium non posse concedi, secundo autem casu, quod sic sequitur Salicetus in. l. item si quis. C. de naturalibus liberis. Iaso in. l. qui se patris num. 15. C. vnde liberi. Alexander consilio. 2. visis codicillis. num. 46. volumine. 1. Decius consilio. 397. num. 4. & 393. num. 5. & confi. 425. Præpositus in cap. per venerabilem. 5. quod autem num. 26. Felinus in c. quæ in ecclesiarum num. 49. de constitutione. quorum ratio principalior est, quod difficilius tollitur ius quæsitum, quam quæredum. l. patre furioso ff. de his qui sunt sui vel alieni iuris. l. Si sponsus. §. maritus. ff. de donat. inter virū & vxorē. Sed minus apta certe, nā ea tantū probat, quod quæsitū in actu, difficilius tollitur, quā quærendū in potentia, non tamen, quod vnū vel aliud adimipossit sine causa & iuste simul. Ut rectius illis intuenti satis manifestò constabit. 49. Decimo tertio notandus erit Bartolus. in. l. Gallus. §. & quid sitan-

tum num. 14. quem sequitur Paulus, Alexander, Iaso & communis, agnoscens enim, Principem debere, quando concedit legitimationem alicui, vocare specialiter eos, de quorū præiudicio ibi agitur, ut consentiant vel dissentiant, dicit simul, hoc omitti posse, si Princeps velit, dando prius in Principe potestatem, ad solū quod potest, iustum videlicet, & postea tribuendo facultatem, ad id quod ille pro suo libito vult, quod falsum est, nam in Principe non sunt due potestates, vna ad iustitiam, & alia ad voluntatem: sed vna simpliciter ad iustitiam, quam solum habent, & quam velle solum debent, & voluisse semper sunt censendi, ex supra adductis: quo errore videtur deceptus Emanuel Costa in eodem. §. & quid sitantum. 2. part. num. 138. quem latius nō placeat confutare. ne in immensum nostra crescat disputatio. 50. Decimo quarto inferitur, ex eadem resolutione, absurdam videri, debiliq; ac prauo innixam fundamentō, eiusdem Baldi opinionē. in. l. impetrata num. 10. C. sententiam rescindi non posse. dicentis, Principem posse tollere à priuatis hominibus, dominium quæsitum iure ciuili, ut sententia, vel præscriptione seu vsucapione, quem sequitur & male Angelus. in. l. cuius. ff. de euetionib. Paulus Castrensis in. l. 3. colum. 1. ff. de testamentis. & in. l. cum hære-

des. in principio. ff. de acquirend. possessione. Cassaneus cōsi. 66. nu. 60. Matth. de Afflictis. decisio. 128. nu. 11. & 13. Decius. Calderinus & alij. relati à Tiraquello. in tract. de iure constituti possessorij. 7. limitatione. num. 48. nam cum Princeps, non habeat maiorem potestatem, ad eneruandam virtutem legis positivæ iustæ, & tollenda ea, quæ ex tali iure sunt sequuta, quæ ad eneruandum vel tollendum ius immutabile ipsius naturæ (vt diximus) sic tollere non poterit dominus, quæ situm ex iure civili, sicut nec illud, quod iure gentium seu naturæ, verè alicui competit, quidquid isti patres contra senserint, præcipuè si advertas, quod regulariter, cum quis efficitur dominus civiliter, effectus est dominus naturaliter, quamvis per medium iuris civilis, quod ipsi etiam fatentur Principem tollere non posse.

51 Ex quo infertur decimo quinto, deceptum videri eundem Baldum, in l. qui se patris num. 34. C. unde liberi. vbi regum potestatem extollens, tantam esse ait, vt ceterorum dominorum, subditorum suorum afferat iurisdictionem posse suppressere, non solum singularium personarum, sed & civitatum & communitatum, quæ sequitur Georgius Natta. consil. 635. nu. 54. Franciscus Mancica. tract. de coniecturis vltimarum voluntatum. lib. 3. titulo. 1. num. 32. quæ opinio confunditur ex supradictis.

Decimo sexto deduces, eadem ratione deceptum fuisse Alexandrum Imolensem in. l. 3. §. is pro quo num. 4. & 6. ff. quod quisque iuris. & in. l. Gallus. §. & quid sit tantum. vbi intellige istam conclusionem. ff. de liberis & posthumis. existimantem, posse Principem, tollere subditis suis omnem actionem vel exceptionem peremptoriam, descendantem ex contractu, quia vt (ipse ait) actiones & exceptiones de iure civili sunt, quod non solum in partem, sed in totum Princeps mutare vel tollere (prout voluerit) potest: non advertens, ad iniuste tollendum ius positum, Principes à Deo, vel à populis seu gente sibi commissa facultatem non habere, præcipuè cum tam clarè, ius naturæ simul cum civili perueritur, dictas nemini sine causa ius suum esse auferendum. c. cognoscetes de constitution. ca. humanum genus. dist. & Salvatoris nostri præceptum doces, vt omnia quæcumque voluerint sibi fieri, ab omnibus, & hæc illis eadè faciant, Matthæi. cap. 7. quod confirmat Diuus Augustinus. lib. 19. de civitate Dei ca. 14. nec actiones esse de iure civili, aliquid illius opinioni opitulabitur, nã quavis actio solennis, seu formula certa, quæ quondam præscripta erat à Romanis, ad contractuum implementum, de iure civili sit, vel saltem fuerit, nam illæ contraria lege in usu esse iam desierunt, petitio tamen debiti sim-

sim-

simplex, seu potestas ad petendum, non à iure civili, sed à natura ipsa, quæ dicitur fidem & pacta servari, & nulli debitum suum iniuste detinendum, originem & ortum habet, quamvis Alexandrum sequuti, contrarium voluerint. Decius. consil. 198. & 252. in fine. & 269. Curtius iunior. consil. 1. & 138. & 174. vbi dicit communem. Gozadinus. consil. 5. num. 17. Marianus iunior. consil. 92. vol. 2. Cassaneus consil. 66. nec minus errarunt Angelus, Aluarotus & Socinus qui eos sequuntur. consil. 87. num. 13. dicentes, Principem, sine causa, sed solum de plenitudine suæ potestatis, feudum adimere posse à feudatario, quod falsum est, & si id confirmet Iacobinus de sancto Georgio, in practica feudorum, in principio. Gozadinus consil. 8. nam in feudi concessione, interuenit quidam contractus, quo feudatarius, ad seruendum domino, dominus autem, ad non auferendum vassallo feudum, sine causa, mutuo vinculo vel expresse, vel saltè tacito se obligarunt, quicquid voluerit Lucas de Penna in. l. Prædium domus. C. de locatione prædiorum civilium. lib. 11. vbi. num. 6. comparat, malè tamen & sine consideratione, feudum concessum à Principe, cum contractu precarij, celebrato à priuatis, quod iuste potest reuocari à concedente, quando cumque placuerit, dubium non est ex. l. 1. cum sequentibus. ff. de precario.

53 Decimo septimo infertur, iuridicam non esse, Cagnoli traditionem in proemio. ff. veteris. num. 42. afferentis, quod Princeps, quamvis de plenitudine potestatis, non possit tollere rem suam alicui priuato simpliciter, pro libito voluntatis, possit tamen tollere, data compensatione: sequitur Decius in. ca. quæ in Ecclesiarum. num. 25. de constitut. Bello. consil. 2. num. 9. sed falso omnes, cum in illatione violentiæ cures adimitur ab inuito, Princeps iniustitiam admittat, ad quæ facultatem non habere colligitur ex superioribus, præcipuè cum tollat interesse voluntatis, quod non esse spernendum quotidiano omnium experimento constat, & probatur ex. l. final. ff. de usu & habitatione, quæ notat Bartolus, in. l. filius qui patri. num. 4. ff. de vulgari. glossa & Paulus in. l. cum seruus. ff. de conditione ob causam, & Sacrarum literarum exemplo potest confirmari. 3. Regum. cap. 21. quo constat, Achab Regem, adimendo vineam subdito suo Naboth, quamvis compensationem dedit, iniustum fecisse, si quidem ob illud factum, is & eius vxor Iezabel illi consentiens puniti traduntur.

54 Decimo octauo deducitur, falsam esse Baldi distinctionem. in. l. 2. §. is pro quo. ff. quod quisque iuris. dicentis, quod & si Princeps non possit tollere defensionem in criminalibus, sine causa, possit tamen tollere in civilibus, quam summè

P 5 com-

cōmendat Curtius in l. admonendi. nu. 327. ff. de iure iurando. Mattheus de Afflictis. decisio. 391. n. 9. & in c. i. n. 77. qui success. teneant libr. 1. feudorum. Decius. in rubrica de appellationibus. numer. 10. vers. 6. Felin⁹ & alij relati ab Hypolito de Marsilijs. in l. vnica. nu. 170. C. de raptu virginum. Sed perperā omnes, cum ratio quæ est in impotentia, ad adimendam defensionē sine causa in criminalibus, fuga videlicet iniustitiæ, eadē prorsus versetur in civilibus, quare idem ius non autem diuersum statuendum esse, docent iura vulgata.

Decimo nonò colligitur, minus rectè existimasse Antonium de Butrio. in c. 1. de probationibus. 2. notabili. Imolā. 3. Abbate Aretinū & reliquos, quam cōmunē vocat Decius. num. 7. tenentes, quod Princeps, & si teneatur, ex contractu naturaliter, non tamen tenetur civiliter, quod in emptione & venditione dixit Fulgosius. cōsilijs. 3. Lucas de Penna. in l. prædij. C. de locatione prædiorum civilium, in stipulatione Fortunius, in hac lege prima pagina secunda. colu. 2. vers. 1. Sed ego ubi tenet, quod si Princeps fecerit stipulationem, nō tenebitur actione ex stipulatu, sed actione simplicis conventionis, nā hæc actio, simplicis conventionis (inquit) fundatur in æquitate naturali, actio autem ex stipulatu, in lege civili, quæ subiecta est Principum potestati, sed male. (ni

fallor) omnes, quia non versatur minor æquitas naturalis, in eo quod Princeps subijciatur suæ legi, sicut quilibet subditus, cum est in eo eadem ratio quæ in subditis, quàm quod pacta simpliciter feruet, imo in primo casu, magis stringit ius naturæ, cum ex legis violatione, maiora redundent in rempublicam detrimenta, quàm ex secundo, in quo priuata tantum incommoditas potest considerari. Verum igitur erit, Principem suis legibus teneri, vt quemcumq; priuatum, ac proinde, si stipulationem ritè celebret, dari poterit actio ex stipulatu, ad eum compellendum, sicut contra ceteros subditos, cum eadem in utroque iustitiæ versetur ratio.

Ex quibus omnibus, nascitur vīgissima conclusio, Principes videlicet, & Reges omnes, ad faciendā suā testamenta, ea solennitate teneri, quam eorum vel suorum Regnorum leges postulauerint: quæ si contra fiat, irrita in fore, civiliter & nulla erunt existimanda, ac proinde, ex illis nulla orietur actio, nisi derogatio specialis legitimæ solennitatis, in testamēto facta reperiat: tunc, a virtute derogationis specialis, causa iustā faciendi restituitur, præter cōmunē formā, præsumit debet: si autē illa absit vel doli vel fraudē, vel alias machinationes quæ in priuatis considerant, in factioe testamēti intercessisse, rectissimè nasci potest suspitio: quæ recitioribus exem-

exemplis possemus comprobare, quæ modo omittimus, vel saltem licebit, expressam assumere coniecturā Regiæ voluntatis, cum enim formam debitam & præscriptam a legibus (quibus tenebatur) cum facile posset adijcere, non adiecit, actum frustratorium voluisse facere, non sine ratione est præsumendum, tametsi non nulli, liberam Principum potestatem augentes plus iusto, contrarium asserant, vt constat ex Paulo Castrensi. in l. si quis Imperatorem. C. qui testamēta facere possunt. & in l. omnium num. 2. C. de testamentis. Alexander in l. Centurio. num. 26. C. de testamentis, Ruyno. cons. 126. num. 14. vol. 1. & cons. 23. num. 1. vol. 2. Alciato. cons. 33. num. 3. libr. 6. & probare videtur Couarruias. libr. 1. practicarum. cap. 37. num. 1. ad finem refert etiam Baldus in l. Sancimus nu. 6. C. de donation. se recordari, quod Bartolus & Franciscus de Pisis, in testamento, quod fecit, quidam de Vrsinis, in quodā Castro, in quo habebat merum & mixtū Imperium, & omnimodam iurisdictionem, consuluit, illud testamentum valere, ac si esset apud superiorem insinuarum, sequitur Alexander, in l. omnium num. 8. C. de testamentis. & cons. 17. num. 8. vol. 2. quorum omnium fundamentum est, quia videlicet Princeps solutus est legibus civilibus. l. Princeps. ff. de legibus. cum alijs, quarum rationē cum exactius iam su-

pra, in solutione Sexti argumenti explicauerim, nunc super sedendū duxi earum tractationi.

Vigésimo primò natabis, hæc omnia non in secularibus solum potestatibus, sed & Ecclesiasticis etiam procedere: sic vt episcopi, & summus omnium Præsul & Pontifex, nihil de potestate ordinaria & absoluta (vt ipsi dicunt) efficere possit, quod iuri naturali & diuino optimisque constitutionibus Ecclesiasticis, vel suis vel antecessorum, vel conciliorum generalium, aliquo pacto contrarietur. Vnde falsa erit glossa finalis, in capit. per principalem. 9. quest. 3. dicens, Pontificem posse sine causa, remouere quæquam a suo beneficio, quem sequitur Antonius de Butrio, in cap. cōstitutus de religiosi. domibus, & nō solum quemcumque beneficiatū, sed Episcopum vel Archiepiscopū posse priuare suis episcopatibus ex eadē adnotarunt & defenderunt Panormitanus, Imola, Cardinalis Florentinus, & alij relati à Iasone, qui eandem opinionem tenet, in l. Barbarius Philippus. numer. 43. de officio Prætoris. & à Felino in cap. quæ in Ecclesiis. num. 42. de constitutionibus. Archidiaconus in tractat. suo de hæresi vers. 6. & quia tanta est præminentia. Dominicus in cap. i. vers. ad. 1. dicit, distinctione 10. Selua tractat. de beneficijs. par. 5. q. vltima. Bertrandus, qui communem dicit hanc opinionem cons. 15. vol. 1. sed quam rectè ex his quæ

nos adduximus supra, bellè colligi potest, non enim dedit Christus (ex quo solo Ecclesiastica manavit & manat potestas) Petro & suis successoribus facultatem, nisi ad pacendum seu rectè gubernandum gregem, non autem ad necandum & dissipandum, ut isti doctores in manibus moti rationib⁹ (quasi iam latè confutabimus) irrationabiliter existimarunt.

58 Vigesimo secundò deduces, de ceptū videri Paulum Castrensem, conf. 287. & conf. 414. vol. 1. afferentem, quod Papa tantum potest in bonis Ecclesiarum, ut sine aliqua causa, possit auferre vni ecclesie dominium, & tribuere alteri, cui adducta à nobis expressò repugnant, ex quo tandem, ut iam finem dicendi faciam.

59 Vigesimo tertio subinfetur, opinionem illam communem, de qua testatur Boerius, conf. 16. num. 27. quæ tenet, dispensatum in non residendo, in suo beneficio absque aliqua causa rationabili, in foro animæ ad nihil ex fructibus restituendum, tutum esse, sicut nec dispensantem, veram non videri, sed falsam: cum dispensatio sine causa, potius dissipatio appellari debeat, ad quam Pontificem à Deo potestatem non habere supra docui.

60 Vnde vigesimo quarto, tandem & finaliter notabis, privilegium illud, quo asserit munitos esse, Francorum Reges Cassaneus, in consuetudinibus Burgundie in proce-

mio verbo Dei Sainct empire. num. 36. quod videlicet, nec à Canone nec ab homine, nullo unquam tempore possint excommunicari, vel numquam concessum esse, vel si concessum, perinde valerè, ac si à privato homine obtentum fuisset, cum ea concessio, rectè reipublice Christianæ administrationi (ad quam solum Pontifex habet potestatem) palam aduerfetur, cum manifestà tribuat delinquendi occasionem, non recognoscendo Pontificem, ut superiorem, ad quod de iure diuino, Reges & Imperatores tenentur.

Quæ omnia corollaria, cū causa publicè utilitatis nō subesse certò constet, intelligenda sunt.

In dubio verò casu, cum causa & ratio, quæ Pontificem vel quemlibet alium Principem, ad hæc efficienda mouerunt, non apparuerit, in foro exteriori adesse & iustà præsumi semper debet, quidquid Iaso, Decius, Gratus, Alciatus & alij relati à Pinelo. vbi supra. num. 7. Parisius, Zalsius, Brutius, Ripa. Ruynus, Marianus, Bernardus, & alij relati, ab Antonio Gabriele. li. 3. de iure quesito, non tollendo. cōclusionem. 3. numer. 1. & ab Aymone Grauea. tractat. de antiquitate temporum. 1. part. numer. 29. & 38. contra senserint: in interiori autē quid possint, ipsi ex ratione nature addiscant, vel saltem ex his quæ nos supr. docuimus. de Principe enim iusto, cuius cor in manu Domini di-

citur

citur esse, iniusticiam suspicari, penè sacrilegiū mihi videtur, & probatur. in. l. 2. C. de crimine sacrilegij. pro ut supra exposuimus.

Addidi verbum (iusto) quoniā si iniustè soleat aliqua, vel imprudenter, vel malitia & certà scientia concedere, vel patrare, iniustū factum præsumere impiū non erit. Post quorum omnium tractationem, tempus iam erit, ut ad reliquas textus nostri partes explicandas veniamus.

S V M M A R I A A D Caput Sextum.

- 1 **R**epulsis Accursio & Bartolo, Intelligitur (versiculus) quid enim tā congruū est humana fidei.
- 2 Verbum (fides) in presenti qualiter, & pro quo accipiat.
- 3 Pacta seu placita de quibus hic Vlpianus, fidem, non vero iusticiam ut principale obiectū habent, & quantum apud Romanos, fidei observatio prævaleret, traditur.
- 4 Sex rationibus cōdeditur violationē promissionis præstita per fidem, esse periurium.
- 5 Quid sit iuramentum, quot & qualia bona asserat.
- 6 Quid periurium, & quæ in eo committantur peccata.
- 7 Fides, altera Theologalis, altera moralis est virtus, quarum violatio, quando periurij quando mendacij pœna promittentem astringat, traditur.
- 8 Variæ doctorem afferuntur opiniones. V. in casu dubio, fidei violatio periurium cōtineat, vel non, quæ tamen reprobat.
- 9 Adducitur distinctio, inter nobiles, & non nobiles, ut illi in dubio per nobilitatis fidem seu ingenuitatis, hi autem per Catholicam promittere videatur, nisi aliter vsus sit promittentis.

- 10 Intelligitur textus, in. cap. ad aures. de his quæ vi metus ve causa fiunt.
- 11 Afferitur intellectus ad textum, in. cap. peruenit, de fidei iussoribus, ad solutionem secundi argumenti.
- 12 Adducitur intellectus, ad textum, in. l. 26. titulo. 1. 1. part. 3. ad solutionem tertij. repulso Auendaño.
- 13 Contractus, qui iuramento firmantur, per fidem seu homagij interpositionem nō confirmabuntur, licet contrarium opinetur Baldus Peralta. & Padilla.
- 14 Adducitur intellectus ad textum in. c. iuramenti. 22. q. 5. & quæ sit differentia, inter fidem & iuramenti præstiti violationem, traditur.
- 15 Fidei violatio mendacij tantum pœna, nō vero periurij à iudicibus debet condemnari, aduersus communem, attendata tamen distinctione, de qua supra, in solutione quinti.
- 16 Intelligitur clausula, adiecta titulis Tabellionum, de bona fide, contractum celebrationi non opponenda.

C A P V T Sextum.

Quid enim tam congruum est humana fidei, quam ea quæ inter eos placuerint seruare.



BARTOLVS hic, sequutus Accursiū, glossa. inter eos, opponit Vlpiano, quod male fuerit loquutus, dicendo, nihil esse tam congruū humanæ fidei, quam ea quæ placuerint seruare, cum Deum colere, magis congruat, propter animam, quæ ex illo pendet, & rebus omni-

omnibus est iustissimè præferenda. I. Sancimus in fin. C. de sacrosanct. Eccles. cū alijs. quas ijdem fati impertinenter allegant hic. cui objectioni Respondent ipsi, dicentes, hanc Vlpiani loquutionem, hyperbolicā esse, id est excessum magnū habere, in exaggerādo, quæ figura solet esse latinitatis atq; eloquentiæ studiosis familiaris.

Sed certè si Bartolus & Accursi^o, eandē Latinam linguam meliùs didicissent, potuissent sine difficultate cognoscere, oratione hac Vlpiani perfectiùs constructa, & intellecta, illū noluisse tractare, de his quæ homini, ad animæ suæ salutē sunt magis necessaria, nā tunc verū dicerent, religionis virtutē (quæ est in obseruātia & cultu Dei) fide humana vel iustitia, in obseruatione pactorū, præstatiorem esse: hoc tamē nō solū nō dixit, sed nec cogitavit Vlpianus, cū proposito de quo tractabat, minimè posset conuenire. voluit enim solum ostendere, nihil ad fidem humanam conseruandam, magis spectare, quā placitorum obseruationem, quod idem est, ac si clariùs dixisset, nullo alio remedio, magis humanam fidem, seu veritatem custodiri, quam pactorum obseruatione: sicq; nullus erit excessus, nec hyperbolia in hoc sermone, cum verissimum sit, & propriissimum Vlpiani dictum, afferentis, nil tam congruere humanæ fidei, quam placita seruare. Nam si ad esse & conseruari vniùs

entis, nil tam congruum vel necessarium est, quā suorum contrariorum (quibus corrumpi post) fuga, vt naturales rectè docent, rectissimè dixit Vlpianus, docendo nil tā congruere humanæ fidei, quā placita seruari, cum nullo alio remedio, fides humana seu veritas, incolumis seruari queat, quam fugato mendacio, quod cum cōmittatur, in pactorum violatione, tamquam fidei humanæ seu veritati directò oppositum & contrarium, vt docet D. Tho. 2. q. 110. artic. 1. eam sine dubio corrumperet.

Humana autem veritas, de qua Vlpian^o. in l. nostra (si credendū est Tullio. lib. 1. officiorū. & 16. epistolarū familiarium. epistol. 406) ideò fides nuncupatur, quod ea fiat id, quod dictū est. Vnde & facta fides, iudici dicitur, quādo probat ei esse vera, quæ affirmata sunt, & hinc rubrica de fide instrumentorū. Quæ ratione, veteres illi Christiani, cū ea quæ de Christo, cōmētarijs Euāgelistarū promulgata, verissima ducebant, fidē appellarunt, vt ex D. Luca probat Alciatus. in l. si quis maior. ver. inuocato. C. de rāfact. hæc fides humana ab eodē Cicerone. d. lib. 1. officiorum. sic diffinitur, vt sit dictorum & conuentorū constantia & veritas. quod idem est ac si manifestiùs dixisset, fidem humanā, consistere principalitè, in adæquatione facti ad verba, seu in verificatione eius quod sit, ad id quod dictū est, si id quod dictū vel promissū est, re non

non attingit, sed solum personam, suam, vel illius officiū, quod locari nō solet, vel spectat solum, ad efficiendam veram, eam conuentionem, quæ de se dominium liberè non transferat, tunc huius promissi implementum, ad fidem principaliter pertinebit, nec ex eius violatione, iniustitia specialis sequetur: sed solum infidelitas, seu mendacium, si verò id quod promittitur, rem respiciat, quoniam ea liberè pronunciatum conferenda, tunc eius implementum, ad iustitiam proculdubio spectabit ex supra dictis, in questione de pacto nudo, & qui rei promissionem implet, iustus dici debet principaliter, & si de per accidens seu minus principaliter, fidelis dici possit, in quantum æquat facta cum dictis, quod obiectum est humanæ fidei proprium.

3 Nece Vlpiani verba, quibus dixit, nil esse tam congruum humanæ fidei, quā ea quæ inter eos placuerint, seruare, velim intelligas indistinctè, in hoc sensu procedere, vt in omni placito, & conuentione, fides principaliter, non verò iustitia consistat, vt dixerunt nonnulli: alienum enim est à mente Vlpiani, qui non solum non tractauit, sed nequè tractare potuit, de placitis & conuentionibus his quæ ad liberè res transferendas spectant, quarum promissionum obiectum, iustitiam esse sicut cæterorum æqualem tractationem, su-

pra probauimus, & constabit hoc lectori, qui omnes huius tituli leges per attentè euoluerit, & diuersum esse titulum de pollicitationibus. in Digesto (quod nouum vocant) considerauerit: cuius hæc propria materia est. Vlpian^o enim hic, solum dixit, quod humanæ fidei, nil est tam congruum, quā ea quæ inter eos placuerint, seruare: quod intelligestu (vt semper esse intelligendum iura docent) suppositis terminis habilibus, quando scilicet, ea quæ inter eos placuerunt, seu conuenta sunt, rei dationem & acceptionem non cōcernant, nec pertineant ad illa, quæ natura sua solent afferre interesse parti, quorum exempla non pauca in hoc titulo, quæ lectori, diligenti passim obuia fiunt. Si autē pactum vel promissio sit, de re cōcedenda, vel efficiendo aliquo, cuius interest, & soleat realiter alterius interesse, tunc & si fides versetur, quamuis minus principaliter, iustitia tamen proprium & principalitè obiectum erit, vt supra diximus: sicque ex huius secundi violatione, iniustitia, ex primi infidelitas, & mendacium sequentur. Quæ mala tam reipub. perniciofa, vt euitarent prætores, iustissimè suum edictum de pactis proposuerunt, cuius Imperio, fides data, in multis quæ ius ciuile non cognoscebat, in impleretur, Aristotelem sequuti, qui lib. 6. Politic. capi. 2. maximam debere inesse curam magistratib^{us}

de priuatis pactis & conuentionibus tradidit. & diuinum Platonum qui libr. 1. de legibus, his uerbis eandem constitutionem docuit, si quis (inquit) non uideatur pacta seruasse, nisi lex aut decretum prohibeat, aut necessitas aut vis illata coegerit, aut inopinatus casus interuenerit detrimentum non seruati pacti causam in alijs, tribuum iudices cognoscant, nisi vicini prius aut arbitri reconciliauerint. Hæc Plato a quo nostri prætores edictum speciale quod refertur. in l. iurige rium. §. prætor ait. infra eodem. tamquam à uero fonte deprompsisse mihi uidetur. Hanc enim fidei obseruationem, & in uerbis constantiam, ueram appellat philosophia, idem Plato. in epistola. ad Aristodotum, & eius negationem sermonem impudentissimum. Terentius. in Andria. actu. 4. scen. 1. quod & dixerat Socrates. in l. oratione & Cicero. 2. de inuentione. tam iustam putat fidem & pactum, quod inter aliquos conuenit, ut inter præstare dicatur, asserens libr. 2. de officijs. nihil esse, quod uolentius Rempublicam contineat, quam fides, quæ esse nulla posset, nisi esset obseruatio placitorum, quam tantum recere Romani, ut ob eius firmitatem legem illam. sanctissimam. tabularum. de laniandis debitoribus stabilitam fuisse Aulus Gellius dixerit. libr. 2. noctium Atticarum. capit. 1. & ob eius uenerationem fidei & mentem Deas dedicauit in

Capitolio. M. A. Emilius Scaurus, & ante eum consecrauit fidei templum Atilius Callatinus, ut refert Tullius libr. 1. de diuinatione, nec uolo recensero templum, quod à Numa Pompilio, fidei quam Dea fingebar publice sacratum fuit, ut colendam fidem & seruandam esse omnes adiscerent, ut commemorat Dionysius Halicarnasens. libr. 2. Romanarum antiquitatum. quia omnibus id esse notum agnosco. Quare Valerius Maximus, tantum uenerationis fidei uiribus deberi existimauit, quantum ceremonijs immortalium Deorum, illis enim (inquit. li. 4. cap. 7.) publica salus, his priuata continetur. Atque ut illarum edes, sacra domicilia, ita harum fida hominum petora, quasi quodam sancto spiritu referta, templa sunt: à cuius opinione non recedunt plures nostris, nec indocti, tenentes fidei data negationem, tamquam rei sacra seu iuramenti uiolationem per iurium esse. sic dixit Speculator. in titulo. de arbitris. §. sequitur. num. 49. Eaber. in l. si quis maior. C. de transactio. uerfic. sed quid si & ibi. Alexand. 16. Cursius Senior. num. 33. Iaso. numer. 28. Curtius Junior 10. & esse communem eam sequutus affirmat Cagnolus. numero. 75. quod ad eod. uerum putauit Capella Tolosana decisio. 382. ut fidei interpositio, sicut iuramentum, minorem priuare in integrum restitutione dixerit, quem sequitur Nonius

nus

nus de Auendaño, de exequendis madatis Regū. c. 27. n. 6. cuius opinionis ueritate, mihi certè suspecta exactius discutere placuit, ne illorum sententia (eis sine consideratione preuia assentientes) decipiamur.

Q V A E S T I O

tertia.

VTRVM VIOLATIO PROMISSIONIS PER FIDEM PRESTITAM SIT PERIURIUM.



Væstione hæc tantolibetius tractanda suscepi, quanto obscurius (non ad dam falsus) interpretes nri in eius resolutione processerunt: opinant enim, & constantè affirmant, non solum relati, sed & alij plures non minoris doctrine, & estimationis, quos postea recensēbimus, non implentes, quod per fidem suam (Hispanæ sonat per mife) aliquid dare, uel facere promiserunt, indistinctè periuros esse, & ut tales infamia notatos (si clerici sint & beneficiati) beneficijs posse priuari, & cæteris pœnis affici, quæ periuris, tam cõmuni, quam municipali Regni uel prouinciæ iure præscriptæ fuerint. ut cū Innoc. 4. Archidiacono, Speculatore, Ioanne Andt. Ant. de Butrio, & alijs resoluit Felin' in c. quarellā. n. 7. de iure iurando. quo

rum opinionem quæ possint iurare, non prætermittimus. Primo enim pro parte hæc affirmatiua, quod periuri sint isti, uidetur textus expressus Clementis. 3. in cap. ad aures. de his quæ uidentur uerba facta sunt. ubi asserit Pontifex, quod renunciatio beneficij, facta ad terrorem laicorum, non impedit, quod is qui taliter renouclauit, iterum præficiatur eidem, nisi forte iuramento uel fide interposita, eandem confirmauerit. Si ergo simplex renunciatio, & promissio de non repetendo beneficio, non impedit ad id iterum admitti renouclantem, nisi iuramento firmetur, uel idè textus dicit, & fidei interpositio in confirmando, eandem quam iuramentum tribuit uirtutem, ut in textu est expressū, ergo sicut in obligatione equalē habet uirtutē, equaliseriā admittet culpa. in utriusq. uiolatione, sūpto argumēto à paritate obligationis, quod validum est. Secundo, contractuum confirmationes, quæ in se religionis uirtutē cõtinent, uerè iuramēta sunt, ac prò inde propriissimè iuramēta uocant, ut quibus sine alia confirmatione non est, probat tñ id Abbas (ut nris satisfaciamus) in c. ad aures. n. 3. de eis quæ uidentur. Th. 2. q. 89. art. 4. Sed fidei interpositio, religionē cõtinet in ei obseruatione, ut cõstat ex rescripto Lucij. 3. in c. peruenit. de fide iurorib'. ibi. præfatos uero clericos si religionē fidei uiolare cõsiterit, &c. ergo sicut qui iuramētū uiolat,

perius

perius est: ita etiam qui fidem. Quod argumētum tantum potuit apud doctum Bernardum. ut in glossa final. ibidem, compulsus fuerit asserere, idem prorsus esse contra fidem datam, quod contra iuramētum venire, quem sequuti sunt alij plures, de quibus postea.

Tertio Homagium, quod solent prestare nobiles; ex antiquissima Hispanie consuetudine; nil aliud est, quam simplex quadam fidei præstatio. sic enim aiunt (positis prius palmis; intra palmas illi nobilis, qui per se vel pro alio promissionem accipit). Yo F. doy mi fe y palabra; haziendo como hago pleyto è omenaje; como Cavallero y hombre fijo de algo, segun fuero de España, de cumplir, o hazer guardar tal cosa. ut refertur in l. 2. titul. 5. part. 7. & in l. 2. titul. 17. ead. partit. quod Latine sonat. Ego. F. promitto fidem meam, ut nobilis seu fijo de algo, secundum forum Hispanie, me facturum vel daturum tale, & quod Itali & Galli etiam usurpant, ut refert Speculator in titulo de feudis: num. 64. sed qui hoc homagium violat, periurus est, tanquam si verè iuramentum fecisset, & violasset. ut est textus expressus, in l. 26. titulo. si part. 3. ibi (E aun de cimos, que si alguno hiziere pleyto è omenaje à otro, para cumplirle alguna cosa, que aya puesto con el, que tal como este, si lo falliere, es por ende perjuro) Latine sonat (& dicimus quod is qui homagium fe-

cit alij, promittens se aliquid facturum, si id nō impleat, est ex eo periurus) ergo sola fidei interpositio, verè iuramentum est; cum ex utriusque violatione, æquè periurium committatur.

Quarto id ipsum magis confirmat D. Chryostomi verba, quæ refert Gratianus, in c. iuramenti. 22. q. 2. ubi sic ait. Iuramēti hæc causa est, quod omnis qui iurat, ad hoc iurat, ut quod verum est eloquatur, & idcō Dominus, inter iuramentum & loquelam nostram, nullā vult esse distantiam. & postea ad fidem ait, Os quod mēditur, occidit animā, quisquis ergo benè loquit, iurat, quia scriptū est &c. Ecce quomodò D. Chryostomus asserit, apud Deum nullam esse distantiam, inter iuramentum & fidei interpositionem, & quomodò eum qui verum loquitur, iuramentum facere ostendit, ergo sicut qui iuramentū violat periurus est, periurus etiā erit qui fidem datam violaverit.

Quinto Stoicorum sententia, ut erronea merito repulsa, existimantium omnia peccata equalia esse, ut refert & confutat rectè Tullius, in Paradoxis. cap. 3. & in oratione pro Murena. Sacro sancta Ecclesia docet, cui iustissimè acquiescendum est, diuersas esse criminum culpas, pro earumque quantitate & qualitate, diuersas oportere præscribi pœnas, nam ut Horatius inquit. libro primo sermonum. Satyra tertia.

Nec

*Nec vincet ratio, hoc tūc dē ut peccet idēque,
Qui teneros caules, alieni frerit horti,
Et qui nocturnus sacra diuum legerit, ad sit
Regula peccatis, quæ pœnas irroget æquas,
Nec scutica dignum, horribili sectere flagello.*

Cuius sententiā approbat Iuriconsultus Marcellus. in l. respiciendū & Claudianus. in l. aut facta. ff. de pœnis. dicentes, pœnarū modū, culpæ qualiati, debere æqualiter respōdere: quod canonica iura confirmant, in c. 2. de his quæ fiunt à maiori. par. c. fraternitas. 12. q. 2. & in c. sicut Sarius. 32. q. 4. quod deut. c. 25. cautum extat. Sed violantes fidem præstitam, periurij pœna puniuntur, ut tenet glossa in c. peruenit. versic. religionem de fidei iuroribus. & in c. penultimo de iure iurando. Abbas. Alicatus, & alij relati à Padilla. in l. si quis maior. numer. 33. C. de transactio. quod practitari asserit Auendañus, de exequendis mandatis Regū. c. 27. n. 6. ergo, sic erit periurus, qui fidem datam, sicut qui iuramenti religionem violaverit, cum non sit præsumendum, sanctissimos & sapientissimos, Ecclesiæ vniuersalis & particularium prælatos, in tam manifesto errore & iniustitia versari, ut maiorem & minorem culpam, inter seque tantopere distantes (ut esset mendacium, quod in fidei, à periurio quod iniuramenti violatione committitur) tam æqua pœna punirent, quantum supra relati Doctores testantur, quod ab erroneo Stoicorum more, qui omnia

peccata æqua cōpēsanda satisfactio-
ne putabāt, nō multū discreparet.

Sexto, iudices Ecclesiastici, inter personas seculares nullam habent cognitionē, nisi de rebus spiritualibus, quæ illis sunt tantum commissæ, ut fatetur Innocen. 3. in c. solitæ de maiori & obedientia. & in c. novit de iudicijs. Sed Reges nostri Christianissimi, ne aliquid sue iurisdictioni, malitiose plerumque minueretur, & Ecclesiasticorum accederet potestati, in titulis (quos vocant de las mercedes de los escriuanos) illis præcipiunt sub pœna, ne in scripturis, quas conficiunt, clausulam illam apponant, qua cōtrahentes se obligant sub bona fide (Hispane à buena fe) ne appositione huius clausulæ, tamquam vero iuramento posito, de illis cōtractibus & obligationib' iudices Ecclesiastici agnoscerent, secularibus iudicibus ordinaria sua potestate priuaris, ut refert & declarat Ioānes Gutierrez in authentica sacramento puberū. n. 150. C. si aduersus venditionē. Ergo interpositio bonæ fidei, cum res sit spiritualis æqualem iuramento habebit virtutē, perindeque in eius violatione, sicut in violatione iuramenti committetur periurium, ut tenet Pinelus cum alijs quos ibi refert. in l. 2. part. tertia. numero decimo tertio. C. de rescind. venditione.

Hæ sunt fortiores rationes, quibus iuuari potest prædicta. DD. nostrorum opinio, quæ tūc altius con-

Q 2 sideratæ,

fideratę, apud doctos viros non tãtũ habebũt momẽti, vt eã indistinctẽ verã esse sibi persuadeant. Nec obstabunt aliquid contrarię sententię, quã vt verissimã & plenã iustitię, subquadã distinctione, his repugnãtib' curam' defendere. Pro cuius exactori declaratione, duo antea principaliter tractanda sunt. Primum est, quid sit periurium, & in quo consistat formalis eius malitia. Secundum quid sit, & quo tu-plex fides, & in quo consistat ratio essentialis culpę, quę in eius violatione committitur. Quibus pręmissis, cum quid inter vtrumque inter sit pręcognitum sit, facile confusa erroris caligo expelletur, & lux veritatis omnibus vt est clara apparebit.

5. Ad cognitionem primi, quid sit periurium, & in quo consistat formalis eius malitia, oportet pręmittere breuiter, quid sit iuramentum, & quę eius bonitas, vt habitata scientia contrariorum (vt inquit Philosophus libro secundo Rhetoricorum) contraria facilius cognoscantur. Iuramentum enim, & si à Doctoribus varias recipiat definitiones, ita tamen commodissimè potest diffiniri, vt sit ademptio diuini numinis, ad confirmandam iurantis fidem, vt latè ex Diuo Augustino, Thoma, Hostiensis, Abbate, & alijs comprobatur Couarruias. in relectione. capituli quamuis pactum. in principio numero primo. de pactis in

sexto. ex qua diffinitione duo bona proprijsima iuramenti colliguntur. Primum est, confirmatio humani dicti, quod sola testantis autoritate vacillabat, cum enim inter alias plagas, quas nobis verus ille serpens impegit, qui vt habetur Ioannis octauo. Mendax est semper, & pater mendacij hæc fuerit vna & insignis, quod autoritas hominum fuerit adeo indelæssa, vt non facile omnes digni sint, quibus plena adhibeatur fides, clamante Psalmista Psalmo decimo quinto. Ego dixi in excessu meo, omnis homo mendax, & cum ex hac læsione aliud acceperimus per graue incredulitatis vulnus (difficulter enim credimus quę præsentiã non videmus) inducta est ob hanc necessitatem, iuris iurandi religio, qua non solum præterita, obscura & ambigua in litibus, & controuersijs aperiuntur (testante Apostolo ad Hebræos, capitulo sexto. & Iuriconsulto. in. l. prima. ff. de iure iurando. maximum remedium expediendarum litium in vsum venisse, iuris iurandi religionem) sed & futura quę promittuntur, tam fortiter & neruose confirmata censentur, vt veluti præsentiã & securissima habeat & iustissimè humana confidentia. ex quo primo bono, nascitur aliud secundum, quod est honor, reuerentia & cultus, qui Deo à iurante defertur, dum illũ confiteretur esse pri-

imum

articulo quarto. mum veritatis fontem, nam sicuti reliquas humanarum scientiarum veritates, per sua prima principia Philosophi demonstrant, siquidem authore Aristotele libro. I. Phisicorum. Tunc solum arbitramur scire vnã quãquẽ rem; dum prima principia vsque ad elementa cognoscimus: ita dubietates omnes, rerum contingentium, quę aliter constare non possunt, per diuinum testimonium quasi per primum supremumque veritatis principium & fontem, iure & meritò confirmamus: quod bellissimè docuit Aristoteles à paucis re-ctè intellectus. in Rhetorica ad Alexandrum capitulo vigesimo secundo. dum diffiniens iuramentum, dixit, quod erat cum diuina attestatiõne dictio probatio- nis expers, insinuans per illa verba (probationis expers) tantam esse virtutem iuramenti, vt quę humana probatione constare nõ possent, patefiant clarò & confirmantur sola Dei attestatiõne, quem iurantes confitentur, infallibilè omnium rerum præteritarum, præsentium & futurarũ veritatem & sciẽtiam habere. sicque iuramentum ad religionem pertinebit, cum in Dei cultu versetur. vt dixit Caius in dicta. l. prima. ff. de iure iurad. & Imperator Alexandr. in. l. secunda. C. eodem titulo confirmatque magis Diuus Thomas. 22. quęstion. 89. articulo quarto. Sotus de iustitia & iure. libro octauo. quęstion. prima

articulo quarto.

Cum igitur in iuramento hæc duo bona sint, humane veritatis siue præteritę, siue futurę expressio, tenetur enim qui aliquid daturum se iurat, illud verum facere, & hæc actu patrię seu religionis in diuina testificatione confirmata, non erit difficile colligere, in periurio (quod iuramenti est violatiõ) quę mala sint. erit enim primum, assertio mendacij, nam qui aliquid promittit, & non implet, proculdubio mentitur. Secundum autem peccatum, erit contra religionem, supra enim iam dixi iuramentum legitimum actum esse religionis, per quem Deum fatemur omnia Scire, quantum ad intellectum, & omnibus velle prospicere, quantum ad voluntatem; qui autem iuramentum violat, & in violatione hac, Deum suę falsitatis fecit testem, multipliciter Deum (eo modo quo potest) iniuria afficit. Primo opponendo illi ignorantia notam, quod videlicet aliqua eam latuerit veritas, cum dixisse visus fuerit, iurantem adimpleturum quod non impleuit, & prauę etiam voluntatis, dum à principio, consultò voluerit falsum attestari, quorum vtrumque contra debitam reuerentiam Deo peccatum est grauissimum, nam eis non solum proximis læsionem intulit, promissa recusando adimplere, sed huius læsionis fecit authorem Deum, hominũ amantissimũ,

Q 3 cum

cum confidentes iustissimè Dei testificationi & reuerentiæ obseruandæ, ob eamque causam aliud promissionis firmamentum deposcere prætermittentes, vana Dei attestatione fraudauerit. Sicque in promissorio periurio peccatū erit mendacij & irreligionis.

7 Videamus modo, quid fides sit, & quot mala in eius violatione consistant, nam si eadem sint, quæ in periurio, proculdubio qui fidem datam violauerit, periurus erit, & prætermittis omnibus fidei acceptationibus, quæ referuntur latissimè à glossa, Abbr. & cæteris Doctoribus, in principio rubricæ. de summa Trinitate & fide Catholica. & in capitul. mouet te vers. neque yigesima secūda quæst. prima & à D. Antonino. 4. par. suæ summæ Theologalis. titulo. 8. cap. 1. quas hic transcribere non est opus, cū ad nostrum propositum minime pertineant, quo ad casum de quo agimus, duobus tantum modis summi potest. Primo pro fide Catholica, quæ virtus est Theologica, & secundum Apostolum ad Hebræos. capit. 11. diffinitur esse argumentum non apparentium, de qua latè Theologi & præcipuè D. Thom. 22. in principio, per multas quæstiones præsertim. q. 1. art. 4. Secūdo modo fides sumi potest pro virtute morali, quæ veritas est, in efficiendis promissis, & aliter vocatur fidelitas. Si promissio fiat per fidem Christi, vel per fidem Catholi-

cam (quod idem est) sine dubio erit verum & propriissimum iuramentum: cum res sacra in promissionis confirmationem afferatur: quæ propria est iuramenti natura, & sic eadem bona in implemento fidei, & eadē mala in eius violatione consistunt, quæ consistunt in violatione & implemento veri iuramenti. Si autem promissio fiat per fidem humanam, seu per fidelitatem, quam solo naturæ lumine, Gentiles, Turcæ & Sarraceni omnes obseruant, seu quod in idem recidit, per fidem ingenui viri, seu nobilis (Hispani Galli ac Itali à se de Cauallero o à se de hijo de algo dicunt) tenentur enim nobiles fidem suam in humanis conventionibus & extra præstitam, melius quam cæteri seruare: eius implementum bonum fidelitatis habebit, non religionis, & in violatione malum infidelitatis & mendacij committetur, non autem periurium: quia res sacra in confirmationem non affertur, & in hoc omnes cum res clara sit, sine aliqua discordia conueniunt, vt videre poteris. apud Alciatum. in. l. si quis maior. numero. si. Padillam. 33. C. de transactionibus. Pinelum. in. l. 2. 3. part. numer. dicimo tertio. C. de rescindenda venditione. Ioannem Gutierrez in authentica. sacramenta puerum. numer. 149. C. si aduersus venditionem, & cum Caietano ac Soto, resoluit Couarruu. in. capitul. quamuis pactum, prima part. 5. secundo

secundo numer. secundo.

8 Sed in dubio casu, quando non exprimitur fides Christi, vel fides nobilis, sed solē dicitur per fidem meam (Hispanè per mi fe) quid sit intelligendum variant Doctores, Caietanus in commentarijs ad D. Thomam, in secūda secūda. quæst. 89. articulo. sexto. Sotus in relectione de iuramento. par. 1. cap. 4. quos sequitur Couarruu. in dict. capit. quamuis. 1. part. 5. 1. de fide humana, & sic de virtute morali, semper promissionem fidei interpretandam asserunt, & sic si quis iurat per meam fidem, perinde ac si diceret ita hoc faciam, sicut sum fidelis in promissis, vel in dicendo verum, quo non Deum, sed fidem humanam in testem affert. Sicut Reges promittentes per fidem Regiam, non iurant per fidem Theologalem, sed per propriam fidelitatem quæ in Regibus, magis quàm in alijs debet plena desistere. Hec Caietanus vbi supra.

In contrariam autem sententiam, imo quod promissio per fidem facta, de fide Christi facta intelligatur, tenuere plures, quos in argumentorum propositione supra retulimus, & nouius ultra eos tenet Alciatus. in. l. si quis maior versiculo. inuocato. C. de transactionibus. quem sequitur vbi. Padilla. numer. 33. & Cagnolus alijs relictis affirmans communem. numer. 75. quorum ea ratio est, quia in dubio, tutior capienda est interpreta-

tio, qua animæ magis consulatur. capit. tuucnis. de sponsalibus. glossa comuniter recepta. in. cap. vnico de scrutinio. & quia fidei interpositio & appellatio infamatori debet intelligi significati. l. 1. s. qui in perpetuum. ff. si ager vectigalis & emphiteuticarius petatur.

Pinelus autem in dict. l. secūda, tertia part. numer. decimo tertio. quem sequitur Petrus de Auedaño. de exequendis mandatis Regum. cap. 27. numer. 6. rem hac distinctione componunt, vt si fides simpliciter, in confirmatione promissionis interponatur, de fide humana sit intelligendum. Si autem bona fides, tunc de Catholica fide Christi, debeamus interpretari, & sic quamuis violatio fidei, solum sit mendacium, violationem tamen bonæ fidei periurium esse ibidem affirmant, quorum opinionem sectatur expressius Ioannes Gutierrez. in authentica sacramenta puerum. n. 149. C. si aduersus venditionem, addens, quod quemadmodum contractus minorum, iuramento vero firmantur, per illam authenticam, e quo etiam modo, per bonæ fidei interpositionem, quæ priuauit illos in integram restitutionem.

Sed neutra istorum patrum opinio (vt quod Sentio dicam) mihi plenè satisfacit. Primo, quia Couarruuas qui fidei interpositionem, de humana semper intelligendam asserit, nullā pro se affert rationem, contentus tantummodo Caietani

& Soti autoritate, in quibus etiam confirmationem non vidi, sed simplicem tantum suę sententię expressionem, quam ego non soleo tanti æstimare, vt ea sola omnes iurantes per fidem suam, sine alia distinctione promissionem hanc violantes à periurij reatu existimem liberandos: cum status & personę conditio soleat plerumque contrarium requirere. Nec alicuius est momenti æquiparatio, quam facit Caietanus, de promissionibus per fidem suam factis, simpliciter à priuatis, cum promissionibus Regum factis, per fidem Regiam, nam in hoc secundo casu, verbum illud (Regia) quod additur fidei, restringit fidem ad Regiam tantum, seu nobilem, & facit vt de illa solum intelligatur, argumento. l. ea tantum adiectio ff. de leg. 2. quod in eo qui per fidem suam simpliciter iurat, procedere non potest. Cum sua fides, Christi fides possit, & debeat sæpe intelligi, vt infra dicemus.

Nec Alciati & Padillæ opinio contraria, satis firmum habet fundamentum, nam dicere quod favore animę, est interpretanda fidei interpositio simplex, pro vero iuramento, quia tutius est hoc animę iurantis (nisi fallor) magis eorum sententiam oppugnat, quam confirmat: si consideres, magis tutum esse animę, minus peccatum admittere, quod erit si mendacium solum, non vero pe-

riurium, in fidei datę violatione intellecto de humana, committi interpretemur.

Pinelus verò & eius sequaces, quam veram distinctionem traderint, tunc colliges, cum veram, & Germanam illius rationem sciscitaberis, nullam profecto reddent: cum nullibi reperiatur, bonam fidem pro fide Christi, & fidem simpliciter, pro fide humana esse intelligendam, & quod patrum canonibus non est inductum non est nouis adinventionibus inducendum. c. 2. de translatione prælatorum. capit. consulisti. 2. quest. 5.

Quare prætermisissis his omnibus, alia via mihi hæc diu consideranti, & iustior & tutior simul sequenda visa est, qua cognita omnes hæc difficultates & obiecta tolluntur. Hęc autem est, vt indubio non sermonis prolati, sed illius qui protulit, ratio principaliter habeatur, si enim nobilis sit is, qui per fidem suam iurauit, & fidem Catholicam cum Alciato & ceteris intellexeris, errabis planè, iudicio nostro, cum ex qualitate, conditione & vsu proferentis, sermonem prolatum debeamus interpretari, vt textus est & doctrina cõmunis ac verissima. in. l. stipulatio ista. §. hæc stipulatio. ff. de verborum obligationibus. & cum nobiles sæpius per fidem nobilis, seu (a se de Cauallero) iurare soleant, & aliquando per fidem illius quod sunt, quod sonat Hispanè (a se de quien soy)

cum

cum illa postrema verba (de cauallero vel de quien soy) addere omitunt, vel obliuione, vel quod vero similis est, breuioris prolacionis causa omisisse, merito debent censeri, cum ad id quod magis cõmuniter facere solent, quod est per fidem nobilis iurare, verba alia ambigua per fidem meam & eorum sensum debeamus referre.

In alijs autem, qui nobiles non sunt, & quibus hic iurandi mos & consuetudo non inoleuit, fidei interpositionem, pro fide nobilitatis interpretari, incongruum mihi videtur, cum rustici & alij ex media fece plebis desumpti, per fidem suam nobilitatis iuste iurare non possint, & sic id non erit præsumendum, mentirentur enim dicendo, se habere nobilitatem, qua carent, nec per fidem similiter ingenui hominis, sicut fides referatur ad fidem humanam seu fidelitatem, nã cõmuniter is status personarum, quid sit fides in hoc sensu, vel fidelitas cum ignorant, per eam iurasse præsumi verò similiter nec debent nec possunt, cum autem quid sit fides Christi, quã profitetur intelligat illam in confirmationem suam promissionis adduxisse cõfendi erunt. Qua de causa rationabilis videtur, ac proinde tenenda hæc nostra distinctio, vt si persona quæ iurat sit de statu nobilium, qui per fidem nobilitatis, seu ingenuitatis solent iurare, interpositio fidei, pro fide nobilitatis & veritatis intelligatur, si

autem persona quæ iurat, non sit de statu eorum, qui illo iuramento vel debent vel solent vti, vt sunt rustici homines & plebei, ad eum sensum de fide catholica Christi saluatoris nostri, erit interpretandum: nisi particularis eiusdem personæ iurandi vsus in contrarium probetur, & sic violatio fidei in his periurium continebit, in alijs autem mendacium nec id mirum, cū diuersi status, diuersa in viuendo, tractando, cognoscendo & iurando consuetudo, diuersitatem in dijudicandis diuersis, singulis vtriusque factis iuste possit introducere, quod (nisi res esse manifestam docto præcipue lectori vidissem) pluribus iuris civilis & canonici exëplis comprobassem. Nec his obstabunt aliquid in contrarium adducta, nam primum argumentum quod deduximus, ex. c. ad aures, de his quæ vi, metus ve causa fiunt. Vbi interpositio fidei, æquipollet ad confirmandam renuntiationem virtuti iuramenti, facile diluetur, si aduertamus, quod cum iura canonica & ciuilia, omnia suppositis terminis habilibus debeant intelligi, vt est glossa à Bartolo & ceteris cõmuniter recepta, in. l. i. C. de sacrosanctis ecclesijs. perinde haberi debet, interpositio fidei, in casu illorum iurium, ac si de fide Christi, quæ verum iuramentum est, in textu exprimeretur cum in hoc consistant termini habiles, secundum quos illud & cetera iura sunt intelligenda.

Q, Ad

Ad secundum verò, quo dicebamus, cōtractuū confirmationes, religionē continētes, esse verè ac proprie iuramēta, ac proinde, idem fore dicēdum in fidei interpositione cum religionem dicatur cōtinere à Lucio 3. in. c. peruenit. de fidei iuramentis, rectissimè responderunt domini de Rota, in decisione 437. in antiquioribus, & modo est decisio. 1. in titulo de pactis, in eisdem, quod verbum illud (religionem) debet intelligi de iuramento, quod ibi apponitur, nam fides, & iuramentum copulatiuè posita sunt, & sic ideo violasse religionem dicitur, quia cum fide, simul iuramentum est adiectum, cuius virtutē dicitur interposita religio, & sic falsa erit glossa Bernardi ibi. deducētis ex illo textu, idem esse contra fidem simpliciter venire, quod contra iuramentū, eaq; de causa existimantur verba illa (religionem fidei & iuramenti) quæ in textu apponuntur esse separatim legenda, & intelligenda, quæ coniunctiuè fuisse interposita, & sic interpretāda demonstrat coniunctio illa (&) quæ inter fidem & iuramentum ponitur, & domini de Rota vbi supra rectissimè animaduērunt.

12 Non obstat tertiu quod de homagio Hispanorū attulimus, in cuius violatione, quāuis sola fides (vt supra retulimus) interponatur, periuriū admitti docuit l. 26. tit. 11. p. 3. nā illi textui respōdet Auēdañus. c. 27. de exequēdis mandatis regū. nu. 6.

quod homagiū, in casu illius legis, non debet intelligi, in fidei interpositione simpliciter, sed in interpositione bonæ fidei, quā habere æqualem virtutē cum iuramento affirmat. Sed hæc interpretatio, duplici ratione deficit. 1. quia in ea est diuinationo ad textū, qui solū homagiū requirit, de cuius essentia, solū fidei est simplex interpositio, vt ipsemet Auēdañus fatetur. d. c. 27. nu. 7 secūda quia dato, quod homagiū in casu illius textus, prestaretur per bonā fidem, non tamē, inde nasceretur, iuris iurandi religionem fuisse interpositam, cum inter promissiones, quæ sunt per fidē vel bonā fidē, aliquid interesse nec ipsū nec ceteros probasse, supra retulerim.

Quare tu aliter difficultatē solues dicendo, quod ille textus, rectè intelligitur, si singula eius verba, singulis referatur. Quod vt melius percipias, legis verba transcribere placuit, quæ ista sunt. (e a un dezimos otra raxon; que si algurio, jurare a otro, o le fiziere pleyto omenaje, para cumplir le alguna cosa, q aya puesto cō el; que tal como este, si lo fallaciēre, es por ende perjuro, e ha por pena, de no ser creydo, en ningū testimonio, nin ser par de otro) verba n. illa (es por ende perjuro) sūt referēda, ad illū q iurauit aliquid adimplere, & postea sefellit, de eo. n. lex pri^o loquuta est, & verba inferiora, ibi (e ha por pena d no ser creydo en ningū testimonio, nin ser par de otro, anū como adelante se muestra, en el

en el titulo de los que fazen alguna cosa porque valen menos) correspondent & referuntur ad fractorē homagij, de quo secundo loco lex loquuta est: & sic, si hoc modo singula singulis referantur, erit hic sensus. Quod si interueniat iuramentum, eius fractor sit periurus, si autem homagium solum fiat, & non impleatur, fractor eius non sit periurus, sed notetur infamia, vt expressum est in l. 2. titulo. 5. par. 7. ad quā se remittit nostra lex. ibi (ansi como adelante se muestra, en el titulo de los que fazen alguna cosa, porque valen menos) & sic verissimè intelligit Gregorius Eupus, ibi. in glossa finali, quem sequutus est Ioannes Gutierrez in authent. sacramenta puberum, num. 148. C. si aduersus venditionem.

13 Non est igitur iuramentum, fidei seu homagij interpositio, vt dicamus eorū violatores, periuros esse, & in periurij pœnas incidere, vt malè sensit Bald. consi. 251. volu. 2. nec cōfirmabuntur homagio, mulierū nuptiarum, minorum & aliorum contractus iure inuāli, sicut iuramento firmantur, quidquid cōtrarium dixerit Petrus Peralta in l. vnum ex familia, in principio. nu. 23. ff. deleg. 2. affirmans meliorationem tertiæ partis bonorum, factā suo tempore, à quodam nobili, prestita sua fide, seu pleyto omenaje, de non reuocando, perinde validā fuisse, ac si iuramento fuisset firmata, quia secundum eum, homagiū

seu pleyto omenaje, iuramēto equi paratur. Quod certè mihi non placet, per supra dicta, quamuis Peralta sequutus fuerit Antonius Padilla, in l. si quis maior num. 36. ad finem. C. de transactio.

13 Ad solutionem quarti, quod opo-
posuimus, ex verbis Diui Chryso-
stomi, quæ retulit Gratianus, in. c.
iuramenti, 22. quæst. 5. sciendum est
q; Gratianus falsus est in illius alle-
gatione: nam ea verba non sunt di-
ui Chrysoctomi, sed viri docti A-
chromatij, qui vetissimus fuit sacra-
rū literarū interpres, in expositione
capit. 5. Matthæi. Vbi asseruit, inter
simplicem loquelam & iuramen-
tum, quoad Deum, nullam esse di-
stantiam, ex quo videbatur conclu-
di, simplicem fidei interpositæ vio-
lationem, sic esse periurium, ac si iu-
ramentum violaretur, cum vtrum
que equaliter obligauerit. Sed res-
pondemus, quod sensus illorū ver-
borum, non est, eandem esse obli-
gationem promissionis cuiuscum-
que, seu simplicis fidei interpositio-
nis, cum obligatione iuramenti, in
quantitate & qualitate, ita vt eodē
vinculo quo tenetur qui iurauit,
eodem teneatur, qui sub fide pro-
misit, & culpa quæ in violato iura-
mento, eadem prorsus seu æqualis,
in fidei violatione cōmittatur, id
enim abhorret magnopere à men-
te Achromatij, qui tantum dicere
voluit, quod quemadmodum iura-
mentum, vim habet obligādi, quo
ad Deum, sic etiā habeat simplex pro-

promissio, seu fidei præstatio, & quemadmodum non licet falsum dicere, periuram assertionem, sic etiam licitum non erit, mendaciū affirmare, quia utroque casu peccatum committitur, non tamen inde colligitur, parem esse rationem iuramenti & simplicis promissionis cum in utriusque præstatione, inæqualis fuerit obligatio, & sic inæqualis in eorum violatione committatur culpa, quod ostendit inæqualitas poenæ, quæ utriusque est præscripta, primo multo maior, quam secundo. glossa in. ca. penult. de iure iur. cuius discriminis perspicua ratio est, nam in periurio, diuina & infallibilis veritas, vel contemnitur vel falsæ assertioni adijcitur, vt explicat D. Tho. 22. quæst. 89. art. 8. quod efficit, vt eius culpa siue in re graui, siue leui, sit mortalis, vt late Dominicus Sotus de iustitia & iure. lib. 8. quæst. 2. art. 3. in fidei autem violatione, & si peccatum admittatur, quod mendacium dicitur, solet tamen plerumque esse veniale, cum principaliter ad irreuerentiā Dei nō pertineat, sed iniuriam priuati hominis, qui ex inde fallitur, cuius rei testis est Sophocles, ita de iuramento scribens, apud Ioānem Stobeū. sermone. 25. appposito iure iurando, cautior & diligentior sit animus, à duobus enim tunc sibi cauet, & ne lædat amicos, & ne peccet in Deos. & elegantius discrimen hoc inter simplicem promissionem, & iuramentum constituit

à pud Ouidium Acontius ad Cydipem.

*Promisit pater, hanc adiuravit amanti,
Ille homines, hæc est testificata Deum.
Hic metuit mendax, sed hæc periura vocari,
Num dabitur hic sit maior, an ille metus?*

Quæ omnia apertè probant, sic peccatum admitti in fidei violatione, sicut in periurio diuersimodè tamen, quia in primo fallitur homo, quod facit mendacium, in secundo sit Deo grauissima irreuerentiā, quæ facit periurium, peccatum religioni contrarium, & sit culpæ nota & grauitate multo maius, quod Achromatius in. d. capi. iuramenti non negauit, ad cuius maiorem declarationem si plura scire cupis. videas quæ scripsimus supra lib. 1. cap. 4. quæst. 1. de pacto nudo in solutione sexti argumenti.

Non obstat quintum, in quo nitentur probare, eandem committi culpam, in violatione fidei, quæ in vero periurio, ex eo quod, à qua utriusque datur à iudicibus poena, quod esset iniustum, si æqualia nō essent peccata: nam respondemus, quod non omnes iudices id faciunt, sed solum illi, qui mortuæ doctorū auctoritati, magis credunt, quam viuæ moralis Philosophiæ rationibus, qua de causa magis illius quod facere debuissent, quā illius quod faciunt, cōsideratio habēda est, vt alibi dixit Paul. in. l. ius pluribus. ff. de iustit. & iure. et si vsq; adhuc fecerunt omnes, quod non credo, erro

errore vel ignoratiā veritatis fuisse deceptos, quæ supra retulimus, apertè probant, quæ obseruabis, vt fidei violationem, mendacij solum non perjurij poena, in posterum puniendam iudices, nisi contrarij status conditio, & mos iurantis in contrarium probentur.

16 Ad sextum & finale argumentū respondemus, quod etsi verum sit, quod in titulis notariorum, præcipitur, ne scripturas conficiant, in quibus contrahentes se obligent sub bona fide, ne appositione illius clausulæ, quæ verū iuramentū videtur facere, seculares subdētes se ecclesiasticæ potestati, secundū textū in. c. fin. de foro compet. lib. 6. iurisdictionem regalem, in cognitione contractuum malitiosè sua priuent potestate: id tamen intelligere sine peccato possumus, reges statuisse, accepto cōsilio ab his, qui interpositionem fidei, vel bonæ fidei, indistinctè iuramentum esse, scrupulo sētamen putarunt, vel si ab scrupulosis profectum nolis fateri, diceres intelligēdum, legitimis modis, quando videlicet, interpositio bonæ fidei, vel fidei simpliciter (nam in hoc nihil inter esse puto) æquipollet iuramento, quod procedet, in illis quibus iurandi per suam fidem, vel bonam fidem, nobilitatis & ingenuitatis, mos non percrebuit, vt nos supra latiùs explicuimus. Et sic putarem, tabelliones in contractibus nobilium vel aliarum personarum in quibus eadem præ-

sumptio in iurando sumi potest, clausulam illam sub bona fine apponentes, contra præceptum regiū non peccare: quia illud, non procedit, nisi in his, qui interpositionem suæ fidei, vel bonæ fidei, pro iuramento solent vsurpare, argumento textus & eorum quæ ibi notant doctores. in. l. adigere. s. quamuis, de iure patronatus. & sic finitur tota quæstio. aggrediamur reliqua.

SUMMARI A D CAPUT Septimum.

- 1 **E**X quinque adductis argumentis, conuincere probatur etymologiam pacti ab Vlpiano allatam.
- 2 Ostenditur, pacem, pactionem & pactum, ab antiquis verbis paco, paco, paciscor, pango, deriuari: & legis duodecim tabularum verba explicantur.
- 3 Duplex Verborum etymologia traditur, altera secundum philosophorum, altera secundum grammaticorum doctrinam.
- 4 Defenditur Vlpiani deriuatio, resolutio. 1. 2. & 3. argumento, & num. 5. & 6.
- 7 Traditur nouus intellectus ad. l. ff. de iustitia & iure. ad solutionem quarti, argumenti.
- 8 Agitur de differentiā inter pactum & pactionem ad solutionem quinti.
- 9 Reijcitur alia Auursij, pacti etymologia, et declaratur antiqua foederis incundi cōsuetudo, ad intellectum. l. 1. ff. de censibus & num. 10.

CAPVT

Septimum.

Pactum autem à pactione dicitur, vnde & pacis nomen appellatum est.



BARTOLVS hic, nihil attulit in explicatione huius deriuationis, de pacto, & pactione ab Vlpiano tradita: sed cum incōgruam esse opponeret, oppositionis solutionem, ab Accursio petēdam mouit: ad quem se remisit, tacitè eius opinionem sequutus. Ad Accursij autem solutionem, antequam accederem, animaduertere placuit, quod in litera huius versiculi, non malè notauit Matthæus Vbesembecius, in paratitla iuris ciuilib. hoc titulo de pactis. numer. secundo, asserens, verbum illud (pactum à pactione dicitur) non sic fuisse ab Vlpiano scriptum, per verbum (dicitur) sed per verbum (ducitur) litera. i. in. u. mutata vt sit sensus. Pactū à pactione ducitur: id est hoc nomen pactum ortum & denominationem habet ab actu pacificendi seu conueniendi, per hoc tradens (vt eius moris est) etymologiam & deriuationē vocabuli, quæ propria sit an impropria, placuit in disputationem adducere.

Q V A E S T I O quarta.

*VTRVM DERIVATIO VLP-
iani, de pacto à pactione, & in
de pace, propria sit
nec ne.*



SI IN VERBORŪ deductionibus ac etymologijs, grāmaticorū regulis standum est, vt standum esse, ea iura, quæ peritis in arte dicūt esse credendū, clare docēt. l. i. §. sed neq;. C. de veteri iure enucleando. c. fraternitatis. c. literę vestrę, de frigidis & maleficiatis. & notat Bartolus in l. i. §. sed neq;. ff. de vetre inspiciendo. malè videtur Vlpianus deduxisse etymō pacti, à pactione, cū potius pactione à pacto deriuetur, nā à genitiuo pacti, addita, o, sit pactione, vt ex D. Isidoro, probat Accursius hic. in glossa pactū, quem sequitur Baldus in tractatu de pactis num. 6.

Secundò, idem probatur, nam in omni materia, quod magis est verosimile, semper tenendū est. l. hæredes mei. §. cū ita. ff. ad Trebellia. l. ex facto. ff. de vulgari. c. inspiciunt vbi canonista omnes de regul. iur. in. 6. sed magis est vero simile quod rerum nomina, fuerint antequam verba, vt dicit Alciatus in rubrica Codicis, hoc titulo de pactis. in principio. ergo cum pactione sit nomen verbale, nam descendit à verbo (paciscor) in secundo supino, pactu. u. verso in. 10. ex quo pactione, non pactum à pactione, vt Vlpianus asserit, sed pactione à pacto deriuabitur.

Tertio, Diuus Isidorus lib. 5. etymologiarum capit. 24. tradens

etym.

etymon pacti, dicit venire ab eo, quod quasi ex pace sit factum; quæ sequutus est Azo in lib. 2. Codicis. tit. de pactis. nu. 4. Baldus de Perusio in tractatu de pactis num. 6. dicēs, quod pacisci, est quidē actus concordia; & ab isto actu pacis, dicitur pactum; & Vlpianus hic, pacem à pacto tradit deriuari, ergo vel Isidorus vel Vlpianus, in pactione deriuatione errauit. nam vt inquit Baldus vbi supra, sibi adinuicem in hac, directò contradicunt, at de diuo Isidoro id asserere nec iustum nec piū est, cum facultatum omnium, humanarum præcipuè ornamentis, cum suo tempore insignē fuisse historię testentur, erit igitur dicendum de Vlpiano.

Quartò de improprio etymologizante, in vno casu, impropriam etymologiam in alio præsumere, incongruum non est, cum is qui semel est falsus, possit & secundo falli, sed idem Vlpianus, nostræ legis auctor, cum etymologiam iuristraderet, in l. i. ff. de iustitia & iure improprie illam deduxit, nam dixit, ius venire à iustitia, quod falsum est, cum ius sit iustitię obiectum, ac proinde antiquius iustitia, cum ex eo suæ formæ speciem assumat, vt cætera virtutes à suis obiectis, ergo cum impropriam ibi iuris etymologiam tradiderit, impropria hic pacti similiter tradidisse, non si ne ratione poterit inesse suspitio, ex his quæ latè in loco assolitis adducit Nicolaus Euerardus qui lo-

cus est. 104. fol. 624.

Quintò, si pactum à pactione veniret, vt Vlpianus ait, sequeretur ex eo, inter pactum & pactionem, aliquid interesse, at pactum & pactione idem sunt prorsus, ergo pactum non descendit à pactione. maior certa est, nam si inter pactum & pactionem nihil interesset, non posset pactum à pactione produci, cum generans & generatum, distincta debeant esse corpora numero, nec idē esse possint, secundum doctrinam Philosophi lib. 7. metaphis. cap. 8. quod autem pactum & pactione sint idem, probatur ex vtriusq; diffinitione, quæ idēritatē & substantiā vtriusq; declarat. Vlpianus hic, dicit q. pactione est duorū pluriū ve placitū & consensus, idē Vlpianus, in l. 3. ff. de pollicitatio. dicit, quod pactum est similiter, duorum pluriū ve placitum & conuentio, ergo pactum & pactione idem sunt, si igitur idem sunt pactum & pactione, pactum à pactione non nascetur, cum nihil à se ipso nasci potest, vt supra diximus.

Hic tamen non obstantibus, Vlpiani nostri deductio, vt verissima & propriissima tenenda est & defendenda, pro cuius maiori declaratione, aduerto, quod pactionis, pacti & pacis origo, nata est à verbo prisco (paco). quod nō est in usu vt Festus Pompeius testatur. affirmans, pactionem dixisse antiquos, quam modo nos vocamus pactionem, & ostendunt verba. 12. tabularum

rū, quæ refert restituta ex Cuiacio Reuardus in libello. 12. tabularum lege. 25. si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto, & alia quæ affert ex Plinio lege. 15. ibi. Qui coronam pacit, ipse pecuniaque eius, virtutis ergo arguitur. Vnde pacisci & paco, fuit tamen vetustissimū verbum (pago) à quo pepigi, quod magis videtur istorum omnium fuisse proprium, ut insinuat Diuus Isidorus. d. lib. 5. c. 24. cui finitimū verbum est pango, ex quo pegi, quod significat (figere) & sic planta pangi dicuntur. Cicero de legibus, requiri placet terminos, quos Socrates pegit, & versus similiter pangi dicuntur, ut idem Festus vult, quod stylo in cera scriberentur. Cicero in epistolis familiaribus, an pangis aliquid Sophocleum; id est, an scribis à pagendo itaque (ut dixi) pacitionis, pacti, & pacis nomen à significatione est, ut docet M. Fabius Quintilianus. lib. 1. oratoriarum institutionum. c. 20. & clarius Cicero lib. 2. Rhetoricorū ad Hereniū, ex pacto ius est (inquit) si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos conuenit, pacta sunt, quæ legibus obseruanda sunt, hoc modo (rem vbi pagunt, oratione pagunt, in comitio aut in foro, ante meridiem, causam conijcto) quæ verba duodecim tabularum, ad nostrum propositum spectant, quia per paucos intelligunt, non alienum à ratione existimari, ea breuiter explicare. Consuebat enim ea lege cō-

mercijs, earum rerum, quæ venales in mercatū ipso proponerentur, ut si de eis controuersia oriretur, in ipso foro aut comitio conijceretur id est diuidicaretur, ex illis cōiecturis quæ tunc sumi possent, & si res altiore causa cognitionem desideraret, idque efficeretur statim, vel ad summum, ante meridiem, ut mercatores illi, qui ferè omnes ex agris conuenerant, commodè possent, eadem qua venissent die, domum reuerti, erit igitur expositio, si sermone pagunt, id est verbis paciscuntur, vbi rem pagunt, id est rem presentem paciscuntur, in ipso comitio aut foro, vbi est mercatus, causam conijcto, id est causa iudicetur breuiter, ab hoc igitur verbo: pago, paco, paciscor, pango pactum, pactio & pax descendit, ut supra relata probant.

Secundo, non solum quo ad hanc pacti, sed quo ad omnes verborum etymologias aduertendum est maxime, quod diuus Isidorus, ex boni alicuius & latini auctoris lectione deprompsit, in lib. 10. suarum originū seu etymologiarum, in principio, licet origo nominū (inquit) vnde veniat, à Philosophicam teneat rationem, ut per denominationum denominationes, homo ab humanitate, sapiens à sapientia nominetur, qui a prius sapientia deinde sapiens, tamen claret alia specialis in origine quorūdam nominum causa, sicut homo ab humo, vnde proprie est appellatus, ex qui-

bus

bus verbis intelligimus, duplicem etymologiam posse reperiri, vnam Philosophorum, eamque maxime Stoicorum, ut Cicero primo de officijs ait, secundum quam, quod natura posterius est, à priori dicitur & sic pactum à pactioe Vlpiano, Ven' à venustate Ciceroni, Homo ab humanitate, sapiens à sapientia Aristoteli, nominantur. qua solum ratione, idem Philosophus in cathedra ad aliquid, sedere à sessione, non sessionem à sedere nuncupavit: alteram Grammaticorū, quæ non tam originem rerum sectatur, quam vocabulorum, quorum longiora, erudiendæ iuuentutis causa, solent à brevioribus deducere, & sic dicunt, venire humanitatem ab homine, venustatem à venere, iustitiam à iure, sedere à sessione, refert Antonius Contius lib. 2. succursuarum lectionum, cap. 6. non rerum (ut dixi) sed vocabulorum & ipsarum vocum (secundum eorum documenta) principia sectantes.

4. Quibus sic suppositis, non obstant in contrarium adducta, nam primum quo dicebamus, secundum Diuum Isidorum, quem glossa hic verbo pactum allegat, à nomine (pactum) in genitio pacti, addita (io) fieri pacitionem, sicque non pactum à pactioe, sed pacitionem ex pacto deduci: verissimum est, attenda Grammaticorum regula, quæ secundum suas præceptiones, vocum originem sola conside-

rata, longiora nomina, à brevioribus deducit, cum autem Vlpianus, ut verus Philosophus, rerum ordinē natura (qui cōtrarius solet esse plerumque) sequatur, non mirum erit si pactum à pactioe deduxerit, eū natura prior sit pactio, quam pactum, ut postea declarabimus.

Ad secundum respondemus, quod & si vero similis sit, secundum Alciatum, prius fuisse rerum nomina quam verba, & sic videbatur dicendum, prius fuisse pactum quod rei nomen, quam pacitionem quod est verbale, ut supra ostendimus. Id tamen procedit in nominibus rerum, quæ de sui natura actum verbi non requirunt, ut idem Alciatus in dist. subric. C. de pactis ex Prisciano, comprobabat, in alijs autem quæ sine actu ipsius verbi stare non possunt, ut est pactum quod necessario requirit actum paciscendi, diuersum erit ut ibi videbis.

Ad tertium dicimus, quod quāuis de ductio Vlpiani pacis à pacto, & deductio Isidori: e contra pacti videlicet à pace (si in genere sic sumatur) videantur sibi contradicere, & repugnare, ut dixit Baldus, in argumento allegatus: in specie tamen ea, in qua ipsi loquuntur, si considerentur nihil reperietur cōtrarium, nam Vlpian' loquitur de pace probata, & effecta, per cōtractū pacti, Isidorus autē de pace intentionis, seu cōcordia, per quā ad paciscendū inuitamur, & sic vterq;

R in suo

in suo proposito rectissimè est loquutus, in deductione pacti à pace & pacis à pacto.

7. Quarti argumenti solutio, maiorem exoptulat tractatum, vt Vlpianus noster in hac. l. prima. ff. de iustitia & iure. possit defendi, nam siue grammaticorum leges spectes, siue Philo sophorum rationem consideres, vtroque modo Vlpianus videtur deceptus, dum dixit ius à iustitia venire, grammaticorum enim lex dicit, ius primum & simplex nomen esse, à quo iustum factum est, & ab hoc iusto addita (tia) iustitia vt à mæsto mæstitia, à lèto lèticia, à stulto stultitia, vt deducit Vbesembechius, in paratitla iuris ciuilibis. titulo de iustitia & iure. numero tertio. & Alciatus libro primo. parergon. capitul. vicesimo nono. & sic potius iustitia debet venire & deriuari à iure, quam ius à iustitia, qua de causa Tullius, reprehendit eos, qui Venerem à venustate dictam arbitrantur, eam venustas fit à Venerere nominata, quasi in qua Venus stet, ita iustitia à iure, quod in ea ius stet, spreris his Grammaticorum regulis, ipsius naturæ & rerum ordo nos admonet, vt nomen iustitiæ à iure deducamus, nam quod nobis lex aut ratio dicitur faciendum, ius est, quod ex illo rationis præscripto fit, iustum vocatur, virtus qua iustum fit, iustitia dicitur, quod quia facere non potest, nisi qui iuris vim, naturam-

que cognouerit, vocata est apud Græcos *δυναστων* quasi *δυναστωσων* id est iuris sciētia & intelligētia, at omnis sciētia (vt Aristoteles docet in Cathégorijs, prædicamento ad aliquid, siue de Relatione) posterior sit oportet, eo cuius est sciētia, Vt cantus prior est quàm ars musica, & numerus quam Arithmetica, & scibile quam sciētia: sic prius erit ius, quam iustitia, nam est tamquàm ministra iuris, cum eius quodam modo curationem & dispensationem susceperit ac proinde à iure iustitia nō à iustitia ius nomen & deriuationem accipiet.

Quam difficultatem, que Theologorum, Legistarum & Canonistarum animos vehementer contorsit, vt tollerent, cōfinxerūt solutiones quasdam, & à veritate, & à bona Vlpiani intelligentia satis alienas, vt videre est apud Accursium, Dinum, Bartolum & Baldum ex antiquioribus. Et ex modernioribus Duarenū, & Corrasium numero quarto & quinto. Petrum Velleum de Guevara in enarrationibus ad hunc titulum de iustitia & iure. Alciatum libro primo. parergon. capitulo vicesimo nono. Antonium Contium. libro secundum succisuarum lectionum. capitulo sexto. Vbesembechium in paratitla iuris ciuilibis hoc titulo de iustitia, & iure. numero tertio. Angelum, Fabrum, Vlpianum de Zanis Othomanum, Minsingerium & ceteros. in paragrafo primo. institu-

tis

ta de iure naturali. Solum libro tertio. de iustitia & iure questione prima. articulo primo. quos in hoc Vlpiani contextu, valde fuisse allucinosos, ex his que nūc dicemus, probabitur, idcirco in eorum confutatione longius detineri non placuit.

Quamobrem, tu aliter difficultatem solves, aduertendo, quod Vlpianus hic, tradidit explicationem huius vocabuli (ius). non quia ius ipsum specialis virtutis iustitiæ obiectum, sed quia iuris sciētiam significaret, nam & definitionem legalis nostræ sciētiae supponit, & de ea quasi toto hoc capite, sub nomine iuris tractat, vnde cum iuri, id est iuris ciuilibis sciētiae, daturum operam, dixisset prius nosse debere, vnde iuris nomen descendat, id est vnde sit, quod hæc legalis sciētia ius apelletur, non male subiunxit, ius à iustitia venire, imo magis propriè est loquutus Vlpianus, dicendo, ius à iustitia esse appellatum, id est sciētiam legum, à iustitia, ius simpliciter fuisse nuncupatam, ex eo quod huius sciētiae studiosi, in primis iustitiam colant, & ad eam sua omnia responsa, decreta, interpretationes & dogmata, tamquam ad suum verum scopum referant, nam in æqui & iniqui (quorum ius ars est) notione consistit vera ratio, qua iusti ab iniusto possint discernere: cum ergo, materia huius studij, seu legalis sciētiae, in eisdem

rebus in quibus & iustitia versatur, & eius officium principale sit omnes vias, quæ ad iustitiam sunt inuenire, & inuentam iustitiam cōstitueri, non immeritò hæc sciētia, à iustitia, quæ tantopere colit & obseruat & cuius executionem præterdit, ius appellatur, & hoc ipsum (& si Grammatici nescias qui, & iurisperiti nostri aliter intellexerint) olim Cornelius Scipio, in re publica Ciceronis significauit his verbis. Cum illud ipsi, ius esse dicant, quod à iustitiæ fonte manarit, id est idè appellatum esse ius quod à iustitiæ fonte, quam solum ius ciuile considerat, principium ortum & progressum habuerit: illud enim verbum (quod) non relatiuè, vt ius referat, sed adverbialiter sumi debet, vt sit sensus, idè ius appellatum esse, hanc iuris scripti & legum ciuiliū sciētiam seu (vt alij volunt) (quorum opinionem, cum alia se nobis obtulerit occasio latè confutabimus) artem & facultatem, quod à iustitiæ fonte manauerit, à quo fortasse desumpsit Vlpianus noster, principium suæ legis, dum dixit, à iustitia fuisse appellatum, & quod hic sit propriissimè Vlpiani sensus, pluribus docere fundamentis conabor, primo, ex eadem lege prima. in principio, vbi sic ait, iuri operam daturum, prius nosse oportet, vnde nomen iuris descendat. Est autem ius à iustitia appellatum, nā vt eleganter Celsus diffinit, ius

est ars boni & æqui, cuius merito quis nos sacerdotes appellet) per illa enim verba iuri operam daturum, non obscure demonstrat, se de scientia (vel ut alij vocant) de facultate hac nostra legali tractare, & per illa cuius merito sacerdotes quis nos appellet, id est nos Iuris consultos, qui illi operam damus & interpretamur. Et postea in paragrapho sequenti, id clarius docuit, dum dixit, huius studij duæ sunt positiones, publicum & priuatum, id est huius scientiæ seu facultatis legalis, duæ partes sunt, vel duabus partibus cõstat, priuato videlicet & publico iure, publicum ius est, quod ad statum rei Romanæ spectat, priuatum quod ad singulorum utilitatem, quæ latius ibi profequitur & titulus eiusdem legis id magis confirmat, desumpta enim est ex lib. i. institutionum Vlpiani, in quibus docebat methodum, quã dantes operam huic scientiæ, essent obseruaturi, & sic cum methodum iuris addiscendi, id est legalis scientiæ perdiscendæ, discipulis traderet, optimè incepit, monendo iuri operam daturum, vt noscat prius, vnde iuris nomen sua facultas assumpserit, quod à iustitia in cuius cognitione & administratione versatur, accepisse asserit, & per hanc, quam verissimam existimo interpretationem, cessant supradictorum patrum solutiones, quas fortasse & nõ improprici posses diuinationes vocare.

Ad quintum argumentum, quo dicebamus, pactum non posse nasci aut deriuari à pactione, quia nihil nascitur à se ipso, cum pactum & pactio idem sint, vt ex vtriusque definitione constat, respondetur: quod propriissimè processit Vlpianus, cum pactum deduxit à pactione, naturalem rerum ordinem, non grammaticorum regulas sequutus, cum prius pactio, & inde à pactione pactum fiat, & constituatur: est enim pactio, ipsa contrahentium conuentio, pro vt est in esse deduci, eo enim tempore, quo actu contrahunt, rectissimè dicentur contrahentes pactionem celebrare, pactum est ipsa conuentio, pro vt est in esse deducta, & sic erit veluti quidam effectus, resultans ex ipsa pactione, vt notauit & benè Accursius hic, in verbo pactum, quem sequutus est Bartolus, Paulus de Castro, & Alexande hic, Caccialupus. in tractatu de pactis. quæstione secunda. Nec obstat si obieceris in. 5. igitur nuda. scribi pactionem pro conuentione, non pro vt in esse deduci, sed pro vt est in esse deducta, nam ait Iurisconsultus, igitur nuda pactio actionem non parit, sed parit exceptionem. Quia respondet & benè Petrus Calefatus in l. Iurifgentium in principio numero decimo quinto. ibi. causam poni pro cautato. Vt apud probatissimos, & eloquentes auctores, sapissimè fieri, plusquam, mani-

manifestum est, & in loco relato Calefactus docet, & Vbesembchius in paratitla iuris ciuilibus hoc titulo de pactis. num. 2.

Nec si in his explicandis, aliquam fecimus moram, culpæ conferenda erit, cum nihil, in quo lumen aliquod ingenij quæat illucere, prætermitti à doctis lectoribus, & commentatoribus debeat, nam studia hæc nostra, non practicæ utilitate, & emolumento solum (vt communiter huius disciplinæ Doctores solent facere, nam sic lucrum sibi quærentes, extremam quasi perniciem legali nostræ scientiæ afferunt) sed honestate etiam & voluptate, quam quisque bene à natura conformatus, ex vera cuiuscũq; rei inuestigatione, debet & potest percipere, metienda sũt. Materiam transactionis, concordie & pacis, idè visum fuit prætermittere, quamuis Alexander & Iasio hic tractent, quod à proposito principali huius textus, non nihil senserim alienam.

Nec nimis aliena est, à propria deducendorum verborum ratione, alia secunda pacti etymologia, tradita ab Accursio hic, qua pactum dici putat à percussione palmarum, ex text. in l. i. ff. de censibus. vbi eadem opinionem iterum repetit, & quia huc errorem Accursij, ferè omnes nostræ facultatis auctores, tam veteres quàm neotericos, sequutos fuisse (vt sæpe sine alia consideratione solent) perspexi, immorari placuit

paululū, indeclarando Vlpiano in d. l. i. ff. de censibus. cuius mala intelligentia, orta ex ignorantia antiquitatis, cuius ibi quædam memoria refertur, fecit Accursium & ceteros in hæc opinionem induci. ait enim Vlpianus. Tyrriorum Coloniam, tenacissimam fuisse fœderis quod cum Romanis percussit, ecce inquit Accursius, cum suis sequacibus, quomodo pro pacto, quod cū Romanis fecit Tyrriorum Colonia fœdus percuti dicitur id est palmas manuum percuti, seu tangi, à quæ palmarum percussione, pactum postea est nominatum, & ab eò fluxisse (aiunt ceteri) communem consuetudinem, vt cum pactum pacis fit, pacifices mutuo sibi porrigant manus, quasi idem profus esset, manus seu palmas percuti, & fœdus percuti, de quo Vlpianus meminit. ibi. à quo tantum abfuit percussione palmarum meminisse, quantum quæ referemus, monstrabunt.

Ad quæ melius percipiendâ aduertendū est, quod loquendi formula, vsurpata ab Vlpiano in d. l. i. manauit à veteri quadam Romanorum consuetudine, quæ in celebrandis fœderis seu pacis conuentionibus, cū exteris gentibus, solebant obseruare, in his. n. in eundis, certâ fuisse ex feciali iure verba adhibita, ostendit tranquillus. in Claudio. cap. 25. cum Regibus (inquit) fœdus in foro icit, porca casa, ac veterum fecialium præfatione adhibita, ea autem præfatio, qualis fuerit, ex Liuij ver-

bis quæ sequuntur apparebit, sic enim ait libr. 1. ab vrbe condita De cade. 1. de fœdere inter Tullum Hostilium, & Albanos agens, priusquam dimicarent, fœdus ictum inter Romanos & Albanos, his legibus: vt cuius populi ciues, eò certamine vicissent, is alteri populo cū

IVBES NE. ME REX. CVM PATRE PATRATO. POPVLI ALVANI. FOEDVS FERIRE. Iubente Rege. SAGMINA. (inquit) TEREX POSCO. Rex ait PVRAM TOLLITO. fecialis ex arce graminis herbam puram attulit. REX. FACIS NEME TV. REGIVM NVNTIVM POPVLI ROMANI. QVIRITIVM. VASA COMITESQVE MEOS: Rex respondit. QVOD SINE FRAVDE MEA. POPVLI ROMANI. QVIRITIVM FIAT. FACIO. Feccialis erat Marcus Valerius, is patrem Sp. Fufium fecit, verbena caput capillosque tangens, pater patratus ad ius iurandum patrandum id est sancendum fit, fœdus multisque id verbis, quæ longo efata carmine, non opere est referre, peragit legibus deinde recitatis. AVDI (inquit) IVPITER. AVDI PATER PATRATE POPVLI ALVANI. AVDI TV POPVLVS ALVANVS. VT ILLA PALAM PRIMA. POSTREMA. EX ILLIS TABVLIS. CERA VERE CITATA SVNT. SINE DOLO MALO. VTIQVE EA. HIC HODIE RECTISSIME INTELLECTA SVNT. ILLIVS LEGIBVS. POPVLVS ROMANVS PRIOR NON DEFICIET. SI PRIOR DEFEXIT. PVBLICO CONSILIO. DOLO MALO. TV ILLO DIE. IVPITER. POPVLVM ROMANVM SIC FERITO. VTEGO HVNC PORCVM HODIE FERIAM. TANTOQVE MAGIS FERITO. QVANTO MAGIS POTES. POLLESQVE. Id vbi dixit (ait Liuius) porcum saxo silice percussit, quem ritum idem author alijs duobus locis perstrinxit. libr. qui dem. 9. in hunc modum, quod enim sponsionibus in fœdere opus esset, aut obsidibus, vbi pœfatione res transigitur, per quem populum fiat, quominus legibus dictis stetur. VT EVM ITA IVPITER FERIAT. QVEMADMODVM AFECIALIBVS PORCVS FERIATVR. Idem libr. 30. sic ait fecciales cum in Africam ad fœdus ferendum ire iuberentur ipsis postulantibus, Senatus Consultum in hæc verba factum est. VT PRIVOS LAPIDES. PRIVASQVE VERBENAS. SE CVM FERRENT, VT PRAETOR ROMANVS. HIS IMPERARET. VT FOEDVS FERIRENT.

Hæc omnia Liuius cum igitur ab eo quod in fœdere incundo, porcus feriretur,

bona pace imperitaret, postea formula qua celebraretur iudens fœdera alia alij legibus cæterum eodem modo omnia fiunt, tunc ita factum accepimus, nec vilius vetustior fœderis memoria est, feccialis Regem Tullum ita rogavit.

DISPVATIONVM
riretur, fœdus ferire dicerent, vel ab eo quod percuteretur, veteres percuti fœdus nominarent, vt supra-relata Liuij verba satis demonstrant: non obscure imo clarissime colligitur, Accursium errasse cum suis sequacibus, dum dixit fœdus percuti, vsurpasse Vlpianum, quod manuum palmæ percuterentur, & ab ea palmarum percussione, pactum nuncupatum esse, quæ in congruens est, & falsa pacti deductio, vt iam manifestum effecimus, prope remus ad reliqua.

SVMMARIA AD Caput Octauum.

- 1 *Sex contenditur argumentis impugnari, diffinitio pactiois ab Vlpiano tradita,*
- 2 *Quid pactum, pactio, placitum, pactum conuentum, pactum & conditum, & consensus traditur, Pactum nudum, esse genus, ad pactum simpliciter, & ad pactum conuentum, nouè docetur.*
- 3 *Diffinitio etiam in morali Philosophia, vero genere & differentijs debet semper constare.*
- 4 *Verbum conuentio, loco consensus repandendum esse, vel verbum consensus pro conuentione intelligendum fore ostenditur.*
- 5 *Vlpiani diffinitio, ad pactum, vero genere & differentijs constans probatur.*
- 6 *Defenditur prædicta Vlpiani diffinitio à Duareni obiectione.*
- 7 *Ad quinque priora argumenta contra prædictam pacti diffinitionem traditur solutio.*
- 8 *Sexti argumenti solutio, ab Accursio tradita refertur, quæ tamen sequentibus numeris refutatur.*
- 9 *Nouè intelligitur textus in l. omnis diffi-*

nitio. ff. de regulis iuris.

- 10 *Refertur & confutatur explicatio communis ad diffinitionem pollicitationis de qua. in l. 3. ff. de pollicitationibus.*
- 11 *Refutatur Duareni secunda opinio asserens pollicitationem dicente expressam alterius partis acceptionem.*
- 12 *Reijcitur tertia Decij opinio, differentiam inter pactum & pollicitationem inducens, vt illud vtriusque contrahentis expresso, hæc vero vtriusque tacito consensu celebretur.*
- 13 *Quarta Croti & Cuiacij differentia, quod pactum ab instigatione partus, pollicitatio vero à proprio offerentis motu dicatur refellitur.*
- 14 *Quinta Fortunij opinio rejicitur, quæ habet pollicitationem solum Deo vel reipublica posse fieri.*
- 15 *Sexta Vaconij differentia, inter pactum & pollicitationem confutatur, vt hæc ab sique interrogatione, illud vero non sine alterius partis interrogatione possit celebrari.*
- 16 *Vltra Doctores traditur nouè alia inter pollicitationem & pactum differentia, vt illa gratuita, pactum vero onerosa sit promissio, & declaratur diffinitio pollicitationis, in. di. l. 3. ff. de pollicitationibus.*
- 17 *Duabus prædicta sententiæ obiectionibus respondetur intellecta nouiter. l. sciendū. §. dictum. ff. de edilitio adiecto. numero. 18.*
- 19 *Pollicitatio dotis, non onerosa, sed potius gratiosa censi debet, cum filia principaliter non vero genere fiat.*
- 20 *Verba ea (in idem) posita in pacti diffinitione, aliter quam à comuni explicantur.*

C A P V T Octauum.

Est autem pactio, duorum pluriumve placitum & consensus.



BARTOLVS ET ceteri patres antiqui, mirum profecto est, quã breuiter & perfunctoriè, hanc pactionis diffinitionem explicauerint, nec id merito cum à vera cuiusque rei diffinitione, quæ rei substantiã declarat, bene aut male intelligenda, totius materiæ pèdeat, vel ignorantia vel cognitio: neoterici autem, id aliquantulum tractant latius, sed ita confusse & variè simul, vt potius offudisse tenebras, quàm lucem his iuribus intelligendis attulisse, possint & debeant cèseri, vt qui in eorum lectione se versauerit, facili cognoscet experimento. Ego verò, cum tam in docendo, quàm scribendo, diuersam ab illis methodum sequutus fuerim, quam doctis hominibus (quibus solis satisfacere in animo est) non displicuisse perspexi, consueto hoc more nostro, an propria sit & legitima, hæc pacti diffinitio, & quo modo debeat intelligi exacta dispensatione consecretabor.

Q V A E S T I O quinta.

*V. DIFFINITIO PACTIONIS
ab Vlpiano tradita, quam dicit esse duorum plurimumve placitum & consensus, propria sit ac vera.*



NONNULLI sunt, qui hanc pactionis, seu pacti diffinitionem, vt non satis aptã & propriam, ei rei quam explicat, acriter reprehendunt: vt refert Connanus lib. 5. commentariorum iuris ciuiliis. c. 1. n. 10. à quorum calumniosis obiectionibus, Vlpianum tutandum libenter suscepimus. In qua tractatione, non prætermittemus, quæ vtriq; parti, vel congruant vel noceant, vt discussis sic omnium rationibus, veritas clariùs elucescat. Im morari hic non placuit, in explicando, quare pactionis, non pacti Vlpianus diffinitionem tradiderit, cù de pactis sit titulus seu rubrica inscripta: & edictum prætorium, de pactis, idem Vlpianus se explicaturum professus fuerit: cum iam in quaestione immediatè præcedenti, quod huic loco accommodari possit, retulerim: quo lectorem remittimus.

Quòd igitur, hæc sit impropria, vel pacti, vel pactionis (quod idem est) diffinitio, ex sequentibus probat. Primo, quia si vera esset, sequeretur, quod si duo medici, aut Philosophi, aut Iuriscòsulti, de aliqua suæ artis difficultate & quaestione, in vnum & idem consentiant, verè pactum faciant, & eorum placita, pacta debeant vocari: cum res plurium in idem habeat consensum, quæ substantia pacti est, secundum

Vlpia-

Vlpianum hic, at hoc absurdus est quã ab aliquo admitti possit, ergo illud ex quo sequitur: pactum videlicet solum, esse duorum placitum & consensum, quæ admodum Vlpianus dicit.

Secundo, diffinitiones omnes (vt bonæ sint) necessariò requiruntur, vt ne quid diminutum neque quid superfluum contineat, sic docuit Philosophus li. 6. topicorum. c. 1. quod Tullius lib. 1. de oratore. & ad Brutum sepe repetit. & nostri latè tractant in. l. 1. §. doli. ff. de dolo. Sed in hac diffinitione Vlpiani, superfluum est illud verbum (placitum) vel illud (consensus) nã idem prorsus significant ergo non erit bona diffinitio.

Tertio, si aliquo pacto excusari posset, illa superflua consensus repetitio, maximè dicendo, quod verbum illud placitum, per figuramendiadis assumi debeat adiectiuè, & sic resoluantur illa duo, in hæc (placitus consensus) vt Bartolus cum Accursio, quos ceteri sequuntur, tenent hic: sed hæc ratio non sufficit, ergo nulla: maiorem omnes cõcedunt, minorem autem sic probo, omnis stipulatio, continet cõuentionem, quia continet consensum, vt idem Vlpianus hic, in versiculo ad eò. Sed stipulatio reperitur sine spontaneo consensu. l. & eleganter. §. non solum. ff. de dolo. ergo & conuentio reperitur sine placito seu spontaneo consensu, cum pactum & conuentio in specie æquiparentur ab eodem Vlpiano hic.

Quarto, si hæc Vlpiani diffinitio

esset bona, conuerteretur cum suo diffinito, hoc enim ad diffinitionis essentiam, esse necessarium omnes agnoscunt, ex Philosopho in Topicis lib. 6. c. 1. cum sequentibus sed hæc diffinitio non conuertitur cum suo diffinito, ergo non est bona: maior certa est, minor autem sic probatur, nam diffinitum hic ab Vlpiano, vel pactum nudum est, vel quod ad eius differentiam, cõmuniter vocant vestitum, nan tertium nullum aliud esse omnes affirmant & rectè, sed neutri horum cõpetit diffinitio, ergo. Quod non competat nudo, probo, nam pactum nudum, idem à lege ciuili non est cognitum, quia in taliter promittente, potius præsumit lex leuitatem quandam & iactantiam, quàm verum consensum, sic fere vniuersa legistarum & canonistarum schola concedit: si ergo in pacto nudo promittente, lex præsumit non adesse consensum, non erit bona pacti nudi diffinitio, dicens, duorum esse cõsensum, cum adiciat consensum, in eo qui secudum leges nec verè nec fictè cõsensit quod non cõpetat vestito probo, pactum vestitum, est pactum quod approbavit ius ciuile, dato speciali nomine & actione, sed hæc diffinitio non enumerat nomẽ, dicendo quod pactum est duorum cõsensus nominatè, cù sit de substantia pacti vestiti vt dicemus infra. li. 3. c. 8. ergo nec pacti vestiti bona erit diffinitio, ac p̄inde vitiosa cùnõ cõuertat cù aliquo pacto.

R 5 Quin-

Quintò, Gregorius nonus Pontifex Maximus in c. pactum de verborum significatione. diffinit pactum, esse inter partes convenientem scripturam legibus ac moribus comprobata, eam diffinitionem desumens à Diuo Isidoro. lib. 3. etymologiarum. c. 24. sed huic diffinitioni, data à diuo Isidoro, & approbata à Pontifice Maximo (quibus videtur standum) non congruit tradita ab Ulpiano: ergo falsa erit Ulpiani diffinitio, tamquam aliena prorsus, à vera explicatione substantiæ, rei diffinitæ, quam Isidorus & Gregorius attulerunt.

Sextò, naturalis obligatio, in conventionibus, non potest nasci nisi ex duorum in vnum consensu, sic docet Ulpianus, in versi. ad eò infr. hac lege. sed in pollicitatione ad est obligatio naturalis, vt ex l. cum amplius. s. is natura debet. ff. de regulis iuris. constat, & nos in quaestione. 1. de pacto nudo, satis late probauimus: ergo in pollicitatione ad est duorum in idem consensus, at Ulpianus in l. 3. ff. de pollicitationibus. inter pactum & pollicitationem, differentiam esse affirmat, ergo cum hæc diffinitio pacti, vt sit duorum in idem consensus, pollicitationi competat, pacto non rectè accommodabitur, cum nulla bona diffinitio, secundum doctrinam Philosophi alijs possit competere à diffinito.

Hæc sunt, non quæ interpretes afferunt (nameorum plura non

attingunt) sed quæ afferri possunt, ad conuincendum Ulpianum, de mala pactiois diffinitione, quæ tamen (si benè cõsiderentur) nullam vim aduersus illū erūt habitura, vt postea in eorum solutione ostendemus. Pro cuius maiori declaratione aduertendum est, primò, quòd cum sit mentio de pactioe, vel de pacto, de pectioe, placito, pacto conuento, pacto & conueto pacto & consensu, pacto & condito, pacto & placito, debet intelligi de pacto nudo, quoniam pactum nudum omnia hæc cõprehendit, quæ uis non idem sint, nec idem possint, vt malè in præsentis notauit Jacobus Cuiacius, nam pactum seu pactum nudum, sumitur dupliciter, vno modo pro genere, alio modo pro specie, nec id nouum est, cum iurisdicatio & adoptio in genere, & in specie reperiantur, vt in specialibus vtriusq; tituli rubricis doctores notant. pactum sumptum in genere idem est quòd cõuentio omnis in nominata, siue sit de per se sumpta siue adijciatur vt conditio, alij nominato contractui, pactum autem in specie, idem est quòd conuentio innominata, de per se subsistens, pactum vero conuentum, est alia species pacti in genere sumpti, quæ non subsistit de per se, nec potest subsistere, sed adijcitur alij contractui speciale habenti nomen & sic plura sunt pacta nuda, quæ nullam producant actionem pactum autem conuentum, & sic pactum

pactum nudum, sit nullam tamen est, quòd actionem non producat, aut informet, vt infra lib. 3. in explicatione. i. iuris gentium. s. sed cum nulla & s. prætor ait latius tractabimus. & sic quemadmodum bona est consequentia, est homo, ergo animal: vel est equus, ergo animal: quoniam hæc duæ species, homo & equus, comprehenduntur sub hoc genere animal, sic etiam erit bona cõsequentia, est pactum simpliciter, ergo est pactum nudum vel est pactum conuentum, ergo pactum nudum est: & sicut non est bona consequentia, homo est animal equus est animal, ergo homo est equus, sic etiam non est bona consequentia, pactum simpliciter est pactum nudum, pactum conuentum est pactum nudum, ergo pactum simpliciter & pactum conuentum idem sunt, quoniam sunt duæ diuersæ species, quæ comprehenduntur sub hoc genere pactum. Nec minus fallitur idè Cuiacius, què sequutus est Vbesembichius in paratitla iuris ciuilis hoc titulo num. 2. in existimando, pactioem & pactum seu pactum conuentum idem prorsus esse, nec vnum alio generalius esse nomen, nam cum pactio & pactum sint idem, & pactum conuentum, sit vna pacti species (vt dixi) non malè cõsequetur, pactioem generalius esse nomè, pacto conuento, & cū ipse fateatur se nescire, vbi differentia inter pactioem & pactum seu pactum conuentum

possit reperiri, ne posthac hac ignorantia laboret. in. s. Prætor ait quem infra lib. 3. c. ii. declarabimus & tractabimus id latius, si ex tam singulari, tot hominum doctissimorum magistro, in discipulum nostrum velit conuerti, eum libenter edocēbimus.

Secundò aduerto, omnem diffinitionem, non solum in naturali, sed in morali etiam philosophia & iuris prudentia, vero genere & differentia debere constare, vt late probat ex Aristotele & alijs, Rodolphus Agricola & Matthæus Phrisemius, lib. i. de inuentione dialectica. c. 5. (quidquid in contrarium velint Accursius, Abbas, Iaso, Decius & alij, quos postea specialius referemus & cõfutabimus) diffinitionemque illam, his constantem optimam esse, qua ratione, dubitari nullo modo potest, quin hæc pactiois diffinitio ab Ulpiano tradita, sit verissima, & rei diffinitæ propriissima, quæ vero genere & differentia constare, probare conabimur. Antequam tamen ad id accedam, quid sentiam de huius textus litera, paucis declarabo. communem enim & vulgatam codicū lectionem (cõsensus) immutatam arbitror, & pro verbo (conuentio) verbum (consensus) adiectum fuisse, duab' tribus ve rationibus sum ad existimandum adductus.

Prima, quia non videtur verosimile, quòd Ulpianus diffinierit su perflue, pactioem, addito illo verbo

bo (placito) seu illo (cōsensus) cum idem prorsus significant: nam excusatio Accursij, Bartoli & cōmunis friuola est, vt supra vidimus, nec alia emēdatio Holoandri, quā sequutus est Gregorius Tolosanus lib. 21. syntagmarum. c. 2. nu. 7. quā dicit non esse legēdum (placitum & consensus) sed (placitum consensus) ita vt placitum sit nomen substantiuum, & consensus adiectiuum, maioris est momenti: cum prāter illud, quod diuinationem sapiat, vero non est simile, cum rarissimo aut numquam, cōsensus, adiectiuum reperiatur: tum etiam, quia eadem manet difficultas, & idem inconueniens, quod in intellectu communi (placitus consensus) supra retuli. Minusque placet immutatio alia Hotomani. 2. volumine suorum tractatum. titul. de pactis, in principio, quā legit sic diffinitionem, vt sit duorum plurium ve in idem placitum, consensus: faciens verbum illud (placitū) quod est in nominandi casu, in accusandi cōuerti, cum quia sine sufficienti ratione, tollit cōiunctionē illā (&) quā inter placitum & consensus, in omnibus codicibus emēdatis reperitur. Tum quia verbum illud placitum, in accusandi casu, tam erit superfluum, ac si in nominandi apponeretur, in quo enim distinguerentur hæ duæ loquutiones, duorum in idem placitum cōsensus, & duorum placitum & consensus? ego certè non video, cum

ergo si in nominatiuo apponatur, superfluum sit, in accusatiuo etiā si apponatur superfluum erit.

Secunda ratio, quæ me mouit, vt pro consensu (conuentio) legerem est recta continuatio literæ eiusdē Vlpiani, in. s. sequenti, cum præcedenti: postquā enim dixerat, quod pactio, est duorum plurium ve placitum & conuentio, statim subdit, continuando, conuentionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotij contrahēdi, transigendi ve causa &c. Si enim consensus, & non conuentio legamus, quo pacto continuari posset paragraphus hic, immediatē subsequens, de conuentione tractans, ad eum qui de consensu egerat: igitur, vt vnus alteri, proprio ac congruo ordine corresponsdeat, legi debet conuentio, præcipuē si aduertamus, morem esse Vlpiano familiarē, vt à verbo eo incipiat vnum. s. in quo finierat & alterum, vt vidimus supra, in principio huius legis ibi. Pactum dicitur à pactione, vt postea inquit, pactio autem &c. Et in. l. i. ff. de iustitia & iure. & alibi sæpè.

Tertia ratio, & non leuior desumitur ex textu, in. l. 3. ff. de pollicitationibus. Vbi cū idem Vlpianus, eandem diffinitionem pacti scribe ret, eam per verbum (conuentio) tradidit, dicens, pactum esse, duorum consensum & cōuentionem, pro (placito) quod hic ponit, vsurpans ibi (cōsensus) & merito, cum idem

idem prorsus sint, & pro consensu quod hic ponitur (conuentionem) quæ legitima est pacti diffinitio, & facit eam constare, vero genere & differentijs, vt modo explicabimus: quæ à superfluitatis vitio, non vindicabitur, nisi perspicuis diuinationibus & expositionibus violentis, si consensus simul cum placito, nō autem conuentio legatur, nisi velis dicere, secundo (cum immutatio literæ communis hic non placuerit) quod consensus in hac diffinitione, accipitur pro conuentione, nec impropria erit declaratio, cum Vlpianus in hac eadem lege, consensum pro conuentione, & cōuentionem pro consensu posuerit, vt patet in. s. adeo. infr. ibi (adeo autem conuentionis nomen generale est, vt elegāter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se cōuentionē, siue re siue verbis fiat, nā & stipulatio, quæ verbis fit, nisi habeat cōsensus, nulla est) Ecce, quomodo pri⁹, pro cōsensu posuit conuentionem, dicens, nullum esse contractum, qui non habeat conuentionem, id est cōsensus, & postea id exemplificans, asserit, adeo verum esse, contractū sine conuentione non valere, vt ipsa stipulatio quæ firmior contractus est cæteris, si consensum non habeat, id est cōuentionem (nam de conuentione loquutus erat) pro nulla debeat haberi. Sic etiam videmus, quod conuentionem, per verbum consensus

explicauit. in. s. cōuentionis verbum, ibi: nam sicuti conuenire dicuntur, qui ex diuersis locis in vnū colliguntur & venturū ita qui ex diuersis animi motibus, in vnū cōsentiant. Ad inuicem enim vnū per aliud declarat, vñum etiam vsurpās pro alio, vt infra magis explicabimus. Quod tertio confirmatur fortius, ex. l. i. ff. de rerū permutatione. vbi Paulus, cum de nuda cōuentione permutationis tractaret, sic ait, item emptio & venditio nuda consentientū voluntate contrahitur, permutatio autem, ex re tradita initium præbet obligationi, alioquin si res nondam tradita sit, nudo cōsensu constituit obligationem diceremus &c. Nudo consensu, pro nuda conuentione vsus, quod iterū Vlpianus edocuit, in. l. sufficit. 4. ff. de sponsalibus, vbi nudum consensum, pro nuda conuentione expressè posuit, & alibi sæpè eum & reliquos fecisse videmus.

Pactio, est duorum plurium ve placitū. hæc ponit Vlpianus loco generis, nam aliquid duobus aut pluribus placere, non solum commercijs & contractibus conuenit, sed iudicū sententijs conformibus, medicorum, Philosophorum & Iuris consultorū in quæstione aliqua vel difficultate, consentur communi, quæ solent placita vocari, arrepta enim Gallifernatus decreta nuncupāt, verbo Græco, quasi placita, vt Budeus in. l. fina. ff. de senatoribus. notauit, & nos supra retulim⁹, quæ

270 D. FERDINANDI MENDOÇAE

quæ omnia vrà pacti diffinitione excluderentur, adiecit propriam eius differentiam, quæ consistit in verbo illo (conuentio) seu (consensus) sumpto pro conuentione: quasi dicēs, omnia duorum vel plurium placita, habere debent conuentionē, id est vt pacta vocentur, & sint, celebrari debēt de aliquo negotio contrahendo, seu transigendo, nam in eo consistit formalis pacti substantia, id enim significat verbum, (conuentio) vt idem Vlpianus in 5. immediate subsequenti docet, dicens, conuentioni verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotijs contrahendi, transigēdiq̄ causis consentiunt, qui inter se agunt, nam sicut conuenire dicuntur, qui ex diuersis locis, in vnum colliguntur & veniunt, ita qui ex diuersis animi motibus, in vnum consentiunt, id est in vnam sententiam decurrunt. Excluit etiam per verbum illud (conuentio) pollicitationem, nam quamuis verè & realiter in pollicitatione, de aliqua re vtili, et si expressus non sit consensus, tacitus debeat præsumi, l. qui patitur. ff. mandati. non tamen adest conuentio, quoniam iam conuentio, affert secum negotium, quod vtrique vel vni parti solet esse onerosum, quod in pollicitatione non est, vt latius dicemus in solutione sexti argumenti, & sic intellecta Vlpiani nostri diffinitio, non indigebit supplementatione figuræ grāmaticalis endiadis, quæ

sup

subintelligunt Bartolus, Accursius & reliqui, cuius nec meminit Vlpianus hic, nec erit alicuius roboris argumentum quod idem Bartolus obijcit, de copula illa (&) quæ cum poni debeat inter diuersa, vt notat glossa recepta communiter, in rubrica. ff. de iuris & facti ignorantia in hoc Vlpiani loco ponitur inter similia, vt est placitum & consensus, quod incongruè videtur positum, nam intellecto pro consensu verbo (conuentio) vt verò similis esse iam probauimus: vel intelligēdo, appellatione consensus, conuentionē, remanet copula illa (&) inter diuersa, & sic nulla vrgebit difficultas, cessabuntque inanes eiusdem Bartoli, Alexandri, Iasonis & cæterorum modernorum expositiones, dicentium, quod cum copula cadit inter duo, quorum vnum de necessitate inest alteri, tunc illa duo resoluntur in vnum, sicut adiectiuum alterius, & eo modo exponendum esse placitum & consensum, id est placitum consensus: video enim eos, cum alicuius legis intellectum non assequuntur, cum ex suis expositionibus, hæreticę prauitatis non possint nasci suspitio, statim cōfingere resolutiones quasdam, quas si non de hæresi id est electione cōtra fidē, de hæresi tamē contra bonā iurisprudētiam fat bene posses arguere: ex quorū numero, vna est, quæ de copula (&) hic excogitarūt, cuius virtutem a libi aliquādo exactius declarabimus.

Ad

6 Ad pacti diffinitionem magis explicandam, iterum cōuertamur video enim Duarenū hic, obijcientem mihi, hanc quam Vlpianus hic tradit nō esse pacti diffinitionem, sed pactionis, quam arbitratur esse nomen generale, ad omnes conuentiones, siue pacta sint simpliciter, quæ nuda intelliguntur, siue cōtractus nominati, quæ vestita vocant, vt est emptio, locatio, societas, &c. hoc tacito innixus argumento. Nā si pacti esset diffinitio, sequeretur vna differentia carere, ac proinde reddi vitiosam, cum non exprimat quid inter pactum nudum & cæteras conuentiones nominatas intersit, quod verum videtur, nam si in pacto adest duorum placitum & conuentio, in emptione & cæteris cōtractibus id ipsum reperietur, nam quotiescumq; duo contrahentes, cōueniunt de pretio certo in emptione, verificatur in ea conuentione, hæc pacti diffinitio, nam adest placitum duorum, quia verè volunt & cōsentiunt, & adest conuentio, quia placitum istud, est de negotio gerendo seu contrahendo, re videlicet empta & pretio, & sic videtur diminuta esse pacti diffinitio, quod omnia supra dicta destruit.

Sed certè quamuis Duarenus, in duobus locis ibi, teneat cōstanter hanc non esse veram pacti diffinitionem, & grauius conqueratur de Iustiniāno, quod edictō suo Vlpiani & cæterorum iurisconsulto-

rum volumina non integrè extare permiserit, sed tolli quædam, alia frustrari præceperit, in quibus pacti diffinitionem (si extarent) se inuenturum arbitretur, verissimè tenendum est, eādē esse pactionis & pacti diffinitionem, cum pactione & pactum, non distingui formaliter supra dixerim, quod probauit idem Vlpianus. l. 3. ff. de pollicitationibus. dum pactum diffiniens, eandem quā hic pactioni tradidit diffinitionem, a cuius laqueis, vt se Duarenus eximeret, respōdit, nec ibi exprimi plenam & absolutam pacti diffinitionem: sed solum generi, differentiam vnā addi, quæ pactum distinguatur à pollicitatione, sed vtrumque falsum esse rectissimè opinatur Iacobus Cuiacius hic, & si in probatione defecerit, ait enim, diffinitionem hanc pacti perfectam esse, quia contractus, cui potest competere, nō solum est duorum consensus, sed consensus ex quo obligatio cōtrahitur, & sic cum aliquid amplius habeat contractus, quàm pactum, nō propriè dicitur congruere, pacti diffinitio contractui, deficit enim probatio, ista (vt dixi) quia quamuis verum sit, illam qualitatem, vt ex consensu solo, nascatur obligatio in contractibus, pacto non competere, non perinde fit pactum, quod diffinitur, per solas qualitates cōtractui etiam competentes, optimè diffiniti. Quemadmodū enim, si quis diffiniens hominem, diceret esse

cor-

corpus animam sensitivam habes, non rectè diffiniret, nam per hanc qualitatem, homini & equo competentem, non poneret differentiam qua homo ab equo distingueretur et si equus habeat aliam qualitatem, quod est esse irrationale, quae homini non competit: sic etiam, non erit bona diffinitio pacti, tradita per solam qualitatem, quae pacto & contractui aequae competat, et si contractus habeat aliam qualitatem, quod ex eius solo consensu, nascatur actio, quae pacto non congruit, igitur repulso Cuiacio alia defendendi Vlpiani via quaerenda erit.

Ego enim (si aliquid iudicium nostrum in legum interpretatione posse, censendum est) ita difficultatem hanc arbitror dissolvendam, ut verissima sit & perfecta, haec pacti ab Vlpiano tradita diffinitio, cuius differentia ultima, qua deficiere Duarenus existimat, petenda erit ex ipsius Vlpiani diffinitionis fine, proposito & intentione, iuxta quae, clausulas omnes & verba esse interpretanda ex eodem Vlpiano lib. 2. disputationum, relato in l. si quis intentione ambigua. ff. de iudicijs. Bartolus rectè notavit. cum enim Vlpianus, in hoc titulo, solum velit tractare, de conventionibus innominatis, & pactis quae vocant nuda, ut ex inscriptione tituli seu rubricae de pactis constat, nec aliud velit quam edictum praetorum de pactis interpre-

tari, ut in principio huius legis docuit. Ibi huius edicti equitas &c. cum diffiniuit pactum, dicens esse duorum placitum & conventionem, seu consensum, perinde haberi debet, ac si clarius dixisset, est pactum duorum pluriumve placitum solum & conventio, siue quod idem est, placitum & conventio sine nomine, & sic per verbum illud solum, seu innominatum, differentiam adiecit, qua distinguitur pactum nudum à ceteris contractibus seu conventionibus habentibus speciale nomen, & quamvis expressè id non adiecit, ex subiecta materia quam habebat in manus iustissime intelligendum erit, ex regula communi iuris consultorum, qua docemur, iuxta subiectam materiam verba esse interpretanda, & intelligenda. l. si vno. ff. locati. l. insulam. ff. de praescriptis verbis. l. stipulatio ista. s. hi. ff. de verb. obligation. quod magis confirmabitur, si advertamus, quod Vlpianus, non loquebatur cum tyrionibus in iuris civilis notitia & cognitione, sed loquebatur cum iurisconsultis Romanis, cum praetoribus & iudicibus, quos perpetuorum edictorum, oportebat seire in interpretationes, qui appellatione pacti, vel placiti, in materia conventionum, conventionem seu pactum solum, seu quod idem est, pactum innominatum, seu nudum propria appellatione intelligebant, ut idè Duarenus & Cuiacius hic notant, & ex

Baldo & Iafone quos sequitur, resoluit, Andreas Alcia. in rubrica codicis: hoc titu. de pactis. & hac putare ut novissimam, sic verissimam excusandi Vlpiani univiam rationem, quam vellim à lectore attentius expendi.

7 His sic suppositis, argumenta in contrarium adducta non obstabunt: nam primum quo dicebamus, Philosophorum & Iuriscultorum placita, pacta posse vocari, si substantia pacti, in solo duorum placito & consensu consisteret, ut communis Vlpiani diffinitio habet, iam supra sublatum est, cum docuimus, non consensum, sed conventionem esse legendum, vel verbum (consensus) pro conventionem esse interpretandum, quae rejicit omnia placita, quae de aliquo negotio contrahendo seu transigendo non fiant, ut ex s. conventionis verbum immediatè sequenti constat, & ibi latius dicemus.

Nec secundum obstat, nam quavis verum sit, bona diffinitionem, nihil superfluum continere debere, aut diminutum: non tamè inde colligi potest, hanc pacti diffinitionem, bonam non esse, cum placitum & conventio, siue consensus sumptus pro conventionem, ut iam supra explicavimus, diversa sint, & in specifica differentia, ab alijs contractibus pactum constituent, ut in corpore questionis resolvimus.

Ad tertium fatemur, communem illam Accursij, Bartoli & ceterorum sequentium expositionem, ut placitum & consensus, convertatur per figuram endiadis, in haec, placitus consensus, seu

spontaneus consensus, falsam videri, cum stipulatio, & alius quicumque contractus, per metum celebratur, ubi non ad est spontaneus consensus, non desinat esse talis ex solo timore. Ut constat clarè in l. si mulier. s. i. & s. metu coactus. i. & 2. & s. fi. & toto tit. ff. de met. causa & de doli mali & met. exceptione. c. sacris & toto penit. de his quae vi met. ve causa &c.

In solutione 4. non multum detinebimur, nam cum iam dixerim, quod ubi fit metio de pacto, debet intelligi de pacto nudo: non erit difficile colligere, diffinitionem hanc Vlpiani, propriam esse pacti nudi, et ei verè competere, non autem vestito. Nec aliquid obstat, quod ferè univèrsa Legistarum et Canonistarum consensus affirmet, ideo fuisse denegatam pacto nudo actionem, quia potius ex levitate et iactantia, quam ex vero consensu, taliter promittentem pacisci lex praesumpserit, perindeque cum in pacto nudo non ad sit duorum consensus, ut lex supponit, non posse competere ei diffinitionem Vlpiani, quae dicit duorum esse placitum: nam ea doctorum opinio falsa est, ut latissime ostendi, cum eam quae stionem disputarem, an inter ius civile, canonicum & Regium Castellae, in observatione pacti nudi intersit aliquid, ad quod (quae lib. 3. infra disputabitur) relegamus lectorem.

Quod in s. attulimus, de Gregorio Nono Pontifice Maximo, & D. Isidoro, pactum diffinitionem, esse inter partes convenientem scripturam, legibus

& moribus comprobata, et si diuersas doctorum recipiat solutiones, tam in d. cap. pactum de verborum signific. quam in cap. i. de pactis. nullam tamen illorum veram esse, & textui congruentem, in quaestione de pacto nudo, ad solutionem decimi tertij argumenti, satis neruose probaui. vbi ostendi, Isidorū, pactū pro vt cōuentio est, minime diffinisse: sed pro vt est instrumentum eiusdem pactiois, vt assumitur in l. iuris gentium. §. quod ferè. ff. eod. rationes alias, quibus nouam hanc interpretationē nostram roborauimus, eodem loco latius retulimus.

Ad sextum argumentum, in quo contendebam probare, diffinitionem traditam ab Vlpiano, vitiosam esse, ex eo quod deficit in vno casu, nā dabimus duorum placitū & consensum, qui pactum nō sit, vt in pollicitatione, ex qua ob mutuum consensum naturalis nascitur obligatio: respondēri potest, ex sententia Accursij in l. omnis diffinitio. ff. de regul. iuris. dicentis, in iure nostro, diffinitiones quæ plura & generalia complectuntur, debere sustineri, quāuis in aliquo casu speciali deficiāt, à quo casu speciali, cōtra diffinitionē nō posse desumi probabile argumentū arbitratur, quē sequuti sunt Abbas, Aretinus & Decius, in rubrica extra de iudicijs. nu. 25. & 26. Alexand. in rubric. ff. soluto matrimonio. & alij relati ab Alciato lib. 6. Paradoxo-

rum. cap. 9. affirmantes, quod non debet in iure nostro, cēseri vitiosa diffinitio, quāuis in casu vno speciali deficiat: quo excusari potest Vlpianus, in hac de pacto, quā tradidit, nam quāuis in pollicitatione, sit aliquando duorum consensus, regulariū tamen, seu generalius id in pacto contingit, & cū in pollicitatione idē euenerit, erit casus specialis, à quo contra diffinitionem pacti, argumentum sumi nō potest, ex doctrina authorum quos retulimus.

Sed hæc & alia, quæ in hoc diffinitionis proposito, à nostris traduntur, tam à bonarum artium cognitione aliena puto, vt eis confutandis pudeat immorari: certissimi enim iuris est, sic diffinitum ac diffinitionem æqualia esse debere, vt vbi cumque sit diffinitio sit ibi & diffinitum, & contra, vbi diffinitum & ibi diffinitio, & si casus aliquis contigerit, in quo substantia & quidditas diffinitionis, non competat diffinito, desinet sub tali diffinitione comprehendī: oportet enim (inquit Philosophus in cap. i. libr. 6. Topicorum) hominis diffinitionem de omni homine verificari, & si aliquid formaliter alij competat, eandem cū alio eodem instanti habebit naturam, cum illud naturaliter sit tale, cui competit diffinitio talis. l. quintus. §. cum aurum. ff. de auro & argento legato. argumentum verò, quo isti patres mouen-

mouentur, non difficulter dissolue mus, dicunt enim, Vlpianum asseruisse, omnem diffinitionem in iure esse periculosam, rarumque esse, vt subuerti non possit, in l. omnis diffinitio. ff. de regul. iuris. ex quo deducunt omnē diffinitionē in iure deficere posse, & alijs in casu particulari à diffinito posse cōpetere.

Sed qui hoc affirmant (eorū pace dixerim) dialecticæ principijs carere & Vlpiani mētē in hac l. omnis. se nō assequi certò certius ostēdūt. Si enim id quod ex Vlpiano desumit, verum esset, qua ratione excusari potuisset Labeo, qui Seruū Iurisconsultum in diffinitione doli reprehendit, quod ea in vno duobus ve casibus deficeret, quē sequutus est Vlpianus in l. 1. §. dolum. ff. de dolo: certè nulla. Si igitur ex eo solū, Seruij diffinitio à Labeone et Vlpiano recepta nō est, quod in vno casu vel duobus specialibus deficeret, vt postea lib. 3. videbis: quare debēt admitti nostrorū diffinitiones, quæ idē vitiū habēt: respondēat ipsi, & nos Vlpianū interpretemur Ab Accursio, Bartolo, Maynerio, Decio & reliquis nusquā perfectè intellectu, ad cuius maiore declarationē aduertes, quod etsi Budeus & Gregorius Holoader, literā immutauerint, & pro verbo (parū) quod in vulgatis codicibus & emēdatis Florētinis legitur (rarū) legendū dixerint: ita vt sit is sensus, omnis diffinitio in iure periculosa est, rarū est enim vt subuerti nō possit, ma-

gis tamē cōmunis vt verior placet, quod legatur, nō rarū: sed parū, cuius literæ & totius textus, sit is sensus, in iure nostro civili, qui diffinitio reuoluerit: cautè & circūspectè id agat, nā parū erit, si diligentiā magnā nō conferat, quin diffinitio eius possit subuerti. Hoc autē ideò magis, de iure nostro, quā de alijs facultatibus scribitur: quia ppter tot ac tātas, diuersarū rerū & negotiorū circūstācias: quæ in alijs facultatibus nō sunt, ad plura iuris prudentes, rerū diffinitores, tenentur aduertere, ne in vitiū superfluitatis, vel potius diminutionis incidāt: quod est verissimum, nec nos negamus, ex eo tamen nō euincitur, diffinitiones in iure nostro posse vno pede simpliciter claudicare, nā tunc non diffinitiones, seu vererum explicationes: sed obscuritates (vt ille aiebat) debent merito nuncupari, quod obscuritatis peccatum, inter prima diffinitionis vitia connumerat Aristoteles vbi supra.

Est igitur verissimū, in iure nostro sicut in reliquis artibus ac sciētijs, ita diffinitū ac diffinitionē equari debere, vt nec in minima parte vnū ab alio possit superari, id quod expresse docuit Vlpianus. in l. 1. §. dolum. ff. de dolo. vbi sequutus Labeonem reprehendit Seruium, quod dolum diffinierit machinationē quādam alterius decipiendī causa, cum aliud agitur & aliud simulatur, & id nulla alia ratione

nisi quia secundum illas deficiat in duobus casibus particularibus tantum abest ab Ulpiano, dixisse, in iure nostro definitionem sic constare non posse, ut non subuertatur, ut contrarium affirmauerit, in hac. l. i. de dolo. quem si Accursius, Abbas, Aretinus, Decius & reliqui attentius considerassent, non incidissent in eum errorem, ut arbitrarentur in iure nostro ut optimam posse sustineri definitionem, quae deficit in casu speciali, quem putant non posse tollere, virtutem definitionis, quod frequentius contingit exprimentis, sed quam verè ex supradictis colligitur.

Cum ergo euasio ista communis, qua Ulpianus defendi potuisset, nobis non placuerit, quomodo allato argumento sit satisfaciendum, tractare oportet, illud enim videtur concludere, viciosam esse hanc pacti definitionem, cum competat à definito, pollicitationi, in qua datur, duorum placitum & consensus, sicut in pacto.

Huius obiectionis solutio, in cognoscenda propria pollicitationis natura, & quiditate consistit: ea enim in album elata, facillimè percipi poterit, quid inter eam & pactum intersit, & quamuis variae doctorum opiniones, hanc pollicitationis materiam adeò obscurauerint, ut maiores in eorum distinguendis committis, quam in veritate indaganda debeas labores suscipere,

curabimus tamè, ne te ad conspiciendam lucem, eorum impediât argumenta, & rationes (si sic nuncupari debent) singula ea methodo in ordinem dirigere, qua possis verum à falso sine graui difficultate internoscere.

Sext sunt diuersae doctorum nostrorum, in assignando, quae verè & propriè dicatur pollicitatio, sententiae: quarum non vna, sed omnes (eorum pace dixerim) falsas esse semper habui mihi persuasum: quod ut melius possimus ostendere, à pollicitationis definitione, quam tradidit Ulpianus in. l. 3. ff. de pollicitatione. initium dicendi assumemus. Cum enim rei naturam solam curemus inuestigare, verbi (pollicitatio) deriuationem, & ethymologiam omittendam duximus, tum etià quia ab hoc labore, nos excusauit Alciatus lib. i. Parergo. c. 1. & Conanus lib. i. Commentario r. c. 8. qui pro sua varia eruditione id exactissimè explicarunt.

Pactum inquit Ulpianus in. l. 3. ff. de pollicitationibus. est duorum placitum & conuentio, pollicitatio autem, solius offerentis promissio, quorum verborum intellectus etsi clarus satis nobis appareat, nullus tamen interpretum (ut ex eorum relatione constabit) plenè videtur illum assequutus. Azo (ut à vetustioribus incipiamus) Accursius, Bartolus, Imola, Alexander, Albericus & alij, relati à Iasone in rubrica. ff. de verborum. num. 6. quos sequitur ibi Ripa nu. 22. Bartholomeus Socin. 14. Abbas in. c. per

DISPUTATIONVM IVRIS CIVILIS. LIB. I. 277
per tuas de arbitris: Ioannes Babinus de Sæcto Seuerino. in tractatu de pactis. q. 5. Alciatus in rubrica C. de pactis. in principio. omnes isti & alij tenent, quod ista offerentis promissio, ad hoc ut dicatur pollicitatio, debet fieri absentem, de re utili, vel presentem de re illi onerosam, ita ut legitime possimus suspicari, illum factam pollicitationem istam non consentire: nam si consentiret (inquiunt isti) fieret pactum, nam competere illi pacti definitio, tradita ab Ulpiano hic, dicente esse duorum placitum & consensus, & hæc est communis omnium, Canonistarum & Legistarum opinio, ut resoluit Ioannes Bolognetus, in rubrica de verborum num. 159. & 163. vbi eam palpabilem vocat, & 170. cum aliquibus sequentibus. probantque eam ex Ulpiano in d. l. 3. ff. de pollicitationibus. vbi cum diffiniret pollicitationem, dixit esse solius offerentis promissionem, denotans per verbum illud (solius) quod in pollicitatione non concurrat, nisi vnius voluntas & consensus, quod postea clarius docet, in definitione pacti, qua volens demonstrare, differentiam inter ea, ait, esse duorum consensus & conuentionem, sentientes per hoc expresse, in pollicitatione non esse, neque consensus nec conuentionem duorum: sed solam vnius voluntatem, quam sequitur Raphael Fulgosius in. l. iurigentium. §. quinimo, addens, quod similiter vocabitur pollicitatio, cum fiat presentem, dicente se neque acceptare neque repudiare, quoniam ibi non adest duorum simul consensus.

Sed videamus, an falsa sit communis hæc doctorum opinio, videtur enim quod sic. Primo ex verbis eiusdem definitionis, de pollicitatione factæ ab Ulpiano, dicente esse promissionem solius offerentis, at verbum offero oblationem presentem & inter presentes inducit. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actionibus empti. l. qui dicit. l. qui soluturus. ff. de solutionibus. authentica offeratur. C. de iuris contestatione. ergo impropria est interpretatio dicentium, pollicitationem non posse fieri presentem, ne ex suo consensu cum res utilis sit, ex pollicitatione pactum resoluatur. 2. idem probatur, nam attendenda ratio communis, qua prædicti doctores mouentur, ad dicendum, quod non potest vocari pollicitatio, quando promissio fit presentem & tacenti, ex re utili, quia ex quo præsumitur ei consentire, erit duorum placitum & consensus & sic nascetur pactum, procedit etiam, quando quis absentem pollicetur, nam absens similiter censetur consentire, cum de eius commodo agitur, ut est textus expressus in. l. i. Labeo. & in. l. si creditores vbi Bartolus infra eodem. & sic cum absentem sit promissio, debet vocari pactum, non autem pollicitatio. Nec obstat si dicas, absentem

tem ignorare, sicq; non posse cense-
 ri consensum habuisse, vt dicit
 Bartolus in. l. que dotis. ff. soluto
 matrimonio. per. l. qui vas. s. veta-
 re. ff. de furtis. secus què esse in pre-
 senti, qui scit & tacet, ex quo indu-
 citur consensus presumpcio, per su-
 pra dicta: quia ad hoc respodetur,
 quod cum presentia ipsa & taciturnitas,
 non sit causa, quod consensus
 presumatur, quia si de presentis
 praiudicio agatur, consensus (vt ip-
 si docent) non presumitur ex scien-
 tia, & taciturnitate, quod deducit
 ex l. filius familias. s. inuitus. ff. de
 procuratoribus, & tradit idem Bar-
 tolus in. d. l. que dotis. ff. soluto ma-
 trimonio. colligendaque sit con-
 sensus interpretatio, ex sola utili-
 tate, que percipi potest, perinde ha-
 beri debet pollicitatio facta absenti,
 ac si presenti fieret, cum ratio con-
 sensus, que in utilitate consistit,
 in vtroque casu aequè militet, vt
 rectè notauit Decius, in rubrica
 C. de pactis num. 2. hanc opinionem
 Nec alicuius est momenti eua-
 sio Ripæ, in rubrica de verborum
 num. 21. dicentis, quod licet habita-
 ta noticia, absens dicatur consenti-
 re, non tamen concurrat tunc, cum
 eius consensu, simultaneus con-
 sensus illius, qui promissit, cum
 tunc non promittat: nam iura que
 docent, neminem presumi muta-
 re voluntatem. l. cum taciturnitas
 eum actum. ff. de probationibus
 presumunt etiam, cum qui fecit
 pollicitationem, in eadem volun-

tate perseuerare, & sic dabitur
 vtriusque consensus, præcipuè si
 aduertamus, quod non solum à
 tempore scientiæ, sed retro ante à
 tempore, quo promissor fecit pol-
 licitationem, is cui facta est, censea-
 tur consentire, ob utilitatem quæ
 est capturus, & ex illo consensu, in al-
 ci obligationem. cap. si tibi absenti.
 de præbendis. lib. 6. & sup. cap.
 4. quæst. 1. in corpore questionis
 ostendimus. 3. refellitur communis
 opinio ex textu in. l. sciendum. s.
 dictum. ff. de dilitio edicto. Vbi cum
 partes essent presentes, & contactum
 nominatum emptionis celebrarent,
 posteaquè in continentem comenda-
 tionem rei venditæ venditor emptori
 promitteret, vocatur talis pro-
 missio pollicitatio, quauis fiat in-
 ter presentes, & omnes contrahentes
 in ea consentiant, quod apertè
 Marte op pugnat comunem.

Quæ cum non placuissent Fran-
 cisco Duareno hic, aliam tam in
 nostram quam in titulo de dona-
 tionibus. cap. 6. diuersam est am-
 plexus sententiam, quæ secunda
 erit; dicens, quod quauis pollici-
 tatio, fiat presenti, de re vili &
 fructuosa, non tamen inde nasci-
 tur, pactum resultare, cum non ad-
 sit duorum placitum & consen-
 sus: non autem adest duorum con-
 sensus (dicit) quoniam non conti-
 nentur is qui tacet, offerenti videtur
 consentire, cum fortassis e re sua id
 non futurum esse credat, vel bene-
 ficiu accipiendo, vt in Minij Pub-

lij habetur, libertate videri nolit,
 & sic dicit, non solum priuatorum pro-
 missiones, priuatis factas, non obli-
 gare, ante expressam eorum accepta-
 tionem: sed nec eas que sunt reipubli-
 ce, vel ciuitati, nisi expressè a Decu-
 rionibus, vel eius procuratoribus
 acceptentur, quas promissiones,
 tunc existimat vocari posse pollici-
 tationes, dum in suspensio sit, reipubli-
 ce & ei nōmine Decurionu acce-
 ptatio, in huiusmodi pacta vo-
 cari posse, cum expressè acceptatur,
 cum ad sit duorum certus consensus.
 Sed nec ista Duareni opinio vera
 est, nam ex ea concludit, promissiones
 reipublice factas & acceptatas, pacta
 esse & pacta vocari, cui repug-
 nat omnes leges tituli de pollicita-
 tionibus, que docet, proprie esse pol-
 licitationes, quauis acceptetur a De-
 curionibus ciuitatis, siquidè iure pol-
 licitationis & non pacti, promissa exi-
 guntur, vt in specie earum videri pote-
 ris, & colliges etià ex Plinio in iu-
 re (quæ vocat Cæciliu) lib. 10. episto-
 larum, vbi scribes ad Traianu Imper-
 ratore, de theatro Nicæsiu ait. Huic
 Theatro ex priuatorum pollicitatio-
 nibus multa debetur, vt Basilica cir-
 ca, vt potius supra cauea &c. ecce
 quomodo, quauis pollicitationes
 ille acceptate fuissent, non vi pacto-
 rum, sed vi pollicitationum deberi Pli-
 nius affirmat, à quo non dissentit
 Traianus in sua responsione, quæ ibi
 de inferitur, dicens (tunc à priuatis e-
 xigi, opera tibi cura sit, cum theatrum
 (propter quod illa promissa sunt)

factum erit) tunc etiam principalis, quia
 sine aliqua iusta causa, tollit præ-
 sumptionem omnium legum, & cano-
 num, quibus inducitur videmus, taciturni-
 tem in rem vtili, & sibi fructuo-
 sam semper consenturum, qui
 patitur. ff. mandata cap. qui tacet
 de regulis iuris in. 6. si autem præ-
 accidens alicui contingat, non est
 se vtile, promissionem seu pollicita-
 tionem acceptare: quod ratio ad-
 cidit, tunc non erit integrum, ca-
 su hoc speciali (de quibus præto-
 res nihil curant, nam ad ea ff. de
 legibus) ceterarum legum virtu-
 tem & rationem metiri: qua potius
 si minus, ratione admitti non pot-
 se arbitror, distinctionem Baldi
 & Cornei, in l. senium C. qui te-
 stamenta facere possint. quos se-
 quitur Alciatus in rubrica de ver-
 borum num. 4. dicentium, quod
 si ultra presentiam, aliqua signa
 consensus præcesserint, pactum sit,
 si verò non præcesserint, pollicita-
 tionem esse, sola enim præsen-
 tia secundum eos, taciturnum consen-
 sum non arguit, cum potius mo-
 destia quadam, interim delibera-
 re taciturnus videatur, & quia si vo-
 lisset consentire, vti que hoc ex-
 pressisset. nam aduersatur his om-
 nibus legibus relatis, quæ in vti-
 libus tacenti consensum adesse præ-
 sumunt, non est in iuris iudicio.

Quæ de causa Philippus Decius,
 vir inter nostros, non infima au-
 thoritatis, aliam tertiam excogita-
 uit viam, in rubrica C. de pactis nu-

me. 3. quæ opinio est etiam Aretini, dicendo, tunc esse & debere vocari pollicitationem; cum duorum plarium ve fuerit placitum & consensus tacitus, in hoc enim solum arbitratur, pactum distingui à pollicitatione, quod in pactis, debeat intercedere expressus contrahentium consensus, in pollicitatione autem non sic, & probat hoc ex Hostiensis in summa. hoc titulo de pactis. ubi in principio, ad essentiam pacti requirit, ut consensus ille verbis exprimat, quod confirmari (inquit) ex ipso met verbo (consensus) quod dicit significare voluntatem verbis expressam, ut notant doctores per illum textum, in l. 2. §. voluntatem. ff. soluto matrimonio. Ibi consentiat, an vero nec contradicat. & cap. fin. §. fin. de iudicij. in. 6.

Sed nec hæc Decij opinio, vllomodo potest placere, cum habeat repugnantes Paulum & Modestinum Iuriconsultos grauilissimos, in l. 2. 3. & 4. infra eod. asserentes, tacito consensu proprie pactum posse celebrari, ut si creditori redderim cautionem, qua erat mihi obligatus, & alia fecerim de quibusibi.

Nec fundamenta quæ adducit, alicuius sunt momenti: auctoritas enim Hostiensis, transeat (ut inquit dialectici) tamquam impertinens, deceptus enim fuit in hoc Hostiensis, ut ex Paulo & Modestino indicatis legibus. 2. 3. & 4.

estiam probat, ad textum vero in l. 2. §. voluntatem. ff. soluto matrimonio. responderi duobus modis. Cagnolus, in rubrica. C. eod. nu. 20. primo quod ibi, non agebatur de mero & indubitato commodo tacetis, nã dubius est litis quentus. 2. ex glossa ibi, quod exquiratur, an requiratur expressus consensus, an sufficiat tacitus, ut indicatur voluntas, velarius explicat Petrus Calefatus in Liuris gentium num. 31. & 37. quem videas infra eod.

Nec admitti potest, eiusdem Decij Responsio, ad l. Libero & ceteras, quæ dicunt pactum tacite inter absentes vel presentes posse fieri, asserentis, pactum de quo ibi, non esse pactum simpliciter, sed pactum interpretatiue à lege, & sic respectu legis, esse pactum, respectu autem contrahentium pollicitationem: nam præter illud, quod monstruosum videatur, vnam conventionem, non solum de diuersis, sed de contrarijs prorsus contractibus participare, ut infra dicemus. Perpicuam secum affert ad iura diuinationem, nec aliquo firmo fundamento innitentem: imo aduersantem responsis Iuriconsultorum, quos cum dixerint, pacta esse illa, quæ tacite fiunt, proprie nomine pacti, pactum accepisse est legitime præsumendum. l. non aliter. ff. de leg. 3. Albericus de Rosat in. l. r. ff. si certum peratur. Azo in summa. C. ne fidei iussores dotium dentur.

His

His relictis, fuit & alia Croti opinio in rubrica de verborum. 2. leatura, quæ alij moderni sunt sequuti, pro ut refert Ioannes Bolognetus in eadem rubrica. num. 162. dicentis, hanc differentiam esse, inter pollicitationem & pactum, quod pactum, dicatur, quando interuenit instigatio partis: & pollicitatio quando quis motu proprio, sine instigatione promittit: quia tunc, est solius offerentis promissio, & sic differentia erit solum, in modo in eundi, an interueniat partis instigatio, vel proprio motu fiat per oblationem: & hanc opinionem probauit Cuiacius in paratitla iuris civilis. hoc titulo de pollicitationibus: dũ pactum illud asseruit esse, quod fit interroganti citra stipulationem, pollicitationem vero esse promissum illud, quod facit quis vltro non interrogatus.

Sed nec ista Croti & ceterorum recentiorum opinio, & Cuiacij approbatio satisfacit, quoniã restringit nimis pactum, ut non possit esse, nisi quando præcedit partis instigatio, quæ restrictio nullo iure munita est, imo cum diffinitum fuerit, pactum esse duorum consensum & conventionem, non habita distinctione, an per partis instigationem, vel motu proprio fiat, contrarium videmur edoceri, præcipue si aduertamus, plures esse leges, quæ sine partis instigatione, posse pactum celebrari dicunt. l. tale pactum. ibi. profiteor te non te

neri habeo. Item quia infra eod. pollicitatio quæ similiter multum restringitur, cum ad eam solum promissionem referatur, quæ fit solo motu proprio, de qua alius nec cogitauit, ut latius postea dicemus. Quæ potissimum ratione impulfus, Fortunius nobiscum in capitulo primo. de pactis fol. 68. col. 2. & 3. aliter, & sic quinto, rem hanc componit, existimans, quod pollicitatio, non possit nominari, illa promissio, quæ fit homini priuato: sed solum illa, quæ fit Deo, vel reipublicæ: hoc vsus argumeto. Vel promissio quæ fit homini, fit inter absentes vel presentes. Si inter presentes iam certum erit, non esse pollicitationem sed pactum: & si expressè non consentiat, sed taceat, sibi vtilibus quisq; censeatur consentire: l. qui patit. ff. mandati & ex illo duorum mutuo consensu, nascet formalis pacti ratio: si vero expressè recuset, & dissentiat: nec dici poterit promissio, seu oblatio illa pactum, nec pollicitatio, non pactum, quia non ad est duorum consensus, non pollicitatio, quoniã qui promittit vult pacisci, & cū alter recusat acceptare consensum, non fit pactio, quam ille præterdit, quod efficit, ut altero recusante, qui promissit, nec à principio debeat ceteri pacisci, vel aliquid agere voluisse: hoc quantum ad presentes. Si inter absentes fit promissio, vel fit per literas vel nuntium, vel non: si per literas, vel nuntium, iam erit pactum, eo instan-

S 5 si

et quo sciauerit, is cui promittitur, & non recusauerit, & ante quam ille sciat, nihil vocari poterit: ista promissio cum non habeat extremum, cui ad suam perfectionem ipse promissionis actus coniungi desiderat, unde reducetur ad tempus, quo ille sciauerit & acceptauerit, quo tempore, incipit esse pactum, & sic dicit intelligendas esse leges labeo. infra eodem & l. consensu. ff. de actionibus & obligationibus. & l. in re hypotheca ff. de fide instrumentorum vel promissio non fit absenti, per nuntium vel epistolam, sed per alium tertium presentem, & tunc non est pollicitatio, sed pactum, ut in hac l. prima, versiculo in idem Bartolus & reliqui notant. Aut non fit alicui presentem pro absente, sed fit ipsi absenti simpliciter, dicens, promitto Titio centum, & tunc asserit, non esse promissionem, sed fatuitatem, quia verbum (promitto) requirit extremum a quo, & ad quod, promittentem videlicet, & cui promittatur: & cum ille cui promittitur, sit absens, si ali quod medium organum non interueniat, non potest verificari verbum (promitto) nec adaptari actui, quem vult celebrare: ex quo nascetur, actum illum promissionis pro nullo habendum, & ex eo finaliter, inter homines non posse dari pollicitationem: sed solum inter hominem & Deum, cui factam pollicitationem, alio no-

mine votum solent vocare communiter.

Sed nec Fortunij opinio & consideratio haec, quam plures sequuntur, nobis probari potest: nam Vlpianus, cuius definitiones in iure omnes verissimas & perfectissimas agnoscunt: in ea quam de pollicitatione tradidit, non addit hanc ultimam differentiam, qua secundum Fortunium, pollicitatio a pacto & ceteris conventionibus distinguitur, ut sit promissio vnus, Deo vel reipublice facta: sed solum simpliciter dixit, esse vnus offerentis promissionem, quasi in hoc tantum consistat pollicitationis forma essentialis, quod verissimum est, ut postea declarabimus. Nec (quamuis casus esset dubius) in hoc credendum est magis Fortunio, quam Vlpiano, qui si vidisset, in oblatione seu promissione, quae soli Deo fit, substantiam pollicitationis consistere, tamquam is qui ad intima rerum optimè penetrauerat, sine aliquo dubio eam particulam ultimae differentiae addidisset. Refelliturque praeterea, haec Fortunij consideratio, ex l. sciendum. paragrapho. dictum ff. de edictio edicto. vbi promissio homini facta, pollicitatio vocatur, & ex Iulio Paulo: libro quinto sententiarum. titulo decimo. de iure fisci & populi. vbi promissionem inter priuatos factam, pollicitationem nuncupat, & Alexander Imperator. in l. pollicitatione

tatione à fratre. C. de donationibus. ante nupt. promissionem quam priuatus homo, de re danda sororis fecit, pollicitationem similiter vocat, & alijs in locis praetermissis modo breuitatis causa, quorum auctores, cum supra relatis, improprie fuisse loquutos dicendum non est.

Nec argumentum Fortunij, quidquam urget, nam pollicitatio potest fieri, tam praesenti, quam absenti, nec ex eo quod fiat praesenti, & consentienti, pactum resultat, ut statim dicemus, nec ex eo quod fiat absenti, inutilis & frustratorius redditur actus promissionis, cum extremum, in quo subiectetur, habeat, voluntatem videlicet & consensum ipsius absentis, si non expressum, quia id rerum natura in absente interdixit, praesumptum saltem, quem ex verosimilibus futurae utilitatis coniecturis, leges desumpserunt, nec fatuitas dicenda est haec promissio (ut Fortunius asserit) cum videamus, de promissione hac absenti facta, nemine absentis loco eam acceptante, rationem haberi, a summis Pontificibus, quos praecipisse certum est, ut si beneficium conferatur absenti, quamuis à nemine eius vice acceptetur, ut bene ibi Petrus de Ancharrano & Fontanus notarunt, non possit amplius reuocari, nisi ex absentis habita in expresso licentia, quia propter voluntatem episcopi, qui in absentem contulit, & consen-

sum tacitum, quem absens ex utilitate est capturus, collationi praestat, est effecta conuentio irreuocabilis, quod Pontifices non disposuissent, si non discretè, sed fatuè (ut Fortunius arbitratur) promissio facta fuisset vel collatio.

Vaconius à Vacuna lib. 5. declarationum iuris ciuilibus. cap. 63. num. 2. & 4. aliam attulit, inter pactum & pollicitationem differentiam, dicens, tunc esse pactum, quando quis promittit, alicui roganti, ut puta, si Titius dicat, Meui promittis mihi equum, Meuius vero respondeat promitto, seu spondeo: pollicitationem verò, quando quis, sponte sua offert seu promittit alicui non roganti, veluti si Titius ita dicat, Meui promitto tibi, seu polliceor me daturum tibi librum, si mihi lectionem legeris, si Meuius (inquit) acceptet, legatque lectionem, tunc Titius ex pollicitatione obligatur: sed si quis praem obiecerit, si pactum est, promissum factum praecedente interrogatione, nihil differre ab stipulatione: responde, tamen pactum quam stipulationem, non contrahi, nisi aliquo interrogante, & in hoc conueniunt: sed stipulatio in hoc differt à pacto, quod haec non potest concipi nisi utroque loquente, & ideo neque mutus, neque surdus, neque absens, stipulationem contrahere possunt. l. 1. ff. de verborum obligat. s. instit. de obligat. quae ex consensu nascuntur. sed haec declaratio Vaconij magis veritati

284. D. FERDINANDI MENDOÇAE

veritati aduersatur, quam cetera. Primò, quò dicit ad essentiam pacti, requiri, vt præcedat interrogatio, quod confunditur ex. l. tale pactum. 14. infra eod. vbi Papinianus docuit, hoc esse pactum, & validum, cum quis sponte profiteretur alium non teneri, nec requirit præcedentem interrogationem: sed solum spontaneam illius qui dixit debitorem suum nulla obligatione teneri, & ex. l. Labeo secunda infra eod. vbi Paulus satis expressò dicit, celebrari posse pactum absque interrogatione præcedenti, cum dixit reddita cautione à creditore, quamuis de eo nec cogitauerit vniquam debitor, pactum fieri de non petendo, quod attendit opinio nē Vaconij, non posset procedere, & ex alijs multis quæ id ipsum probant. Secundò, in eo quod dicit, pollicitationem esse non pactum, si Titius sponte sua promittat Mevio, dare librum, si electionē legat, & ipse accipiet, & munus in iunctum legendò exequatur, quod est directò contra. l. i. iuris gentium. in principio. vers. sed & si in alium contractum. vbi refert Vlpianus eundem casum, & dicit pactum fieri, & obligationem producere civilem: sed & si in alium contractum (ait) res non transeat, subsistit tamen causa, eleganter Aristoteles Celso respondit, esse obligationem: vt puta dedi tibi rem, vt mihi aliam dares, dedi vt aliquid facias hoc enim *συναλλαγμα*, esse, & hinc nascitur

lem obligationem) cum igitur eo tempore, quo Meuius legit, subsistit causa, implementum videlicet conventionis, non pollicitatio, quæ tunc nullam actionem producebat, sed pactum & merito vocabatur, vt constat ex illa. l. quam ex Paulo in. l. naturalis, cum suis. §. ff. de præferitis verbis cum alijs.

Hæc sunt quæ patres isti grauissimi, vtriusque scholæ doctiores, vsque ad nostra tempora scripserunt, quorum auctoritatem, & si non spernendam, sed magni aestimandam semper censuerim, id tamen quo vsque vel ratione vel iuribus innixa fuerit, accipiendum continuo existimaui. Quæ cum in hac pollicitationis materia, certo videam deficere, contrariæ sectæ me non dubitabo præbere assertorē, & vti in melioribus ac efficacioribus innixum rationibus. Opinione ergo nostrâ hanc accipe vt pollicitatio sit (vt dicit Vlpianus) solius offerentis promissio, pactum autem duorum consensus & consentio, erit igitur pollicitatio, cum quis aliquid liberaliter promittit abienti vel presenti, vel acceptantia tacite vel expresse, nam in pollicitatione perfecta, regulariter adest vtriusque consensus, sicut in pacto: cum enim ex pollicitatione (si repudiata non sit) nascatur obligatio, vt in quest. de pacto modo satis late probaui, & obligatio non nisi ex duorum consensu confici possit, vt in hac. l. i. versicul. ad eod. Vlpianus docuit necessario requiritur, non consensus adesse oportere vt titulus, ita

promittit-

promittentis quam illius cui promittitur, consensum. Nec contrarium probari potest, ex dicta. l. pactum. 3. ff. de pollicitationibus. Nam Vlpianus (vt ego præter ceteros nouius considero) non dixit pollicitationem, esse solius offerentis consensum: sed solius offerentis promissionem, denotans in pollicitatione vtriusque consensum intercedere, fundatum tamen in sola vnius offerentis promissione: quod erit, cum vnus solus ad alterius utilitatem, ex abundantia quadam liberalitatis, rem fuerit pollicitus, & in hoc consistit differentia vltima pollicitationis à pacto, quod pollicitatio, requirit solius offerentis promissionem, id est quod vnus ex re sua promittat alteri liberaliter, & negotium totum illius curet cui promittit, pactum autem, est duorum conuentio, id est est quidam duorum consensus, ad negotium onerosè contrahendum: hoc enim notat verbum illud (conuentio) quod propriè significat consensum illorum, qui de negotio contrahendo vel transigendo agunt, vt Vlpianus expressò docet in hac. l. i. §. conuentionis verbum. Et si idem Vlpianus non posuit conuentionis verbum, in definitione pacti, quam tradidit in principio huius. l. i. id ea ratione fecit, quia post verbum placitum, quod significat consensum communi modo acceptum, posuit verbum (consensus) speciali significatione, pro conuentione videlicet, vt aci-

bi sepe solitum fuisse apponi, supra ostendi: & in hoc tandem differentia erit, inter pollicitationem & pactum: quod pactum, fit ad efficiendum negotium, vel vtriusque vel vnius onerosè, nam verbum conuentio seu consensus illud ostendit vt dicemus latius. infra. in. §. conuentionis verbum. pollicitatio autem, solum fit ad exercendam liberalitatem, cum eo cui promittitur, & solum illius negotium honorosum, ac vtilem in totum directò respicit, in pollicitatione enim in totum, quod promittitur liberalitas exercetur, & sic videmus, quod pollicitatio sæpe vocatur donatio, vel liberalitas, quia in re liberaliter data principaliter consistit, & pollicitator donator. l. de pollicitationibus. l. ex pollicitatione. l. Septimia carmen. l. Imperatores. ff. de pollicitatione. l. 3. C. de donationibus ante nuptias. cum alijs. Si autem quis, non donet actu rem aliquam: sed se mutuaturum, vel commodaturum promittat, quia ille actus promissionis, ex parte recipientis, nullum onus continet: sed solam utilitatem, erit pollicitatio vera, & compellendus erit promissor ad eam implendam, sicut si rem aliam promississet, quæ contineat tantum, quantum utilitatis ex illa mutui vel commodati præstatione, is cui promittitur, fuisset percepturus: quod ad promissiones de emendo, vendendo, locando, & alijs huiusmodi sunt liberaliter, extendendum est. Dixi libera-

liberaliter, quando vnus non se obligat ad emendum, alius autem gratiosè & amicitia causa, vel liberalitatis se voluit obligare ad vendendum, argumento boni textus in l. interdictum. ibi. magis enim ad donationem & beneficij causam, quàm ad negotij contracti spectat præcarij conditio. ff. de præcario. l. Aristo. 18. vbi negotium & donatio expresse opponuntur. ff. de donationibus. Sed cum huic nouissimæ opinionis nostræ, duas obiectiones & eas leuissimas, obijci posse præuiderem, præcipuè ab illis, qui in huius scientiæ difficultatibus & cognitione non sunt adeò progressi, antequam ad reliqua gradum facerem, statim tollendas esse existimaui, ne posthac aliquis contra hanc veritatem scrupulus relinquatur. Earum autem prima est, quod videmus, in hoc titulo de pactis, tractari de illis conuentionibus, quæ vnus solum promissionem habet, & alterius utilitatem in totum gratuitam respiciunt, & cum hoc, æquè similiter pacta vocari. l. si vnus s. pactus ne peteret. l. tale pactum. infra eod. cum alijs. Secunda est, quod pollicitatio vocatur, id quod promittitur in contractus nominati & onerosi celebratione, in l. sciendum. s. dictum. ff. de ædilitio edicto quæ omnia sententiæ nostræ non parum videntur aduersari.

17 Sed prima non difficulter solui poterit, si aduertas, quod illa iura quæ tractant de pactis liberatorijs.

l. si vnus. s. pactus ne peteret. infra eod. cum alijs similibus, non expriment, an illa fiant liberaliter, an aliam ob causam: bene enim potest fieri pactum, quod elidat actionem alterius cuiuscumque præcedentis contractus, sine eo, quod liberaliter fiat, vt v. g. debes mihi centum ex emptione, vel stipulatione, bene poterit hæc actio ex empto, vel stipulatu elidi ope exceptionis pacti, quo postea conuenerit, de non petendis illis centum, propter alterius rei commutationem: quod quamuis nudum sit pactum, pariet exceptionem ad liberandum reum, oblata alia re æquali, vel minori, de qua fuerit conuentum, & sic fieri poterit pactum liberatorium rei sine liberalitate in totum, quomodo possunt intelligi. l. si vnus. s. pactus ne peteret. l. tale pactum. infra eod. cum alijs. Vel potest secundo modo proposita difficultas tolli, dicendo, quod cum hoc pactum liberatorium, trahatur ad præcedentem obligationem, & eam aut imminuat partim, aut prorsus extinguat, videtur esse quedam pars eiusdem contractus qui præcessit, ex his quæ ex Paulo notant Doctores in l. pacta conuenta. ff. de contrahenda emptione. & nos latius explicabimus in l. Jurisgentium. s. adeò. infra eod. quemadmodum enim illa prima obligatio, nata ex stipulatione, emptione, vel alio contractu, non solum ex vnus promissione & duorum consensu, sed ex

duorum

duorum conuentione, quæ est de onerosè contrahendo, stabat: & sic mutuo distrahentium dissensu & conuentione, in quantum de prima participat, tollitur, & sic intelligi debent, supra relatæ, ex l. i. ff. de transactio. at pollicitatio, de qua titulus iuris ciuilibus tractat, & modo nos loquimur, verè & proprie dicitur, quæ de eo facta est, quod antea non fuerat in obligatione, nec venit ad tollendam natam obligationem: sed inducendam, quæ is solus qui promisit, per liberalem voluntatem voluit contrahere, cum is cui facta est, de ea nec vnquam egisset vel cogitasset.

18 Ad secundam difficultatem respondemus, quod Caius. in l. sciendum. s. dictum. ff. de ædilitio edicto. non voluit docere, quod pollicitatio tunc dicatur, cum contrahentes sibi ad inuicem aliquid in contractu oneroso promittunt, id enim alienum est Caij mente & intentione, & si plerique responsum illud in eum sensum acceperint, sed tantum voluit declarare, quid inter dictum & promissum interesset, asserens in hæc verba (dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est, nudoque sermone finitur, promissum autem potest referri, & ad nudam promissionem siue pollicitationem, vel ad sponsonem) pollicitatio vero hic & nuda promissio, pro eodem sumuntur, vt denotat verbum (siue) inter vtrâque positum, quod adiectum est ad

maiores declarationem verbi præcedentis (videlicet promissionem) quamuis Accursius & reliqui male promissionem pro pacto & consensu duorum, pollicitationem autem pro vnus solum consensu fuerint interpretati. Tu autem aliter dicis, efficiendo verbum (promissum) genus ad duas, species quarum prima, est nuda promissio, seu pollicitatio: secunda verò, sponsio, omnia autem legitimis modis esse intelligenda, nullum fore iuste negaturum arbitror, & sic nuda promissio seu pollicitatio, ad eum consensum referretur, qui de re liberaliter transferenda erit inuentus, sine solemnitate: sponsio ad eum qui, cum solemnitate legitima, de re vtili vel onerosa celebretur, & hunc existimo illius legis verissimum intellectum, qui sic perceptus nihil nobis aduerlabitur.

19 Si autem obieceris tertio, in titulo Codicis, de dotis promissione & nuda pollicitatione. & in titulo de donatione propter nuptias. & in titulo de iure dotium. ff. pollicitationem vocari, promissionem dotis, quæ genero datur à socero, propter onera matrimonij, & sic vt negotium onerosum. l. promissione. ff. de actio & obligatio. nihil nocebit, si per attentè vellis aduertere, actum illum promissionis, editum fuisse à socero, non tam principaliter propter generum, quæ nullo commodo & vtilitate principaliter ex sua pollicitatione voluit affici,

fici, quàm propter filiam, cui liberaliter bona illa, quibus possit sustentere, promisit, & cum actus ex fine principali, sortiatur speciem, ut docet Aristot. libr. 2. Ethicor. capitul. secundo. hæc dotis promissio, rectè vocabitur pollicitatio, habita consideratione ad intentionem & voluntatem principalem, illius qui promisit, quæ fuit honorare liberaliter dotatam, non autem gere negotium cum genero, id enim omnino fuit accidentarium, cuius in iure ratio non habetur, quibus sic consideratis inconcussa manere videtur opinio nostra, ut illa solum dicatur pollicitatio, in qua etsi interueniat duorum consensus, is tamen est, in vnus promissione, quo ad rem aliquam liberaliter concedendam: pactum autem, dicatur duorum consensus ad gerendum negotium onerosè, nulla habita munificentiae & liberalitatis ratione.

Post hæc omnia restat modo explicare, aliam partem definitionis, quæ consistit in verbis illis (in idem) ex eis enim notat Accursius, Bartolus, Baldus & reliqui, quod ad essentiam pacti, est necessarium, quod idem super quod fit conuentio, sit præstandum, vel faciendum eidem paciscenti, ab alio paciscente: nam si paciscamur (inquit Accursius & Bartolus) ego & tu, quod tertius det cuidam quarto, non est pactum: nec si paciscamur, quod tertius det vni nostrum, quod erit, cum alium

daturum vel facturum promiserit. Istipulatio ista. ff. de verbor. oblig. s. alteri inst. de inutilibus stipul. quia verba illa (in idem) requirunt, quod idem detur vni paciscenti ab alio paciscente, ad hoc ut efficiant pactum, quos sequitur opinio communis.

Sed ego, quamuis id perattentè considerauerim, ex illis verbis (in idem) nullomodo possum colligere, quod idem, in quo paciscentes consentiunt, debeat fieri vel præstari necessariò, vni ab alio met contrahente: nec qui latinitatem didicerint & iuris prudentiam, id congruè deducere poterunt: cum reperiamus in iure canonico & civili, factum alienum posse promitti, & illam promissionem obligare. c. ex tenore de iure iurando. l. stipulatio ista. in principio & s. si quis infulam & l. quoties. ff. de verbor. oblig. quare melius rem hanc componendam arbitraret, hoc modo: ut explicato verbo (in idem) pro subiecto seu materia consensus duorum, ut sit in idem, id est quod non discrepet consensus, ab alio in aliquo, de quo fit conuentio: prius & principaliter consideretur, an paciscentium aliquid intersit, conuentionem vel contractus inter tertios celebratos seruari, vel non: nam si aliquid intersit, & si ab ipsis res non præstentur, erit nihilominus pactum, quia pacti definitio competit: est enim duorum placitum & conuentio, si verò nihil intersit, tunc pactum dici non

20

subiectetur, quo casu interpretandam arbitror. l. quo tutela. s. final. ff. de regul. iuris. l. quæcumque gerimus. ff. de actio. & obligatio. l. primam. C. per quas personas nobis acquiruntur. cum alijs similibus. quid autem virtutis habeat ea conuentio seu pactum, quo quis promittit, alium facturum vel daturum late explicat Couarruu. cuius fructuosos in hoc labores, sicut reliquorum transcribere, non est nostrum, videat qui cupit, eum in relectione. capitul. quamuis pactum. 2. parti. s. 5. per totum.

SVMMARIA AD CAPUT Nonum.

- 1 **C**omuni reiecta continuatione huius §. ad præcedentia, alia traditur continuandi ratio.
- 2 **Q**uid sit conuenire, seu facere conuentionem, declaratur.
- 3 **C**onuentio ad pactum, habet se pro vt generis ad speciem, cum conuentio nominatos & innominatos; pactum verò innominatos solum contractus comprehendat, licet Fortunius interpretata non esse distinguendum doceat.

C A P V T

Nonum.



Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotij contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt; nam sicuti conuenire dicuntur, qui ex diuersis locis in vnum colliguntur & veniunt, ita qui ex diuersis animi motibus in vnum consentiunt, id est in vnam sententiam decurrunt.



Bartolus, tria facere Vipianum hic asserit. Primum est, dicere, conuentionis verbum esse generale. secundum, illud probare à verbi Etymologia. Tertium illud probare per rationem, quibus plenissime sumat totum hunc Vipiani contextum, quem male ad superiora continuari, opponit Fortunius in præfati. fol. 7. col. 2. nam cum Vipianus, de pacto tractasset, in principio huius legis, quæ potuit esse ratio, ut modo de conuentione (cum diuersa sint) tractare inciperit: cui respondet idem Fortunius, quem postea sequuti sunt. Cuiacius, Durandus & reliqui, quod cum Vipianus, in hoc titulo voluisset interpretari, edictum prætoris, quod est de pactis conuentis. l. iuris gentium. s. prætor ait. ibi. (Pacta conuenta serua) postquam explicuit quid sit pactum, aggreditur modò conuentionis explanationem.

Sed certè, quamuis hæc sit communis & concors, omnium doctorum in re hac explicatio, satis facere mihi non potest. Primum, quia dicere pactum & pactum conuentum, idem prorsus esse, est ignorare quid sit pactum conuentum, quod speciale est pacti nomen, ut infra. lib. 3. c. 11. dicemus. Secundò, quia Vipianus & edictum prætoris quod Vipianus interpretabat, non tractat solum de pactis conuentis: sed de pactis simpliciter, & generalius est nomen;

nomen: qua de causa, merito Tribonianus digestorum compilator, non inscripsit rubricam seu titulum de pactis conuentis, sed de pactis simpliciter: quasi sub hoc nomine pactum, pactum simpliciter, & pactum conuentum, ut diuersæ species comprehendantur.

Nec aliquid obstat. l. i. Iurisdictionum. §. Prætor ait. ubi Ulpianus referens edictum prætoris, dicit Prætor ait, pacta conuenta, quæ neque dolo malo, nec aduersus leges, plebiscita, Senatus consulta, edicta, decreta Principum, neque quo fraus cuique eorum fiat, facta erunt, seruabo. Ex quo videtur, expressè probari, prætorem principaliter de pactis conuentis edictum suum proposuisse, & sic titulum hunc de pactis conuentis esse intelligendum: nam pro ut ego (præter ceteros) considero. ibi. non refertur totum edictum prætoris: sed quædam eius pars, quæ de pactis conuentis loquebatur, & sic cum Ulpianus ante illum. §. de pactis conuentis tractasset, optimè inseruit ad illius confirmationem, partem illam edicti, de pactis conuentis, alioquin enim, ut mihi in Academia Complutensi publicè et si obiter hæc legenti, discipulus quidam opponerebat, quauis ad diuersum propositum: si hæc non ita intelligantur, superflue segesisset Ulpianus, si cum in principio huius legis, retulisset Prætoris edictum, de pactorum obseruatione. ibi. (Huius edicta æquitas natu-

ralis est) & ibi (quidem tam congruum est humanæ fidei, quam ea quæ inter eos placuerint seruari &c) si modo id iterum repeteret in d. §. Prætor ait. ubi (quia opportunior erit occasio) hæc copiosius demonstrabimus.

Suppositis ergo his, quæ nos supra retulimus, in quaestione præcedenti, non erit difficile, obiectioni Fortunij integrè satisfacere, cum. n. de pacto & eius diffinitione tractauisset Ulpianus, dixissetque esse duorum pluriūve placitū & conuentionē, ut ego legendū hæc etiā ratione cum alijs sensu, vel saltē nomine consensus, conuentionē intellexerit, ut sæpe apud Iuriconsultos intelligi æquè etiam probaui, rectissimum sequitur ordinem, cum modo aggreditur explicare, quid conuentionis nomine contineatur, cum ad maiorem pacti declarationē, quod duorum est conuentio, bellissimè pertineret: & hæc verosimilior videtur, quæ cōmunis defendēdi Ulpiani ratio.

Conuentionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotij contrahendi transigendi que causa consentiunt, qui inter se agunt. Nam sicuti conuenire dicuntur, qui ex diuersis locis, in vnum colliguntur & veniunt, ita qui ex diuersis animi motibus, in vnum consentiunt, id est in vnam sententiam decurrunt.

Ulpianus, quid propriè sit conuentio, & à quo descēdat, optimè more suo interpretat, in presenti,

singu-

singulari quadam ad exprimendam sententiam suam utens methaphora, seu similitudine, à rebus corporalibus ad incorporales desumpta: dicendo, quod sicut homines, qui ex diuersis locis in scholas conflunt, conuenire in vnum locum dicuntur: ita qui ex diuersis animi motibus, in vnam sententiam seu placitum eunt, conuenire sunt similiter dicendi, & conuentionem facere. Est autem conuenire, seu conuentionem facere (ut interpretatur idem Ulpianus) de aliquo negotio contrahendo seu transigendo consentire, nec velim intelligas, appellatione illius verbi (transigendi) actum transactionis, quo disceditur à lite, Ulpianum intellexisse: ut intellexerunt minus rectè Accursius, Bartolus, Albericus, Alexander, Iaso & reliqui, adducentes hic, sine proposito, vniuersam transactionis materiam, quæ propria huius tituli & loci non est, transigere enim negotium, idem profus est, quod negotium gerere. l. transacta. ff. de verb. signific. l. si vno. ff. locati. l. i. §. ultimo. ff. ad Tertilianum. eaque phrasis loquendi, communis est & clarior eloquentioribus, & si rudibus & imperitis maiorem difficultatem pepererit: & cum conuenire seu consentire de aliquo negotio contrahendo, sit proprium pacti (ut superius vidisti latius) & negotium contrahere, sit idem quod vltrocitroquè dare & accipere, & sic onus in commutatione afferet,

ut ex. l. solent. ff. de præscriptis verbis & alijs locis quæ ibi allegat, probat benè (Hottomanus de verbis iuris. versic. negotium. & melior textus ab ipso non citatus. in. l. interdictum. ff. de præcario. merito per hæc vltimam pacti differentiam, reiecta est ab essentia pacti pollicitatio, quæ tamen si duorum contineat consensum, id est placitum & congruam in idem voluntatem, non tamen conuentionem, quæ de negotio onerosè est contrahendo. sed consensionem in liberalitate & magnificentie actu, quæ inter se repugnantia sunt.

Ideò autem dixit, conuentio è generale esse nomen, quia comprehenditur sub ea omnes contractus, qui in vniuerso sunt, tam nominati, quam innominati, in illis enim omnibus verificat conuentionis natura, quia in vnum & idem contrahentes consentiunt, sicquè conuentio se habet ut genus, pactum verò & contractus nominatus ut eius species, quid quid minus benè contra voluerit Fortunius in hac. l. i. fol. 7. colun. 2. asserens, in materia contractuum, conuenire simul conuentionem & pactum, quod falsum est: nam pacti nomen, non se extendit nisi ad pacta nuda, siue conuentiones innominatas: conuentio autem, omnes comprehendit, siue nomen non habeant, siue contractus sint nominati, quod clarè docuit idem Ulpianus in. l. Iurisdictionum in principio. infra eod. ad quæ miror Fortunium non

T 2 aduer-

aduerrisse, & Vbesembecium qui eundem tutatus est errorem, in paratitla iuris hoc titulo de pactis. numer. 2. Iurifgentium conuentiones (inquit) quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones, quae actiones pariunt, in suo nomine non stant: sed transeunt in speciale nomen, vt emptio, venditio, locatio conductio &c. Ecce quomodo, nomine conuentionis, omnes contractus habentes nomen comprehenduntur, qui pacti nomine non continent, vt supra iam probaui. Nec alicuius est momenti, argumentatio Fortunij, dicentis sic, vbi cumque est pactum, est duorum conuentio: sed vbi est duorum conuentio, ibi est pactum, vt patet ex diffinitione Vlpiani, tradita hic, ergo pactum & conuentio sunt idem. Nam propositio minor (recte intellecta Vlpiani diffinitione) falsa est, non enim debet intelligi diffinitio pacti sic literaliter, vt sola duorum conuentio sit pactum, na cum Vlpianus ageret in interpretatione huius edicti de contractibus seu conuentionibus innominatis, cum dixit pactum est duorum conuentio perinde est secundum subiectam materiam ac si clarius dixisset, pactum est innominata quaedam duorum conuentio, & sic non vbi cumque fuerit duorum conuentio. ibi erit & pactum: sed vbi cumque fuerit duorum conuentio innominata: nam nominatas vt emptionem venditionem, locationem, societatem

tem &c. numquam appellatione pacti comprehendit ante me recte docuerunt Alciatus, in Rubrica. C. de pactis. Cuiacius & Duarenus hic. alia autem quam desumpsit Vbesembecius ex Fortunio & Fortunius ex. l. 2. hoc titulo, & alijs. vbi Iurifconsulti conuentionis verbo, pro pactione vtunt, ita debilis ac maca est, vt a me frangi non deberet. nam quamuis verum sit, conuentionem proprie verificari in pacto, quod est vna eiusdem speciei (vt dixi) non tamen inde bene colligi potest, pactum & conuentionem idem esse, cum genus ad probandam speciem minimum valeat, plurimum autem ad refellendam, vt exemplo hoc videbis. Animal enim proprie predicatur de homine, quia homo animal est, non tamen inde licet colligere, quod animal & homo sint eiusdem rationis, cum plurimum inter genus & speciem intersit, sed quia hoc non tan iuris prudentiae, quam dialecticae peccatum est, cum illi non studuerint, potius ignorantiae subueniendum, quam succedendum erit.

SUMMARIA AD CAPUT DECIMUM.

1. **I**n omnibus contractibus, etiam qui re vel verbis celebrantur, necessario conuentio interuenire debet, & qualiter in diffinitione pacti verbum (conuentio) sit accipiendum, declaratur.
2. Verbum (obligatio) non solum contractus & quasi, sed etiam delicta & quasi

si deo

si delicta comprehendit.

Traditur explicatio ad reliqua. §. Verba, & qualis consensus in stipulatione sit necessarius de iure praetorio.

C A P V T

Decimum.

Ad eo autem (inquit Vlpianus) conuentionis nomen generale est, vt eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conuentionem, siue re, siue verbis fiat nam stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.



IN AM LATE PATERE conuentionis verbum, inde colligit Iurifconsultus, quod quamuis obligationes, quaedam verbis contrahantur, in his tamen omnibus ex sententia Pedij, consensus aliquis & conuentio sit necessaria, nec enim ideo depositum, mutuum, commodatum & reliqua re contrahi dicuntur, quod sine consensu, nuda verborum proprietates seu rei interventio sufficiat: sed quia praeter simplicem consensum, res ipsa est necessaria. l. 1. l. consensu. ff. de actio. & obligatio. ex quo satis vrgens desumi potest argumentum, ad sententiam nostram confirmandam, quae diximus, Vlpianum tractante hic de conuentionibus innominatis, dum diffiniuit pactum esse duorum consensum seu conuentionem, in-

tellexisse de consensu nudo & conuentione innominata, sine alio rei nominis vel verborum adminiculo: quae cum sit differentia vltima pacti nudi, dabit suum esse specifi cum pacto, distinctum ab alijs contractibus, quibus vel res, vel nomen, vel verborum solennitas tribuit (vt nostri loquuntur) vestimentum.

Ibi (vt eleganter dicat Pedius nullum esse contractum) contractum hic desumpsit Vlpianus ex Pedio, pro conuentionibus, siue quae nomen habet speciale, vt emptio, venditio, locatio, societas, mutuū &c. siue his quae nomine carent, vt sunt omnia pacta nuda, tam respectiua, quam simplicia, quae etsi non contineant mutuam & aequalē vtriusque contrahentis obligationem, quod fore necessarium ad esse contractus colligunt & affirmant omnes, ex. l. Labeo. §. contractum. ff. de verborum significatione. vbi Vlpianus dixit (contractum esse vltro citroque obligationem) contractus tamen sunt, quia sunt duorum in idem conuentio.

Nec obstant verba Vlpiani, vt contractus sit vltro citroque obligatio, nam vt ex hac nostra lege similiter colligi potest, magis ad vltro citroque contrahentium consensum ad producendam obligationem, quam ad mutuū dantis & accipientis onus (vt communis putat) debent referri: cum stipulatio, mutuū, donatio, & aliae similes conuentiones, quas

T 3 esse

esse contractus, nullus iuste negare poterit: non ex vtraque parte contrahentium, sed ex vna solum obligationem contineant: quamuis habeant variusque consensum, ut supra capitulo quarto. quæstione prima in solutione noni argumenti, latiori commentario explicauimus.

2 Nullam obligationem nomine obligationis, comprehenduntur omnes conuentiones nominate, vel innominate, prætereaque delicta, & quasi contractus: sicque nomen erit genericum, quamuis Eguinarius Varo, contractum & obligationem, pro eodem ab Vlpiano hic fuisse usurpatum affirmet: sed male, cum in quasi contractibus (qui proprie contractus non sunt) in delictis & quasi delictis, obligatio sit, ut expressis verbis docuit Imperator Iustinianus in titulis institutionum, de obligationibus quæ ex quasi contractu, de obligationibus quæ ex delicto, & de obligationibus quæ ex quasi delicto nascuntur. cum his quæ neoterici ibi notant, quæ omnia appellatione contractus non comprehenduntur, ut omnibus plusquam manifestum est se, certum est.

3 Quæ non habeat in se conuentionem) conuentio hic assumitur pro consensu de negotio aliquo contrahendo, ut ex diffinitione conuentionis supra tradita ab Vlpiano, qua dixit conuenire esse de negotio aliquo contrahendo vel tra-

figendo consentire, constat: & se huius versiculi sensus erit, quod apud prætores, nullus contractus, nulla conuentio, nulla tandem obligatio obseruatur nisi consensu fiat.

Sic re siue verbis fiat) regulariter re dicuntur contrahi obligationes, quando præter consensum, rei interuentu opus est, ut in mutuo, commodato, deposito ut est textus Iurisconsulti Pauli in l. 1. §. re contrahitur. ff. de actio. & obligat. à quo desumpsit Iustinianus, quæ in hoc proposito scripsit in §. nec sequentibus. instituit. quibus modis re contrahitur obligatio. Sed quid præterea re contrahi obligationem significet in hoc loco, fusius postea demonstrabo. verbis autem sola stipulatio contrahitur, nam in ea stricta quedam interrogandi & respondendi formula debuit obseruari, ut ex diffinitione quam Pomponius scripsit. l. 5. §. 2. de verb. obligatione constabit, dicens, stipulatio est verborum conuentio, quibus is qui interrogatur, daturum facturum ve, se id quod interrogatus est, responderet, idem autem dicitur, obligatio verborum, quod præter consensum, quo omnes indigent, requiritur verborum solemnium prolatio, alijs contractibus minimè necessariâ. §. 1. inst. de verbor. obligat. cum alijs.

Nam & stipulatio quæ verbis fit, nisi habeat consensum nulla est) quo pacto hoc Vlpiani dictum de stipulatione, debeat intelligi, Accursius, Bartolus, Baldus & reliqui inter-

interpretes minimè docent, nec id meritò, cum necessarium sit intelligere, qui sit iste consensus, quæ contractus omnes habere debent. Nam si de consensu simpliciter, qui in meticulous actionibus etiam consistit (si credimus Aristoteli libr. 3. Ethicorum. cap. 4. & 5.) intelligas, errabis planè, cum apud prætores, omnes illæ conuentiones, quæ liberum consensum non habent, & si habeant consensum, minimè debeant aut possint obseruari. l. 1. & cæteris sequentibus. ff. de doli mali & metus exceptione. si verò illa verba sic accipias, ut iure civili stipulatio metu facta non valeat ipso iure, error erit peior priori: cum ex stipulatione metu extorta, civilis oriatur actio & obligatio. l. dolo. C. de inutilibus stipulatio. l. si quis cum aliter. ff. de verbor. obligat. l. metum præsentem. §. sed quod prætor. ff. quod metus causa. Quam obrè, dicendum erit, quòd cum Vlpianus tractaret hic, de Prætorum edictis, in quibus sola naturalis æquitas inspeciebatur, cum dixit stipulationem sine consensu nullam esse, perinde haberi debet, ac si clariùs dixisset, de iure prætorio, quòd ipse interpretabatur, stipulationem & cæteras conuentiones, quæ liberum omnino consensum non habent, & si habeant consensum simpliciter, ratas non haberi. l. 1. & toto titulo. ff. de doli mali & metus exceptione. quòd ius in stipulationibus, quæ per iocum vel docendi

causa fiant, vbi consensus etiam non adest, obseruandum erit eadem ratione, iure etiam civili. l. obligatio num substantia. ff. de actionib. & obligation.

SVMMARIA AD CAPVT Vndecimum.

- 1 **Q**uinquè rationibus intenditur probari stipulationem, civilem solum, non naturalem producere obligationem, pro Alderia & Oldraldi opinione.
- 2 stipulatio, metu vel simili causa facta, solum civilem habet, qua autem ex libero procedit consensu, naturalem etiam producit obligationem.
- 3 in primi argumenti solutione traditur, quomodo intelligatur differentia stipulationis in constituto, adducta in §. constituta. inst. de actio.
- 4 Adducitur intellectus ad textum, in l. ex diuerso. paragrapho primo. ff. solut. matrimon. pro secundi argumenti solutione.
- 5 In tertii solutione traditur intellectus ad l. indebitam. ff. de condict. indeb.
- 6 Ad quartum, & quintum argumentum traditur solutio.

CAPVT Vndecimum.

Ad glossam in verbo consensum.



Bartolus & ceteri qui Accursium hic sine aliqua distinctione sequuntur, dabunt nobis disputandi occasionem, an verum sit, quòd ad eò tam communi & concordiam omnium sententiam

receptum est, ut nullus umquã aut antea vel postea exceptis Alderico & Oldraldo quos allegant Accursius & Bartolus hic, ausus fuerit illi contradicere. Id autem est, omnem stipulationem, obligationem habere naturalem, quod discuti latius oportet, ne aliquid sit à Doctores nostris in huius tituli tractatione tactum, quod à primis (ut dicitur) principijs (ut maior habeatur earum rerum cognitio) à nobis non repetatur.

QV A E S T I O

Sexta.

UTRUM OMNIS STIPULATIO obligationem habeat naturalem, an solam civilem?



QVI Quæstiones præcedentes, attentis oculis inspexerint, non dubito, quin primo aspectu, inutilem censeant huius tractationem: cum nulla maior dubitandi ratio in stipulatione de qua est quæstio proposita, quam in cæteris conuentionibus & pactis nudis appareat: in quibus cum iam resoluerim, obligationem inesse naturalem, in quæstione quam de pacto nudo supra inscripsimus: excusari posse videbatur hic labor, ne vnus rei repetitio, docti lectoris animum offende-

ret. Sed tamẽ cum hæc moueatur à glossa hic, ne illius sectatores in hac parte (quæ difficultate non caret) deficiamus, enitemur magno pere, nihil eorũ quæ ibi attulim⁹ in hac quæstione, referentes verã huius quæstionis tradere resolutionem. Pro parte igitur negatiua, quod videlicet stipulatio, obligationem solum habeat civilem, facit primo textus: in §. de constituta. inst. de actionibus. vbi cum Imperator Iustinianus, voluisset edocere differentiam, quæ erat inter contractũ constituti & stipulationis, dicit, quod stipulatio, obligationem habet civilem, quasi per hoc denotans, quod non habet naturalem, nam in eo solum distingui videntur stipulatio & constitutum, quod constitutum nitatur in sola æquitate naturali. l. prima. cum cæteris. ff. de constitutu pecunia. stipulatio vero sola civili, nam alia differentia inter ea (quam constat Iustinianum. ibi. apponere voluisse) reperi non potest.

Secundo facit textus. in. l. ex diuerso. §. i. ff. soluto matrimonio. vbi Iurisconsult⁹ Paulus respõdit, quod contra mulierem ex promissione vel stipulatione quam fecit, non potest agi ultra quam ipsa facere possit, quod si agatur, poterit quamuis iuri civili obligata sit, per præcedentem stipulationem, opponere doli exceptionem: sed exceptio doli datur ex æquitate naturali l. i. qui æquitate. ff. de doli exceptione.

tione. ergo cum aduersus stipulationis obligationem, detur exceptio doli, necessario sequi debet, stipulationem non continere obligationem naturalem, nam si contineret, non daretur contra eam doli exceptio, quæ in sola æquitate naturali consistit, cum nulla obligatio naturalis sit contra obligationem naturalem.

Tertio Idem probatur, ex textu in. l. indebita. 47. ff. de cõditione indebiti. Vbi Celsus ait, quod fideiussor qui soluit pecuniam, debitã iure præcedentis stipulationis, soluit pecuniam indebitam iure gentium: sed quod debetur iure gentiũ, id dicitur debitum naturale. l. cum amplius. §. i. ibi. is natura debet quæ iure gentium dare oportet. ff. de regul. iuris. ergo cum obligatio stipulationis sit indebita iure gentium ut asserit Iurisconsultus Celsus, æquitatem naturalem non habebit, sed solam civilem.

Quartò stipulatio sic inuenta est à iure civili, sicut chirographũ seu literarum obligatio, ut patet ex. l. penultima. ff. de solutio. & §. de cõstituta. inst. de action. cum alijs quæ notant doctores in rubrica. ff. de verb. sed literarum obligatio sola, semper continet obligationem civilem, non autem naturalem. glossa communiter recepta in. l. i. versi. nunc videndum. ff. de cõditione indebiti. & in. l. cum quis. C. de iuris & facti ignorantia. & §. i. ver. obligetur. inst. de literarum obli-

gatio. ergo stipulatio similiter, solam obligationem civilem non verò naturalem habebit, sumpto argumento ab æquali vtriusque ratione.

Quintò obligatio naturalis, nõquam nascitur, nisi ex libero duorum consensu, ut in hac. l. i. versi. adeò docuit Vlpianus, dicens, nullum posse existere contractum, vel obligationem, quæ non habeat consensum, & in. l. i. ff. de doli mali & metus exceptione. Sed existente verè & propriè essentia vera stipulationis (quæ consistit in congrua interrogandi & respondendi forma. l. §. ff. de verb. oblig.) potest non ad esse liber duorum consensus, ut patet in stipulationibus meticulosis, quæ civilem habent obligationem. l. si quis cum aliter. ff. de verb. l. dolo. C. de inutilibus stipul. ergo stipulatio non naturalem, sed civilem solam continet obligationem.

Hæc sunt quæ magis iuuare possunt Alderici & Oldraldi in hac quæstione opinionem, ea tamen & eius contraria, quæ fuit primùm Ioannis glossatoris civilis antiqui, & postea Azonis, Accursij, Bartoli & reliquorum, mihi placere non possunt, si cum quadam distinctione non intelligantur: nam si velis dicere, cum Alderico & Oldraldo, omnem stipulationem carere vinculo naturali, & habere solum civile, decipieris planè: cum in stipulatione, quæ regulariter fit libere, insit eadem æquitas & iustitia

naturalis, quæ in pactorum naturæ obseruatione, quam ipsi non diffitentur, & multo maior: nam cum ex interrogatione præcedente, respondentis animus excitatus fuerit, ad plenius deliberandum, cum perfecta fuerit per responsionem stipulatio, dabitur plenior consensus, & obligatio plenior, quàm in pactis nudis, quæ tametsi aliquando fiant ex leuitate, ijdem concedunt naturalem habere obligationem ex Vlpiano in præfenti. ibi. huius edicti æquitas naturalis est. Si vero cum Ioanne, Azone, Accursio, Bartolo & reliquis, omnem stipulationem dixeris, sicut ciuile sic etiam naturale vinculum æquitas semper habere, quia habet consensum, eorū te doctrina certò faller, cū in stipulationibus meticulous, adsit verè & propriè consensus. l. si mulier. §. si metu coactus el segundo. ff. quod metu causa. & docuit Arist. lib. 3. ethicorum. c. 4. non tamen hic consensus simpliciter, sufficiens est ad producendam naturalem obligationem, vt patet ex exceptionū prætoriarum concessione, quæcum fundentur solum in equitate naturali, vt in principio huius textus dixi, dantur quotidie aduersus huiusmodi stipulationes, ne vt inquit Paulus in. l. i. ff. de doli mali et metu exceptione. occasione iuris ciuile contra naturalem equitatē suus dolus cuiq; proffit, sicq; verū nō erit, stipulationes omnes, sicut

habēt vinculū ciuile, sic etiā & naturale: cū præterea is qui dolo promisit, obligetur ciuilitè. l. dolo. C. de inutilib⁹ stipulationibus. quæ forte naturaliter obligatū, nullus sanis capitis et iuris prudētiæ cōceder, repugnāte naturali iustitia de qua dicem⁹ latius in. l. iurisgētū. §. prætor ait in. eod. igitur, inter vtrāq; hanc extremā opinionē, media quædam nostra adhibenda est distinctio, vt stipulatio, tūc nō habeat obligationē naturalem, sed solā ciuile: cū æquitas naturalis, in qua pactorū & stipulationū iustitia & obseruantia versatur, defecerit: quod erit cū metus, dol⁹, error, ignorātia aut alia similis iusta causa dederit initiū cōtractui, in quo casu potest procedere & esse vera opinio Alderici & Oldraldi, quāuis sine aliquo temperamento omnes vno ore censuerint reprobendam: si verò stipulatio, vt cæteræ conuentiones, fiat, libero & spontaneo consensu, seruatisq; cæteris circumstantijs, tunc ratio excogitari nulla potest, quare nō habeat obligationem naturalem, sicut & alia pacta tam nuda, quàm vestita, in quibus ipsi Aldericus & Oldraldus non negant, æquitatē inesse naturalem: imo (vt supra dixi) fortiorem, cum ex præuia interrogatione & præmeditata responsione, maior debeat præsumi voluntatis deliberatio, & sic obligationis certitudo: quib⁹ hoc modo stātib⁹ nihil nocēt in cōtrariū adducta.

Primū enim argumentū, quod
Alde

Aldericus desumpsit (sic enim appellari debet quidam glossator antiquus, qui ius ciuile interpretatus est in Italia, circiter annū. 1190. cuius sæpe meminit Accursius in suis scholijs, & præsertim hic, quāuis vel Impressorū errore, vel antiquitatis ignorantia Albericum nomen vulgati codices & Fortunius sapissime in præfenti) ex. §. de constituta, inst. de actio. facile infringi poterit, si aduertas, non esse bonam hanc consequentiam, differentia inest inter constitutum & stipulationem, constitutum fundatur in sola obligatione naturali, ergo stipulatio fundari debet in sola ciuili, cum differentia (quam fateor voluisse ibi Iustinianum tradere) non in obligatione cōtractus, sed in actione cōtractus debeat attendi, de qua differentia in. §. sed istæ quidem. immediate præcedenti facta fuerat diuisio, ibi. Sed istæ quidem actiones, aliæ ciuiles aliæ prætoriæ sunt &c. quam diuisionē prosequitur Imperator in. §. de cōstituta. dicens, quod actio de cōstituta est prætoria, si enim intercesserit stipulatio (inquit) iure ciuili tenetur, non autem debes intelligere verba hæc (iure ciuili tenetur) ergo non naturali, cum de iure seu obligatione naturali, ad differentiam ciuilem in stipulatione & cōstituto tractare non voluerit Iustinianus, sed iure ciuili dixit, ad differentiam prætorij, cuius adiumentum & actio, sicut in alijs actibus

non datur, cum ciuilem inerat. l. i. ff. de dolo. sic etiam in constituto cui Iustinianus docere voluit inesse actionem prætoriam, non vero ciuilem, si forte stipulatio non fuisset adiecta.

Non obstat secundum, ex. l. ex diuerso. §. 1. ff. soluto matrimonio. vbi textus dicit, quod mulier habet exceptionem, contra promissionem seu stipulationem de dote, quamuis iure ciuili teneatur, ex quo videtur probari, stipulationem inducere obligationem ciuilem; non vero naturalem. nam respōdet Fortunius Garzia in hac l. i. fol. 7. col. 3. vers. venio ad glossas, reprobato Alderici & glossæ intellectu, quod ibi, ideo mulier non est obligata naturaliter, quia ad impossibile nullus naturaliter tenetur, vel obligatur, mulier enim in casu illius legis promisit per stipulationem soluere marito dote, postea verò soluto matrimonio, ex pacto dotali voluit eam repetere, quam cum nō possit vxor paupertate & rerum indigentia laborans integram soluere, quæsitū est à Paulo, quid agendum esset, qui respondit ex sententia Procli, non esse conueniendam vltra id quod facere posset, quia obligatio ex stipulatione nata, non potuit comprehendere casum impossibilem, de quo ibi. hæc Fortunius quæ à textu litera & sensu non videntur aliena, sed habent difficultatem non leuem, quæ alia indiget satisfactioe,

tionem, ea autem est, quod illa promissio, si ea ratione naturaliter non obligaret (ut Fortunius dicit) quod ad impossibile nullus naturaliter obligatur, sequeretur, quod nec obligatio ex ea fuisset orta civilis, quia de iure civili etiam impossibili nulla est obligatio. Inter stipulationem. s. sacram. l. impossibilis. ff. de verborum obligatio. s. si impossibilis, cum ibi notatis. inst. de inutilibus stipulationibus. l. impossibilium nulla est obligatio. ff. de regulis iuris. sed in casu illius textus obligatio aderat civilis, cum contra eam daretur praetoria exceptio, & in eodem textu reperitur expressum, ibi (quamvis iure civili sit obligata) ergo ratio propter quam exceptionem fuisse datam Fortunius adstruit, commoda principiis civilibus non videtur: sed nihilominus dices tu, retento vero intellectu Fortunij, quod considerato rigore iuris civilis, non erat impossibilis promissio, vel obligatio de eo, quod quis quamvis cum indigentia facere posset: & sic cum haec mulier, bonis omnibus si se spoliaret ad reddendam dotem, posset satis facere obligationi promissae, nec ex eo quid natura aut moribus Christianis impossibile aut contrarium sequeretur, non mirum si obligatio civilis orta fuisset: considerato tamen iure praetorio, quod aequius, lenius & mansuetius omnia pertracta, cum impossibile videtur bonis & politicis moribus attentis, quod

vnus coniux ab alio (cum soci) sine diuina & humana domus, ut dicitur in. l. aduersus. C. de crimine ex pilatae hered.) & vna caro per consumptionem effe&ti, tam stricte & seuerè, ne dicam crudeliter debitum illud exigat, ut sicut extraneo & ignoto nil relinquat uxori, quo se posset sustentare, & hac ratione aduersus actionem civilem, quae nihil iniusti natura continebat, datur de aequitate & mansuetudine praetoria exceptio, aduersus stipulationem, ut ne mulier conueniatur ultra ea quae facere posset, deducto semper ne indigeret, & hunc arbitror verissimum illius textus intellectum.

Ad argumentum tertium erutum ex. l. indebitam. ff. de conditione indebiti. vbi pecunia promissa per stipulationem, & soluta a fideiussore, dicitur indebita iure gentium, respondet Alexander Imolenis. hic. nu. 14. v. 11. in ea, ex sententia Pauli quem allegat, quod ideo dicitur indebita iure gentium, quia quamvis verè obligatio fuisset, competit exceptio doli, quae est introducta iure gentium. l. qui aequitati. ff. de doli & metus exceptione. sed haec solutio & sub intellectio exceptionis impropria est, quia textus dum dicit, iure gentium esse pecuniam indebitam, proprie & stricte (pro ut litera habet) intelligi debet, & sic dices considerata melius illius legis specie, & materia: quod ideo dicitur pecunia soluta

à fide

à fideiussore, indebita iure gentium: quia principalis pro quo fideiussor soluit, nec naturaliter nec civiliter erat obligatus, quod constat, quoniam post solutionem seu dationem repetere poterat, ut dicit textus, quae probatio est sufficiens ad ostendendum, neutram intercessisse obligationem. l. naturaliter. ff. eod. titul. de conditione indebiti: ideo autem obligatio nata non fuerat, quia promisserat per errorem, ut in textu exprimitur, qui omnino consensui contrariatur. l. consensui. ff. de regul. iuris. ex quo solo & libero in conventionibus obligatione produci supra latius probauimus, & cum principalis non esset obligatus, à fortiori nec obligari potuit eius fideiussor. l. fideiussor. s. fideiussor obligari. ff. de fideiussore. s. fideiussores. inst. eod. titul.

Non obstat quartum, nam quamuis stipulatio & chirographum, seu obligatio literarum, ab eodem iure civili inuentae fuerint, sicque obligationem habeant equalem, non tamen inde sequitur, quod quemadmodum obligatio literarum, habet semper civile vinculum, non verò naturale, cum pecunia non est numerata, sic etiam dicatur de stipulatione: nam Imperatores statuerunt, literarum obligationem post biennium sic valere civiliter, ut nulla non numeratae pecuniae exceptio objici possit, ne creditores possent diutius suis pecunijs forsitam defraudari, ut Iustinianus docet in prin-

cipio illius tituli. Quod in vera & perfecta stipulatione (quae debiti praecedat solutionem, vel saltem donationem continet) non potest procedere quoniam haec natura dicta compleri. Quod si stipulatio coepta fuerit de ea re, quae accipi sperabatur non tamen accepta fuit idem in ea erit dicendum, ut omnia rei non accepte exceptione, intra legitimum tempus solam habeat obligationem civilem, sicut in literarum obligatione. Sicque equa erit hoc modo, utriusque contractus & obligationis ratio.

Non obstat quintum & finale, quo probauimus, existente vera & propria forma stipulationis, quae consistit in legitimo interrogandi & respondendi ordine, dari obligationem civilem, non vero naturalem, ut verificatur in stipulationibus metu extortis, quae civiliter obligant. l. i. ff. de doli mali & metus exceptione. l. si quis cum aliter. ff. de verb. obligat. quia supposita nostra distinctione, in corpore quae stionis adducta, facilis erit responsio, non enim est verum dicere in distincte, omnem stipulationem obligationem habere naturalem, ut Accursius, Bartolus & reliqui asserunt, sed tunc solum, cum in ea inest iniustitia, quae in aliarum conventionum obseruantia versatur, si autem ea defuerit, tunc verius dici poterit, omnem stipulationem, solam obligationem continere civilem, ut Aldericus & Oldradus existi-

existimabant, qua ratione supra dictam distinctionem bene memoriam mandabis, nam ea retenta omnes obiectioes tolluntur, & sic soluitur difficultas quaestionis à glossa in praesenti, verbo (consensum) tacta. Ad ceteras legis partes explicandas veniamus.

SUMMARIA AD CAPUT duodecesimum.

- 1 **R**iecta Bartoli huius . §. ad praecedentes continuatione, alia adducitur, & quae conuentio nominata dicatur à doctolibus traditur.
- 2 Octo argumentis probari videtur, nominatum pignoris contractum sine traditione constitui non posse.
- 3 Refertur pignoris diffinitio tradita à Martino antiquo glossatore, & refellitur.
- 4 Alia pignoris diffinitio qua tradidit Azo, reprobatur.
- 5 Alia Hostiensis diffinitio refutatur.
- 6 Alia Nicolai Mozzi reijcitur.
- 7 Variæ pignoris significationes assignantur.
- 8 Alia noua pignoris diffinitio traditur, cuius singula verba explicantur.
- 9 Rationibus adductis probatur, pignoris conuentionem solo consensu absque traditione perfici.
- 10 Traditur intellectus ad . l. i. ff. de actione et obligatione, & ad . §. creditor. inst. quibus modis re contrahitur obligatio, pro primi argumenti solutione.
- 11 Contractus, qui ab actu exequendi, in quo vertitur ipsius substantia, denominantur, ante executionem non perficiuntur, ut in mutuo, secus si in ipso actu non inest substantia, tunc enim ante executionem perficiuntur, ut pignoris conuentio, pro solutione secundi.
- 12 Pignus non solum in mobilibus, sed etiam in immobilibus rebus proprie dici & con-

stitui posse traditur, allata ipsius vocabuli prima origine, & traditur intellectus ad . l. si rem. §. proprie. ff. de pignore. act. & . l. plebs. §. pignus. ff. de verb. signif.

- 31 Traditur differentia, qua inuenitur inter pignus & hypothecam, pro secundo & non in intellectu ad . l. si rem. §. proprie. ff. de pignorat. actione.
- 14 Licet secundum strictam verbi proprietatem, pignus sine traditione non dicatur tamen non est de eius substantia, & ideo sine traditione perficitur, & sic adducitur concordia ad . d. l. si rem. §. proprie. cum . l. i. ff. de pignorat. act. & . l. res hypotheca. §. inter pignus. ff. de pignoribus.
- 15 Ad quartam & quintam argumentam, pro contraria parte allatum, redditur solutio, & numero 16.
- 17 Pro sexti solutione adducitur noua interpretatio ad textum in . l. si tibi decem. §. de pignore. ff. de pactis.
- 18 Ad septimum & octauum argumentum adducitur solutio, tradito intellectu ad . l. non est mirum. ff. de pignorat. act. & explicata natura pignoris praetorij seu iudicialis & num. 19.
- 20 Pignus iuris gentium & civilis contractus, absque traditione solo consensu perficitur, & speciale nomen assumit, licet aliter Berengarius.
- 21 Hypotheca contractus civilis & nominatus est, aduersus Bartolum & Ripam.
- 22 Pignoris & hypotheca contractus iisdem modis, quibus reliqui qui consensu perficiuntur, possunt celebrari.
- 23 Prohibitio pignoris seu hypothecae sub pena, etiam ad pignoris contractum solo consensu perfectam extenditur, licet Cynus de Pistorio & Baldus contrarium tenuerint.

CAPUT

Duodecesimum.

Sed conuentionum pleraque, in aliud nomen transeunt, veluti in emptionem, in locationem, in pignus & stipulationem.

Bar



BARTOLVS in hoc . §. nihil scribit, quod ad eius declarationem spectet, praeter continuatiorem ad . §. §. praecedentes, quam si omisisset, fortasse fecisset melius, nam improprie eam deduxit, asserens, quod cum conuentio, pro ut nomen generale est. in . §. superiori, diuisa fuerit in pacta, quibus contrahitur, & pacta quibus distrahitur, nunc fit alia secunda diuisio conuentionis, ut quaedam sit nominata, quaedam vera innominata. Sed Bartoli diuisio prima manauit ab ignorantia verbi (transigendi) quod putauit, ad actum transactionis pro ut conuentio est specialis, esse referendum: quod supra improbauimus, monentes verbum (transigere negotium) idem esse quod contrahere. l. transacta. ff. de verb. signif. cum alijs ibi allegatis. Quare tu aliter continuabis, dicendo, quod cum Vlpianus vim & potestatem verbi (conuenire) seu (conuentionis) in . §. praecedenti explicuisset, aggreditur modo huius generalis nominis (conuentionis) diuisionem: dicendo, conuentionum alias esse nominatas, alias vero innominatas, vocatur autem conuentio nominata, quia speciale habet nomen, nec alij congrue accommodari potest, ut emptio, locatio, depositum, quorum singula nomina, sic eis competunt, ut alijs societati v. g. pigno-

ri vel stipulationi conuenire non possint: innominata autem conuentio, pro ea assumitur, quae speciali nomine caret, vel si nomen habet, pluribus contractibus potest congruere, ut conuentio do ut des, quae inter innominatas refertur à Paulo in . l. naturalis. ff. de praescriptis verbis. quia potest conuenire emptioni, cum datur pretium certum pro re, permutationi, cum datur res pro re, locationi vsu cum datur pensio pro alicuius rei, & sic in ceteris, ut post antiquiores Azonem, Accursium, Bartolum, Baldum, Fulgosium, Albericum, Paulum & reliquos, resoluit omnibus modernior, Nicolaus Mozzius in amphitheatro contractuum. in princip. art. 4. fol. 5. num. 9. 10. & 11. sed quid in hoc articulo nos sentiamus, praeter hos & reliquos omnes (qui nobis non satisfaciunt) ad explanationem. l. Iuris gentium in principio quae lib. 3. cap. 3. q. 3. videri poterit, referuo.

Vlpianus hic, retulit inter conuentiones nominatas, contractum pignoris, ut patet ibi, sed conuentionum pleraque, in aliud nomen transeunt, veluti in emptionem, locationem & pignus, nec expressit, an id de conuentione pignoris, an vero de eius traditione sit intelligendum: quod foret nobis cognitum utilissimum, nam si de conuentione pignoris intelligitur, nuda sola conuentione de re pignolata, ante traditionem, pignus recte constitue-

stitueretur, & qui hanc pignoris constitutionem, verbis factam haberet, preferretur ceteris creditoribus, quâuis pignus traditione possidētibus, ex regula generali, quod qui prior est tempore, potior est iure. l. qui balneum. ff. qui potiores in pignore habeant. Si autem in sola traditione & possessione rei pignorate, contractus nominatus pignoris celebraretur, secundus qui pignus possidet, primo creditori (cui soli conuentio de pignore facta est) proculdubio esset preferendus eadem ratione, quare cum a nemine nostrum id sit plenè disputatum, nos cum labore curabim', pro viribus ingenij suscipere.

Q V A E S T I O

Septima.

VTRVM CIVILIS ET NOMINATUS PIGNORIS CONTRACTUS, CONVENTIONE SOLA, AN VERÒ TRADITIONE PERFICIATUR.



Vilitate (quæ ex hui' questionis resolutione percipi possit) iâ supra insinuavimus: si. n. contract' pignoris, nuda rei pignorate cōventionē perficiat, habebit omnes effect', sola illa cōuētio, qui modo tribuuntur ipsi traditioni & possessioni pignoris: si autem cōtractus in sola traditione cōsistat, verbalis illa conuentio de pignore, parū

vel nihil operabitur, quare disputandum est modo, an si Titius dicat Sempronio, res talis siue mobilis siue immobilis, sit tibi oppignorata pro debito, talis cōstitutio pignoris verbalis efficiat, vt res illa sit oppignorata Sēpronio, nec possit Titius cōtra eius volūtatem alij pignorare, & si id tradendo secūdo, fecerit, vter eorū melior sit in prælatione, & pro parte negatiua, quod hæc pignoris cōstitutio, ex nuda cōuētionē perfectionē non accipiat, sed ex sola rei traditione faciūt sequētia.

Primum, inter eas obligationes, quæ re contrahi dicuntur à Paulo, in. l. i. ff. de actio. & obligatio. & à Iustiniano in. s. creditor. inst. quibus modis re cōtrahitur obligatio. vna est pignoris interpositio: sed contractus qui re celebrantur, cōsensu solo perfici nō possunt, nam alioquin nō obligationes ex re, sed obligationes ex cōsensu essent nūcupandæ, vt docuit Vlpianus in. l. cōsensu. ff. de action. & obligat. ergo contractus pignoris, cum re cōtrahi ab omnibus dicatur, in sola rei traditionē suā perfectionē accipiet, cū re obligatio contrahi non possit nisi quatenus datū sit, vt ait Iurisconsultus in. l. si tibi decem. r8. infra hoc titulo de pactis.

Secundò, idē probatur, nam ex verissima & receptissima Bartoli sentētia in. l. legitima & in. l. Iurisgentiū. infra eod. cōtractus omnes qui habent nomē ab actu exequendi,

non

non habent ante executionem nomen proprium: sed stant in generali nomine conuentionis, & in executione assumunt speciale, sed pignus dicitur à pugno, quia pugno vel manu capitur, vt dixit Caius in. l. Plebs. s. pignus. ff. de verbor. significat. l. si rem. s. propriè. ff. pignoratit. actione. ergo cum ab executione nomen habeat, antequam res tradatur, non erit pignus, nec contractus nominatus, sed pactum quodam nudū de pignore, sicut in eo qui promittit se venditurum, non datur cōtractus nominatus emptionis, sed pactū quodam nudum de vendendo.

Tertiò, inter pignus & hypothecam est aliqua differentia: vt patet ex titulo seu rubrica. ff. de pignorib' & hypothecis. vbi cōiūctio illa (&) quæ inter diuersa poni solet, glossa communiter recepta in rubrica. ff. de iuris & facti ignorantia. pignus ab hypotheca seiunxit: sed hypotheca perficitur solo consensu, ergo vt aliquid inter pignus & eam intersit, vt rubrica & diuersa nomina docent, pignus traditione sola confirmabitur: quod videtur expressè dixisse Vlpianus in. l. si rem alienam. s. propriè. ff. de pignoratitia actione. ibi. pignus propriè dicimus, quod ad creditores transit, hypotheca cum non transit possessio ad creditore: igitur verum est dicere, contractū nominatum pignoris, nō in pacto & conuentione, sed in rei traditio

ne confici.

Quartò, ad perfectionem cuiuscumq; cōtractus, vel actus, omnia illa necessaria requiruntur, sine quibus actus commodè expediri non potest. l. 2. ff. de iurisdictione omnium iudicū. cum ibi notatis. sed ad hoc quod naturalia pignoris, cōmodè geri possint, necessariò requiritur traditio, ergo vt constitutur perfecta cōuentio pignoris, sola conuentio non sufficiet: maior certa est & relato iure constabit, minor autē probatur: quia de natura pignoris est, quod si veditor, intra duos annos, ex quo attestatio missa est à creditore, vel sententia prolata, debitam pecuniam non soluat, possit creditor possessionem pignoris alij vendere & tradere. l. fin. C. de iure dominij impetrādo. hoc autem commodè fieri nō potest, absque eo quod possideat ipse creditor, ergo ad perfectionē istius cōtractus, necessaria erit traditio.

Quintò, sicut cōtractus emptionis substantia, tūc verè inest in actu, cū actus nomē propriū emptionis assequutus fuerit, sic etiā substantia pignoris, tūc verè inest in actu, cū pignoris nomē in actu pignoradi verificetur, nomina autē actuū & rerū (si credimus Philosopho lib. 2. ethicorum cap. 2.) ex earum fine sunt assumēda ergo contractus pignoris, nomen debet assumere à fine principali, ad quē dirigitur, & nō antea: finis autem pigno

Y. ris

ris principalis est, eius possessione & detentione securiorem reddere creditorem detinentem, ut docet Iustinianus in §. final. institut. quibus modis re contrahitur obligatio. ergo cum ante hanc traditionem, finis pignoris non consequatur, conuentio nuda de pignore, actui verbali pignorandi, pignoris nomen non dabit, sed sola rerum traditio.

Sextò, si pignus ut ceterarum nominatae conuentiones, quae referuntur in l. iuris gentium in principio. per solam conuentionem, suam perfectionem & nomen assumeret, statim à conuentione actionem ciuilem produceret: sic enim ibi Ulpianus docuit: dicens, iuris gentium conuentiones, quae in suo nomine non stant, sed transeunt in speciale nomen, actionem statim producere, intelligens de ciuili (pro ut nemine excepto omnes rectissime intelligunt) sed pactum de pignore, inspecto iure ciuili, nullam actionem parit, ut constat ex Paulo in l. si tibi decem. 18. §. 2. infra eodem. ubi testatur. actionem (quae nasci potest ex conuentione pignoris) praetoriam esse, ibi (de pignore iure honorario nascitur ex pacto actio &c.) ergo in solo pacto pignoris, non consistit substantia contractus nominati pignoratitij ciuilis, de quo tractamus.

Septimò, omne verum pignus producat actionem pignoratitiam, ut certum est, & notatur in. d. l. iuris

gentium. in principio. inf. eod. sed si pignus perficeretur solo pacto, nullam directam actionem pignoratitiam produceret, quoniam nihil esset quod debitor à creditore posset repetere, quo casu cõpetit pignoratitia. l. si rem. §. omnis. ff. de pignoratitiae actione. §. fin. inst. quibus modis re contrahitur obligatio. ergo ne hoc absurdum sequatur, quòd sit videlicet pignus sine actione pignoratitia, quod videtur impossibile, nam nullibi reperitur causa sine causato: necessario fatendum erit, contractum pignoris nuda conuentione non perfici, sed sola traditione, quo casu poterit esse repetitio & actio pignoratitia, quae tamquam causatum producitur à pignore sua causa.

Octauò tandem & finaliter, id expressè probari videtur apud Ulpianum, in l. non est mirum vigesima sexta. ff. de pignoratitiae actione. Vbi tractans de contractu pignoris, asserit in haec verba (sciendum est, pignus non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem) si ergo pignus constitui non potest sine possessione seu traditione, pactum vel conuentio sola non sufficiet, ut communis est omnium legistarum in locis relatis opinio.

Quibus tamen non obstantibus, in contrarium est opinio nostra, quam iuribus & rationibus statim confirmarem, nisi ad rei maiorem declarationem, alia fundamenta prius esse iacienda praeviderem:

opor

oportet enim intelligere quid pignus sit, & in quo eius forma essentialis consistat, ut hoc cognito, inde colligi possit facilius, an ad eius perfectionem, traditio de qua quaerimus, sit semper necessaria. Antonius Negusantius in eo quae vberimum inscripsit de pignoribus & hypothecis tractatum, diffinitionem pignoris non tradidit, ut videas, quam singularem methodum in scribendo & docendo plerique ex nostris sequantur, cum talitate de rebus omnibus tractantes, principalem partem (quae in diffinitione & eius intelligentia consistit) nescias qua ratione omiserint.

Quare, ut ab antiquioribus incipiamus, Martinus Abbas, Monachus Franciscanus, antiquissimus iuris ciuilis glossator, cuius mentionem per sepe in suis glossis interposuit Accursius, in summa quam edidit de pignoribus, primus omnium (quod sciam) pignoris diffinitionem tradidit in hunc modum: ut sit res obligata & tradita pro debito, ad securitatem creditoris, quam sic probauit Hugo Donellus, in tractatu de pignoribus. cap. 2. ut affirmauerit, re vera pignus constitui non posse, nisi manu res capiatur, quia in hoc eius forma consistit, & hanc omnibus iuris peritis verissimam videri semper testatur Prateyus in additionibus ad Hostiensem, hoc titulo de pignoribus. litera. a. affirmans, pro

ea esse textum apertum. in. l. plebs. §. pignus. ff. de verborum significatione. Sed mihi placere haec diffinitio non potest, quia solum diffinitur materiam pignoris, quae ipsa res est, non autem formam seu substantiam, quae consistit in tali conuentione, ut postea dicemus. nec aliquid facit textus in. d. l. plebs. §. pignus. ut in eius intellectu infra videbitur.

Azo Bononiensis, vetustus etiam interpres, cum hanc diffinitionem Martini vel non vidisset, (quia eo tempore eius opus typis mandatum non erat) vel si vidit cum ei non probaretur, aliam secundam tradidit lib. 8. Codicis rubrica nostra. dicens, pignus esse rem mobilem, quae pignori obligata est & tradita: quasi requirens duo necessaria ad eius esse, primum quod sit res mobilis, secundum, quod in creditoris manus peruenirit: sed haec diffinitio. 2. peior est. 1. quatuor enim vitia habet, primum est, explicare materiam contractus, quae res est, & non formam quae consistit in tali conuentione. Secundum, quod pars diffiniti ponitur in diffinitione, quod esse inconueniens Philosophi & dialectici omnes docent, ponit enim, diffiniendo pignus, verbum (pignori) ut res videlicet tradat pignori. Tertiū in eo, quod arbitratur pignoris substantiam in re mobili consistere, cum immobilium fiat pignoratio, & pignus proprie dicatur. l. Meuius. 68. §. fundo

V 2 legato

legato. ff. de leg. 2. l. fideiussor. §. si pater. ff. de pignoribus. l. sciendū §. creditor. ff. qui satisdare cogantur. l. cum notissimi. §. sed iam illud. C. de præscriptione triginta annorum. cum alijs. quartum, quod existimet necessarium esse, ut pignus constituatur, quod rei possessio tradatur creditori, cum contrarium in iure sit expressum, ut postea probabo.

¶ Quare, Cardinalis Héricus, vulgo Hostiensis nuncupatus, in summa iuris canonici, titulo de pignoribus. num. 10. aliam & sic tertiam attulit, asserens pignus esse quandam obligationem rei licitæ, pro debito in iuram, quæ diffinitio tamen à pluribus sit recepta: mihi placere non potest, quia ponit effectum pro causa, obligatio enim quæ ex pignoratione nascitur, non est ipse contractus pignoris, sed eius effectus, ut nostri docent & benè ex. l. 2. ff. si certum petatur. qui ad probandam rei formam seu substantiam nihil valet.

¶ Quarto, Nicolaus Mozzius, in amphiteatro contractuum. cap. 1. de pignore. nu. 15. sic propriè posse diffiniri dicit, ut pignus, sit illud quod pro securitate alicuius, manu traditum est, & explicat singulas partes diffinitionis: dicens, verbum illud (traditum) positum fuisse ad differentiam donationis, in qua res datur, non autem traditur. l. Senatus. §. donationem. ff. de donatio. causa mortis, dicitur

(pro securitate) ad differentiam depositi, quod pro custodia datur, & ad differentiam commodati & præcarij, quæ dantur ad usum: dicitur (manu) quia pignus venit à pugno, & sic (inquit ille) ad hoc quod propriè pignus sit, manu tradi debet, sed nec ista diffinitio congrua & perfecta est, nam habet simul duo vitia, quæ in. 1. et 2. supra refutauimus.

¶ Quo circa, ego ad huius rei explicationem aduerto, pignus in iure variè accipi, & res prorsus diuersas significare, quas omnes vna diffinitione velle comprehendere, non minus videtur ineptum, quam si diuersis pedibus & inæqualibus, vellet sutor crepidam ad eandem formam cõsuere. Vno enim modo accipitur pignus, pro ipsa actione pignoratitia, quo sensu intelligi debet, quod Vlpianus ait. in. l. 1. ff. si certum petat. præterea sub titulo de rebus creditis edixisse de pignore, id est de actione pignoratitia, ut optimè ibi notauit Accursius. Secundo modo dicitur pignus, ipsa res obligata, hoc enim ostendit titulus. ff. de distractione pignorū, pignoris enim distractio, aliter intelligi non potest, quàm rerum obligatarum pro debito alienatio, & sic huic pignori (pro vt res est & materia contractus pignoratitij) rectè cõgruet prima diffinitio Martini, erit tamè materialis non formalis. Alio modo & tertio, vocatur

catur pignus, ipsa obligatio quæ nascitur ex pignore seu ex actu pignoratitij, & sic intelligitur titulus. ff. quibus modis pignus vel hypotheca soluitur. id est obligatio pignoris, & huic acceptioni commodata erit diffinitio Hostiensis iam relata, omnes tamè istæ alienæ sunt à proposito, quo querimus, quid sit conuentio seu contractus pignoris vel pignoratitius, nam & hoc ad cognoscendam naturam & substantiam rei, de qua agitur, necessarium est, & cui nullam (quod ego sciam) doctores nostri diffinitionem tradiderunt.

¶ Quò obrem, pignus (pro vt contractus est) sic ego nouè putarè diffiniedū, ut sit conuentio nominata, quæ res mobiles vel immobiliæ pro obligatione præcedenti creditoris legitimæ potestati supponit) explicemus singulas partes diffinitionis. Pro genere, posui conuentionem, quia (vt docuit Vlpianus in. §. conuentionis verbum. supra præcedenti) conuentio generale nomen est, ad omnia pertinens, de quibus negotij contrahendi, transigendi que causa consentiunt, quæ excluduntur omnes actus testandi, delinquendi &c. dixi (nominatam) ad differentiam contractuum innominatorum, nam pignus speciale nomen habet, ut in. §. isto conuentionum idem Vlpianus auctor est, & sic solo consensu obligationem producit. l. 1. ff. de pignoratitia actione. dixi res mobiles & immobiles, ad ex-

cludendā opinionem eorū, qui arbitratur in solis mobilibus pignus constitui posse, non considerantes in immobilibus etiā celebrari. l. sciendū. §. creditor. ff. qui satisdare cogantur. l. cū notissimi. §. sed iam illud. C. de præscriptione triginta annorum. dixi (pro obligatione præcedenti) nam ad hoc vt pignus propriè constitui possit, necessariū est, quod præcedat obligatio aliqua, siue ciuilis, siue naturalis, quemadmodum in fideiussoria cautione, cui pignus tantopere assimilatur, vt nichil inter ea intersit, nisi quod vna sit res animata & rationalis, alia verò possit esse inanimata & irrationalis, & sic, quemadmodū necessariū est, ad hoc vt fideiussor constitutatur, quod in principali obligatio præcedat, siue ciuilis siue naturalis. §. in omnibus. inst. de fideiussoribus. sic etiam, vt pignus constitutatur, necessariū est, vt persona propter quā pignus datur, sit ciuilitè vel naturalitè obligata. l. res hypothecæ. §. l. quesitū. §. si. ff. de pignoribus. dixi (creditoris legitimæ potestati supponit) & non dixi (tradidit) quia ad essentiā contractus pignoratitij, non est necessaria traditio, vt cõmuniter & malè (vt sentio) existimant omnes, nudo solo verbi sono decepti: sed solū requiritur, quod res de qua fit conuentio pignoris, suppanatur, id est obligetur, & subiiciatur creditoris potestati, vt si persona quæ principalitè obligata est, in implemèto

defecerit, suppleatur re pignora-
ta: ad quam repetendam ex manu
cuiuscumque possessoris, postquã
pignus est semel verbis constitutũ,
habet creditor potestatem. l. pig-
noris & hypothecæ C. de pignori-
bus. l. si fundus. §. in venditione.
ff. eod. titul. dixi (legitimè) quia po-
testas cui res illa subijcitur, dum
speciale pactum non adsit, non est
adeo libera, vt possit sicut ex re
propria (quod placuerit) facere:
sed illud tantum, quod leges faci-
endum permittunt, & explicatur in.
l. fin. C. de iure dominij impetran-
do. est igitur contractus pignoris
(ne te capiat eius obliuio) conuen-
tio nominata quæ res mobiles vel
immobiles pro obligatione præce-
denti, creditoris legitimæ potesta-
ti supponit.

Quibus sic præ habitis, opinio-
nem nostram qua tenemus, ciuile
& nominatum contractum pigno-
ris, verè perfici sola conuentione, &
consensu, quo res oppignoratur,
id est supponitur & obligatur, vt
supra dixi, nec fore necessariã rei
traditionem, magis oportet con-
firmari, ne leuibus fundatos ratio-
nibus sententiam hanc cõtra com-
munẽ, nos defendere quisquam
suspicietur. Facit igitur primò, quia
obligationes omnes, quæ consen-
su solo contrahuntur, ideo dicun-
tur perfici & constare consensu,
quia nec scriptura, nec verborum
solennitas, nec partium contrahẽ-
tium præsentia, nec datio aliqua

aut factum, vt in contractibus in-
nominatis, nec tandem aliqua
alia solemnitas necessaria est, vt
contractus perficiatur, & actio-
nem producat: sed solus nudus cõ-
sensus sufficit, per epistolam vel
nuntium declaratus, hanc ratio-
nem assignauit Paulus in. l. con-
sensu. ff. de actionibus & obliga-
tionibus. sed hæc eadem ratio est,
in consensu & cõuentione de pig-
nore, seu hypotheca, (idem enim
sunt vt postea dicemus) vt osten-
dit Caius in. l. contrahitur 4. ff.
de pignoribus. his verbis, (con-
trahitur hypotheca, per pactum
conuentum, cum quis paciscatur,
vt res eius propter aliquam obli-
gationem sint hypothecæ nomi-
ne obligatæ, nec ad rem pertinet,
quibus fiat verbis, sicuti est in his
obligationibus, quæ consensu con-
trahuntur. Et ideo, sine scriptura si
conuenit, vt hypotheca sit, & pro-
bari poterit, res obligata erit de
qua conuenit &c.) ergo pignus
per solum consensum, siue nutu
siue verbis, siue per nuntium aut
epistolam, seu alio quocumque
modo declaratum perficietur, nec
necessaria erit rei traditio, quod in
terminis expressum est in. l. cum
tabernam. §. idem quæ si. ff. de pig-
noribus.

Secundò probatur ex textu, in.
l. 1. §. item emptio. ff. de rerum
permutatione. vbi Paulus dicit,
quòd quando obligatio oritur ex
conuentione, dicitur ex conuen-
tione

tione habere nomẽ: sed ex sola cõ-
uentione pignoris, nascitur actio
pignoratitia. l. in re hypothecæ. 4.
versu. et ideo. ff. de fide instrumen-
torum. ergo in conuentione sola,
pignus habebit suum nomen, etsi
verè & propriè nomẽ habet, verè
& propriè eodẽ instãti, & actionẽ
& ceteros effectus contractuum
perfectorum producat. l. iuris gen-
tium. in principio. infra eod. ve-
rum est igitur, formã contractus
pignoratitij, in sola conuentione
de re oppignorata constitui.

Tertiò, idem sine difficili indu-
ctione, probatur expressè ab Vl-
piano. in. l. 1. ff. de pignoratitia
actione. vbi in. §. igitur. asserit,
quòd si quis ostenderit aurum, qua-
si pignori daturus, & æs dede-
rit, manebit obligatio pignoris in
auro, quamuis non tradito, &
non in ære, & rationem reddens
dicit, quia in hoc nõ consenserunt.
Si igitur ideo æs nõ habetur pro
oppignorato, quia cõtrahentes in
eo non cõsenserunt, & aurum qua-
uis non traditũ, pro pignoro ha-
betur, solum quia contrahentes cõ-
uenerunt, seu consenserunt in eo,
ergo perfectio istius contractus,
in solo consensu seu conuentione
consistit, quod in principio e-
iusdem legis clariùs docuit, cum
dixit sic (pignus contrahitur, non
solum traditione, sed etiam nu-
da conuentione, etsi traditum non
est &c.) quod Papinianus confir-
mat in. d. l. iusto errore. §. non mu-

tat. ff. de vsucapioni. non mutat (in-
quit) vsucapio superueniens pro
emptore, vel pro hærede, quo mi-
nus pignoris persecutio salua sit:
vt enim vsus fructus vsucapi nõ po-
test, ita persecutio pignoris, quæ
nulla societate dominij coniungi-
tur, sed sola cõuentione constitui-
tur. & c. quibus (ni fallor) satis vndi-
què munita manet opinio nostra,
quòd conuentione de pignore sine
traditione, verè perficiatur pigno-
ratitius cõtractus, & sic producat
omnes effectus, quos ipsa traditio
(si interueniret) parere potuisset.

Nec aliquid obstabunt, argu-
menta in contrarium adducta, nõ
primũ, quo dicebamus, contractũ
pignoris, esse vnã ex illis obliga-
tionibus, quæ re contrahuntur, vt
constat ex Paulo in. l. 1. §. credi-
tor. ff. de action. & obligation. &
Iustiniano, in. §. si inst. quibus mo-
dis re contrahitur obligatio. Sic-
que videbatur, rei interuentum ef-
se necessarium: nam obligationes
quæ ex re, ab obligationibus quæ
ex consensu perficiuntur, in hoc
distinguuntur solum, quod hæc con-
sensum tantum, illæ verò cum con-
sensu rei traditionem ad suum ef-
se requirunt, vt in. d. l. 1. & l. con-
sensu. 2. ff. de action. & oblig. pro-
batur. nam respondemus, quòd
Paulus & Iustinianus non dixe-
runt, contractum pignoris re ce-
lebrari, sic vt opus esset ad eius per-
fectionẽ, rei interuẽtu, vt in com-
modato, deposito, mutuo, & alijs

huiusmodi: quia id falsum erat, & iuribus à nobis supra relatis omnino contrariū: sed solum dixerunt, eos qui pignus accipiunt, re obligari, eo enim tempore, quo creditores pro pecunia credita, vel alijs quibuscumque rebus sibi debitis pignus à debitore accipiunt, pro debiti securitate, obligāt se ad cōseruandum pignus, & ad reddendum illud postquam pecunia fuerit soluta, vel aliter credito satisfactum: & hanc obligationem qua creditores tenentur, ad cōseruandum sine dolo, & restituendum pignus, vocant Paulus & Iustinianus obligationem ex re: quia verè rei interuentu perficitur, & sine re obligatio nec cadere potest in creditorem, non autem vocant obligationem ex re, illam qua tenetur debitor ex conuentione, quam fecit de re pignorata, cum obligatio illius pignoris, solo consensu perfici possit, & sic in eas obligationes quæ consensu constare referuntur ab Vlpiano, in. l. 2. eiusdem tituli. optimè posset numerari constitutio pignoris ex parte debitoris, quod vt videas an illorum responsis & decissioni cōsonet vtriusque verba referre non grauabor. Paulus enim sic inquit, Creditor quoque, qui pignus accipit, re obligatur, quia ipse de ea re quæ accepit restituēda, tenetur. Iustinianus verò sic. Creditor quoque, qui pignus accepit, de ea re quam accepit restituenda, tenetur actio-

ne pignoratitia, nil igitur contra nos facit.

Secundum argumentum, quo adduximus, receptam illam Bartoli sententiam, dicentis, contractus qui ab actu exequendi nomē assumunt, non aliter suum speciale nomen induere, quàm si ad executionem perducantur: sicque videri pignus (cum à pugno dicatur, id est ab eo quod à manu in manum res datur & accipiuntur) non aliter pignus dici posse, quàm si res pugno capiatur, optimè di solues, respondendo, veram esse doctrinam illā, quando contractus accipit nomē ab actu exequendi, qui est de forma illius cōtractus, si autem ea doctrina intelligatur de omni actu exequēdi, quamuis solum det nomen verbale, non autem reale, id est, illud quod substantiam constituit, falsa omnino est. Ponamus exemplū vt res appareat clarior, mutuū dicitur, quia ex meo fit tuū, vt dicit Vlpianus in. l. 1. ff. si certū petatur. & sic accipit nomen ab actu exequendi, quia ex traditione rei meæ, facio tuam, tūc quia hic actus executionis, constituit formam huius contractus, nam si ex meo tuū non fiat realiter, mutuū nō erit, verum erit dicere, non fuisse celebratum cōtractum mutui, quamuis verbalis mutuandi promissio intercesserit, nam nomē quod assumit mutui, nascitur ex actu exequendi, in traditione rei meæ efficiendo tuam, quæ constituit naturam

ram mutui: si autem actus executionis dat contractui nomen verbale, id est in solo verborum cortice existens, non autem substantiale, quia sine illo actu substantia rei potest existere, contrarium dicendum est, vt v. g. donatio dicta est à doni datione, id est ab eo quod donum detur seu tradatur, & sic accipit nomen ab actu exequendi. l. Senatus censuit. s. donatio dicta. ff. de donatio. causa mortis. Ponamus modo, quod ego non dem, id est non tradam donum de præsenti, sed promittam crastina die dare tibi centum, vocabitur ne proprie ista donatio? certè si Papiniani & Iustiniani doctrina vera est, in. l. quidam in iure. s. donationem. ff. de donatio. & in. l. si quis argumentum. cum suis. ss. & in. s. aliæ autē C. & institut. eod. tituli. proprijsimè donatio vocabitur, nam quamuis à principio, datum fuit nomen donationis, actui dandi de præsenti, quia tamen de per accidens, liberalitati (quæ in donatione exercetur) hæc præsens traditio contingit à qua nomen est assumptum, hinc natum est, vt proprie postea fuerit donatio, quamuis de præsenti non fuerit tradita: sicque nō semper est verum, deficiente illo actu, qui dat nomen rei, desinere rem esse talē, nisi actus ille constituat rei substantiā: quod alio te exemplo volo docere. Præcarium dictum est illud, quod precibus petenti vtendum conceditur, vt docuit Vlpianus, in

l. 1. ff. de præcario. Sed quæro modo, si ego nō tuis precibus, sed vel serui vel procuratoris vel alteri^o tertij, vel libera mea voluntate, rem tibi. vtendā. tradā, pro eo tempore quo mihi placuerit, non ne erit præcarium? sic enim admittendum esse ab his omnib^o qui Vlpiani respōsi in. l. in rebus. 4. in. l. certè. 6. l. quasi tum. 8. ff. de præcario, viderint, necessarium est. Si ergo ista concessio libera rei vtendæ, pro tempore quo mihi placuerit, præcarium est, nam habet naturam & substantiam præcarij, quamuis ad præces ipsius petentis non concedatur (ex quo præcarium primitus assumpsit nomen) & doni promissio certā, quamuis de præsenti nō tradatur, ex quo donatio est appellata, donatio proprijsimè vocatur, quia habet naturā & substantiam donationis, quæ consistit in exercitio liberalitatis: non malè affirmamus, actus exequendi in contractibus, dupliciter considerari posse, vno modo pro vt constituit substantiā rei, vt in mutuo, alio modo pro vt exprimeunt accidens, id est circumstantiam quādam nominis seu vocis, à qua (quia à principio actus regulariter sic fiebat) nomen assumpsit: vt in donatione, quæ sic vocata est, quia regulariter quæ dabantur tradi solebāt, non tamen ea sublata, forma actus extinguitur, nam quamuis res de præsenti non donetur, si promittatur, nō desinit esse donatio. dict. l. quidā in iniure. s. donationem. ff.

de donation. quod ad pignus accōmodari debet, eo modo quo in subsequenti argumenti solutione declarabimus.

¶ 2 Tertij argumenti solutio, explanationem proprietatis verborum pignoris & hypothecæ requirit, & differentiæ, quæ sit inter vtrumque, simulque intellectum textus, in. l. si rem alienam. §. propriè. ff. de pignoratitia actione. & l. plebs. §. pignus. ff. de verb. signific. ex quibus locis, cum Vlpianus dixisset, pignus esse quod transijt ad creditores, & à pugno deduci, quod pugno vel manu capiatur, notarunt plures, pignus dici rerum mobilium, hypothecam autem immobilium, vt tenet. ibi. Rebuffus, Antonius del Rio in. l. contractus paragrapho. pignori acceptum. ff. de regul. iuris. Hugo Donellus in tractatu de pignoribus. capit. 2. Alciatus libr. 4. de verb. signifi. ad finem versic. vigesimo secundo inter. Nicolaus Mozzius in tractatu de quo infra. capit. 1. de pignore. num. 14. Sed videamus an falsa sit hæc omnium opinio, & videtur. 1. quod sic, nam pluribus iuris civilis legibus, quæ proprijsimè loquuntur, apartè constabit, pignus in rebus immobilibus constitui. l. si seruos. ff. de pignoratitia actione. l. Menius. §. fundo. ff. de leg. 2. l. fideiussoribus. §. si pater. ff. de fideiussoribus. l. fundus. ff. de annuis legatis. l. prima. paragrapho. si hæres. ff. ad Trebellianum. cum alijs, quas supra

in corpore quæstionis retulimus & confirmari potest Latinitatis authoribus, quibus in hoc, in verborum videlicet proprietate, credendum esse omnes consentiunt Terentius in Phormione inquit.

Ager oppositus est pignori ob decem minas, AEdicula item ob decem alias.

Cornelius Tacitus libr. decimo nono. credebatur affectam eius fidem præiuisse, domo agrisque pignori acceptis, & Martialis libr. decimo secundo epigrammatum de Thelesino quodam festiuè (vt solet) scribit.

Cū rogo te numos sine pignore, non habeo, ita Idem (si prome spondet agellus) habes. (quis. Quod mihi nō credis, veteri (Thelesino) sodali. Credis colliculis, arboribusque meis.

Ecce, quo modo vocat pignus, agellum pro securitate debiti traditum, quod possemus alijs multis locis comprobare, quæ prolixitatem vitantibus non opus est recensere. Nec verum est, quod hypothecam dicunt, de rebus immobilibus constitui, cum de mobilibus constitutam videamus, apud Scæuolam in. l. cum tabernam. §. idem quæsi. ff. de pigno.

Nec aliquid obstabunt textus, in. d. l. si rem. paragrapho. propriè & dicta. l. plebs. paragrapho. pignus. ff. de verborum. signification. nam respōdemus, quod si attendatur origo prima vocabuli, verū est, pignus in solis rebus mobilibus consistere, nec ultra progredi, quia hæ

hæ solum pugno capi possunt, id est de manu (quod aiunt) in manū traditum enim primis illis temporibus, quib' lingua Latina cœpit, præter res mobiles, nullus quidquam rerum suarum pignoret, quod non multo se ære alieno homines obruerent, hinc natum fuit, hanc vocem pignoris, huic actui tradendi rem mobilem, pro securitate debiti, accōmodari: postquam vero aucte fuerint opes, & crevit primò libidinum cupiditatumque omnium, & inde sumptuum infania, nullusquè fuit (vt modo etiam multorum malo videmus) æris alieni modus, vt necessarium fuerit, non solum mobilibus, sed etiam prædijs, fundis, & alijs immobilibus cauere creditori, remansit in eodē contractu dandi rem ob securitatem, nomen pignoris, ortum è traditione rerum mobilium, accommodatum tamen vsu & perpetua loquendi consuetudine, ad significandum, fundos & alia immobilia in securitatem creditorum, quia eiusdem essentiæ seu substantiæ est hic actus, sicut & primus: sic Codicis & libri nomen (inquit Rodolphus Agricola libr. 1. de inuentione Dialectica. ca. 23.) si reddantur originibus suis, neutrum congruet hodie, ei quod significat, quorum alterum à cauducibus, hoc est tabulis ductum est, alterum arboris significat corticem, quod his primū materijs, rudis vetustas ad inscribendas literas vteretur, quod nomen

postea, quamuis inuenta fuerit diuersa scribendi materia, cum rei substantia nō mutetur, idem prorsus & non improprie permansit, quod non ineleganter vetustissimus linguæ Latinæ author Marcus Varro, ad nostrum hoc propositum scripsit. lib. 4. de lingua Latina. in principio, his met verbis (nō omnis impositio verborum extat, quod vetustas quasdam deleuit, nec quæ extat, sine mendo omnis imposita, nec quæ rectè est imposita, cuncta manet, multa enim verba literis commutatis sunt interpellata, nequè omnis origo est nostræ linguæ, è vernaculis verbis, & multa verba aliud nunc ostendunt, & aliud ante significabant, vt hostis, nam tunc eo verbo dicebant peregrinum, quod suis legibus vteretur, nunc autem, eum quem tunc dicebant perduellionem) hæc Varro, in cognoscenda verborum proprietate tantopere versatus, quibus expressè docet, inditam à principio vni verbo proprietatem, temporum varietate alij prorsus diuerso, in quo viget eadem ratio, sine aliquo vitio accomodari, vt in hoc nomine (hostis) videm', quod olim peregrinum significabat, quod suis legibus vteretur, modò autem significat, quod tunc perduellio, id est inimicus: quia similiter, diuersis legibus soleat vti, vt docuit Cicero. lib. 1. officiorum & Iuriscōsultus Caius in. l. quos nos. 234. ff. de verbo. signifi. quod alijs exemplis in toto

in toto illo libro confirmat Varro, quæ nunc nos omittimus, ne longius nostra progrediat disputatio, quæ modo asseueranter tenemus, pignoris propriam appellationem, in rerum immobilium tradita possessione verificari, et si à principio, quo lingua Latina cepit, singulis rebus nomina inscribere, pignus solum appellauerit, quod pugno capi posset, ex eo quod res immobiles, propter rerum creditarum tenuitatem, non esset opus obligari.

14 Vel secundo dicere poteris, quod pignus dicitur à pugno, non quia pugno id est manu integra res capitur, sed fit rei pignoratæ traditio ipsi creditori, & sic remanet pignus apud creditorem: quod in hypotheca contrarium obseruatur, quia quamuis obliget ipsi creditori, remanet tamen in possessione debitoris, nam cum res traduntur creditori, siue mobiles siue immobiles, per actum illum traditionis, videtur facta eorum fundorum vel rerum immobilium quasi quædam manu capio, & apprehensio, quod pignoris vocabulo conuenit, & sic hæc erit inter pignus & hypothecam differentia: quod nomen pignoris, verificatur, cum res mobilis ut anulus, vel immobilis ut fundus, traditur creditori: hypotheca verò cum res mobilis vel immobilis, quamuis obligata creditori, remanet tamen in potestate seu possessione debitoris, hypotheca e-

nim, nomen græcum est, & ducitur ab hypō, quod est sub. & thesis quod est positio, quasi quædam suppositio & obligatio rerum, nam supponere idem est, quod obligare, ut probatur in rubr. ff. de rebus eorū, qui sub tutela sunt, non alienādis, vel supponēdis. participiū. n. illud (supponendis) pro obligandis, pignoratidis, seu hypothecādis positum est, ut constat ex l. 1. §. fin. l. sed hic. l. sed si pecunia. ff. eod. tituli. quæ res pupillorum & minorum prohibent alienari vel pignori, & sic secunda pars rubricæ, quæ loquitur de rebus non supponēdis, verificatur in pignoribus & hypothecis, de quibus tres illæ leges tractant. Sic Vlpianus in l. si rem. §. propriè. ff. de de pignoratitia actione. propriè pignus ait dici, quod ad creditorem transit, hypothecam autem eum non transit possessio ad creditorem: utrumque tamen in effectu idē operantur: nam creditoris debitum, nec minuitur nec augetur, quod possideat pignus, vel non possideat, nam in utroque casu est res sibi æqualiter obligata, & sic verum erit, quod Martianus scripsit, in l. res hypothecæ. paragrafo. inter pignus. ff. de pignoribus. affirmans, pignus & hypothecam, nominis tantum sono differre, quia primum Latinum est, secundum autem Græcum, unde ridiculus mihi videtur Grammaticus Laurentius Valla, qui libro. 6. elegantiarum capitulo. 57. Vlpianum

& Mar-

& Martianum sibi esse repugnantes dicit, quod vnus pignus esse, cum res traditur, hypotheca cum non traditur, alius autem nihil inter ea interesse, nisi vocis sonum affirmauerit, & sic ait se Martiano potius assentiri, quia pignus & hypotheca idem sunt, & sic reprobendam censeo differentiam Vlpiani, ut pignus traditione, hypotheca conuentione constituitur, nam ut ipse inquit, non esse hanc differentiam, ex eo argumentum est, quod alterum Latinum, alterum Græcum sit, suæ utrumque; deseruiens linguæ, quo significat, in solo sermonis idiomate, interesse versari, nam pignus verè celebratur, quamuis res non tradatur creditori, sed sequestro apud alium deponatur, quod probat ex Virgilio in Bucolicis Egloga. 3.

*Ego hanc vitulam, ne forte recuses,
Bis venit ad multram, binos alit ubere foetus
Depono, tu dic mihi, quo pignore certes?*

His versibus Virgilij cõtendit, Vlpianum improprie fuisse loquutum, cum dixit, tunc dici pignus, cum res creditori traditur: sed male, cum Vlpianus, non voluerit tractare de pignore, pro ut conuentione est, & partium pactione, in has vel illas manus tradi, sine suæ essentię derogatione possit: sed solum naturam & primæquam verbi proprietatem docere, quam certum est, à pugno fuisse acceptam, quod pugno, id est manu, res mobiles, quæ in securitatem à primis Principijs linguæ

Latinae solebant tradi, caperentur vel saltem (ut alia nostra secunda fert expositio) quod traderentur in potestatem & possessionem creditoris, quæ pignoris possessio, videtur quasi quædam pugno vel manu capio, & de hac proprietate verbi, est intelligendus Vlpianus, in dict. l. si rem. §. propriè. ff. de pignoratitia actione. dum dixit, propriè pignus dici, quod transit ad creditorem, & hypothecam cum non transit possessio ad creditorem, quod Iustinianus etiam docuit, in. §. ite feruiana. versic. inter pignus. instit. de actio. & Caius in. l. plebs. 237. ff. de verb. signific.

Cum tamen omnes has verborum Etymologias, non ad tradendam rerum substantiam, sed ad solam verborum seu vocabulorum proprietatem cognoscendam, Iurisconsulti nostri adduxerint, ut patet ex tit. cui subiacent, de verborum videlicet significatione, & nomina seu voces, rebus ipsis sint accidentia ut optimè notauit Agricola lib. 1. de inuentione Dialectica. cap. 23. non erit congruum, ab accidenti ad substantiam argumentum deferre, cum id Dialecticorum & Philosophorum verissimis præceptionibus fuerit semper interdictum, ut in Topicis docuit Aristoteles.

Quare, ut iam finem his imponamus, tamquam certissimum opinionem nostram, tenere debes, quod inspecta proprietate grammaticali verbi, & eius origine, ut pignus consti-

constituatur, necessaria est rei traditio, siue mobilis sit siue immobilis, & vt hypotheca, quod sola conuentio intercedat, vt relata iura probant: modo tamen de proprietate verborum non tractamus, sed de contractu pignoris, pro vt conuentio est nominata, quam dicimus sola conuentione de re pignorata constitui, & sic si Titius dicat sempronio, talis anulus, vel talis domus mea, sit tibi in pignus, pro debito tali, proprio vel alieno, perfectus ne dicam perfectissimus erit pignoris contractus, & pariet actionem ad rem petendam à quocumque possessore, tamquam si tradita fuisset, & postea surrepta. l. pignoris & hypothecæ. C. de pignoribus. cum. ibi notatis. traditio verò, ad substantiam pignoris, pro vt conuentio est nominata, tam accidens est, quantum aquæ esse tepidam vel calidam, eaque ratione, quamuis insit vel absit, contractus forma non mutabitur, & si diffiteri non possim, ad verificandam primam pignoris significationem, & verbi proprietatem, sic fore necessariam rei traditionem, sicut ad verificandam primam codicis aut libri significationem, necessarium erat, ex tabulis vel corticibus arborum volumen conflare, quia vtriusque nominis hæ fuerunt primæ proprietates. & sic quemadmodum essentia codicis vel libri, modò non consistit in eo, quod sit compactus

ex tabulis aut corticibus, quæ illis prima nomina dederunt, sic etiam essentia contractus pignoratij, nõ formabitur in eo, quod res tradatur creditori, & pugno (quod autem) accipiatur, quamuis hoc illi nomene pignoris indiderit à principio, sicquæ debent intelligi & concordari diuersa, imo contraria primo aspectu Vlpiani loca, nam in. l. si rem. s. propriè. ff. de pignoratitia actione. dixit, quod pignus erat, quando res tradebatur creditori, & in. l. i. ff. de pignoratitia actione. dixit, quod solo consensu sine traditione pignus contrahebatur, in primo enim casu agebat de proprietate verbi explicanda, in secundo autem de essentia contractus, quæ in sola conuentione de re pignorata consistit, sicut & Martianus in. l. res hypothecæ. paragrapho. inter pignus ff. de pignoribus. quidquid Accursius, Bartolus, Baldus, Cuiacius, Alciatus & cæteri, diuersum sentientes, minus rectè hæc vsque ad nostra tempora intellexerint, & sic soluitur tertium argumentum.

Non obstat quartum, in quo contendebam probare, ad pignoris perfectionem, esse necessariam rei traditionem, quia naturalia eius contractus (quæ sunt vt re pignorari, vendi, vel alio quolibet pacto alienari possit res pignorata, cū debitum legitimo tempore nõ soluatur) cõmodè celebrari nõ poterat, si creditor, nõ erat in rei pignoratæ

noratæ possessione, nam respondemus, quod quamuis creditor, non receperit pignoris traditionem, non tamen ex eo prohibetur, rem pignore obligatam donare, vendere, vel distrahere, eo modo quem Iustinianus præscripsit. in. l. fin. C. de iure dominij impetrando. si autem alienatio, ita commodè celebrari non possit, ac si in potestate fuisset creditoris, quoniam emptores, videntes à manu alterius tertij esse rem vendicaturos, fortasse fugientes litium & controuersiarum labores, ab emptione retraherentur, vel ipse debitor cauillis & machinationibus, traditionem conaretur differre, & sic naturalia contractus, impedire, sibi (qui cautiùs non contraxit, cum dolo) nõ autem contractus substantiæ debet imputare: naturalia contractus, voco hic, eo modo quo Iurisperiti loquuntur.

Non obstat quintum, in quo diximus, actuum nomina, esse assumenda ex fine principali intento, vt docuit Aristoteles ibi citatus. sicque pignus assumere debere nomene & perfectionem ex fine, ad quem dirigitur, qui est vt rei pignoratæ possessione securiorè reddat creditorem & ante hunc finem pignus vocari nõ posse: nam ultra id quod possemus dicere Aristotelis auctoritatem in diuerso casu esse intelligendam. vt alibi (Deo dante) fortasse offeret se huic tractationi opportunior locus: respondemus quod si nis principalis pignoris, non est se-

curiorè reddere creditorem pignoratæ rei detentione & possessione, sed securiorè simpliciter: quod fieri potest, quamuis res in alterius possessione remaneat, si remanet obligata, vt in plerisque alijs contractibus videmus, nec Iustinianus allegatus. ibi. in. s. fin. inst. quibus modis re contrahitur obligatio. dum dixit pignus traditum, ad securiorè esse creditoris: aliquid nocebit nam per hoc non negabit quin & si res non tradatur, dummodo obligetur, securum reddat creditorem quamuis non ita securum, ac si traderetur, quod non est de substantia pignoris.

Non obstat sextum, quod obstat maximè, si vera esset Accursij, Bartoli, Baldi, Pauli, Alexandri, Iasonis, Cuiacij, Duareni, Baldini & cæterorum omnium, tam veterum quam recentiorum sententia, deducendum ex. l. si tibi decem. s. de pignore. infra. eod. quod si Titius sola conuentione constituat donum suam vel equum in pignus, nascitur actio prætoriana ex hoc contractu nam inde deduceretur, non posse nasci civilem, quod repugnat textui in. l. i. ff. de pignoratitia actione. quæ actionem ex conuentione seu contractu de pignore constituit, non prætoriam, quia interpretatio est ad Sabinum & sic civilem, & nostro textui in hac. l. i. s. conuentionis. quæ facit pignus, conuentionem civilem nominatam, & æqualem cum stipulatione, vt patet. ibi.

ibi. in pignus vel stipulationem, & opinioni tandem nostræ, qua semper tenemus, contractum pignoris civilem esse, & solo consensu civilem producere obligationem, & quamvis litera illius. s. de pignore. quæ sic ait (de pignore iure honorario ex pacto nascitur actio) inspecta eo modo quo nostri solent, perfunctoriè, eorum opinioni videatur expressò favere, altiùs tamè more nostro considerata, contrarium omnino probavit. Pro cuius maiori declaratione adverto, quòd aliud est contractus pignoris, aliud verò pactum pignoris, sicut aliud est contractus emptionis, & aliud pactum de futura emptione, pactum enim pignoris seu pactum de pignorando, iure civili non producit actionem, quia pactum nudum est, sicut pactum de vendendo actionem non producit, quia similiter nuda conventio est, quæ iure civili ad excipiendum, non autem ad agendum prodesse potest. l. Iurifgentium. s. igitur nuda. infra. eod. quo supposito respondeo, quòd Vlpianus in hoc. s. de pignore. non loquitur de contractu pignoris, qui tunc celebrabitur, cum quis de presenti constituit rem in pignus, signando specialiter, vel generaliter bona, sed loquitur de pacto pignoris, quòd tunc fit, cum quis promittit ad maiorem alicuius debiti præcedentis securitatem, se pignus daturum, quòd cum fit ex intervallo non parit actionem iure civili. l. pa-

cta conventa. ff. de contrahenda emptione. l. Iurifgentium. s. quini. mo. vbi latè dicemus. infra. eod. & quòd hæc mea nova interpretatio vera sit, duo probant. Primò, quòd lex ista si tibi decem. s. de pignore. est sita in titulo de pactis. vbi agitur de pactis nudis, & non in titulo de pignoribus, vel de pignoratitia actione, in quibus agitur de contractu pignoris. Secundum, quia litera textus sic expressè docet. De pignore (inquit Vlpianus) iure honorario ex pacto nascitur actio. Ecce verbum illud (ex pacto) quòd excludit contractum pignoris, id est conventionem de re in præsentia pignorata, & includit conventionem de pignorando in futurum, quòd tamquam nudum pactum, de iure civili actionem non producebat. s. igitur nuda. appellatione pacti nudum esse intelligendum supra monui. producit tamè postea adiumento prætorio, quia hoc vinculum pignoris dandi, in futurum, cum sit ad sustinendam obligationem præcedentem, siue naturalem siue civilem. l. res hypothecæ. s. ff. de pignoribus. habet vim constituti, imò est propriissimè constitutum, & ea ratione Vlpianus in titulo de constituta. interpretans idem edictum prætoris, a quo desumpta est hæc lex si tibi decem. s. de pignore. docuit, quòd si quis constituat se pignus daturum, tenetur ex constituto, prætorum iure. l. qui autem 14. s. si quis constituerit. ff. de consti-

tuta.

tuta pecunia. à quo desumpsimus nos hæc, quam veram arbitramur huius. s. de pignore. interpretationem. Quam doctis hominibus plenè credimus satisfacturam.

18 Non obstat septimū, in quo probabam, pignoris contractum, non perfici sola conventionem, quia sequeretur, quòd eo instanti actionem pignoratitia produceret, quòd videtur impossibile, nam actio directa pignoratitia datur ad repetendam rem pignoratam, etsi non interuenit rei pignorate traditio ad creditorem, sed solum pactum, non est quòd debitor repetat, & sic videtur, non posse habere locum directam pignoratitiam, quòd videtur absurdum. nam datus contractum nominatum sine actione, contra. l. Iurifgentium in principio. infra. eodem. Nam respondemus, quòd non semper cum datur contractus, datur actio communis utriusque contrahenti, sed illi solum in cuius gratiam celebratur contractus, si sit vnus, & utriusque, si in utriusque gratiam celebratur: at verò cum pignus principaliter ad securitatem creditoris celebretur, & hanc securitatem, sine traditione, sed sola obligatione verbali rei pignorate, quæ consensu perficitur, creditor consequatur, eo instanti quo perfectus est contractus, pacto & conventionem de presenti pignore nascitur actio ipsi creditori, ad vendicandam rem sibi pignoratam, &

cuincendam à manu cuiuscumque possessoris, cum debita pecunia nõ solvatur. l. si fundus. s. in vendicatione. ff. de pignoribus. l. pignoris & hypothecæ. C. eodem titulo. si autem non competat pignoratitia directa ipsi debitori: non inde nascitur, quòd contractus pignoris non sit perfectus, sed ex eo quòd nihil fuit traditum, quòd repeti posset, & sic rerum natura id prohibet, non forma contractus.

Ad octavum & ultimum respondemus, quòd dicta. l. nõ est mirum ff. de pignoratitia actione. Vbi dixit Vlpianus, pignus alias constitui non posse, nisi ventum fuerit in possessionem. loquitur de pignore prætorio, vocatur autem pignus prætorium, non solum quòd à prætore, sed quòd à quocumque magistratu ut Præside, Proconsule, vel alia potestate decernitur. l. 3. s. primo. ff. de rebus eorum qui sub tutela. Id autem pignus, duabus in causis dabatur. Prima in causa iudicati, id est quando condemnatus legitimo iudicio, pecuniam nõ solvit, intra illud tempus, quòd iudicatis datur, tunc enim bona eius capi iubentur, & distrahi, ut satisfiat iudicatis, quæ cum capta sint, & occupata eo ordine, quòd fieri præcipit, tunc iure pignoris teneri intelliguntur, non autem aliter, quam ceteræ res, quæ debitoris voluntate sunt obligatæ, de quo est lex. prima. secunda. & totus integer titulus Codicis, si in causa

X iudicati

iudicati pignus captum sit, siue in causa delicti, vt contumaciæ, cuius coercendæ causa, solebat magistratus pignora capere, vnde frequens est in edictis prætorum clausula: Pignoribus captis compellam, sic fenatores cogebantur multa & pignoribus in Senatum venire, vt ex Varrone refert Aulus Gellius. lib. decimo quarto. noctium Atticarum. capit. 7. & Cicero Philipp. i. & lib. tertio. de oratore. scribit Philippum Consulē. instituisse pignoribus ablati coercere L. Crasum Senatorem. Hæc prima. Alia secunda causa est, cum delictum non præcedit, sed ad sunt aliæ rationes, vt rei seruandæ causa vt legatorum seu fideicommissorum conseruando. rium gratia, vt ventris nomine, vt cautionis, cum de damno infecto agitur, pro vt refert Vlpianus in l. si finita. decima quinta. s. si quis damni. ff. de damno infecto. & aliæ eiusdem generis, quæ à suis locis sunt petendæ, & videri poterunt in l. prima. & toto titulo. ff. ex quibus causis in possessionem eatur. Hæc solent quidam ex nostris vt Azor, Accursius & alij pignora iudicialia vocare, sed cum olim iudices, priuati essent homines, & omni iurisdictione carentes, nec ex eorum, sed ex magistratuum Imperio & potestate manarent. l. tertia. de rebus eorum. ne existimet iuuentus, ideo dici iudicialia, quia olim iudices hanc pignus capiendi sua auctoritate habe-

bant potestatem, cum nulla esset (vt dixi) vocemus vt Iuris consulti, illa prætoria. Sic etiã appellauit Iustinianus, in l. secunda. C. de prætorio pignore. etsi attentæ Castellæ nostræ & totius Hispaniæ, ne dicam vniuersi orbis communi consuetudine, quæ receptum est iam, iudices, sua potestate hæc & alia decernere, non improprie iudicialia vocentur. Quorum omnium finis principalis, cum nitatur tamquam in vero fundamento, in rerum traditione; quam prætendunt ad certam rerum securitatem: non mirum est, si Vlpianus dixerit, sola rerum traditione perfici, cum non tractet ille, de contractu pignoris (vt nos loquimur) sed de pignore, pro vt est materia pignoratitij alioquin contractus, in quantum capitur ad securitatem debiti; in ipso enim contractu (quod pignus vocant nostri conventionale) contrarium debet obseruari, vt vidisti. Ex quo nascetur, quod si decretum sit à magistratu, pignus capiendum & prius quam res occupatæ sint, distrahantur à debitore, non detur earum nomine creditori persecutio, quia pignus hoc prætorium seu iudiciale, ante capionem constitutum non sit, & si error daretur, cum in possessionem ventum esset, & si ab ea culpa siue non, siue casu fortuito excidisset. l. secunda. C. prætorio pignore. Alias autem differentias, inter pignus

pignus conuentionale, & prætorium non refero, cum quia ab Accursio, Bartolo & reliquis ordinarijs referuntur latissime, in l. prima. ff. de pignoratitia actione. & à Petro de Ferrarijs in sua practica, in forma libellandi in actione hypothecaria. à numer. secundo. & copiosius omnibus ab Antonio Negufantio, in tractatu de pignoribus à membr. 3. partis. à numer. primo cum pluribus sequentibus. tum etiã quia non nullas earum, de veritate suspectas semper habui, quod erit alterius propositi.

20 Ex cuius questionis resolutione, plura collige corollaria, primum, quod scripta verborum origine, & Etymologia Grammaticali, de qua in materia rerum substantialium in contractibus, curandum non est, pignus pro vt contractus est Iuris gentium & civilis, solo consensu & conuentione de re pignorata perficitur, & nomen pignoris speciale, sine aliquo rei interuentu consequitur: sicquæ errasse constabit doctum Berengarium Fernandez, in l. pacta conuenta. ff. de contrahenda emptione. in tractatu glossæ in principio. numero primo dum contractum pignoris nominatum, non nisi traditione perfici, existimauit, deceptus Iustiniano malè intellecto, in dicto. s. final. institut. quibus modis re contrahitur obligatio. cuius veram & Germanam interpretationem supra iam tradidimus.

Secundum collige, quod cum contractus pignoris, in sola conuentione de presenti, verè perficitur, & hypotheca, similiter. l. contrahitur. ff. de pignoribus, nihil inter hypothecam (pro vt conuentionio est) & pignus intererit, sed vtrumque vnum & idem est, tametsi idiomatis, Græci videlicet & Latini sonus, solum sit diuersus, qui vt accidens, rei substantiam non mutat. Sicquæ civilis & nominatus erit contractus hypothecæ, sicut & pignoris, quamuis contrarium & malè tenuerit Bartolus & Ripa cum sequutus, in rubrica de pignoribus. numero 20. Nec aliquid valet eius argumentum, dicens, quod quia hypotheca, est quedam suppositio seu obligatio, & obligatio stat in generico nomine, non autem in specifico, ideo tenendum est, hypothecam non esse contractum nominatum, & specialem: nam respondemus, quod quamuis verum sit, inspecta proprietate & origine Grammaticali verbi Græci, hypothecam significare suppositionem seu obligationem in genere, id tamen inspecta hypothecæ substantia, pro vt est conuentionio specialis, falsum est omnino: nam non stat in nomine generali obligationis, sed dicit solum obligationem specialem, qua res mobilis vel immobilis, alterius legitimæ potestati subijcitur, ad crediti securitatem, quomodo Iurisconsulti nostri, &

- stri, & Imperatores vsurpant, & communi iam vsu receptum est, vt supra probauimus.
- 21 Ex quo collige tertio, quod cum pignus & hypotheca in genere contractus, idem sint, & solo nudo consensu perficiantur, referri poterunt in numerum earum obligationum, quæ consensu celebrari dicuntur ab Vlpiano, in l. 2. ff. de actioni. & obligationi. sicquæ vel per nutum, vel per epistolam, inter absentes, vel per nuntium, aut alio tacito vel expresso modo, sine aliqua solennitate perfici poterunt, tantumdemq; operabuntur, ac si vera traditio interuenisset.
- 22 Quarto collige errasse Cynum de Pyltorio & Baldum qui cum sequitur, in capit. 1. aut si libellario. numer. 4. in vsibus feudorum. titulo. quibus modis feudum amittatur & in. cap. 1. 9. denique quæ fuit prima causa beneficii amittendi, & in. capit. 1. in principio in. r. colum. ad finem de prohibita feudi alienatione per Federicum. tenentes, quod in casu, quo sit prohibita obligatio, vel hypotheca per statutum, contractum, vel testamentum, sub pœna certâ: non incurrit in pœnam legalem, vel conuentionalem, qui pignorat vel hypothecat (vt ita loquar) sola simplici conuentione, sine aliquo rerum interuentu. Nam cum vt supra latius ostendimus, contractus pignoris & hypothecæ, sola conuentione de re nõ pignoranda, sed pignorata perfici-

ciatur, omnesque suos effectus producat, quos ceteri contractus, traditione non egent: nõ erit indicta minor obligatio, nec fiet minus contra conuentionem, statutum, vel testamentum, si res obligentur nuda conuentione, ac si traditio interuenisset: perindeque pœna æqualiter committetur, quod vltra adducta confirmari potest ex textu in l. quidam ex testamento. ff. de fideicommissarijs libertatibus. in cuius inductione non moror, quia difficilis nõ est, & nos alia expectat maiora, ad ea accedamus.

SVMARIA AD CAPVT

Decimum Tertium

- 1 **S**ex argumentis contenditur probari, stipulationem innominatum esse contractum.
- 2 Stipulationem, nominatam esse conuentionem traditur, reiecta Papiensium interpretatione ad. §. sed conuentionum.
- 3 Traditur & explicatur stipulationis diffinitio, adducta à Papiniano. l. stipulationum. §. §. 1. ff. de verb. oblig.
- 4 Reijcitur Etymologia, quam ad stipulationem tradit Alciatus.
- 5 Alia Terentij Varronis refertur Etymologia, & alia quæ à Iustiniiano traditur, quæ ex antiqua origine stipulandi comprobatur. §. num. 6.
- 7 Stipulationem, à fideiussione, acceptilatione, & ceteris nominatis contractibus distinctam esse probatur, in primi argumenti solutione.
- 8 Si aliquis fiat contractus, cui insit stipulatio, ad maiorem firmitatem, vna tantum ex stipulatu, vel ex altero contractu actio nascetur, considerata agentium principali intentione, ad solutionem secundi.

- 9 Tertium argumentum dissoluitur, ostendendo, ex stipulatione duplicem oriri actionem, conditionem scilicet certi, si certa est, vel incerti si incertum continet.
- 10 Traditur verus intellectus ad. l. 1. §. fin. ff. de verb. obligat. & legitimos actus de iure nouiori, etiam Græcis verbis expediti posse probari, reiectis Accursij, Bartoli, Baldi, Alberici, Alciati, & aliorum prauis interpretationibus.
- 11 Stipulationem, verum esse contractum probatur, intellecta. l. Labeo in principio. & in. §. contractum. ff. de verb. signific. ad solutionem quinti.
- 12 Stipulationem, innominato contractui adiectam, ante implementum reuocari non posse, nec sequi naturam actus cui apponitur, traditur aduersus Doctores, nouiter intellecta. l. stipulatus. ff. de vsur. ad solutionem sexti.
- 13 Tres referuntur in actû practico utilitates, prouenientes ex eo, quod stipulatio nominatus sit contractus.

C A P V T

Decimum Tertium.

Ibi in stipulationem.



AR T O L V S tam hic, quam in. l. secunda. C: de conditione ob causam. firmiter tenet, contractum stipulationis nominatum esse, ex quo subdit, quod cum iam hodie, in omnibus apponant notarij stipulationem, dum dicunt, quod omnia scripta in instrumento, promiserunt partes, per solennem stipulationem: quamuis contractus super quo interponitur sti-

pulatio, sit innominatus, iam competet semper actio nominata ex stipulatu, sicquæ raro aut nunquam, inuenietur contractus innominatus. Quem sequitur Imola, Paulus, Alexander, Curtius, Iaso & communis, in. l. prima. ff. de verborum obligation. Eam tamen veram sententiam, quæ habet pro se expressè Vlpianum in hoc. §. final. dum dixit (conuentionum alias esse nominatas, vt emptionem, venditionem, pignus, & stipulationem) non desunt multi, qui ardentem contradicendi communibus doctrinis cupiditate impulsî, eam impugnare & falsam monstrare conantur, debilibus ad id confirmandum fundamentis quam ratio & doctrinæ nouitas postulabat, ne tamen res, quæ alioquin difficultatem habet, sine disputatione solita relinquatur, afferemus vnâ rationem, qua Doctores Papienses, istius opinionis auctores, quod stipulatio sit innominatus contractus, tanto opere nobis inculcant, & alias quas nos eidem aliquo modo posse fauere perspeximus.

Q V A E S T I O

Octaua.

VTRVM CONTRACTVS STIPULATIONIS, NOMINATUS SIT VEL INNOMINATUS.



NICHIL TAM præter opinionem nostram accidit, quam ut huius legis primæ commentaria, in tot quæstionum tractatus ex cresceret, putaueram enim à principio, me duabus aut tribus, totam ei⁹ materiam esse complexurum, postea autem, cum singularem hunc Vlpiani contextum, qui materiam vnã post aliam, mirabili ordine secum trahit, mutilum & indotatum absque vlla ratione, à Bartolo & cæteris doctoribus, non per exiguo animi nostri dolore creuissem, statui etsi duplicato labore, omnes pactorum difficultates, quæ in titulo se possent offerre, in his explicare locis, quæ commodiora mihi rebus tractandis viderentur. Qua ratione, cum Vlpianus hic, docens aliàs esse conuentiones innominatas, & aliàs nominatas, exemplum de stipulatione in nominatis posuerit, & eum locum, contrariæ opinionis authores, prauè conati sint corrumpere, non alienum à proposito & officio meo existimaui, huic. paragrapho. final. eam quæstionem inserere, quamuis in. l. Iuris gentium in principio. infra eodem. illam plerique ex nostris tractauerint. Sed tot in eius legis interpretatione, nos difficultates expectant, ut ne confusa diuersarum rerum tractatione, le-

ctorem postea cõfunderem: hanc modo Prouinciam peragrãdam, libenti animo susceperim. Papienses enim (pro ut refert Ripa in. l. prima. numero decimo quinto. ff. de verborum obligat) stipulationem contractum esse innominatum nouiter, sed falso defendunt, quod hac potissima & sola ratione tuentur. Omnes conuentiones quæ stant in generali nomine, & non transeunt in speciale, sunt contractus innominati, ut dixit Vlpianus in. l. Iuris gentium in principio. infra. eodem. vbi Accursius, Bart. Bald. & reliqui notant: sed stipulatio habet nomen generis, nec induit speciale, ergo contractus est innominatus. Discursus legitimus est, maiorem enim ut certissimam nullus diffitetur, quia relato iure expresso constat, minor autem probatur, nam stipulatio, dicitur à verbo stipulor, quod significat interrogare, secundum Priscianum, quem allegat glossa in. l. prima. in principio. ff. de verborum obligation. & probatur in. l. si non fortem. paragrapho. si decem, cum glossa, stipulatus. ff. de conditionib. indebit. & in. s. præterea. versicul. non idem iuris. verbo stipulatus. institutis. quibus modis tollitur obligatio. Sed interrogatio est nomen conueniens acceptilationi, & fideiussioni, nam fiunt etiam per interrogationem. l. quinta. paragrapho. satis acceptio. ff. de verborum. s. obligat. item

per

per acceptilationem instit. quibus modis tollitur obligatio. l. blanditus. C. de fideiussoribus. ergo cum stet in nomine generis, specifica & nominata conuentio esse non potest, quod postea confirmat ex alia deriuatione stipulationis, ab stipite, id est firmo, ut Iustinian⁹ docuit in. s. i. inst. de verb. obligat. quod conuenit emptioni & cæteris contractibus nominatis firmatis de iure æquili. hæc illi. qui melius argueret hoc modo & sit secunda oppositio, nõ defumpta à verbi Etymologia, quia eius fragilis est virtus, ut supra ostendi: sed ab ipsius contractus stipulationis substantia: sic, quilibet contractus nominatus habet suam propriam materiam, & specificam formã, qua distinguatur à cæteris, hac enim de causa dictus est nominatus, quia formam & nomẽ habet speciale: ut in emptione, verbi gratia. videre possumus, ea enim habet materiam, quæ res emptæ est, & specificam formam, quæ dat illi nomen emptionis, & distinguit facit à cæteris, quæ pretium est certum in pecunia numerata, quæ emptionis forma specifica, non potest competere alijs à diffinito, ut commodato, pignori, societati &c. quæ diuersam & nomine suo quælibet nuncupatam habet substantiam, ut ex earum diffinitione patebit, qua ratione docent nostri, contractum, do ut des, esse innominatum quia nõ habet propriam formam, distinctam à cæteris, sed compete-

re potest pluribus conuentionibus, emptioni, cum datur res pro pretio, locationi, cum datur pensio pro rei vsu, & sic in cæteris, ut docuit Iurisconsultus Paulus in. l. naturalis. cum suis. ss. ff. de præscript. verbis. vbi interpretes latius notant. Sed stipulatio propriam materiam & formam non habet, quia coincidit cum cæteris conuentionibus, stipulamur enim emendo, vendendo, locando, hoc modo vendis mihi domum in mille? vendi, locas mihi domum in centum? loco, vel donando, hoc pacto, promittis mihi centum? promitto, & sic in alijs, quod olim fieri solitum possim iuribus & authoritatibus comprobatur Brissonius libr. 6. de formulis & solennibus populi Romani verbis. per totum. ergo stipulatio contractus nominatus nõ erit, sicut contractus do ut des, quorum vna & eadem videtur esse ratio.

Tertiò, idem probatur, nam si stipulatio esset contractus specialis & nominatus, sequeretur, quod semper produceret actionem specialem, & nominatam suo proprio nomine ex stipulatu, sicut videmus in contractibus nominatis, nam emptio producit actionem emptio, locatio ex locato, & sic in cæteris, ut docuit etiam Vlpianus, in. l. Iuris gentium in principio. infra. eodem. nam ut alibi facetè inquit Bal. Asinus non generat equum, quia similis non producet diuersum aut contra-

X 4 rium:

rium: sed stipulatio producit aliquam actionem non ex stipulatu, sed aliam, quæ vocatur certi conditio, quoties cumque deductum in stipulatione certum est. l. si quis. 24. ff. si certum petatur. s. ex qua instit. de verborum obligation. quæ satis diuersa est à suo nomine vt patet, ergo stipulatio non est contractus nominatus.

Quartò, in Romanorum republica, non solum contractus & conuentiones, sed iudicum & magistratum sententiæ, priuatorum testamenta, substitutiones, libertates, manumissiones, & cæteri actus legitimi, legitimis verbis & Latinis celebrari debebant. l. decreta. ff. de re iudic. l. verbis. ciuilibus. ff. de vulg. l. qui testamento. paragra. veteres. ff. qui testamenta facere possint. l. hæc consultissima paragra. final. C. de testamentaria manumissione. quod adeò strictè & seuerè obseruabant, vt nec Græcis vnquam nisi Latinè responsa darent, & eosdem Latinè per interpretes loqui cogebant, non solum in vrbe Romana, sed in Græcia, Asia & cæteris prouincijs vt refert Valerius Maximus libro secundo. de institutis antiquis. capit. secundo. de Eumene Rege Asiæ, & confirmari potest ex his quæ adducit Cicero in oratione pro Archia Poeta. sed stipulationis contractus, fieri potuit verbis tam Græcis, Asijs, Asiaticis & alijs quibuscumq;

quàm Latinis. l. i. s. final. ff. de verborum. obligation. ergo nec conuentio nominata, nec actus ciuilis seu legitimus dici potest. Cum si legitimus esset, nõ nisi Latinis celebrari posset.

Quintò, conuentiones omnes nominatæ vt emptio, venditio, locatio, societas & cæteræ perfectissimi sunt contractus, vt tenent doctores & benè, in. l. Iurisperitum in principio. infra. eodem. Sed stipulatio non est verè & propriè contractus, sed impropriè, vt communem esse omnium doctorum sententiã ex Alexandro & alijs cõprobat Ripa, in rubrica. ff. de verb. num. 50. ergo non erit conuentio nominata, quod videtur stabiliri fortius ex textu, in. l. Labeo. in principio. & in. s. contractũ. ff. de verb. signific. vbi Vlpianus, posuit indiuersis (vt ita loquar) prædicamentis, stipulationem & cæteras conuentiones nominatas, emptionem enim, venditionem, locationem conductionem, societatem & alia similia, posuit in prædicamento contractus, stipulationem verò, in prædicamento actus, vt patet ex illis verbis Labeo. & c. actum verbum esse generale, siue verbis quid agatur, vt in stipulatione, contractum autem vltrocitroque obligationem, quod Græci synallagma vocant, veluti emptionem, venditionem & c. igitur cum actus & contractus differant, vt ille met textus docet, & stipulatio sit actus, vt Vlpianus affirmat,

firmat, contractus vocari non potest, etsi non contractus, à fortiori nec contractus nominatus ex supradictis.

Sextò, contractus habentes nomẽ, ab innominatis in hoc distinguuntur, quod in primis ex solo nudo consensu nascitur actio, & sic postea non datur locus pœnitentiæ, in secundis verò, nõ nascitur actio nisi post implementum, & sic ante illud, admittitur ad reuocandum pœnitentiã. l. i. ff. de rerum permutatione. iuncta. l. si pecuniam. ff. de conditione ob causam. vbi Bartolus et cæteri notant. sed si stipulatio esset contractus nominatus, tam produceret actionem: nec pœnitentiã admitteret, cum interponeretur super alio contractu innominato, sicut si apponeretur super contractu nominato: quoniam rei substantia accidenti non mutatur vt fatentur omnes, at reuocari potest pœnitentiã ante implementum traditionis, cum super contractu innominato interponitur, vt tenent illi, qui stipulationem nominatum alioquin fatentur contractum, vt constat ex Romano in l. sciendum. ff. de verb. obligat. & Bartholomeo Socino in rubrica. ff. eod. num. 24. vbi hanc opinionem pluribus rationibus & iuribus confirmat. ergo vel stipulatio contractus est innominatus, quia reuocari potest, vel si nominatus, falsa est eorundem sententiã, existimantium reuocari posse, & falsior totius le-

galis Scholæ tenentis stipulationem sequi naturam contractus in quo interponitur ex l. si stipulatus ff. de vsuris. nam inde sequetur, tunc dici stipulationem esse contractum nominatum, cum interponitur super nominato, & innominatum, cum interponitur super innominato, quod videtur absurdum, nam nulla conuentio potest constare ex contrarijs.

His tamen non obstantibus, contraria sententiã, vt stipulatio sit contractus nominatus, verissima est, quam Vlpianus hic, non per argumentum aut inductionem: sed expressis verbis docuit, dicens, sed conuentionum plerique in aliud nomen transeunt, veluti in emptionem, locationem, in pignus & stipulationem, equiparans stipulationem, in nominatione speciali, cum emptione & venditione, quas nullus doctus negabit, esse conuentiones nominatas. Quorũ verborũ interpretatio, & responsio à Papiensibus tradita, ridicula est & falsa, asserunt enim, quod Vlpianus non dixit stipulationem esse contractum nominatum, sed solum non stare in generali nomine conuentionis, quæ diuersa omnino sunt, nam nõ valet hæc consequentiã (aiunt illi) non stat in generali nomine conuentionis, ergo est conuentio nominata, nam permutatio, non stat in generali nomine conuentionis, sed in particulari, & non est conuentio nominata, vt constat ex Paulo.

in. l. i. ff. de rerū permutatōne. notat Accursius & Bartolus ab omnibus sine contradīctōne recepti. in rubrica C. de rerū permutatōne. cuius æquiparatōnis ratiōe, ad solutiōem secundi argumenti referuo, & ad. l. iuris gentiū in principio. Modo enim conabimur errorem hunc doctorū Papiensium conuincere, aduertendo, primò, quod Vlpianus non dixit, stipulationem non stare in generali nomine, sed in aliud nomen transferre, ut patet ex illis verbis (sed conuentionum plerūque in aliud nomen transeunt) transire autem in aliud nomen, præter conuentionem, quid est, quàm aliud nomen assumere, id enim expresse potest probari, ex eodem Vlpiano in. l. iuris gentiū. in principio. infra eodem. ubi ut ostenderet emptiōnem, locatiōnem, societatem & similes contractus, nomen habere speciale: inquit, quod conuentiones quæ pariunt actiōnes, in suo nomine non stant, id est in nomine generali conuentionis, ut rectè ibi Accursius, Bartolus & reliqui interpretantur: quasi per hoc demonstrans, in generali nomine non stare, & assumere speciale nomen idem esse, nam postea declarando magis, quid sit in suo nomine non stare: subdit, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio, venditio, locatio &c. & tandem assumere speciale nomen, quid aliud est, quàm cō-

uentionem esse nominatam, quod si negare audent, negare etiam tenentur, emptiōnem & venditiōnem contractus esse nominatos, cum eodem continuato sermone, dixerit idē Vlpianus hic, emptiōnem, venditiōnem, pignus & stipulationem, in aliud nomen contractus transire, si enim secundum eos, quod stipulatio in aliud nomen contractus transeat, non efficit ut proprium & speciale nomen assequatur, & specialis ac nominatus contractus vocetur, de emptiōne, venditiōne & reliquis idem similiter dicendum erit, cum nihil in præsentī magis adiectum sit, in venditiōne & pignore, quam in stipulatione, at hoc concedere est contra ratiōnem & contra prima principia iurisprudentiæ, quibus docemur, alios esse contractus nominatos, alios innominatos, & inter nominatos principaliorem esse emptiōnem ac venditiōnem. l. i. ff. de contrahenda emptiōne. ergo & illud ex quo sequitur. Secundò quia si stipulatio non esset conuentio nominata, sed innominata (ut illi asserunt) posset ante rei impletum et traditiōnem reuocari. l. i. ff. de rerū permutat. l. si pecuniā. ff. de conditiōne causadata, causa nō sequuta. at videmus quod sola verborum prolatiōe conficitur, & ideo à Iustiniāno verborū obligatiō nūcupatur, in rubro & nigro instit. de verborum obligat. & sic ex verbis

bis solis actiōnem parit. l. i. ff. eod. ergo stipulatio non est conuentio innominata, sed nomen habens, ceterisque elegantius (ut cum nostris loquar) quia fortiorem producit ex solo consensu legitimis verbis expresso obligatiōnem

3 Ad cuius rei maiorem declarationem, videre prius oportet, quid sit stipulatio, ut cognita eius natura & substantia propria, quæ facit illam distingui à ceteris conuentionibus: an cōtractus sit nominatus vel innominatus facilius possit postea cognosci. Stipulatio enim, sic à Papiniano diffinitur in. l. stipulationum. §. s. i. ff. de verb. obligat. ut sit verborum cōceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturum ve se, id quod interrogatus est, respondet. Cuius diffinitionis, verba singula expédenda sunt, ne vel audaces vel indocti (quorum numerus non est exiguus) reprehendendi Papiniani ex malā suorum verborum intelligētia capiant occasiōe, ut fecisse vidimus Ioannem Bolognetum & alios in rubrica de verbor. á nu. 240. cum pluribus sequentibus. imponētes eas obiectiōnes Papiniani diffinitioni, quæ indignæ sunt prorsus cū illorum literatorum vitorum iudicio, tum etiā ut à nobis in præsentī referantur & confutentur, qua ratiōne illas omittendas duximus, quoniam à quocumque mediocriter docto, lectis his quæ dicemus modo, dissolui poterunt. Cōuerta

mur nunc ad Papiniani diffinitionem, quæ nō defectuosa, & in multis reprehendenda (ut illi asserunt num. 246.) sed verissima & omnibus suis numeris perfecta est & absoluta. Dixit enim in primis, esse stipulationem verborum conceptionem, ut intelligamus, quod quāuis aliquando, ponatur stipulatio, pro sola interrogatiōe, ut in rubrica. ff. de duobus reis stipulandi & promittēdi. vnde stipulatio testiū pro interrogatiōe testium à Cicerone usurpatur, in Quintiana. & aliquādo pro promittere, ut Iuuenalis, quantum vis stipulari, & protinus accipe quod do. Suetonius prætorum lectoria quæ verat minores viginti quinque annis stipulari. Pluat nisi dolo malo stipulatus sit &c. in hoc tamen loco, significat totam verborum complexiōnem, quæ ex interrogatiōe & responsiōe conficitur, dixit (verborum) quia in stipulationis contractu, necessarium est, quod contrahentium consensus, verbis exprimat, sic ut vnus alterū exaudiat. l. i. ff. de verb. obligat. adijcitur (quibus is qui interrogatur &c.) quia stipulatio, ad sui esse requirit, ut qui promittit, prius interrogetur, & postea æquali modo respondeat. l. obligamur. ff. de actiō. & obligat. sic Iulius Paulus. lib. 2. receptarum. tituli. 3. stipulationē dixit esse, verborum conceptionem, ad quam quis congruè interrogatus respondit, veluti dabis, dabo: promittis, pro-

promitto: ponitur in diffinitione (daturum se) quia stipulatio debet assumere initiū obligationis à persona ipsa promittente, idcircoque si alium quempiam daturum facturum ve promittat, inutilis est stipulatio. l. stipulatio ista. §. i. ff. de verb. s. si quis alium inst. eod. Nec velim intelligas, in verbis illis (daturum vel facturum) solam dationem aut factum positivè comprehendendi, quoniam non magis datio aut factum, quàm non datio aut non factum continetur, sicque stipulationes de non faciendo celebrantur, veluti per te non fieri, quominus mihi per fundū tuum ire, agere, liceat, per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat, ut dixit Ulpianus in. l. vbi autem non apparet. §. qui id quod. Paulus in. l. stipulationum. §. item si in facto. ff. de verbor. Expositis verbis diffinitionis, quod ea vero genere & differentijs constet, ostendendum erit, loco enim generis, ponitur (verborum conceptio) nam sub ea comprehenduntur actus omnes iudiciales, in quibus stricta verborum formula & conceptio observabatur. l. 1. & 2. C. de formulis & impetrationib⁹ actionum sublatis. & extraiudiciales tam ad actus inter mortuos, ut in testamentis, substitutionibus, dationibus tutorum, libertatum & legatorum spectantes, de quibus latè tractat Brissonius de formu-

lis & solēnib⁹ populi Romani verbis lib. 8. per totum. & à quibus ve stipulationem secerneret, adiecit suas proprias differentias: dicens, (quib⁹ is qui interrogatur, daturum facturum ve, se id quod interrogatus est respondit) quasi in hec distinguatur stipulatio, ab actionibus solēnibus, et ceteris, quæ tamen si legitimam verborum cōceptionem requirant, non tamen de aliquo dando vel faciēdo, in viam contractus, nec cum interrogatione & responsione, sicut stipulatio, ut ex formulis quæ in emancipatione, iuris cessione, impetratione actionum olim fiebant, quas nos referemus, in. l. in traditionibus. infra eodem. clarè constare poterit à ceteris verò conventionibus nominatis, in hoc distinxit, quod in illis consensum exprimi nutu, per epistolam, vel nuntiū sufficit. l. cōsensu. ff. de actionib. & obligat. l. si stipulor. §. fin. ff. de verb. In stipulatione autē, necessaria sit verborū cōceptio, eo modo quo iura docēt & nos supra retulimus.

Cū igitur stipulatio, habeat propriam materiam, quæ est datio aut factum vel e contra: & specialem formam, suum nomen habēs, per quam possit distingui à ceteris cōtractibus, quæ est legitima verborū cōceptio, & à iure civili stipulatio nuncupata, nō mirum debet videri Papiensibus, si cōtractus nominatus appelletur, sicut emptio, locatio, societas & similes cōtiones, que

quæ ob nullam aliam causam nominatæ vocantur, nisi quia habēt propriam materiam & formā, nomine speciali approbatam à lege, ut postea declarabimus, quæ omnia plenissimè in stipulatione verificantur.

His sic suppositis, argumenta in contrarium adducta nō obstant, & pro solutione primi, in quo Papienses adducebant propriā & nativam significationem verbi (stipulor) quod est interrogare, secundum Priscianum, ibi allegatū, vel firmum significare, quod ab stipite descendat, secundum Iustinianum in. §. i. inst. de verbor. obligat. quæ conveniūt fideiussioni & acceptilationi, quæ fiunt per interrogationem & responsionem, vel emptioni, venditioni & ceteris cōtractibus à iure civili approbatis, ex quo firmitatem desumpserunt: ac proinde nominatum contractum non posse vocari stipulationem, cū eius substantialia pluribus competant conventionibus: notanda est maxime, & eruēda è tenebris, propria & nativa stipulationis etymologia, ac significatio, ne quorundā neotericorū interpretum opiniones sua nos auctoritate decipiant.

4 Alciatus enim, vir alioquin doctus lib. 1. Parergon. cap. 39. stipulationem non debere nominari ab stipulo id est firmo & stipite (ut Iustinianus dixit) ea ratione arbitratur, quod contractus stipulationis, cum stipite seu trunco arboris, ni-

hil habeat commune, quò circa ab stipteria nomen stipulationis deducit: quæ nomen Græcum est, & significat speciem quandam aluminis, cuius natura est stringere: sed hæc interpretatio nobis probari non potest. Primò quia sine aliquo fundamento, immutat receptissimam Iustiniani derivationē, nulla opinionem suam confirmas ratione. Secundò, quia si ab stipteria stipulatio esset nominanda, nō rectè nomen stipulationis esset impositum, cum potius, stipteratio aut stiptelatio, quasi stipterix latio quàm stipulatio deberet nuncupari.

Quare secunda est verbi (stipulatio) etymologia, Terentij Varronis lib. 4. de lingua Latina. ad finē. asserentis, stipulationem dictā fuisse ab stipe, quæ olim pecuniam significabat, quod plerumque pecunia in hunc cōtractum deducere: quod confirmari potest ex Ulpiano, in. l. ager. 27. §. stipendium. ff. de verbor. signif. vbi ait stipendium ab stipe appellatū, quod per stipes id est modica grā olim colligeretur, & Martiano in. l. 1. ff. de collegijs & corporibus illicitis. vbi idem docuit, quam opinionem sequitur Corraeus libro. 1. miscellaneorum. cap. 25. sed eam reprobat Ioannes Bolognetus, in rubrica de verborum num. 268. his met verbis, quæ ideo referre placuit, ut cū Varronem virum in lingua Latina doctissimum, tantopere irriserit: & tam

& tam sine ratione, possit ipse & multo melius à lectore (qui nostra viderit) irrideri. Sic inquit, postquã Varronem retulit (sed hæc opinio temeraria est, quia non excusat Iustinianũ, quasi corrupta sit littera: sed irridet eum, quod nesciuerit etymologiã stipulationis, & quod compilatores institutionũ, & tot consumatissimi Iurisconsulti, ignorauerint hanc derivationẽ: quasi ipse sit præceptor eorum, datus à Deo, ad corrigendas leges eorum, & augetur temeritas ex præsumptione, quia ipse grammaticellus, nouus homo, cũ suis sequacibus, credidit se habere, meliorem cognitionem verborum linguæ Latinæ & Romanæ, quàm habebant ipsi Latini antiqui & Romani, qui quotidie hæc nomina habebant in ore, & præ manibus etiã libros antiquorum, qui de stipulatione quam plurimos libros fecerunt, & derivationem istam posuerunt, & verosimilius est, quod ipsi melius scirent, quàm ipse homo per tot secula distas, & ex relatione sola opinionẽ hanc assumẽs. Hæc omnia cõtra Varronem Bolognetus, quẽ ideo fore irridendum dixi, quia ignorans certissimò, quis fuerit Terentius Varro, quò tempore vixerit, qua doctrina & artibus præditus fuerit, vocat illum nouum grammaticellum, nec datũ fuisse à Deo ad corrigendas leges Imperatoris Iustiniani, tamquam si Varro post Iustiniani tempora fuisset, qui Iu-

stinianum antiquitate quingentorum & eo amplius annorum superauit. Flouit enim Terentius Varro, doctrina ingenuarum & liberalium artium insignis, tempore bellorũ ciuiliũ Cæsaris & Pompeij, & ante & fuit amicissimus Ciceronis: ad quem dicitur librum quintum & sequẽtes de verborum origine. Vt constat ex eius principio, quem authorem cum Bolognetus non vidisset, sed simplici solũ aliorũ relatione in hac opinione cognouisset, existimauit vt alterum Laurentium Vallam, modernum fuisse grammaticum, verustissimũ Varronem: & Vallæ exemplo, Iuris cõsultos & Imperatores ausum fuisse reprehendere, sed falso. Varronis sententiam cõfirmat Sextus Pompeius, in libris quos de verborum signifi. scripsit, ex Verrio antiquissimo authore desumens, in versu stipem fol. 268. his verbis, stipẽ esse numum signatum testimonio est, & id quod datur stipendium militi, & cum spõdetur pecunia, quod stipulari dicitur, & postea, stipem dicebant olim, pecuniam signatã, quod stiparetur, ideo stipulari dicitur is, qui interrogatus respondet stipam, id est es. Hæc cum Varrone Pompeius Festus.

Sed tametsi hæc interpretatio non displiceat, placet tamen magis, ea quam attulit Iustinianus & Theophilus in Græcis institutionibus. in. d. s. i. in st. de verb. obligat. vt stipulatio, dicat ab stipulo, id est firmo,

firmitate, & stipulũ ab stipite. tamen si Cattelianus Cotta in memorabilibus vtriusque iuris. versu. stipulatio. stipulum non esse nomen Latinum, nec firmum significare (vt Iustinianus & Theophilus docuerunt) audacter sine aliquo fundamento asserat. Et quamuis Alciato vbi supra, visum fuerit, nihil habere commune, stipulationis contractum cum stipite seu trunco arboris: id tamẽ (vt suspicor) manere potuit, vel a firmitate stipitis seu trunci, vel ab antiquissima quadam solennitate, quæ in principio, quo inducta est stipulatio, fuit solita obseruari. Postea autem, detenta verborum formula, in desuetudinem abiit, quam Alciatus et ceteri eruditiores non notarunt, refert tamẽ illam Diuus Isidorus lib. 5. etymologiarum. c. 24. ad finem. his verbis. Stipulatio, est quasi promissio, vel sponsio, vnde & promissores stipulatores vocantur, dicta autem stipulatio ab stipula, veteres enim, quãdo aliquid promittebant, stipulã tenentes frangebãt, quam iterum iungentes sponsones suas agnoscẽbãt. Ab eo igitur, quod interuentus illæ stipulæ, cum verborum solennitate intercessisset, à principio, in hoc contractu, quæ ab stipitibus nasci & pullulare sæpe solent: natũ est illã conuentionem stipulationem vocari, & Iustinianum ac Theophilum rectissimẽ dixisse, stipulum ab stipite descendere, ex eo quod stipulum seu sti-

pula, quæ in contractus celebratione adhibebatur, ab stipite ortum habeat, ideo autem stipulum firmũ Iustinianus vocauit, quia debebat esse firma & integra illa stipula, quæ frangebatur, vel quia ad firmandas conuentiones debiles, fuit primò & principaliter eius ratio inuenta, ut testatur Iulius Paulus lib. 5. sententiarum. titul. 8. & Vlpianus in. l. iuris gentium. §. quod ferẽ. inf. cod. Celsus in. l. quidquid adstrigendẽ. ff. de verb. obligat. 7

Quo supposito, ad argumẽtum respondetur, quod quamuis stipulatio, descendat à verbo stipulor, quod significat interrogare, & respondere, secundum Priscianum, vel ab stipulo & stipite, quæ firmitatem ostentant, quæ sunt communia multis contractibus, non tamẽ inde colligi potest, stipulationem non esse contractum nominatum, nam etymologiæ ratio non facit, vt stipulationis substantia, in sola interrogatione & responsione vel firmitate consistat (vt alibi latius dicemus) sed in interrogatione & responsione legitima, soloque animo eã primò & principaliter celebrandi, & in firmitate nõ quacumque, sed ea solum. Quæ sit debita solennitate interrogandi & respondendi: quæ omnia fideiussioni, acceptilationi, aut emptioni cæteris veteribus à iure approbatis, minime competunt, vt ex his quæ in sequentis argumenti solutione dicemus, clarius innotescet.

Non

8 Non obstat secundum argumē-
tam, desumptum, à substantia pro-
pria stipulationis, quæ consistit in
legitima interrogandi & respōde-
di formula, quæ communis potest
esse emptioni, locationi, donatio-
ni et ceteris contractibus, qui fieri
similiter possunt, interrogatione
& responsione, hoc modo: vendis
mihi domum pro mille? vendo. do-
nas mihi librum? dono. & sic in cæ-
teris: nam quamvis quæstio sit gra-
uissima, & penè inextricabilis in-
ter nostros, an in hoc casu, sit vnus
vel duo contractus, & vter eorum
sit, an emptio, an vero stipulatio?
vt videre est, in his, quæ Iacobus de
Arena primus huius quæstionis in-
uentor, & Cynus in .l. hac consul-
tissima. §. pēt nuncupationem C.
de testamētis. afferūt, & latius Bal-
dus nouell^o, Hieronimus Verius,
Niger, Socinus, Alexander, Alcia-
tus & omnium latissime Bolognæ
tus, in rubrica de verborum. à nu-
318 cum pluribus sequentibus. mi-
hi tamen vna mea distinctione, re-
componenti, nullæ supersunt hu-
ius grauissimæ difficultatis reli-
quæ: ea autem hæc est, vel qui emūt
& vendunt stipulando, eo modo
quem supra retulimus, emptionē
voluerunt celebrare, vel stipulatio-
nem: si emptionem principaliter,
& actione ac vinculo emptionis se
obligare voluerunt, tūc quamuis
forma stipulationis, in interrogan-
do & respondendo legitimis ver-
bis materialiter seruata fuisse, nas-

cetur sola actio ex empto, quia for-
maliter emptionē solam celebra-
runt. Si autem emendo & venden-
do, voluerunt principaliter stipula-
tionem celebrare, quia eius obli-
gationem elegerunt, tunc quam-
uis verè contractus emptionis ma-
terialiter celebretur, desinet nasci
obligatio & actio ex empto, & sue-
cedet sola ex stipulatu, quidquid
contra & malè voluerit Molineus.
in rubrica de verb. num. .ii. quia se-
cundum verissimam Philosophi
sententiam, finis vltimus in actu,
dat propriam speciē actui, quā
distinctionem mirabiliter confir-
mat Ulpianus in .l. 2. ff. de nouatio-
vbi dicit, quod si aliqua obligatio
naturalis vel ciuilis nouetur, pro-
ducat vnā obligationem, diuer-
sam & distinctam à præcedente, si
animo principali nouandi fiat, nā
tunc si fiat hoc animo, quamuis sit
aliqua obligatio præcedens, noua-
tio iam transferet illam in se & fa-
ciat vnā. clarius Iulius Paulus. in .
l. si ita stipulat^o. 126. §. Chrisogon^o.
ff. de verb. oblig. vbi in versu. super
est, eleganter docuit, quod quoties
cumque, mutuum damus, sub sti-
pulatione, cuius vinculum ad nos
obligandum eligimus (quod in du-
bis est præsumendum) non profi-
ciscuntur duæ obligationes, vnā
ex mutui numeratione, & alia ex
stipulatu: sed vna sola verborum,
cum referre placuit, ad maiore no-
stræ distinctionis confirmationē.
superest (inquit) vt queramus, an

ca

ex numeratione, ipse qui cōtraxit,
pecuniam creditam petere possit?
nam quoties mutuam pecuniam
dantes, eandem stipulamur, non
duæ obligationes nascuntur, sed
vna verborū. Melius Pomponius
in .l. cum enim. 7. ff. de nouatio. his
verbis. cum enim pecuniam mu-
tuam datam stipulamur, non pu-
to obligationem ex numeratione
nasci, & deinde eam per stipulatio-
nem nouari, quia id agitur, vt sola
stipulatio teneat, & magis imple-
dæ stipulationis gratia, numeratio
intelligenda est fieri. Horum igitur
exempla sequutus, doceo, quod
si emptio aut venditio, principa-
liter celebrari intendatur, quam-
uis cum formula stipulationis,
hoc modo, vendis mihi domum
in mille? vendo, tunc enim dicen-
da erit illa conuentio, venditio,
quoniam formula illa, magis ad
contrahendam emptionem, qui
finis est intentus, quàm ad sti-
pulationem, adiecta debet intelli-
gi: et si de per accidens accedat sub-
iecto, q̄ nō mutat formale obie-
cti rationē. Si verò emendo & ven-
dendo cum formula stipulationis,
quam principaliter celebrare vo-
luerunt, quamuis in continenti
perfectæ, hoc animo conuentio-
ni adijciatur: tunc erit vera sti-
pulatio, nec curandum erit de emptio-
ne & venditione seu potius de ma-
teria emptionis & venditionis, quo-
niam illius interuentio magis ad
contrahendam stipulationem quā

se ipsam intelligitur celebrata, ex
animo principali cōtrahentium,
qui solam stipulationis obligatio-
nem celebrare intendebant. Sic-
que non confundetur stipulatio-
nis forma, nec communis erit cū
ceteris contractibus, nam cum
illi principaliter intenduntur, nō
debet curari de formula sti-
pulationis, quæ cum de per accidens
veniat, nihil operatur, etsi inten-
ditur principaliter stipulatio, e-
rit solus stipulationis nominatus
contractus. Nec curandum erit de
illis qui fiunt, qui quāuis materiali-
ter verissimè celebrētur, formaliter
tamē, inspecta contrahētū mē-
te, nō celebrātur: sed sola sti-
pulatio, quæ sic propriā habeat mate-
riam & formam, nō communem,
ceteris conuentionibus nomina-
tis.

Ad tertium respondetur, quod
verum est, omnem contractum
nominatum, debere producere ac-
tionem specialem ex suo nomi-
ne, vt emptionem, actionem ex
empto, & sic in reliquis: inde ta-
men non colligitur, stipulatio-
nem non esse contractū nomina-
tum, quoniam producat certi con-
ditionem, quod est diuersum no-
men à conuentione stipulandi, nā
stipulationis duæ sunt species, vna
stipulatio de re certa, quando de-
ductum in stipulationem, quanti-
tate & qualitate certa cōstat, & tūc
producit ex ea, actio, quæ certi
cōdictio specialis vocatur, alia est

Y de re

de re incerta, quando deductum in hunc contractum, corpore certo non constat, veluti hominem in genere dare promittis, vini amphoras centum, non expressa speciali eorum bonitate, quæ certis finibus continetur: & tunc producit conditio incerti, quæ vocatur ex stipulatu. l. si quis certum cum ibi notatis à Bartolo, & reliquis. ff. de rebus creditis. §. ex qua. instituta de verborum obligationibus. Et sic cum quælibet species stipulationis, producat actionem specialem ex suo nomine: non est, quare stipulationem non dicamus contractum nominatum, sicut in mutuo videmus, quod quævis sit contractus nominatus, ut ostenditur in. l. iuris gentium infra. eodem & omnibus in confesso est, producit tamen, duas actiones diuersas, conditionem certi generalem, & conditionem specialem, secundum diuersas species mutui. glossa vera & communiter recepta secundum Syluestrum Aldobrandinum. in. §. i. instituitur. quibus modis re contrahitur obligatio.

10 Quarto argumento satisfacies, aduertendo, quod etsi actus omnes civiles emancipationum, testamentorum, contractuum, manumissionum, & sententiarum iudicialium, verbis latinis & legitimis celebrari debuissent, ut iura ibi allata satis manifestò probant, id tamen in stipulatione iure singulari

admissum non fuit, quia cõuentionibus iuris gentium (quæ quacumque lingua fieri poterat) solebat adijci. Sic refertur Duarenus & Cuiacius in. d. l. i. §. si. ff. de verb. oblig. Sed tamen eorum solutio mihi non potest placere, nam cum stipulatio esset magis civilis & propria civium Romanorum, quæ ceteræ, cõuentiones non est verosimile, & ideo nec præsumendum, illos, eam suæ linguæ solennitatem, in stipulatione remisisse, & in reliquis cõseruasse. Quare melius dicendum arbitror. §. illum finale, ad tempora Leonis Imperatoris respicere, qui solennitatem omnem verborum substulit, requirens solum in stipulatione, contrahentium verum consensum, quibuscumque verbis expressum. l. omnes C. de contrahenda & committenda stipulatione. & sic eius constitutionem, in uia. §. à Triboniano Iustiniani tempore adiectam fuisse suspicor, ut quid tunc nouiori cõstitutione obseruari debuisset, non esset incognitum. Postquam enim Romanorum Imperium Bizantium translatum est, quæ sedes erat & caput Græciæ, in desuetudinem abire cepit stricta illa linguæ & solennitatum Romanorum ratio, & cum Græcis cõfundi. Imperatores enim, hoc cõstituerunt, magnam sic Græcis cõciliare gratiam videbatur, admittentes eos ad proprios Romanorum actus, lingua sua Græca celebrandos, & eorum fauore, hoc ceteris indulgentes. Et sic videmus quod quæuis testamē-

ta,

ta, latinè celebrarentur. l. qui testamento. §. veteres. ff. qui testamēta facere possint. Id tamen postea à Theodosio & Valentiniano sublatum est. in. l. hac consultissima. §. fin. ubi Græcè conditi etiam posse decreuerunt. C. de testamētis. quod postea ad manumissiones extendunt in. l. directas C. de testamentaria manumissione. iubentes, verbis Græcis datas libertates, perinde valere, ac si latinis & legitimis data fuissent, & quamuis sententia seu decreta omnium magistratum, latinè interponi debuissent. l. decreta. ff. de re iudicata (qua ratione Tyberius Imperator, quædam albo iudicium erasisse dicitur, quod latinè nesciret, ad interponenda decreta, ut refert Suetonius in eius vita) Immutatum tamen fuit postea ab Arcadio & Honorio, in. l. iudices. C. de sententijs & interloquutionibus omnium iudicum. cuius civilis historiarum ignorantia, in quam graues errores elabi fecerit doctum Accursium, Bartolum, Baldum, Albericum, Iasonem & Alciatum in prætermis, Corrasium & reliquos, videre clarè is poterit, qui eorum scripta & conciliationes in dicta. l. decreta & in dict. l. iudices per attentione considerauerit.

11 Quinti argumenti solutio, duo requirit, primum est, destruere fundamentum, quo innititur communis doctorum opinio, ad dicendum, stipulationem non esse pro-

prie contractum: sed improprie, secundum autem, interpretari differentiam inter actum & contractum. Doctores omnes (de quorum communi sententia testatur Ripa in rubrica de verb. nu. 50.) ideo dixerunt stipulationem non esse proprie contractum, quia contractus diffinitur ab Ulpiano, in. l. Labeo. §. contractum. ff. de verb. signif. esse utroque obligationem, quod stipulationi non conuenit, in qua solum datur promittentis obligatio, sed ex his quæ nos supra. c. 4. q. 1. in solutione noni argumenti. nu. 33. latius diximus, ad interpretationem illius loci, facile conuinci poterit communis hic error, Ulpianus enim, non asseuerauit, ad essentiam contractus, debere intercedere utriusque contrahentis obligationem, cum mutuum sit verus contractus, & tamen non habet nisi unicam mutuatarij obligationem: sed solum esse utroque obligationem, id est ex utroque consensu contractum & conuentionem perfici, & constare, vel participij contractum natiuam significationem, & verbi proprietatem exponere, prout ibi copiosius tradidimus. Quod autem in argumento adiecimus de eadem. l. Labeo in principio & in. §. contractum ubi Ulpianus ponit ex sententia Labeonis, in diuersis prædicamentis, stipulationem & ceteros contractus nominatos, nam stipulationem posuit in prædicamento actus,

Y 2 emptio

emptionem autem, venditionem & ceteras conuentiones nominatas, in prædicamento contractus, dissolui poterit, si aduertas, quod ibi Vlpianus, non voluit tradere definitionem stipulationis & emptio- nis, seu actus & contractus, sed solum explicare propriam & simplicem horum verborum (actus & contractus) significationem, & sic eius responsum congruè positum est à Triboniano in titulo de verborum significatione, vbi dicit quod Labeo aiebat, quaedam esse quæ agantur, quædam quæ gerantur, quædam quæ contrahantur, & actum esse nomen generale, siue verbis quid agatur, vt in stipulatione: siue re, vt in enumeratione pecuniæ, contractum vero, vltrocirroque obligationem, quæ Græci Synallagma vocant, veluti emptionem venditionem &c. gestum, rem significare, sine verbis factam: non igitur explicat substantiam rerum, sed significationem horum verborum, agere, gerere, & contrahere, & suorum participiorum, actum & contractum, de quibus, quia latius tractauimus in quæstione, de qua supra, nunc eis supersedendum duximus, ne acta (vt in veteri prouerbio est) egisse dicamur.

12 Ad satisfaciendum sexto & vltimo argumento duo sunt tractatu necessaria, primum est, videre, an sit vera illa opinio Romani & Socini, tenentium, stipulationem adiectam contractui innomina-

to, esse reuocabilem, & pœnitentiam admittere, sicut ipsum contractum innominatum, ante rei implementum, ex l. si pecuniam. ff. de conditione ob causam. Secundum verò, an receptissima illa nostratum sententia, qua indistinctè tuentur, stipulationem sequi naturam actus, cui adhæret, benè fundetur, in l. si stipulatus. ff. de usuris. quam allegant. Et quod attinet ad primum, constantè tenendum est, eorum opinionem falsam esse, quod duabus vrgentibus rationibus sic probabo. Prima, ex eorundem confessione, qui fatentur stipulationem esse contractum nominatum: si ergo contractus est nominatus, & contractus nominati cum perfectionem suam receperunt, actionem producant, ac proinde compulsionem habent, nec pœnitentiæ ullum locum relinquunt, vt edocemur in l. iuris gentium. in principio. ergo stipulatio postquam semel est iam perfecta, obligationem & actionem producet, quamuis contractui innominato adijciatur, cum non minus sit stipulatio, & stipulatio dicatur, postquam contractui innominato adijcitur, quam si de per se subsisteret. l. ex placito C. de rerum permutatione. Secunda, quia si pœnitentiam admitteret, sequeretur, stipulationem nihil momenti habituram, quotiescumque pactis nudis seu contractibus innominatis adijcitur, at hoc falsum est &

est & contra Vlpianum, in l. iuris gentium. §. quod ferè infra. eod. vbi ostendit, pactis olim (vt confirmarentur) adijci solitas stipulationes, & Iulium Paulum lib. 5. sententiarum tit. 7. qui obligationum confirmandarum gratia, inductas fuisse stipulationes testatur: ergo falsum etiam erit illud, ex quo sequitur, stipulationes videlicet, adiectas pactis nudis, seu contractibus innominatis, locum pœnitentiæ relinquere, cum certissimè contractus sit nominatus, & sic ab eo instanti, quo perficitur, obligationem producat, & ex ea actio & compulsiō proficiatur civilis. l. iuris gentium. infra. eod. l. sicut C. de actio. & obligat. l. 1. ff. de rerum permutatione. cum alijs. quod autem sequatur, nihil proficere aut operari stipulationem: sic probabo, nam si aliquid operaretur, maximè confirmationem contractus inuolueret, at secundum eos, hoc non operatur, quia pœnitentiā admittit, sic post, sicut & antea, ergo stipulationes adiectæ, contractibus innominatis, nihil roboris addunt, quod est contra naturam ipsius contractus & plura iura expressa vt constat ex l. 2. & toto ferè illo titulo. C. de rerum perm. & in d. 5. quod ferè magis probauimus. Quod autem attinet ad secundum, dicimus, quod opinio communis doctorum, de qua testatur Bartholomeus Socinus, in rubrica de verborum num. 23. & 24. & relatis pluribus Bolognetus. à num. 354. cum

pluribus sequentibus. dicens, stipulationem sequi naturam actus cui adhæret, falsissima est, quia non sequitur naturam actus, sed auget: passim enim videmus, contractus innominatos, natura sua debiles, stipulatione firmari, vt actio civilis producat. l. ex placito. l. cum precibus C. de rerum permutatione. cum ibi adductis, quod esse non posset, si eius naturam sequeretur, quæ est vt pœnitentiæ locus relinquatur. l. si pecuniam quam. ff. de conditione causa data. Nec Papi nianus in l. si stipulatus. aliquid eorum errori opitulatur, in illis verbis (quia non est vero simile, plus venditorum promississe (tractat de stipulatione) quam iudicio empti præstare compelleretur) ex quibus desumunt nostri argumentum, ad dicendum, stipulationem sequi naturam actus cui adhæret: sed ea argumentandi ratio, longè recedit à bene fundatæ dialecticæ & iurisprudentiæ principijs, & ad propositum de quo agitur, satis impertinenter adducitur, quod duplici ratione probabo. Prima, quia cum ibi tractetur, de nouatione per stipulationem, contractus præcedentis, emptionis & venditionis, qui perfectus erat & nominatus, & ex sola conuentione actionem producere poterat, nec ad hunc effectum civili alio remedio stipulationis indigebat. l. 1. ff. de rerum permutatione. incongruè satis infertur ab his, & ac-

comodatur ad omnes contractus; siue nominatos siue innominatos, cum tam diuersa imo in hoc contraria sit eorum natura, vt in l. iurisgentium in principio videbimus & expressum est in d. l. i. ff. de rerum permutatione. Secunda, quia ibi iurisconsultus Papinianus, non agebat an qualitas obligationis mutaretur, vel fortior fieret, per stipulationem, nam id de per se notum erat his, qui stipulationis & venditionis naturam & substantiam cognouerant, sed an quantitas obligationis augetur ex stipulatione, qua rem emptam dari fuerat promissum, nascebatur dubium ex eo, quod omne deductum in stipulatione, videbatur praestandum, & cum rem emptam dari promittitur, traditio & translatio dominij videbatur comprehendendi, sed contrarium Papinianus in casu illo nouationis respondit, quia cum stipulatio facta fuerit principaliter, ad nouandam obligationem contractus praecedentis emptionis, de cuius substantia non est dominij translatio. l. ex empto. ff. de actionibus empti. ea ratione stipulatio in nouatione emptionis, quamuis dationem & traditionem comprehendit, translationem dominij non importabit, quia natura nouationis non est quantitatem obligationis augere, sed solam eius qualitatem in aliam mutare. l. i. cum sequentibus. ff. de nouationibus. & sic intelligi debent illa verba, quia

non est verosimile, plus venditorem promississe (intellige nouado emptionis contractum & obligationem) quam iudicio empti praestare compelleretur. Et hunc arbitror verissimum illius textus intellectum. quo sic stante, confunditur manifestò, doctorum & opinio & allegatio, dum tenent ex illo textu, stipulationem sequi naturam contractus cui adheret, si nominatus est, nominati, si innominatus, innominati. Quod distat magno pere à vera illius specie, & contrariatur textui. in d. l. ex placito & d. l. precibus C. de rerum permutatione. & l. miles. s. decem. ff. de rei iud. quae probant contractus innominatos & inualidos natura sua, stipulatione adiecta fortiter confirmari, superando in hoc naturam actus, sic soluitur finale argumentum, & defenditur communis opinio doctorum tenentium, stipulationem contractum esse nominatum quidquid minus bene Papianus contra tenuerint, quorum rationes sunt à nobis iam satis refutatae.

Sed peti video modo, & non sine a¹³ ratione lectore, vtilitatem, quae nasci possit ex huius nostrae quaestionis resolutione, quod stipulatio contractus sit nominatus, ne labores in id suscepti, inutiles practici cessantur, cui respondemus, non vnâ sed plures esse. Primâ, quia, cum iam hoc die in instrumentorum confectioe, notarij apponant stipula-

tio-

tionem, dicendo quod partes sibi inuicem per stipulationem, omnia supradicta obseruare promiserunt, vt testatur Bartolus in l. 2. C. de conditione ob causam. non poterit reperiri iam contractus innominatus, sed omnes erunt nominati, quia licet contractus primus permutationis, & ceteri sint innominati, adiecta tamen stipulatione nouantur, & sic reducuntur in nominatos, quod idem erit dicendum, quamuis sine instrumento, stipulatio adijciatur: ex quo nascetur secunda, quod quamuis contractus primus innominatus, produceret actionem impropiam, id est non certam sed generalem, aliquando in factum, aliquando de dolo, aliquando praescriptis verbis. l. quoties. ff. de praescriptis verbis. l. iuris gentium versi. & ideo puto. infra. eod. adiecto contractu nominato stipulationis, produceretur semper actio certa ex stipulatu. l. cum mora C. de transactio. nec dari aut competere poterit actio praecedentis contractus innominati, quid quid Alexander Imolensis, in hac l. i. nu. 17. contra voluerit, integrâ

videlicet remanere actionem, innominati illius contractus, qui praecessit, & sic agi posse conditione ob causam, ad repetendum illud quod datum est, si forte est datum sicut si non fuisset adiecta stipulatio, quod falsum arbitror, nam cum in contractibus nominatis, non habeat locum conditio ob causam. l. ea conditioe. C. de rescindenda venditione. & contractus innominatus, per stipulationem, nouatus sit in nominatum, sortitur eius naturam, & amittit primam, vt probat textus in l. duo societate. ff. pro socio. Tertia tandem erit, vt habeat stipulatio adiecta contractibus innominatis, vel pactis nudis, omnes effectus, quos veri & proprii contractus nominati producunt, quos quia scripturus sum postea in l. iuris gentium in principio infra eod. quae erit lib. 3. c. 2. q. 2. nunc: c. tus praeteribo, ne his quae dicenda restant, quibus non minor, quam superioribus inest, & vtilitas & difficultas, longius impedimentum afferamus.

(··)

Y 4

342

BERNARDINI
DOMINI FERDINANDI
MENDOÇA,

LIBER SECVNDVS DISPVTATIONVM

tionum iuris ciuilis, in difficiliore

leges. ff. de pactis.

Paulus libr. 3. ad edictum.

Labeo ait, conuenire, vel re, per epistolam, vel per nuntium, inter absentes, quomodo que posse. sed etiam tacito consensu conuenire intelliguntur.

SUMMARIAM AD
Caput Primum.

1. Communis refertur & refutatur intellectus, ad l. 2. de pactis.
2. Reijcitur etiam Fulgosi interpretatio, & intelligitur textus in l. quoties. ff. de iure iurando. quo fundabatur.
3. Traditur tertius Fortunij intellectus, ad eundem textum, & impugnatur.
4. Quartus Cuiacij intellectus refertur & refutatur.
5. Alius nouus intellectus traditur late, ad d. l. secundam.
6. Intelligitur Clementina. 1. de procuratoribus. Connani opinione refutata.

CAPVT

Primum.



BARTOLVS
(cuius in hoc vestigia persequimur, ut barbaris illius sequacibus, qui recte dictum,

nihil arbitrantur, quod ordine, seu potius in ordinatione Bartoli non dicatur, in hoc solum fiat satisfactio) huius legis sensum, summa breuitate complectitur: dicens, Paulum hic, prosequi aliam conuentionum diuisionem: docendo, alias esse tacitas, alias expressas: & hoc, quandoque inter absentes, ut per nuntium, vel per epistolam, quandoque inter presentes celebrari posse: quo huius textus interpretatio ni finem imponit, & immerito, cum solum literæ explicatio, maiorem tractatum requirat. Quid enim verba illa significant (Labeo ait conuenire, vel re posse) non est leuis dubitatio inter interpretes nostros, quam dissolueri, ad Bartolum virum (ut ipsi ferunt) & ingenio & iuris prudentiæ literis insignem, spectabat. Cum tamen tacuerit, opinionem Accursij (ut in reliquis locis) more suo tacite sequutus videtur. Accursius autem in glossa. 2. hic. (re conuenire) pro tacite & sine verbis conuenire exposuit: ut in cautione reddita, & cæteris pactis tacitis, de quibus fit mentio, in duabus legibus sequentibus, quem sequitur Paulus, Alexander & communis

D. FERDINANDI MENDOÇAE

his fere omnium opinio, teste Ho-
romano. i. volumine. variarum dis-
putationum tractatu de pactis. qui
eam adeò veram arbitatur, vt de
sua veritate dixerit non esse am-
plius dubitandum.

Sed certè hæc expositio eam pa-
ritur difficultatem, quam nullus
eorum attingit, nedum explicauit.
Nam si re conuenire, pro tacite co-
uenire, esset intelligendum, ineptè
& superflue versiculum, i. ame-
diatè postea sequentem, Paulus su-
biunxisset, in quo tacito etiam co-
sensu, conuenire posse dicit: fuisse
loquitur ineptè, quia cum dictio il-
la (sed etiam), qua vtitur in versic-
lo sequenti, diuersum gen^o superiorib⁹
adiungi, manifestò demonstrat, vt
humanarum literarum præcepta do-
cent, in sciètia abutebatur, solè re
continuando, & non aduersando
superflue, quia si tacite conuenire
posse, pot se conuenire, in princi-
pio legis dixisset, non erat opus im-
mediatè alijs diuersis verbis eandè
rem nobis iterum inculcare.

Quare, secunda est interpretatio
Raphaelis Fulgosi, dicentis, Pauli
Iurisconsulti (re conuenire) pro ve-
re conuenire usurpasse, ex textu in. l.
quoties. de iure iuradó. vbi eù idè
Paulus dixisset (propter re iurare) ex-
ponit Accursius, a quo ille recepit
eam interpretatione, id est propter
veritatem: sed nec ista expositio vera
est in se, & iure perpetè intellecto
fundatur. Nam textus in d. l. quo-
ties. idcò dixit, propter rem iurare,

quia de re data vel accepta erat cõ-
trouersia, & sic in re iuramentu prin-
cipaliter, versabat, vt idè met tex-
tus clarè postea docuit ibi. propter
rem autem, iusiuradum exigitur,
veluti de pecunia credita, cum iu-
rator, sibi dare oportere, vel
reus se dare non oportere, id circo
que tam incongruus erit ad eum
textum, Accursii intellect^o, quam
improptia ad nostrum, Raphaelis
Fulgosi accommodatio.

Quam obrem, aliter & sic ter-
tiò, nostrum textum interpretatur
Fortunius, dicens, quòd (re conue-
nire) est idè, quòd presentiali-
ter (vt ipse loquitur) conuenire: &
vltra id quòd literæ sine subaudi-
tionibus conuenire existimet. Pro-
bat secunde, ex ipso verbo (conue-
nire) & (conuentio) quæ ipsam rea-
lem animorum coniunctionem &
corporum presentiam ostendant.
vt probat in. s. conuentionis. supra
la. cõfirmans id tertio, ex. l. qui au-
tem. s. constituere. infra. de cõstituta
pecunia. Vbi ponitur eadem di-
uisio, quòd potest cõstitui inter ab-
sentes & presentes, sicut pacisci, &
ex. l. ff. de procuratoribus. Vbi di-
citur, quòd procurator cõstituitur,
vel coram, vel per epistolam, vel per
nuntium, quæ omnia cõgruunt huic
conventionum diuisioni traditæ à
Paulo in hac l. 2. Sed ista declaratio
quæ (quamuis Fortunius tacuerit)
prius fuit Iasonis hic, in illo ver-
bo id est actualiter, commoda no-
stro textui non est. Primò, quia
literæ

literæ non consonat, vt postea de-
monstrabitur. Secundò, quia verbu
(conuenire) seu (conuentio) ex na-
tura sua sua, non importat corpo-
rum, sed animorum solum coniun-
ctionem, vt in. d. s. conuentionis Vl-
pianus scripsit. Ex quo non potest
colligi, quòd Fortunius asserit, ad
perfectam conuentionem, præsen-
tiam paciscentium fore necessariam:
cum ibi de animis solum, & eorū
consensu loquatur Vlpianus. Ter-
tiò, quia leges quas allegat, quam-
uis dicant, procuratorem constitui
posse in præsentia, vel in absentia,
& contractum constitui posse sic
etiam celebrari, à nostro proposi-
to sunt alienæ: nam nos non nega-
gamus, imò libenter fatemur, pa-
cta & conuentiones fieri posse in-
ter absentes: sed solum dicimus, ex
verbo illo (re conuenire) id non cõ-
stare, nam argumenta à Fortunio
adducta non probant, quorum vl-
timum ducitur à disparatis, quid
enim habet commune, quòd con-
stitutum & procurator constitua-
tur inter absentes & presentes, ad
hoc vt verba (re conuenire) de præ-
sentia debeant intelligi?

Quartò & nouius cæteris, Cui-
cius hic, textum exponit, dicens
quòd (re conuenire) est conuentio-
nem fieri inter presentes, sermone
& tractatu habito, de ipso contra-
ctu, qui agi vel celebrari intendi-
tur, & sic re conuenire, opponetur
tacitæ conuentioni, quæ fit in red-
dita cautione, pignore & reliquis,

quæ nullo præcedente tractatu con-
ficiuntur. Sed hæc Cuiatij inter, re-
tatio peior videtur relatis, & tex-
tui nostro non solum diuersa, sed
etiam contraria. Nam dum primam
distinctionem, quæ de re conueni-
re est posita, vsque ad versiculum.
Sed etiam tacito. exclusiue, intelli-
git de conuentione, tractatu præce-
denti inter presentes, & secundam
quæ incipit à versiculo illo, sed etiã
tacito. vsq; ad finem, in tacita, de
qua nullus tractatus præcessit, ma-
nifestò literæ repugnat, nam si con-
uètio re fieri potest, per epistolam,
vel nuntium, vt textus docet ibi. La-
beo ait, cõuenire re, vel per epistolam
vel per nuntium vel inter absentes
posse, ergo non inter presentes so-
lùm, cum epistola vel nuntius ab-
sentiam expostulent illius, ad quæ
mittuntur.

Quo circa nos, quintò & vlti-
mò, multo aliter quam cæteri, rem
duximus explicandam, pro cuius
intelligentia clariori, aduertimus,
quòd cõtinuatio Bartoli, huius le-
gis ad præcedentem, & summa
quam textui indidit, & nos supra
in principio retulimus, est omni-
no falsa: nam hic, non intendit tra-
ctare Iuris consultus, de conuentio-
ne, pro vt genus est ad omnia pa-
cta & contractus, quemadmodum
supra egerat, in. l. i. s. conuentionis
verbum. Sic vt conuentio in gene-
re, diuidatur in duas species, in cõ-
uentiones tacitas, & conuentiones
expressas, vt malè Bartolus cum cõ-
muni

muni est arbitratus: sed solum tractat, de conuentione in specie, de ea videlicet, quæ re contrahitur, ad quam non solum non est necessaria præsentia, vt in contractu verborum, sed in absentia, vt per nuntium, vel epistolam, imo & tacito consensu possit legitime celebrari, & actionem ac exceptionem producere: vt in pignore & cautione ac cæteris videmus, quæ postea referentur. Cum enim Tribonianus, horum digestorum compilator, retulisset in l. præcedenti, interpretationem Vlpiani ad edictum, quæ dixit, conuentionem ad eod. esse nomen generale, vt ex sententia Pedij, nullus contractus sit; nulla conuentio; quæ non habeat consensum, siue re, siue verbis fiat, vt in. s. ad eod. est expressum, & postea tractasset de stipulatione, quæ verbis fit, & inter præsentis, quæ si non habet consensum, habetur pro nulla apud Prætores: aggreditur modo explicare, alterum membrum illius diuisionis, quod est de conuentionibus, quæ re celebrantur, & quas ex sententia Pauli, quem allegat, ad eod. verum est, consensum requirere, & consensu solo & nudo fore contentas, vt siue is inter absentes, per epistolam vel nuntium, siue inter præsentis, tacite colligatur & declaratur, sit satis sufficiens, vt contractus seu pactum perficiatur. Quæ interpretatio, non minus conuenit literæ nostri textus, serua- to recto sermone, quam perfecte

continuationi ad l. præcedentem, in qua, membrum de conuentione, quæ re perficitur, nondum fuerat explicatum, nec velim intelligas, hanc formulam loquendi (re conuenire) usurpatam fuisse à Paulo, pro his contractibus, quorum obligationes re contrahi dicunt à Iustiniano, in toto tit. inst. quib' modis re contrahitur obligatio. & in l. i. ff. de actio. & obligatio. nam re conuenire, propriissime sumptum, idem est, quod verba ad perfectionem actus non requiri, & sic significabit omnem conuentionem, excepta stipulatione, quæ verborum obligatio, cum re conuentione, directe opponitur. Moueor ex Vlpiano, in l. i. supra eod. vbi loquens de omnibus contractibus & conuentionibus, quæ in vniuerso sunt, & in quibus consensus requiritur, omnes eas, his duobus membris comprehendit, conuentione re & verbis, vt patet. ibi. (ad eod. conuentionis nomen generale est, vt eleganter dicat Pedius, nullum esse conuictum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionem, siue re, siue verbis fiat) in conuentione quæ fit re, complexus est omnem contractum, qui verba non requirit, & in secunda, quæ fit verbis, solam stipulationem; quam verbis contrahi, est necessarium, & sic, per inde erit, ac si Paulus clarius dixisset. Labeo ait, omnem conuentionem, consensum requirere, vt in his quæ verbis non celebrantur, vt stipula-

stipulatio, de qua actum fuerat iam, in l. præcedenti. consensus declaratus inter absentes, siue per nuntium, siue per epistolam, vel inter præsentis, tacitus etiam sufficiat, qua ratione suspicor, disiunctiuam illam primam dictionem (vel) à textu expungendam esse, tamquam adiectam ab infcio typographo, sic vt litera legatur hoc modo. Labeo ait, conuenire re, vel per epistolam, vel per nuntium, vel inter absentes quoque posse. Vel si vt communis est, legatur, intelligatur eodem modo, quem supra docui. Ex quib' concludere, eas omnes conuentiones, quæ solennitatem verborum non requirunt, sic inter absentes, per epistolam celebrari posse, ac si verbis expressis inter præsentis fieret, quod & in nuntio procedit: nam nuntius, nil aliud est quam expressa & loquens epistola, sicut epistola, tacet & mutus nuntius, quibus sententia nostre mentis & animi exprimimus, & communicamus. Quare bellissime à Scuola responsum est, in l. cum tabernam. 24. s. idem quæ sit. ff. de pignoris. epistola hac contractum pignoris celebrari. Cum inuitos acceperim à te denarios quingentos, id rogo ne aliam à me cautionem petas, sed hypothecam accipias, euidenter nostri, ad neminem alium, quam ad te, tabernam, & seruos meos pertinere: queritur, an pignus contractum sit, an verò epistola nullius momenti sit, cum sine die & Consule sit. respondi, cum

conuenisse de pignoribus videatur, non idcirco obligationem pignoris cessare quod dies & Consules adiecti, vel tabule signatæ non sint. satis enim est, vt de vtriusque quoquomodo constet voluntate. Cuius doctrinam, eadem fundatus ratione, mirabiliter confirmat Clementis Quinti rescriptum, in c. i. de procuratoribus. declarans, quod si tibi literis procuracionem negotiorum meorum mandem, & tu his acceptis & lectis, non reclames, eis videris assensisse. instrumento (inquit) vel literis, quibus te aliquis in causis suis procuratorem suum instituens pro te, debito modo cauit, simpliciter (nullaque protestatione facta) à te scienter receptis, non potest postea reculare defensionem illius: imo cogi poteris ipsum defendere in omnibus causis & negotijs, ad quæ prædicta instrumenta seu literæ se extendunt, cum per hæc, tuum præstitisse videaris assensum. ex quo concludunt nostri, eum qui epistolam ad se scriptam recipit, nisi discretiè expressit, his quæ in ea continentur, tacite rata habere, vt testatur Connanus libr. 5. commentariorum. cap. 4. num. 1. quod ego verum non arbitror, nisi eo casu, quo commodè potuit epistolæ contradicere, & non contradixit, veluti si epistola perlata fuisset à nuntio proprio illius qui misit eum, cum expresse non dissentit cum posset, videtur tacite consensisse, ex his quæ inferius. cap. 4. quæst. 3. & latius & oppor-

350

D.FERDINANDI MENDOÇAE

opportuniùs dicemus, nec id habe-
bit locum, in procuratione, nam
cum in ea expressus requiratur cõ-
sensus. l. filius familias. §. inuitus. ff.
de procuratoribus. per pactũ sup-
pleri non poterit, quia forma actus
non implet per æquipollens. Nec
obstat textus, in d. clementina. i.
nam illũ intelligo, nõ in casu quo
recepit in absentia epistolam, qua
procuratoris officium & munus il-
li demandabatur, & ipse non con-
tradixit: sed in casu quo, in præsen-
tia vel in absentia, per nuntium ip-
sius domini, accepit instrumentũ
procurationis, quod alio animo,
quàm suscipiendi illius officij reti-
neri non poterat: ratione igitur re-
tentionis instrumenti procurato-
ri, cum commodè posset illud re-
culare, & non fecit, inducta est &
iustissimè præsumptio cõsensus præ-
stiti. Nec obstat, quod cum consen-
sus requiritur expressus in procura-
tione, non sufficit tacitus per. d. l. fi-
lius familias. §. inuitus. nam in hoc
casu, traditio & acceptio instrumẽ-
ti, magis est, quàm taciturnitas vel
consensus tacitus, & sic tantum
operatur, quantum expressus: cum
non minus ex factis, quàm ex ver-
bis expressis voluntates hominum
colligantur, vt docuit Iulianus in
l. de quibus. ff. de legibus. Paulus in
l. regulare. ff. de acquir. hæred. Sce-
uola in. l. Paulus respondit. ff. rem-
ratam haberi. Imperator, in. l. inde-
bitum. C. de cõditione indeb. ibi
allegatis. Et sic verba illa (litteris) nõ

accipio pro epistola missa, sed pro
instrumento priuato, quo ille qui
dabat, constituebat procuratorem
accipientem, & promittebat legi-
timo modo, se ratum habiturum,
quod ab eo gestum esset, quod cũ
sciuisset is, qui illud accepit, & non
recusauit, dum commodè posset,
non tacitè sed expressè muneri illi
obeundo se obligauit, & hic est ve-
rus illius textus intellectus, quem
nota, nam Doctores deducentes
ex illo, quod si quispiam absens re-
cipiat literas, in quibus commen-
datur illi procuratoris officium, &
non dissentiat expressè, videtur ta-
citè consensisse, pro vt dixit Cõna-
nus in loco iã relato, manifestò fal-
luntur ex supradictis.

*Et ideò, si debitori meo reddiderim cautio-
nẽ, videtur inter nos cõuenire, ne peterem: pro
futurãquẽ ei conventionis exceptionẽ placuit.*

Modestinus lib. 3. Regularum.

*Post pignus vero debitori redditum, si pecu-
nia soluta nõ fuerit, debitũ peti posse dubiũ nõ
est, nisi specialiter cõtrariũ actũ esse proberetur.*

SUMMARIA AD CA-
PUT SECUNDUM.

- 1 *Defensa, contra glossam & Bartolum
cõmuni litera, benè colligitur in. §.
& ideò, quòd in redditione instrumenti,
tacitũ inest pactum de remittendo debito.*
- 2 *Reiecta Accursij & Bartoli differentia ra-
tione, inter cautionẽ & pignus redditũ,
Martini & Hugolini approbatur opinio,
& noua ratione cõfirmatur traditioq; pig-
nore, ius pignoris remissũ cõferri defendi-
tur, aduersus eundẽ Bartolũ & sequaces.*

3

- 3 *Reddita Titio cautione, in qua ipse & Sem-
pronius debitores erant, donatio vel pro-
curatio censetur inita, cõsiderata qua-
litate status & amicitia, & in casu du-
bio, donatio potius censetur interuenis-
se, contra communem.*
- 4 *Expluribus vnus debiti instrumentis, vno
debitori tradito, debitum remitti proba-
tur cum Bartolo, alia tamen ratione, &
sic debitorem ad reliquorum redditionẽ
creditorẽ posse compellere ostẽditur, in
tellecta nouiter prius. l. fin. ff. de his quæ
in testamento delentur.*
- 5 *Si creditor instrumento debiti renuntiet,
debitum remissum censetur contra Bal-
di opinionem, traditurquẽ nouus intelle-
ctus ad. l. 3. C. de fide instrum.*
- 6 *Traditum a creditore debitori instrumen-
tum, si a debitore iterum creditori red-
ditur, redditum obligationis ius censetur,
defensa Bartoli a Fortuni obiectiõibus
opinionem.*

CAPUT

Secundum.



ARTOLVS, IV-
tissima nũc mo-
tus. de causa. §.
hunc & ideò, cũ
l. post pignus se-
quenti simul, cõ-
tinuatoque termonẽ commenta-
tur, quòd vna & eadem sit vtriusq;
materia, etsi à Triboniano, non si-
ne aliqua consideratione fuerit in-
didertis legibus recissa, quòd diuer-
si extiterint earũ authores. In prin-
cipio, censet Paulum hic, prosequi
primum membrum conventionis
tacitæ, quod contentum fuit in ver-
siculo illo, præcedenti (re conueni-

re) sed ex his quæ iam diximus. su-
pra. hoc similiter falsum esse, facil-
limo negotio lectori constabit. Cũ
enim Paulus dixisset, in principio
huius legis, earum conventionũ,
quæ verbis non celebrantur, sed
re, idest solo nudo consensu, inter
absentes fieri posse, veluti per nun-
tium, vel per epistolam; subiunxit
modo, hoc ad eò verum esse, vt sine
nuntio vel epistola, sed solo tacito
consensu, siue inter absentes, siue
inter præsentis, illæ perfici possint:
exemplum ponens, in cautione seu
chirographo, in quo obligatio cõ-
tinetur, reddito debitori a credito-
re, ex quo celebratur tacito consen-
su, pactum de debito & obligatio-
ne remittendis, ideòque compete-
re debitori (si debitum petatur) ta-
citi pacti exceptionem, ad exclu-
dendam actionem, quæ ipso iure
debitori competebat, & sic ex illo
antecedenti, cõventiones re tacito
cõsensu fieri posse, rectissimè collig-
it Paulus, & ideò, si debitori meo
reddiderim cautionẽ, videtur inter
nos conuenisse, ne peterem. Quod
facit cessare ineptam Accursij &
Bartoli oppositionem hic, in glos-
sa, & ideò, eorumque literæ inuer-
siones, dicentium, non esse legen-
dam. (& ideò si debitori meo) sed
sic (& si debitori meo. & c.) quia nõ
est bona illatio, aliquãdo fieri pos-
sunt conventiones tacito consen-
su, ergo remittendo debitori instru-
mentum obligationis, videtur fieri
pactum de nõ petendo, arguitur
enim

enim à particularibus ad particulare, quod Logici reprobât, veluti si argumentû hieret sic. Petrus currit, Ioannes & alij currunt, ergo tu curris. quæ collectio est improbata. nam ex particularibus nihil sequitur, sed animaduerso nostro in intellectu, facile inanes hæ obreptiones tollentur. Paulus enim, sic arguit, in conventionibus quæ re, id est nudo consensu sine verbis celebrari possunt, sufficit consensum existere quocumque modo, vel expresso vel tacito: ergo si creditor, reddendo cautionem debitori, vult actum vtilem celebrare & verè pacisci (quod in dubio semper est presumendum) sufficet tacitus ille consensus, ad perficiendum pactum: ac nullum aliud in reddita cautione gratis præsumi potest, cum non ad est alia circumstantia, quæ illud immutet, præter pactum de non petendo, ergo in reddita cautione, tacite pactum de non petendo celebrari est præsumendum: quæ optima est arguendi & colligendi ratio. Nec fit à particularibus ad particulare, sed ab indefinita (quæ equi pollet vniuersali) ad particulare: sic, conventiones omnes, quæ re contrahuntur, quamuis tacite celebrantur, valent: ergo hæc quæ fit in reddita cautione, valebit. Sed his relictis ad difficultatem & differentiam rationem explicandam deuenimus, quæ dari possit inter redditionem pignoris & cautionis: nam in primo debitum non remittitur, si

cut in secundo, vt patet ex Modestino in hac l. 3.

Accursius in glossa. i. eiusdē legis quæ sequitur Bartolus, Paulus Castrensis, Duarenus, Eguinarius & alij nouiores, cuius opinio fuit antea Ioannis, Doctoris antiqui, non Blanasci qui fuit Burgundus, & circiter annum. 250. Bononiæ ius civile est professus: sed Ioannis Odofredi, qui Azonis & Accursij præceptor fuit, de quo per sepe meminit in suis commentarijs, vt ex hoc loco & alijs colliges. Fuit etiam Dini Cini & Guillelmi de Cuneo veterum iuris civilis interpretum eā reddit diuersitatis causam, quod restitute syngraphæ nulla alia esse utilitas possit, nisi debiti liberatio, idcircoque ea præsumitur, ne actus frustratorius reddatur, quod esse fugiendum iura docent. l. si quando. ff. de leg. i. l. penult. ff. si quis cautionibus: ac redditi pignoris non parua commoditas in eius vsu & fructu consistit, vt etiam si debitum non remittatur, intersit debitoris rem suam liberam habere: donatio autem nunquam præsumitur, cum alia rei diuersæ coniectura capi potest. Quæ ratione dixit Bartolus, quod si redditi instrumenti, aliam posset continere utilitatem, non induceret remissionem debiti, vt. v. g. habeo instrumentum redditionis, in quo es mihi obligatus ad pretium, & quia mouetur tibi his aliqua & controuersia, super re vendita, vt possis te defendere, trado

do tibi instrumentum: tunc enim, nō præsumetur animus remittendi debiti, & sic donandi, quia subest alia causa, quæ non tantum graamen mihi inferat, quod & dixerat Guillelmus de Cuneo & sequitur Paulus de Castro hic. num. 3.

Martinus verò, & Hugolinus, prout refert Accursius in præsentī (quis fuerit Martinus iam alibi retulimus) Hugolinus verò (vt hoc etiam adducatur) fuit Iurisconsultus Italicus, magni nominis, inter antiquissimos iuris interpretes, qui floruit circiter annum. 1190. & ex cuius glossulis ad ius civile, non parum creditur iuuatus Accursius) aliam differentiam rationem reddunt, dicentes, idcirco ex redditione cautionis, debitum remissum præsumi, & non ex pignore: quia in cautione consistit ius obligationis, in pignore verò non sic: quam probauit Guarnerius, Baldus tam hic. num. 2. quam in authentica. ad hoc. §. ille autem numer. 4. & 5. C. de Latina libertate tollenda. Albericus, Fulgositius, Iaso, Cuiacius hic, Connanus libr. 5. commentariorum. capit. 4. numero. 2. & nouius Petrus Gregorius Tolosanus libr. 21. synagmatarum. capit. 6. numer. 3. inter quas rationes, & si vtraque grauissimos habeat authores & defensores, vt vides, & prima communior sit, magis placet hæc secunda: nam consideratio Bartoli & Accursij, quod in reddita cautione, nihil possit in esse utilitatis communiter, præter

ipsam debiti remissionem, optimè confutatur à Cuiacio, dicente, hoc falsum videri, cum nulla alia ratione, Imperatores Dioclecianus & Maximianus, docuerint in l. pecuniæ. C. de solutionibus. certiorema maioremque sumi posse ex apocha. quam ex reddita cautione, solutæ fortis probationem, nisi quia alius apochæ nullus possit esse vsus, reddita autem Cautionis communiter multæ possint subesse utilitates, inter quas & si Cuiacius nō referat ea esse posset, quæ nō est perexigua, quod rupto vel amisso debiti instrumento, vel creditor mortuis testibus, aliam probationem ad exigendum debitum non haberet, vel si haberet, in ea inquirenda & efficienda legitime, tempus aliquod deberet consumere, quod solet esse non perexiguum, & sic differretur crediti solutio, quod esset debitori utilissimum, si forte, eo tempore inopia laboraret, quod viris etiam bonis plerumque accidit. l. argumentarius. §. cum autem supra. titulo prioro. de edendo. & tandem vt asseris Fortunius hic, dicere redditionem cautionis, idcirco operari liberationem debiti, quia aliud operari non potest: tantum est, ac si diceretur, do istam rationem, quia aliam reddere non possum, quod debile est & infirmum satis præsidium.

Nec aliquid obstabit scrupulus, quo permotus Accursius & eius sequaces, à Martini & Hugolini

sententia verissima deflexerunt, dicentes, falsum esse, in scriptura seu cautione, consistere ius obligationis, cum Caius docuerit in l. contrahitur. ff. de pignoribus. obligationes contrahi sine scriptura, inquit enim (scripturae solum fiunt de his, ut quod actum est, facilius posset probari: & sine his valet, omne quod actum est, si habeat probationem) ex quo videtur colligi, obligationem radicari & consistere principaliter, in persona, non autem in cautione, & inde sequetur, reddita cautione, non remitti debitum, cum in ea non consistat, sed in persona, quod aduersari videtur supradictae sententiae: nam omnia prolixa tuitione Fortunij, in declarationem, ne dicam maiorem confusionem sententiae Martini, quae ad securitatem, quam scriptura affert, & ideo cautio vocatur, recurrit, quam tu per te videre poterit: respondemus nos, quod verum est, scripturam non perficere in omnibus obligationem, verum probationem & compulsio-nem habere eius fidem, consentire oportet. l. in exercendis. C. de fide instrument. & ideo remissa scriptura, debitum censetur remissum, quia in ea voluerunt consistere ius probationis, & in probatione consistit ius exactio-nis, quam remittendo creditor, cum in ea fundetur sibi facta crediti obligatio, debitum censetur remissum: in redditione autem pignoris di-

uersum est, quia in eo non consistit ius dominij, probationis & exactio-nis, sed tantum assicuratio-nis. l. rescriptum. ff. de distractio-ne pignorum. l. quis sit fugitiuus. §. pignori. ff. de adilitio edicto. & sic tradendo pignus creditori, censetur tacite obligationem illam seu ius assicuratio-nis remissum, quod ex l. fin. ff. de his quae in testamento delentur. melius comprobari potest. Vbi Papinianus scribit, quod duabus tabulis, eodem exemplo scriptis, si dominus vnus impubli-cum depositas abstulit, & deluit: non per hoc suum testamen-tum censetur reuocasse, & subiunxit rationem Iuriscōsultus (quia ex ceteris quae remanebant, res gesta declarat) quasi clarius dicat, quod cum testator, sibi reseruauit alias, ex quibus adhuc testamentum probari potest, per cancellationem illam, omnes reuocasse non est praesumendum: quod admitti potuisset casu, quo & illas cancellasset, quia tunc nullum voluit remanere probationis, ad colligendam suam voluntatem, vestigium: ergo per eandem rationem, cum totam cautionem creditor reddiderit debitori, quod idem est ac si deleuerit, vel ruperit, nam id in creditoris manu relinquit, a quo sine dubio regulariter id fiet, totam cautionem & omnia in ea contenta videtur tacite remissum, cum iuri probationis, ex qua sola exactio debiti nasci potest, tacite

sic

sic renuntiauerit. Quod melius confirmabitur ex decisione Iuliani, in l. qui chirographum, v. g. septima. ff. de legatis. 3. qui chirographum legat (inquit) non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de actionibus, quarum probatio in tabulis continetur, appellatione enim chirographi uti nos, pro ipsis actionibus, palam est: cum venditis chirographis, intelligimus nomen venisse: quin etiam, si quis nomen legauerit, id quod in actionibus est, legatum videtur. Si igitur secundum Iulianum, qui tabulas legat, de actionibus & iuribus ideo intellixisse censetur, quia eorum probatio, in tabulis continetur, cui per eam traditionem renuntiare videtur tacite, non male nos respondemus, ideo ius obligationis dixisse Martinum, in cautione consistere, quia eius probatio, a qua compulsio & exactio debiti nascitur, per traditionem remissa est. Nec obstat, quod per testes probari utrumque posset, nam cum raro contingat, homines sic esse litium & conuersionum amicos, & in hoc consumendis pecunijs deditos, ut faciliores probationes omittant, difficilius sperantes, in quibus vitam & patrimonium solent consumere, praesumit lex id nunquam contingere, & sic cum is qui probationem habet sic facilem, per cautionem eam omiserit, reddendo chirographum cre-

ditori, praesumit ius nunquam id fecisse, sperando in alijs difficilius testium vel confessio-nis partis probationibus: sed solum animo liberali, ac proinde praesumit obligationis liberationem, quia ea tota in cautione continetur. Quod in pignore sic non est, quia obligatio principalis, non consistit in eo: quod patet, nam extincto pignore, non extinguatur obligatio, quare cum traditur pignus, obligationis principalis remissio praesumi non potest, quia in ea non consistit, sed illius tantum obligationis, quae in re pignorata est ad securitatem, ea enim remissa videtur, nec repetere poterit, etsi contrarium velint & male Bartolus in l. i. ff. de liberatione. leg. Iaso & Duarenus hic, existimantes, creditorem tradentem pignus debitori, posse iterum ad securitatem debiti pignus repetere: quia precario solum censetur concessisse: sed confundi potest eorum opinio ex rescripto Imperatorum Diocleciani & Maximiani in l. creditricem. 7. C. de remissione pignoris. Creditricem patruum tui (inquiunt) sub obligatione fundi, qui per chirographum nexus fuerit, iubentem eandem cautionem reddi, pignoris ius remissum manifestum est. Quanto magis ipso pignore restituto, debet censeri remissa pignoris obligatio: hoc etiam est, quod ait Modestinus in hac l. 3. cum dicit, postquam pignus debitori

Z 2 reddi-

redditur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse, dubium non est. Non enim dicit, obligationem pignoris remanere, aut repeti posse, ut Bartolus, Iaso, & Duarenus existimarunt, sed debitum ipsum principale, quod apertius declarat Vlpianus, in l. 1. ff. de liberatione leg. Vbi sic ait. Iulianus scripsit, si res pignori data legetur debitori à creditore, videri valere legatum, & habere eum actionem, ut pignus recipiat, prius quam pecuniam soluat: sic autem loquitur Iulianus, quasi debitum non debeat lucrari: sed si alia voluntas testantis fuerit, & ad hoc peruenietur exemplo luitionis. Igitur per dationem pignoris, vel legatum pignoris (quod idem esse non sine ratione mihi videtur) non remittitur obligatio principalis debiti, sed sola pignoris, ut maneat liberum: cuius ea est ratio, quia sublato accessorio, remanet principale, sicut videmus in fideiussore, quo libero effecto, quia accessorius est ad principalem debitorem, remanet reus principalis obligatus, & de fideiussore ad pignus, bene valet argumentum, cum fideiussor, nil aliud sit, quam pignus viuum, & pignus, fideiussor mortuus, de quo sit satis.

3 Bartolus numero quinto. huius textus argumento, illud primum quaesuit. Tabulas obligationis cuiusdam, Titio reddidi, qua partim Sempronius, partim ipse mihi

tenebatur, an utriusque debitum remisisse videat, vel Titio sit delegata Sempronij obligatio, ut capiat ille vi donationis: an verò procuratur constituatur, ut eam recuperet? Cui respondet, referendo in eam sententiam Guillelmum Cuneum, non solum Titio, quod ipse debebat, remissum: sed ei quoque actionem videri mandatam, quae aduersus alterum competeat: sed cum ipse Bartolus. num. 3. praecedenti, de fenderit, ideò cautionem redditam, liberationem operari, quia alium effectum producere non potest, quae si possit, donationem non praesumi, non video quo pacto, modo, sic breuiter mutata voluntate, actionem contra alterum videri donatam dixerit: cum possimus procuracionem debiti, non verò donationem colligere: nam ea contraria sunt. Qua ratione qui illum in ratione articuli praecedentis sunt sequuti, ab eo nunc discesserunt, ut constat ex Alexandro. num. 10. Iasone. numer. 4. & Duareno primo. dicentibus, quod cum donatio, non ita facile praesumatur, nisi quaecumque alia deficiamus coniectura, & alias actus inutilis & elusorius sit futurus (quod in hac specie non accidit) non immerito sententiam Bartoli ab eis impugnari, & si eam sequantur post Cuneum, Albericus, Angelus, Fulgosius & alij hic: Sicque equius & benignus esse, ita hoc factum interpretari, quasi Titius exigendi nominis gratia, procurator à creditore sit constitutus.

Sed

Sed neutra harum opinio, ita generaliter & indistincte (pro ut loquitur) intellecta mihi arridet, nam si cui redditae sunt tabulae, forte sit, eque, vel nobilis filio de algo, vel miles, vel mulier, vel minor, vel in sacris constitutus, vel dignitate, vel saltem simplicitate praeditus, ut à tractandis forensibus causis & controuersijs eius abhorreat conditio, & nihilominus procuracionem velis colligere, ridiculum erit: cum talis coniectura, illorum statum non deceat, si vero cui redduntur, gnas sit homo, industrius, callidus, qui lites sequi, & versari in foro consueverit, & tandem suam diligentiam & operam creditoribus, in negotijs solitis sit prestare, donationem praesumas, & non procuracionem, ineptum erit: praecipue si creditor, diligens sit paterfamilias in hoc, ut retinendo, recuperando & augendo patrimonio, potius, quam liberaliter expendendo sit deditus: nam tunc donationem praesumere verosimiliter, nullus poterit. Quam ob rem, media inter has opinio, verior & iustior mihi videtur, ea autem est, ut ex coniecturis quae adsint, argumens assumatur, nam quae hinc videtur parcarum, de quibus propter eorum constantiarum varietatem, vix possit huiusmodi certa regula defini, cum hac tamen distinctione in iudicando & consulendo, rectissime procedes: videndo, an considerata personarum qualitate, & status condicione, mutua ve inter eos amicitia,

donatio praesumi possit, & tunc praesumatur: an vero personarum conditio, & temporis vel modi circumstantia, donationi non conueniant, sed procuracioni: & tunc procuratio praesumat: si autem ad neutrum sit argumentum verosimile, vel aequaliter ad utrumque adsit, tunc magis donationem praesumeret, argumento. l. 1. C. de donat. Nam ea regula, quae Iuris periti nostri, vna vno consensu tradunt, dicentes, numquam donationem esse praesumendam, cum alia coniectura colligi potest, mihi nunquam probatur, imo falsam videri, argumentis supra demonstrauimus.

4 Quirit postea Bartolus. nu. 7. si pluribus tabulis, eodem exemplo conscriptis, vnas reddiderit creditor: an exceptio conuentionis, reo prodesset, ob tacitam hanc debiti remissionem ad lege praesumptam, sicut quando cautio vna sola est, & ea fuit tradita, qui respondet, quod sic, ratione subiungens, quia non sunt plura instrumenta, sed vnum, & si pluribus chartis transcriptum: quemadmodum & in testamento videmus, quod etsi in duabus chartis transcribatur, & sic duo codices fiant, est tamen vnum testamentum. l. vnum testamentum. ff. de testamentis: Sed non considerat Bartolus, quam bene hoc argumentum contra se possit retorqueri, hoc modo ratiocinando. Vnum est instrumentum, etsi duplex habeatur scriptura, at id à creditore retentum est, ut constat, quia vnum habet, non igitur

tur redditum dici debet, & sic nec obligatio remissa. Quae ratione Raphael Fulgosius à Bartoli opinione discessit, alio motus fundamento, desumpto ex textu in l. final. ff. de his quae in testamento delentur. Vbi Papinianus respondit, ex pluribus eiusdem testamenti tabulis, si quaedam testator deleuerit, non continuo irritum fieri testamentum, cum ex ceteris quae supersunt, res gesta possit declarari. Si ergo (inquit Fulgosius) alias tabulas eiusdem exempli, domi habere se intelligit, quibus aequae intentionem suam posset probare, hac fiducia videri potest, reliquas debitori suo reddidisse, cuius opinionem sequutus est postea Fortunius Garcia, à versiculo ite quero & Duarenus n. 2.

Sed nec secunda haec opinio vera est, nec prima Bartoli per suam rationem placet, nam quamuis verum existimemus, instrumenti redditionem, operari debiti liberationem, & si aliud integrum remaneat penes creditorem: non tamen nascitur ex eo, ut Bartolus existimauit, quod utrumque unum instrumentum esset, nam inde euinci posset, nullum esse redditum, quia creditor retinet unum, & verum est illud non reddidisse, quod falsum est: sed nascitur à praesumptione legis, quae iustis rationibus mota, nullum putat edere voluisse actum frustratorium, & nullum, sed ut aliquid operetur: daremus enim actum in vacuo, si illa instrumenti traditio, obligatio-

nis remissionem non operaretur, quod iura non permittunt. l. si quando. ff. de leg. 1. cum ibi notatis.

Nec huic sententiae aliquid obstabit textus, in l. final. ff. de his quae in testamento delentur, quo opinionem suam isti Doctores tam fortiter defendi arbitrantur: nam respondemus nos, ideò cancellationem illarum tabularum, reuocationem voluntatis non induxisse, cum aliae superessent, quia praeter reuocationem, illa cancellatio potuit ad alium scopum dirigi; vero simile enim est, testatorem sic voluisse prohibere, ne pluribus exemplaribus, in manu notarij seu tabellionis relictis, aliquid contra eius voluntatem doli aut fraudis committeretur, vel saltem suspicari, ex tot exemplaribus in manu tabellionis relictis, si diligenter non custodirentur, posse suam voluntatem brevius his apertis manifestari; quod posset in non leue suae salutis detrimentum redundare: quibus omnibus ut aditum hunc intercluderet, voluit quaedam tolli & deleri, alijs simplicibus ad exprimendam suam voluntatem contentus, quod in cautione reddita sic non est: nam quamuis verissimum sit illud, quod nos supra diximus, cautionem redditam, utilitatem afferre posse ipsi debitori, praeter obligationis liberationem, nam extincta ea clara probatione, adducendis alijs legitimis deberet tempus consumere, & ex eo contingebat solutionem differ-

ri,

ri, quod utile est debitori: id tamen cum aliud exemplum super est, quod vice primi fungatur, procedere non potest: cum deleto primo, in secundo existat clara probatio, ne igitur actus ille redditionis frustratorius fiat & inutilis, interpretari debemus remissionem & liberationem continere, tamquam si una sola esset cautio, & in debitoris manibus & arbitrio commissa, ex quo nascetur, posse optimè huc debitorem, creditorem compellere, ut aliud exemplar quod habet, vel rumpat, vel deleat, vel ipsi debitori restituat, tamquam si realiter & vere soluta fuisset pecunia. l. dissoluta. C. de conditione ex lege. nam tacitum pactum hoc, omnimodam satisfactionem operatur.

5 Quid autem sit dicendum, quando creditor, realiter non restituit debitori cautionem, sed illi se fatetur renuntiare, Baldus hic. num. 4. putat, non liberationem inducere, sed remissionem solum, illius probationis, & casum esse expressum assermat, in l. 3. C. de fide instrumentorum. Vbi Imperator Alexander, A. A. Eliano sic rescripsit (si aduersarius tuus, apud acta Praesidis provinciae, cum fide instrumenti, quod proferebat, in dubium reuocaretur, non usurum se contestatus est. vereri non debes, ne ex ea scriptura, quam non esse veram, etiam professione eius constitit, negotium denuò repetatur) ex quo videtur colligi, quod quamuis sit renuntiatum

instrumento, & sic ex eo agi possit, non intercluditur locus alijs probationibus. Baldus sequitur Purpuratus, in additionibus ad Iasonem hic. num. 2. litera. A. sed ego contrariam sententiam tueor, ut videlicet debiti remissionem, sicut ipsa cautionis traditio operetur: nihil enim arbitror interesse, inter redditionem instrumenti, vel eius renunciationem, quoad hunc effectum, imo maiores vires posse obtinere renunciationem mihi persuadere, quia in ea expressum est pactum, in redditione autem solum tacitum continetur.

Nec obstat textus in. d. l. 3. C. de fide instrumentorum. Nam illi respondet Iaso in praesenti numero. 3. dicens, cum loqui in casu, quo quis renuntiat solum usus instrumenti, ex quo non praesumitur debiti remissio, & donatio: sed haec responsio friuola est, nam si recta nostra opinione, ideò ex redditione instrumenti, praesumitur liberatio, quia remissa clara eius probatione, verosimiliter potest & debet censeris, noluisse se alijs difficilius immiscere, in quibus fortasse maiorem debito quantitatem esset consumpturus, dici modo nullo pacto potest, ideò. ibi. alijs probationibus testium non esse renuntiatum, & sic remissam debiti liberationem, quia solum usus & probationi cautionis renuntiauit, nam ex sola hac sui instrumenti & eius probationis remissione, sufficientissima colligi potuisset

cōiectura & p̄sumptio, quod ceteris ea inferioribus renuntiauerit.

Quamobrem, nos illum textū aliter & nouiūs, an meliūs quā ceteri, tuum erit iudiciū, interpretamur: colligētes, ea ratione, ex sola illius instrumenti & suæ probationis remissione, alijs renūtiasse p̄sumptum non fuisse: & sic nec inductam liberationem, quia actor qui renuntiavit, id non liberè fecit, sed coactè: coactè dico, quia non ex animi liberalitate, sed ex timore fecit, arguebatur enim instrumentū de falso, vt patet ex illis verbis (cū fides instrumenti, quod proferebat, in dubium reuocaret) Cuius comprobationem timens creditor, ne puniretur de falso, illo se non vsurum esse professus, nam si videret bonum & legitimum esse instrumentum, nec timeret falsitatis p̄nam, illi nō renuntiasset, quod ex eo potest probari: nā volēs id debitum exigere, intentā actio ne corā Præside prouinciæ, animū liberalitati habuit contrariū, quid enim tam contrarium liberalitati quā violenta per iudicem exactio? Præterea non potuit verosimiliter ex illa remissione actoris, cui in instrumento falsitatis delictum à reo obiectum est, in publico iudicio, animus donationis p̄sumi, cum maleficia opposita, beneficij compescere solius perfecti sit hominis, non autem eorum qui nunc & tunc in iudicijs solebant versari. In casu autē quo Baldus & nos loqui-

mur, diuersum est, cum ea circumstantia timoris, quæ actus naturam immutauit, absit omnino.

Mouet præterea nūc, aliam quæstionem Bartolus, an si post redditam semel cautionē debitori à creditore, iterum eandem debitor creditori restituat, possit suscitari prima obligatio, vt ei⁹ virtute, possit, ad complendam eam obligationem creditor cōpellerere debitorē: cui respondet quod sic, argumēto textus in. l. si vnus. §. pactus ne peteret. infra. cod. vbi respōdit Paulus, quod si Titius creditor fecerit pactū Sempronio debitori, de nō petēdo, tollitur per exceptionē actio, quod si iterū conuenit vt petat, reuiuiscit, vt pactū primum de nō petendo, per secundū de petēdo elidatur: & sic cōpellatur debitor, ac si nullū pactū fuisset de non petendo intermediū. Quā opinionē Fortunius conatur euertere, hoc vsus argumento. Vel Bartolus intelligit, obligationē suscitari, in casu quo, ex tacito pacto resoluit prima obligatio, vt in contractibus bonæ fidei, vt est emptio, venditio, locatio, societas. &c. quæ consensu cōstant, & tūc Bartolus & eius sequaces (inquit Fortunius) insubtiliter loquuntur: rationem reddens, quia ex primo tacito pacto, extincta fuit obligatio, & ex secundo tacito non potest renasci, quia quod mortuum est, non renascitur idem, nisi per miraculum: sed si aliqua nascatur, erit noua obligatio,

tio, vt respondit Paulus in. dicto. §. pactus ne peteret, in versu. idem dicemus. ibi (nō enim ex nouo pacto prior actio resuscitatur, sed ex nouo pacto noua actio nascitur) ergo falsum erit, eam ad pristinā obligationem reponi, cum diuersus sit contractus. Præterea arguit secundō, probari, quod in his opinio Bartoli non possit procedere, quia contractus bonæ fidei, qui cōsensu perficiuntur, tacito pacto vel expresso, ipso iure resoluuntur. l. ab emptione infra hoc titulo. l. 2. ff. de rescindenda venditione. sed hic Paulus dicit, primā obligationem tolli per exceptionis opem, & sic nō ipso iure, ergo opinio Bartoli vera esse nō potest. Vel Bartolus loquitur, in his obligationib⁹, quæ pacto nō resoluuntur ipso iure, sed per exceptionem, & in his etiam non loquitur subtiliter: nā per pactum primum, non tollitur obligatio prima, quia semper obligatus manet ipse debitor, etsi ei cōpetat exceptio, vt in. d. §. pactus ne peteret probatur, vnde ex secundo pacto, non reponitur in pristinam obligationem, cum ea semper durauerit. Sed argumentum istud Fortunij, ab hac bimembri distinctione, sumptum, insubtilius est & crassius Bartoli ratione, & impertinens maximè ad nostrum propositum, cum primum eius mēbrum accommodari ad redditionem cautionis non possit, nam pacta quæ contrahuntur & distrahū

tur consensu, de quibus loquitur. d. l. 2. ff. de rescindenda venditione. & l. ab emptione. inf. cod. sunt ea solum, in quibus est res integra, id est, quando præter cōsensum nō subest aliqua datio aut factum: in redditione autē cautionis, præter cōsensum tacitum, est ipsa datio, quæ efficit vt esse nō possit, ex illis conuentionibus, quæ consensu contrahuntur, & dissoluntur ipso iure, sed per exceptionem. Secundō autem membro distinctionis, quod dicit opinionem Bartoli non posse etiam procedere, in his pactis, quæ eliduntur per exceptionem, nam in eis non fuit sublata actio, sed durabit, quamuis elidatur ope exceptionis, facillimè satisfacietur, dicendo, quod Bartolus noluit dicere, quod prima obligatio civilis, eadem numero reuiuiscat, nā cum extincta nō fuisset ipso iure, durabat, & sic noua natiuitate nō indigebat, sed id tantum, quod obligatio, quæ iure prætorio considerato non civili, erat nulla, quia elidi poterat ope exceptionis, reuiuiscit iure prætorio, ad hoc, vt ex ea agi possit, quod constat ex. d. §. pactus ne peteret. vbi latius (si tempus supersit) dicemus. Sic concluditur, opinionē Bartoli, defensam à calumnijs Fortunij, verissimam esse, vt redditiō cautionis facta à debitorē creditori, resuscitet obligationem veterem, id est tollat impedimentum, quod prætores per exceptionem opponebant, ad

hoc vt ex ea in iudicio agi possit.

SUMMARIA AD caput tertium.

- 1 **S** Ex adductis rationibus, solam cancellationem instrumenti, non inducere liberationem ostenditur.
- 2 Legistarum & Canonistarum differentia communis, inter allegantem pactum, vel solutionem, personam domesticam vel non domesticam, nouè rejicitur, & in domestica persona delictum in cancellatione non praesumi, probatur.
- 3 Sive domesticus sive extraneus debitor, cancellatum ostendat instrumentum, in propria vel ereditoris vel cuiusuis alterius manu, donationem vel solutionem allegans, eius liberationis praesumptio inducitur, aduersus quam, creditoris erit probatio.
- 4 Nouè intelligitur textus, in l. vnica. §. ille autem. C. de latina libertate tollenda. & inter cancellatum seruitutis instrumentum à seruo, vel debitori à debitore triplex differentiae ratio adducitur.
- 5 Sententia condemnationis banniti cancellata, iuste cancellata censetur, contra Baldum & sequaces. pro solutione secundi.
- 6 Cancellatum instrumentum, apud creditorem existens, in iudicio debitor repetere potest.
- 7 Liberatio ex cancellatione, absque alia traditi instrumenti probatione inducitur, ex l. si chirographum. ff. de probationibus.
- 8 Nouè intelligitur textus, in l. fullo vel sarcinator. §. qui tabulas. ff. de furt. contra Accursium, Bartolum & communē. pro solutione quarti.
- 9 Legem, ex cancellatione liberationem inducentem, occasionem delinquendi non esse, contra doctores ostenditur.
- 10 Cancellatum instrumentum, non aliqualem praesumptionem, sed integram satisfactio-

Etionis probationem continet, aduersus doctores.

- 11 Cum cancellatum instrumentum, instrumentum verè non sit, creditorem ex eo petentem, debitor de falso, vel calumnia poterit accusare, quem (eo non postulante) iudex ex officio condemnabit.
- 12 Cancellatum instrumentum, penes tertium repertum, liberationem inducit, contra Angelum, nisi malitiosè à tertio cancellatum debitor probet.
- 13 Cancellatio instrumenti, apud personam publicam existentis, debitori proderit, nisi de contrario eum creditore conueniat.

CAPUT

Tertium.



Dem Bartolus, sequutus Accursiū, in hac. l. 3. glossa. dubium non est. aggreditur secundam eius partem, quæ est de cancellatione cautionis, quid videlicet dicendum sit, cum chirographum cancellatum reperitur penes debitorem, an subtractum, an verò donatum legitimè praesumatur? què articulum ita breuiter, ita concisè & variè simul Bartolus, Cynus, Butrigarius, Alexander, Iaso, Fortunius & reliqui tractarunt, vt non sine ratione, omnium qui in hac materia sunt, in certissimum dixerit esse Duarenus. numero finali. Quare, vt ex hac ambiguitate & tenebris, in claram lucem eius veritas efferatur, more nostro in quaestionem placuit illum euocare.

Quæ-

QVAESTIO

Prima.

**UTRVM EX CHIROGRAPHO
cancellato, donationis, an verò subtra
Etionis debeat capi praesumptio.**



ANGELVS, Paulus Castrensis & Iaso, tanto pere laudat Accursium hic, vt asseruerint, plenissime & verissime, hunc articulum de cancellatione ultra reliquos, examinasse: sed an id sit verum (quod mihi non videtur) exactius modò discutiemus, & pro parte negatiua, quòd non possit ex cancellatione capi coniectura donationis, faciunt sequentia argumenta. Primum, libertatis status & conditio, ceteris rebus omnibus praestantior est & fauorabilior. l. procurator. §. si quis à procuratore. ff. re ratam haberi. l. libertas. l. non est singularis. §. infinita. ff. de regulis iuris. Sed si seruus ostendens instrumentum suæ seruitutis incisum vel cancellatum, non probet illud fuisse factum ex liberalitate domini, ad libertatem accipiendam nihil agit, vt videmus decisum in. l. r. §. ille autem nouissimus. C. de latina libertate tollenda. ergo similiter debitor ostendens instrumentum debiti cancellatum, si non probat ex voluntate creditoris id factum

fuisse, liberari non poterit, quia sicut in primo casu, non praesumitur causa donationis, in isto secundo à fortiori non debet praesumi.

Secundò sic argumentor, sententia lata à iudice competente, tantundem operatur ad obligandos priuatos, & absoluedos, quantum chirographum, propria debitoris manu subscriptum, & authenticatum, quod nullus negabit: sed si bannitus, sententia diffinitiuam iudicis absoluatur, & cancellatur de libro banni, quod facit illud esse bannitum, vt tenet Baldus hic. Si non appareat causa, propter quã fuit cancellatus de banno, indebitè & iniuste praesumitur cancellatus, vt tenet idem Baldus in pluribus locis, quæ congerit eandem sententiam sequutus, Hypolitus de Martilijs in. l. fin. 4. colu. versu. adducit etiam potest. ff. de ficijs & cum Abbate & Nello, in tractatu bannitorum & alijs idem resoluit latius, singulari. 340. ergo, æquo etiã modo, in chirographo cancellato, causa cancellationis ostendi debet, etsi non ostendatur, iniuste cancellatum debet praesumi, & sic non animo donationis.

Tertio, quotiescumque res aliena reperitur penes aliquem extraneum, inducitur à lege, contra eum furti praesumptio, si rationem quare possideat, legitimam non reddiderit. l. ciuile. l. inciuilem. C. de furtis. notat Bartolus in. l. fin. num. 5. ff. de quaestio. sed cautio vel instru-

men-

metum propria res est creditoris, dum debita pecunia non soluitur, quod patet, nam interim ad eam repetendam debitor nullum ius habet, ut cuique notum est, & expressum videmus, in l. dissoluta. C. de conditione ex lege. ergo si reperitur penes debitorem, quamvis cancellatum, si causam quare possideat, & sic sit cancellatum, non reddat, praesumptio sumi potest contra eum legitime, subtractionis, argumento, textus in d. l. incivilem. C. de furtis.

Quarto leges omnes, quae ex redita cautione, pactum de non petendo, & sic debiti remissionem praesumunt, in eo solo casu loquuntur, quando cautionem a creditore redditam debitori constituitis, ut patet in l. haec nostra. lib. 1. (& ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem) & sic in ceteris, sicque principaliter fundatur in ea traditione, quam facit creditor libero ac spontaneo consensu, ut restitui debet. Speculator, in titulo de instrumentorum editione, non postquam num. 16. eam enim praesumunt, ex liberalitate & animo donationis processisse, sed qui solum cancellatum demonstrat, nihil probat de traditione facta a creditore, ergo cum deficiat in hac principali intentione, succubere debet, & debitum persolvere, non obstante cancellatione, quia remissio & liberatio fundatur in traditione

& traditio per solam instrumenti cancellationem non probatur, nam alijs rationibus potuit cancellari.

Quinto, si per cancellationem chirographi, praesumeretur indulta liberatio, & debitum remissum, sequeretur, nihil obligationis in chirographo remanere, nam debitum sublatum per pactum conventum seu donationem, non posset extare: nam accidens quod est scriptura, non potest esse sine subiecto, aliqua videlicet obligatione, in qua sustentetur: sed qui furripit chirographum alicuius obligationis, quamvis cancellatum & omnino deletum, tenetur restituere illud debitum & obligationem, quae in chirographo continetur. l. felle vel farenator. §. fin. ff. de furtis. ergo illud non fuit remissum & extinctum, per instrumenti cancellationem, cum extet & solvatur a subrahente, quod esse non posset si nihil subtraxisset.

Sexto, quod non possit ex sola cancellatione praesumi a nobis donatio, imo quod leges donationem non possint, nec debeant praesumere, sic probet. Omnia, quae hominibus delinquendi tribunt occasionem, tam civiles, quam canonice constitutiones, debent & iubeant tollere, ne vnde iusta expectantur nascantur iniuriae. l. c. de iudic. et viduitate tollenda. l. eo instrumento. C. de inutilibus stipulationibus. l. fin. C. de pactis. ca. 1. & 2. de consensu. l. c. de consensu. lib. 6. sed si ex sola

sola cancellatione instrumenti, remissio debiti & liberatio praesumatur, dabitur magna occasio debitoribus delinquendi, nam corrumpent, vel saltem conabantur corrumpere seruos, filios, uxores & famulos creditoris, ad surripienda vel saltem ad cancellanda instrumenta, quo sic ipsi liberentur, ut fateatur Cynus in l. si de possessione. C. de probationibus. Accursius, Bartolus, Baldus, Alexander & Iason hic ergo praesumptio donationis, a lege induci non potest, ne detur materia delinquendi, quod a naturali & civili iustitia debet esse tan topere alienum.

2. Haec sunt fortiora argumenta, quae partes debitoris oppugnant, ut ex sola instrumenti cancellatione, is non praesumatur liberatus, quae tamen apud me non habent tantum momentum, ut a contraria sententia (quam ego ut veriore tueor) aliquo pacto possint dimovere. Accursius vero, sentiens aliquas, et si non omnes ex adductis, difficultates, cum earum vim sustinere non posset, oneri (iudicio nostro verendum succubuit, quidquid laudetur a ceteris) putavit enim, quod ex sola cancellatione cautionis, si debitor non probet traditam, liberatio non inducitur, ne insidiarum & sic delinquendi occasio debitori tribuatur, quare, probata traditione, dicit esse intelligendum textum, in l. si chirographum. ff. de probationibus. Sed quamvis id placuerit

Odofredo, Iacobo Butrigario, & Baldo hic num. 5. falsum esse ex eo perspicue apparebit, quod textus in d. l. si chirographum. loquitur generaliter & indistincte, nullam faciens, de traditione aut non traditione mentionem, sicque generaliter debeat intelligi ut reguli iuris docet. l. de pretio. ff. de publician. lege. 2. §. convenire. ff. de iudicijs. cum alijs quare cum haec prima opinio illi non plene placuisset, ad aliam secundam & fortasse peiorem se contulit, asserens, quod tunc praesumatur remissum debitum, & indulta liberatio, cum chirographum cancellatum, reperitur in manu debitoris, cum vero in manu creditoris reperitur, contrarium censet dicendum, ut debitum non praesumatur remissum. Sed haec distinctio, merito, duplici Bartolo, Baldo, Paulo, Alexandro, Iasoni & Fortunio, qui eadem vim habere affirmant, & eandem praesumptionem inducere, cancellatam cautionem, cum in manu creditoris, quam cum in manu debitoris reperitur: sed in persona debitoris aliam distinctionem esse servandam arbitrantur, dicentes, ex sententia Iacobi de Aretio, quem refert Cynus in l. si de possessione. C. de probationibus. quod aut debitor, qui habet instrumentum cancellatum, cum convenitur in iudicio, allegat se liberatum pacto, & tunc non liberabitur, nisi probet, traditum fuisse sibi instrumentum

à creditore: vt requirit noster textus, ibi (& ideo si debitori meo reddiderim cautionem &c.) aut allegat se liberatum solutione, & tunc aut debitor, erat persona domestica, nam verosimiliter posset instrumentum subtrahere, & solutio facta non praesumitur, allegant textum in l. i. §. ille autem C. de Latina libertate tollenda. aut non erat talis persona domestica, & praesumitur liberatus solutione, per d. l. si chirographum. ff. de probationibus. à quibus si fundamentum suae distinctionis scisciteris, respondebunt, quod qui dicit se liberatum pacto, allegat liberationem sibi factam, per donum, cum pactum sit donatio, & donare est perdere: sed nemo debet censeri, iactare velle & perdere pecuniam suam. l. filius familias. ff. de donatio. l. cum de in debito. ff. de probatio. ergo si ille vult dicere, sibi esse donatum, debet probare, et si non probat, succubet: at verò qui dicit se liberatum solutione, non allegat donationem, sed debiti satisfactionem, sine qua non est verosimile, habitum fuisse instrumentum. l. 2. C. de conditione ex lege. nisi sit, in persona domestica, quae quia persona est familiaris, & de facili potuit instrumentum subtrahere & cancellare, solutio facta non praesumitur. Hec Cynus cum Iacobo de Aretio, in d. l. si de possessione. nu. 1. C. de probatione. sequitur Bartolus hic num. 4. Paulus. §. Iaso. 14. Duarenus

finali, Fortunius versu. 1. primo ergo, qui quasi omnium receptissimam esse sententiam fatetur, ex Canonistis comprobauit Speculator. titu. de instrumentorum editione. §. postquam num. 14. & ibi Ioannes Andreas in additione. idem Ioannes Andreas, Abbas, Antonius & Imola in. c. ecclesia sancta Mariae. Vt lite pendente. Archidiaconus in. c. hunc numerum. 76. distinctione. Felinus in capit. accedens. el. 1. vt lite non contestata. c. i. alijs quosibi refert. num. 2.

Sed (pace tantorum virorum dilexerim) duae primae opiniones Accursij, & ista postrema Iacobi de Aretio, Bartoli Legistarum quae ceterorum & Canonistarum, mihi probari non potest: nam dicere, quod in omni persona domestica vel familiari, non pactum aut solutio, sed furtum debeat praesumi, quia de facili potuit instrumentum subripere, vel delere, quid aliud est, quam sine aliqua ratione & fundamento, delictum inducere, vbi delictum non est, contra legem naturae, canonicam & civilem, ante tempus iudicare iustissime vetantes: et si in omnibus, qui aliquod delictum patrare facile possunt, delictum praesumi debet, vt in hoc casu illi fatentur, cum res aliqua domestica sublata est, & author non reperitur, quare domestici, famuli & seruae, illud soluere non compelluntur, cum sine alia probatione (etiam si viri sint boni) praesumptionem

nem habeant contra se, quia de facili illud surripere potuerunt, imo (vt clarius eius opinionis iniquitas conuincatur) quare maior pars adolescentium, in quocumque populo: de adulterio non accusatur, & condemnatur, cum constitit, quod adulteria committantur, & ea aetas facilis sit ad id delictum, contra se habeat praesumptionem, qua possint condemnari, & cum homicidia sunt, quare in hos vel alios, qui ad id facinus solent esse natura & conditione procliuēs, sine alia probatione, culpa non transfertur, cum contra se habeant iuris praesumptionem: quae si concedunt iuste fieri non posse, dum aliae coniecturae vehementiores non appareant: concedere etiam tenentur, aduersus familiares & domesticos, delictum vel furtum non esse praesumendum in dubio, ex cancellatione chirographi. Temerarium igitur arbitror, istorum patrum iudicium, & debili satis innixum fundamentum, quod est textus in l. i. §. ille autem C. de latina libertate tollenda. Quod in solutione primi argumenti (tradito intellectu illius legis) latius confutabimus. Dicere praeterea, quod multum interest, an debitor, in quo reperitur instrumentum cancellatum, alleget pactum conuentum, & sic donationem, an verò solutionem, vel aliam quamlibet onerosam satisfactionem, ridiculum est, nam quamuis ei incumbat onus probandi, donationem esse factam,

fatis expresso id probat, per redditionem vel cancellationem, quae in dubio casu, indubitata sunt signa remissionis, aut satisfactionis. l. Labeo. hic. l. chirographum. ff. de probationibus.

Quare, praeter hos omnes, aliter nos hunc articulum resoluemus, existimantes, cancellata cautione, debitorem semper manere liberum, & vacuum omnis traditionis vel alterius satisfactionis probatione: quia leges ipse, ostensa cancellatione, probant, quodcumque ille allegauerit, in sua defensionem, & hoc siue chirographum cancellatum reperitur in possessione creditoris, siue debitoris, & siue persona sit domestica vel familiaris, siue extranea, siue cognita, siue incognita. nam ratio nulla potest verosimilis excogitari, quare magis de his quam de alijs, in casu dubio capi debeat delicti coniectura, & siue allegat pactum conuentum & sic donationem, siue realem solutionem: nam cum in dubio nemo censetur deliquisse. l. merito. ff. pro socio. l. si quis seruum communem. ff. de seruo corrupto. non debet in domestica persona, in hoc casu, de dolo, malitia & fraude capi praesumptio, nisi expressè probetur. l. quoties. §. qui dolo. ff. de probatio. l. dolum. ff. de dolo. imo omnibus rectè pensatis, in amicis familiaribus & domesticis, propter accepta à domino beneficia, quae iure naturae de congruo debent com-

pen-

penſare, animus magis beneuolus & ſic promptior ad minus delinquendum, debet præſumi, ne tam nefario ſcelere, ſine alia probatione, cènſeantur eam amicitiam cõtaminaffe: quod grauius eſt ſimplici furto delictũ. Cum ergo pro ſe habeat duplicẽ iuris præſumptionem debitor, primam in eo, quod deliquiſſe non præſumitur, ſecundam in eo, quod cancellatio debiti ſatisfactionem vel donationem præſupponit: ſi ſolutum non eſſe fuerit probadum, id proculdubio ad creditorem ſpectabit, cum ei incumbat onus probandi, qui dicit, non qui negat. l. 2. ff. de probatione. l. actor quod aſſeuerat. C. eodem. cum ibi notatis: negat autem debitor eſſe non remiſſum, vel donatum: quia cum pro ſe habeat iuris præſumptionẽ. l. noſtra. Labeo. l. chirographum. ff. de probatione. ceteri debet, omne quod dicit & reſpondit, verum eſſe: dum contrariũ non probetur: quod eadem etiam ratione procedet, cum non in poſtate debitoris, aut creditoris, ſed alterius tertij vel notarij cancellatum reperitur: nam tũc, ſimiliter ex voluntate domini, fuiſſe cancellatum (quia vel præceſſit donatio vel ſolutio) eſt præſumendũ: quid quid plerique controuertant, quibus tamquam dicentibus non verofimilia, credi nec debet nec poſteſt, argumento. l. 3. §. ſi teſtes. ff. de teſtibus.

4 Nec huic ſententię noſtrę obſta

bunt aliquid argumenta, in cõtarium adducta, nam ad primũ reſpõdemus, quod textus in. d. l. vnica. §. ille autẽ nouiſſimus. C. de Latina libertate tollenda. loquitur & procedit ſolum, in caſu ſpeciali ſeruitutis. Pro cuius maiori declaratione aduerto, quod olim ante Iuſtiniani tempora, cum domini reddebant ſeruis instrumentum, ſeu cautionem ſuã ſeruitutis, vel illud cancellabant, efficiebant eos liberos, quemadmodum cum creditori reddebant, vel cancellabant instrumentum ſuã obligationis, poſtea autem cum multorum exemplis, & experimento cognitũ fuiſſet, quod ſerui, accipiendæ ſuã libertatis auidi, ſurripiebãt plerumque dominis instrumenta, vel cancellabant, ne hac cupiditate & ardenti libertatis ſtudio (quo impenſe flagrabant) & ex domestica prætereã communicatione ſurripiedi instrumenta, aſſumerent occaſionem, quod plerumque eos feciſſe compertum erat: viſum eſt Iuſtiniano, nouiter ſtatuerẽ, vt ſerui ſola instrumenti redditione vel cãcellatione, datam libertatem non probent, niſi coram quinque teſtibus, id vel traditum, vel deletum, vel alio modo corruptum eſſe cõnſtatet: quod decretum ad omniũ debitorum instrumenta & cautiones generaliter accommodari nõ poſteſt, tripliẽ (vt ego cõſidero) ratione. Prima, quia debitores, etſi cupiant ſua obligatione liberari,

non

non tamen ita auidẽ, vt ſerui cupiunt libertatem, quia illorum nõ tam intereſt, ſicut horum, & ſic tã vehemens præſumptio non facit contra illos, ſicut & contra iſtos. Secunda, quia debitores numquam regulariter ſunt ita viles perſonæ, ſicut ſerui, de quibus, ſubtractionis & furti præſumptio, ſic facile colligi poſſit. Veteres enim, ſemper habuerunt ſuſpecta ſeruorũ ingenia, vt teſtatur Cornelius tacitus lib. 14. annaliũ (ſuſpecta ait) fuerũt maioribus noſtris ingenia ſeruorũ, etiã cũ in agris aut domibus eiſdẽ naſcerẽtur, charitatẽq; dominorũ ſtatim acciperẽt) vnde natũ eſt proverbium, tot nos habere hoſtes, quot ſeruos, vt eſt apud Senecam epiſto. 47. & Saluianum lib. 3. de Prouidentia Dei. Vitia ad ſeruos relegata, eiſque adſcripta dici legimus, & lib. 8. animos ſeruiles iam per ſe malos, domino rum nequitia fieri peiores. Sic Imperatores Honorius & Theodoſius in. l. 3. C. de libertis & eorum liberis. dixerunt, recipere nequitiam ſeruilis ingenij, quod Terentius oſtendit, cum dixit, ne faceres quod vulgus ſeruorum ſolet dolis vt me deluderes. Clariũ Syneſius lib. de regno benẽ adminiſtrando. præter eos (inquit) milites, quos iam habent, ſeruos etiam noſtros ipſis acceſſuros exiſtimatote, ſeruos inquam crudeles, audaces, quibus nullum genus ſceleris adire dubitabunt, quo ſe in libertatẽ vendi

cõt. Tertia quia de debitoribus nõ cõſtat instrumenta ſubtraxiſſe, vt de ſeruis, quos quia plerumq; contingebat, instrumenta ſubtrahere, contra voluntatem domini, præſumptius ſemper quod ipſi haberẽt, contradicente poſtea domino, ſimiliter ſubtraxiſſe. Quę omnia, cũ ceſſent in ſimplicib; debitoribus, habentibus instrumentum cancellatum, ſi non adest alia vehemens furti præſumptio, liberationem legitimum habere, ſemper ſunt præſumendi. Et quod illud ſtatutum fuerit ſpecialiter in ſeruis, & de illis ſolis debeat intelligi, manifeſtẽ (vt arbitrõ) ex eo probari poſteſt, quia ſi in omnibus eſſet generaliter intelligendum, ſequeretur nõ minus quinque teſtibus, traditionem illam vel cancellationem cuiuſcumque debitoris poſſe probari, cum in illo textu ſic diſponatur, at hoc eſſet contra veram & receptiſſimam omnium doctorũ ſententiam, dicentium, in probatione cuiuſcumque instrumenti, duos ſolum teſtes ſufficere, ergo ille textus in ſola ſeruorum cauſa, in qua ſpecialiter loquitur, eſt neceſſariõ intelligendus.

Argumento ſecũdo ſatis facies, dico, Baldi, Abbatis & Nelli opinionẽ, de ſententiã & cãcellatione banni, laudatã tã opere, ab Hypolito de Marſilijs, eſſe omnino falſam: cũ nullam pro ſe afferat rationem, ſed ſimplicem eorũ patrũ auctoritatẽ, quę ad conuincendum

Aa nullius

nullius est momēti, quemadmodū enim, in priuatorum cautionibus, factis firmū est argumentum, ad docendum, liberationem iuste præcessisse, cum instrumentū ostenditur cancellatum: sic similiter in sentētia & libro banni, in quo si T. bannitus, reperiatur cancellatus, iuste cancellatus debet præsumi, & fortiori ratione, cum maior custodia & cautio in publicis instrumentis soleat adhiberi, quàm in priuatis, & sic minor fraus vel dolus possit præsumi.

6 Tertium disolues, fatēdo, quod si res aliena, reperitur in potestate alterius, facit iudiciū ad furti præsumptionē, vt ea iura docēt, distēdo tamē cōstāter, quod instrumentū cācellatū, siue sit in potestate creditoris, siue debitoris, siue alterius tertij, res propria sit creditoris, nā cū cācellatio, abstulerit à creditore, omne ius, quod in chirographo habebat; perinde haberi debet, ac si proprium sit debitoris. Quare apud iudicē, petere poterit, vt attēta remissione debiti, de qua cōstat per cācellationē, illi instrumentū restituatur, vel aliter faciat, eū, acceptilatione, vel apochē inscriptione liberari, ne postea cōtingat malitiosē, scripturē illius etsi falsē oblatione corā amico vel ignorāte iudice perturbari: vel saltem, tanquàm si numquam fuisset scriptum, cum in probatione, secundum iura nostra, eam vim debeat habere, ac si papyrus alua nulla ob-

ligatione cōscripta, ad repetēdum debitum, in iudicio adduceretur.

Ad quartū dicimus, verum esse, 7 præsumptionē liberationis, ortam ex hac nostra lege, fundari in traditione chirographi, quā facit creditor debitori, & ex cācellatione nō probari, non tamē inde potest conuinci, liberationē ex cācellatione nō induci, nā quāuis non inducat, argumēto & præsumptione huius legis, inducitur tamē argumēto & præsumptione. l. si chirographū. ff. de probat. quē ad nullū terminum se restringēs, generaliter docet, cācellationē inducere liberationē.

Ad solutionem quinti argumēti, oportet explicare textū in l. fullo vel sarcinator. §. qui tabulas. ff. de furtis. vbi Paulus Iurisconsultus docuit, eū qui subtraxit chirographum, quamuis cancellatum teneri ad solutionem debiti, in eo cōtēti: ex quo colligi potest, extinctā nō fuisse obligationē, per cācellationē: nā si extincta & sublata fuisset, nihil est, quod in eius cōpensationē persolui debuisset à surripiente. Qui tabulas (inquit Paulus) cautiones ve surripuerit, in ascriptam summam; furti actione tenebitur, nec refert, cancellatæ nec ne sint, quia ex his, debitum magis solutū esse comprobari potest) Accursius & Bartolus, tam hic, quàm in l. qui tabulas. supra eodem titulo. de furtis. num. 6. hunc textum interpretantur, in eo casu procedere, quo tabulæ seu chirographū surri-

surripitur creditori: sed ego contra dicendum existimo, vt videlicet noster textus procedat, in debitore, cui sublatæ sunt tabulæ, seu chirographum cancellatum. Primò, quia casus, quo chirographum surripitur creditori, iā decisus erat, in dict. l. qui tabulas. nec hac repetitione indigebat. Secundò & fortius, quia ratio, quam reddit textus ibi (quia ex his debitum magis solutum probari potest) nō potest congruē accommodari ad creditorem, cuius non interest, pecuniam solutam probari, vt ipsius debitoris, ne postea testibus de re credita, qui solutioni non interfuerunt, vel alijs probationibus compellatur debitor à creditore, iterum debitū soluere: à quo per ostensa instrumenta cancellata, se posset facilè liberare: eaque potissimum de causa (vt ego arbitror) chirographi debitū, qui surripuit, tenetur soluere, quia interest debitoris, habere exceptionem, ad perimēdam actionem creditoris: nā sublatis instrumentis cācellatis, est in periculo, vt remota & amissa hac defensione, in integrum condemnatur. Quo circa, surripientē eas tabulas, lex præcipit, in ascriptam chirographi summam condemnādum, vt punita sic eius malitia, remaneat debitor securus ab omni inquietudine creditoris.

9 Non obstat sextum, nam quamuis Cynus, Accursius, Bartolus & reliqui omnes, fateantur, si ex

sola cancellatione instrumenti, inducatur solutio debiti, vel remissio, tribui delinquendi occasionem debitoribus, ad corrumpendos seruos, famulos, liberos & uxorem creditoris, ad subtrahenda vel delenda instrumenta, quod à iustissimo legis officio est satis alienum: nobis tamen, rem altius inspicientibus, id probari nō potest, nam si debitores id faciūt, vel conentur efficere, magis dici debent, ex malitia sua & animi prauitate iniusta, quàm à lege, quæ ex cancellatione liberationem præsumit, delinquendi occasionem sumpsisse. Non enim habet actus natura, vt inducat ad peccandum, quemadmodum videri potest, in sanctissima ecclesiæ vniuersalis cōstitutione, locis pijs & sacris immunitatem concedente, quæ etsi in ea plerique confissi, suo scelere audeant delinquere: dici nullo modo potest, occasionem induxisse peccādi, cum (vt dixi) ea potius accipiatur, quàm tribuatur.

10 Ex cuius quæstionis vera resolutione, quod videlicet cancellatio instrumenti, cōtineat pactum de non petendo, vel aliam satisfactionem. Primò collige, minus rectè opinatum fuisse Accursiū, in finæ glossæ magnæ. Guillelmum de Cuneo & Iacobū Butrigariū hic. Baldum in l. i. §. ille autem. num. 3. C. de latina libertate tollenda. existimantes, cancellationem instrumenti, non plenam probationem,

sed aliqualem tantum præsumptionem inducere: non tamen tam, ut si redditum non probet debitor, absolui debeat, tamquam si omnino obligationi satisfecisset, nam cum in. di. l. si chirographum. Modestinus dixerit, debitorem, iuris præsumptione liberatum censerit, & liberatio non possit in iudicio contingere, nisi plena probatione, merito arbitramur, non aliqualem præsumptionem (vt illi asserunt) sed plenissimam satisfactionem, vel liberalem vel onerosam (pro vt expresserit debitor) solam cancellationem continere, per quam debitor à petitione sui creditoris, sine alia traditionis probatione, statim absoluitur.

Secundò collige, quòd chirographum, seu instrumentum hoc cancellatum, verum instrumentum dici non possit, cum absit legitima solennitas iuris, in integritate literarum, nec instrumentum simpliciter argumento. l. Paulus respondit. 221. ff. de verborum significat. ibi (Paulus respondit falsum tutorem eum verè dici, qui tutor non est, siue habenti tutor datus est, siue non, sicut falsum testamentum, quod testamentum non est, & modius iniquus, qui modius non est) poterit debitor, petere à iudice, vt creditor, qui petit virtute cancellati instrumenti, puniatur, tamquam falsarius: quia falsum instrumentum produxit, vel tamquam calumniator, quia sine causa & ti-

tulo, rem contendit exigere, ab eo qui debitor non est, ex instrumento nullo, ex titulo. ff. de falsis. & de calumniatoribus. quòd si non petitur, ex sua iurisdictione & potestate iudex efficere poterit.

Tertiò collige, vanam esse existimationem Angeli, in. l. si vnus. C. de testamentis. dum voluit, quòd si instrumentum cancellatum, reperitur penes tertium, non inducitur præsumptio liberationis, sicut si reperiretur, in manu ipsius creditoris, nam cum generaliter edocemur à Modestino, in. d. l. si chirographum. cancellationem, liberationem inducere, nec distinxerit, an in huius vel illius potestate sit instrumentum, non est, quare ipse, illius responsum restringat, ad particularem casum: nec arbitretur procedere, cum in alterius extraneae personae manu reperitur, nam est contra regulam iuris in. l. de pretio. ff. de publiciana. dicentem, vbi lex non distinguit, nec nos distinguere debere. Nec alicuius est considerationis, ratio Alexandri Imolensis, qua eandem opinionem voluit confirmare hic. num. 6. asserens, quòd idcirco, quando instrumentum reperitur cancellatum penes debitorem, ceterum debitor liberatus, quia præsumitur & traditum per creditorem, vigore solutionis præcedentis, quo casu creditor, tenetur reddere instrumentum obligationis. l. 2. C. de codicillis. ex legeque ratio, cum cesset tempore

quo

quo reperitur penes tertium, cui potuit dari causa custodia, non debet præsumptio colligi liberationis: nam pro ut nos consideramus, instrumenta obligationum, nunquam data fuerunt extraneis ad custodiam, cancellata, sed integra omnino, vt tempore, quo venit dies obligationis, debitum iuste exigere potuisset, quare cum cancellata vel dentur, vel postea cancellata reperiantur, cum tertius in dubio casu delinquere non censeatur, domini voluntate fuisse cancellata, est præsumendum: quæ voluntas in cancellatione, operatur liberationem, per supradicta. Si autem, aliquando contigerit, tertium depositarium, propria autoritate, cancellasse instrumenta malitiose, puniri debet, & debitum exigere, ac si chirographum cancellatum non fuisset, cum illius dolus creditori nocere non posset. Hoc intellige, si claris probationibus constiterit: si autem constare non possit, & vere contingat, cautiùs iterum sibi consulat creditor, apud magis fidos amicos deponendo.

Quartò collige, idem fore intelligendum, cum instrumentum reperitur cancellatum, in manu notarij publici, seu tabellionis, qui non propria autoritate, sed iussu domini cancellasse, in dubio casu est præsumendus: quidquid contra plerique senserint. Nam cum delictum, præcipue in personis publicis, sine probabili rei suspicionem, commissum non debeat censerit, merito, si tabellio testatus est,

de remissione per cancellationem, & verbis expressis, siue tacite per solam cancellationem ei credi necessarium erit: dum contrarium non probetur. Si autem creditor id facinus committendum fore à tabellione vel ab alio quocumque probabiliter timeat, conueniat cum debitore, vt si coram duobus vel tribus testibus, instrumentum non cancellatur, vel propria creditoris manu, debitum per cancellationem aliter factam, non censeatur remissum: nam tunc eius voluntas obseruabitur, cum sit, quæ velut Regina, moderatur omnes contractus & conventiones, sicut testamenta: cum iustitiæ terminos non egreditur. Sic imponitur finis legi secundæ & tertiæ, veniamus ad quartæ explanationem.

SUMMARIAM AD caput Quartum.

- 1 **N**ON solum liberatoria, sed etiam obligatoria pacta, leges inducunt, ex præsumpto contrahentium consensu.
- 2 Intelligitur. l. urbana prædia. 198. ff. de verb. signif. & quid urbanum & rusticum sit prædium, declaratur.
- 3 Reijciuntur varia Accursij & Bartoli opiniones, circa concordiam. l. eo iure. 4. §. stabula. ff. in quibus causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. cum. d. l. urbana prædia.
- 4 Fortunij consideratio, circa eandem concordiam refutatur.
- 6 Alia Hugonis Doneli adducitur & confutatur, & alia num. 7.
- 8 Accursij & Bartoli, ratio differentia, quoad hypothecam inuektorum in rusticum prædium vel urbanum reijcitur.

- 9 Bartoli & Fortunij alia ratio, in hac differentia refutatur.
- 10 Connani consideratio, de inuektorum hypotheca, ab Urbis Romanae consuetudine deducta, refellitur, & num. 11. Vbi generalem semper fuisse hypothecam, etiam extra Urbem Romanam, in Urbanis praedijs ostenditur.
- 12 Traditur intellectus nouus, ad l. sancimus fin. C. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur.
- 13 Nouè defenditur, inuecta in rustica praedia, quae natura fructus ferre non possunt, tam esse tacite hypothecata, quam quae in Urbana inferuntur.
- 14 Nouus adducitur intellectus ad l. 3. ff. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur.
- 15 Noua traditur concordia, inter Vlpianum & Neratium, in. l. Urbana praedia ff. de verborum signific. & l. eo iure. 4. ff. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur. adiuncta ad Neratium noua decisionis explanatione.
- 16 Communis opinio, asserens, ex scientia locatoris, inuecta in rusticum praedium hypothecata censerit, late refutatur.
- 17 Verus adducitur intellectus ad textum, in. l. certi iuris C. de locato.
- 18 Inuektorum & illatorum nomine, res etiam venales contineri, & tacite hypothecatas censerit, nouè aduersus doctores defenditur.
- 19 Nouè intelligitur textus, in. l. debitor. 32. ff. de pignoribus.
- 20 Duabus, illatorum & inuektorū ius & ratio, regulis terminatur, ut ea solummodo inuecta subijciantur hypothecae, quorū causa praedium est locatum, et si temporis causa ibi sint, quae verò alij vsui destinata, fortuito inducuntur, non censeatur hypothecata.
- 21 Si pignoris conuentio tacita, à lege inducatur, potius pactum nudum, quam cōtractus nominatus dicetur, quod si expresse et principaliter à partibus celebretur, nominatus cōtractus appellabitur vel. 2. si ut cōditio, ad cōtractū praecedentē requiratur.

- 22 Tacita inuektorum & illatorum hypotheca, à pratorio potius, quam civili iure originem trahit.
- 23 Actio Seruiana, locum habet, quando de inuectis & illatis in rusticū praedium, pignori subijciendus, inter partes praehabita est conuentio.
- 24 Seruiana à Seruio inuentore dicta fuit, ad cuius exemplum data est quasi Seruiana, contra omnes ex quocumque cōtractu pignori res suppositas.
- 25 Quatuor assignantur differentiae, inter Seruianam & quasi Seruianam actionem & utramque, iuris esse pratorij probatur.
- 26 Verus adducitur intellectus ad l. & quae nondum. §. 1. ff. de pignoribus. & reiecta communi differentia, inter Saluanum interdictum & Seruianam, nouè utriusque natura declaratur.
- 27 Saluanum interdictum, à quo nomen & originem sumpserit, dubium est, Seruianum tamen, sicut actionem Seruianā ab eodē authore posse nuncupari, insinuatur.
- 28 Si inuecta, in causam pignoris, separatis partibus cōstet, ea tātum pars, quae debito pētionis equipollet, potest retineri: quod si indiuisibilis sit res illata, licet pratioior debito, integra detinebitur, intellecta. l. quādiu. C. de distractione pignor. reiectisque duabus Bartoli et Fabri distinctionibus.
- 29 Si, debitori, bona alia non supersint, etiā in vsui communi necessarijs, & quae verosi militer nō esset obligaturus, hypotheca valebit, aduersus Bartolum & alios.
- 30 Militibus arma, & scholaribus libri, alijs deficientibus, pro pētionē domus velut Hypothecati, erunt adimendi, quod si alia sint bona, etiam immobilia, ab eis executio incipiet, quo etiam modo, quotidiano vsui destinata pecunia, tacite obligationi subijcitur, aduersus doctores.
- 31 Communes contrariae doctorum referuntur opiniones, circa tacitam in bonis inuectis & illatis à minore conductore, hypothecā inducendam vel non.
- 32 Guillelmi concordia, ad praedictas communes, de facto extrinsecus à minore interue-

- terueniente, vel non, quo ad legalem hypothecam producendam, refutatur.
- 33 Reijcitur Odofredi distinctio, utrum minor cum tutoris auctoritate, cōtractum fecerit locationis, vel nō: ad hoc ut inuecta & illata ab eo, in causa pignoris veniant.
- 34 Alia affertur distinctio, quod si minor vtiliter praedium conduxit, inuecta & illata firmo iure teneantur, quod si minus vtiliter, locationem contraxit, pro percepta vtilitatis portione, solummodo, aduersus hypothecam restitutio cessat.
- 35 Si res aliena, bona fide possessa, in domum conductam inuectantur, pignori subijciuntur alias verò, obligatio pignoris nō contrahitur, nisi domino rei consentiente.
- 36 An patientia & taciturnitas domini, rerum inuectarum consensum operetur late disputatur, & post vcto pro negatiua parte allata argumenta, affirmatiua magis placuit.
- 37 Duabus regulis declaratur quaestio, an scientia operetur consensum. Prima est, quod tunc operetur, quando sciens dominus, cum possit, non contradicat, siue vtilitatem propriam, siue detrimentum actus importet, quod quatuor rationibus confirmatur.
- 38 Secunda regula. Consensus ex patientia inductus, nō est sufficiens, ad inducendam obligationem: si statuto expresse consensus requiritur, afferturque vera ratio decisionis ad textum, in Clementi na vnica, de procuratoribus.
- 39 Sciens & non contradicens bonorum suorum illationi, ab aliquo conductore, tacite contrahere, & inuecta illata hypothecae subijcere praesumitur, ad solutionem primi.
- 40 Declaratur nouè, civilis & canonica regula, is qui tacet, non fatetur, nec vti que negare videtur, ad solutionem secundae.
- 41 Inter consensum & dissensum, non est medium taciturnitas, quidquid velint doctores, quae semper consensui comparatur, nisi lex vel statutum expresse cōsensum requirat.
- 42 Cōfessus in iudicio nō habebitur, qui inter rogatus nō responderit, quo casu nec etiā negare videtur: sed velut cōtumax in respectu dēdo, extraordinariè condemnabitur.
- 43 Si statuta simpliciter consensum requirant, taciturnitas consensui equiparabitur, quidquid in contrarium Baldus, vtriusque Involens, Ripa, Conarruias & alij, ad solutionem tertij.
- 44 Nouus intellectus & ratio decisionis adducitur ad textum in. l. filius familias. §. inuitus. ff. de procuratoribus ad solutionem quartae.
- 45 Nouè traduntur intellectus ad. l. Casius. 39. ff. de pignoritia actione. & l. pignus. §. non videtur. ff. quibus modis pignus vel hypotheca solu. ad solutionem quintae.
- 46 Nouè intelligitur textus, in. l. 2. C. si alien. res pign. data sit.
- 47 Scienti bona sua inuehi & inferri ab alio, in praedium conductum, ignorantia iuris, de tacita hypotheca, non prodest.
- 48 Duobus nouis intellectibus ornatur textus in. l. si quis cum sciret. penult. ff. de furt. traditurque eum contradicere non posse, tam qui impedimento naturae, nō prohibuit, quam qui reuerentiae vel honestatis pudore, non contradixit.
- 49 Intelligitur textus aduersus communem, in. l. qui vas. §. veterare. ff. de furt.
- 50 Reijcitur distinctio, glossae, in cap. is qui tacet. de regulis iuris in sexto. licet eam doctores communiter sequantur: quatenus differentia facit, inter tacentem in sibi vtilibus, vel onerosis.
- 51 Antonij de Butrio alia doctrina, ut falsa refutatur.
- 52 Venditio alienae rei, sciente & contradicente domino, non valet, quidquid contrarium Accursius & Bartolus veniunt.
- 53 Distinctio Bartoli, de iure personali

Et iure reali repellitur, nam utroque casu taciturnitas consensus operatur, nisi in casibus, in quibus à iure expressus requiritur.

54 *Siue aliquis de ecclesia, siue extraneus ad dignitatem promotus taceat, consentire videtur, reiecta Innocentij distinctione.*

55 *Siue in iudicialibus, siue in extraiudicialibus, taciturnitas pro consensu reputatur, licet Bartolus in iudicialibus id solum specificet.*

56 *Generaliter, in iudicijs, contractibus & delictis, tacens pro consentiente reputatur, semora differentia Petri.*

57 *Quotiescumque quis potuit contradicere, & non contradixit, taciturnitas eum consentientem reddit, nullo etiam alio actu interveniente, & recipiens literas alicuius, non eis videtur consentire, nisi deferat persona, cui commodè potuit contradicere, quid quid aliter doctores comminiscantur.*

Paulus lib. 3. ad edictum.

Item, quia conventiones etiam tacite valent: placet in urbanis habitationibus locandis, inuecta, illata pignori esse locatori, etiam si nihil nominatim conuenerit.

C A P V T

Quartum.



Bartolus, eandem materiam tacite conuentionis & pacti (de qua in duabus legibus præcedentibus tacta fuerat mentio) prosequitur iurisconsultum Paulum hic, arbitratur: quod verum est, sed cautius tu rem hanc considerabis, ne fru-

stratoria reddatur huius textus decisio, si eadem prorsus, quæ & superiores leges eam tractare dicimus: quod Paulus in præsentibus, coniectatur diuersum membrum, taciti pacti & conuentionis. Cui enim in l. Labeo dixisset, pacta celebrari posse tacito consensu, postea subiunxit in hac l. 4. (nam ab eodem loco, ex libro videlicet tertio ad edictum utramque Tribonianus desumpsit, ut constat ex earum inscriptione) item, quia conuentiones etiam tacite valent: placet in urbanis habitationibus &c. quasi clarius dixisset, non solum conuentiones tacite fieri possunt, aut valent ad excipiendum, id est ad inducendam liberationem, ut in exemplo superiori redditi chirographi retulimus: sed ad agendum etiam profunt, ad inducendam videlicet obligationem ex parte actoris, ut videre possumus, in conuentione tacita, de pignore, quæ celebratur ex utriusque contrahentis præsumpto non expresso consensu, cum in domum locatam, vel urbanum quodcumque prædium, res locatoris inuehantur, quæ pro pensione sunt tacite locatori hypothecate, & quia in rusticis prædijs, contrarium fore obseruandum iura docent, ut constat ex Neratio lib. i. membranarum. relato in l. eo iure. 4. ff. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur. explicandum erit, ad huius maiorem intelligentiam, quid urbanum, quid rusticum prædium sit: ut hoc

hoc cognito, an bona in rem locatam inducta & illata, sint obligata pignori, omnibus notum fiat.

2 Vlpianus in l. urbana prædia. 198. ff. de verb. signific. (si quorumdam interpretum nebulis obscuratus non fuisset) id clarissime docuit. Urbana (inquit) prædia, omnia ædificia accipimus, non solum ea, quæ sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria, in villis & in vicis, vel si prætoria, voluptati tantum deseruientia: quia urbanum prædium, non locus facit: sed materia: proinde hortos quoque, si qui sunt in ædificijs constructi, dicendum sit, urbanorum appellatione contineri, planè, si pluriimum horti, in reddito sunt, vinearum forte, vel etiam olitorum, magis hæc non sunt Urbana) Vult igitur Vlpianus, hoc verborum contextu, omne ædificium, esse prædium urbanum, quia ædificium appellatur, quidquid ædis causa factum est: ædes autem (siue ab aditu, siue quod ædito loco poneretur, dicta sit) locum significat, habitationi paratum, quare quidquid proprie ædificium fuerit, prædium urbanum vocabitur: quia habitationis causa paratum fuit. Hic proprie ædificium sumo, pro constructione rei, ad habitandum principaliter facta, ut usurpat idem Vlpianus, in l. i. ff. communia prædiorum. & alibi sæpe, et si in agris, villis, oppidis & ciuitatibus fieri dicantur, im proprie tamen ædificia, ut tuguria, ad rerum

rusticarum custodiam. l. tugurij. ff. de verb. signific. stabula, ad continendos greges. l. eo iure. s. i. ff. quibus ex causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. Quæ quia habitationi nec commoda sunt, nec quamuis commoda sint, ad eum usum construuntur, urbana prædia dici non possunt, sed rustica: & hoc est quod Vlpianus voluit dicere, in illis verbis (urbanum prædium, non locus sed materia facit) id est non distinguuntur, urbanum & rusticum prædium, ex eo quod sint in loco ruris, vel ciuitatis, sed materia, id est comoditate, & usu, ad quæ principaliter constituentur. Et si Hugo Donellus in capit. 4. de pignoribus. Ioannes Brecheus & alij eum sequuti, in d. l. urbana prædia. aliter interpretentur & sentiant, dicentes. ibi. Vlpianum, communem omnium in ædificando consuetudinem respexisse, qua urbana prædia, meliore & sumptuosiore, rustica verò viliori materia componuntur: sed malè, cum certissimum iam sit, quod si aliquis casam ad habitandum ædificauerit, quauis ex stramentis, luto & argilla, urbanum prædium dici debeat: sicut rusticum, equorum & animalium stabulum, et si quadrato lapide, erectis parietibus, columnis sublimibus, Regia magnificentia constructur. Nam materia, de qua meminit hic Vlpianus, non lapides, calcem, gypsum, cementa, lateres & alia huiusmodi significat: sed æ-

edificij vsum & opportunitatem, ad quam pater familias illud destinavit, ut Ciceronis auctoritate & aliorum probat Connanus. lib. 4. commentariorum. cap. 10. num. 7. erit igitur urbanum praedium, quod ad habitandum, rusticum, quod ad fructus ferendos & colligendos, custodienda pecora, & alia similia principalem habet commoditatem, ut docuit Bartolus in. l. seruitutes la magna. num. 3. ff. de seruitutibus. Cepola in tractatu de seruitutibus urbanorum praediorum. capit. 11. numero secundo Alciatus in dict. l. Urbana. nu. 3. Fortunius & Durenus hic.

Sed quamvis receptissima haec sit, & vera, istorum patrum sententia, difficultatem tamen & non per exigua habet, ex textu, in. l. eo iure 4. §. stabula. ff. in quibus causis, pignus vel hypotheca, tacite contrahatur. Vbi Iurisconsultus Neratius inquit, quod stabula, quae non sunt in continentibus aedificijs, sine dubio non sunt urbana praedia, quod aduersatur Vlpiano, in. d. l. Urbana praedia. ff. de verbo. signific. & opinioni communi, quam nos ut vera probauimus supra.

Accursius, tam in. d. l. urbana praedia. quam in hoc. §. stabula. difficultatem sentiens, tripliciter solui posse docuit. Primo ut si stabula, coniuncta sint continentibus aedificijs, sint praedia urbana: & de his stabulis, loqui Vlpianum in. d. l. urbana: si vero sint separata, a continentibus

bus aedificijs, sint praedia rustica, & de his loqui Neratium; in hoc. §. stabula, quod ut nouum, nescias qua ratione, tradidit Corraus, in l. i. ff. de seruitutibus. i. p. n. 9. Vel secundo, quod tunc stabula, dicatur urbana praedia, eum sint in vrbe, & rustica, cum sint in rure. Vel tertio in casu. d. l. urbana. ff. de verbor. signific. sint stabula aedificata causa inhabitandi, in casu vero huius. §. stabula. non fiant causa inhabitandi.

Sed omnes istae tres solutiones Accursij, minime satisfaciunt. Prima enim, de coniunctione, vel separatione, a continentibus aedificijs, falsa est. Nam si urbanum praedium, dicitur ratione aedificij, seu habitationis, ut probauimus, quoties cumque, ad eum vsum stabula fiant siue separata a continentibus aedificijs, siue coniuncta, urbana erunt, & vocabuntur praedia. Secunda autem, quod differentia consistat, an stabula sint in rure, vel in ciuitate, nihil valet, nam urbanum vel rusticum praedium (ut dixit Vlpianus) non locus, sed materia facit. Vel ut Imperatores Diocletianus & Maximianus, in. l. si praedium. C. de praedijs minorum: Non loco, sed qualitate distinguuntur. Vnde Columella. lib. 1. de re rustica. capitulo sexto. urbanam villam appellat, quam dominus voluptatis causa, sibi in agro suo aedificauit, nam etsi in agro seu rure sit, urbani tamen aedificij vsum praestet, & eo.

& eodem modo Cicero, Verrina quinta. numos vero ut daret arator, quos non habeat, bobes & aratrum ipsum, & omne instrumentum vendat necesse est, non enim debetis hoc cogitare, habet idem in numis, habet idem in urbanis praedijs. ex vsum ergo quod praebet aedificium, non ex loco, illud iudicandum est, quod confirmari potest ex Pomponio, in. l. urbana familia. 166. ff. eod. titulo. de verbor. signific. & Paulo in. l. seruis legatis. 97. ff. de leg. 3. do centibus, familiam aestimandam esse, non ex loco, ubi moretur, sed ex genere & opere cui dedita sit, ut si seruus dispensator, rusticarum rerum rationibus praefectus, sit quauis in vrbe inhabitet, in rustica familia, cui suam operam nauat, non in urbana nominetur, & vicissim, quamuis puer symphoniacus, vel literis, pictura, medicina aut alia liberali arte edoctus, moretur in rure, rustice tamen familiae non habeatur: quia non ad opus rusticum, sed urbanum eius comoditas spectat. Tertia vero, quod. d. l. urbana loquatur de stabulis ad habitandum paratis, & d. l. eo iure. §. stabula. de his, quae ad habitandum non sunt constituta, non satisfacit: quia rationem non reddit, quare cum rustica praedia sint, tacitam habeant hypothecam, in rebus inuectis & illatis, quod contra naturam videtur rusticorum praediorum, ut probat. d. l. 4. in principio. ff. in quibus causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur.

Bartolus, hunc. §. stabula. aliter & sic quarto modo, interpretatur, ex sententia Nicolai de Martarellis, doctoris antiqui, quem refert & sequitur: dicens, quod Iurisconsultus Neratius, dum ait, quod stabula, quo ad causam taciti pignoris, non multum differunt a praedijs urbanis, noluit dicere, quod aliquid different, ut existimauit Accursius, in glossa non multum. Sed quod nihil differunt, nam verbum illud (non multum) usurpatur pro nihilo, quemadmodum & in l. idemque. §. fin. ff. qui potiores in pignore. Quo circa, non contrarie aut discordes, sed concordantes erunt Vlpiani & Neratij (inquit Bartolus) cum conueniant in hoc, quod stabulum, sit praedium urbanum. Sed certe haec Bartoli & Nicolai de Martarellis interpretatio, quo pacto sustineri possit, non video: cum directo aduersetur, eiusdem Iurisconsulti Neratij responso, in ipsius. §. principio. ubi stabula, non esse praedia urbana confitetur, stabula (inquit) quae non sunt in continentibus aedificijs, quorum ea praediorum numero habenda sint, dubitari potest, & quidem urbanorum sine dubio non sunt. &c.

Fortunius in hac. l. item quia. colum. 4. versi. ideo ego. alio modo diuerso, & sic quinto, intelligit Neratium in hoc. §. stabula. dicens, illud non decidisse, utrum stabula, sint urbana praedia, vel rustica: sed in ambiguo reliquisse, id probat, quia

si dixisset, sine dubio, non esse urbana prædia, ut communis intelligit: sibi ipsi contradiceret Neratius, nam cum antea dixisset, in illius. s. principio. dubitari posse, id est dubitabile esse, quo numero prædiorum, essent habenda stabula, non poterat (inquit Fortunius) modo asserere, non esse sine dubio urbana: cum esse dubitabile, & esse sine dubio, contraria sint. Quare, Neratij contextum, aliter intelligendum arbitratur, ut videlicet, illa verba (& quidem urbanorum, sine dubio non sunt) accipiantur sic, id est, stabula, non esse prædia urbana sed rustica, sine dubio non est: quia dubitationem habet, pro ut prius dixerat. ibi. (quo numero habenda sint dubitari potest) sic ergo, non est intelligendum, quod sine dubio, non sunt urbana prædia, sed an sint urbana prædia, non esse re sine dubio. Sed hic intellectus Fortunij, verus non est, nam ex doctissimo Neratio, suspitio sumi probabilis non potest, quod propositam illi questionem, indecisam relinqueret, cum id à boni interpretis & Iurisconsulti officio, tantopere sit alienum. Nec alicui est momenti, Fortunij responsio, asserentis, quod quamuis, non determinavit, an esset rusticum vel urbanum, determinavit tamen questionem, quoad casum speciale taciti pignoris, quod spectabat principaliter, ad eum titulum, quibus in causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur.

Ut patet. ibi (quod ad causam tamen taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis prædijs differunt) nam ultra illud, quod non Neratius, sed Tribonianus, titulos digestorum (pro ut modo sunt) composuit. ex illis met verbis (quod videlicet, in causa taciti pignoris, stabula, prædia urbana sint) clare colligi potest, in alijs rustica esse. Nam admissio casu speciali, regula in contrarium adstruitur, argumento eorum que notantur, in l. cum prætor. ff. de iudicijs. & verba eiusdem. s. præcedentia per speciem probant. ibi. (Et quidem urbanorum prædiorum sine dubio non sunt) quæ Fortunij interpretationem, nullo pacto possunt admittere.

Franciscus Connanus. lib. 4. commentariorum iuris civilis. capi. 10. num. 7. aliam affert, quæ sexta erit, ad hæc iura conciliationem: dicens, quod inspecto fine, ad quem construuntur stabula, stabula sine dubio, sunt prædia rustica, quoniam ea dominus non sibi, sed pecori stabulando edificavit, vsu tamen quorundam patrum familias considerato, quo videlicet, stabula seruiunt locationi, ad gregem alienum stabulandum, sunt urbana: putat igitur Connanus, locationem proprii stabuli, quod quisque suis gregibus construxerit, ex rustico in urbanum convertere: quia secundum eum, fructus qui percipitur ex locatione, est res ad dominum principaliter spectans, & sic sui causa

sa

sa censetur edificatum: qua ratione, Vlpianum scite dixisse refert, cum non omnia stabula, urbana esse prædia docuit, sed meritoria tantum, id est illa, ex quorum locatione merces capitur. Postquam enim Vlpianus, de stabulis fuerat loquutus, subiungit, vel alia meritoria, in villis, vel vicis, indicans per verbum illud (alia meritoria) de stabulis meritorijs supra etiam intellexisse, & sic concludit: quod stabula, quæ dominus suo vsui habeat constructa, ut alijs locet, urbana prædia esse, quia habitationi destinata sunt, suæ vel alienæ: vocat habitationem suam, fructum, quæ ipse ad suam commoditatem, immediate est percepturus ex locatione, & alienam pecorum extraneorum stantiam: si verò instrumento rustico, id est pecori suo (sic loquitur) de seruiant, rustica esse & nominari.

Hæc tamen Connani interpretatio, quam probarunt nonnulli, mihi non satisfacit, quippe quæ civilibus in hac materia principijs repugnet: ex ea enim aperte sequitur, omnia prædia rustica natura sua, fieri urbana, cum locantur, & reuerti in rustica, cum proprijs dominorum vsibus accommodantur, quod grauissimum est absurdum, nam sic nulla regula tradi posset præter domini voluntatem, qua cognoscatur, an hoc prædium urbanum sit, vel rusticum, cum pendeat ab illo, an velit ab hominibus habitari, an autem à brutis, & à brutis, an

gratuito an autem oneroso, cum dominis suis contractu, & vno casu esse prædium urbanum, alio verò rusticum: quod non solum veterum Iurisconsultorum doctrinis conuenit (nullus enim hanc distinctionem tradidit) sed Vlpiani interpretatio in d. l. urbana prædia. omnino aduersatur: cum dicat, urbana prædia, non loco, sed materia distinguui, id est solam humanam habitationem vel rusticam efficere, ut prædia, rustica dicantur vel urbana.

Aliam conciliationem (quæ septima erit) tradit Hugo Donellus, in tractatu de pignoribus. cap. 4. quibus in causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. inquit, quod Neratius, cum dixit, stabula, urbana prædia non esse, respexit principaliter, verborum proprietatem: Vlpianus verò, cum urbana esse asseueravit, in d. l. urbana prædia. respexit iuris vsum & sententiam, quod in effectu tantumdem est, ac si diceret. Quod attendit proprietate verbi (stabulum) prædium rusticum principaliter, non hospitium ad humanam habitationem, sed loca gregibus, pecoribus & feris continendis parata, significet. Dicitur enim est (inquit) à verbo stando, quod brutorum diuertentium proprium est, non hominum: & sic nullum vnquam vsurpasse stabulari, & stabulationem (quæ ex eo verbo ducitur) nisi de brutis affirmat: attendit verò iuris sententiam & vsu, quod admisit speciali priuilegio,

legio, stabulum, pro urbano prædio quod ad hoc, ut inuecta & illata in illud, sint tacite hypothecata, dixit Ulpianus, esse urbana prædia: & sic (inquit Donellus) Neratius dixit (quoad causam tamen taciti pignoris, non multum ab urbanis prædijs differunt) id est, in hoc iuris effectu, ut inuecta & illata, sint tacite hypothecata, urbana dici possunt, quia hoc illi ius privilegium concessit. Hæc est Donelli sententia, etsi in ipso confusiori & prolixiori sit sermone tractata, quam ea ratione censuerim reprobandam, quod nullo fundamento firmetur. Quis enim dixit Donello, quod specialiter recepit ius civile stabula, cum secundum eum sint prædia rustica, ad hoc ut habeant effectus urbanorum prædiorum, in tacita hypotheca rerum inuectarum? aut quæ illi verosimilis apparuit coniectura, ut crediderit Neratium, de proprietate sermonis intellexisse, in hoc. s. stabula. Ulpianum verò, in. d. l. urbana prædia. de sententia iuris & usu: cum ex titulorum materia (iuxta quæ sunt leges in eis contentæ intelligende) contrarium prorsus colligam? Ulpianus enim, situs est in titulo de verbor. signif. quem multo magis erat verosimile, proprietatem sermonis docuisse, ut in cæteris illius tituli legibus, videmus: quàm Neratium, in rubrica, quibus modis pignus vel hypotheca tacite contrahatur. cuius proprium erat, receptum iuris usum

& sententiam, in casu pignoris demonstrare. Quare Hugonis opinio, mihi vera non videtur.

Id circo alij, contra, octauam afferunt conciliationem: dicentes, quod textus in. d. l. urbana prædia. procedit & est intelligenda, de propria significatione verbi (stabulum) & de rigore iuris, quo expressum est, stabula esse urbana prædia, quod probat ex situatione legis, quæ est in titulo de verbor. signif. cuius est propria, verbi naturam & propriam significationem docere. Neratius verò in. d. l. 4. s. stabula. loquitur & est intelligendus, de communi usu loquens, quo homines vulgares, solent prædium vel ædificium positum in rure, rusticum appellare. Sed nec hæc solutio & conciliatio placet, nam ex ea sequeretur, stabulum, inspecta sua nativa & propria significatione, esse semper prædium urbanum, quod falsum est, nam cum significat locum & stationem iumentorum, proprie id significat, ut postea monstrabimus, & tamen urbanum prædium dici non potest, sed rusticum: quia rustico usui & commoditati applicatur.

Quare ego, & si non ignorem, quàm lubrica, plenaq; discriminis res sit, tot nouarum interpretationum adinuentione, discrepando à locis doctissimorum patrum iudicijs: aliam tamen non & nouam, diuturna speculatione sum meditatus sententiam: quam modò non referam, quia non solum huius, sed questionis sequentis difficultatem,

ratè, ab ima radice tollit. Quare eò te remitto, ne bis eadè repetam? 8 Quærit solet à nostris, post inuestigatam cognitionem, urbanorum & rusticorum prædiorum, quid causæ fuerit, ut in urbanis tantum habitationibus, non autem in rusticis, tacitæ huic hypothecæ locus fuerit relictus, nisi scientia adsit. Accursus, in. s. ite Seruiana. quem sequitur Bartolus, referens Doctores, sic communiter tenere, in principio. l. eo iure. ff. in quibus causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. eam diuersitatis reddunt rationem, quod in rusticis prædijs, id circo non sunt bona hypothecata, nisi dominus sciat; quia sancta rusticitas (ut ipsi loquuntur) omnia palam habet, in urbanis verò siue sciat, siue ignoret, contrarium obseruatur: quia inquilinus, multa clam apportat, quæ illius interest, nec pandi nec publicari. l. 2. C. quando & quibus quarata pars debatur. libr. 10. comprobatur Baldus in. l. certi iuris. num. 2. C. locati. & communem esse omnium Doctorum & receptissimam sententiam fatetur Iaso. hic. num. 14. Faber, Hotomanus & Mynfingerius in. s. item Seruiana. num. 12. in st. de action. Negusantius tractatu de pignoribus. 2. part. 4. memb. num. 146. Sed Fortunio in versic. tamen ista ratio, non immeritò displicuit, dicenti, ex eadem. l. 2. contrarium in rustico probari, nam ille textus in s. dicit, quod durum est & inhumanum, detegere & publicare quod

libet patrimonium, siue pauperis siue diuitis, quia paupertatis vilitas, non debet manifestari, nec diuitiæ, cum ex his inuidiæ occasio nascatur: sed ratio hæc vilitatis, propter quam quis potest contemni, versatur in rustico, ut patrimonium suum non pandatur, sicut versatur ratio inuidiæ, in patrimonio diuitis, si publicum fiat, quas equo modo lex considerauit: ergo versari etiam debet eiusdem dispositio, ut sine alia scientia domini, sint tacite hypothecata, sicut in urbanis. Confundi potest præterea, hæc ratio communis, ex eo, nam si vera esset, sequeretur, quod quotiescunque rusticus, qui nihil præter plaustrum, ligones, & similia (ut ipsi dicunt) in prædium natura urbanum inducit, efficit eum rusticum, quia inuehit ea, quæ non sunt tacite hypothecata, sine scientia domini, & sic substantia & vltima differentia prædiorum urbanorum, à rusticis, poneretur in hoc accidente, quod prædia locentur à rusticis hominibus, vel urbanis, quod verum non est, nam quamuis rusticus locet domum in agro, urbanum prædium erit, & plaustra, ligones & cætera bona sua, non ideò desinent esse tacite hypothecata, sicut si homo non rusticus, sed urbanus locasset, quoniam urbana prædia, materia sola distinguuntur, id est usu, ut supra exposuimus.

Quare secundo loco, Fortunius, aliam differentie rationem reddit,

dit, dicens, ideò in rusticis prædijs, non hypothecari tacitè, res indutitas vel illatas, sicut in urbanis, quia obligatio generalis, quamuis expressa, numquam comprehendit ea, quæ ad agriculturam spectant, ut sunt àsini, bobes, aratra, ligones, & cetera huiusmodi, propter summam utilitatem, quam afferunt, cum eorum usus exercetur, & maximum detrimentum, quod important, cum impeditur. l. pignorum gratia. C. quæ res pignori obligari possint. facit. l. executores. & authentica agricultores. cod. titulo. ubi istæ res, tamquam sanctæ (sic loquitur Fortunius) obligationibus generalibus iuris non subiiciuntur, non mirum ergo (addit) si tacitæ hypothecæ, à iure, propter præsumptum consensum inductæ, non subiiciantur: quod confirmat auctoritate Ciceronis, qui. lib. 1. Rhetoricarum. Nil esse ait agricultura melius, nullamque rem utiliore fructibus aridis, qui sine colonorum labore non proueniunt, & sic Bartolum in ea opinione fuisse referre, ut non solum generali & tacita, sed nec speciali & expressa conuentione possint obligari, propter prædictam rationem. Sed hæc doctrina Bartoli, qua Fortunius nouam suam opinionem contendit stabilire, non minus est falsa, quam principalis Fortunij: certò enim certius est, res rusticas ut urbanas specialiter obligari posse, ut expressum extat in. l. certi iuris. C. locati. & in. §. ite Ser

uiana. inst. de action. cum alijs. nec utilitas maxima, quæ proficiscitur ex eo, quòd non obligentur res rusticorum, causa est, ut illa in rusticum prædium non censeantur tacitè hypothecata, nam quamuis inferatur alia, quæ ad laboris culturam non spectant, non eo magis hypothecata censebuntur, ut postea dicemus.

Qua de causa, Connanus. lib. 4. 10
commetatorum iuris ciuilibus. cap. 16. num. 5. & 6. diuersam rationem differentiæ excogitauit, eam referens ad commune, ciuium Romanorum consuetudinem, à qua natum est, ut illata in prædium urbanum, censeantur tacitè hypothecata, in rusticum uero non sic. Sed si quaeratur, quare hæc tam diuersa consuetudo, in utrisque prædijs inualuerit, respondet, quòd & si uenia concedi iuste posset, illis qui fatentur, se rationem eius, quod in more positum est, inuenire non posse: proptum est tamen (sic inquit) talis diuersitatis causam diuinare: quòd uerissimè adimpleuit, nam sua sententia, præter diuinationem nihil habet, fingit enim, quòd olim cum esset magna Romæ cõmorantium multitudo, præcipuè pauperum inquilinorum, seu ut Iuriscõsulti loquuntur, carnaculorum, qui in alieno & cõducto habitabant, nec alia ratione domini locatarum ædium sibi potuissent, quam inuictorum obligatione cauere: quoniam pauperes illi aduenç, nihil præ-

ter

ter necessariam, & eam per exiguam suppellectilem in patrimonio habentes, fideiussorem ciuem reperire non possent, nec prædia quæ pignori opponerent, possiderent; solebant pacisci, ut inuicta & illata, hypothecata remanerent, pro mercede habitationis, seu locationis pensione: quæ à uiris callidis & prudentibus inducta consuetudo, in ius tandem abiit, placuitque, illata ab inquilinis hypothecæ obligata, pro cauto haberi & conuento, quamuis in locatione nihil fuisset expressum: quòd in omnibus bonæ fidei contractibus solebat obseruari, ut Ulpianus docuit, in. l. quòd si nolit. §. qui assidua. ff. de ædilitio edicto. Quòd ius non nisi in urbe, hoc est Romæ, obseruatum fuisse asserit, propterea quòd Romani, rerum suarum benè cauti & periti iuris, eam consuetudinem usurpauerant: in alijs autem Italiae municipijs, in quibus maior erat hominum fides, simplicitas, aut ignorantia, & rarior locationum usus, quia nulli, aut pauci erant extranei, nullo pignoris uinculo, suas ædes locasse asserit: & sic tacita ista non potuit apud eos induci obligatio, apud quos nec expressa quidem fuerat usurpata. Romæ exemplo, Constantinopoli (quæ altera Roma est nuncupata) idem ius introductum esse dicit, quòd postea Iustinianus, ad omnes prouincias extendit: ut sic rusticitati & imperitiæ, minimè cautorum

hominum plenissimè consulere-tur. in. l. 7. C. in quibus casibus, pignus vel hypotheca tacitè contrahatur. In rusticis uero prædijs illata, ideò dicit pignori & hypothecæ non supponi, quia apud Romanos, ea consuetudo non obseruabatur: ideò autem non fuisse obseruatam asserit: quia non solum Romæ, sed in tota Italia, alia diuersa consuetudo fuerat recepta, ut in rusticis prædijs, fructus oppignorarentur, & ea non à doctis, & qui Romæ erant Iuriscõsultis, nostrisque prudentibus, sed ab omnibus etiam agreritibus & rusticis hominibus fuerat probata: quam opinionem tacito primo auctore Connano, tradit Fraciscus Balduinus, in tractata de pignoribus & hypothecis. cap. 6. & postea Cuiacius hic.

Sed ego, & si Connani Balduini & Cuiacij ingenia, & uariam literarum cognitionem, numquam spreuerim: hoc tamen loco, eorum opinioni assentiri non possum, non enim mihi uidetur, nec alicui homini docto uideri posse uero simile arbitror, quòd in uicta & illata in urbana prædia, solum Romæ censeantur hypothecata, propter pericula, quæ ex pauperum peregrinorum multitudine, in soluenda pensione. ibi. timebantur, ut fungunt isti moderni, cum cõtra uideam Paulum, Ulpianum, Martianum, Neratium & alios Iuriscõsultos sapientissimos, docetes generaliter, sine alia speciali urbis Romæ

Bb mentio,

mentionem, quæ inuehuntur in urbana prædia, tacite semper hypothecari. Quos (si vera esset Connanii traditio) tamquam diminutos in docendo magistros, iustissime possemus reprehendere: cum tamen principalem huius articuli partem, quod id videlicet solum obtineret Romæ, nec alibi obseruaretur, tam graui & culpabili negligentia prætermisissent.

Quare indistinctè opinione nostra tenendum est, extra Romam id etiam fuisse receptum, nam si urbana prædia sunt stabula, & alia meritoria, prætoria, & quæcumque ædificia, ad habitandum parata, quamuis in villis, vicis & rure sint constructa, vt supra ex Vlpiano in dict. l. urbana prædia retulimus, & inuecta in omne quodcumque urbanum prædium (indiffinitam enim propositionem, vniuersali æquipollere, Iurisconsultorum & Philosophorum commune placitum docet) esse tacite hypothecata, nostri civilis iuris authores tradunt generaliter, vt constat ex Vlpiano, Martiano, Neratio & Paulo tam hic, quam in l. 2. 3. 4. & 6. ff. in quibus causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. Necessariò fatendum videtur, quod quemadmodum urbana prædia, reperiuntur & reperiuntur eo tempore, extra urbem, reperiuntur etiam tacite hypothecæ rerum inuectarum, quod & Alexandri Imper-

atoris rescripto confirmari potest, in l. certi iuris. C. locati. vbi cū Petromæ absenti ab urbe, rescriberet (rescripta enim, non mittebantur præsentibus) certi iuris esse inquit, quod illa, in domū pro pensionē sint tacite hypothecata, & fortius ex l. hoc interdictum, quæ est finalis. ff. de migrando, & in pandectis Florentinis. l. i. ff. de Saluzano interdicto. vbi Caius, cum edictum prouinciale interpretaretur, de hypotheca meminit, quod neminē in hac quæstione permittit dubitare.

Nec obstat Iustiniani decisio, in l. sancimus fin. C. in quibus causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. cuius nouitate decepti Connanus & Balduinus, existimarunt, nulli præter Romanam urbem & Constantinopolim, vñtatam fuisse, hanc rerum inuectarum in urbana prædia, tacitam hypothecam: nam (pro vt ego illis diligentius aduerto) Iustinianus ibi, non constituit nouiter, hanc tacitam hypothecam, valere in omni loco, præter urbem Romanam, & Constantinopolim, in quibus solis obseruabatur, vt Connanus & Balduinus sibi habuerunt persuasum: nam cū iam in tota Italia, & territorijs omnibus Constantinopolitanis, esset recepta: vt supra ostendi, noua legis constitutione non indigebat, tulit igitur legē Iustinianus, quoad Prouincias, & non quoad omnes, sed quoad suas tantum, & fortasse eas nouiter subactas, quæ iure

iure Romanorum solenni non vtebantur, nisi speciali principum privilegio concederetur duplicē prouinciarum ordinem, quarum vnā Populi Romani, alias Cæsarum seu Imperatorū fuisse, alterius loci erit explicatio, pro vt nunc dixisse sufficiat, textū in d. l. fin. in prouincijs imperialib⁹, nouitate induxisse, & nouiter subactas, idē mihi persuasi, quia rescriptū dirigit Ioāni præfecto prætorio, qui cū exercitu omnium summā teneret, indicat eo quo stabat, bellum esse vel fuisse recentem, quod ne nostro capite credas cōfictū, literam referā, vt ea statim lecta, nostræ animaduersioni assentiri facillē possis, vel dissentiri. Iustinianus. A. Ioāni præfecto prætorio. Sancimus, de inuectis à conductore reb⁹ & illatis, quæ domino pro pensionibus tacite obligantur, non solū in vtraq; Roma, & territorio earum, hoc ius locum habere: sed etiam in nostris prouincijs, tali enim iusta præsumptione, etiā omnes nostros prouinciales perpotiri desideramus &c. reuertamur ad propositam difficultatem.

Nos. n. singularem Romanorū, in prouidēdis publicis & priuatis negotijs, diligentiam, altius scrutātes, aliam tā diuersæ cōstitutionis, quoad rustica & urbana prædia extitisse rationē sum⁹ arbitrati. Pro cuius maiori declaratione, notabis, duas fuisse causas, quibus moti Romani, inuecta in urbana prædia, tacita cōuentione censerent hypothecata, ge-

neraliter instituerunt. Prima, vt obuiaretur ingratorū hospitū perfidiæ, qui insoluta pensione solebāt plerūq; ab habitatione discedere. Secunda, vt eorum audaciæ in mala urbanorū prædiorum tractatione, veluti frenus quidam, tali indictæ hypothecæ constitutione, iniiceretur: nam videntes, in rerū suarum (quæ pro illis erant tacite obligata) detrimentum redundare, quidquid deteriorationis, urbanis prædijs sua culpa accederet, conarentur se ab ea prudentius abstinere. l. Pomponius. ff. in quibus causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. Sicq; consulebatur plenissimè locatorū indemnitati, ad quā, tamquam ad fontē, digitum suum, harum tacitarū hypothecarum leges intēdebant: quod in rusticis prædijs idē fuit prætermisum: quia talis cautio, superflua erat, cū enim fructus eorum prædiorū, qui tacite etiam erant hypothecati. l. in prædijs. 7. ff. eodem tit. in quibus causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. Non solum locationis pensionem æquarent: sed superassent multo, vt omnibus est satis notum, rei enim rusticæ deterioratio (vt tradit Cicero in paradoxis) sicut urbanæ non timebatur: quia conductorum intererat, sanam eam habere, omiserunt cæterorum bonorum illatorum tacitam obligationem, tamquam impertinentem & superfluum: suspicor tamen, quod cum

rustica prœdia, ad fructus ferendos non essent natura comoda, nec ratione locatoribus posset consuli, quàm tacita inuectorum hypotheca, fuisse receptum, ut inuecta & illata, in rusticum prœdium, essent tacite hypothecata pro pensione. Et hanc existimo, vnicam fuisse rationem, eius quod respondit Vlpianus, ex sententiâ Neratij, in. l. tertij. ff. in quibus causis pignus, vel hypotheca tacite contrahatur. Vbi dicit, horreum, diuersorium & arœam, tacitam conuentionem de inuectis & illatis admittere: quia quamuis horreum & arœa, sint prœdia rustica, nam horreum est repositorium frumenti, hordei, vel alterius grani, quod olim separatim à domibus solebat construi: arœa verò, ut Terentius Varro auctor est. libro quarto. de lingua Latina, locus est in rure, vbi frumenta secta à rusticis teruntur. Vel saltem locus in vrbe sine edificio, ut docuit Florentinus, in. l. fundi. ff. de verborum significatione quia tamen, fructus non ferunt, quibus fiat satis locatori, ob non solutam pensionem, tacitam hypotheca recipere, constituerunt, ad assecurandum locatorem. Id circo Vlpianum dixisse reor, in. dicit. l. tertia. (tacitam conuentionem, de inuectis & illatis, in his locum habere: putat Neratius, quod verius est) quia cum essent prœdia rustica, reuocabatur in dubium, an de

inuectis & illatis esset tacita hypotheca, quia lege non erat expressum, tandem post disputationem, hinc inde à Iuris consultis factam, verius est visum Vlpiano, ut inuecta & illata, censerentur tacite hypothecata, & ad sui confirmationem, affert Iurisconsultum Neratium, quem suspicor fuisse, in loco, quem postea de lege quarta. referemus. Cum enim non essent in his rusticis prœdijs, aliqui fructus nati, soluendo forent locati: visum fuit plenum iustitiæ & rationis, ad consulendum locatori. ut inuecta & illata, in hoc casu fructuum vicem sustinerent. Et hoc ante Neratium, non lege sed vsu & perpetua consuetudine fuerat receptum, qua ratione dixit Neratius, in. dicit. l. 4. cum de urbanis loqueretur, hoc iure utimur, cum verò de rusticis, in rusticis autem prœdijs contra seruatur: quia nihil præter fructus, censebatur hypothecatum, alioquin enim, si prœdia illa, de quibus loquitur Vlpianus. in. d. l. 3. urbana essent, & non rustica, ut quosdam perperam existimasse video, ad quid illa sermōnis ambiguitate, vsus fuisset Vlpianus: dicendo, verius id sibi videri, ut inducta, censerentur hypothecata: insinuans per hoc, alios esse in contraria opinione, quàm ipse, non probabat. Aut quare, alterius Iuris consulti sententiâ & auctoritate, suam contenderet confirmare, si de urbanis loqueretur? cum expres-

expressum extaret, Pomponij responsum, de hac tacita in urbana prœdia inuectorum hypotheca. lib. 2. variarum lectionum. relatum à Martiano, in. l. 2. ff. quibus modis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. Qui Vlpianum & Neratium contemporaneos, non perexiguo in scribendo, annorum curriculo superauit: certè si Vlpianum, de facultate vel superfluitate nolis accusare: quod iustissimum est, concedere teneris. ibi. de prœdijs rusticis intellexisse: quod ex eorundem definitione, quam supra retulimus, & quæ adductis ab Vlpiano. ibi. non competit, manifestè probabitur. Nā interpretatione Accursij & Bartoli, ut intelligatur de arœa coniuncta domui, vel in qua domus est ædificata, quis tanta mentis erit cecitate, qui non videat literè textus diuinatorem, qui de coniunctione nullam facit mentionem: naturæ & substantiæ arœæ contrariam, quam diffiniuit esse locum sine edificijs Florentinus in. l. fundi. ff. de verbor. significat. ac proinde meritò repellendam: & si rustica fatearis, nulla certè alia potest tam verosimilis excogitari ratio, qua difficultas de hypotheca in eis illata tolli possit, nam ea quæ refert Conanus lib. 4. cōmentariorum. cap. 10. num. 7. dicens, vsus in locatione, ex qua redditus urbanus proueniunt, quia pertinet ad hominem, efficere, ut sit urbanum, iam supra à nobis est explosa, ut vidisti.

Eodem modo intelligendum arbitror Neratium, in. d. l. eo iure. §. stabula. Vbi dicit, quod stabula, & si non sint urbana prœdia, quoad causam tamen taciti pignoris, non multum ab urbanis differre: quia inuecta & illata in ea, erant tamquam in urbana tacite hypothecata: ad cuius exactiorem intelligentiam prænotare oportet, quid sit stabulum, nam eius verbi, & propriæ suæ significationis ignoratione, plures teneri video. Stabulum enim, natura sua & principaliter, non solum significat locum, iumentis & pecoribus recipiendis aptum, ut malè cum Donello, in tractatu de pignoribus. capitulo secundo. dixerunt nonnulli: sed quamcumque stationem, siue sit diuersorium meritorium, in quod se recipiunt homines, peregrè proficiscentes, itineris labore fessi, ut interim se se quiete refeciant, sicut optimè annotauit Erasmus, in commentarijs ad Lucam. capitulo decimo. vbi stabulum, pro diuersorio, stabulari, idem quod alicubi locum habere, stabularium, idem quod hospitem seu meritorium esse proprie, docuit. Quod confirmari potest ex Vlpiano, in. l. vnica. ff. furrim aduersus nautas. vbi in fine legis, stabularios, recipiendis viatoribus operam dare, nec eos expellere posse, dixit. & in. l. prima. in principio. ff. nautæ caupones & stabularij. Vbi id etiam annotauit Accursius, & Apuleius ac

predecessoribus suis, iura constituta retulit, cum de actione Seruiana, quæ pro hac rerum inductarum in rusticum prædium hypotheca, competit, tractaret, de domini scientia numquam meminuit, imò Theophilus Græcus author, earundem institutionum fidissimus & eximius paraphrastes, cum eundem locum de actione Seruiana, clarius vellet interpretari, tunc eam actionem competere asserit, cum colonus res induxit, pacto adiecto, ut locatori, mercedis nomine obligarentur: quo casu intelligere debes textum, in. d. §. item Seruiana. de tacita autem conuentione, quæ sit secundum nostros, per scientiam domini, nullam fecit mentionem: quæ ratio, satis sufficiens est, ad probandum, scientiam solam domini, ad inducendam tacitam hypothecam in rusticis prædijs, nunquam fuisse imperiali constitutione sancitum.

17 Nec obstat textus, in. d. l. certi iuris ex quo, duplex argumentum, ad sententiam suam comprobendam, etuunt prædicti Doctores. Primum est, a contrario, sic. Ad hoc quod bona illata in prædium rusticum, hypothecentur, non est domini scientia necessaria, ut Imperator dicit, ergo ut hypothecentur illata in rustica, necessaria erit: cum contrariorum æqua sit ratio: si igitur ea necessaria cum sit, reperitur, bona tacite hypothecabuntur: nam respondemus, quod cum id desumatur, ab vnus accidente, ad

probandam alterius substantiam, nihil poterit prodesse, quemadmodum si quis arguens sic, ad hoc ut istud corpus sit animal rationale, albedo vel nigredo, non est necessaria, minime concluderet colligendo, ergo ut sit animal irrationale erit necessaria: sic similiter, qui arguit sic, ad hoc ut inducta in urbanum prædium, tacite hypothecetur, scientia domini non est necessaria, ergo necessaria erit, ut hypothecentur in prædijs rusticis: cum scientia domini, tacite hypothecetur illatorum in urbanum prædium, verè & proprie accidens sit, ut superius adducta, demonstrant. & hæc commodior videtur responsio quam ea, quam affert Fortunius hic. versiculo. Secunda pars. quam per te videas.

Si autem ulterius postuletur, quæ ratione Imperator. ibi. de scientia meminuit, & quis sit verus illius versiculi sensus: satisfacies sic, dicendo, quod cum ab Imperatore queratur, an in inuectis & illatis in prædium urbanum, conuentione de pignore requiratur, cum in provincia illa, in qua ius Romanorum, non adeo cognitum fuisse: respondit, quod cum inquilini bona, in prædium urbanum inferuntur, quoad pignoris causam attinet, tantum abesse, ut expressa requireretur conuentione, ut nec scientia quidem domini sit necessaria. Secundum autem, quod deducunt, ex prima parte textus. ibi. (voluntate domini) interpretates voluntatem pro scientia, &

noti-

notitia, quam habet dominus, de rebus à colono in rusticum prædium illatis, facile dissolues, si aduersas: quod voluntas, apud Iurisconsultos, aliquando pro expressa conuentione accipitur, ut videmus in. l. si gratuitam. alias incipit. Pomponius. ff. quibus modis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. & in. l. aliena res. in principio. ff. de pignoratitia actione. & sic, cum Imperator dixit (certi iuris est, ea quæ voluntate dominorum, coloni in fundum conductum induxerunt, pignoris iure, dominis prædiorum teneri) idem est, ac si clarius diceret: certi iuris est, illata in prædium rusticum, conuentione expressa de pignore, dominis obligari: & sic, tantum aberit à correctione iuris veteris, ut idem profus confirmet. l. potior. §. si colonus. ff. qui potiores in pignore habe. cum alijs. quid quid Accursius, Bartolus, Baldus & reliqui, voluntatem pro scientia, nullo nixi fundamento, interpretantur: & hic intellectus, ut cuique quod suum est debitum, restituatur, est Duarenii & Cuiacii hic, Balduini in tractatu de pignoribus. ca. 6. ante quos tradidit noster Fortunius, in præfenti. fol. 11. pag. 2. versu. secunda pars dicit.

18 Postquam explicauimus, quid rusticum & urbanum prædium dicatur, & differentiæ rationem, quare in urbanum inuecta & illata, tacite hypothecata censeantur, in rusticis verò non sic: reliquum est

ut videamus, quæ inuectorum & illatorum nomine comprehendantur, ut intellecto prius legis contextu, ad cæteras postea interpretum quæstiones accedamus. Accursius hic. in verbo. illata. quem sequitur Baldus, Angelus, Paulus & Iaso, Bartolus, Paulus, Salicetus & reliqui, in. d. l. certi iuris. cum Accursio etiam ibi. C. locati, Antonius de Fano, in tractatu de pignoribus. 2. par. 4. membro. num. 142. & 153. Donellus de pign. cap. quibus in causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. Baldus. eod. tractatu de pignoribus. ca. 6. Faber, Angel. Gomecius & communis, in. §. item Seruiana. inst. de actio. omnes concorditer consentiunt, ea dici inuecta & illata affirmant, ad hoc ut pignori subijciantur, quæ inuecta sunt, causa perpetuæ moræ, sic plures eorum loquuntur, id est quod sint in re conducta, omni tempore, quod conductio durauerit. Quare Baldus hic. n. 2. et in. d. l. certi iuris ubi Salicetus, Angelus, Faber, Mynfingerius & reliqui, in. d. §. Seruiana. Roffredus Benauentanus. 1. part. libellorum. rubrica. de actione Seruiana. num. 2. Antonius Fanensis, tractatu de pign. 2. par. 4. membro num. 166. Couarruu. lib. 1. variarum resolut. cap. 5. num. 9. versiculo. quinta conclusio. docent, merces quæ venales inducuntur in tabernam, non esse obligatas pro pensione, quia inductæ vel illatæ (ut Baldus inquit) non videntur, quæ cito debent

Bb 5 ex

exportari, quam communem, & receptissimam sententiam, confirmant Scaevola testimonio, sibi (non autem nobis) satis expresso, in. l. debitor. 31. ff. de pignor. cuius hæc est series. debitor, pactus est, quæcumque in prædia, pignori data, inducta, inuecta, importata, ibi nata, parta ve essent, pignori essent: eorum prædiorum pars, sine colonis fuit, ea quæ ætore suo colenda, debitor ita tradidit, assignatis eis seruis culturæ necessarijs, quæritur, an Stychus villicus & cæteri serui, ad culturam missi, & Stychi vicarij, obligati essent: respondi, eos dumtaxat, qui hoc animo à domino inducti essent, ut ibi perpetuò essent, non temporis causa accommodarentur, obligatos esse. Cuius sententiam sequutus est postea Ulpianus, in. l. ex facto. §. rerum Italicarum. ff. de hæred. inst. vbi sic inquit. Rerum Italicarum, vel prætoriarum significatione, quæ res accipiendæ sunt, videndum est: & facit quidem totum, voluntas defuncti: nam quid senserit, expectandum est, verum tamen hoc intelligendum erit, rerum Italicarum significatione, eas contineri, quas perpetuò quis ibi habuerit, atque ita disposuerit, ut perpetuò haberet, alioquin si aliquo tempore, quod transtulit in alium locum; non ut perpetuò ibi haberet, sed ut denuò, ad pristinum locum reuocaret; nec augetur, quo transtulit, nec minuetur unde transtulit: facit pro eis d. l. ma-

lum. §. fin. ff. de verb. signif. l. id verbum. §. fin. ff. de peculio. l. fundi. 18. §. Labeo generaliter. ff. de actio. empti. l. cum ita legatum. §. ff. de leg. 3. quæ omnes in hoc concordant, ut quæ ad tempus apponuntur ædibus, vel fundis, non tam ædibus & fundis destinata, quam ad tempus accommodata videantur: quod in inuectis & illatis in fundum locatum & pignoratim, responderunt Imperatores Diocletianus & Maximianus, in. l. si non inducta. C. in quibus causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur.

Sed omnibus his non moueor, ut contrariæ sententiæ, aduersus omnes, non me præsertim primum defensorem: semper enim indubitanter putauit, quod inducta & illata, quamuis ut vendantur & distrahantur statim, sunt tacite hypothecata pro pensione, tamquam si ad perpetuò ibi standum, inueherentur: quia merces, quæ inducuntur, quasi habitare in domo (ut opinio nostra fert) non sine ratione sunt dicenda: nam earum causa, conductio etiã fit, non enim habitatione condecimus, ut nobis solū, sed ut suppellectili, & rebus alijs nostris inductis, quarum comercio sustinemur, caute provideamus. sic Pomponius, in. l. in prædijs. 7. §. 1. ff. in quibus causis, pignus vel hypotheca, tacite contrahatur. videndum est (inquit) ne non omnia illata, vel inducta, sed ea sola, quæ & ibi

ibi sint illata fuerunt pignori sint, quod magis est. Non dixit, ut ibi sint perpetuò, sed tantum, ut ibi sint, id est, quorum causa quodam modo facta videatur ipsa ædium conductio. ut. v. g. copiosus Salmaticæ mercator domum conduxit, ut in eam, merces inferat, quas partim Salmaticæ vendere, partim Mantuam mittere, decernit: tunc certe, erunt tacite hypothecatae pro pensione, tales merces: quamuis eas non debet perpetuò domi retinere: sed statim distrahere, nam ad hunc usum, domum conduxit, quod efficit, ut proprie inuecta & illata, tacite hypothecata censentur: propter illam habitationem, quam eis sistendis, conductor in re conducta parauit: idem de seruis & equis, dicendum est, nam si quis venales haberet seruos, vel equos, ad eorum stationem seu quasi habitationem, domum, tabernam, vel stabula conduxerit, proculdubio, ad tacitam hypothecam, serui vel equi, inuectorum & illatorum nomine continebuntur: quamuis ad perpetuò ibi standum non inducantur: sed solū, ut distrahantur, nam cum suæ stantiae causa, conductio fiat, æquissimum est, ut locatorem reddant pro pensione securum: sicut in cæteris eadem ratione sancitū videmus. Moueor ad hoc duplici & vtraque necessaria ratione. Prima, deducta ex Ulpiano, in. l. si horreum. 3. ff. in quibus causis, pignus vel hypotheca taci-

tè contrahatur. vbi docet, quod si horreum conducatur, vel diuersorium, vel area, tacitam conventionem, de inuectis & illatis recipiunt, quamuis vinum, frumentū, & cæteræ res, quæ in area venales proponuntur (si accipias aream pro foro, ut in. l. fundi. ff. de verb. signif.) non eo importentur, ut perpetuò sint, sed ut distrahantur, quemadmodū & mercatorum bona: & si accipias aream pro loco, vbi grana seu frumenta teruntur, idem prorsus procedit, quod docere Ulpianus non potuisset, si solum ea, quæ ut perpetuò, siue omni tempore conductio- nis existeret, censerentur illata, ut nostri dicunt. Secunda ratio est, quia si vera esset communis opinio, numquam dari posset hypotheca, in bonis inductis: quia semper affirmare posset conductor, non intulisse bona, eo animo, ut perpetuò ibi esset. Nec satisfacit responsio, quæ adduci solet à nostris, dicentibus, quod hoc cognoscetur ex natura rerum: nam ea manifestè confunditur, ex Scaevolæ responso, in. l. cum tabernam. 34. ff. de pignoribus. vbi quæ in taberna illa inferebantur, erant eius naturæ, ut perpetuò esse non possent, sed ad tempus, quia merces erant venales, & nihilominus obligatae fuerunt, pro pignore. Tertio tandem, sequeretur, multo fore peiorem, locatorum conditionem, cum domos suas, ditissimo mercatori, quam cum pauperi sutori locaret, cum in bonis pri-

primi, in mercibus videlicet, quæ ad perpetuò standum, nõ importantur, sed vt statim distrahantur, tacitam nullam haberent hypothecã, sicut in bonis secundi, quod absurdum esse nullus sani iudicij negabit.

19 Nec obstat Sceuolę Respõsum, in l. debitor. 32. ff. de pignoribus. quo non plenè intellectu, sunt interpretes nostri decepti: nam (pro vt ego nouius aduerto) ibi, serui ad culturã prædij rustici missi, & Stichivicarij, obligati non fuerunt pro pignore, quia erant in alio loco, & destinati alij diuerso vsui, à quo, per temporariam missionem ad alium, non censebantur reuocati, & iustissimè, cum constaret, illo tráfacto, ad primum & pristinum reuersuros. Vfus igitur primus, principalis & perpetuus, in vno loco, magis quàm secundus, accessorius & téporalis in alio, debuit ibi & debet semper valere: qua ratione, nõ potest illa decisio, ad casum hunc communè mercium accommodari, quas mercatores, in domos conductas inferunt, quia merces ipsæ, non sunt in alio loco diuerso, à prædio in quo stant, nec alij diuerso vsui deseruiunt, præter eum, què ibi principaliter habet, quæ duæ res solum efficiunt, vt inducta & illata, non sint tacitè hypothecata.

20 Quare, ad maiorem rei declarationè, duas regulas generales placet constituere, quarum prima sit.

Omnia inuecta & illata in prædiã conductum, quæ alij vsui conductoris, in diuerso loco non sunt iã accommodata, hypothecata censentur pro pensione, siue res ad tempus, vt in mercibus, siue vt perpetuò eò existant, inducatur, siue prædium in quo inducuntur, sit urbanum, siue rusticum: nam differentia Connani, & aliorum, inter rusticum & urbanum, minimè placet, cum in vtrisque æqua versetur ratio. Secunda, omnia inuecta & illata in prædium rusticum vel urbanum cõductum, nõ vt ibi sint principaliter, sed propter aliam rationem specialem, tunc non censentur tacitè hypothecata, quas omnes vno claro exemplo volo comprobare. Ponas. v.g. quod Salmanticæ domum tuam cõduxi, in quã merces omnes meas, ad vendendũ & aliter distrahendum intuli, postea autem cum oriretur in populo seditio, timès eius tumultus, & latrocinia, quæ eo tempore fieri solent, in aliud prædium etiam conductum, rusticũ seu urbanum, in rure positum deportaui, vt sedata seditione, in domum transportarentur: tunc certè, quamuis illa bona, in secundum prædium conductum intuli, non tamen erunt, pro eius pensione hypothecata: quia non reposui in secundo prædio, vt ibi essent, sed alia speciali ratione, vt euitare scilicet, populi seditiosum tumultus, & eis sublati, transportarentur in primam tuã: quæ, quia mer-

mer-

ces ideo contuli, vt ibi essent, nec in alio diuerso loco, nec vsui sunt accommodatæ, habebit tacitam hypothecam in eisdem, ex regula generali nostræ legis, quod inuecta & illata, sunt tacitè pro pensione hypothecata, & iuxta has regulas est intelligendus textus. in d. l. ex facto. s. rerum Italicarum. ff. de hered. inst. textus in d. l. cum ita legatũ. s. fin. ff. de leg. 3. cum alijs iuribus, quæ supra ad comprobandã communem sententiam, adduximus: quorũ veros casus, si rectè percruteris, non dubito quin ommissa & sprete communi opinione, hanc nostram etsi nouissimam, vt verissimam tamen amplectaris.

21 Post quorũ omnium resolutionem, in mentem nunc primũ venit, difficultas alia, non minor superiori, quam ab Accursio, Bartolo, Baldo, Fulgoso, Alexandro, Iafone, Cuiacio, Duareno & reliquis omnibus, in præsentia, tangi non video: cum vt tractetur & soluatur, non sit indigna, ea autem est, quia si pignus contrahitur, ex illatione bonorum, in prædium conductũ, vt textus dicit, & pignoris contractus nominatus est, vt supra in l. 1. s. fin. Vlpianus docuit, ineptè videtur Tribonianus confundere, materiam contractuum innominatorum, cum pactis, de quo est noster titulus, & cuius appellatione, pactũ solum nudum intelligi, supra diximus: quod à natura vestitorum contractuum seu nominatorũ, & sub-

stantia, diuersum est omnino. Vt in l. iurispergentium tractabimus. Et si ea ratione, negligentiam vel inconsiderationem hanc Tribonianus, velis excusare, quod ea conuentio, non verbis expressis, sed cõsensu tacito celebretur, facile repellere à dicente, tacitũ aut expressum rei naturam nõ mutare, et sic tam esse cõtractum nominatum, cum tacitè, sicut cum expressè celebratur. l. consensu. ff. de actio. & obligatio. Qua ratione videmus, leges de eodem contractu pignoris taciti loquentes, titulo de pignoribus subijci, vt patet in l. eo iure. l. Pomponius. ff. quibus modis, pignus vel hypotheca tacitè contrahatur. l. si non inducta. l. Sancimus. C. eodem titulo: & sic remanet prædicta obiectio insoluta. Quæ (si Tribonianus accusandus non sit, de mala harum legum in titulo de pactis ordinatione) aliter, quàm hoc modo, iudicio nostro solui non potest, vt videlicet, lector aduertat, conuentionem istam de pignore, duobus modis considerari, apud Iurisperitos: vno modo accessorie, secundo vero, principaliter. Accessorie accipitur, cum tacitè, ex præsumptione legis, sine aliqua partium expressa conuentione, celebratur, vt in cõtractu locationis prædiorum, ad quem accedit tacita ista conuentio de hypotheca, & tunc habetur pro pacto, quia verè is contractus pignoris, pro vt pignus est, non geritur principaliter à

par

partibus, sed accessorie, quæ accessio, ad contractum nominatum est pactum nudum, ut in. l. iurisgentium. s. quinimo. dicemus. & sic intelligendus est Paulus, in hac. l. 4: principaliter autem accipitur, cum post contractum quemcumque nominatum vel innominatum precedentem, geritur hæc conventio, primò, principaliter, & cum hac intentione à partibus, ad sustinendam & assecurandam aliam obligationem: & tunc erit contractus nominatus, pignoris, ut accipitur in titulo. ff. de pignoribus. cum alijs. Vel secundo respondebis, quòd conditio, quæ inest tacite, ipsi locationi, ut inuecta hypothecatur, non est contractus pignoris, de presenti, sed conventio innominata de habendo pro pignoris, res illatas, & sic pactum nudum, qua ratione rectè in titulo de pactis, seu pactis nudis constituitur.

22. Secundo quero, an obligatio hypothecaria, quæ nascitur ex hac tacita conventionione, in prædiorum locatione, prætoriam sit an civilis? id est an ius prætorium interpretetur, & præsumat hanc tacitam rerum inuectarum hypothecam, ex consensu partium, an verò ius civile? & ad prætorium esse referendam, moueor ex sequentibus. Primò, à maiori ad minus, arguendo sic: si in expressa conventionione de pignore, oportuit prætoriam actionem dare, quia iure civili nulla prodita erat, ut constat ex. l. si tibi decem. 18. s. de pignore, iure ho-

norario ex pacto nascitur actio in fra eodem. & ex. l. 1. ff. de Saluiano interdicto. à fortiori etiam, id procedet, in tacita: cum vero simile non sit, ius civile, actionem dedisse, tacitis his conventionibus, & expressas omisissis, in quibus utroque iure, solet maior inesse virtus. Secundo, quia Pauli iuris consulti, locum istum, de tacita hac hypotheca tractantem, de sumpsit Tribonianus, à libro tertio eius interpretationum ad edictum prætorium. ut constat ex legis inscriptione. & alios Vlpiani, qui referuntur in. l. si horreum & in. l. licet. ff. quibus modis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. li. videlicet. 73. ad edictum, in quo prætorium ius contentum esse, nullus ambigit. Tertio, quia ius civile, minuendis obligationibus, multo magis quam inducendis, operam dedit. l. Arrianus. ff. de actionibus. & obligationibus. l. quid quid adstringenda. ff. de verborum & in. l. iurisgentium. s. igitur nuda dicemus. & sic cum tacita hypotheca, inuenta fuerit ad inducendam de nouo obligationem, in rebus illatis in prædium conductum: persuadeo mihi, eam non à iure civili, sed à prætorio, quod æquitate naturali innitens, locatorum indemnitati voluit consulere, ut par ac æqua utriusque contrahentis foret conditio, ortum suum & initium habuisse. Et sic videmus, in expressis conuen-

uen-

conventionibus de pignore, in rebus inductis à colono, Seruianam competere, quæ à prætoris iurisdictione, substantiam capit, ut dicit Iustinianus, in. s. item Seruiana. inst. de actio.

23. Sed hic suboritur, argumentum non leue, aduersus nouam illam opinionem nostram, quam supra defendimus, inuecta & illata in prædia rustica, quæ natura sua fructus non ferebant, esse tacite hypothecata, sicut in urbana. Si enim bona illa, tacite hypothecabatur (ut opinio nostra tulit) inutilis & superflua, reddi videtur actio Seruiana, quæ competit domino locationis, aduersus colonum, de rebus illatis, cum pactum expressum intercessit. s. item Seruiana. inst. de actio. s. interdictum. inst. de interdictis. l. 1. ff. de Saluiano. cum enim, tacita sufficeret, opus non erat expressa. Quare ut hoc inconueniens fugiamus, respondent nonnulli, dicendum videri, quòd in illatis in prædia rustica, numquam dabatur hypotheca, nisi expressa conventionione precedente: sed contra se res & veritas habet, pro ut supra docuimus. Nec hoc argumentum ei aliquid obstabit, nam quamuis uti & consuetudine recepta, prouisum esset, casui illi speciali, ut videlicet, cum prædia rustica, non essent apta nata, ad ferendum fructum, ut est horreum, area, stabulum, & alia huiusmodi, essent bona illata tacite hypothecata pro pensione: non

tamè erat prouisum alijs casibus, quando videlicet, expressa intercessisset conventio, tam in prædijs rusticis, qui fructus non ferebant, quam in illis, qui fructus ferebant, in quos inducta & illata, ultra fructus hypothecabatur. l. si debitor. ff. de pignoribus. l. certi iuris. C. locati. l. si non inducta. C. quibus modis pignus vel hypotheca tacite contrahatur. s. item Seruiana. inst. de actio. Vel cum lege inductum fuit, ut expressa conventio, de rebus illatis à colono, in quodcumque prædium, haberet actionem Seruianam: non fuit decisum, an tacita eandem haberet virtutem, cum aliter pensioni ex fructibus (cum nulli sperabantur) non posset esse prouisum: quod postea usu receptum fuit, id enim voluit Neratius, cum in rusticis prædijs, contra obseruari docuit, in. l. eo iure. in fine principij. ff. quibus in causis, pignus vel hypothec. tacite contrahatur. quasi in obseruatione communi ciuium, ius taciti pignoris, cum scilicet prædia fructus ferre non possent, principaliter sine lege, constitueret: quod quia æquum erat, ad securitatem locatoris, veriùs sibi videri, respondit Vlpianus, in. l. si horreum. ff. eod. titulo.

24. Sed in eodè hoc proposito, non ineptè queri potest, quia videlicet ratione, inuenta fuerit actio quasi Seruiana, cum iam omnibus casibus, partim per tacitam hypothecariam, cum pactum non intercesserat,

rat,

rat, esset plenissimè locatori consultum: cui respondemus, quòd actio Seruiana, solū competebar, aduersus colonum, pone enim colonum, quas res in prædium meū induxerat, & pro mercede locationis oppignorarat, alteri tradidisse: & quo me indemne seruam nihil reperiam: iure civili, vindicare illas res non poteram: quippe quæ nullo essent iure meæ, agere de dolo malo (cum dolo res alienata nō fuisset) ius non erat: & sic cum nulla civilis esset actio, vtile & equū fuit visum prætori, ad prosequendas eas res, quæ in prædium cōductum illatæ erant, & expressa conuentione hypothecata (prædiorū enim nomine frequentior erat tūc causa) actionem proponere: vt quæ à colono, pensionis causa, oppignorata, ad alium tertium peruenissent, repeti possent: qui Prætor, eū Seruius vocaretur, actioni nomen dedit, Seruianæ: sicut Publicius, Publicianæ: Cato, regulæ Catonianæ: non autem dicitur a seruando, vt male Accursius, Faber & Iaso, in. s. item Seruiana. num. 83. comminiscuntur, omnes enim actiones seruant, quod debetur, & sic magis Seruatoria, quàm Seruiana, dici debuisset: quasi Seruiana autē, fuit postea, ab alio Prætorē generaliter instituta, ad exemplū Seruianæ, quæ non solum aduersus colonos (nam id, iam certo iure constabat) sed aduersus omnes debitores (in quos nulla erat similiter prodi

ta civilis actio) exerceretur, ad persequendas res, quas vel propter locationis, vel emptionis, venditionis, societatis, mutui, aut alterius cuiuscumque cōtractus obligationem, pignori debitor suppositisset: & sic inter vtramque, Seruianam videlicet, & quasi Seruianā, has reperies. in iure differentias.

Prima est, quod Seruiana, est specialis, ad persequendas res solas coloni, non autem inquilini vt Accursius, Roffredus, Iaso, Mynsingerius & alij, tam antiqui, quàm moderni, minus rectè sunt arbitrati, in. s. item Seruiana. inst. de actio. quasi Seruiana, est generalis, ad persequendas res pignoras cuiuscumque debitoris. Secūda, Seruiana, cum competat, pro his rebus, quæ in prædium locatum inferuntur, & hæc mobiles sint, pro solis mobilibus dabitur: quasi Seruiana, tam pro mobilibus, quàm pro immobilibus, cum à sola conuentione & pacto, in quamcūque cadente materiam, substantiam capiat, vt colliges ex toto titulo. ff. de pignoribus. Tertia, Seruiana, ex conuentione pignoris expressa, cōceditur, cum de illis rebus agatur, quæ in fundum inuectæ sint, quid quid Mynsingerius & alij, perperā contradicant: quasi Seruiana, etiā si nulla intercedat conuentionio, sed sola tacita, præsumpta, quæ sufficit. l. eo iure. ff. in quibus causis pign. vel hypotheca tacitè contrahatur. l. certi iuris. C. locati. & hac nostra.

l. item

l. item quia. ff. de pactis. Quarta, Seruiana à prætorē Seruio, quasi Seruiana, ab alio postea, cuius nomen non reperimus, est à sui principio inuenta & instituta: quare, meritò reprehendendus est Hotomanus, qui in. s. item Seruiana. & in verbo. creditores. non ab alio prætorē, sed à iuris consultis, quasi Seruianam, proditam arbitratur, contra expressa verba eiusdē. s. quem interpretatur, vbi, Iustinianus sic inquit (Item Seruiana, & quasi Seruiana, quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius prætoris iurisdictione, substantiam capiunt) quo fit, vt frustratoria reddatur, eius quæstionis inuestigatio, an prætorica sit vel civilis: nam cum à prætoris iurisdictione, substantiam ceperit, vt dixit Iustinianus, prætorica sine dubio erit nūcupanda. s. Prætorum edicta. inst. de iure naturali.

26 Sed si Seruiana actio, tunc competit, cum conductor rustici prædij, locatori expressio pro pensione inuectæ & illata pignori supposit, inutile ergo redditur, interdictum Saluianum, quod eo etiam casu locum habet. s. interdictum. institut. de interdictis. l. 1. ff. de Saluiano interdicto? Accursius in. s. item Seruiana. instit. de actio. multum interesse, inter hæc dicit, nam in Seruiana actione, oportet quòd creditor, probet, debitorem obligantem, fuisse dominum, tempore obligationis, al-

legat. l. & quæ nondum. s. 1. ff. de pignoribus. in Saluiano autem interdicto, sufficit, quòd probet, eū, tunc temporis possedisse. Sed quæuis hæc Accursij distinctio, quæ prius fuit Azonis, in summa Codicis, titulo de precario. num. 16. & Roffredi. in tractatu. libellorū. 1. parte. rubrica de actione Seruiana. num. 8. & postea, approbetur per Bartolum, Baldum & Salicetū. in. l. cum res. C. si res aliena pignori. oblig. & communis sit, teste Iasone, in. d. s. item Seruiana. num. 93. & verissimam ex Aretino Gomezio, Negusantio, Rolando, Cepola, Ripa, resoluat modernus Nicolaus Mozzius, tractatu suo de cōtractibus. titulo. de pignoribus. c. quæ actio detur. nu. 22. & 23. mihi probari nō potest: nam cum actio Seruiana, in fauorem locatoris inducitur, vt ex cuius officio clarescet, quo pacto est possibile, vt in eius odium & detrimentum cōuertatur, contra regulam communem textus, in. l. rem legatam. ff. de adimendis legatis. in eius autem odium & detrimentum cōuertitur, nam cum interdicto Saluiano, posset rem repetere, minori probatione, solius possessionis, cōpellitur actione Seruiana, vt dominium in debitore, tempore obligationis probet, quod est difficillimum, & periculis multis plenum, vt rectè dicebat Bartolus, in. l. re que nobis. ff. de acquirēd. possess.

Nec obstat tex. in. d. l. & quæ nō
Ce dum

dum. Nā ibi, Caius Iurisconsultus non dixit, debere creditorem probare, fuisse debitorem dominum, sed in eius bonis esse rem pignoratam, quæ diuersa sunt: nam probare fuisse dominum, est probare, habuisse radicatum dominium & proprietatem, in sua persona: probare autem, quod in eius bonis fuerit, nil aliud est, quam probare, illum possedisse bona fide, quæ cum mala non ostenditur, semper præsumitur. l. bonorum la. r. §. in bonis. ff. de verborum significat. vbi Ulpianus sic dixit (in bonis autem nostris, computari, sciendum est, non solum quæ dominij nostri sunt, sed et si bona fide, à nobis possideantur, vel superficiaria sint &c) Quid igitur difficultati propositæ sit respondendum, omisis alijs, quæ affert Roffredus in dicta. r. parte suorum libellorum. titulo. de actione Seruiana. Azo in summa Codicis. titulo de precario. Petrus Ferrariensis. in sua practica forma libellandi. in actione hypothecaria. Versi. sub eadem. nume. 8. Faber Angelus & omnium latissime Iaso in. §. item Seruiana, à nume. 85. vsque ad numerum. 103. vbi prolixo, confuso & falso sermone, plura in hac materia inculcat. instit. de actio. quæ nos libenter relata, hic confutaremus, nisi ab eorum tractatione, nos alia magis propria tituli nostri de pactis, non auocarent, Dices tu, quod Saluianum interdictum, proprie & directè aduersus

ipsum dumtaxat colonum, institutum est, quod perspicuè traditur, in. l. r. C. de precario. actio autem Seruiana, non aduersus colonum, sed aduersus illos, in quos coloni res suas abalienarunt, parata est, cum sit actio in rem, vt constat ex Iustiniano. in. §. item Seruiana. instit. de actionib. l. Paulus. §. qui pignoris. ff. quibus modis, pignus vel hypotheca soluitur. l. si cum venditor. in principio. versiculo non idem in Seruiana. ff. de euctionibus & sic neutrum eorum superfluum est.

Saluianum autem interdictum, ne hoc ignores, non habuit nomen à saluando, vt Nicolaus de Neapolis, in. §. item Seruiana, in. r. questione. extra glossam. & ibi Iaso. num. 34. existimarunt: nec à Saluio Iuliano, vt dixit Vbesembichius, in paratitla iuris ciuilib. eodem titulo. num. 2. nam Caius, qui cum fuerit Serui Sulpitij auditor. l. 2. §. Seruius. ff. de origine iuris. Iulianum multo tempore præcessit, de eo facit mentionem, in. l. r. ff. de Saluiano interdicto. in Romane antiquitatis his (quæ super sunt) reliquijs, nullam authoris huius interdicti mentionem vidi. Tu tamen cogita, an pro Saluiano, scribi debeat Seruianum, sic vt editum fuerit, & denominatum, ab authore Seruianæ actionis, cum vtriusque idem sit officium, prouidere videlicet locatori, interdicti, aduersus eundem colonum, quia

quia personale est: actionis aduersus quemcumque possessorem, quia est actio in rem scripta, confirmari potest hæc insinuatio ex. l. si. ff. de Saluiano interdicto. vbi de Seruiano interdicto fit mentio: non ignoro ex. l. r. C. de precario. & a ijs similibus, obiectiones aliquas opponi posse, sed adeo faciles, vt per exiguo labore tolli possint.

28 Tertiò quæro, an si res istæ, quæ inferuntur, sint pretiosæ, vt lapides Diamantini, Carbunculi, Smaragdæ & similes, quæ sine aliqua similitudinis proportione superent multo pretium locationis, sint etiam tacitè hypothecaræ, & detineri possint pro mercede: Ioannes Faber, in. §. item Seruiana. nume. 2. pro sola quantitate pensionis, detineri posse, dicit: argumento textus, in lege Moschis. §. Emilii Prætolinus. ff. de iure fisci. l. 2. C. de debitoribus ciuitatis. lib. r. sed Iaso, numero. 61. dubitat de veritate istius opinionis, per textum, in. l. quam diu. C. de distractione pignorum. vbi textus dicit, quod quamuis, per exigua sit pars debiti, retineri potuit pignus pretiosum, & in. l. debitoribus. ff. de distractione pignorum. quod generaliter docuit Bartolus, in dicta lege. Moschis. ff. de iure fisci. quare idem Iaso ibi. numero. 62. distinguit, dicens, quod in expressa conuentione, non intelligatur pignorum, nisi illud, quod cor-

respondeat quantitati, & sic procedunt leges, allegatæ à Fabro, in tacita verò, intelligatur res omnis integra, hypothecata, & sic procedant cæteræ leges: quod desumpsit à Baldo, in. l. certi iuris. numer. 12. C. locati. qui in hoc casu, maiore virtutem in tacitis, quam in expressis conuentionibus esse docuit: sed impropria est Iasonis distinctio, & falsa Baldi opinatio: cum nullibi decisum reperitur, conuentiones tacitas, expressis antecellere, imò contra plerumque.

Quamobrem, tu alia distinctione diuersa, rem compones, dicendo, quod res hæc pretiosa, vel est diuisibilis, quia constat partibus separatis, vt suppellex argentea, vel aurea (Hyspanè baxilla dicitur) quæ constat distinctis & diuersis corporibus, & tunc, ea solum pars, quæ debito pensionis equipollet, poterit detineri, cum aliarum sit superflua detentio: vel res est diuisibilis, quia vna simplex est, vt gemma, aquarium, vel pluribus constat, inseparabilibus tamen, vt annulus pretiosis lapidibus insculptus, torques, horologium, & alia huiusmodi, quæ quamuis multo sint mercede locationis pretiosiora, detineri poterunt, pro securitate pensionis. dicta lege. quam diu. quæ sic est intelligenda. Codice. de distractione pignorum.

Quartò quæro, an in hac tacita con-

uentione hypothecæ rerum inuectarum, comprehendantur ea, quæ quis specialiter, non esset alioquin verosimiliter pignoraturs, vt sunt ferui, ad necessarium & domesticum vsum familiæ pertinentes, lecti, panni, & alia similia, quæ exprimuntur ab Vlpiano, in l. obli. generali. ff. de pignoribus Bartolus in l. r. num. 3. & 4. C. quæ res pignori obligari possint. adeo verum putat, hæc omnia pignorata non intelligi, vt quamuis expressa omnium bonorum obligatio præcedat, in ea non comprehendantur, quæ supra retulim⁹: id circoq; malè agere actorem, si ad illa actionem intentet, quod confirmat Iacobi Buttrigarij (quem allegat) opinione. Sequitur Baldus, in l. certi iuris. num. 12. C. locati. sed ego opinionem hanc, ita generaliter acceptam, falsam censeo: nam si alia bona, non sunt, multo præstantius esse arbitror, debitorem se suis bonis spoliando, iustitiam exercere: quàm ea conseruando, iniustitiam: priuato creditore, si ne causa, iusto debito & obligatione. Quare alia distinctione fore vtendum rationabile iudico, vt videlicet consideres, an sint aliæ res, quibus debito locationis possit fieri satis, aut non: si sunt, ea quæ ad vsum domesticum & necessarium familiæ, sunt necessaria, vt ferui, suppellex, panni, & cætera similia, vt hypothecata detineri non poterunt, quia qui hæc

accipit, cum aliunde possit debitum assecurare, molestandi potius causa, quam prouidendi debito, non sine ratione est censendus: & sic ab intentione proposita repellendus debet: si verò, aliter satisfieri non possit credito, tunc proculdubio, vt verè hypothecata detineri poterunt: quia cum bona superflua, ex paupertate debitoris, creditorem iacturam & detrimentum, in obligatione, non est æquum sustinere.

Qua potissimum de causa, improbabilem censeo, Angeli & Iasonis sententiam, in. §. item Seruiana numer. 64. & 65. tenentes, quòd scholasticorum libri, in domum conductam illati, non sunt pro domus pensione tacite hypothecati, rationem reddunt, quia quemadmodum sine feruis & suppellectili, pater familias, commodè viuere nō potest: sic etiam scholaris, nec commodè nec honestè sine libris: allegant in confirmationem, glossam, quam omnes vocant singularem, in l. nepos Protulo. ff. de verborum signific. docentem, quòd in executione rei iudicatæ, sicut arma, non sunt auferenda militibus, sic etiam nec libri scholaribus, per quam dixit Baldus, in rubrica C. qui bonis cedere possint. quod si scholaris cesset bonis, & postea emit libros, quòd creditores nō poterunt, eos libros ei auferre: quia secundum eum, arma militibus, libri scholaribus, bre-

breuiarium clerico, semper sunt relinquenda. Sed ego tam iniustam arbitror, glossæ doctrinam, & Baldi in d. rubrica sententiã (et si communiter approbentur) quàm falsam Angeli & Iasonis opinionem. in d. §. item Seruiana. nam quamuis in genere sumptum, iustissimū sit, milites & scholares, armis esse paratos, quibus in bello & gymnasijs, aduersus hostes possint dimicare, quoties tamen id in perspicuum aliorum redundat detrimentum (vt esset hic, si locator, iusto pensionis pretio fraudaretur) iustum esse non potest, cum sit inæquale, ac proinde iniustum, vt docet Arist. lib. 5. Ethic. c. 2. & 4. Quare relatæ opiniones falsæ erunt, veleo saltè casu intelligendæ, vt cum alia bona superflua, in equis, armis & libris (de breuiario nō potest esse dubitatio) executio non fiat villo pacto, quod nos vt verū probamus: nã tunc consulitur creditori, ne debito suo, sine aliqua causa, iniuste priuetur, & scholari simul, ne executio à libris, sed ab alijs bonis mobilibus, vel immobilibus initiū sumat: quod non debent parui estimare, cum iure præscriptus ordo in bonis mobilibus cōtrariū seruandum aliàs dicat. l. à Diuo Pio. §. in venditione vbi Bartol⁹ & reliqui. ff. de re iudicat. l. creditor. ff. de distractione pignoris. l. r. C. de pretorio pig. l. ciuitates. ff. quod cuiusq; vniuersitatis, nomine. & sic intelligi ea iura censeo, quæ in generali

obligatione, non venire, quæ specialiter quis, ad quotidianū vsum familiæ necessaria, nō esset pignoraturs, dicunt: vt existētibus alijs bonis procedat, quibus deficientibus, in his fiet executio: quo fit, vt improbabilis reddatur, opinio Baldi, in l. certi iuris. in. 6. q. C. locati. quæ communè esse testatur Mynsingerus, eã sequutus, in. §. itē Seruiana. nu. 18. institut. de actio. qua tenuit, quòd pecunia, quæ destinata est, ad quotidianū vsum, sub tacita hac obligatione, non venit: quod ex supradictis verū non esse, quisque facillè colliget.

Quintò quæro, an hi scholastici, vel alij minores, virtutē huius tacitæ hypothecæ, vitare possint, si nō studij fauore, minoris saltè ætatis priuilegio, postulant, aduersus eã, in integrū restitutionē: In qua quæstione, Accursius in hac. l. itē quia. verbo illatis. quem sequitur Bartolus. tã hic nu. 2. & finali. vbi Fulgosius & Salicetus, quàm in l. si cōstante nu. 75. & 76. vbi Raphael Cumanus, Imola & Ioannes Crotus. ff. soluto matrimonio. Roffredus, in. r. parte suorum libellorum: titulo de actione Seruiana. num. 2. Cynus & Salicetus, in l. certi iuris. C. locati. Dinus & Faber. in. §. item Seruiana. Riminaldus, in principio. institut. quibus modis alienare licet, vel non. num. 11. quæ cōmunè & receptissimā testatur, Fanus, de pignoribus. 2. par. 4. membro. nu. 73. & 154. indistinctè

tenent, minorum bona, non esse pro pensione domus, tacite hypothecata, pro quorum opinione facit, primò, quòd minor, etsi expresse paciscatur, non potest bona sua obligare, vel hypothecare, sine speciali tutoris & iudicis autoritate. l. lex quæ tutores. C. de administratione tut. l. i. §. fi. ff. de rebus eorù. ergo nec inducèdo in domù còductà, cù tacita conuentio, nò debeat valere magis, quàm expressa, ex regula textus in. l. cù quid. ff. si certù petatur. l. Celsus. ff. de arbitris. l. quidquid adstringendè. ff. de verb. obligat.

Confirmatur secùdò, ex certissimo principio iuris, quo docemur, quòd cù vna res prohibetur, prohibetur omnia media quibus peruenitur ad illà. l. oratio. ff. de spòsaliibus. vbi Bartolus, & reliqui: sed ex pignoratione, cù debitù legitimo tempore non soluitur, peruenitur ad venditionem, quæ omnino minori prohibita est: ergo medium, pignoratio videlicet expressa, nedum tacita, prohibita debet censerì, sicut finis seu venditio, ad quam per pignorationem peruenitur.

In contraria tamè sentètia, imò, quòd bona minorum, pro pensione hypothecata censeantur, fuerunt alij, & notæ non minoris, Baldus scilicet, tam hic. num. 5. quàm in. l. certi iuris. vbi num. 15. pro eadem Nicolaum de Matarellis allegat. C. locati. & in. l. vni. §. & pleni. C.

de rei vxoriæ actione. Angelus, Romanus & Alexàder, in. l. si constante. ff. soluto matrimonio. Ioannes Andreas, in additionib⁹ ad Speculatorè, in titulo de donationib⁹ inter virù & vxorè. §. si. versic. quid si mulier. Ioànes de Blenasco. in tractatu de actionibus. titulo de actione Seruiana. pro quorù sentètia, facit primò, Theorica glossè, in. l. si. C. de administratione tutorù. verbo teneri. vbi loquès, de tacita hypotheca legali, quæ inducitur in bonis mariti, in fauorè vxoris, pro dote recepta, in minoribus etiam procedere docuit, quã sequitur Baldus Nouell⁹, in tractatu de dote. 6. p. priuilegio 58. Antonius Gomez in. l. 50. Tauri. num. 37. & ex Petro, Cyno, Raymundo Forliuiesi. Ioanne Fabro, Alberico, Angelo, Saliceto, Romano, Aretino & alijs recepta ostendit Tiraquellus, in. l. vit. connubiali. verbo. de son marij. gloss. 8. nu. 188. ergo idè procedere debet, in tacita hypothecaria, cù tã inducatur à lege, in securitatè locatoris, quàm ea quæ cõpetit mulieri, pro securitate dotis: & secundò, quia cum minor, læsionem nò patiatur, iure communi vti debet, nec restitutionè potest postulare, vt est apud Vlpianum, in. l. verù. §. sciendù. & §. Vnde Marcellus. ff. de minoribus. si igitur, domù conduxit ad habitadum necessariam, cum non tamquam minor, sed tamquam maior, se gesserit, quæredò sibi & suis rebus habitationè, meritò

meritò à restitutione, quæ in sola læsione habeat locum, repelli debet, cum res illatè, iustissimè vt hypothecatè teneri possint, & postea vendi ex hac nostra lege.

23 Quare in hac doctorù & glossarum varietate, tam hic, quàm in. d. l. fin. C. de legitima tutela. Guillelmus de Cuneo, concordiam, afferre contèdit, hac distinctione. Aut tacita (inquit) obligatio legalis, requirit factum extrinsecum, & tunc si factum minoris fiat, sine tutoris & iudicis autoritate, non contrahitur in eo obligatio, etsi fortè cõtrahitur, restitutio fieri potest, quo casu intelligenda est glossa, in hac litem quia. ff. de pactis. quæ dicit, minorum bona, non esse hypothecata, per illationem bonorum, in domum conductam, quia per factum hoc extrinsecum illationis, læsus est minor, se obligando. argumento. l. i. §. final. cum. l. sequenti. ff. de rebus eorum. vel legalis obligatio, non requirit factum extrinsecum, sed inest ab ipso principio eidem actui, & tunc procedit glossa, in. dicta. l. final. C. de legitima tutela. quæ bona minoris, sine alia iudicis, vel tutoris autoritate, hypothecata esse, pro restitutione dotis asserit, nam sine aliquo facto minoris, super illis interueniente, contrahitur legalis ipsa obligatio, quam distinctionè sequitur Cynus, in. l. certi iuris nu. 4 in noua sua additione, & Salicetus in versu. quæro tertio, ab extra.

C. locati, Angelus, in. l. Item quia. sed ultra eam reprobationem, quã tradidit Bartolus, in. l. si constante nu. 75. ff. soluto matrimonio. quæ satis friuola est. vt ostendit Angelus & Paulus Castrensis hic. num. 2. ad finem. ea Cunei distinctio, à te melius conuincetur, si aduertas: quòd falsum principium præsupponit, quis enim dixit Cuneo, cù recipit dotem minor, nullù factù extrinsecum adhiberi? dotis ne traditio, & receptio, nò sunt facta, & in facto consistunt: si autem respondeat, quòd mulier infert, non autem maritus, facilis est replicatio, dicentis, quòd quamuis, ipse bona non inferat, recipit tamen: quod consistit in facto extrinsecò, vt de se clarè patet, si duplicet cù Baldo, in præsentì. nu. 5. asserente, quod actus iste receptionis, est accessorius, & depèdès ab actu primo, contract⁹ matrimonij, & qui sine illo stare non potest, depelles duplicationè dicèdo: quòd idè prius reperitur, in domus còductione, ab eo enim, quòd quis sibi domù conducat, necessariò sequitur (si brutù non sit) quòd bona victui necessaria, & reliqua quæ possidet, mobilia in domum inferat. Quare, Guillelmus de Cuneo, & sequaces, concedere tenentur, quòd factum minoris, in illatione bonorum, in domù còductam, nò est distinctù & separatù à cõtractu còductionis, sicut ipse dicit, in receptione dotis, post cõtractù matrimonij. vel

salte fieri, quod quemadmodum, in illatione bonorum, quia est factum extrinsecum, & distinctum a conductione, secundum eos, non adest obligatio minoris, sic etiam in dotis receptione, ut antea dixerunt, quod reuocari oportet, ne in vno & eodem facto, diuersa iuris species constituantur, contra regulam textus in l. illud quaesitum. ff. ad l. Aquiliam. l. a Titio. ff. de verb. obligat. l. 1. §. interdum. ff. de fonte.

33 Aliter distinguit Odofredus hic, dicens, quod cum contractus conductionis, factus fuit a minore, cum autoritate tutoris, tunc, quamuis sine eius licentia, bona postea inferantur, erunt tacite hypothecata, quia est actus dependens, ab eo, qui legitime, & cum debita autoritate, fuit celebratus: si vero contractus conductionis, est factus, sine hac legitima solennitate, sed sola voluntate minoris, tunc factum illationis, erit similiter illegitimum, id est non valebit, ad obligandum minorem, quia cum dependeat a principali, quo minor non est obligatus, non poterit maiorem illo habere virtutem. Sed ista distinctio, quamuis eam dicat esse satis æquam Paulus Castrensis. hic. numer. 2. ad finem. mihi probari non potest, nam si utilis fuit conductione domus minori, quia locum quem commodè habitaret, non habebat, quamuis facta fuerit, sine solennitate legitima tu-

toris, vel curatoris, infirma iudicari non debet, sed valida, argumento textus satis expressi, in l. verum. §. sciendum. & §. Marcellus. ff. de minoribus. & in l. de fideicomisso. C. de transactionibus. quibus probatur, minoribus in integrum restitutionem semper denegari, quotiescumque non probauerint, se fuisse deceptos, in contractu, suæ ætatis facilitate, quod in utili conductione habere locum non potest.

34 Quamobrè, tu alia diuersa distinctione, huius materie resolutionem comprehendes: dicendo, quod si minor, deceptus est, in conductione, vel in qualitate conductionis, restitui poterit, aduersus eam, quia in effectu non valuit obligatio, nisi in ea quantitate, quæ utilitati percipere æquipollens sit, quæ si nulla adfuerit, nulla aderit obligatio. Ponas. v. g. quod minor, domum paternam, vel propriam habens, quam commodè habitare poterat, iuueni tamen errore deceptus (quæcumque de causa id extiterit) aliam conductionem, nullum eodem modo percipit, sed damnum, quia sine causa utili, obligationem contraxit, tacitam hypothecam, quam contraxit, per illationem bonorum, in domum conductam, rescindere poterit, in integrum restitutionem petita: quam sine dubio impetrabit. l. 1. & toto titulo. ff. de minoribus. Ponas præterea, quod scholaris, vel alius quicumque minor, in

digebat

digebat habitatione, ad studendum, vel negotia alia quæcumque sibi utilia gerenda, & domum conduceret: tunc certe, valida erit in iuectis, hypothecæ obligatio: quia nullum damnum patitur in habitationis. n. indigentia, idem prorsus, Socrates, Plato & Aristoteles, Philosophi sapientissimi, vel reliqui solliciti negotiatores facerent: si autem domus sit, multo maioris pretij, quam qualitas personæ & patrimonij sui quantitas poposcerit, tunc, quia ex conductione simpliciter, in quantum eam necesse habuit, utilitatem percipit, in eius tamè qualitate deceptus est, manebit valida obligatio, tacitæ hypothecæ, pro ea quantitate, qua diligens paterfamilias, domum necessariam locasset, in reliquo vero, quia superfluum est, & inutile, obligatio contraria rescindetur: quia sine autoritate legitima tutoris, effici id minimè potuit. l. 1. §. fin. l. 2. ff. de rebus eorum. l. lex quæ tutores. C. de administratione tutorum. quæ in hoc casu, sunt sine dubio intelligende, si autem in conductione, & in qualitate conductionis, deceptum se non probauerit, integra manebit in omnibus rebus illatis hypotheca: sicut in bonis maiorum, quia in his, quæ sibi non probentur incommoda, tamquam maiores debent semper iudicari. d. l. verum. §. sciendum. ff. de minoribus. & l. de fideicomisso. C. de transactionibus. & sic erit satisfactum argumentis, quæ pro falsa Accursij & Barto-

li opinione, adduximus supra. Pro cuius quæstionis complemento, te scire volo, quod idem Accursius, Bartolus, Alexander, & reliqui, qui hanc quæstionem proponunt, an bona minoris, tacite hypothecentur, pro pensionem, improprie & in civile loquuntur, quare nos aliter quæstionem proposuimus, ut supra vidisti: omnes contractus, de iure civili, indistinctè validi erant, et si postea eorum pars, quæ iure naturæ non obligabat, à prætoribus, æquitate naturali inspecta, rescindetur, ut latius infra li. 3. in explicatione. l. Iurisperitum. §. prætor aut. dicemus: quare quæstio proponi debuit, & debet: an hypotheca, quæ contrahitur, per inductionem bonorum, minoris, in domum conductam, positæ virtute minoris ætatis rescindi, reuocari, vel alio modo simili, pro ut nos, hæc considerantes, in principio huius quæstionis posuimus.

35 Sextò quæro, an si minor, vel maior, res alienas in domum locatam conduxerit, cadat in eas, tacita hæc legis hypotheca: in quo distinguendum est etiam: nam si illas, bona fide inquilinus, ut proprias possidebat, certi iuris est, hypothecam recepisse. l. si ad ea. 18. ff. de pignori bus: ibi (si ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepti, sic tuetur me, per Seruianam prætor, quemadmodum debitorè per Publicianam) si autem sciens, res esse alienas, induxerit illas

eo titulo, & sic cum mala fide: nulla pignoris obligatio contrahetur, cum nec naturalis, nec civilis, sit vni facultas, alteri bona hypothecandi, aut aliter obligandi. l. 2. & toto titulo. C. si res aliena, pignori data sit. Quare vero domino, rei vendicatio dabitur, ad eam repetendam, nisi hypothecæ consenserit.

Septimò quæro, an si dominus, rerum inuectarum, sciat eas; inferri, & non contradicat expressè, sed taceat, hæc sua paitentia & taciturnitas, consensum operetur, ad tacitam eorum hypothecam: l. 1. in. s. item Seruiana. num. 54. institut. de actio. pulchrū dubium vocat, quod verum mihi videtur, & ea ratione, placuit, longiori quam cæteri, solēt, sermone, verā eius resolutionē disputatione nra perscrutari.

Q V A E S T I O Secunda.

*VTRVM DOMINVS RERVM
inuectarum, sciens eas, in prædium condū
ctum inferri, tacite hypothecæ con-
sensisse præsumatur.*

36



T sunt, quæ in reliquis, huius tituli legibus, explanatione dignissima, nos expectant, ut iuste potuissem, hanc de tacito consensu occasionem, à Paulo Iurisconsulto tacite, & à cæteris interpretib' ex-

pressè oblatam omittere, vel saltē, eorum qui hucusque scripserunt, more, tribus aut quatuor versibus, eius materiam breuiter & concisè complecti. At verò, cum ex prima parte difficilem, ex alia verò utilem, imò necessariam, non solū ad huc Pauli locum explicandum, & resoluendam quæstionem propositam, sed ad alia plura, Iurisconsultorum & Imperatorum responsa, pro vt oportet, rectè intelligenda animaduertentem: animos (etsi defessus, his & alijs studijs non minoribus) suscepi maiores, ad rem hanc, indotatam à nostris, aliqua exornandam suppellectili. Et pro parte negatiua, quod is dominus, qui sciuit, res suas in prædium conductum inferri (posui prædium, vt nomen generale, quo rustica & urbana continentur) non censeatur, tacite voluisse, eas pignori supponi: facit primò. Omnes obligationes, vel nascuntur ex contractu, de licito vel quasi, nam alius modus, qui ad hos non reducat, reperiri non potest, vt notant Doctores in s. fin. inst. de obligationibus. Sed dominus rerum, qui eas in ferri scit solū, non delinquit, nec quasi delinquit, quia non punitur, non contrahit, quia non habet animū contrahendi, si enim ab eo quæras, an contrahat? sine dubio respondebit quod non: nec quasi contrahit, quia nihil agit: ergo obligatio pignoris, seu hypothecæ, in bonis illis inuectis, quamuis scientia lo-

la do-

la domini adsit, dari non poterit: quia nō habet titulum legitimum, à quo substantiam & ortum capiat.

Secundò, in obligatione pignoris, sicut in alijs omnibus contractibus, consensus contrahentium requiritur, sine quo, nihil agi certū est, vt docuit Vlpianus, in. l. 1. supra eodem. in. s. conuentionis verbum. versic. adeo. ibi. (adeo conuentionis nomen generale est, vt eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionem) sed in tacete, non datur consensus, nec dissensus, nec aliquis actus positivus, is qui tacet (inquit Paulus, in. l. qui tacet. 142. ff. de regulis iuris) non fatetur, sed nec utique negare videtur. Quod postea confirmavit, Bonifacius octauus. in regula. 44. eodem titulo. lib. 6. ergo, nec dabitur obligatio, cum obligatio sine consensu, ex Vlpiano vbi sup. esse non possit.

Tertiò, leges & statuta, eodem modo sunt intelligenda & interpretanda, vt communis & verissima sententia est, cum Bartolo in. l. de quibus. ff. de legibus. Sed in statutis, in quibus requiritur consensus, non sufficit tacitus, sed expressus, vnde tenet Baldus, quod si statuto mulier sit prohibita contrahere, sine consensu duorum parentū, non est sufficiens, si illi parentes videant contrahere solū, & non expressè consentiant, in. l. 2. s. si voluntate. Vbi etiam Ioannes Imola

& Alexander ff. soluto matrimonio. Felinus. in. cap. non ne. num. 5. versic. per istam regulam. titulo de præsumptionibus. vbi hanc doctrinam, pluribus similibus confirmat. Et esse communem & veram, ex Ripa & alijs, comprobatur Couarruu. lib. 3. variar. resolutionum. c. 5. num. 4. versic. cæterum. Ergo cū in tacete, expressus consensus non probetur, obligari nō potuit, quia id leges requirunt.

Quartò, inuit' quis, nō potest res suas pignori obligare, & si obligauerit, prætoriā obligationis rescissionē postulans impetrabit, sicut in ceteris conuentionib'. l. 1. cū sequentib'. ff. de doli mali & mer' exceptione. Sed vt obligatio contrahatur, non solum is dicitur inuitus, qui contradicit, sed ille qui tacet, vel expressè consensisse non probatur, vt docuit Vlpian'. in. l. filius familias. s. inuitus. ff. de procuratoribus. ibi (inuitum accipere debemus, non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, qui consensisse non probatur) ergo dominus, qui res suas passus est, in prædium inferri, non obligatur, per solam taciturnitatem, etsi obligatur, rescissionem eius obligationis impetrare poterit, cum inuitum præsumant leges, quem voluntarium extitisse non probetur expressè.

Quintò, qui habet ius, percipiendi fructus, in re pignorata, quoad debiti compensationem, si videatur eius rei fieri alienationem, in testamento,

mento, à vero domino, nec alienationi contradicat, non censetur à lege, voluisse remittere obligationem, quam habet, in fructibus rei pignoratæ, etiam si se, in alienatione vt testem subscribat. l. Caius Seius. 39. ff. de pignoratitia actione. & vt ne quis dicat, hoc in testamētis, habere locum, non autem in contractibus, subterfugiens sic, & si in a niter difficultatem, textum adducimus, in l. sicut. 8. §. non videtur. ff. quibus modis, pignus vel hypotheca soluitur. vbi idem in contractibus, Iurisconsultus Martianus respondit, dicens, quòd si sciente creditore, & non contradicente, sed solùm tacente, debitor rem pignoratam vendiderit, non videtur creditor, per hanc scientiam & taciturnitatem, ius quod habuit in pignore, remisisse: ergo dominus, in nostro casu, qui res suas videt, in domum conductam inferri, & tacet, non contradicendo, non per hoc, obligationem in suis rebus, est contrahere præsumendus, etiam si testis esset, & signator instrumenti, contractus, vt in d. l. Caius. Quod argumentum est de maiori ad minus, & sic validissimum, colligendo sic. in casu remittendæ obligationis, consensus ex taciturnitate nõ præsumitur, ergo in casu eam inducendi, à fortiori non præsumetur, cum promptiores nos esse debere ad liberationem, quàm ad obligationem, iura doceant in l. Arrianus. ff. de actio. & obligatio. l. quid

quidquid adstringendæ. ff. de verborum obligat. l. fauorabiliores. ff. de regul. iuris.

Sextò, quotiescumque duo copulatiuè requiruntur, ad esse vnius rei, etiam si vnum adsit, cum abest aliud, perfici res nullo modo potest, imò pars facti corrumpit. l. vltima §. ait lex. ff. de diuortijs. l. Lucius. ff. de his qui notantur infamia. l. Tertia. vbi Baldus, Romanus & alij. ff. soluto matrimonio. Sed ad hoc, vt rerum inuectarum dominus obligationem contrahat, in illis, duo copulatiuè requiruntur, primum, vt videns seu sciens, taceat, secundum, vt taceat fraude & dolo, ad decipiendū creditorem, vt expressum extat, Imperatorum Seueri & Antonini rescriptū, in l. 2. C. si res aliena pignori data sit. ibi (si probaueris præfidi, prædia vel hortos, de quibus agebatur, tuos esse, intelligis obligari, eos creditori, ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis, dissimulasti) ergo creditor, probando in hypothecaria, dominū scientem tacuisse, si dolum & fraudem simul interuenisse, cum taciturnitate, non probet, iustè succumbet, cum in duobus illis simul requisitis, non proficiat vnum sine alio.

Septimò, voluntate sublata de medio, omnis qui geritur a cō, nec absolutorius est, nec obligatorius, sed indifferens. l. fædisimam. C. de adulterijs. vbi Baldus notat. Sed a cō ille taciturnitatis (si actus, non negatio

gatio vocari debet) omni voluntate caret, ergo obligatorius non est, maiorem nullus negabit, minore autem sic probò. Nam ea, quæ quis ignorantia gerit, inuoluntaria sunt, vt docuit Philosophus lib. 2. Ethic. ad Eudemium & lib. 3. ad Nicomachum. cap. 1. & 5. ergo cum omnes, vel saltem maior hominum pars, ignoret, quòd ex illatione bonorum, in rem conductam, sequatur tacita legalis obligatio, dominus tacendo, per taciturnitatem, obligari non poterit, quia posita ignorantia, tollitur non solum voluntatis libertas, sed voluntas simpliciter.

Octauò, tandè & finaliter, probari potest, ex sententia Labeonis, in l. si quis cum sciret. 93. ff. de furtis. vbi ait, quòd si quis videat, sibi aliquid surripi, & taceat, quamuis possit prohibere, nec prohibuit, in tēdere poterit, aduersus surripientem, furti actionem: quia cum res esset illi damnosa, consensisse ei, per solam taciturnitatem, præsumi non potuit: ergo in nostro casu similiter, cū dominus vidit, res suas in prædium conductum inferri, quāuis alioquin sciat obligari, nec contradicat, sed taceat, quia res futura est illi damnosa, consensisse obligationi non est præsumendus.

His tamen non obstantibus, cōtrarium mihi verius videtur, dominū videlicet, qui videt res suas inferri in prædium, siue rusticum, siue urbanum, si taceat, & expresse

non contradicat, tacitè consensisse, & voluisse eas hypothecari, qui tacitus consensus, eandem habebit virtutem, quoad securitatem creditoris, prædium locantis, ac si propriæ essent, ipsius conductoris. Pro cuius materiæ altiori intelligentia, quamuis Baldus dicat, in §. sed si pater instituit. quibus modis ius patriæ potestatis soluitur. Quòd iura in hac materia, taciti consensus loquētia, sunt multū obscura, & Abbas Panorm. in c. nõ ne. pag. 2. de præsumpt. fateatur, quòd habet tãquam Brocardica, infinitos sensus, qui sub aliqua distinctione comprehendendi non possunt, sed quòd secundum diuersitatem factorum, & qualitatem, debeant terminari, & Felinus asserat. ibi. num. 5. versic. in glossa finali. adeò esse pluribus intricatam, vt difficillime dari possit solida & certa doctrina, quod alij impossibile esse adiecerunt. Nos, qui multo inferiores sumus ingenio, doctrina & literis tantorum patrū, duabus certissimis regulis, omnia quæ in ea dici possint, comprehendere conabimur.

Quarum prima sit. Ad inducendam, siue ad remittendam obligationem, taciturnitas seu patientia, consensus vicem sustinet, si liberè & commodè potest fieri contradictio, & non fiat: & hoc siue utilitatem, siue detrimentum, res sit allatura, quam sequentibus cōfirmo. Primò, ex verissima iuris tam canonicæ, quàm ciuilibus regula, quæ do-

cet, tacentem haberi pro consentiente, nec distinguit, an commodum, an vero damnum importet, & cum lex non distinguat, nec nos distinguere debemus vulgata. l. de pretio. ff. de Publiciana cum similibus. Secundo, ex æquitate, est enim natura æquissimum, ut cum tacendo in sibi vtilibus, ex quo videtur consentire. l. si non remunerandi. ff. mandati. sentiat commodum, in his quæ in commoda sunt, damnum similiter sentiat, cum in utroq; casu idem profusus eius factum versetur. l. secundum naturam. 10. ff. de regulis iuris. Tertio ex textu in. l. secunda. §. voluntatem. ff. soluto matrimonio. Vbi respondit Ulpianus, quod quamvis, in exactione bonorum, quam facit pater, de dote filiz, sit necessaria eiusdem filiz voluntas, fiet satis, si sciat, & expressè non contradicat, quia taciturnitas illa, cum voluntate & consensu æquiparatur: etsi damnosum esse possit filiz, partem dotis (quæ sua erat) repeti à patre, & fortius probatur, ex. l. si seruus communis. ff. de donatio. inter virum & vxore. Vbi cum tres essent fratres, qui habebant seruum cõmunem, & vnus eorum, suæ vxori, alijs præsentibus & tacentibus donasset, respondit Iuriconsultus, donationem pro parte mariti non valere, pro alijs autem duobus sic: quia scientes & tacentes illi donationi consensisse censentur, etiam si damnum ex bo-

norum ablatione accepturi: nec alicuius est momenti eorum responsio, qui dicunt. ibi: fauorem consanguinitatis efficere, ut assummeretur coniectura, quæ aliàs capi nõ debuisset, nam vltra id, quod nõ consanguineæ, sed affini, fratris videlicet vxori, donatio facta à marito, de bonis fratrum perhibetur, clariùs cõuinci potest ea interpretatio per textum, in Authentico. de sanctissimis episcopis. paragrapho si seruus. collatione nona. vbi. in hac taciti consensus præsumptione, fundatus Imperator Iustinianus, instituit, quod si seruus ordinetur, sciente & non contradicente domino, fiat liber statim, etiam si ex eo dominus damnum patiat, quod postea confirmauit Concilium Aurelianense primum. capitulo vigesimo. & refertur à Gratiano in. capitulo. Seruus sciente. el segundo. vigesima distinctione. nec id quisque sacri ordinis priuilegio statutum credat, nam idem Imperator & Concilium postea declararunt, quod si serui ordinentur, sine scientia domini, non ex eo quod sacros ordines recipiant, liberi debent effici: sed quod remanent serui, & in eadem domini potestate, qua & antea: ne dominis inuitis (inuiti semper præsumuntur, cum scientia non adest) præiudicium aliquod inferatur, idem dispositum est in patrefamilias, qui si videat filium suum, decurione creari, & creationi

NON

non contradicat, quia illi censetur consensisse, obligatur debitis omnibus, & vinculis, quæ ex illo nascantur. l. quoties. ff. ad municipalē. & idem similiter, si mutuum pecuniam sciat illum accipere, siue ad vtendum, siue ad abutendum, & non contradicat. l. si tamen. 14. ff. ad Macedonianum. Quamuis sit illi præiudiciale. Idem dispositum est in socijs rerum cõmunium, quorum si vnus, res communes vedat, & alij videntes taceant, censentur se voluisse adstringere euictioni, & omnibus obligationib' quæ nascuntur ex illa. l. quidam ex parte. 12. ff. de euictio. & alia nõ nulla sunt in iure ciuili, ex quibus constat, tacentem, in reb' etiam sibi damnosis, consentire, cum liberè potuisset cõtradicare, & non contradixit, ut videre poteris in. l. sepe constitutum. ff. de re iudicata. l. in rebus. ff. de precario. l. item quæritur. §. qui impleto. ff. locati. l. si propri'. 3. ff. de mortuo inferendo. l. quæritur. §. si venditor. ff. de ædilitio edicto. l. qui bona. §. si quis iuxta. ff. de damno infecto. l. quamuis Bassa. C. de vsuris. l. an in totum. C. de ædificijs priuatis l. in adoptionibus. ff. de adoptio. l. 1. §. magistrum. ff. de exercitoria. l. cum ostendimus. §. fin. ff. de fideiusor. tutorum. cum alijs. Quarto tandem & finaliter, quia persona, quæ liberè & commodè potuit, id est si ne aliquo naturæ vel moris impedimento, respondendo contradicere, & non contradixit, tacendo cul-

pam admisit, cuius ratione, ut per pœnam consensus in obligatione præsumpti, & satisfaciatur, iustissimum est, nã ut regula iuris ciuilis, dicit. Is qui non facit, quod facere debet, videtur facere, aduersus ea, quia non facit. Paulus in. l. qui nõ facit. 164. ff. de regul. iuris.

Secunda regula, in omni actu, 38 in quo, à lege cõmuni, statuto municipaliali, vel partium conuentione, consensus requiritur expressus, ad inducendam vel remittendam obligationem, non sufficit tacitus, collectus ex taciturnitate, nam cū pro forma, expressio requiratur, per aliud, quamuis æquipollens alioquin sit, impleri non potest, ut generalis & verissima est, doctorum resolutio, in omni forma actus, ut constat ex Decio, in. l. si mater. numer. 4. C. de institutio. & substitutio. Felino, in. cap. delicta. num. 25. de rescriptis. Nicolao Boerio, de ciosine. 1. num. 45. & aliorum plurium relatione comprobat Medicus, tradens eam pro regula, in tractatu suo regularum regula. 7. quam intellige, etiam si is qui tacuit, potuisset contradicere, & nõ contradixit, nam culpa non fuit in eo, ex eo, quod, non respondit, imo tacuit: sed in alio, qui cum tacentem obligare voluisset, & sciisset, vel scire debuisset, aliter obligare non posse, nisi vera expressione cõsensus, non egit cautiùs, eam à tacente postulando.

Sed quæres fortasse, quæ sit differentia

ferentia ratio, quare in hoc secundo casu, pœnam sustineat, qui interrogat, non verò qui tacet, in primo autem, ille qui tacet, non verò is qui interrogat: cui respondemus, quòd in primo casu, cum lex, statutum, vel conuentio, solum requirat consensum simpliciter, ad obligandum, & qui tacet, præsumat consentire, meritò si nò dissentiat contradicendo, quia habet contra se iuris præsumptionem, condemnabitur, tamquam obligationi cõsentiens. In secundo autem casu, cum lex, vltra consensum, requirat pro forma, aliud, eius videlicet expressionem, quæ in tacente non reperitur, meritò actor, qui non fecit ex sua parte, quod debebat, ad substantiam seu formam actus, petendo illam expressionem à tacente, pœnam sustinebit, quia habet contra se, iuris præsumptionem, fraudis & doli, in eo quod agit malitiosè, petendo rem à non consentiente, non autem consentit, qui eo modo, quem leges, statuta, vel conuentiones requirunt, non probatur consensisse: cui doctrinæ nò repugnat decisio text. in clemētina vnica de procurator. Quam in solutione quarti argumenti commẽtabimur.

39 Nec ea quæ adduximus in contrarium nocebunt. Ad primum dicimus, quòd obligatio hæc domini, quæ contrahitur, ex sua patientia, & taciturnitate, in rebus illatis in prædium conductum, non con-

trahitur ex delicto, testamēto, aut sententia: sed ex conuentione & cõtractu, nam quamuis ab eo queratur, vt ibi diximus, an contrahatur? Et respondeat, se non contrahere: intelligendum est, non contrahere expressè, quia verè expressam nò celebrat conuentionem: si autem diceret se non contrahere tacitè, mentiretur: quia tacitè consentiendo illationi, consentit tacitè hypothecæ, quæ sequit ex illa. Qui enim vult antecedens, vult etiam & consequens, quod nascitur ex illo, vt tradit Baldus, in l. conuenticulum C. de Episcopis & clericis. & ex Cyno, Bartolo, Paulo, Lamberto de Ramponibus & alijs, comprobatur Nicolaus Euerardus, in locis legalibus. loco. 125. à concessione antecedentis. fol. 767.

Non obstat secundum, quo ex 40 regula qui tacet, probauimus, tacetem obligari non posse, quia nò habet actum positium cõsensus, nec dissensus: nam respondemus, quòd verba illa (is qui tacet, non fatetur, sed nec utique negare videtur) sunt intelligenda, quando à lege expressus requiritur cõsensus, & sic tantum aberit, nostræ obesse doctrinæ, quòd illam (si hoc probauerim) fortiter & expresse confirmabit. Cuius declarationis (ne nos diuinationis lector arguat) reddenda est ratio diligenter. Bonifacius enim octauus, dubium nò est, quin regulam illam, à iure civili desumpserit, pro vt fecisse, in ferè om-

nibus

nibus illius tituli videmus. regula autem ciuili. 144. pro vt supra reuulimus, desumpta est à Triboniano, ex interpretatione Vlpiani, ad edictum. libro vigesimo sexto. vt ex inscriptione legis, seu titulo constat, in eo autem libro, agebatur de cõfessis, vt patet ex l. prima. ff. de cõfessis. quæ ex eodem. libro. vigesimo sexto Vlpiani ad edictum eruta est: & quia in confessione requiritur expressa verborum prolatio, vt ex Etymologia ipsius verbi (confessio) quod à fateri, & fari, quod loqui significat, descendit. Id circo, sola taciturnitas, in hoc casu, consensum (pro vt lex postulat) habere iure non censetur.

Ex quo verissimo (vt arbitror) intellectu, notabis duo. Primum erit, perperam & malè, eam regulam ciuilem & canonicam intelligentes, Dynum, Ioannem Monachum, Ioannem Andream, Abbatem, Francum, Maynerium, Decium, Ruardum, & Fabrum, Bartolum in l. quæ dotis columna penultima. ff. soluto matrimonio. Couarruuiam. libro tertio. variarum resolutionum. capitulo. decimo quinto. numero quarto. versiculo etenim. & ceteros tam ciuili quàm canonici iuris interpretes, falsò notasse, quòd inter consensum & dissensum, est quoddam mediū: quod dicitur taciturnitas, ex dicta regula. is qui tacet. Nam (pro vt supra diximus, &

probauimus) in omni taciturnitate, datur assensus, nisi lex (vt est in hoc casu) expressum consensum requirat, quo tempore, quia expressio, est de forma seu substantia actus taciturnitas eius locum non supplebit, quia formæ æquipollentibus alioquin, non implentur. Si igitur (dicit aliquis) is qui obiectioni, in iudicio propositæ non respondit, sed tacet, cõsensum non habet, quare dissensum habere non censetur? Cui respondebis, quòd quemadmodum ad hoc, vt condemnetur ex confessione, oportet, quòd illa sit expressa & certa, sic etiam vt absoluat, ex sua confessione, si fortè in ea redacta sit summa probationum, necessarium est, vt expressò constet, quæ cum in tacente non sit, prodissentiente & negante non habetur.

Secundum est, quod in iudicijs omnibus, in quibus confessus, habetur pro condemnato (quia cõfessio, affert secum expressionem, quæ in tacente non est) non poterit quisquam condemnari, vt confessus: si positioni illi obiectæ, tacendo non respondeat, nam tunc, verum est dicere (vt regula vtriusque iuris dicit) cum nec fateri, nec negare videri. Non autem negat, nam taciturnitas illa, quemadmodum, non habet confessionem, quia expressio non ad est: sic etiam, nec negationem, in qua similiter, expressio requiritur.

Da tur,

tur, ex quo nascitur, quod nec absolui debeat, casu quo, ex negatione, absolutio sequatur, quidquid omnes contra, sine aliqua ratione fecerint. Fateor tamen, inobedientiam & contumaciam, eius qui pratori seu iudici, non vult respondere: sed tacer, castigari posse, pro ut personæ, rei, temporisque & circumstantiæ qualitas, postulauerit, iuxta. l. de atate. §. qui tacuit. ff. de interrogatorijs actionibus.

43 Nec obstat tertium, nam respondemus, quod doctrina Baldi, vtriusque Imolensis, Ripæ, Felini & Couarruu. quos ibi, retulimus, dicentium, quod in statutis, in quibus requiritur, ut mulier ex contractu obligetur, quod fiat, suorum consanguineorum consensu, non sufficiat, quod illi videant & taceant, sed quod necessarium sit, illi consentiant expressè, nec vera est, nec alia ratione, nisi autoritate à Baldi, reliquis post eum comprobatur. Quæ tanti non est habenda, ut à iuris communis regulis, propter eam discedamus. Sed Baldi motiuum an verum sit inquiramus? ait enim, quod statuta, sunt restrictè interpretanda, & quod consensus, qui colligitur ex taciturnitate, non est proprius, sed improprius, probat ex illo verbo (videtur) quod secundum Bartolum, in l. si quis pro emptore. §. in sexta. quæstione. est verbum fictionis, quæ fictio in statutis non proce-

dit: sed ratio hæc minimè viget, nam leges, tam propriè & sine fictione ut statuta, sunt interpretandæ, ut Bartolus & reliqui bene notant, in dict. l. de quibus. ff. de legibus. & in. l. non aliter. ff. de delegatis. tertio. at videmus quod ut quis obligetur, requiritur consensus solus, simpliciter. l. prima. versiculo adeo. ff. hoc titulo. de pactis. sine aliqua adiectione taciti aut expressi, & cum hoc simul stat, ut obligetur quis, per tacitum, ergo vel concedere tenetur Baldus, quod leges, non sunt propriè, sed impropriè interpretandæ, aut saltem rationem reddere, quare secundum leges, in quibus ab obligandum, consensus requiritur, sufficit tacitus, collectus ex taciturnitate, non autem secundum statuta. Nec obstant verba illa censetur, videtur, & similia, quæ fictionem important, secundum Bartolum, in dicta. l. si quis pro emptore. Nam respondebis, quod hoc verum est, respectu ipsius contrahentis, ille enim, tacendo, si rei naturam inspiciamus, verè possitiuè non consentit, quia nulla signa externa consensus præstitit, respectu autem ipsius legis, quæ iustis de causis, præsumit, illum consensisse, quia non contradixit, cum posset, verè & propriè consensum præstat, quoad omnes iuris effectus, in hac legis præsumptione. Ex quo vnam doctrinam deduces generalem, quod omnes

omnes præsumptiones legis, si solû sint præsumptiones, sunt casus vel cõsensus impropriè, respectu illius rei vel personæ, supra quam inducitur præsumptio: respectu verò legis, sunt proprijsimi, quia apud eam (dum contrarium non probatur) tam certò id constat, ac si expresso ipsarum personarum ore esset prolatum. Vnde colliges declarationem, ad. l. vigesimam quintam. Tauri. quæ requirit licentiam mariti, ad hoc ut mulier ex contractu obligetur, quod cum expressa, non requiratur, & taciturnitas & scientia mariti operetur consensum, & sic licentiam: obligabitur ciuilitè mulier, cum sciente marito, & non cõtradicente, contraxerit.

44 Ad quartum, ex. l. filius familias. paragrapho. inuitus. ff. de procuratoribus. repetita doctrina regularum nostrarum, difficilis non erit responsio: dicimus enim, quod cum leges, in acceptatione procurationis, expressum consensum postulassent, ut edictum (quod Vlpianus interpretabatur) dicebat, ea ratione, ipse respondit, tacitum solum, per reticentiam, sufficientem non esse ad sustinendum primi locum, quia quæ de forma sunt actus (ut diximus) non impletur per æquipollens, imo ut verius loquar nil potest esse æquipollens, nisi idem sit quod lex requirit, si autem ulterius quæras, quid causæ fuerit, ut expres-

sus in procuratione consensus requiratur, ultra id, quod dicere possemus, cum Iuliano, in. l. non omnium. vigesima. ff. de legibus. non omnium, quæ à maioribus tradita sunt, reddi rationem posse, procurationis grauitati, & oneribus, in tractando cum hominibus litigiosis, & in sollicitudine & labore propriæ personæ, quibus (sicut studio nostro) solet vita citius consumi, verosimiliter putarem esse tribuendum.

Nec huic doctrinæ obstabit textus in clement. prima. de procuratoribus. ex qua Doctores notant ex taciturnitate induci consensum in procuratione, et si aliàs ut constat ex dicto. paragrapho. inuitus, expressus consensus requiratur: nam ille textus (pro ut nos supra animaduertimus) non loquitur in taciturnitate solû, sed in casu quo, interuenit cum non contradictione, actus positiuus traditionis & receptionis scienter factæ, illius instrumenti procuratorij, quod alio animo quàm suscipiendæ procurationis retineri non poterat: quod factum, verbis expressis non solum æquale, sed multo superius rectissimè iudicatur, naturali ratione & iurib' (quæ ibi retulimus) dictantibus.

Ad quintum, quod deduximus, ex dicta. l. Caius. 39. ff. de pignoratitia actione. respondebis, quod ideó creditor, quamuis sciat & taceat, imo quauis testis sit

in testamento, in quo alienatur res, sibi pignori data, cum antichresi, idest, cum conuentione, ut fructus, in debiti compensatio- nem acciperet: non censetur, con- sensisse remissioni tacitæ, illius ob- ligationis: quia cum illo legato, seu alienatione, se simul compa- tiebatur, pignoris obligatio, & potestas, ad percipiendum fructus, durante illo tempore, quo debito foret satisfactum: quid enim im- pedit, ad hoc ut ego possideam, & percipiam fructus pignoris, duo- bus aut tribus annis, quibus pote- rit compensari debitum, quod dominus leget rem pignoratam, re- stituendam legatario, elapso illo tempore, quod quamuis non adij- ciatur, tacite tamē intelligitur adi- ectū: profectō nihil. Qua ratione, si perceptio illa fructuum, non se- compateretur, cum alienatione, proculdubio, qui alienationi con- sensit, consensisse etiam esset præ- sumendus remissioni illius obliga- tionis, si contradicere cōmodè po- tuit, & non contradixit: cū taciturnitas omnis, secundum opinio- nem nostram, siue ad inducen- dam, siue ad remittendam obli- gationem, ex præsumpto consen- su, sufficientissima sit probatio. idem prorsus dicendum est, ad tex- tum, in dict. l. sicut. s. non vide- tur. ff. quibus modis, pignus vel hypotheca soluitur. Nam videndo creditor, rem sibi pignoratam, vendi vel permutari, & tacendo,

ideò non fuit præsumptus consen- sisse remissioni pignoris, quia a- ctus cui consensit, per taciturni- tatem, ex natura sua, non perimit obligationem, quoniam vbicum- que fuit res alienata, sequetur eam pignus, sicut lepra leprosum. Et hæc est vera ad eum textum inter- pretatio.

Sexto argumento, de leg. secū⁴⁶ da. C. si res aliena, pignori data sit. respondebis, quod, ibi. Imperato- res Seuerus & Antoninus, nolue- runt tradere, regulam generalem, ad cognoscendum, an res alienæ, inuectæ & illatæ, censerentur ta- cite hypothecata, cum dominus scit, & expressè non dissentit: sed cum quæreret ab eis, Latina quidam nomine, an res suæ, de quibus in illo iudicio agebatur, hypothecari ab alio tertio potu- issent? Responderunt, quod non exceptionem vnicam adijcientes, si videlicet, non sciret, illud agi in fraudem creditoris ignorantis, & dissimulasset, sic enim legen- dum arbitror, versiculum illum (si non sciens, hoc agi in frau- dem creditoris, dissimulasti) ut punctum apponatur in versiculo (sciens) non autem, ut commu- niter apponi solet, in verbo (hoc agi) ita ut non sit is sensus, pro ut glossa, Bartolus & reliqui intel- ligunt, prædia tua, non erunt ob- ligata pro pignore, cum alius de- dit, nisi fortetu, sciens hoc agi, idest induci in doum conductā

res

res tuas, ex quo tacita sequitur eo- rum bonorum hypotheca: in frau- dem creditoris, dissimulasti: ita ut fraus, principaliter existeret in- tertio, pignorante res alienas, & scientia eiusdem fraudis, in vero do- mino, ac dissimulatio ad decipien- dum creditorem, quæ decisio ad nostrum casum referri non potest, cum de sola scientia, & patientia, simplici, sine dolo & fraude, illa non loquatur, ut nos, quia: nihil ab eis, de ea erat quæsitum, & sic soluitur sextum, quam interpreta- tionem ad eum textum notabis.

In solutione septimi argumen- ti, longè latèque potuissem diuaga- ri, quoniam resolutio quæstionis, an ignorantia iuris, in aliquo, ius- tè ignorantis, ut videtur in rusti- co, possit prodesse, non breuem postulat disputationem, quam Deo dante aliquādo discutiemus modò autem, sat sit dixisse, quod quoniam hypotheca, rerum in- uectarum, est quoddam conse- quens, necessariò dependens ab illatione, cui tacite per taciturni- tatem dominus consensit, id circo, sicut antecedens, est sim- pliciter volitum, & sic volunta- rium, simili modo, & consequens, quia dependet ex illo: ignorantia autem huius tacitæ hypothe- cæ, ideò inuoluntarium non facit actum, quia ignorantia facti, non iuris excusset, ut docet Pom- ponius, in. l. iuris ignorantia. quar- ta. Paulus, in. l. regula est. nona.

ff. de iuris & facti ignorantia. & de hac intelligendus est Aristot. libro secundo Ethicorum ad Ni- chomachū & in reliquis locis mo- raliū quæ in huius argumenti pro- positione retulimus.

Ad. l. si quis cum sciret. pe-⁴⁸ ultimam. ff. de furtis. quam in octauo argumento, ad pro- bandum, in damnosis, quem- quam, etsi tacentem, non ha- beri pro consentiente, etiam si potuerit contradicere, seu prohi- bere, & nec contradixit, nec prohibuit? Respondebis dupli- citer. Primò, quod id, statutum est, in odium furantis, quem æ- quum non est, cum contra le- gem agat, vtilitatem percipere, ex legis (in hoc tacito consen- su) præsumptione, cum gene- ralis regula sit, iuris civilis, ne- minem debere, ex sua malitia commodum reportare. l. cum hi. paragrapho. si eidem. versiculo. sanè. ff. de transactionib. l. nam- natura æquum est. ff. de condi- ctione indebiti. capit. intelle- ximus. de iudicijs. cum alijs. Quamuis taciturnitas, alioquin, semper consensum inducat, in hoc casu, propter odium fu- rantis, qui contra domini vo- luntatem accessit, dissensum o- perabitur. Vel secundo & verius respondeas, quod textus, non lo- quitur generaliter, de omni, qui potest contradicere, & prohibere, & nō prohibuit: sed de eo tantum

Dd 3 qui

qui potuit prohibere, non obstant aliquo impedimento naturæ, veluti quia, nec os erat obstructum, nec ligatæ manus ad repellendum furem, nec pugio pectori impositus, ut eius metu taceret, & quiesceret, non autem intelligit, de eo, qui habet impedimentum moris, decoris videlicet & honestatis, cui propter subiectionem, quam habet, licitum non fiat resistere, ut filio, patri: liberto, patrono: mulieri, marito: nam tunc, quamvis verè potuisset prohibere, dicendo patri, aut domino, quod non tolleret, verecundiæ tamen ratio, iusta fuit causa, ut propter eam, nihilominus dissensus præsumeretur, & hic est verus intellectus illius textus, ut ex illius litera patebit. Labeo enim, sic ait, in illo versiculo (at si potuit prohibere, nec prohibuit, furti ager, & hoc modo, patronus quoque liberto, & is cuius magna verecundia, ei quem in præsentia, pudor ad resistendum impedit, furtum facere solet) moueot ergo, ut verba illa (at si potuit prohibere, nec prohibuit, furti ager) de homine, qui moris impedimentum habuit, intelligamus, duplici ratione. Prima, quia Labeo, probauit, in versiculo præcedenti, Iurisconsulti Pauli sententiam, dicentis, quod, si quis, cum sciret sibi quid rapti, & quia non potuit prohibere, quæuit, furti agere potest, ergo a contrario sensu

probauit, quod si potuit prohibere, & non prohibuit, non ager furti: alioquin, si dicere voluisset, quod indistinctè, & in omni casu, qui tacuit, in furto, siue cum posset prohibere, & non prohibuit, siue cum non posset, agere potuit furti: ad quid opus erat, duorum contextuum & versiculorum adiectione, cum vnus tantum sufficeret? Secunda est, ex verbis postremi versiculi, sequentibus. ibi. (& hoc modo, patronus quoque liberto, & is cui magna verecundia, ei quem in præsentia pudor ad resistendum impedit &c.) Verba enim (& hoc modo) quid aliud faciunt, quam exemplum apponere, quo intelligi debuisset, principium huius versiculi, qui incipit. ibi. at si potuit? Et sic tantum erit, ac si clarius dixisset, omnis qui potuit naturaliter prohibere, quia nullum eiusmodi impedimentum erat, obitabat tamen illi pudor, & verecundia, ad prohibendum: furti agere poterit, & hoc modo, patronus liberto, furtum facit, & omnis alius, cui pudor resistit, quo comprehendit filios, subditos, & alios minores subiectos, quibus propter debitum obediendi, & obligationem, pudor est, certissimum resistendo impedimentum: quod nos numquam negauimus, imo expressè docuimus, huius & aliarum legum decisionibus innixi, in corpore questionis, quod

quod tunc, taciturnitas operatur consensum, cum quis liberè & commodè, potens contradicere, non contradixit comprehendendo verbo illo (liberè) impedimentum naturæ, quod quæquã priuat vel integra, vel plena libertate, & in verbo (commodè) impedimentum honestatis, seu verecundiæ, aut aliud quodcumque simile, quod a præstatione consensus taciti, poterit quisque excusari, eadem ratione, quia non est plena libertas, & consensus. l. i. s. quæ oneranda: ff. quarum rerum actio non detur: qui ad producendam, vel remittendam obligationem, omnino est necessarius. l. prima. s. conuentionis verbum: versiculo adeo. supra hoc titulo. de pactis.

49. Nec obstat tandem huic resolutioni, textus, qui ab Accursio, Bartolo & communi, allegari solet, ad probandum, eum contradicere seu vetare, esse censendum, in damnosis, qui expressè non consentit, in. l. qui vas. 49. s. vetare. ff. eodem. titulo de furtis. Nam respondebis, quod ea conclusio, ex illo textu non probatur: quod ut melius possis percipere, intentum Iurisconsulti in ealege, placuit tibi apertius explicare. Cum Vlpianus docuisset, in paragrafo præcedenti, multum interesse, ad furti condemnationem, inter eos, qui fures nouerunt, & non indicarunt, & inter eos qui non receperunt ce-

landi animo, nam primos furti non teneri, secundos autem sic iam erat expeditum: ait postea, quod si aliquis, ex voluntate domini, seruum receperit, nec est fur, neque plagiarius, quia nullus dici fur potest, qui consentientem habet domini voluntatem, quod si dominus vetuit, ne reciperet, & ille recepit, videndum est, & distinguendum, quo animo fecit, nam si non fecit animo celandi, sed ut seruum volentem fugere seruaret, vel custodiret indemnem, & saluum, ab iniusta ira domini, seu ut nudum vestiret, siue alia iusta de causa, ut fur aut plagiarius condemnari non potest: etiam si inuito domino fecit: si autem fecit animo celandi, tunc, ut fur vel plagiarius debuit condemnari, postea autem, ut cognosceremus, quando dominus, propriè vetare diceretur, ad effectus de quo postea, inquit (vetare autem, dominum, accipimus etiam eum, qui ignorat: hoc est, eum qui non consentit) ex quibus verbis colligit Accursius, Bartolus & communis, quod non consentire expressè, in damnosis est dissentire, vetare, & contradicere. Sed quam malè id colligant, litera textus & mens altius inspecta indicabit: si enim is dicitur vetare, qui ignorat receptionem, ergo qui non ignorat, sed scit, certo cognoscit, & tacet, vetare non dicitur: nam ratio quæ est in igno-

rante, defectus videlicet voluntatis & consensus (nam nemo vult quod ignorat) non reperitur in sciente, & tacente, qui dum non contradicit, cum commodè potest, velle & consentire ex legis presumptione est censendus. Nec obstabit, quòd idem Ulpianus, interpretans quid sit ignorare, dixit, cum non consentire, ex quo videtur probari, oportere recipientem, consentum probare, quod verum est, & nos non negamus: probatur tamè domini consensus, ex probatione taciturnitatis domini, potentis contradicere & non contradicentis, & in hoc stat fallacia Bartoli, & ceterorum. Nam existimant, probationem taciturnitatis, non esse probationem consensus, nisi adsit probatio consensus expressi, quod falsum est, nam quotiescumq; à lege expressus consensus non requiritur: consensus solus, qui per taciturnitatem colligitur, erit sufficiens, ut iam latè supra demonstrauimus. Et sic, cum in casu illius, solum lex requirat, quod dominus cõsenserit, ad excusandum recipientem de furto & plagio, nec de expressione eius aliquam mentionem fecerit, satis probauit receptator, dominum non vetasse, sed consensisse, cum illum scientem, tacuisse monstrauerit, ex regulis supra traditis.

Sed restat modo videre, quid operetur vetatio domini, nam primo aspectu, distinctio hæc Iuriconsulti, an dominus vetauerit, vel

non, frustratoria reddi videtur, eò, quod semper, si celandi animo fecit, quamuis præcedat vetatio, vel non præcedat, ut plagiarius condemnatur: si autem non celandi animo fecit, cum vetatione vel sine vetatione, ut talis non condemnatur, ut litera textus dicit: sed respõdebis, multum operari vetationem domini, nam postquam is vetauerit, condemnabitur, qui seruum recipit: si se animo non celandi, sed alia iusta de causa, recepisse alijs legitimis probationibus non monstrauerit, si autem non præcedat vetatio, quamuis nihil probet, ut plagiarius non condemnabitur, in casu dubio: quia cum habeat pro se, iuris præsumptionem (nam in dubio nullus censetur deliquisse) incumbet probatio, ad dominum, quòd ille receperit, animo celandi, qui si non probauerit legitimè, in petitione succumbet: & sic vetatio, transfert onus probationis in recipientem, qui magnus est vetationis effectus.

Ex quibus omnibus, satis constare arbitror, prædictas duas regulas à nobis supra traditas verissimas esse, ut cum consensus solum requiritur, sufficiat taciturnitatis probatio, si liberè & commodè potuit prohibere, & non prohibuit: si autem ultra consensum simpliciter, requiratur expressio, seu consensus expressus, taciturnitas nihil operetur, quia tunc (ut dixit Caius Iuriconsultus & Bonifacius Ponti-

fex

fex) verum est illum nec interrogatum fateri, nec illud negare videri: pro ut supra iam exposuimus, cui distinctioni (ni fallor) in toto iure ciuili, legem aduersantem non reperies.

50 Ex cuius verissima resolutione, nonnulla deducenda sunt, aduersus quorundam interpretum nostrorum scripta, quæ mihi iure non possunt probari. Primum est, falsam videri distinctionem glossæ, in c. is qui tacet. de regul. iuris. in c. 6. dicentis, quòd in facto concupiscibili, honorabili, & meritorio, taciturnitas habetur pro consensu. l. qui patitur. ff. mandati. in facto autem, quod non est concupiscibile, honorabile, & meritorium, sed onerosum, non habetur pro consensu, sed pro contradictione. Quæ sequitur ibi Dynus, Ioannes Andreas, & Monachus, Abbas in c. vestra. de locato. & in c. ex parte decani. col. 3. & 4. de rescriptis. Andreas Barbacia. in c. cum dilecti. de consuetudine. Felinus. cap. 1. de maiestate & obedientia. & in c. cum omnes de constitutionibus. Bartolus in l. quæ dotis nu. 22. ff. soluto matrimonio. Baldus in l. si sine voluntate. C. ad Velleianum & alij multi post eos. Fuit autem omnium primi, Innocentij. 4. in c. in Genesi. nu. 5. de electione. sed sine dubio aduersatur his legibus, quas in corpore quæstionis adduximus, & quibus expressè probatur, tacentem etiam in onerosis & obligatorijs,

haberi pro consentiente, si contradicere seu prohibere commodè potuit, & non prohibuit.

51 Secundo inferitur, falsam similiter videri, aliam distinctionem docti Antonij de Butrio, in cap. nonne, de præsumptionibus. quæ prius fuit Cyni, in l. inuitus. C. de procuratoribus. & eam pro regula tradidit Bartholomeus Socinus. in tractatu suo regularum, regul. 395. dicentis, quòd omnis taciturnitas, habetur in iure, regulariter, pro contradictione, exceptis his casibus, qui reperiuntur expressi, in quibus tacens, habetur pro consentiente: nam ultra id, quod vitiosum esset, nec ferendum, plures dari exceptiones, his quæ in regula continentur (quia regula, semper esse debet, de pluribus, quæ in eo genere sint) contrariatur palàm Iuris consultorum & Pontificum decretis, quibus, pro regula est nobis traditum, tacentem haberi pro consentiente.

52 Tertio colligè, improbabilem reddi, distinctionem aliam Accursij in l. Caius. verbo. non obesse. ff. de pignoratitia actione. vbi tenet, quòd si contractus, qui fit in mei præsentia, de re mea, etià me inuito, fieri potest, ut venditio, vel legatum. l. rem alienam. ff. de contrahenda emptione. s. non solum. inst. de legatis. tunc, non solum mea præsentia & taciturnitas, sed nec subscriptio potest mihi nocere, & sic intelligit. d. l. Caius. si autem, con-

Dd 5 tra-

tractus non potest fieri, me inuito, ut videmus in pignore, quod de re aliena constitui non potest: l. 2. C. si res aliena pignori data sit. tunc, si ego illud videam, vel sciam & taceam, nocebit: quia talis taciturnitas, habetur pro consensu: sed ea distinctio, quamuis eam sequatur Bartolus. ibi. num. 2. Baldus, tam ibi, quam in. s. fin. inst. quibus modis, ius patris potest. solui. mihi placere non potest: quia vnum eius membrum apparet falsum: nam. l. rem alienam. allegata supra, non dicit, quod venditio rei mea, me sciente & expresse contradicente, possit valide celebrari: sed quod res aliena distrahi potest, quod intelligi debet necessario, suppositis terminis habilibus, & sic, ignorante domino, vel tacente & non contradicente: sic ut ex eius ignorantia, vel taciturnitate, emptor esse alienam non posset cognoscere: nam si dominus contradiceret expresse, ut Accursius & Bartolus supponunt, essent emptor & venditor in mala fide, quae emptioni, & ceteris contractibus bonae fidei, legitimum titulum dare non potuit. Et sic verè tenendum est, primum, quod tam emptio, sicut pignus, celebrari non potest, contradicente domino, cum mala fides non possit prodesse. Secundum, quod siue contractus valeat, siue non valeat, sine meo consensu, ut est in emptione & pignore (singula singulis referendo) semper

valebit, cum me sciente & non contradicente, celebretur: si commodè fieri possit contradictio, quo autem modo debeat intelligi textus in. d. l. Caius. iam, in solutione quinti argumenti, vidisti.

Quarto deducitur, falsam videri, aliam distinctionem Bartoli, in. l. quæ dotis numero. 12. & 23. ff. soluto matrimonio. dicentis, multum interesse, an præiudiciū, quod ex taciturnitate sequitur, sit in iure personali, an verò in reali, nam in iure reali, præsumitur consensus ex taciturnitate, in iure autem personali, non sic: per l. filiusfamilias. s. inuitus. ff. de procuratoribus. nam cum regula sit generalis, tacentem haberi pro consentiente, nec in iure personali videamus contrarium expressum, non est quare hæc distinctio debeat obtinere, etiam si in obligatione eam pro regula tradiderit Socinus. regula. 394. textum autem in dicta lege. filiusfamilias. s. inuitus. iam in solutione secundi argumenti, declarauimus.

Quinto infertur, falsam videri, doctrinam Innocentij, in capite primo, in glossa. quæ est, super verbo. obiectura. de his quæ fiunt, à maiori parte capi. ubi tenet, quod si aliquis de ecclesia, eligitur ad dignitatem, & tacet, præsumitur consentire: si autem extranea sit persona, tacendo non videtur consentire, & sic,

& sic, ut acquirat ius, oportet, quod consentiat expresse: nam cum regula doceat, consensum præsumi ex taciturnitate, nec exceptum sit ab ea, an extranea persona, an propria existat, non est noua hæc distinctio, sine aliquo fundamento constituenda.

55 Sexto colligitur, veram non videri, aliam Bartoli distinctionem, in. l. i. C. de dilatio. tenentis, speciale esse, quod in actibus iudicialibus, si faciat iudex, aliquem actum præiudicalem, parti præsentem, videatur ipsa pars, illi consentire, si non dissentiat & contradicat expresse, sed taceat: & sic monet reū, quod faciat, in actis processus scribi, partem præsentem, expresse contradixisse: nam si id non faciat, condemnabitur: nam id, cum in regula generali comprehendatur, non est, quare ut speciale, in iudicialibus iudicetur, cum in extraiudicialibus idem prorsus procedat.

56 Septimo notabis, superfluum esse distinctionem Petri, doctoris antiqui, quem refert Cynus, in. l. inuitus. num. 7. C. de procuratoribus. ponentis differentiam, inter contractus, iudicia & delicta, cum verè, in iure, nulla reperitur: nam si quis, cum commodè posset, delinquentem non prohibuit, ut illius delicto consentiens, puniri debet, cum regula iurit dicitur, agentes & consentientes pari pena puniendos cap. i. ubi late doctores, de officio & potestate deleg. & in iudicijs similiter. l. læ-

pe. ff. de re iudicat. & in contractibus, plusquam manifestum est, ex iuribus supra relatis.

57 Octavo aduertes, friuolam esse, aliam distinctionem Bartoli, in. l. quo enim. 12. s. rem haberi. nu. 10. ff. rem raram haberi. quam sequitur Abbas, Felinus, & alij. in. c. nonne. de præsumptio. Angelus & Paulus Castrensis. in. l. filiusfamilias. ff. ad Macedonianum, ea autem est, quod si ultra taciturnitatem, interueniat aliquis actus positivus, tunc tacens, sine dubio, habetur pro consentiente: ex hoc inferentes, quod si aliquis, scienter recepit literas alicuius, in quibus dicebatur, quod erat debitor mittentis, si illico non reclamauit, videtur consensisse. hæc enim doctrina, non habet fundamentum in re, nam siue ad actum positivum procedat tacens, ut in hoc casu receptionis, siue non procedat, utroque modo consensus præsumitur, cum semper & in omni casu, quo quis potuit commodè contradicere, & non contradixit, taciturnitatem pro consensu, & sic pro actu positivo, leges interpretentur: quarum iudicio standum est. Quo admissio, improbamus similiter eiusdem Bartoli, Abbatis, Felini, Angeli & Pauli opinionem, qui in exemplo relato, dicunt, oportere, ut quis recipiendo literas absentis, non obligetur, ex præsumpto consensu, quod contradicat expresse, quod esse falsum, regularum nostrarum ratio comprobabit: nam cum

cū commodè qui recepit literas, non possit contradicere, legitimè à præstatione consensus excusabitur. Quis enim, etsi curiosus sit, rerum & iuris investigator, obligari debet, si ignoranter recepit epistolam, ex eo quòd non contradicatur? debemus ne, obligare illum, ut diuinaret, ad eam non recipiendam, quòd mittitur ab eo, qui creditor ex taciturnitate eius cupit fieri profectò non, cum impossibillū nulla sit obligatio. impossibillū. ff. de regul. iuris. & postquam accepit, quæ est ratio, quare tenentur, vocare vicinos, ad hoc ut videant, se contentis in epistola contradicere certè nulla. Nam in hoc efficiendo, non adest commoditas, quam esse necessariam, ad hoc ut quis, ex taciturnitate obligetur, offendimus supra. Si verò, qui detulit epistolam, ad absentem, qui eam recepit, sit procurator mittentis, vel alia persona, ad hoc solum destinata, cui commodè potuit fieri responsio, onus vel debitum diffidendo, tunc si taceat recipiens, verosimiliter taciturnitatem illam, pro consensu interpretabimur: ex quibus, redduntur etiam inutilia, quæ affert Matheslanus & latius eius additionator Gabriel de Sarayna. in singulari. 22.

Nonò infertur, falsum videri, Ioannem Imolensem, in ca. Quinraballis, de iure iurando. 19. dissentientia quem sequitur Romanus,

Alexander & Iaso, in. l. quæ dotis. nu. 98. ff. soluto matrimonio. Marcus Antonius, in tractatu de compromissis. p. 1. q. 1. nu. 36. dicentes, quod si is, in quem fit cōpromissū, præsens sit & tacerit, nō videtur arbitriū recepisse, ne se oneret obligatione: nā ex supradictis constat, obligationē nō esse causam, ut consensus nō præsumatur, sed sola contradictio vel incommoditas contradicendi, sicque compelli poterit à Prætorē, ille arbiter, ad iudicandum, si cum posset commodè contradicere electioni, non contradixit, cū in cōpromisso, expressus consensus à iure non requiratur.

Decimò videtur, censuram pati posse, Abbas Panormitanus & Barbacia. num. 11. Couarru. 4. in. cap. Ioannes. de testamentis. quæ communis est, doctorum sententia, ut ibi Couarru. testatur, dum existimant, executorem testamentorum, non esse censendum, consentire illius obligationi, si videat, se executorem creari, & taceat, dum modo non acceptet expressè, allegant. l. filiusfamilias. s. inuitus. ff. de procuratoribus. & l. idem Pomponius. 14. alias incipit, si de meis. s. recepisse. ff. de arbitris. sed eum prima loquatur solum in procuratore, ut supra ostendimus, & executor non sit propriè & verè procurator, sic in executore locum non habebit, cum leges speciales & iuris stricti extendi non debeant: textu
verò

verò in. d. l. de meis. s. recepisse. nihil probat, si attentius illis, tu literam inspexeris: nam nec arbiter, voluntati partium, nec partes iudicio arbitri, simpliciter consenserunt, nec voluerunt cōsentire: sed intenderunt tantum experiri, ut litera dicit, an solo eius iudicio & auctoritate, litem & controuersiam possent componere: quæ voluntas, in solo principio experimenti, arbitrum compromissarium non cōstituit.

60 Undecimò colligitur, quòd cū in legibus & statutis, quæ requirunt expressum consensum, non sufficiat tacitus, ut probauimus: videtur deceptus Baldus, in. l. in adoptionibus. num. fin. ff. de adoptionibus. tradens pro regula, quòd semper non contradicere, est expressè consentire, quòd falsum est, & procedere potest tantum, in illis casibus, in quibus, consensus solus, nō autem consensus expressus requiritur. In eodem errore fuit Dynus, pro ut refert idem Baldus, in. l. 2. s. voluntatem. ff. soluto matrimonio. dicens, quòd si quis, duxit aliquem, ad suam creditorem, ut pro eo fideiuberet, & nihil est loquutus fideiussor, per tacitum consensum, qui ex taciturnitate colligitur. nihilominus obligatur: quòd falsum est, nam cum pro forma, requirat lex, stipulationem in fideiussione. l. bladitus. C. de fideiussoribus. impleri per tacitum nō poterit, cum quia tacitum in hoc casu, non equi

pollet expresso, tum etiam, quia quāuis æquipolleret, sustinere nō posset vicem expressi, cum forma, non impleatur per æquipollens, in cuius errorem similem lapsus fuit Cynus, in. l. inuitus. num. 8. C. de Procuratoribus. existimans, quòd si quis constituat, personam coniunctā pro procuratore, & ille taceat, videtur procuratori consensisse, ratione coniunctionis, secus autē esse, si esset persona extranea, quia non videtur consentire oneri, nā pro ut nos supra notauim⁹, ex. d. l. filiusfamilias. s. inuitus, in procuratore admittenda, requiritur expressus consensus, & sic tamquam propriæ formæ, non poterit illi satisfieri per tacitum. De quo notari etiam poterunt, Petrus & Iacobus de Rauena, pro ut ibi refert Cyn⁹, dicentes, idem esse admittendum, cum procurator esset amicus, & familiaris, quo casu, propter beneuolentiam, quæ est inter eos, nascitur præsumptus consensus, sed cū consensus solus non sufficiat, ut sæpe diximus, sed expressus requiratur, minus rectè eos omnes opinari non malè asseuerabis.

Duodecimò tandem & finaliter colligitur, ut ad principalem questionem textus nostri reuertamur, quòd cum in vrbanoꝝ prædiorum locatione, ad hoc ut bona inuecta & illata, sint pro pensione hypothecata, tacitus cōsensus sufficiat. ut tam hic, quàm in. l. ex eo iure. ff. in quibus causis, pignus vel hypo

hypotheca tacite contrahatur. cōstat, perperam existimasse Iacobū de Arenis, & Cynum, in .l. certi iuris. 3. quæst. num. 3. & ibidem Salicetum, & Baldum. quæst. 7. Angelum & Ioannem Fabrum, in .s. itē Seruiana. inst. de actio. dum tenēt, quòd si res alienæ inferantur, sciēte & tacente domino, quamuis nō contradicente, non inducitur obligatio in eis, quia vt ipsi dicunt, & repetit ipse Baldus, in hac .l. item quia. numer. 3. est necessaria fraudis & doli probatio, que per solam taciturnitatem non inducitur per textū in .l. 2. C. si res. aliena pignori data sit. Sed cum hoc fundamentum, iam prostrauerim, in solutione sexti argumenti, manebit secura & defensa opinio nostra, quòd videlicet, tam in inuectis & illatis in prædia urbana, siue rustica, quàm in alijs quibuscumque contractibus, vel quasi, sciēte domino & non contradicente, inducitur cōsensus tacitus, qui ad constituēdam obligationem, vbi expressus non requiritur, satis erit, & sic finitur huius quæstionis resolutio, quæ vtinam, tantum tibi afferat (bone lector) utilitatis, quantum nobis attulit, eius meditatio & compositio laboris.

SUMMARIA AD Caput Quintum.

Expressa conuentio partium in pignore, facit cessare tacitam legalem, aduer-

- sus Baldum, Angelum Fabrum & alios.*
- 2 Quid operetur tacitum pignus legale, reiectis duabus Martini Laudensis, & Iasonis opinionibus, nouè docetur.
 - 3 Bona conductoris, semel inducta, in domum conductam, quamuis alibi transferatur, manet tamen semper, nexu pignoris obligata. aduersus Baldum & alios.
 - 4 Res inducta in domum, quæ tacite sunt obligata pro pensione, & deterioratione, detineri possunt, pro alio quocumque debito, aduersus Iasonem, intellecto textu in .l. sub preteritu C. commodati.
 - 5 Quamuis pensio non soluat, minimè poterit, dominus rerum inuectarum, possessionem propria autoritate capere, reiecta Bartoli, Angeli & communi opinione: imo si possessionem capiat, propria autoritate, iure pignoris primari posse docetur, nouiter intellecto textu. in .l. est differentia, ff. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur.
 - 6 Nouiter intelligitur textus, in .l. utique. ff. de damno infecto.
 - 7 Cum prædium, non in pecunia numerata locatur, sed in alia mercede, tacita legis conuentio de pignore, locum non habet: aduersus Accursum, Cynum, Baldum & alios.
 - 8 An bona secundi conductoris, sint tacite hypothecata primo locatori? duæ diuersæ afferuntur opiniones, quæ non placent.
 - 9 Alia doctrina Connani, ad conciliationem duarum legum, vt incommoda repellitur.
 - 10 Noua resolutio & conciliatio in hac materia docetur.
 - 11 Disputatur, ad quem pertineat probatio, rerum inuectarum vel non inuectarum: ac tandem, aduersus Bartolum & omnes, probationem ad conductorem, quòd res illata non fuerint, pertinere, nouè defenditur, intellecto præter omnes textu, in .l. si non inducta. C. quibus in causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur.

Caput

CAPUT

Quintum.



Nigitur, difficiliore pignoratitij contractus quæstiones, quæ à doctoribus solent, in præsentia tractari, faciamus missas: eandem materiam pignoris continuando, octauò nunc quæram, an tacita hæc, bonorum hypotheca generalis, inducta à lege, tollatur per aliam partium expressam & specialem: Baldus in .l. certi iuris. num. 19. C. locati. Angelus, in .s. item Seruiana. & Ioannes Faber, num. 3. secure tenēt, quòd vna generalis, per aliam specialem non tollitur, quam sententiā, communiter esse receptam, testatur Antonius de Fano, tractatu de pignoribus. 4. membro. secundæ partis. num. 21. afferentes, quòd vni remedio, non censetur per aliud præiudicium afferri: sed tamē verior mihi videtur opinio contraria, quòd videlicet, expressa conuentio partium, faciat cessare tacitam legis: sic, vt si partes conueniant, deserto pignore, pro pensionis affectione, non cadat tacita hypotheca, in reliquas res illatas, pro ut tenent Dynus, Cynus, & Salicetus, in .d. l. certi iuris. 6. quæstione. mouentur duplici ratione. Prima, ex regula generali, quæ docet, quòd

provisio hominis, facit cessare provisionem legis. l. fin. C. de pactis conuentis. l. 2. & .l. potior. §. si colonus. ff. qui potiores in pignore habeantur. sed cum prima non male cōfutetur à Baldo, in .d. l. certi iuris num. 19. & secunda melius confutetur ab Angelo, in .d. s. item Seruiana. num. 4. Tu alia securiori eandem opinionem defendes, eruta ex .l. cū colono. 14. ff. quibus modis, pignus vel hypotheca soluitur. vbi Labeo docuit, quòd si cum colono cōuenit, vt inuecta & illata, sint pignori obnoxia, donec merces soluat, si postea mercedis nomine, fideiussor est datus, cum satis factum sit creditori, desinūt res expresse obligatæ, pignoris amplius esse. Quæ decisio, tam clarò quæstionem nostram videtur decidere, vt sæpe miratus fuerim frivola Baldi, Angeli & Fabri rationem, qua ad contrarium tenendū fuerūt impulsæ. Cū inter fideiussorē & pignus speciale, nil aliud inter sit, nisi quod pignus, est fideiussor mortuus, fideiussor verò viuus pignus, pro vt supra memini me docuisse.

Nonò quæro, quid operetur ista tacita legis hypotheca, in rebus inductis & illatis, & quid differat ab ea, quam ipsæ partes specialiter faciunt & expresse, de re aliqua? Martinus Laudensis, in hac .l. item quia. affirmat, quòd hypotheca hæc tacita, sic inducit pignoris nexum & obligationem, in rebus inuectis

uectis & illatis, ad impediendam ipsarum alienationem, sicut conuentio expressa & specialis, per generalitatem. l. si debitor. C. de distractione pignorum. Vbi Imperatores Diocleianus & Maximianus rescripserunt, quod si debitor, rem iure pignoris, creditori obligata, illo non consentiente distraxit, dominium cum sua causa, id est obligatione pignoris, transfuit ad emptorem, nullam faciens mentionem, an generalis, an vero specialis esset. Ad textum autem in. l. est differentia. 9. ff. quibus in causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. in qua Paulus docet, quod mancipia, obligata pro pensione, & sic conuentione tacita, possumus manumittere, an requam pensionis nomine precluderentur. Respondet esse speciale in casu libertatis, ut serui possint manumitti, quam esse verisimam solutionem, testatur Fano, de pignoribus. 4. parte. 2. membro. numero. 134. Hugo Donellus. in tractatu etiam de pignoribus. cap. quibus in causis, pignus vel hypotheca tacite contrah.

Iaso autem in presenti. numero. 2. aliter sentit, dicens, quod cum legalis hæc hypotheca, sit generalis & tacita, non impedit rerum inuectarum alienationem, & sic si alienentur, non transibit cum illis ad emptorem, aliquod ius pignoris, nisi postquam facta fuerit earum inclusio, hoc est descriptio

per manum notarij. ex dicta. l. est differentia. ff. quibus in causis, pignus vel hypotheca tacite contrahatur. addens ex Bartolo & Angelo, quod ista inclusio, fieri non potest, nisi quando conductor, debitor pensionis fuerit in mora, illam non soluendi, & statim subdit hæc verba (vnde diu & multum cogita, quid operetur ista tacita hypotheca, quam ista lex & similes inducunt, in bonis inuectis, cum non impediatur alienationem, pro certo elusoria & inanis videtur, decisio istarum legum) dicit tamen postea, quod ne sequatur hoc absurdum, debet necessario teneri opinio Laudensis.

Sed neutra earum mihi probatur, nam dicere cum Laudensi, quod generaliter & tacite hypothecata, sic sunt obligata nexu, ut alienari non possint, sicut ea quæ expressè & specialiter sunt hypothecata, falsum videtur, & contra ius expressum, in dicta. l. est differentia. cuius mentio de seruitute, exempli causa adducta est, quod non restringit regulam. l. 9. La-beo. ff. de aqua plubia arcenda. Preterea, nam si est speciale, propter libertatem, ut serui etiam obligati possint manumitti, rationem postulo à Martino, quare in seruo specialiter obligato, id non procedat. l. ab eo. C. de seruo pignato. manu. in quo idem fauor & privilegium est, quod in alio, cum ratio libertatis æquè militet in

utro

utroque: quam si reddere non poterit, nec ceteri qui eum postea sequuntur, necessario fateri debent, in specialitate & privilegio libertatis, regulæ generalis ratione formalem minimè consistere. dicere autem cum secunda opinione, quam tentauit Iaso, & alij nonnulli approbarunt, quod res videlicet, generaliter hypothecata, non transeunt cum onere pignoris in tertium emptorem, sicut cum specialiter hypothecantur, falsum est, cum competat quasi Seruiana, seu hypothecaria. §. item Seruiana. in. l. de actio. notat Bartolus. in. l. 3. 4. questione. C. de pignoribus & nos latius scripsimus supra.

Quamobrem, cum hæc omnia displiceant, aliam inter has duas hypothecas, generalem scilicet & specialem, constitui posse differentiam arbitror, existimo enim, quod in hypotheca bonorum generali, siue legis, siue hominis, (nam in hoc non stat differentia) non ad est aliqua obligatio certa, & formalis, sed conditionata tantum: & ea ratione potuit olim, & potest hodie, res alienari, sub futura conditione resoluenda, quod si verbi gratia pensio non sit soluta, nec alia bona debitoris propria extiterint, illa quæ alienatur, capi possent, iure pignoris, tamquam si à principio, hypotheca specialis, esset in eis contracta: & huic periculo se exponunt, qui conditionem & statum eorum, cum qui

bus contrahunt, cautè & prudenter non considerant & exquirunt, ante contractum: in conuentionali autem & speciali pignore, diuersum omnino est, nam eius obligatio, est certa & determinata, in illare, quæ signatur, siue aliæ supersint, siue non supersint, cum ad illam solum, restringere se voluerit creditor: nec pendet ex aliqua conditione, sed de presenti existit, supposita creditori, cui sine eius assensu, abdicari per alienationem non potuit: & sic solum vno casu, erit eadem virtus huius tacitæ & generalis conuentionis legalis, & specialis ex conuentione, quando certum sit, bona propria debitoris, non posse reperiri, quæ debiti compensationi sufficiant: erunt enim tunc, sic hypothecata pro pignore, ut repeti possent, per quasi Seruianam, vel hypothecariam, ac si, specialiter fuisset obligata, quauis in alteriº cuiuscumque extraneæ personæ manibº, legitimo titulo possessè inueniatur: cum vinculum illud pignoris taciti, quod per illationem bonorum, in prædiu conductu, contractu est, vel alia generali expressa conuentione, durauerit semper, & ad semper, sub hac tacita conditione, si alia solutio vel satisfactio non accesserit, vel alia sint bona debitoris, quæ eius vicem suppleant: quo solo casu, cum scilicet, nulla alia bona propria debitoris supersint, est intelligendus tex. in. dict. l. si debitor. C. de distractione pignorum. et si

Et Laudens

Laudensis, Iaso, Fanensis & alij minus rectè, generalius intellexerint.

Nec alicuius est momenti, rerū inclusio, seu descriptio per manum notarij, vt dixerunt Bartolus & Angelus, allegati à Iasone hic: nā ultra id, quod de hac descriptione notarij, nihil reperiat in iure, quo eius virtus possit probari, deficit hæc opinio in eo, quod censet, siac ea inclusione & descriptione, non posse creditorem agere, cōtra tertium possessorem rei pignoratæ, cum generalis tātum obligatio præcessit, quod verum non esse, etiam relatis constabit.

Decimò quæro, an si hæc bona, inuecta & illata, quæ tacitè hypothecantur, transferantur alibi, in aliam videlicet domum, propriam conductoris, vel alienam, desinat esse obligata pro pensione? Baldus, in dict. l. certi iuris. in. 6. quæst. num. 12. quem sequitur Angelus. numero. 1. in. s. item Seruiana. & Iaso. 66. non desinere esse hypothecata dicunt, per textum in. l. vtrum. 37. versic. vnde falsam. ff. de constituta pecunia. ibi (nam cum semel sit obligatus, qui constituit factum debitoris, non debet eum excusare) & respondet ad textum in. l. cum tabernam. ff. de pignoribus. quæ responsione (iudicio meo) non indiget, quia rectè inspecta, nihil in contrarium facit, per te videas: sequitur eosdem Fanensis, in tractatu de pignor. 2. part. 4. mem-

bro num. 142. intelligens eorum sententiam, veram esse, cum res in domum conductam, sunt inuectæ & illata, eo proposito & animo, vt perpetuò ibi sint, omni tempore locationis, quod probat ex Bartolo, in. l. si non inducta. C. in quibus causis, pignus vel hypotheca tacitè contrahatur. & esse textum asserit pro hoc, in. l. debitor. ff. de pignoribus.

Sed ego dico contra, imo quod etsi res non sint inuectæ, vt ibi perpetuò sint, sed solum vt ibi sint, quamuis vt postea distrahantur, maneat nihilominus hypotheca, & repeti possint, cum alia non supersunt bona: non solum, si in domo alia, ipsius conductoris, & sic in eius potestate reperiantur: sed quamuis sint in alterius extraneæ personæ possessione, legitimo titulo præcedente, per quemcumque contractum. Nec obstat Bartolus, quoniam reprobata communi opinione, de qua egimus supra, is etiam mansit improbatus, quia nihil probat: textum verò, in dicta. l. debitor, ibidem etiam, aliter quam communis, intellexim⁹, quò ne quidquam repetatur, recurre.

Vndecimò quæro, an constituto, quòd ex natura locationis horum prædiorum venit obligatio hypothecaria, rerum inuectarum, non solum pro pensione, sed pro deterioratione etiam, quamuis de eo nihil cautum sit. l. cum condu-

ctorem. C. de locato. quia tacita conuentio sufficit. l. 2. & 3. ff. in quibus causis pignus vel hypotheca, tacitè contrahatur. possit similiter, dominus locator, eadem bona, pro alio diuerso debito retinere, Iaso in hac. l. item quia num. 1. versic. 4. quod hic. indistinctè tenet quod non: quia pro sola deterioratione & pensione est expressum in iure. quod antea etiam dixerat in. l. si non sortem. s. si centum. ff. de conditione indebiti. probat ex. l. sub prætextu, quæ est finalis. C. commodati. vbi declaratum est à Diocleciano & Maximiano, quòd prætextu alicuius diuersi debiti, res aliqua deteneri non possit: sed magis placet opinio contraria, quam tenuit Bartolus, in. l. solutum. s. soluta. num. fin. ff. de pignoratitia actione. Angelus in dicta. s. item Seruiana. numero. 6. vbi. Mynfingerius. 20. Fanensis. de pignoribus. vbi supra. num. 129. idque clarè constat, ex. l. vnica. C. etiam ob chirographariam pecuniam, tam in eo (quod rubrū vocant) quam in nigro, vbi rescriptū est Festo à Gordiano Imperatore, quòd si aliquis possideat pignus, & soluto debito, vellet qui debitor fuit, illud repetere: si adest aliqua alia obligatio, cui non sit satis factum, competit exceptio ipsi creditori, ad repellendum debitorem, quousq; chirographariam aliam obligationem persoluat. Nec obstat textus, in dicta. l. sub prætex-

tu. nam ille loquitur, in commo- dato, quod quidem cum solum modò, gratia creditoris, de quo ibi, debitor liberaliter exercuerit, æquum profectò non erat, vt eius gratiosæ liberalitati, onus retentionis in pignus, pro alio debito responderet: nos verò loquimur, è contra, quando videlicet, beneficium, potius ex parte creditoris locantis, in conductorem pignorantem confertur: tunc enim mirum non est, si inuecta pro pensione domus, vel alio modo obligata, pro alio etiam debito possint detineri, ab eodem creditore, cui adde, facilius obligationem ad aliam extendi posse, vt in pignore, quam de nouo creati, vt in commo dato, & sic cum diuersa sit inter vtrūq; ratio, de vno ad aliud non licebit arguere.

Duodecimò, quæro, an si pensio, à conductore non solvatur, possit locator, possessionem rerum interctarum, propria capere autoritate? Angelus, vbi supra. nu. 5. tenet, quòd sic, & Bartolus antea, in. l. est differentia. ff. in quibus causis pignus vel hypot. tacitè contrah. per textum, ibi. vbi Paulus respondit, posse præcludi illi bona, id est detineri & accipi, pro pensione non soluta, idem tenet Faber in dicto. s. item Seruiana. nu. 8. per textum in. l. vtiq; ff. de dāno infecto. quæ communis sententia est: sed aliter, mihi videtur dicendum, quòd dominus locator, bonorum inuectorum ni-

hil possit, propria autoritate capere, sine iudicis licentia, aut expressa ipsius cum debitore conventionione, moueor ex textu. in l. pignoris causa. 10. C. de pignoratitia actione. qui in hoc casu mihi videtur expressus, sic enim in eius secunda parte Dioclecianus & Maximianus Imperatores rescripserunt (nec creditor citra conventionem, vel praesidialem iusionem, debiti causa, res debitoris sui auferre potest) quod adeo verum existimo, ut creditorem, qui propria autoritate, res inuectas surripit, iure pignoris & obligatione in eo contenta, fore priuandum arbitretur: quia in legem Iuliam, & in edictum Diui Marci incidit, de quo in l. extat. ff. quod metus causa. l. si quis in tantam. C. vnde vi. nec aliquid obstat textus in dicta. l. est differentia. in quo Bartolus & Angelus, fundantur, propter illa verba (manumittere possumus, ante quam pensionis nomine praeccludantur) primo, nam ea non probant, quod potest creditor, propria autoritate, praeccludere illas, id est claudere in domo sua. Secundo, quia, significatio illorum verborum, est multum diuersa, ab ea, quam isti doctores concipiunt (nomine enim pensionis, res inuectas praeccludere) non significat, locatorem detinere, capere & includere in domum propriam eas posse, ut putarunt Bartolus, Angelus & caeteri eorum sequaces, bonae lati-

nitatis ignari: sed solum, quod, quando pensio, per alias res, quam per seruos, solui non potest: tunc, eos non possumus manumittere, id enim significant haec verba (ante quam pensionis nomine praeccludantur) id est, ante quam impediuntur alienari, propter vim pignoris, quod etsi generale sit, illo tamen casu, quando obligatio, alias impleri non possit, vim habet specialis, ad impediendam manumissionem, & quamcumque aliam rei alienationem. Quod ut magis verum probetur, notabis quod in Pandectis Florentinis (quas caeteris emendatiores esse, omnibus in confesso est) non dicitur, antequam pensionis nomini praeccludantur, sed (ante quam pensionis nomine praeccludamur) continuando ad praecedentia sic: est differentia, obligatorum propter pensionem, & eorum quae ex conventionione manifestarij pignoris nomine tenentur, quia manumittere mancipia, obligata pignori non possumus: inhabitantes autem manumittimus, ante quam pensionis nomine praeccludamur. Quorum esse verum hunc sensum dico, differentia inter generalem hypothecam rerum inuectarum, pro habitatione, & specialem, quae facta est consensu partium, haec est, quod in speciali hypotheca, non possumus vendere & alienare nostra, ut seruos & alia quae possidemus, sic obligata: in-

gene

generali autem possumus, nisi alijs omnibus bonis sic destituamur, ut pensionis soluendae gratia, seruos, vel alia nostra, quibus est illi satis faciendum, vendere & alienare impediatur. Quia tunc, generalis hypotheca (ut diximus) habere incipit in rebus manentibus, vicem specialis, quia verificatur conditio, sub qua pendebat, quod videlicet, nec pensio soluta est, nec alia bona remanent, quibus possit merces locationis persolui, & sic dissoluitur fundamentum Bartoli, Angeli & communis.

6 Minus obstat, secundum Fabri, de textu in dicta. l. vtrique. ff. de damno infecto. nam pro ut ego aduerto. Paulus ibi, non dixit, quod creditor, propria autoritate, poterat accipere, res inuectas, pro debita pensione: sed solum, quod poterat retinere: cum videlicet inquilinus, volebat (non soluta pensione locationis praecedentis) iniuste eas auferre, & alibi inuito creditore deportare, & quia periculum redundabat in dominum, si conductor posset, res illas (non soluendo pensionem) ex domo conducta deducere, nulla relicta, qua possit mercedi satis fieri, ea ratione respondit Paulus, quod iusta retentio pignoris fieri a domino poterat. Pro cuius maiori declaratione, debes notare, quod dicta. l. vtrique. continuatiue legi debet, ad praecedentem, in qua egerat Ulpianus, de inquilino, qui

migrare volebat, propter ruinam, quam domus vicini, suae minabatur, & quia actionem damni infecti non habebat, contra dominum, dixit, posse illum, a domo conducta, intra tempus descriptum discedere: qui si prohiberetur a domino, quia lex locationis aliud tempus requirebat, poterat agere aduersus eum, actione ex conducto, ut illum migrare permitteret, non ua illa causa, periculo videlicet, ruinae existente, cui decisioni Ulpiani, subiunxit postea Tribonianus, aliam Pauli, ad idem propositum, qua eandem materiam prosequitur, dicens, quod quamuis liberè, migrare possit inquilinus, a domo conducta, etsi prohibeatur a domino, habeat actionem ex conducto, hoc tamen est intelligendum, si pensionem praeteriti temporis, pro rata persoluerit: nam id si recussasset, poterat dominus domus locatae, retinere bona inuecta inquilini conductoris: quia illi erat tacite hypothecata: ne scilicet inquilinus, ex sua malitia, qui pensionem soluere recusabat, commodum reportaret, nullo accepto impedimento, in suis bonis: quare, cum diuersa sit actio, res in sua domo constitutas prohibentis, ne educantur, ab actione illius, qui cum in sua non sint potestate, propria autoritate capit, non recte colligit Faber exemplum, ab eo casu, ad nostrum quo quaerimus, an capere liceat locatori,

Ec 3 res

res propria autoritate inquilini? quod esse illicitum, imo sub pœna amissionis debiti in pignore, iam probauimus.

7 Decimotertiò quæro, an si prædium inquilinus locauerit, nõ pro mercede in pecunia numerata, sed in alijs rebus, quæ pondere, numero & mensura constant, sint bona inuecta & illata, tacitè hypothecata pro illorum assicura-
tione, sicut si pensio in pretio consisteret? Accursius, in. 5. item Seruiana. gloss. 2. vbi Angelus & Gome-
sius. quem sequitur Baldus in. l. 1. numero. 2. ff. locati & in. l. certi iuris. C. eodem. numero. 8. vbi Cynus cum Petro. numero. 7. & Salicetus. idem in partiario conductore (vocat autè partiarius, qui alia mercede, quàm pecunia, con-
ducit) quod in inquilino statui de bere dicunt, eorum motiuũ id est, quod in vtroque eadem versetur ratio, probauit postea Romanus, singulari. 236. Socinus, regula. 192. numero. 7. Negusantius, tractatu de pigno. 2. part. 4. membro. num. 138. versicu. 3. amplia. Iaso. in hac. l. nume. 2. in tertia limitatione. Sed opinio contraria verior videtur, quod videlicet, cum locatio non fit in mercede pecuniaria, pro vt de eius substantia est, bona inuecta & illata, in domũ vel aliud prædium, non sint tacitè hypothecata: quia verè locatio dici non potest, sed contractus innominatus. l. 1. §. si quis seruum. ff. de posi-

ti. l. 3. ff. locati. in quo, lex hæc nostra, & similes non procedunt: tum etiam, quia in obligationibus inducendis, præcipuè his, quæ à iuris communis regulis exoriant, magis strictè debemus procedere. l. quidquid adstringenda. ff. de verb. l. Arrian. ff. de actionibus & obligationibus. cum alijs. & hæc opinionem tenuit Roffredus Benaudentanus. in. 2. parte. suorum libellorum titulo. de actione Seruiana. numer. 1. Speculator in titulo de locato. §. postquam. versiculo porrò, est quædam actio prætoriana numero. 24. & 27. quam veriorẽ & æquiorẽ iudico. Vnde domini rerum locatarum, cautiùs expressa pignoris conuentione sibi consulant, si legali tacitè fidentes, spe actionis hypothecariæ frustrari nolint.

Decimoquartò quæro, an si Titius, qui prædium Meuij cõduxit, postea locauit Sempronio, bona huius Sempronij, sint tacitè hypothecata pro pensione, Meuij, domino, sicut bona ipsius Titij? Ludouicus Romanus, singulari. 391. in distinctè tenet, quod res secundi conductoris, Sempronij, non sint obligatæ Meuij, primo locatori, per textum, quem vocat singularem, in. l. si in lege. §. si colonus. ff. locati. vbi Paulus sic inquit (si colonus locauerit fundum, res posterioris conductoris, domino non obligatur, sed fructus in causa pignoris manent: quemadmodum
et si

et si primus colonus eos percipit. sed sequutus est Romanum Druil-
lus lib. 2. actionum capit. 22. sed in contraria sententia esse veritatem dixit Nicolaus Pignorolus, illius additionator, per textum in. l. solutum. ii. §. solutam. ff. de pignoratitia actione. vbi Vlpianus, contrarium prorsus videtur docere, his verbis (Vnde si domũ cõduxeris, & eius partem mihi locaueris, egoque locatori tuo pensionem soluero, pignoratitia aduersus te potero experiri, nam Iulianus inquit, solui ei posse, et si partem ei soluero, tantumdem erit dicendum, planè in eam dumtaxat summam inuecta mea & illata tenebuntur, in qua cœnaculum conduxit &c.) quam opinionem, vt bona secundi cõductoris sint hypothecata domino, sicut bona primi, tenet Socinus regula. 192. fallètia. 6. ad finem. Ludouicus Gome-
sius, in. §. ite Seruiana. nu. 15. & 32. Iaso. 24. inst. de actio. tenuit Bartolus, in. d. §. soluta. resoluit Fanèsis. in. d. 2. p. 4. membro. numer. 135. & 135. & respondet ad textum, in. d. l. si in lege. §. si colonus. quod intelligi debet, de expressa conuentionali hypotheca, pro vt glossa & Bartolus intellexerunt: in casu vero & quæstione secunda, intelligi solum de tacita.

7 Sed neutra harum opinionum satisfacit, quia non benè soluit vna difficultatem alterius legis, quæ ad inuicem sibi videntur con-

trariari, quare Connatus, libr. 4. commentationum, iuris civilis. capite. 16. numero. 7. aliter eas interpretatur: dicens, quod, dicta. l. si colonus. procedit in prædio rustico, quod ex casu & specie contextus clare cõstat: dicta vero lex. solutum. §. solutam. loquitur in prædio urbano, quorum diuersitas in essentia, facit esse diuersitatem in obligatione secundi conductoris: quem sequitur Baldus. tractatu de pignoribus. capite. 6. folio. 667. sed quamuis ea interpretatio ad has leges commoda sit, quod negare non possumus, quam illis prius sensit Accursius, in. dicta. l. si in lege. §. si colonus verbo maneat. ff. locati. & Bartolus ac Paulus Castrensis, doctrina tamen quæ ex ea colligitur, vt res secundi conductoris, non sint hypothecatae primo locatori domino, cum inferuntur in prædium rusticum: secus autem, cum in urbanum, nimis est generalis & falsa. Cum ratio, propter quam res secundi conductoris, & primi, illatæ in prædium urbanum, sunt hypothecatæ eque principaliter militet in prædijs rusticis, quorum natura non est fructus ferre, securitas videlicet debitæ pensionis.

Quamobrem, nos retrocantes memoria, veterem opinionem nostram, qua supra tenuimus, inuecta & illata, in rusticum prædium, quod natura sua fructus non fert, vt est

stabilū, area & similia sunt tacite hypothecata pro pensione locationis, sicut si interrentur in urbanū: aliam distinctionem tradidimus, quæ talis est. In prædijs urbanis, bona secundi conductoris, inuectā & illata, sunt hypothecata ipsi domino, primo locatori: & sic est intelligendus textus in. d. s. solutum. in rusticis autem, subdistinguedū erit, nam aut prædiū rusticū, natura sua, est aptū natū, ad ferendos fructus, & solet ferre, ut ager, & tunc, nec bona primi, nec bona secundi, nisi in aliquo eorum, expressa intercedat conuentio, erunt hypothecata: quia cum fructus satis sint locationis mercedi, superflua est cæterorum obligatio: si autem prædiū, non sit aptum natum, ad ferendos fructus, ut est stabulum, area & similia: tunc, tam bona primi, pro tota, vel pro parte (pro ut partem prædij, vel totum cōduxerit) domino primo locatori, erunt tacite obligata: nam hæc est æquitas naturalis, ut pro ut quisq; commodū sentit, in locatione, sic sentiat damnum, in obligatione rerū inuectarum, in prædiū cōductum, si totū, in toto: si partem autem, in parte: quoniam (ut supra probauimus) rusticum prædiū, quod fructus non fert, tam capax est, de iure ciuili, ad recipiendam obligationē, in inuectis & illatis, sicut & urbanum.

Decimo quinto tandem & finaliter, quæro, ad quæ inuectorū vel

non inuectorū incubat probatio: id est, ad discernendā rerū hypothecā, an cōductor teneatur probare, res (de quibus est quæstio) illatas nō fuisse: an autem locator, quod illate fuerūt? Bartolus, Baldus & Salicetus. in. l. si nō induceta. C. quibus in causis, pignus vel hypot. tacite contra. ad locatorē pertinere probationem asserunt, eo pacto, ut petere aut retinere minimē possit creditor, res illas, quas legitimis probationibus non ostēderit, inuectas fuisse. Pro quorū opinione, expressus videtur textus. in. d. l. si nō induceta. vbi Imperatores Dioclecianus Maximianus, Corinthiæ, in simili quæstione rescripserūt (si nō induceta & illata in fundū, quæ pignoris teneri causa placuerat, mācipia fuissent: nec specialiter obligata inōstrentur: rector præuinciae, ea restitui iuuebit: nec enim, prætextu debiti pensionum, restitutione eorū morari potest: cū si quid sibi deberi, domina fundi ex pensionibus vel quacūq; ratione probari possit huius solutionē solēniter fieri cōueniat) quem in hac sententia, reliquos sequutus accepit Fanensis, dicta. 2. p. 4. mēbro. nu. 150. sed quam uis Bartoli, Baldi & cæterorū grauis simorum patrū iudiciū, probabile soleat esse: in hoc tamen casu, etsi pro se textū afferat, primo aspectu eorum sententiā palam iuantem, in. d. l. nō induceta. mihi probari non potest, & ea ratione in contraria ego solus esse volo, quam post

hac

hac, eos qui singula attentius inspexerint, amplexuros non dubito. quod uidelicet, non incumbat probatio ad creditorem, seu locatorem, quod res illatæ fuerint: sed ad debitorem, & sic conductore, quod non fuerint illatæ: quo enim pacto uerosimile sit non uideo, nec aliquem uidere posse arbitror, quod quis deligēs pater familias (ut indubio est præsumendum) domum cōducat, & in eam, bona sua nō inducat, cum domus (ut supra dixi) non solum humanæ habitationi, sed rebus omnibus custodiendis, præcipue his, quæ ad quotidianum usum familiaris spectant, conducatur: & cū non sit uerosimile, cōductores, res suas in proprio domicilio non habere, si contrarium non probetur, pertinebat proculdubio probatio, quod non fuerint inuectæ, ad ipsum conductorem: qui contra se habet iuris præsumptionem, in eo, quod ius præsumit, rebus suis deligenter quemquam intendere & curam habere. l. cum de indebito. ff. de probatio.

Nec aliquid obstabit is textus, quem expressum & certum, pro hac sua opinione, doctores nostri, non bene illius seriem considerantestantur, nam (pro ut nos aduertimus) loquitur ille de rebus inuectis & illatis, & in prædiū rusticum, quod natura sua fructus ferbat, ut fundus, in quem illata, nisi expressa conuentione, non erant tacite hypothecata. l. eo iure. ff. in

quibus causis, pig. vel hypoth. tacite contra. qui fructus pensioni, satis sufficiebant, & sic Imperatores respondent, quod si induceta, in prædia rustica, quis uellet iure pignoris conuenti capere, debet probare duo. Primum, factam fuisse conuentionem, quod inuectæ & illata in prædiū rusticum, essent hypothecata, pro pensione. Secundum, quod mācipia, vel, res de quibus quærebatur, fuerant illata. Duplex est igitur ratio, in prædijs urbanis, quare ad locatorem pertineat probatio, quæ deficit in prædijs rusticis, de quibus ille rex. tractat. Prima est, quod prædiū urbanū, nullus solet locari soli habitationi, sed conseruationi etiam & custodia rerum suarum, & sic, quod res fuerint inuectæ, debet esse iuris præsumptio: rusticum autem (tracto nunc de illo, quod fructus ferre solet) nullus conuicit, ad res suas eo inferendas: sed ad culturam tantum: quare si locator, uult ostendere, eō fuisse res inductas, quo induci non solent, quia iuris contra se, & communis usus habet præsumptionē, ad probationem legitimam necessario compelleretur: in qua, si deficiat, succumbet petitioni. Secunda, quod in prædio urbano, & si locator non probet, præcessisse conuentionem hypothecariam rerum inuectarum: præsumit lex pro illo, iam præcessisse: in rustico autem, de quo agimus, nullam tacite conuentionis lex inducit præsumptionem,

Ec 5 nem,

nem, & sic quemadmodum in hoc, oportet, ut probet conventionem factam: quia lex eam non praesumit: sic etiam oportet, ut probet inducta & illata, quia cum inferri non soleant, lex illata non praesumit: & quemadmodum in urbanis, lex praesumit factam esse conventionem, de pignore rerum inuectarum, sic etiam praesumit, res inuectas: cum, quia sequella est primi, tum etiam, quia communiter, omnes homines, eas in domum conductam inferre solent, ad quorum frequentiore actum leges respiciunt. l. nam ad ea, cum similibus. ff. de legibus. Ex quibus colliges, perperam notasse, ibi. Accusum, in verbo inducta. Quae male sequuti sunt Cynus, Bartolus, Baldus, Salicetus & reliqui, dicentes, tria exigi, ad hoc, ut hypotheca rerum inuectarum, habeat locum. Primum, ut probentur inductae. Secundum, ut probentur inductae ut perpetuo ibi, id est omni tempore locationis existat. Tertium, quod domino sciente inducatur. Quorum duo de scientia domini, & de perpetuitate existentiae, falsa & superflua esse, iam supra late ostendimus. Tertium vero, quod inducta probeatur, in rusticis tantum, quae fructus non ferunt, vel in quibus, res communiter illius subiectae, inferri non solent, putatam fore necessarium: in urbanis autem nequaquam. Quoniam praesumptio legis, quod res inferantur ad custodiam, vicem sustinet illius probationis, quae om-

nia, si attentè perlegeris & memoria mandaueris, dubitandum non est, quin maiorem (non addo totam) huius materiae de pignore tacito partem, à suis primis principijs erutam, cognitam plenè & perspicuam habeas.

SUMMARIA AD Caput Sextum.

- 1 **C**ontinuatio contextus Baldi, ad sumptuosa, & quae mutus gerere possit declaratur.
- 2 **M**utum, annuum capite vel alio signa dici non posse, expressè contrahere adversus Accursium & reliquos, defenditur, repulso alio Fabri fundamento.
- 3 **Q**uo pacto notarius, debeat conficere instrumentum, in quo mutus taliter contraxisse asseratur, noniter docetur, reiecta Bartoli distinctione.
- 4 **Q**uomodo mutus, probetur consensisse per testes, doctrina alia adducitur, adversus Bartolum & reliquos.

C A P V T Sextum.

Secundum hoc & mutus pacisci potest.



PAULUS Iuriscōsultus, cum in principio huius legis dixisset, pacta & conventiones, sine verbis, sed solo tacito consensu, posse celebrari: colligit modo, secundum haec, & mutum pacisci posse: quavis verba & sermonem, sine natura vel accidente, proferte impedit. Ideo autem, pacisci potest, quia consensum habet, & actus quos gerit, potest

potest intelligere, & sic videmus, quod constituit procuratorem. l. mutus. ff. de procuratoribus. vindicat in libertatem servos, manumittendo. l. i. ff. qui & à quibus manum lib. non fiant. liberalitatem donando exercet. l. qui id quod. s. mutus. ff. de donatio. testamenta validè (ut ceteri) faciunt. l. discretis. C. qui testamenta facere possint. nuptias seu matrimonium contrahit. l. mutus. ff. de iure dotium. l. ex facto. ff. de vulg. cap. cum sedem. de sponsalibus. hereditatem adit. l. mutum. ff. de acquir. hered. bonorum possessionem delatam agnoscit. l. fin. ff. de bono poss. infant. furi. del. ac tandem, praeter stipulationem, in qua certa verborum solennitas requiritur, quae mutus proferre non potest, ceterae omnes conventiones & contractus uniuersi possunt ab illo celebrari: quia consensus, qui solus necessarius est. l. stipulor. s. fin. de verb. oblig. l. consensu. ff. de actio. & obligatio. in eo reperitur.

2 An autem, cum mutus contrahit, annuus capite, contrahere expressè aut tacitè dicatur? Se offert difficultas, nam Accursius hic, in glossa. & mutus. quem sequitur Paulus Castrensis. num. 3. Iaso. 6. hic & in. l. licet Imperator versi. sexto ad de. ff. de leg. i. Baldus in tractatu de pactis. num. 38. versic. illud est notandum, quod mutus expressè consensisse, sit dicendus, affirmat. quos sequitur communis ceterorum do-

ctorum opinio. Sed ego in contraria sententia sum, imò, quod semper quod mutus contrahit, contrahat tacitè & non expressè, verius iudico. Nam contrahere expressè, est contrahere cum expressione, expressio autem, non potest esse, sine verborum prolatione, quae in mutuo non adest, ergo mutus expressè non potest contrahere: argumentum glossae & reliquorum, debilius est, ut à me frangi debeat, nam est de textu in d. l. si stipulor. s. fin. ff. de verb. vbi emptionem, ventionem, & ceteros contractus, Iuriscōsultus docet, sine congrua responsione, sed solo consensu fieri posse. Quod tamquam verissimum concedimus, negabimus tamen libenter, quod ex eo colligatur, quod mutus, si sic contrahat, aut paciscatur, expressè convenire dicatur, aut contrahere: cum expressum, seu expressio, consistat in verborum prolatione, quae in mutuo adesse non potest, nec in reliquis, qui etsi loqui possint, & loquendo contrahere, non tamen nisi signis contrahunt, quae taciti & muti sunt sermones: non autem expressi. Nec obstat, quod scripsit doctus aliqui Faber, in. s. i. in st. de obligat. num. 19. dicens, quod verbum (non loquitur de verbo mentis, de quo Philosophi: sed de verbo vocis) proprie dicitur, illud quod in corde concipitur, illud autem, quod eructatur est vox, vel sonus: nam eum fuisse deceptum, in verbi Ethimologia

logia probari nō difficulter potest, ex Diuo Isidoro, literis doctrina, & auctoritate, multo Fabio, præstantiore, qui lib. i. Ethimolog. cap. 8. verbū, dictum aſſerit, ex eo quod verberato aere sonet, & postea, tradens verbi diffinitionem, dicit, quōd verba, sunt mentis signa, quibus homines cogitationes suas loquendo demōstrant. ecce quomodo, verbum dicitur, à verberando aere, quōd in tacente non est, & quomodo ad essentiam verbi, spectat loquutio, seu sermonis prolatio, quæ cum in mutis verè absint, verbum proferre, per signa dici nō potest, et si Faber vbi supra contrarium insciè voluerit.

3 Si autem quærat aliquis, quō pacto notarius, possit cōficere instrumentum, quo constet, mutum taliter contraxisse: illi respondere poteris, distinctione Bartoli, in l. mutum. num. 2. ff. de acquirend. hæredit. quōd aut notari⁹ intelligit per se, nutum muti, ad res significandas, vel non, intelligit: si intelligit, securè potest scribere, quōd talis acquisiuit hæreditatem (in hoc casu loquitur Bartolus) vel quōd idem est, quōd simpliciter fecit pactum. l. nutu. ff. de leg. 3. nec habet necesse notarius, scribere omnia verba, & actus cōtrahentium: sed sufficit, si scribat, iuris effectū, hæc Bartolus, quæ probat exemplo stipulationis, in fideiussione, nam quamuis ea requiratur. l. blanditus C. de fideiussoribus. sufficit tamè,

quōd scribatur, quōd talis fideiussit, & si non scribatur, quōd fideiussit cum stipulatione. l. sciendum. ff. de verb. obligati. §. fin. inst. de fideiussoribus. si autem, per se non intelligit, debet adhibere aliquem vicinum, vel consanguineum, qui intelligat nutus muti, & postea scribet, quōd certificatus per talem consanguineum, vt interpretem, vidit talem mutum, facere signa, per quæ, vel voluit adire hæreditatem, vel pactum aut contractum celebrare. l. r. in. fin. ff. de verb.

Sed hæc Bartoli distinctio, mihi non placet, nā siue tabellio, per se cognoscat, significationem muti, siue non agnoscat, sed informet per testes, vtroque modo tenetur apponere, qualitatem signorum, & eorum significationem, à vicinitate seu testibus sic semper intellectam: imo, cum ipse, solum cognoscit, fortiùs tenetur, eam qualitatem & modum signorum apponere, quàm cum ex testium confirmatione, id constituisse testetur: nā cum ipse refert, testes dixisse, signa quæ fecerat mutus, significare consensum, in pacto & conuentione: intelligitur verum esse, illa præcessisse, & cognita fuisse, à vicinitate, vel testibus, qui id affirmarūt, quorum officium, id proprium est: ad tabellionem autem non spectat, iudicare de signis muti, vel testificari, quia nullus est testis & tabellio: sed testatum à vicinitate, consanguineis, vel alijs (qui cum mu-

to conuersantur) publica fide consignare: Quare dicendum arbitror, quōd scientia & cognitio tabellionis sola, quamuis testimonio suo confirmata, nihil prodest, ad probandum, mutum fecisse pactum vel quid aliud: sed oportet, quōd referat, mutum fecisse pactum vel actum talem, per talia signa, quæ secundum testimonium viciniae, consanguineorum, vel aliorum, qui cum eo conuiuere solebant, & habebant mores eius exploratos, consensum talem significabant, veluti, quod annuit capite, quod fit, cum inclinat illud versum pectus vel strinxit manum, vel digito ostendit, rem suam, pro qua significabat, se velle certam pecuniæ quantitatem, quam habebat in manu, vel alia faciebat, quæ secundum muti consuetudinem (quæ semper in hoc attendi debet) nil aliud, præter voluntatem & cōsensum in ea conuentione vel actu, insinuabant.

Quæ omnia ad testamentorum iura quibus hæreditates & legata à mutis suprema sua voluntate relinquuntur, notabis. Nec obstat exemplum stipulationis, nam ibi (vt optimè Baldus dixit) cadit iuris præsumptio, quæ in signis muti non adest, nisi probetur.

4 Quæsiuit postea Bartolus, quomodo idem probari posset per testes: & maius esse dubium asseruit. in quo tandem distinxit, inter consanguineos & extraneos: nam testes consanguineos, sufficere dicit,

quōd testentur, de voluntate & cōsensu muti, & si modum & qualitatem signorum non exprimant, in extraneis verò, contrarium esse obseruandum opinatur: nam oportet eos, quamuis dicant mutum consensisse, exprimere modum & qualitatem signorum, sequitur Baldus. ibi. num. 3. & in l. si pater naturalis. ff. de adoptio. & in l. mutus. ff. de procuratoribus. Alexander in l. r. num. 21. ff. de verbor. obligat. idem Baldus & Iaso. num. fin. in l. discretis. C. qui testamenta facere possint. Sed ego, illis assentiri, nullo pacto possum. Nam rationem differentiae non video, quare in extraneis, qui consensum testantur, requiratur expressio, qualitatis signorum, & non in consanguineis: si enim, ad conuersationem & familiaritatem consanguineorum, cum illis, referas: errabis mea sententia: cum extranei, si testificentur de voluntate & consensu muti, quia eius signa, quotidiano experimento cognouerant, quamuis qualitatem & modum non exprimant, sic verum dicere sint censendi, sicut proprii consanguinei, cum nullus in dubio deliquisse menciendo, aut aliter, præsumatur. Quare dicendum arbitror, vel quod ab omnibus, indistinctè, modum signorum exprimi, non sit necessarium, sicut ipsi in consanguineis solum dicunt: vel saltem (quōd verius puto) in omnibus eius expressio & declaratio, æquali modo & causa requiratur,

quirat, vt fraudi, dolis, omnibusq;
machinationibus sic obuia eatur.

SVMMARIA AD
Caput Septimum.

- C**onclusio Bartoli & communis, ad hunc textum improbat, & alia adducitur.
1. Tacita cōditionū cōditionē, solū differre natam obligationem, non autem eius ortū impedire, sex argumentis ostenditur.
 2. Obligationes, quomodo nascantur ex consensu, & qui consensus ad eam producendam de presenti requiratur noue & late traditur.
 3. Bartoli & communis intellectus, ad l. si mulier. ff. de condictione causa data. asseritur, & confutatur.
 4. Primus intellectus Fortunij, & litera communis mutatio refellitur.
 5. Alius secundus eiusdem Fortunij improbat.
 6. Alius praeter Doctores ad dictam l. si mulier assertur intellectus, quibusdam prius suppositis ad solutionem primi argumēti.
 7. Accursij interpretatio ad l. ita demum. ff. de arbitris, reijcitur.
 8. Alia Bartoli, Bartrigarij & communis adducitur, & confutatur.
 9. Baldi tertia ad eundem textum, non admittitur.
 10. Quarta Fortunij interpretatio, vt peior reliquis, remissive exploditur.
 11. Noua alia assertur, ad eum textum declaratio, late reddita illius ratione, ad solutionem secundi argumēti.
 12. Quid operetur contractus conditionalis, pendente cōditione, ad solutionē tertij.
 13. Cōditionem, siue tacitam siue expressam, semper impedire ortum obligationis, ad solutionem quarti.
 14. Legatum relictum ad dotem, non antea debetur, quam matrimonium contrahatur, aduersus Accursium. Quod ad dotē spirituale in ingressu religionis ampliatur.
 15. Quid intersit, inter nulliter agere, & male agere, late tractatur, ad intellectum

plurium legum & solutionem sexti.

17. Eorum, qui inter tacitas & expressas cōditiones, aliquid interesse putabant, opinio refellitur.
18. Utilitas, qua in practica, ex resolutione huius quaestionis percipi possit, adducitur.

C A P V T
Septimum

Huius rei argumentum etiam, stipulatio dotis causa facta, est: nam dos, ante nuptias male petitur, quasi hoc expressum fuisset, & nuptijs non sequutis, ipso iure euanescit stipulario



BARTOLVS, quem caeteri sequuntur, hanc ex illo textu colligit conclusionē, quod dotis stipulatio, tacitam habet cōditionem, si matrimoniū sequutum fuerit. Sed cū Iuriscōsulti Pauli intētio, diuersa fuerit, quam de dotis stipulatione, aut matrimonio, principaliter agere: quoniam de his, speciales erant iam tituli: impropriam arbitrator, Bartoli & reliquorum ad hūc textum conclusionem. Quare tunc die, quod cū finis & intentio principalis, Pauli, à qua deducenda est semper legis cōclusio, sit prosequi materiam, taciti pacti, de quo egerat, in principio eiusdem legis, ponens tertium exemplum, in stipulatione de dote, quae in se continet tacitum pactum, de celebrando, in futurū matrimonio: proprior erit hęc summa ad nostrum textum (tacitum

gitum pactum, quod sit ex praesumptione legis, in stipulatione dotis, quod scilicet non debeat, nisi matrimonio sequuto, tantam habet in iure virtutem, ac si fuisset expressum) quam probabis ex principio. s. ibi. huius rei, quod demonstrat, de eadem re, id est de tacita cōuentione: de qua egerat, se tractare: nam adiectiuum nomē, hic, hęc, hoc, cuius genitiuus est huius, rem praesentem (de qua erat sermo) ostentat: & ex verbo illo (quasi hoc expressum fuisset) cuius. s. integri hęc est clarior paraphrasis (pacta, ad eodē verum est, tacito consensu celebrata valere, vt in stipulatione, quae sit de dote, pactum tacitē praesumptum à lege, de verosimili cōtrahentis voluntate, non min⁹, quam si expressē fieret, sit semper valiturum, & ideo, si nuptiae non sequantur, stipulatio euanesceat, id est robur & firmitatem, quam alioquin esset habitura, amittet: quia pactū tacitum, sub cuius implemēto, est celebrata stipulatio, verificatū nuptijs sequutis nō est. Sed quid exēplū hoc, de stipulatione, & eius implemēto, cōmune habeat, cū titulo de pactis, cui hęc lex subiacet, nō malè interrogaueris: cui tū sic praebebis respōsum, quod cōditiones adiectae cōtractibus, sunt pacta nuda seu cōuenta, vt in l. Iurigentium. s. quinimo & s. vt puta. dicemus. & cū stipulatio, de dote, habeat tacitam hanc cōditionem, si nuptiae fuerint sequu-

ta, id circo, agens de tacitis pactis, protulit in medium, exēplum de stipulatione dotis, quae cum habeat cōditionē tacitam, habebit similiter tacitum pactum, cuius virtutem explicare intendebat. Sed si quaeratur vltius, qua causa & ratione, hoc pactum tacitum, lex civilis subintellexit, in stipulatione, & celebratum à partibus praesumptum sit: satisfacies dicendo, id fuisse, ex verosimili, imo ex clara & aperta voluntate ipsius stipulantis, cum enim is praemittat dotem, & in dotem suam finem & intentionem referat, & dos esse non possit sine matrimonio. l. 3. ff. de iure dotium ibi, dotis appellatio non refertur, ad ea matrimonia, quae consistere nō possunt, nec enim dos sine matrimonio esse potest. l. incesta. s. ff. de ritu nuptiarum. l. fin. C. de dotis promissione. Inde lex colligit, stipulatum de dote, eam habuisse intentionem, vt matrimonium celebraretur in futurum, cum dos sine matrimonio nequeat cōsistere: quamuis matrimonium benè sine dote, & hac ratione, tacitam cōditionem, id est pactum tacitum, de nuptijs futuris, lex in hoc casu subintelligit.

Bartolus, in prima oppositione, quam facit ad Paulum, contendit probare, eum non benè docuisse, dicendo, agentem ex stipulatione dotis, malè petere, ante sequutas nuptias, cum ex hoc, necessariō sequatur, natam fuisse obligationem,

nem, ante cōditionis implemen-
tum, quod falsum videtur, & cōtra
textū, in d. l. cedere diem. 23. ff. de
verb. signif. in cuius argumenti so-
lutione, probandū esse Accursium
monet: quod fecit etiā Baldus, Ale-
xander Iaso & communis. Nos ve-
rò, vt veritas huius quæstionis (quæ
generalis est, & ad multa spectat)
clariùs cōstare possit, latiori sermo-
ne eam persequi curabimus.

Q V A E S T I O Tertia.

*VTRVM TACITA CONVEN-
tionis conditio, impediat nasci obligatio-
nem, an vero natam differat solum
in tēpus implementi?*



Iam diximus su-
pra, stipulationē
de dote, cōtinere
tacitam conditio-
nē, si nuptiæ sequ-
utæ fuerint: quod
modo quæritur, est, an hæc cōditio
tacita, rā in hoc casu stipulationis,
quā in reliquis conventionibus,
ortū obligationis impediat? an ve-
rò, iam ortā, differat tātū modo, in
tēpus eius implemētī? Cuius quæstio-
nis resolutio, quā afferat vtilitatē,
postea demonstrabitur. Pro parte. n.
negatiua, quod cōditiones hæc taci-
tæ, minimē impediant obligatio-
nem oriri, facit Primò, textus, in. l.
si mulier. 10. ff. de cōditione cau-
sa data, causa nō sequuta. vbi labo-

lenus, ex Plautio refert, quod si ad
causam dotis, mulier creditrix, ac-
cepto tulit pecuniam suo debitori,
marito futuro, matrimonio postea
non sequuto, agit condictione ob
causam: sed conditio ob causam,
præsupponit natam obligationē,
nam si acceptilatio, siue stipulatio,
de credito recepto, non peperisset
obligationem, frustra condictione
sine causa ageretur, cum sufficeret
actio vetus, quæ cōpetebat ex cōtra-
ctu, quo pecunia debebat: ergo ta-
cita cōditio, nō impedit nasci obli-
gationē, cū acceptilatio, in gratiā
dotis, quæ habebat tacitā conditio-
nem, de futuro matrimonio, obli-
gationem produxerit, in remitten-
do, quæ repetitur per condictionē,
causa data, causa non sequuta.

Secundò, exceptiones, numquā
cōpetunt, nisi ad repulsionē obliga-
tionū, & actionū, quæ nascuntur ex
aliquo cōtractu, vt patebit, ex diffi-
nitione exceptionis, tradita ab Vl-
piano in l. 2. ff. de exc. Exceptio (in-
quit) dicta est, quasi quædā exclusio,
quæ interponi actioni, cuiuscūq; rei
solet, ad excludendū id, quod in intē-
tionem cōdemnationem ve de du-
ctum est. Sed in stipulatione cōpro-
missi in arbitrum, quæ habet taci-
tam conditionem, si dolus non fue-
rit commissus: cum stipulator agit
cōmissio dolo, repellitur per excep-
tionē, vt cōstat ex. l. ita demū. ff. de
arbitris. ad finem. ergo tacita cōdi-
tio, ortū obligationis non impedit,
cū exceptio, non possit esse, nisi vbi
fuit

fuit actio, & actio considerari non
possit, nisi vbi fuit obligatio.

Tertiò, omnes actus, scienter
& volūtariè factos, in eam partem
debemus semper interpretari, qua
valeant & operentur aliquid, non
autem qua pereant & frustratorij
reddantur. l. quoties in stipulatio-
nibus. ff. de verb. obligatio. l. Di-
uus ff. de vsu & habitatione. l. 3. ff.
de testamento militis. Sed cum ho-
mines aliquid promittunt, vel sti-
pulantur, actum faciunt, vt con-
stat: ergo debemus eum, in par-
tem qua valeat, interpretari: at va-
lere non potest, si aliquid non ope-
retur, operari autem præter obli-
gationem non valet, ergo obli-
gationem operabitur, & si postea
ea obligatio rescindi possit, cum
constet conditionem defectam.

Quartò, condiciones tacitæ, nō
sunt maioris virtutis, quàm expres-
sæ, quia præsumptio, quæ adest in
tacitis, non debet magis valere,
quàm veritas, quæ est in expressis:
sed cōditiones expressæ in contra-
ctib, nil aliud faciunt, quàm obli-
gationē suspendere: si. n. promitto
tibi centū, si eas pro me Romā, nil
aliud volo, quàm me obligare, &
huius obligationis executionē, in
casum implementi, tui itineris ad
Romā, differri: sed differre obliga-
tionē, præsupponit illā natā: quia
quod non est ens in actu, suspendi
vel differri non potest: ergo condi-
tiones tacitæ, non impediunt nasci
obligationē, sed natam differunt:

ne magis operentur quàm expres-
sæ.

Quintò, de testamentis & vlti-
mis quibuscumq; voluntatibus, ad
cōtractus & pacta, valet argumētū.
l. pactum inter hæredes. vbi notat
Bartolus infra hoc titulo de pactis.
l. iure ciuili. ff. de condit. & de-
monstr. l. seruati filij. §. cumquā
chirographum. vbi Dynus, Ray-
mundus, Imola & alij. ff. de deg. r.
notat latius Euerardus in locis lega-
libus loco 36. fol. 272. nu. 2. sed si in
meo testamento, vel alia vltima vo-
luntate, lego centum Meuiæ pro
dote (quæ tacitam habet conditio-
nē de futuro matrimonio, vt dixi-
mus) debent illi ea cētum restitui,
ante quam actu matrimonium ce-
lebrer, & sic, ante quā cōditio taci-
ta impleatur, vt tenet Accursius, cū
Azone, in l. titio centū. §. Titio ge-
nero. verb. peti potest. ff. de cōdit.
& demonstr. quos sequitur relatis in
idē Baldo & Angelo, Iaso hic. n. 8.
et si postea, cum constiterit illam
nolle contrahere, repeti legatum
possit: ergo similiter etiam, si ego
promittam tibi centum, si nauis ex
Asia venerit, valebit promissio, &
obligationē producet: quamuis po-
stea ea obligatio rescindat, & eua-
nescat, cū constiterit cōditionē im-
pleri nō posse, vel defectam esse.

Sextò, inter malè agere & nihil a-
gere, hoc interesse oēs docēt ex Vl-
piano, qui id verbis expressis decla-
rauit, in l. vnica. ff. quādo dies vsus
f. leg. cedit. quod habens obligatio-
nem & actionem in diem, si ante
ff. diem

diem petit, malè agit, & sic exceptione submouebitur: quia sua petitio, tamquam nimis prematura, incommodum affert debitori, quamuis ante diè nata sit obligatio, quæ non nisi adueniente die, peti potest. l. cedere diem. 23. ff. de verb. signif. qui autem nihil agit, dicitur is qui petit, quod sibi nullo modo debet. d. l. vnica. ff. quando dies vsus f. & d. l. cedere diem. Sed is qui petit ex stipulatione conditionali, malè dicit petere, vt ostendit Paulus hic ibi. (dos ante nuptias, malè petitur) ergo stipulationes & contractus omnes conditionales, obligatione statim producunt, resoluenda tñ, ex conditionis euentu: nã si deficiat conditio, euanescet obligatio, si verò non deficiat, habebitur perinde ac si à principio nata fuisset, nec noui aliquid acquireret, præter eius executionem, quã solù conditio distulit.

3 His tamen non obstantibus, contrarium verissimum est, quòd videlicet, conditio, siue tacita siue expressa, in pactis & contractibus, non solum suspendat executionem obligationis (vt quidam dixerunt) sed & impediatur ortum, & naturam ipsius obligationis, tam naturalis & civilis, quam prætorie. Pro cuius maiori declaratione, aduerte: quòd in conuentionibus, obligatio omnis, nascitur ex consensu partium, & vbi is consensus non adest, nulla obligatio adesse potest l. 5. conuentionis verbum. versiculo adeò. supra eodem. vbi ex Pedio

Vlpianus retulit, nullum contractum, nullam ve obligationem posse consistere, quæ non habeat consensum: nam & stipulatio, quæ omnino civilis est, si consensu careat nullam in effectu esse dicitur, vt in eodem loco Vlpianus est assertor. Secundò nota, quòd is consensus, vt producat statim obligationem, debet esse statim in actu, id est debet esse consensus purus, & de presenti, nam consensum in rem futuram, & incertam, consensus de presenti (qui necessarius est ad producendam obligationem) dici non potest, cū ea, quæ incerta sunt, non possint esse aut dici presentia: conditiones autem omnes, incertæ sunt, & sic consensus, qui sub illarum implemento consistit, incertus erit, consensus verò, vt producat obligationem, certus esse debet, vel in certum tempus relatus, vt si spondeam tibi centum dare, kalendis Martijs, tunc enim ante kalendas, producet obligationem ea promissio, etsi eius executio differatur, quia ex die certa pendet, & quoniam certum est illam venturam, id circo certum erit sponsorem fuisse obligatum, quia certum est consensisse, qui consensit sub actu, qui certus erit. Si autem sub conditione fiat, quia incerta est, obligatio, non nascetur. Exemplum ponã vt res fiat planior. Promisi tibi centum, si nauis ex Asia venerit, ex hac promissione, nunc, nulla oritur obligatio, & sic, nec dilata eius executio dici debet,

debet, antequam conditio impleatur, & cum impletur, eo instanti nascitur, non ab euentu conditionis, nam conditio (vt vulgare & verum axioma est) nihil ponit in esse, sed à consensu nostro, cuius existentia & certitudo, reseruatur ad conditionis implementum: quòd dum in suspensio est, facit consensum, qui ex illo pendet, in suspensio etiam esse: & eius valorem pro nihilo quoad obligationem existimari: quia cum conditio incerta sit, & incertorum non possit esse consensus, nec sine consensu consistat obligatio, non potuit ab illa temporis, ac proinde consensus in certitudine nasci, & eius executio differri: quia cum verè nihil natum fuerit, quoad constituendam obligationem, nihil suspendi non poterit, cum non entium (vt Philosophi dicunt) nullæ sint qualitates. Si autem, conditio existat, quòd fiet, cū nauis ex Asia venerit: tunc oritur obligatio & actio, non à tempore implementi, sed à tempore conceptæ stipulationis, quò die videmur consensisse in eam obligationem: nam implementum facit, vt eius obligatio retrahatur ad tempus, quo facta est promissio aut stipulatio. Quare si promisi tibi dare centum, si nauis ex Asia venerit, & in eam rem domum meam oppignoravi, deinde illam vendam, & postea existat conditio, emptor domus tenebitur ob rem tibi iure pignoris: quia ad illud tem

pus, retro trahitur obligatio pignoris, quæ cum promissa est, verè non existeret: si autem conditio deficiat, non dicitur obligatio extinguere. cū mori non possit, quòd non fuit viuum: sed perinde habebitur, ac si nihil actum, promissum ve inter nos fuisset. Interim verò, quòd euentus est in suspensio, consensus nullus est, & sic nullum operatur effectum, quoad obligationem, etsi aptus natus sit, ad illam producendam, cū extiterit conditio. Modò intelliges Vlpianum, in d. l. cedere diem. ff. de verb. signif. dicentem sic (vbi quis purè stipulatus fuit, & celsit & venit dies, vbi in diem, celsit dies, sed non dum venit: vbi sub conditione, nec celsit nec venit dies, pendente adhuc conditione) horum autem ea est ratio, quòd cum quis stipulatur purè (dicitur purè stipulari, qui simpliciter, nulla adiecta die aut conditione stipulatur) consentit de presenti. l. cum qui Kalendis. 5. quoties. ff. de verborum. obligation. & consentiendo de presenti, obligatur de presenti, quia obligatio est filia consensus, & sic in contractibus, dato consensu, datur obligatio, & data obligatione, præsupponimus consensum, quæ cū correlatiua sint: vnum sine alio esse vel dici non potest. vt docuit Aristot. in cathgoria ad aliquid. Quare cū quis purè stipulatur, cedit & venit dies, cedit dies, quia incipit deberi, imò debet iam, venit autem, quia peti potest, ex eo quòd,

consensus de presenti sit, cum verò promittitur, cedit dies, sed non venit: ideò autem cedit, quia orta fuit obligatio, ex certitudine consensus, qui in certum tempus terminatur, non autem venit, quia cum adiecta fuerit dies, ad executionem, & sic ad solutionem obligationis, incipientis à tempore, quo cessit dies, quo fuit consensus, festina nimis & propra esset petitio, volentis ante aduentum diei, etsi certi, quo consenserunt & voluerunt, exactorem & solutionem debitæ obligationis ad suum exitum perducere. §. plus autem institut. de actio. §. hodie institut. de exception. hoc intellige, si dies certus sit. vt verbi gratia, si fiat promissio in diem Paschatis, Diui Iohannis, aut Innocentium, siue in Kalendas Ianuarias, aut alia similia, quæ certitudine constant, id est quæ certum est fore euentura: si autem dies sit incertus, quem conditionis instar Papinianus scripsit, in. l. dies incertus. ff. de condit. & demonstration. veluti, cum consul aut præses creatus fuerim, vel cum rem sacram celebrauerim, tunc nisi dies hic incertus, contigerit, nec dies veniet, nec cedit, id est nec obligatio nascetur, nec differretur: quia nata non est, quoniam dies incertus, pro conditione habetur, vt Paulus etiam tradidit, in. l. secunda. ff. quando dies legat. seu fideicommiss. cedit. Quare ante certitudinem huius diei,

incerti, nihil debetur, & sic si per errorem solvatur, ius est repetendi. l. sub conditione. ff. de conditione indebiti. cum verò sub conditione sit, ante conditionis implementum, nec cedit, nec venit dies: quia cum verè nihil debeatur, nihil exigi potest, non autem debetur, quia obligatio non est orta, debitum enim sine obligatione, non consistit, non autem est orta obligatio, quia cum cōditio sit tēporis incerti, & sub conditione pendeat, cōsensus nō poterit esse certus, & de presenti, quē dixi esse necessarium, ad producendam obligationē, hoc autem intellige, cum conditio sit verè conditio, id est quam sit omnino incertum extitura fore, quia pendet ex incerto, hæc autem est, quæ confertur in tempus futurum: nam ceteræ obligationes, quæ referuntur, ad tempus præsens, vel præteritum, etsi conditiones vocentur, quia concipiuntur per verbum (si) quod facit conditionem, propriè tamen loquendo, quia ex futuro euentu non dependent, conditiones non sunt: veluti si promittam tibi centum, si Turca magnus mortuus est, tunc enim illico debetur, quia certum est iam extitisse, vel non, & sic stipulatio, non suspenditur, sed eius executio ad tempus, quo iam id nobis per relationem innotescat, quod rectè docuit Papinianus, in. l. cum ad præsens. 37. ff. si certum petatur. cum ad præsens tempus conditio confertur (inquit) stipula-

stipulatio non suspenditur (intellige, id est obligatio stipulationis, nō est in suspensio; quamuis sit executio) etsi conditio vera sit, stipulatio tenet, quamuis tenere contractantes conditionem, ignorent, veluti si rex Parthorum viuit, centum dare spondes? eadem sunt, & cum in præteritum conditio confertur, vt si verbi gratia Philippus secundus triginta annos in Hispania regnauit, quinquaginta dare spondes? Respicendum est enim ait Scevola in. l. respiciendum 38. sequenti. ff. eodem titulo. an quantum in natura hominum sit, possit sciri, eam debitum iri, nam quod in rerum natura sciri potest, pro certo habendum erit, vt ex Iurisconsulto ibi, colligitur. & ex. l. cum quædam. §. suum ff. de acquir. heredit. verum erit igitur, in contractibus omnibus, conditionem appositam, aut subintellectam, impedire ortum & natiuitatem obligationis, non autem eius executionem differre, quia nihil est quod differatur.

4 Cui verissimæ (vt arbitrator) doctrinæ, non obstant argumeta, quæ pro contraria parte, in principio adduximus. Nam ad textum, qui primo loco est, in. d. l. si mulier. Bartolus respondit, ibi. cuius opinio est communiter recepta, vt testatur Alexander. numer. 3. quod ideò acceptilatio, in gratiam dotis constituendæ facta, quæ alioquin tacitam conditionem de ma-

trimonio futuro continet, ex nostro textu, non impediuit natiuitatem obligationis, conditione pendente, quia in casu illius textus, conuentum fuit expressè inter partes, ne illa contineretur, & sic acceptilatio illa, non potuit dici conditionata, sed simplex, & pura: quia ex voluntate contrahentium fuit ea conditio remissa. Hæc tamen Bartoli & communis solutio, parum aut nihil valet, quia ad textum est prorsus diuinitoria: quod vitium est, doctis præcipuè hominibus, magnopere fugiendum, nullibi enim consistere poterit, talem conuentionem præcessisse, vt ex litera textus attentius inspecta, perspicuè innotescet.

Quare Fortunius in hac. l. item quia. versiculo. sed omisisis fictionibus. aliter intelligit labolum ibi, dicens, quod in ea acceptilatione, ideò conditio futuri matrimonij, non potuit subintelligi, quia iam erat nupta mulier, & sic matrimonium contractum: quare illud expectare in futurum non poterat, cum præsens esset, cuius causa, differentiã constituit, inter promissionem dotis, non contracto matrimonio: quia tunc eius spe, subintelligitur tacita quædam cōditio, quæ impedit natiuitatem obligationis, vt in hac. l. ite quia. & in. l. licet. ff. de iuredotiu. & inter promissionem dotis, contracto matrimonio: quia tunc, nō impedit ortus obligationis: ratione reddit, quia cōditio est præsens,

& sic nihil impedit. l. cum ad præsens. ff. si certū petatur. Cui addit, quod si forsam, matrimonium nō fuerit constans, ut puta, quia diuortio factō, dissolutum est, tūc agi potest, conditione ob causam: quasi causa effectualiter non sequuta, & hoc modo dicit, intelligendam esse textum, in. d. l. si mulier. in cuius facti specie, mulier erat nupta, & matrimonium postea separatū diuortio: sic enim interpretatur verba illa (nec nuptiæ sequutæ sunt) id est fuerunt separatæ: principium autem textus, non legit, ut communiter legi solet, sed sic (si mulier, ei cui nupta erat, dotem dare vellet) &c.

5 Sed hic intellectus Fortunij mihi placere nō potest, duplici de causa. Prima, quia impropria est, imo impropriissima interpretatio illorū verborū (neque nuptiæ sequutæ sunt) id est separatæ, ut quisq; mediator doctus assequi poterit: nam quod aliquid non sequatur, idem prorsus est, quod suū effectū non sortiatur, ut bonæ latinitatis ratio postulat: matrimonium autē si semel est contractum, quāuis postea, per accidens dissoluatur, iam est sequutum, id est, iam per consensum præsentem, qui illi formam dat, suū est sortitum effectum. Secunda, quia non solum in vulgata nostrorum codicum litera, sed & in Florentina etiam (ad quam ut emendatiorē solet quotidie fieri recursus) non nupta, sed nuptura scribit, cui magis cōsonat, totius legis cō-

textus ibi (neq; nuptiæ sequutæ sunt) quo colligitur, dotē spe matrimonij futuri, constitutam fuisse, quo postea nō sequuto repetitur, per conditionē causa data, causa nō sequuta, in cuius titulo sita est illa lex.

6 Quare, cum has rationes fortasse considerasset Fortunius, aliam, prætermissa prima, confinxit solutionem: dicens, quod quamuis nō nupta, sed nuptura legatur, considerat ipse, quod ratio, qua in dotis constitutione, inest tacita conditio, in casu illius textus cessat: & sic debet cessare communis dispositio: dicit enim, quod in dote, id est inest tacita conditio, quia cum conferatur ad matrimonium, non est de intentione promittētis, se obligare, ante matrimonium, nisi eo perfectō: quam rationem probat cessare, in illo laboleni responso: quia ipsa mulier, solum volebat, dotem dare, & loco dationis liberationem inducere, facta acceptilatione: quare, cum intentio principalis, de constituenda dote, esset præsens, & de re præsentis: nā loco dationis, successit liberatio, nō potuit dicere, continere conditionē de futuro: quia intentio, nō fertur super matrimonio de futuro: sed super datione dotis, quæ res præsens erat, & certa: probat ex verbis sequētibus eiusdem legis, nā idē dixit, pecuniā cōdici posse: quia nihil interest, utrū ex numeratione, pecunia, an per acceptilationē, ad eum sine causa peruenerit, & ita cōstat, libe-

liberationē sine tacita intentionis dilatione, fuisse factā, & sic cessasse conditionē: nec est necesse (inquit) quod inter partes agat, ut conditio non inest, quia sufficit intentionē eorū cessasse, scilicet de actu futuro.

Sed hic secundus Fortunij intellectus, peior est primo: supponit. n. principium, quod falsitatis potius, quàm veritatis speciem præ se fert, quod mulier nuptura, solū velit, cōstituire dotē marito, & in hac tantū datione, eius intentio principaliter cōsistat, sine alio proposito, aut cōsideratione futuri matrimonij: quod verum nec est, nec esse potest: nam quamuis nō negauerim, posse mulierem illam, in eo actu velle constitutionem, seu dationē dotis, non tamen concedam, illam dotis constitutionem, ad finem matrimonij futuri, nō dirigi, cū dotis datio sola, vel mētio, matrimonium præsens aut futurū supponat, ut docuit Vlpianus in. l. 3. ff. de iure dotium. Paulus, in l. incestæ. ff. de ritu nuptiarum. & notat latius Bartolus Baldus Albericus Alexand. Iaso. Ripa & omnes, in rubrica. ff. soluto matrimonio. Quod qua ratione, hic debeat cessare, Fortunius non tradit, imo eo ipso, quod probat, mulierem velle, dotem constituere marito, necessariō probat, futurum matrimonium, & ad id cōstitutionē dotis, ut congruū medium apponi.

7 Quam obrem, nos aliter quàm hi patres, tollendam difficultatem arbitramur. Pro cuius solutionis

maiori declaratione, aduertimus: non esse absurdum, aut inconueniens, quod in vno facto, contractu aut obligatione, competant duæ actiones, respectu duplicis causæ, quæ in facto illo vel negotio suboriantur, ut videre poteris (nō ago exemplis sed legibus, breuioris scripturæ causæ) apud Modestinum in. l. plura. 52. ff. de actio. & obligatio. Papinianū, in. l. cū filius. 88. §. varijs. ff. de leg. 2. Vlpianū in. l. 1. §. quia autē. ff. quorū legatorū. & alios in. l. quod in hæredē. §. eligere. ff. de tributoria. in. l. quoties. ff. de regul. iuris l. singularis. ff. de except. rei iudicat. l. si seruus legatus. §. cū homo. ff. de leg. 1. cū notatis ibi. per Doctores. Quare, etsi labolenus dixerit, mulierem agere posse, conditione causa data, causa non sequuta, cum dedit dotem, liberando maritum debitorem, per acceptilationem, in spē matrimonij, eo non sequuto, quod verum est: non tamen negauit, eam agere posse, virtute & actione præcedentis contractus, quo pecunia illa debebatur: nec de hoc tractabat, cum ad suum propositum, non spectaret, ut spectauit ad Vlpianum, in. l. licet. ff. de iure dotium. quæ leges diuersæ sunt, non aduersæ, ut Accursius, Bartolus & omnes, male putant. Nam lex illa, licet non affirmat, mulierem agere non posse, conditione causa data, sed solum dicit, quod remanet pristina obligatio contractus, vel quasi cōtra-

ctus, quo pecunia debebatur: cum hoc tamē, benè se cōpatitur actio, causa data causa nō sequuta, vt declarat Iabolenus hic. Nec obstat, quòd Vlpian⁹ dixerit, in d. l. licet. acceptilationem, nullam esse, nuptijs nō sequutis. ex quo videtur colligi, nō posse competere cōdictio- nem, causa data, causa non sequuta, cum ea cōperat, ad reuocādum, quod factū est validū, ex datione, & postea inuolatur, non sequuta causa, propter quam datur. Nam (pro vt ego aduerto) Vlpianus ibi, noluit tractare, de validitate & virtute acceptilationis, quoad omnes effectus: sed tantūm, quoad liberationem, disputabatur enim, an acceptilatio, sic sustulisset obligationem præcedentem, ex alio cōtractu, cum sit ob causam, vt quamuis causa, nō fuerit sequuta, valeat, etsi postea rescindatur, per aliud auxilium prætorium? Cui respondit, ex sententia Sceuolę, quòd nō: nā acceptilatio, nuptijs non sequutis, nulla est: id est, acceptilatio facta, animo constituendę dotis, nuptijs non sequutis, non valet, ad liberandum debitorem, ab obligatione, qua tenebatur, ante acceptilationem: quia cum conditio, sub cuius implemento, voluit dicta mulier obligari, & liberationem redūdantem ex acceptilatione valere, non fuerit impleta, manet irritum & nullum illud, quod ad eam referebatur, vt in corpore quęstionis latius dixim⁹: proindeq; manebit de-

bitor obligat⁹, vt antea: quia ex acceptilatione, ipse, nō impleta causa, nihil acquisiuit, de nouo: & hui⁹ rei explicatio, erat scopus Vlpiani, in d. l. licet. Iabolen⁹ verò, aliò tendit: ad probandum, acceptilationē seu remissionem pecunię debitę, idem operari, quod dationem ipsius pecunię, ad hoc, vt qui accipit seu qui recepit ius in bonis, ex acceptilatione, teneatur illud restituere, si petatur: & sic docet, quòd quemadmodū, si illa mulier, dedisset dotē marito, spe futuri matrimonij, nec illud sequutū fuisset, dotē posset repetere, per cōditionē, causa data, causa nō sequuta: sic similiter, cū accepto tulit pecuniā debitā: nam acceptilatio, iuris ciuilis effectus, idē operatur, quod datio pecunię, quę operatio & declaratio, quā sit verosimilis, & literę textus cōgruēs, ex ipsius verbis & ratione allata, non obscure probabo. Cū. n. in principio dixisset mulierē acceptilatē, marito debitori, suā obligationē, causa dotis constituendę, ad futuras nuptias, & his non sequutis, agere posse, ad repetendam dotem, constitutam, seu debitum, causa data, causa non sequuta: subiungit (quia nihil interest, vtrum ex numeratione, pecunia ad eum, sine causa, an per acceptilationem peruenerit) quod idem est, ac si clari⁹ dixisset, cum ad hoc, vt cōpetat cōdictio, sine causa, necessarium sit, vt datio præcedat, cū cōdictio sit repetitio dationis, nullus

debet

debet existimare, quod si acceptilatio sola præcessit, sine datione, nō debet operari, eundem effectum, quem datio: nam cum tantum ius tribuerit debitori, ac si ipse realiter debitā pecuniam soluisset creditori, & postea creditor eandem illi reddidisset, ob aliquā causam futuram, perinde haberi debebit, ac si datio realis præcessisset: nam quamuis acceptilatio fuit nulla, quo ad inducendam liberationē debitori, fuit tamen aliqua, ad producendam actionem, causa data, ipsi creditori, qui cum iuris intellectu dederit, per acceptilationem, (nam nihil interest, vt Iabolenus dixit, vtrum ex numeratione, an per acceptilationem, pecunia ad eum peruenerit) poterit etiam ciuilitate repetere, per actionem causa data, causa non sequuta: quę nō venit priuatiuē, sed cumlatiuē ad actionem præcedentis contractus, vt ex Vlpiano, in d. l. licet. colligi potest. & hic erit verus, vtriusque legis intellectus, quo soluitur primum argumentum.

8 Non obstat secundum, de textu, in d. l. ita demum. ff. de arbitris. vbi conditio subintellecta, de dolo non committendo, si committatur, non impedit ortum obligationis, sed contra eam ortam, datur exceptio: nam Accursius, tam ibi, quàm in l. 3. glossa. poteris. C. eodē titulo. de arbitris. respondet, quòd quando dicimus, conditiones, impedire ortum obligationis, est in-

telligendum, de conditionibus expressis, non autem de tacitis: quia illę, non impediunt oriri obligationem: allegat textum, in l. conditiones quę extrinsecus. ff. de conditio. & demonstrat. sed hanc solutionem, vt inutilem & falsam iam reieci, in corpore quęstionis, dum docui, eandem esse virtutem, conditionum tacitarum & expressarum, quod probari potest, ex l. interdum. ff. de verb. oblig. cum ibi notatis. præcipuē in pactis, in quibus legis præsumptio, quę adest, in effectu idē operatur, quod expressus contrahentium consensus, vt Paulus noster hic docet. Nec aliquid valet, Accursij ratio, de textu in d. l. conditiones quę extrinsecus, nam ea intelligi debet iuxta decisionem textus in l. 3. ff. deleg. 1. de quo alias.

Bartolus, & ante eum Iacobus Butrigarius, quos reliqui omnes sunt sequuti, vt testatur Fortunius fol. 12. pag. 2. vers. eundem, in secūda fuerūt opinione, quam etiam præsensit & insinuauit Accursius, in d. l. ita demum. ad finem, verbis, conditione. dicentes, quòd exceptio, non opponitur stipulationi, sed eius actioni, seu exactioni: sed nec ista opinio placet, nā ipsamet stipulatio, & sic eius commissio, fuit condicionalis, nam concepta est, per verbum (si) quod facit conditionē. l. 1. ff. de condit. & demonstrat. ac proinde idem erit, ac si dixisset. Ego stabo sententię, & pro-

Ff 5 mitto

mitto stare, si sine dolo aduersarij ferat, hoc enim probat verba eiusdem textus, ibi (sub hac. n. conditione committitur stipulatio, ne quis doli sui, premiū ferat) praeterea, quod ipsi stipulationi, insit conditio tacita, probatur: quia si exactiōi solū inesset, sequeretur, quod actio nūquā nata fuisset, nec executio fieri posset: quia cū sub cōditione pēderet, si dolus nō admitteretur, & ea impleta nō fuisset: quia dolus est admissus, perinde haberi debuisset, ac si nihil fuisset conuentum: nam deficit fundamentum, in quo ortus actionis nitebatur, implementum videlicet conditionis, at videmus, quod si exceptio non daretur à pratore, quamuis dolus fuisset admissus, competebat actio & executio: quia commissā erat stipulatio, ex cuius praetermissione, actio & executio pendebat: ergo, vel tacita hęc cōditio, inest ipsi stipulationi, aut si stipulationi nō inest, nō inerat actioni, vel executioni: cū si illi inesset, effecisset, vt actio & executio nūquā nasceretur, quia cōditio impedit natiuitatē & ortū, quod falsum est: nam videmus cōtra eam dari, exceptionē doli, quod arguit actionē natā & ex ea executionem fieri posse.

10 Baldus in. l. arbitrōrū. C. de arbitrīs. tertio soluit, dicēs, quod aut tacita cōditio, respicit substātiā, aut qualitātē: primo casu, impedit natiuitatē, secundo verò nō: ita dicit in proposito, nā eū compromittimus

in arbitrū, & arbiter postea laudat, est considerare substantiam laudi, item est considerare eius qualitatem, scilicet an bene vel malè feratur: tacita ergo conditio, respicit istam qualitātē, duo namq; videntur, arbitro iniuncta. Primū vt laudet, hęc est substantia. Secundum vt benè laudet, hęc est qualitas. Cōditio ergo tacita, in hęcens qualitati, non reddit substantiam conditionalem, & iste est casus hic, id est. d. l. 3. C. de arbitrīs. quam interpretatur. & d. l. ita demum. ff. eod. sed hęc Baldi cōsideratio substātiæ & qualitatis, nihil habet substantiæ. Nā siue conditio apponatur vni, siue alteri, vtroq; modo impedit, ortū obligationis, praecipuè cū cōtra hētes, obligari noluerint ex cōpromisso, & stipulationē penālē committi, si dolus non abfuerit: & ex huius conditionis implemēto, natiuitatē obligationis oriri, vel non vt in nostro casu reperitur.

Fortun^o Garzia, in hac. l. itē quia. ff. de. fo. 12. pa. 2. ver. 1. ideo ego, aliā quartā affert interpretationē, quę mihi minus reliquis probatur, non referam nec confutabo, contētus eius allegatione, quia ex superius adductis, satis manet confutata.

12 Quare nos (quib^o ceteræ, istorū patrū interpretationes, minimè possunt satisfacere) aliā omnino diuersam ab his, inuenimus, quæ forsam doctis non displicebit, ea autē est, quod stipulatio est cōmissa, & exceptio doli ideo est data, aduersus

cum,

eum, qui reum dolosè fecit cōdemnari. et si tacita à principio inesset conditio, de dolo non committēdo: quia de iure, stipulatio simplex, vel penālis, quamuis dolosa, actionem producebat, ex eo, quod conditio tacita, de dolo non committendo, non inerat, quoniam à iure ciuili, dolus regulariter non erat cognitus, sed à pratoribus fuit generaliter inuētus: quare, cum inspecto iure ciuili, ea stipulatio non haberet cōditionem, de non committendo dolo, dici conditionata non poterat, sed simplex, pura & de præsenti, & sic obligationē statim, de non contraueniendo cuiuscumque arbitri cōpromissarij sententiæ, in futurum, continebat: et si conueniret, de soluenda penā cōuentionali, quoniam (vt dixi) nulla conditio id impediēbat. Prætores tamen postea, cum viderent iniquum esse, quemquā ex dolo suo, fraude & malitia, commodum reportare, dederūt omnibus actib^o, in quibus horum aliqua interuenirent, exceptionem doli, metus aut aliam, qua virtus actionis ciuilis prorsus enervaretur: & sic, in hoc casu, cum stipulatio, de stando arbitri cōpromissarij sententiæ, obligationem ciuilem produceret, ne si dolus aliquis stipulantis interuenisset, quo sententiam arbitri profefferi fecisset, & sic commodum reportasset, dederūt prætores reo, actionem de dolo, seu exceptionem, vt ex serie & litera nostri tex

tus, satis manifestè constabit.

Sed dicit aliquis, quo pacto, prætores, cum conditionē, de non committendo dolo subintelligerēt, non fecerunt, obligationis ortum & natiuitatē, illa conditione sic impediri, vt si dolus committeretur, actor dolosus repelleretur statim, nec vlla op^o esset exceptione, si à principio actio negaretur? cui respondebis quod prætores, nō poterant, legum ciuiliū virtutē, & actiones nullas facere ipso iure, ratione quam infra lib. 3. adducemus, & sic non poterant impedire, vt ea actio ciuilis, non nasceretur, sed id tantum, vt orta, postea euanesceret, per exceptionē, siue doli, siue metus, siue pacti conuenti, siue aliam quamcumque, ab ipsis inuentam, pro vt in. §. igitur nuda & §. prætor ait, copiosius tractabimus. Quare non est mirandum, si in casu textus, in. d. l. ita demum. conditio, si dolus non committeretur, non prohibuit ortum obligationis in stipulatione: quia ea erat prætorica, cum stipulatio esset iuris ciuilis, non potuit tolli eius obligatio ciuilis, ipso iure, à prætoribus, nisi per exceptionem: & sic datur exceptio prætorica, ad labefactandam obligationē & actionem ciuilem, pro vt alibi sepe videmus: si autem ea cōditio, de dolo, fuisset à iure ciuili subintelligēta, non dubium foret, quin ortus obligationis impediretur, ex doctrina à nobis iam tradita: quod autem

autem exceptio, de dolo, fuerit prætoriam, tam notum est omnibus, ut probatione non indigeat. textus est tamen in l. 1. & totus titulus. ff. de doli mali & metus exceptione. & totus titulus. ff. de dolo malo. Discat ex hoc iuuentus, quo pacto, leges, non Bartolizando, Baldizando aut Iasonizando (ut nostri in summa hoc ponentes felicitate faciunt) sed de ratione vna in aliam studiosè philosophando, rectè intelligantur.

13 Ad tertium dicimus, quòd contractus conditionales, non redduntur inanes, & frustratorij, quamuis obligationem de præsentì non inducant. nam operantur effectum maximum, ut obligatio videlicet, nascatur, sine alia conventionè & consensu de nouo, ab implemento ipsius conditionis, & retrorahatur eius natiuitas, ad tempus quo celebrata est conuentio, et hoc solum voluerunt ipsæ partes, ut constat ex conditionis appositione, quam certò sciunt, aut scire debet, (quæ paria sunt) hunc effectum operari: quare illarum iudicio & voluntati standum erit.

14 Ad quartum respõdemus, quòd etsi verum sit regulariter, non habere maiorem virtutè, tacitas conditiones expressis: nec expressas tacitis: negamus tamen, quòd si expressè, de aliquo dando vel faciendo conuenimus, sub conditione, velimus obligari de præsentì, & obligationis executionem in futu-

rum tempus cõferri: nam imò, eo ipso, quòd volumus sub conditione contrahere, nolimus obligari de præsentì: sed totius obligationis ortum, & executionem referuari, in tempus impletæ conditionis, pro ut supra declarauimus.

15 Ad quintum argumentum, de equiparatione vltimarum voluntatum ad contractus & pacta, concessa maiori, minorem negabis: nã si à Titio legata sint centum Meuiæ, ad dotem, vel pro dote, cum tacita conditio, à lege præsumpta insit, de futuro matrimonio, prius debet Meuia, matrimonium contrahere, quàm centum possit à Titij hæredibus repetere: nam cum ea conditio, sub qua illa fuerant relicta, implera non sit & pendente conditione, nihil debeatur, non solum aget malè, petendo: sed nulliter, quia ius, nec actionè habet. l. cedere diem. ff. de verb. signif. ex quo colligitur, perperam tenuisse contrarium, Accursium. in. d. s. Titio genero. quem meritò reprehendit Bartolus, tam ibi, quàm conf. 200. incip. quæritur de legatio. vbi non minus eleganter, quàm breuiter, hanc opinionem nostram, ut veriore resoluit.

Ex quo fit consequens, quòd si Sempronius, relinquat Bertæ mille, ad hoc, ut monasterium ingrediatur, seu quod idem est, religiosa fiat, non habebit Berta ius, ad mille repetendum, nisi actu fiat religiosa, quod erit, cum votum solenne emisse-

emissit: quia quemadmodum dos temporalis, esse non potest, absque reali matrimonio (ut supradiximus) ita legatum hoc vel donatio (quodcumque illud fuerit) cum dos sit, quodammodo spiritualis, consistere non poterit, absque eo, quod matrimonium spirituale celebretur, quod consistit, in reali seu actuali voti solennis emissione. De fructibus autem rei legata vel donata, pendente conditione, postquam iam est impleta, non ignorant lectores, quid inter potestatiuas & casuales (ut vocant) intersit.

16 In sexti & vltimi argumenti solutione, notare oportet, pro nostre legis intelligentia, quæ sit differentia, inter nulliter agere, & malè agere. Accursius, Bartolus, et ceteri, in. l. 1. ff. quando dies vsus. ced. hanc differentiam notant: quòd malè agere dicatur is, qui obligationem & actionem habet, & intètare potest, elissibilem tamen ope exceptionis: nulliter agere dicatur ille, qui agit & petit, quod sibi nullo iure debetur, & sic nullam actionem habet: quibus ego minimè assentior, nam quamuis aliquando, malè agere sumatur, pro eo quòd est agere, habita actione, quæ repelli potest per exceptionem, ut in. d. l. vnica. ff. quando dies vsus. ced. & in. l. 2. s. si quis stipuletur. ff. de eo quòd certo loco. aliquando tamen accipitur, malè agere, pro eo quòd est, nulliter agere, id est pro eo, qui agit sine aliqua obliga-

tionè, & sic cum nulla competit actio, ut constat ex. l. verum est. 4. ff. de compensatio. vbi Paulus ex Neratio & Pomponio notat, quòd compensatio, est civilis, & tollit debitum, vel partem debiti, & in reo principali, & in fideiussore: & cum vellet significare, nihil agere actorem, qui petit à reo, debitum totum, cum pars esset sublata ipso iure, per compensationem: dicit eum malè agere, quòd argumentum satis concludens erit, ad probandum, quòd malè agere, potest sumi dupliciter. Vno modo, pro ut est genus, alio modo pro ut est species: genus erit, cum comprehendat malè agere, pro agere, properè nimis, & festinàter, & pro nulliter agere. Species verò, cum solum malè agere, pro celeriter agere, vsurpetur: nec mirum videri debet, quòd vnum & idem verbum, accipiatur pro genere, & specie: nã adoptio etiã significat, adoptionem, pro ut est genus ad adoptionem in specie, & arrogationem: & speciem tantum: quòd in iurisdictione similiter verificatur ut doctores notant in titulo & in. l. 1. ff. de iurisdictione omnium iudi. & in. l. 1. ff. de adoptio. sic ergo, accipi debet, in hac. l. itè quia. s. huius rei. malè agere, pro nulliter agere, nã satis malè agit, qui cum ius non habeat ad petendum, nulla tamen suffusus verecundia, actionè proponit, cõtemptis omnibus his, quæ iustè in contrarium obijci possent, nulliter verò petere,

re, aut agere, semper sumit, pro eo quod est agere, sine actione, quod erit, cū nulla obligatio præcedit, & sic solvuntur omnia argumenta, quæ nostræ resolutioni aliquo modo videbantur aduersari.

17 Ex qua nascitur, perperam existimasse eos, qui inter tacitam conditionem & expressam, constituere voluerunt differentiam, ut retulit Accursius hic. nam cum tacita conditio, ut iam probavi, ortū obligationis impediatur, sicut expressa: non est, quare in hoc, eas differre dicant, et si idem Accursius, sui imemor, in l. 3. C. de receptis arbitrijs. eorum opinionem, quam hic improbauit, de tacita & expressa conuentione, probauerit. ibi, à nō paucis receptus, sed malè ut vidisti.

18 Superest tamen, ut post inuestigatam huius quæstionis veritatē, utilitatē notemus, quam ex ea, sit lector percepturus: ea autē maxima est, quia poterit inde colligere, quod si Titius vendit Gaio domum in mille, si naus ex Asia uenerit, uel eandem domū promiserit, dare Sempronio, in dotem Bertæ (ut sic tacitas & expressas conditiones comprehendamus) & antequam naus ueniat ex Asia, uel antequam Sempronius contrahat cum Bertæ: alij rem oppignoret, uel aliter, quocumque modo alienet, non incidet in poenam legis Corneliæ, de qua in l. qui duobus. ff. de falsis. nec in alias, quæ res-

semel obligatas distrahentibus, à lege communi & municipalibus, præscriptæ fuerint: nam cum conditio, siue expressa, siue tacita, impediatur ortum obligationis, perinde haberi debet domus, ante impletū conditionis, ac si nulla promissio de ea, aut contractus emptionis, factus fuisset: nisi casu, quo contingerit, impletam esse iam conditionem. nam tunc, retrahitur obligatio, ad tempus factæ promissionis, aut celebrati contractus, cui per se cūdum, præiudicium irrogari nō potuit: quæ omnia intellige, tam si extraneus pro muliere, quam si ipsa mulier pro se, dotem promiserit: cum utriusque eadem sit ratio. Idem erit in institutionibus, uel legatis: nam si ego reliquero bona mea, uel aliquam eorum partem, ad dotem filie tuæ, uel pro dote, siue temporali, siue spiritali, et ea antequam matrimonium contrahat uel religiosa fiat, moriatur, nō pertinebit ad te institutio mea uel legatū, per supra dicta, sed sicut quasi caduca, cum extincta fuerit legataria conditio pendente. l. unica. ff. pro secūdo C. de cad. tollend.

S V M M A R I A A D

Caput Octauum.

1 Bartoli & communis conclusio, ad hunc textum, ab impugnatione Duareni defenditur: confutatis eius fundamentis.

2 Nona difficultas, quo ad intellectum textus mouetur, & soluitur.

Caput

C A P V T

Octauum.

Idem Iuliano placet, ex facto etiam consulti: cum conuenisset, ut donec usura soluerentur, fors non peteretur. & stipulatio pure cocepta fuisset, conditionem in esse stipulationis atque si hoc expressum fuisset.



ARTOLI conclusio, ad hunc textum, ea est. Ut quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita intelligantur: sequitur Angelus, Paulus Castrensis, Albericus, Alexander, Iaso, & Fortunius, quam conclusionem per hæc uerba, desumit ex eodem Paulo, in l. Titia. §. idem respondit. ff. de uerb. oblig. quæ Bartolus & cæteri relati, sic intelligunt, ut Iurisconsultus uelit, quod si ante contractus celebrationem, præcedat conuentio, uel tractatus, de die obligationis, de modo, conditione, aut pactione alia, quacūque, hic tractatus & conuentio, in stipulatione pure sequenti. Sed ab his omnibus dissentit Duarenius, dicens, quod præfatio, de qua Paulus, in dict. §. idem respondit. Non significat, conuentiones præcedentes, ante contractum, sed primam partem seu anteriorem formulæ stipulationis: in qua pacta conuenta, conditiones & alia id genus describebantur: &

non posteriorem, quæ stipulationem ipsam solebat continere. l. iurisgētium. §. quod fere. infra eod. arbitratur enim Duarenius quod lex hæc item quia: in. §. hoc. fin. & l. Titia. §. idem respondit. loquuntur solum, in casu, quo cautio seu instrumentum de contractu, uel pacto, conficiatur: in quo solebat olim, primò apponi leges & conditiones contractus, quæ omnia appellatione præfationis, ex proprietate sermonis, contineri dicit, & postea contractū stipulationis, quo contenta, esse certo futura promittebatur, in qua non fuisse expressa, seu specificata illa omnia, quæ formulæ stipulationis præcesserant, asserit, & allegat in exemplum, textum in l. lecta. ff. si certū petatur. in qua casus, huic similis continetur, & sic secundum sententiam Duareni, si præcedat conuenticio aliqua, seu tractatio, de conditionibus & legibus contractus, quæ nō comprehendantur, in stipulatione, uel instrumento, illi inesse per tacitū subintellectum nō poterunt: quoniam (ut ipse dicit) aliter concipiēdo instrumentum, uel stipulationem (quod idem est) non faciendō mentionem de illis, recessisse iam ab eis uerosimiliter est præsumendum. Sed opinio hæc Duareni, uera non est, imo aduersatur textui. in l. si binarum. ff. de seruitutibus urban. prædior. ubi Martianus docet, quod si tempore contractus, pactū fit, de seruitute, & postea tempore

portē traditionis, nulla mentio de pacto illo seruitutis habeatur, cōpetit nihilominus actio ex vendito, vel incerti: tamquam si tempore ipsius traditionis, constitutio illa repeteretur, ex tacito pacto, quod ad ceteros similes contractus, non sine ratione extendi potest, idem probat textus, in hac sola ratione fundatus, in l. si tibi liberum. 8. ff. de actio. empti. l. sed et si me putem. §. cum iter. ff. de conditione indebiti. textus in l. lecta. versic. dicebam. ff. si certum petatur. & melior in l. qui in futurum. §. 3. infra. eodē titu. de pactis. quod Paulus clariùs docuit, in dicta. l. Titia. §. idem respondit. dum dixit, quod plerumquē, ea quę in præfationibus conuenisse concipiuntur, in stipulationibus etiam creduntur repetita. Nec alicuius considerationis est, expositio Duarenii, verbi illius (præfationibus) pro anteriori parte cautionis, vel instrumenti, in quo leges contractus continentur, ante stipulationis constitutionem: nam ultra id, quod diuinatoriū sit ad textū, dicere, in eius casu, instrumentū vel cautionē interuenisse, proprietatis verbi, quae ipse se vult iuuare, contra se expressē pugnat: nam præfatio, cum descendat à verbo præfari, idem significabit quod ante fari, seu loqui, quam principalis actus geratur, & sic conuenta in præfationibus, id est in sermonibus, seu loquutionibus certis, quę sunt ante contractum principalē,

vel stipulationis, vel literarū obligationis, ipsi stipulationi, vel literarum obligationi subsequenti in esse creduntur, per tacitum legis subintellectum.

Sed non est leuis dubitatio, qua querimus (hanc nullus interpretū tangit in præsentī) quomodo tacitum pactum dici possit, quod expressē conuenit inter partes: expressē autem satis constat conuenisse, cum pactus fuerit creditor, se tandiu sortem non petiturum, quamdiu eius usuræ legitimæ soluerentur, vt textus dicit. Cui tamē respondebis, quod et si hæc conuentio, pactum expressum dici possit, cum adijceretur vel apponeretur in alio quocumque contractu, qui certam verborum formulā nō exigisset, vt sunt omnes præter stipulationē: adiecta tamē stipulationi, in qua nihil venire solet, quod expressis verbis nō sit declaratū, & cōprehensum in eius formula. l. quid quid adstringēde. ff. de verb. obli. & quæ in casu huius textus, nullā de illis conuentis mentionem facit, quia concepta est formula, sine aliqua expressione modi aut conditionis, rerum præcedentiū, tacitum pactum non immeritō dici potest, quia non venit in formula stipulationis expressa, sed à legis interpretatione, qua præsumit, tacitā contrahentiū voluntatem esse, vt illa quæ præcesserant conuenta, in stipulatione pura, repetita intelligantur.

SVM-

- 1 **B**artolum, minimè intellexisse diuisionem Vlpiani, de conuentione factam, ratione probatur.
- 2 Quare duas species esse conuentionum, Vlpianus dixerit, queritur: responsio quę Duarenii afferitur, late quę consutatur, & secūda non admittitur.
- 3 Alia Rauardi responsio refertur, eam tamen falsam esse, pluribus monstratur rationibus.
- 4 Excusatio Hotomani, quam antea tentauerat Fortunius, rejicitur.
- 5 Alia ad curandum Vlpianum reperitur via, quam veram esse, late probatur.
- 6 Secūda difficultas mouetur, & satisfactio Cuiacii adducitur, quæ tamen consutatur & alia Hotomani.
- 7 Quartam Conani responsionem, tamquā naturali & morali Philosophia contrariā rejiciendam fore, copiose docetur.
- 8 Noua excusandi Vlpiani, in hac diuisione, traditur ratio, repulsa ad propositum, quadam Rauardi opinione.
- 9 Quædam nostri textus litera (dupliciter enim legitur) approbata à Rauardo rejicitur, & alia communis lectio (per Principem) defenditur.
- 10 De quo Principe debeat intelligi hic textus, & eius potestas, in bonis priuatorum, cum causa publica vtilitatis subsit, traditur.
- 11 Duces posse inducias & pacem inire cū hostibus, dicitur, an autem sine speciali superioris potestate, facere pacem possint, queritur, ac tandem non posse iuribus & exemplis probatur.
- 12 Duces sine expressa superioris licentia, inducias minimè posse facere, aduersus Accursium & Bartolum cum alijs defenditur.

CAPUT

Nonum.

Conuentionum autem, tres sunt species: aut enim ex publica causa sunt, aut priuata, aut legitima, aut iurisgentium. Publica conuentio est, quæ fit per principem, aut quoties inter se duces belli, quædam paciscuntur.



ARTICVLVS

(quod eius pace dixerim) minimè intellexit, diuisionem hanc Vlpiani, de conuentione, pro vt genus est, ad suas species, factam: nam existimat, Vlpianum hic, dixisse, conuentiones publicas, non esse iurisgentium, opponēs ad Iurisconsultum, sic, in l. iurisgentiū, infra. eod. dicitur, quod conuentio publica, est de iure gentium, hic dicitur contrarium, ergo malè ponuntur species, solue vt in glossa. quasi Vlpianus, in l. iurisgentium, asseruerit, conuentiones publicas esse iurisgentium, & hic negauerit, quorum vtrumque falsum est, nā in l. iurisgentium, nullā facit mentionem Vlpianus, de publicis conuentionibus, nec hic eas diffitetur, aut fatetur iurisgentiū esse: imo eas omittit, ratione de qua inferiùs, in secūda quæstione. Prima. n. quę modo se offert, ea est, quare Vlpianus dixit, tres esse species conuentionum, cum duas tantum postea referat, publicam videlicet & priuatam?

Gg

uatam?

uatam? qua, ita quorūdam (qui in hoc titulo scripserunt) iudicia obruuntur, ut manus dare, & fateri, Ulpianum differendi leges non considerasse, fuerint coacti: ut testatur Cuiacius hic, neminem referens, pro ut est eius moris, tacite tamen intelligens de Duareno, cuius nomen semper omittit, et si varias eius opiniones in iure refutet. Arbitratur enim Duarenus, parum officere Iuriscōsultorum auctoritati & nomini, dicere, quod alias artes (sua excepta) non recte percalluerint, exemplum referens, de Sceuola, Iuriscōsulto praestantissimo, qui cum à Cicerone multis laudibus iurisprudētiæ ornaretur, eam artem quæ (ut ipse verbis utar) doceret rem vniuersam tribuere in partes, latētem explicare diffiniendo, obscuram explanare interpretādo, ambiguam primò videre, deinde distinguere, postremò habere regulam, quæ vera & falsa iudicarentur, & quæ quibus propositis essent, quæq; nõ essent consequentia, sine dubio fertur ignorasse. Et aliud de Trebatio, Iurisciuisi usu & scientia præexcellente, quem ipse Cicero Topica, idest maximam Dialectices partem, similiter retulit ignorasse, in eo præsertim libro, quem ad eundem Trebatium, honoris causa scripsit, et ad posteritatis memoriæ peruenire voluit, quod procul dubio numquam fecisset, si tanto viro, summa sibi amicitia & neces-

situdine cōiuncto, aut ingrātū id, aut parum intellexisset fore honorificū. Sed hæc solutio Duareni, præcipuè mihi, cui Ulpiani ingenium & singularis doctrina, cū multiplici aliarū facultatū & rerū cognitione cōiuncta, cæteris aliorum Iuriscōsultorū scriptis, aut præstantior, aut æqualis salte semper est visa, probari non poterit, cum alienū arbitrer, non solum à veteribus Iurisconsultis (quos nostris doctiores fuisse, in omni facultate nullus ambigit) sed à nostris etiam, munus eius rei suscipere, cuius sententiam & cognitionem perfectā quocumque modo non habeat, quod satis expressè potest probari ex Pōponio, (ut exēplis etiā illū conuincamus) in. l. 2. §. Seruius autem. ff. de origine iuris. vbi refert, quod cū Seruius Sulpicius, in causis orandis, primum locū aut certe post Marcū Tulliū, obtineret, nec Iurisprudētiæ studia profiteretur, nihilominus grauitè est reprehensus, à Quinto Mutio (ex eo, quod cū venisset ad eū cōsulendū, de re amici sui, & de iure eū respōdētē, parū intellexisset, bis interrogauit de eo, cui iā semel Mutius respōderat) dicente, turpe esse patricio, & nobili viro, causas exoranti, ius in quo versaret, ignorare. Si igitur Seruius Sulpicio, oratori solū, turpitudinis nota iniusta est, quæ ius ciuile, quod pertineret aliquatū ad suam artē, in eo negotio ignoraret: quāto maior nota iuri debuisset Ulpiano si cum

si eum interpretis suscepisset officium, diuidere & diffinire (quæ partes sunt magis interpreti necessaria) ignorasse comperiretur, multo certe. Igitur Duareni responsio prima, admittenda non est. Secunda autem, an vera sit, videamus: inquit enim, quod si quis, hæc culpam, malè diuidendi, in Tribonianum malit conferre, ipse non refragabitur, cum verosimile sit, ab Ulpiano, in his commentarijs (ex quibus hæc nobis fragmenta supersunt) longè accuratius, copiosius & distinctius, omnia fuisse tractata, quàm in his cætonibus, modo comprehendantur: & sic conuenitur grauitè, de Triboniano, quod ut Budeus asserit, accissas nobis pandectas & mutilas, verius quàm compendiosas tradiderit: sed nec hæc excusatio satisfacit, quoniam obscuritas vel difficultas (si qua loco huic inest) ut Sextus Cecilius, quondam Favorino philosopho respondisse fertur, non culpæ scribentis assignanda est, sed incitiæ non assequentis.

3 Reuarius, tertio loco, aliam secundam affert interpretationem, ad hunc textum, lib. 4. variorum, seu de iuris ambiguitatibus. cap. 1. aduersus hos, causam Ulpiani satis viriliter defendit, sed (ut mea fert sententia) non perinde feliciter. Nā ut vnū euitaret offendiculū, in plura & grauiora incidit, ut statim videbimus, aduertit enim primò, quod litera Codicū vulga-

ris, est mēdosa, & sic, mēdo sublatō, alio diuerso modo, est legenda. Cū enim Ulpianus, scripserit (inquit) cōuentionū tres sunt species, aut enim, ex publica causa fiūt, aut priuata: priuata, aut legitima, aut iuris gentium. Igitur, secundū Reuardu, repetitio illius verbi (priuata) superflua est, quod cōfirmat pandectarum Florentinarū nouissima, & eadem omnium longè castigatissima editio, in qua eadē illa (quam delendam ipse suspicatur) dictio (priuata) duabus stellulis intercluditur: quibus haud dubie ea solent contineri (ait) quæ cum in ipso architypo desiderarentur, postea per librarium aliquem fuerūt addita. Sed minimè potest probari, hæc Reuardi expositio, & immutatio. Primò, quia in pandectis Florentinis, quibus ipse putat se iuuari, reperitur dicti illa (priuata) sicut in nostris, nec stellularum interclusio, illius considerationi fauet: quia ea sic addi solet à librarijs & iurisperitis modernis, qui expungendam arbitrantur, sicut verborum adiectio, quam hic Reuardus suspicatur, & facilius multo. Secundo, quia si tolleretur verbum illud (priuata) non tres (ut litera dicit) sed quatuor redūdarēt cōuentionum species, ut cōstabit lectori, ex cōtextus relatione, quæ sic se habebit (cōuentionū tres sunt species, aut. n. ex publica causa fiunt, aut priuata, aut legitima, aut iuris gentium) nam dicere, pro ut Reuar-

dus affirmat, verbum illud (iurisgentium) non ab Ulpiano, in sua interpretatione scriptum, sed à Triboniano, vel saltem ab inepto alio interprete, adiectum fuisse: res est non minus diuinationis quam ridiculi plena: sic enim, iura interpretado, nulla foret tam grauis legum antynomia (si qua est) vel difficultas, quæ à primario quocumque tyro ne, facile tolli non posset: dicendo, hæc litera est immutata, vel adiecta, non debet scribi sic, sed sic. Abeant igitur ab schola, isti verborum & literarum interpositores, qui difficultatum solutione, ob ignorantiam laborantes, statim decurrunt ad ista illiteratorum præsidia, nullo alio firmo, nisi sua debili authoritate innixi fundamento. Tertio, quia quamuis Reuardo gratis dare voluissimus, has duas dictiones, quas vult, ab incerto interprete vel librario adiectas esse: ex eius rei concessione, aliud sequeretur absurdius inconueniens, Ulpianum videlicet, ineptè fuisse loquutum, & minutè processisse: ineptè, cum dixit conuentionum tres esse species: nam aut ex priuata aut publica aut legitima causa fiunt. Quis enim propriè loquendo, dixit vnquam, ex legitima causa, quemquam pacifici aut quæ est huius phrasidis, apud Iurisconsultos significatio: quam ante Reuardum apud neminem nec vidi, nec legi, nec latinorum & doctissimorum hominum com-

municatione, fuisse vsurpatam cognoui: diminuitè, quia cum voluisset docere, omnes species conuentionis, enumerauit tres solas, priuatam, publicam & legitimam, & prætermisisset aliam non minorem, eam scilicet, quæ dicitur iurisgentium tantum de qua in .l. iurisgentium .7. sequenti, responsio autem, qua Reuardus vult, omnes conuentiones esse iurisgentium, siue publicæ sint siue priuatae, vel legitimæ, inanis & falsa est: falsa, quia datur aliqua conuentio legitima, quæ non sit iurisgentium, vt in principio libri tertij sequentis dicemus, inanis, quia difficultatem minimè tollit: quauis enim demus, priuatas, publicas & legitimas conuentiones, iurisgentium esse: non tamen inde colligitur, aliam non esse iurisgentium solam, quæ in hac non comprehendatur, qua data, diminutus reddi in diuidendo Ulpianus, cum volens docere, omnes species conuentionum, prætermisit eas, quæ sunt solè iurisgentium: nec à iure civili aut prætorio aliquam habent approbationem, vt sunt omnes contractus innominati ante implementum, pro vt fufsius in principio .l. iurisgentium, tractabimus. Quarto, quia tertia illa species (legitima) superflua redderetur, quæ n. conuentio legitima considerari potest, quæ inter publicas vel priuatas non possit numerari: certè nulla: quia qui contrahit, vel debet esse persona publica, vel priuata

uata, nã tertium genus hominum non est, à quo conuentio specificum nomen sortiat, quare, si in illis duobus omnes comprehenduntur, tertia superflua erit.

Quintò, quia cum tradidisset Ulpianus, tres species conuentionis, priuatam publicam & legitimam, & explicasset, quid esset publica, & postea quid legitima, diminuitè processisset, non explicando, quid esset priuata conuentio, cuius mentione, cum primo loco posuisset, primo etiam loco, ante reliquas, tenebatur eius definitionem aut descriptionem tradere: at id non fecisse videmus, si sic litera legatur, vt Reuardus tradit, ergo ne culpa, in Ulpianum diminutionis conferatur, magis eius verbis, quæ rectè intellecta, certissimum sensum & verissimam diuisionem conuentionis afferunt, quam Reuardi interpretationi, ex libero suo capite depromptè standum erit.

Hotomanus, tertio loco, in primo volumine, variarum disputationum tractatu de pactis. pag. 2. fol. 121. nostros authores miratur, quod his defensionibus tutentur Ulpianum, cum ad eius existimationem, satius fuisset dicere, numerorum notas, eo loco (vt saepe accidit) fuisse mutatas: intelligens (vt credo) loco illius verbi (tres) verbum (duæ) reponendum esse: sic, vt Ulpianus dixerit, conuentionum duas esse species, publicam & priuatam, & rursus priuatam, legitimam & iuris-

gentium &c. quod ante Hotomanum tetauit Fortunius, in presenti. fol. 13. pag. 2. in principio. Sed quauis hæc interpretatio securior sit ceteris, nec mihi aliquando displicuerit, habet tamen repugnãtem literam, omnium codicum communem, quæ facile contemni non debet. Quare si alia defensionis via inuestigari potest, ad nouas literæ immutationes, confugiendum non erit.

Ego enim, hanc vnicam, & fortasse veram, ad excusationem Ulpiani, sine aliqua additione aut diminutione literæ, excogitavi rationem: quæ diuisio hæc iurisconsulti, de conuentione, congrua & commodissima potest reddi: cum enim species omnes, generis subalterni, insint generi generalissimo, quia genus subalternum species est generalissimi, cui subest: non mirum, si is dixerit, species conuentionis priuata, quæ genus est subalternum, ad legitimam & iurisgentium, in esse docuerit conuentioni simpliciter, quæ genus est generalissimum ad ceteras species, tam publicas quam priuatas, & in speciebus priuatae, tam legitimas, quam iurisgentium: quod vt melius percipias, vno te volo, duobus vt exemplis docere. Ponamus v. g. quod ego, postquam diffinui animatum, quid esset, illud volui diuidere in suas species, sine dubio, sic diuidere potuissem, vt animati duæ sint species, nã vnum est sensibile, vt animal: aliud insensibile, vt planta: &

postea possem subdividere, animati sensibilis, sunt aliae duae species, nam vnū est sensibile, rationale, vt homo: aliud sensibile, irrationale vt equus: vt circuitus tamen, & prolixitas huius diuisionis vitaretur, possem præculdubio, animatum sic diuidere, vt animatum tres habeat species, hæc autem sint, sensibile rationale vt homo: sensibile irrationale, vt equus: insensibile autem vt planta: quoniam cum ad essentiam bonæ diuisionis, pertineat, vt genus in suas species, per differentias deducatur, vt optimè resoluit Agricola, lib. 1. de inuentione Dialectica c. 7. & in exēplo hoc, quod attulimus, genus quod est animatum, diuidatur in omnes species, quæ in vniuerso sunt, habentes animam, sensibile videlicet rationale, sensibile irrationale, & insensibile: necessariò sequitur, propriam & bonam esse. Nec obstat, quòd rationale & irrationale, non sint immediatæ species animati, sed sensibilis, quoniam cū generi subalterno sensibili insint, quod est vna species animati, & sic generi generalissimo insint, nihil intererit, quòd in diuisione generis generalissimi cōnumeretur: in qua, nō curam referre principaliter, quæ mediatè vel immediatè insunt, sed eorū, quæ simpliciter insunt: quæ verificari certū erit, cū species mediæ, & mediarum specierū species infimæ, seu vt latinius cū Cicerone loquar, cum mediarum formarū

formæ infimæ referantur. Tunc enim, ratio diuidendi, quam Dialectici præscribūt, strictissimè obseruatur, vt videlicet, quidquid in genere cōtinetur, differentie annumeratè declarent, quod alio exemplo magis proprio nostræ iurisprudentiæ explicabo. Si enim voluissem, statum personarum, per suas species seu differentias diuidere, nulli dubium est, quin sic id facere possem. Vt personæ seu homines, in duplici sint differentia: quidam sunt liberi, alij verò serui, sic enim hominum differentias tradidit Caius, in. l. summa itaque diuisio. 3. ff. de statu hominum. & postea possem subdividere exemplo Florentini, in. l. & seruorum. 5. ff. eodem. titulo. quod liberi aut ingenui sunt, aut libertini: si tamen breuius, sine aliqua subdividendi prolixitate, has hominum differentias, tradere voluissem: rectissimè genus hominum, possem diuidere in tres species: quarum prima sit liberorum, secunda seruorum, tertia libertinorum, qui serui esse desierunt: sic enim, diuisionem hominum commodè fieri posse, negabit nullus, cum exemplum hoc extet, in responsis eiusdem Vlpiani, in. l. manumissiones. 7. ff. de iust. & iure. qui volens, species hominum, quæ in vniuerso sunt, connumerare, eas verbis his distinxit (iure gentium tria hominum genera esse ceperunt, liberi, & his contrarium serui, & tertium genus

libertini, qui serui esse desierunt) diuisit enim eo modo, quia quamuis liberi, à natiuitate, seu ingenui, & qui liberi per manumissionem fiunt, qui sunt libertini, duæ sint species immediatæ liberi simpliciter, quod genus est subalternū, respectu earū, & species respectu generis generalissimi, quod est persona seu homo: quia tamē species generis subalterni, insunt generi generalissimo, propriissimè genus hominū, in triplex membrū diuisit, ingenuorū, seruorum & libertinorum. Hūc ordinem sectatus est ipsemet Vlpianus, in hac nostra. l. quinta. quæ deprompta est ab eius commentarijs, in librum quartum ad edictum. Nam postquam in fine legis primæ, cui hæc debuisset connecti, expunctis tribus intermedijs, quæ sunt Pauli & Modestini, diffinitionem pactiōis (vnde pactum est appellatum) tradidisset, & generalem verbi conuentionis, quod in diffinitione pacti relatum erat (pro vt supra docuimus) vsum demonstrasset: illud postea in omnes suas species partitur, reiecta subdividendi ratione, vnica diuisione, dicendo, tres esse cōuentionum species, vnā publicam, aliam priuatam: & in priuatis, aliam legitimam, aliam iuris gentium: nam quamuis publica & iuris gentium, sint species immediatæ, generis subalterni, priuatæ, quia tamen, illud genus subalternū, inest gene-

ri generalissimo, conuentioni videlicet in genere sumptæ, nō impropriè, sed propriissimè species generis subalterni, in diuisione generalissimi, cui insunt, referuntur: Quæ admodū in exēplo personarū, ab eodem Vlpiano tradito videmus, in quo, liberi & libertini, quæ sunt species infimæ, generis subalterni, liberi, in diuisione generis generalissimi hominis, à Iurisconsulto referuntur: sic enim ea regula, quæ certissimam vocat Rodolphus Agricola vbi sup. bellissimè obseruatur, vt scilicet, duabus aut quibus velit, vtatur differentijs, qui diuidit, dummodo, vniuersam eius, quod diuiditur, complectatur latitudinem, quod in exemplis relatis, non deficit: sic defendi potest Vlpianus, sine aliqua literæ immutatione.

Sed ex hac nostra solutione, nascitur alia secunda difficultas, priori nō dissimilis, qua videtur Vlpianus, in hac conuentionum diuisione, perperam similiter processisse: nam si ea ratione, rectè dixit prius, tres esse conuentionum species: quia legitima & iuris gentium, quæ sunt species infimæ, priuatæ conuentionis, referuntur ad genus cōuentionis generalissimū, cuius species est genus subalternum: eadem æqualiter ratione, referre debuisset, species conuentionis publicæ, legitimæ videlicet & iuris gentium, & sic redundarent quatuor species, & nō tres. Quare,

vel superflue processit, cum tres dixit, cum duarum relatione posset esse contentus, publicae videlicet & privatae, aut saltem diminute, cum eas quae quatuor sunt, tres solum esse firmavit. Cui si cum Duareno possemus dicere, nihil Iuriscōsultorum interesse, si in alijs, praeter suam facultatem, errasse comperiantur: facilis esset solutio, aliena tamen à Iurisconsulti Vlpiani reconditis & exquisitis literis, & à boni interpretis officio & necessitate. Cuiacius autem, cum difficultatem proposuisset, his verbis respondit (at diuisionem ita fieri, ut generum quae ponuntur, eadem sit materia, nulla ars vetat) quasi clarius diceret, explicationem de vno membro diuisionis factam, ad aliud applicari, non esse inconueniens: sicque, cum Vlpianus dixerit, priuata conuentionem, diuidi in legitimam & iurigentium, idem prorsus, de alio membro, de publica scilicet esse intelligendum nihil vetat. Sed nec haec solutio satisfacit, quoniam hoc modo, mancas omnes & diminutas diuisiones, possemus excusare, quas non voluntate diuidentis in mente retenta, sed à verbis expressis vel proposito certo, sumus ponderaturi.

Hotomanus, tertio loco. i. volumine. variat. disputat. tractatu de pactis. in principio. aliter exponit dicens, ideo Vlpianum, non diuisisse publicam conuentionem, quia pra-

toris edictum, cuius ipse interpretationem susceperat, nulla ex parte, ad ius fecialium, aut populorum foedera, quae publici iuris erant, sed ad rerum priuatarum pactiones, gestionesque negotij familiaris, principaliter spectabat. Sed nec ea nobis placet, quia quauis in his praetorum edictis, de publicis populorum conuentionibus, non tractaretur (quod dubium est) interpretamen, cum à suo capite reuoluisset repetere, & pactorum seu conuentionum species & differentias omnes explicare, tenebatur (sicut fecit in priuata) publicae etiam conuentionis congruam tradere diuisionem, ne manca relinqueretur, generalis omnium conuentionum diuisio, quam intendebat.

Connanus lib. 5. commentariorum. cap. 1. num. 10. versu. nunc veniendum. quarto modo, hanc soluit difficultatem: dicens, quod publica conuentionio, ideo ab Vlpiano non fuit diuisa, sicut priuata: quia iuris ciuiliis aut gentium ratio, in qua foret facienda diuisio, in publicis conuentionibus attendi non poterat, nam communis utilitatis gratia, recedendum est nonnumquam à iure gentium, à legibus vero saepissimè, quae enim de singulorum contractibus scita sunt (inquit) in populis, & quae omnium hominum moribus, ea de re obseruantur, immutantur plerumque, commodo reipublicae, cuius utilitas omnibus omnium utilitatibus antecedit, ut separatam quandam

ratio

rationem obtinere videatur, à iure naturae & ciuili, & tamè vtriusque sit ita particeps, ut vtrique repugnet aliqua in parte, & neutrius se legibus adstringat, sed hoc vnum expectet, quid publicae intersit, quid expediat, rectè enim Cicero de legibus. Salus populi, suprema lex esto. hoc est, nil sit illa prius, nil antiquius: sed ad eam leges omnes, scita omnia & Senatus consulta referantur. Quare conuentionio publica tantum valere debet, ipsa suis viribus, ut non ad Iuriscōsultum aut ciuiliis regulas dirigenda sit, sed ad id omnino, quod vniuersis prodest, & expediat, meritò neutri illorum est attribuenda: sed ex se genus vnum conuentionis debet facere, ab illis secretum & distinctum. Haec Connanus quae ad eum absurda sunt, ut si eius viri alioquin docti autoritate, pleurosque posse decipi non viderem, referre & confutare certò omissem. Deficit enim haec opinatio in his. Primò, quod putet, conuentiones publicas, celebrari iuste posse, etsi à Iuriscōsultum regulis discrepent & abhorreant: quod tam falsum erit, ac si quis dixisset, bonum bono, iustum iusto, & rationem tamen rationi posse contrariari. Quod admitti non posse praeter naturale dictamen rationis, quod cuique natura sine alio magistro, indidit, docuit Philosophus in praedicamentis. cap. de oppositis. si enim prima regula imò finis principalis, ad quam tamquam ad scopum Politica ten-

dit gubernatio, iusti est obseruatio & honesti, ut idem Philosophus docuit. lib. 3. Politic. cap. 6. verbis quae postea ad haec melius confutanda referemus: & conuentionio, quae respiciens publicam utilitatem, discrepare potest à Iure gentium, quae naturalis est ratio, ut Iurisconsultus Caius in. l. omnes populi. ff. de iust. & iure. autor est, rectè fieri potest, ut Connanus sibi persuasit: non male consequitur, bonum bono, iustum iusto, & rationem rationi contraria esse posse, quod non solum publicis monumentis consignare sed nec in humanam mentem nisi stulti aut furiosi, cadere vnquam posse credideram. Audiat modo Connanus. & qui Connani autoritate nixus, Iuriscōsultum regulas propter publicam utilitatem contemni posse arbitratur, quod naturalis & Moralis doctrinae Princeps Philosophus lumine & instinctu solo naturae dixerit. lib. 3. Politic. c. 6. (non modo viuendi gratia, in ciuilem societatem conuenerunt, sed magis ut rectè viuerent, proinde ciuitas, quae verè non nomine tenus appellatur, haec de virtute, in primis, debet esse sollicita, ciuitas enim, est rectè viuendi communio, domibus atque generibus perfectae & copiosae vitae gratia constituta, cuius finis est rectè beateque viuere, neque enim ut simul homines uiuant, sed ut honestis actionibus fungantur, ciuitas est constituta: itaque quo plus quique in hanc societatem conse-

Gg 5 runt,

runt, hoc sunt ciuitatis magis particeps, quàm ceteri: quâuis genere, vel diuitijs illi superiores sint, nam virtute ciuili, ab his superantur. & quâuis hominum cœter sine utilitâtû cômunicatione sociari nō possint, vt ex boni alicuius authoris lectione refert Symancas. lib. 1. de re pub. ca. 9. in primis tñ oportet, eas utilitates ad iustitiã, nō secus atq; ad Lydiũ lapidẽ probari: nihil. n. est vtile, quod idẽ non sit iustũ, nã sola iustitia facit vt iustæ utilitati in re publica sit locus, sine qua oēs utilitates turpes sunt & iniquæ, quãdo vna iustitia vniuersę Reipublicę basis est & fundamentum. hæc ibi, quę Tullij autoritate. lib. 3. de Rep. poterunt rectissimè cõfirmari. ibi. n. sic ait. Respublica est res populi, popul⁹ autem, est cœtus multitudinis Iuris consensu & utilitatis cõmunionem sociatus, addens. vbi ergo iustitia vera non est, nec ius potest esse, nec cœtus hominum Iuris consensu sociatus, & idẽ nec populus, etsi non populus, nec res populi, sed qualiscunq; multitudinis quæ populi nomine digna nō est, ac per hoc, si Respublica, res populi est & populus non est, qui consensu non sociatus est iuris, nō autem est ius, vbi iustitia non est, procul dubio colligitur, vbi iustitia non est, nō esse Rempublicam. Quibus clarissimè ostẽditur, finẽ omnium Rerũpublicarũ & cõmunitatũ non in viuere aut ditari, sed in iustè viuere, & iustè ditari consi-

stere: quæ iustitia Iurigenitum (quæ naturalis est ratio) (vt dixi) contrariari aut repugnare nō potest: quid quid Cõnanus contra velit, qui in eo, secundò etiã deficit, quòd putet cõuentiones publicas, sine obligatione Iurigenitum vel ciuili, cõsistere, & pacificẽtes obligare, quod falsum esse, ex eo conuinci potest, quod docuit Hermogenian⁹ in. l. ex hoc iure. ff. de iustitia & iure. cõmercia sicut omnia, contractus, & obligationes Iurigenitum esse: quibusdam exceptis, quæ à iure ciuili sunt intraductæ: si igitur omnes contractus, & cõuentiones, Iurigenitum sunt, vt Hermogenianus, in loco iam relato ostendit, & publicę cõuentiones, cõuentiones sunt, quia ex eo, quòd fiant, à persona publica, non amittunt nomen & substantiam cõuentionis, vt vox ipsa cõuentionis publicæ ostentat, quo pacto possibile est, ad Iurigenitum vel ciuile, eas referendas non esse? Ego certè nec coniecturis assequi possum, nisi forte Connano, qui tertium esse genus hoc cõuentionis, nec ciuile, nec Iurigenitum dicit, magis quàm Hermogeniano, Iurisconsulto grauissimo & sapientissimo, aliquis assentiendum affirmet, quem tam stultum fore, arbitror neminem.

Repulso igitur Connani errore 8 (sic enim posse & debere nuncupari null⁹ sani capitis diffitebitur) ne in angustijs his deseram⁹ Vlpianũ, alia noua pro eo defensio suscipienda

da erit, qua dices tu, ea ratione, diuisionem publicæ cõuentionis, in legitimam & Iurigenitum, relictam fuisse, sicut factum fuit, in priuata: quia publica cõuentio, legitima nulla esse potest, sed omnes sunt Iurigenitum solum: nam legitima cõuentio (pro vt in lege sequenti Paulus scripsit) ea est, quæ aliqua lege confirmatur, leges autem vni⁹ ciuitatis, vel Reipublicę, membra & caput alterius reipublicę extraneę, nullo iuris vinculo possunt adstringere. l. extra territorium. cū ibi, notatis. ff. de iurisdic. omnium iud. cum igitur publica cõuentio de qua hic, quæ ad vniuersorum fit salutem & utilitatem, locũ habere non possit, nisi cum externis & alienis populis, vt exẽplis ab Vlpiano allatis hic constat, veluti cum princeps, aut eius consensu & autoritate, duces belli constituunt, pacẽ aut inducias, aut quid eiusmodi, quod ad totius regni cõmodum & utilitatẽ spectet, & externos leges proprię ciuitatis ligare non possint, cõuentiones quæ cum illis fiunt, in legitimas & Iurigenitum, diuidi non poterunt: cum legitimum seu ciuile, dici nō possit, quod geritur cū extraneis, seu peregrinis, cum quibus (vt Tullius ait) nulla est huius iuris sociatio. Et hanc arbitror vt nouissimã, sic verissimã, Vlpiani in hac diuisionis omissione, excusationem. Ex qua nascetur, falsum fuisse Ræuardum, qui lib. 4. de iuris ambi-

guitatibus. capit. 1. affirmavit. publicas cõuentiones, diuidendas esse, in legitimam & Iurigenitum, legitimam vocat eam, quæ in foro aut in comitio, auctore, Senatu cū populo, ex lege duodecim tabularum, solẽni modo tractabatur, publicam verò cõuentionem, quæ legitima non erat, vocat eam cõuentionem, quam definiuit Vlpianus, in hac. l. eam, quæ fit, per pacẽ, quoties inter se duces belli, quẽdã paciscuntur, quã solius Iurigenitũ affirmat, cum populi consensus, & eorum autoritas, quos interesse oportuerat, non adfuit: sed in vitro que decipitur, nam eã cõuentio, quæ legitimis ritibus & ceremonijs, celebrabatur, ex legis præscripto, non legitima, sed Iurigenitum, vocari debebat, quia, solennitates illæ, nec extraneos eis, nec eos extraneis, sed consensus per eas expressus, obligabat: qui solius Iurigenitum est, hæc autem, quæ sine debitis his solennitatibus celebrabantur, idẽ Iurigenitum vocari nec poterant, nec possunt, vt Ræuardus putat, quia cum Iurigenitum cõuentiones, inducant obligationem (vt supra satis probauimus) & in his cadere obligatio non possit, Iurigenitum dici non debent: non cadit autem obligatio: quia obligatio, non nascitur nisi ex consensu, & in re propria, duces autem belli, cum etsi cõsentiant, nō consentiant de re propria, sed de re cõmuni, & populi, cuius

cuius consensus non adest, nisi sua autoritas intercederet, conventionem (quæ verè conuentio esset de negotio & re propria) minimè celebrabant, & sic non solum conventiones Iurifigentium, sed nec conventiones simpliciter, poterat nùcupari: legem autem duodecim tabularum, quam ex autore ad Herennium, in confirmationem suæ opinionis Ræuardus affert, de publicis conventionibus intelligendam, monens: iam supra nos, in legis primæ cōmentarijs, de priuatis, & fortasse non incōmodius sumus interpretati. Hęc sint dicta, ut doctrina Vlpiani, de cōuentione eius que diuisio à caninis quorundam morsibus, & prauis aliorum expositionibus vindicaretur.

Veniamus nunc ad literam, cuius duplicem esse lectionem, vulgarium codicum & Florentinarū pandectarū editiones testantur: in Florentinis legitur, publica cōuentionio est, quæ fit per pacem, hanc ut veriore approbat Ræuardus, vbi supra, intelligens per pacem, hoc est per inducias tot dierum, quot vterque inter se exercitus pactioni obseruandas præscribit, sic enim pacem ibi, pro inducijs accipi posse confirmat, ex diffinitione induciarum, tradita à Varrone. lib. qui humanarū erat inscriptus, seu de bello & pace, relata ab Aulo Gellio. lib. 1. noctium Atticarum. cap. 25. qua dixit, inducias esse, pacem castrensem paucorum dierum, cui

consentaneum est illud Donati ad Terentium in eunucho. actu. 1. scena. 1. induciæ sunt pax in paucos dies, vel quod in diem dentur, vel quod in die otium præbeat. Sed miror Ræuardum, quod hic pacem, pro solis inducijs, usurpari asserat, cum ad hoc, ut publica sit conuentio, nihil intersit, quod Principes, seu belli duces, de inducijs seu de tregua, an verò de pace paciscantur: & secundo, quod induciarum diffinitionem, traditam à Varrone probet, cum multiplici argumento & rationib⁹ ab Aulo Gellio. vbi supra rectissimè fuerit expugnata.

Communis litera, quæ mihi magis arridet, non per pacem, sed per Principem, scribitur, cuius sensus hic est, publica conuentio est, illa quæ fit per Principem, in quantum Princeps est. Mouet me, ut hanc magis probem, quia impropria, & diminuta redderetur Vlpiani diffinitio, publicæ cōuentionis, in quantum ea, non comprehenderet omnes partes rei diffinitæ, quod vitium est in diffiniendo grauissimum: publica enim conuentio, ad plura alia se extendit, quàm ad induciarum, vel pacis contractus, quæ non explicarentur, in diffinitione, si per pacem, non autem per principem litera legeretur: si autem per Principem dicas, rectissimè conuertetur cum suo diffinito: nam quod fit per Principem, cōtrahendo, erit publica conuentio & omnis publica conuentio, est quod fit à Princi-

pe,

pe, contrahente: non autem debet intelligere, quod Rex noster Philippus, quotiescumque contrahit, emendo, vel vendendo, aut aliter paciscendo (cum Rex sit) faciat publicam conuentionem, nam cū dicimus, publicam conuentionem esse, quæ fit per Principem, intelligimus per Principem, in quantum Princeps est, non autem in quantum priuata persona Philippi: tunc autem distinguetur Philippus, ut priuata persona, in contractibus: à Philippo, pro ut Princeps est, quando de publicis Reipublicæ commodis, & utilitate communi, vel de priuatis solum paciscatur.

10 Princeps igitur, non quicumque, sed qui in iurisdictione nullum recognoscit superiorem, cum in eum populus omne imperium & potestatem contulerit, vel is qui loco populi est. l. 1. ff. de const. princip. de negotijs omnibus, ad Reipublicam commoda, quietem, pacem & tranquillitatem rectè & utiliter paciscetur, tamquam supremus principatus caput, & Monarcha cui cæterorum membrorum utilitati cōsulare onus incumbit, ut docuit rectè Arist. lib. 5. Politic. cap. 10. Plato lib. 31. dialogo. 1. de republica vel de iusto. Seneca de clementia. lib. 1. Diuus Isidorus. lib. 3. de summo bono. cap. 47. siue ad bellum, siue ad pacem, principaliter spectent, poteritque si opus fuerit, priuatorum damna & iniurias acceptas, ob causam belli remittere, sed cum ho-

stibus in eundo, argumento textus in l. item si verberatum. ff. de reuendicatione. l. Lucius (pro ut communiter solet intelligi) ff. de citionib⁹. capi. in nostra de iniurijs. & notatur latius in l. vltima. C. si contra ius vel utilit. publicæ, & à Canonistis, in ca. que in Ecclesiarum de constitutio. Idque exemplo Trafibuli, qui ut à Valerio Maximo percepimus. lib. 4. capit. 1. de animi moderatione. cum populum Atheniensem, Triginta tyrannorum sauitia oppressum, liberasset, plebiscitum interposuit, quo vetuit, ne aliqua rerum præteritarum mentio fieret à ciuib⁹: quæ malorum obliuio ab Atheniensibus ^{quævis} vocata, cōcussam & labentem (ut Valerius ait) ciuitatis statum, in pristinum habitum seu nitorem reuocauit. Quod & Tullius, Philippic. 1. in principio, aliquando Romæ, publico otio consulere volens, statuendum esse existimauit. Sed hoc tum maximè necessarium erit, ut idem refert, libr. 2. de officijs, de Arato Sycionio loquens, cum occupata per iniuriam bona, longo temporis spacio possessa sunt, quæ si auferretur à possessoribus, & dominis restituerentur, multa concuti & perturbari esset necesse, ut in non dissimili specie mutationis custodiae prouinciarum, prudentissimè rescripsit Imperator Trajanus, Plinio Iuniori. libr. 10. epistolarum epistola. 21. ex quo placuit adnotare, temerariam esse & perniciosam Rei-

Rei-

Reipublicæ, nescias cuius petitionem, quam Christianissimo Regi nostro, oblatam fuisse percepi, quæ ille volebat, sepultas tam vetustate lites & causas criminales, in fideiusionem remissas (dadas en fiado Hispanè dicimus) iterum restaurari, non ut criminum & delictorum culpæ ferret satis, illorum punitione: sed ut pecuniarum exactio aliqua, auarissimam suam cupiditatem ex plere putasset, quod et si fisco utilissimum, cum in totius tamen regni publicum detrimentum rediret (nam omnes sic, nouis implicaretur negotijs, & litibus laboriosis) iustissime à Rege nostro audio repulsam, quæ animi integritate & studio (quo cetera solet) Regni sui habenas se religere moderatur, ut priuatis commodis & emolumentis, quæ ex huius negotij executione potuisset percipere, publicam pacem & quietem, libenti animo anteposuerit. Nec id me aliquis ea ratione dixisse arbitretur, quod cupiam iustitiæ administrationem impediri, vel maiorum meorum litum aliquam non suscitari, nam cum illis (Dei gloria) nulla fuerit intentio, nec mihi, facile ab hac suspitione potero vindicari, quem solum publicæ utilitatis ratio, & occasio, quæ Regiæ gubernationis, & officij tractatio, nobis oblata ab Vlpiano & Duareno, in præsentem, postulabat, ad id scribendum commouit.

³¹ Aut quoties inter se duces belli quædam paciscuntur) conuentiones pu-

blicas, non solum per Principes, sed per eos etiam, qui eorum loco suffecti sunt, in alicuius muneris præstatione, celebrari posse, Vlpianus his verbis docuit. Quare, duces exercitus, publicæ utilitatis causam respicientes, pacisci poterunt cum hostibus, tam super inducijs (quas magis communi, barbaro tamen vocabulo, treguas vocat) quam super fœdere. pæcque cum illis in eunda. Sed an id, sine Principis vel populi (cuius nomine & auspicijs bellum geritur) expresso consensu, duces facere possint, non immerito quæritur à nostris. Quod Bartolus & communis negat, quibus in hoc assentior: nam si in priuatis causis & negotijs ciuilibus, quæ multo minoris sunt præiudicij, aut utilitatis, præcedere mandato generali, procurator non habet decidendi transigendique negotij facultatem (ut Paulus scripsit in l. mandato generali. 6. ff. de procuratoribus) à fortiori colligi posse existimo, cum, cui belli gerendi causa, exercitus regendus committitur, faciendo inducias, pacem vendam nosam, cum hostibus, potestatis suæ terminos excedere: proindeque actum facere inuilem, quod in re militari, vitio maximo tribui solet: hac enim de causa pacem Caudianam, quam A. Posthumius consul, cum Samnitibus per sponsonem fecit, cum se cum toto exercitu, videret inclusum, ratam populus Romanus non habuit: idque etiam ipsius Posthumij

thumij suassu & consilio, ut libr. 9. Liuius refert. Nec ego inficias eo, Patres conscripti, tam sponsonem, quam fœdera sancta esse, apud eos homines, apud quos, iuxta diuinas religiones, fides humana colitur: sed iniussu populi, nego quid quam sanciri posse, quod populum teneat, an si eadem superbia, qua sponsonem istam expresserunt nobis Samnites, coegissent nos, verba legitima deditum, vrbes nuncupare, deditum populum Romanum, vos Tribuni diceretis: Et hæc urbem, templa, delubra, fines, aquas Samnitum esse? omitto deditum, quoniam de sponsonem agitur, quid tandem, si sponsonem, vrbem hanc relicturum, populum Romanum incensurum? Si magistratus, si Senatum, si leges non habiturum? si sub Regibus futurum? Dij meliora inquis, atqui non indignitas rerum, sponsonum vinculum leuat, si quid est, in quo obligari populus possit, in omni potest, & ne illud, quod quosdam forsitam moueat, refert, Consul, an Prætor sponsonderit, & hoc ipsi etiam Samnites iudicauerunt; quibus non fuit satis, Cōsules sponsonere, sed Legatos, Quæstores, Tribunos militum, sponsonere coegerunt: nec à me nunc quisquam quæsiuerit, quod ita sponsonderim, cum id nec Consulius ius esset, nec illis sponsonere pacem, quæ mei non erat arbitrij, nec pro vobis, qui nihil mandaueratis, possem. Quæ orationis Posthumij par-

tè, grauitatis & animi altitudinis plenâ, idcirco retuli: quia cum proposito cuiuscumque simili, ea congruè possit accommodari: perspeximus, communem opinionem, magis confirmare. Eandem ob causam fœdus ab Hostilio Mancinio, cum Numantinis percusum, improbauit Senatus, sicut Camillus, eam conuentionem, qua inter Sulpitium quendam Tribunum militum, & Brenum Gallorum Regulum conuenierat, ut Galli acceptis mille pondo auti, à Romanis obsidionem relinquerent, interueniens enim Camillus dictator, cum exercitu, auferri aurum de medio, & Gallos submoueri iussit, qui cum reniterentur, pactum se se fecisse dicentes: expresso negauit, pactum eam ratam esse, quæ postquam ipse dictator creatus esset, iniussu suo, ab inferioris iuris magistratu facta fuisset. ut Liuius refert. 5. libro. Unde Salustius, de pace inter Aulum, exercitum Romani ducem, & Iugurtam Numidarum Regem facta, Senatus (ait) ita, uti par fuerat, decernit, suo atque populi iniussu, nullum potuisse fœdus fieri. Cuius tria fuisse genera (ne hoc omittamus) (cuius cognitione, antiquitatis studiosos maxime scimus delectari) Liuius refert. lib. 34. quibus Reges, ciuitates ve, amicitias & societates inter se solitas pacisci inquit: unum genus erat, cum victis bello, leges dicebantur: postquam enim populus vnus, alium vi & armis superauerat,

uerat, & omnia illi dedita essent, quæ ex his habere victos, quibus multari eos vellet, ius & potestas erat. Secundum, cum armis & potentia, populi æquales, reiecta contentione, in pacem & amicitiam veniebant: tunc enim, solebant per conventiones reddere, repetereque res, et si quarum turbata possessio fuisset, hæ aut ex formula iuris antiqui, aut ex pactis utriusque commodo componebantur. Tertium genus fœderis erat, cum illi qui hostes nunquam fuerant, ad amicitiam sociali fœdere inter se iungendam coibant: & hi, nec dicebant, nec accipiebant leges, quoniam id ad victores & victos solum spectabat, cuius generis cum esset Rex Antiochus, mirari se Quintio dicebat, quod Romani, equum censerent, ei leges dicere: quas Asia vrbium libertas, & immunes, quas stipendiarias esse vellet, quas intrare præsidia, Regia, Regemque verarent, cum Philippo enim hoste pacem, non cum Antiocho amico, societatis fœdus ita sanciedum fuisse. Et hoc fœdus vocabant æquum, quia æquum id est æquale & iustum esset futurum utriusque populo. Lilius lib. 7. ut qui ex æquo, nos in amicitiam venisse meminimus, & lib. 23. quod fœdus æquum dedimus, quod leges nostras. Virgilius lib. Aeneid. 11.

Et fœderis æquas

Dicimus leges, sociisque in regna vocemus

Cuius generis fuit fœdus, quod Aeneas iniuit cum Latino, ut est apud eandem lib. 12. his verbis.

*Non ego, nec Teucri, Italas parere iubebō,
Nec mihi regna peto, paribus sed legibus ambō
Inuicta gentes, æterna in fœdera mittam.*

Quo etiam alluisse ambigi non potest. lib. 4. dum inquit.

*Si quo, non æquo fœdere amantes
Cura nomēn habet.*

Ritus autem & solennitates, quibus populus Romanus hæc omnia fœdera solitus fuisset inire, refert Ræuardus. d. lib. 4. variorum. cap. 1. asserens, quod ex decemviralium legum præscripto, debebat publica fœderis conventio tractari à Senatu, cum populo auctore, in comitio, in foro, aut in capitolio, per sua sit sibi, decemviralem hanc legem, de publica conventionem tractantem, esse illam, quam refert auctor ad Hærennium libro. 2. his verbis. Rem ubi pagunt, oratione pagunt, in comitio aut in foro, ante meridiem causam conijcitur. Quam exponit & interpretatur sic, quod orationes debuissent haberi ad populum, in foro, vel comitio, aut etiam pro rostris, quæ summam exponerent populo, causas illius fœderis sanciedendi: sic enim verba illa (causam conijcitur) sunt intelligenda, & quod in foro aut capitolio ferri solitum fuisset, probat ex Liuto lib. 43. qui id verbis

bis expressis scripsit. Sic & forsitan obtinuissent consules, ni Quintius Martius Rex, & C. Attinius La-beo, Tribuni plebis, se intercessuros dixissent, ni prius ipsi ad plebentulissent, vellet iuberent ne, cum Rege Philippo pacem esse: ea rogatio, in capitolio, ad plebentulata est, omnes quinque & triginta tribus uti rogata, iusserunt, & ex Suetonio, in Claudium. Sic dicere, cum Regibus in foro fœdas icit, porca cæssa, & veteri fecialium præfatione adhibita, & quod illa verba ante meridiem, de publica conventionem debeant intelligi, confirmat ex Plutarcho, in problematibus, qui magistratus Romanos, post meridiem, fœdus facere, non consueuisse, mandatum memoriæ reliquit. Sed nos, quamuis has solennitates, in fœdere ineundo, adhiberi credamus, & alias quas latiori sermone, quam Ræuardus, in fine libri primi retulimus. Non tamen eam legem, de publicis conventionibus, cum Reuardo, sed de priuatis in commentarijs legis primæ probasse meminimus. Formulam verborum, quibus concipiebantur hæc fœdera, & scribebantur in tabulis, refert eruditione qua solet, Brissonius. lib. 4. de formul. populi Romani. Si igitur publicæ fœderis conventiones, his & alijs à nobis expositis solennitatibus, non celebrarentur à ducibus: minimè populum obligabāt, quia præsumebatur inuitus, si expresso

consensisse non probaretur: de qua pactione, quæ populum non obligabat, esse intelligendum Vlpianum, in hac nostra lege, Ræuardus (ubi supra) existimauit, sed fallò (iudicio nostro) nam quamuis duces, propria auctoritate, de fœdere pacisci non possent, cum tamen Senatus & populi iussus intererat, optime paciscebantur, nec credi possent verosimile, arbitrò, quod Vlpianus, definiens publicam conventionem vel eius volens tradere exemplum, id in conventionem inutili & frustratoria tradiderit, quod ineptum fore interpretis: quare cum Vlpianus dicit, quoties inter se duces belli paciscuntur, legitimis modis & terminis suppositis, erit intelligendum: ac proinde, sensus illius versiculi, perinde, hic erit, ac si clariùs dixisset, publica conventio, est illa, quæ fit per Principem, vel si Princeps non adsit, quæ fit per suos duces, expressum ad hoc mandatum habentes, nam ut inquit Iustinianus Imperator, in l. 1. C. de veteri iure enucleando. Omnia nostra facimus, quibus auctoritatem nostram impartimur.

Nec existimet aliquis, Romanos duces, fœdus vel pacem ineuntes, potuisse hostes, propria auctoritate, dolosis his pactionibus impunè decipere: nam si fortè sine Senatus & populi iussu, illa fecissent, ob audaciæ & temeritatis crimen, faciendo contra iussa Senatus & ob fraudem in hostes perfidè admittam: solebant

Hh tradi

tradi ipsi hostibus ad punitionē: Mancinum, Numantini fœderis causa, à patre patrato, ex Senatusconsulto, Numantinis deditum Cicero lib. 1. & 2. de oratore & 3. officiorum commemorat. & Vell Patercul. lib. 11. de Hispanijs. in illis (inquit) turpe. Q. Pompeij fœdus turpiusque Mancini, Senatus cum ignominia dediti Imperatoris, rescidit. & Caudianæ pacis sponsores, Senatus etiam decreuit (vt Liuius refert. lib. 9.) in quorum deditioe, solennitatem quam seruabant, ibidem etiam expoluit, in hunc modum (progressi faciales, vbi ad portam venerē, vestem detrahi pacis sponsoribus iubent, man^o post tergum vinciri, cū apparitor, verecundia maiestatis, Posthumium laxius vinciret, quin tu (inquit) adducis torum, vt iusta fiat deditio? Tum vbi in cæcum Samnitium & ad tribunam ventum Pontij est. A. Cornelius Arbina facialis ita Verba fecit. QUANDO QUIDEM. HICE HOMINES. IN IVSSV POPVLI ROMANI. QVIRITIVM. FOEDVS ICTVM IRI SPOPONDERVNT. ATQVE OB EAM REM. NOXIAM NOCVERVNT. OB EAM REM. POPVLVS ROMANVS. SCELERE IMPIO SIT SOLVTVS. HOSCE HOMINES VOBIS DEDO. Tunc autem si illos recipiebāt hostes, relinquebant illos puniendos, sin minus, reducebant in urbem, & in publica custodia iubebant neca-

ri, vt in Marco Clodio, Corfis missō nō admissō, Valerius recēssit. li. & 6. capit. 3. de seueritate. Sic enim se religione fœderis soluisse, & fraudis vel perfidiæ notam efugisse, populo videatur. Vt Cicero in oratione pro Cecina, epitome Libij. libr. 56. & Plutarchus in Gracchis, docent. Mirum enim est, quāto studio in eam rem incubuerint Romani, sic vt verissimū videri possit, Gellij dictum. lib. 20. noctium Atticazū, c. 1. qui cū de populo Romano scriberet, omnib^o quidē illū virtutū generibus colēdis, exercendisq; sed omnīū maximē atq; precipuē fidē colēdo, tā publicē, quā priuatim, ad tantā amplitudinem peruenisse. Cuius rei cū multa possint exempla adduci, illo memorabili cōtentus, cætera prætermittā, quod refert Seruius in lib. 11. AENEID. nam cū pactis inducijs, inter eos & Porfenam, Ludi Circenses in vrbe celebrarētur, & duces hostium ingressi, curuli certamine contendissent, victores ab eisdem coronati sunt.

Explicata ducū potestate, quo ad¹² cōstitutū fœdus, seu pacē, quid in inducijs, seu (vt nri vocāt) treguis, dicēdū sit, videam^o. Accursi^o & Bartolus, eas facere posse affirmāt: sed contrariū mihi magis probatur, nā ratio, quæ illos pacē constituere vetat, defectus videlicet specialis mādati, seu cōmissionis populi, eadem profus versat, in cōstitutione induciarum, seu tregue, facit text^o in. l. qui

qui Romæ. §. Callimachus. ff. de verb. oblig. ex quo constat, procuratorē, qui liberā potestātē nō habet ad omnia, tēpus ad soluedū, nō magis debitori posse cōcedere, quā transigere: quod ante nos, notauit Angel^o, Paul^o Castrensis, Fulgosius & Duarenus hic: quorū opino hoc exemplo cōfirmari potest, nā cum inter Agidē, Lacedemoniorū Regem, & Phrasilam, Alciphronemq; Argiuorū duces, pactæ essent, quatuor mensium inducię, factum est, authore Alcibiade, vt eas Argiui ratas non haberent, idemq; à Lacedemonijs præstitum: quos eam ob causam, adē in Regē Iuum indignatos fuisse scribit Thucidides, vt lege lata, duodecim consiliarios, ei adhibuerint: sine quorum auctoritate & cōsilio, neq; inducias, neq; quoduis aliud fœdus, cū hostibus ferire possit. Hæc de publica conuentione, aggrediamur nunc priuatas, quarum prima legitima est.

SVMMARIA AD Caput Decimum.

- 1 Bartoli interpretatio, ad hūc textū, reijcitur, & quo pacto ille intelligi debeat, traditur.
- 2 Omnia exempla, de legitima conuentione, tradita ab Accursio in præseti, falsa esse ostēditur: & in primis, cōtractū emphiteuticū, inter iurispergentium cōuentiones, numerandum, aduersus Accursium Bartolum & omnes defenditur.
- 3 Exemplum secundum, de legitima conuentione, in literarum obligatione reijcitur, & eam de iure veteri digestorum, validam fuisse aduersus quosdam tenetur.

- 4 Exemplum tertium, de constituta: quartum de sponsalitia largitione: quintum de pacto donationis: septimū de pacto pignoris: Octauū Cuiacij Duareni & aliorū, de lege duodecim tabularū: nonū Eguinarij de cōtractu nominato, vt minimē cōgruentia Pauli cōtextui, reijciuntur, & late confutantur.
- 5 Explicata Pauli litera, exemplum nouum, legitima conuentionis, tam ad inducendam, quā ad tollendam obligationem ipso iure affertur, repulso alio exemplo Accursij, Bartoli & aliorum, de acceptilatione: cuius ratio redditur.
- 6 Primum exemplum Accursij, pacti legitimi, cōfirmati Senatusconsulto, in Senatusconsulto Trebelliano, quatuor rationibus refutatur: & secundum Bartoli, approbatum communiter, cum doctrina, quam ex illo omnes deducunt, falsum esse ostenditur.
- 7 Aliud exemplum Accursij, in Senatusconsulto Velleiano & Macedoniano reijcitur.
- 8 Duplex exemplum, Senatusconsultorum, quibus conuentiones confirmarentur, adducitur: reddita vtriusque ratione.
- 9 Intelligitur textus, in. l. si stipulatio. ff. de donatio. inter virum & uxorem. traditurque noua resolutio, ad omnia iura, que videntur repugnantia, in titulo. ff. de donation. inter virum. repetita à principio eius materia per omnes atates.
- 10 Difficultas ad intellectum Pauli mouetur, traditurque satisfactio ex Fortunio, ea tamen quia non placet, refellitur.
- 11 Alia Cuiacij responsio adducitur, & similiter confutatur.
- 12 Noua traditur ratio, ad intellectum Iurisperconsulti hic, duoque esse necessaria, ad esse legitima conuentionis docetur: quorum si aliquod desit, desinet esse talis.
- 13 Pactū nudū, approbatū à lege, ad producendā actionē, nō effici vestitū, sed remanere nudū quāuis efficax, aduersus oēs defenditur.

Paulus. lib. 3. ad edictum.

Legitima conuentio est, quæ aliqua lege cōfirmatur, & ideo interdū ex pacto actio nascitur, vel tollitur: quoties lege vel Senatusconsulto adiunatur.

CAPVT

Decimum.

Bartolus, in principio huius legis, docet Paulum hic, explicare tertium membrum diuisionis, quod est, de conuentione legitima: existimans, Vlpianum in l. superiori, has tres species conuentionum tradidisse, publicam priuam & legitimam: sed fallitur Bartolus, nam legitima conuentionio, non est diuersa species à priuata, sed est una species priuata, priuata enim, etsi species conuentionis in genere sit, est tamen genus ad alias duas species, legitimam videlicet & iuris gentium, eo modo, quo id in lege precedenti exposuimus, & cum Vlpianus, iam supra declarasset, quid esset publica conuentionio, quod erat primum membrum diuisionis, aggreditur modo Iustinianus, seu Tribonianus eius mandato, secundum membrum conuentionis in genere: explicando diffinitionem legitimæ conuentionis ex Paulo, intercisso & rescato (nescio quo malo) Vlpiani commentario, quæ dubium non est, post partitionem conuentionum factam, & traditam diffinitionem unius membri, de publica conuentione: explicasse continuò, secundum, de priuata. Sed quacumque de causa, id Tribonianus fecerit, nos Pauli verba, Vlpiano assentes, tamquam ab eo

scripta sic, vel dictata, declaremus. Ait igitur Paulus, legitimam conuentionem esse, quæ aliqua lege vel Senatusconsulto confirmatur: huius rei exempla, Accursius, Bartolus & reliqui, per multa referunt, quæ tamen omnia, falsa esse, à primo usque ad ultimum probabo. Et ut à contractu emphiteutico, à quo Accursius, nos etiam incipiamus: videndum est, an iuris gentium, an autem Romanorum tantum, propria sit conuentionio: nam si iuris gentium est simpliciter bonum ex emplum non erit, legitima conuentionis, quam à conuentione iuris gentium, speciem esse diuersam, Vlpianus in l. precedenti, nos docuit, & explicat in l. iuris gentium infra. eod. si autem lege ciuile cepit aliquando approbari, non improprie eius exemplum adaptabitur. Accursius, in l. ex hoc iure. gloss. fin. ff. de iust. & iure. & in s. ius autem gentium. verbo. pœne. inst. de iure naturali. & in s. ad eod. institut. locati. semper tenuit, contractum emphiteuticum, esse ciuilem solum, quem sequitur Bartolus, Baldus, Albericus Fulgosius, Iaso & reliqui interpretes, in eisdem locis. Nos uero contraputamus, existimantes, contractum emphiteuticum, tam iuris gentium esse, quam emptionem, uenditionem, societatem & reliquos contractus nominatos: non detinebimur modo, in declarando, quid ius gentium, & conuentiones quæ iuris gentium dicuntur, quid proprium habere debeant: quoniam in principio libri sequentis, id accuratius

tius enodabimus: sat sit dixisse modo, ea ratione, emphiteuticum contractum iuris gentium uideri, quoniam non Romæ solum, sed apud omnes gentes usitatam fuisse semper, mihi persuadeo. Primum, ex Aristotele, qui li. 2. A Economicor. tradit, Bizantios, cum eorum ætarium esset exhaustum, ut pecunias colligeret, fundos suos publicos, mercede certa locasse, fertiles ad tempus, steriles in perpetuum: quod esse non potuisset, si à Romanis, multo post (ut isti asserunt) inuenta fuisset. Secundum, quia uerosimile non est, & ideo nec credendum, ceteros populos, ad eod. rerum suarum fuisse negligentes, ut non qua possent ratione, utilitates suas quærent, ex agrorum locatione temporali aut perpetua, pro ut cuiusque commoditas postularet, cum sit hæc una locationis species, quam iuris gentium (quod apud omnes peræque est semper obseruatum) idem Vlpianus in l. sequenti. merito tribuit, & Hermogenianus, in l. ex hoc iure. s. ff. de iustitia & iure. non ergo, exemplum de contractu emphiteutico, ad conuentiones legitimas, sed ad eas, quæ iuris gentium dicuntur, accommodabitur. ut latius in l. sequenti (repulsa ratione communi) declarabimus.

De secundo uideamus, Accursius enim, de legitimis pactis, secundum affert exemplum, in literarum obligatione, quæ producit, ex Iustiniani constitutione, in s. 1. inst. de litera

rum oblig. Sed nec id proposito quadrat, duplici ratione. Prima, quia constitutio Iustiniani, non fecit, quod ex literarum instrumento, produceretur actio, cum multo ante Iustinianum, id ueteri digestorum iure obtineret. l. non figura. ff. de actio. & obligatio. & si plerique contra male senserint, quorum opinionem nos superioris sermone confutauimus supra lib. 1. cap. 4. q. 1. n. 58. Secunda, quia quamuis darem illis, literarum obligationem, esse inductam à Iustiniano, nihil tamen magis, inde probari posset: nam Iustinianus, non poterat legem ferre, sed constitutionem, ut infra. lib. 3. in explicatione. l. iuris gentium. s. Pretor ait. copiosum dicem. Tertium exemplum est, de constituta pecunia, sed minus congruit, quoniam constitutum, non lege aut Senatusconsulto (ut Paulus, ad eandem legitimam huius conuentionis, inesse uult) sed Pretoris edicto fuit confirmata. l. 1. & toto titulo. ff. de constituta pecunia. s. de constituta inst. de actio. qua ratione uideamus, actionem legitimam & Pretoriam uel honorariam, tamquam res diuersas, ab Vlpiano proponi, in l. si uero. s. si id quod. ff. de his qui eiecerunt uel effuderunt. Quartum de sponsalitia largitate, nullius momenti est, eadem ratione: quia non ex lege, aut Senatusconsulto, sed ex Principum constitutione, Iustiniani uidelicet, nomen, vim, formam & substantiam accepit. Authentico, ut sponsalitia largitas, in

principio, collatione. 9. Quintum de pacto donationis, in quo lege Iustiniani sublata est necessitas stipulationis, & statutum, ut sufficiat quaecumque conuentio nuda, merito improbarunt Bartolus, Baldus, Paulus, Iaso, sed peruersa ratione, inquit enim Bartolus, quem postea reliqui sequuntur, quod cum hic quaeramus exempla, quando oritur actio, ex pacto, incongruum erit hoc allatum de pacto donationis: cum hodie, non oriatur actio ex ipso pacto, sed conditio ex lege, propter pactum. Pro cuius evidentia (sic loquitur) notandum esse dicit, quod quandoque; lex non agit in ipsum pactum, roborando illud, sed propter ipsum producit, ut in d. l. si quis argentum. Quandoque autem lex agit in ipsum pactum, roborando illud, & tunc ex ipso pacto oritur actio. l. lege obuenire. ff. de verbor. signific. exemplum adduxit, quod à cæteris mirè laudatur. Sic, Rex potest vnum paruum comitem, facere potentem, ita quod ipse possit facere bellum, potest etiam illum paruum comitem, dimittere in sua paupertate: sed propter ipsum comitem, Rex facit bellum. Sed certè tam inanis & falsa est, reprobatio Bartoli, allati exempli ab Accursio, quam ipsum exemplum. Nam affirmare, multum interesse, an lex tribuat actionem pacto, vel propter pactum, ridiculo ipso est ridiculosius, nec aliquo iure aut ratione verosimili

fundatur, quid quid Bartolus in consideratè cæteri (ut assolent) sequantur, & subtile nuncupet Angelus. n. 3. versi. sequitur in glossa. exemplum verò quod de magno & paruo comite adducit, magnum stultitiæ, & paruum prudentiæ specimen præ se fert: pareat Bartolus, nam id quicumque mediocri rationis, nedum iuris prudentiæ particeps, proposito nostro minime congruere, facili negotio videbit. Exemplum autè Accursij: de pacto donationis, nos alia ratione improbamus. Primò, quia cum pactum de donando, tempore Pauli (cuius hæc nostra lex est) non esset lege receptum, cum multo post à Iustiniano statueretur, ad intentionem Pauli, qui res futuras diuinare non potuit, sed presentes voluit explicare, referri non potest, nisi improprie. Secundò, quia Iustinianus, lege sua, non statuit, ut stipulatio non esset necessaria in pacto de donando, ut Accursius, Bartolus & omnes, falso tamè sibi persuadent, quia ante Iustinianum, pactum de donando, etiam stipulatione firmatum, non valebat: & sic Imperator Iustinianus, id solum statuit, ut emancipatio seu traditio, quam lex Cincia, in donatione requirebat, necessaria non esset, sed sufficeret stipulatio vel pactum simplex, ut infra lib. 3. cap. 9. quest. 5. ad medium (Deo dante) nec insubtiliter, nec indiligenter docebimur. Tertiò, quia Iustiniani edictum, non lex (de qua Paulus hic) sed

hic) sed constitutio nuncupabatur: quarum diuersas rationes, in §. Preter ait, distinctius explicabimus. Aliud, & sic sextum exemplum, de dotis promissione, quæ nuda pollicitatione, actionem parit, constitutione Valentini & Theodosij, in l. ad exactionem. C. de dotis promissione. eodem quo cætera pite claudicat: nam ea constitutio est, non vero lex, & tempore Pauli, non erat, quod ad verificandam suam doctrinam, fore necessarium existimo. Septimum, quod deducit ex l. si tibi decem. §. de pignore. vbi ex pacto pignoris producitur actio, minus valet, quia ius Prætorium, ad probationem ciuilem, nullius momenti est, & ut id obiter dicam, aduertendum est magno opere, quod dicta lex si tibi. §. de pignore, non loquitur, ut malè Bartolus & Cuiacius hic, & reliqui existimant, de contractu pignoris, seu de constitutione hypothecæ: nam ea proprium nomen habet, ut supra probauimus, & constat ex l. sequenti. quæ ad conuentiones legitimas adduci non potest: sed loquitur de pacto pignoris solo, quando videlicet, ego promitto, me pignus constituturum, non autem constituo de presenti, quæ satis diuersa sunt, ut latius comprobauimus in §. fin. leg. 1. in questione de contractu pignoris. Vtrum conuentione sola, an vero traditione perficeretur? quæ est lib. 1. c. 12. q. 7. Et id similiter pactum de pignore, idè ad nostrum pro-

positum, referri non posse affirmo, quia ius prætorium in edictis cernitur, non in legibus. Octauum, quod Cuiacius hic affert, de lege duodecim tabularum, qua statutum est, ut qui membrum rupisset, ni cum eo pacit, talio esset, ex qua ipso iure sublata est actio, de membro rupto, minimè satis facit, etsi probatum fuerit Duareno hic, & Antonio Gozano lib. 2. Varia. lect. cap. 26. ratione duplici. Prima, quia cum tempore legum duodecim tabularum, omnis pactio, actionem produceret, ut ostendam infra. lib. 3. cap. 9. quest. 5. non poterat esse speciale, in pacto de membro rupto. Secunda, quia textus noster, cum dicit confirmari & adiuuari conuentionem legitimam, lege vel Senatusconsulto, presupponit illam aliquando non fuisse potentem ad producendam vel tollendam actionem, quod in exemplo Cuiacij non verificatur: nam à principio legum, incepit valere, ut supponitur, & refert Aulus Gellius. lib. 20. noctium Atticarum. capit. 1. Nonum exemplum Eguinarij, legitimæ conuentionis, ponentis id, in stipulatione, verum non est, ratione qua decimum Accursij hic, in fine glossæ magne, reprobab. Ait enim Accursius, legitimas conuentiones dici, quæ lege confirmantur, ut in pactis omnibus vestitis, id est, in contractibus nomè habentibus, qui cum lege ciuili confirmantur, ad producendam actionem, legitimæ

vocabantur cōventiones. Sed vterque fallō, nam si id, verum esset, sequeretur, vel hanc, vel legem sequentem Iurisgentium, superfluam reddi: cum in vtrāque, secundum Accursij opinionem, de cōtractibus nominatis sermo fiat, confunditurque præterea, ex verbo illo (interdum) quod in hac l. nostra ponitur, & quod significat, regulariter contrarium obseruari: quod in nominatis dici non potest, vt patet ex l. sequenti. Nec alicuius est considerationis, responsio Accursij, dicentis, quod verbum illud (interdum) apponitur: quia quandoque contrarium obseruatur, in conuentionibus nominatis turpibus, vt in l. iuris gentium. s. si ob malefium. infra eodem. Nam ea exceptio Vlpiani, de pactis, quæ non obseruantur, nō est de conuentionibus nominatis, sed de innominatis, de pactis videlicet nudis, vt constat tam ex proposito eiusdem legis, quàm ex titulo de pactis, cui subiacet, in quo non nisi de pactis nudis, tractari, supra nō semel docui: & sic, vt exceptionem conuentionum nominatarum, male Accursius accomodauit.

5 Quam obrem, nos aliud exemplum legitimæ conuentionis, seu quod idē est, pacti nudi, lege cōfirmati, reperimus: quod ante quam tradam, explicādus est sensus Pauli, in hac l. quæ hunc verissimū arbitror. Pacta nuda, quæ à principio cū stipulatio inducta est, & cæteris

cōtractib⁹ nomina & naturæ tributa sunt, sine nomine & actione remāserunt, postea autē, ad actionē producendā, speciali lege fuerunt cōfirmata, pacta legitima seu legitimæ cōventiones vocātur. Oportet igitur, secundū hunc Pauli cōtextū, ad hoc vt pactum, seu conuentio legitima dici possit, quod duo interueniāt copulatiuē. Primū, quod à principio, nomē & actionem habuerit. Secundum, quod speciali lege, quæ verè lex sit, ad inducendam vel tollendam ipso iure obligationem, confirmetur. Moueor primò, quia si verbum lege ibi, pro lege in genere, pro vt comprehendit omne præceptum superioris, intelligeretur, frustra adijceretur verbū (& Senatusconsulto) quod dum euasio alia colligi possit, non est dicendū. Secundò, quia verbum illud (cōfirmatur) si verè & propriè sumatur, importat validitatē nouā illius rei, quæ antea non valebat, defectu primi, omnes conuentiones, nomen habentes, pacta seu conuentiones legitimæ vocari non poterunt: defectu secundi, cætera, quæ lege non sunt confirmata, sed edictis Prætorum, constitutionibus Principum, scitis ve plebis, quæ propriæ leges (pro vt tunc lex sumebatur) non erant, vt in l. sequenti. s. Prætor ait accuratiùs explicabimus. Quare legitimæ conuentionis, id exemplum reperio legitimum, quod refert Vlpianus in l. sufficit. quarta. ff. de sponsalibus. cum enim pactū

pactum nudum in constituendis sponsalibus, à principio non sufficeret, quoniam necessarius erat stipulationis interuentus, qua vxores sibi viri, futuras spondebant, vt idē Vlpianus in l. 2. eod. titul. docuit. vnde sponsi & sponsæ appellatio nata fuit, vt dixit Florentinus in l. 3. ff. eod. titulo. de sponsalibus. postea verò lege speciali, statutū fuisset, vt solum nudum pactum, de futuro matrimonio, sponsalia induceret, ac proinde obligationem, ad matrimonium futurum: natū est, pactum de sponsalibus, vt lege speciali confirmatum, legitimum posse vocari: hoc est, quod attinet, ad actionem producendam: de pacto autem legitimo, ad eadem tollendam ipso iure, nullum aliud (quod ego sciā) reperiri potest, præter illud, quod de lege Cornelia refertur in l. si tibi decem. 18. s. quædam actiones. infra. eod. vbi Paulus, lib. 3. ad edictū. ex quo desumpta est hæc nostra lex, aperte docuit, actionem iniuriarum (quod pertinet ad l. Corneliā) & furti, ipso iure tolli, quod repetit iterū, in l. si vnus. s. pactus ne peteret. infra. eod. exemplum autem acceptilationis, quod ponit Accursius, Bartolus, Baldus, Iaso & reliqui, minime placet, quoniam acceptilatio, non est pactum nudum, producēs actionem speciali lege & privilegio, quod necessarium est ad essentiam legitimæ conuentionis, sed est species quædam stipulationis,

in genere, & proprium nomen habens, ac satis elegās, vt ex se patet, quod legitimæ conuentionis naturæ & substantiæ aduersatur, ex supradictis. De Senatusconsultis, idem prorsus quod de legibus intelligendum est, vt idem Iurisconsultus Paulus est author.

6 Sed exemplum legitimæ conuentionis, in Senatusconsultis nō est facile reperire, nam si dicamus cum Accursio, pactum quod fit inter hæredem, & fideicommissariū vniuersalem, vt post restitutam hæreditatē, teneatur fideicommissarius, creditoribus & legatarijs, tāquam firmatum Senatus Consulto Trebelliano, legitimum esse? difficultatem habet, & fortasse insolubilem, triplici ratione. Prima, quia leges allegatæ à glossa, nō tractant de pactis nudis, factis ab hærede, de fideicommissario, vt legēti notum fiet. Secūda, quia sine pacto isto expresso hæredis & fideicommissarij, hoc idem erat dispositum, ab eodem Senatusconsulto Trebelliano, vt tacitè actum illud fuisset intelligeretur. s. restituta. inst. de fideicommissarijs hæredit. & sic pactum remanebat inutile, cum nihil operaretur. Tertia, quia pactum istud, siue tacitū siue expressum, non tollebat actiones ab hærede, & trans mittebat in fideicommissarium, ipso iure, sed ope exceptionis. l. i. ff. ad Trebellianum. & sic actiones illæ dicebantur vtilis, non directæ. s. restituta inst. de Hh s fidei.

490 D. FERDINANDI MENDOÇÆ

fidei commissa red. quare legitimū dici nō poterat, cum per exceptionē solum, nō autem ipso iure ageret, quod necessarium diximus, ad substantiam legitime conventionis, quia conventioni seu pacto illi expresso, non erat datum privilegium, ut actionem produceret cū iam ipsa produceretur, virtute Senatusconsulti Trebelliani: & sic legitimū dici non poterat, ex terminis doctrinæ nostræ relatæ supra. Vnde colligi satis clarè potest, inutile reddi, secundum exemplū Bartoli hic. num. 3. qui cum videret leges, à glossa allegatas, intentum de pacto nudo nō probare, cū illud de quo ibi fit mētio, veniat ex dispositione Senatus, sine aliquo partium facto, ponendum dicit, in illis iuribus, iuncta hac lege nostra: sic ut pactum fiat expressum, super eo, quod Senatusconsultum disponebat, quem sequitur Paulus Castrensis, Alexander & Iaso. sed malè omnes, quia cum pactum hoc, nihil adderet præcedenti conventioni, à Senatusconsulto inductæ, quæ semper actionem produxit, pactum legitimū, vel pactum simpliciter dici non poterat, quia nihil de nouo inducebat, non autem erat pactum legitimū, primò, quia actionem ipso iure non tollebat, secundò, quia antequam illud fieret, ex dispositione Senatus, obligatio & actio in fidei commissarium dabatur. Vnde nascetur, falsam probari regulam,

quam ex suo exemplo deduxit Bartolus, & notabilem vocavit Iasonum. 8. dicendo, quòd quando in pacto nudo, deducitur illud, quod erat omnino debitum, ex aliqua lege, vel parte iuris, illud pactum nudum, fomentatur ab ipsa lege, & sic tamquam pactum legitimū, actionem producet, ex quo etiam corollariè idem Bartolus, aliud notat, quòd actio de constituta, non sit necessaria, quando in pacto nudo, deducitur illud, quod erat debitum, ex dispositione alicuius legis: secus quando solum ex conventionne partium, ut hic, per eum, quem sequitur Paulus Castrensis, asterès, quòd in quodam examine publico vidit illum passum refricari in dubium (sic loquitur) & cum allegaret glossam, & Bartolum hic, acquieuit doctor, qui quasierat: approbat Iaso, tã hic nu. 8. quã in. l. lecta, in septimo notabili. in primo casu inf. si certū petatur. Ludouicus Romanus singulari. 527. Baldus. in cap. si cautio. penult. col. versi. si vero vassallus. extra de fide instrum. Baldus Nouellus in rub. de verb. oblig. in sexta limitatione. Caelianus Cotta. in memorabilibus vtriusque iuris versi. actio de constituta, Angelus de Perusio, hic. numero. 4. qui ad eò veram hanc putauit doctrinã, ut ampliauerit magis: dicēdo, quòd isto casu, nō solū nō est necessaria, actio de constituta, ut Bartolus existimauit, imo quòd ea non possit competere, cū actio de

de constituta, tunc cesset, cum sub sit alia ciuili. s. de constituta. inst. de actio. & sic esse limitandum textum, in. l. i. ff. de const. pecun. monuit. Sed certè isti omnes patres, in traditione huius doctrinæ, & eius ampliatione (nisi ego fallor) manifestè falluntur: nam actio de constituta, non minus competit, cum is qui constituit, promittit se soluere, quod lege ciuili, quàm quod lege prætoriam aut naturali tantū, debitum erat, ut in. l. i. s. debitum. ff. de constituta. Vlpianus docuit. ibi, debitum autem, ex quacūque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu, siue certi siue incerti, et si ex causa emptio nis, quis pretium debeat, vel ex dotis causa, vel ex causa tutelæ, vel ex quocumque alio cōtractu, quæ omnes ciuiles sunt obligationes, in quibus cadit cōstitutum & clariùs in. l. quod si maritus. 3. s. si is qui. ff. eod. ibi. si is qui & iure ciuili & prætorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? & Labeo ait tenere constitutum, quam sententiam & Pedius probat.

7 Cum ergo, primum exemplum Accursij, in Senatusconsulto, nec eius emendatio à Bartolo, Castrensi & Iasone tradita, propositū, de conventionne confirmata à Senatusconsulto, prober: aliud exemplum querendum erit, Accursius, illud tradidit, in Senatusconsulto Velleiano & Macedoniano, quæ

obligationes & actiones aduersus mulieres ex fideiussione, & minore ex mutuo tollunt: sed id reprehendit Bartolus nō ineptè, quia Velleianum & Macedonianum, non ipso iure, sed ope exceptionis perimunt obligationem, in muliere & minore. si decipienti. 30. ff. ad Velleian. l. sed Iulianus. 9. ff. ad Macedon. cum alijs. Odofredus tamen, defendens glossam, aliter eam intelligit: dicens, quòd si mulieri, & minori, qui iuari possunt exceptione Velleiani & Macedoniani, ipsi creditores faciant pactum, de non petendo, id quod mero iure debetur, et si exceptione elidi possit, tunc illud pactum, tollat actionem ipso iure: nam quamuis pactum simplex de non petendo, tollat obligationem solum per exceptionem, idem tamen si adijcitur, ut in hoc casu, alteri exceptioni, propter vinculum duplicis exceptionis, tollet obligationem ipso iure. Sequitur Baldus hic. num. 12. dicens esse magnam limitationem, ad. s. pactus ne peteret. Angelus nu. 4. versi. sequitur in glossa. Alexander num. 6. & Franciscus Curtius eius additionator, Paulus de Castro & Iaso in finalibus verbis, qui vocans illam limitationem singularem, sic modernos communiter tenere testatur. Sed hæc interpretatio ad glossam, quæ de hoc non sensit, impropria mihi videtur, & impropria limitatio ac gravior ad dictum. s. pactus ne peteret.

teret. qui ad hoc, vt actio, ipso iure tollatur, non pactum, quod remedium prætorium est, sed stipulationem, seu acceptilationem, quod remedium est ciuile, necessario requirit: quod reperiri non potest, in pacto quamuis geminato, quid quid isti doctores, virtutem verbi (ipso iure) ignorantes, contrarium falsò somniant.

Quare, ego, duplex exemplum, in Senatusconsultis solum reperio. Primum tangit, non tamen rectè intelligit Accursius hic. in illis verbis, quando restituitur creditor in antiquum debitorè, muliere subducta, vt infra ad Velleianum. l. quamuis. s. si cum essem. intelligit enim Accursius (vt ex eius verbis colligi potest) quòd in casu illius textus, cù obligatus esset reus principalis, & nouasset in se mulier eius obligationem, restituta muliere per Velleianum, & sic subducta de medio, restituitur & resuscitat quodam modo (Senatusconsulto Velleiano dictate) obligatio veteris contractus, per pactum legitimum, subintellectum & approbatum à Senatu: sed fallitur Accursius, nam is casus, magis conuenit ad. l. si mulier contra. 14. infr. illo titulo. quam ad. s. illum. si cù essem. quem quia in ea, exemplum legitimæ conuentionis, approbatæ à Senatusconsulto reperiri posse dixi, alius oportet explicare. cuius hæc verba sunt (Si cum essem tecum contracturus, mulier interuenerit,

vt cù ipsa cōtraham, videtur intercessisse, quo casu datur in te actio, quæ instituit magis, quàm restituit obligationem, vt perinde obligaris eodè genere obligationis, quo mulier obligata est. v. g. si stipulationem mulier & tu, quasi ex stipulatu conuenieris) sic legitur & melius in Florentinis, non conueniaris, vt in communibus. cuius literæ sensus hic est. Si ego volens emere à te domum, indigebam pecunia, & quia tu pignore viuo aut mortuo contentus eras, volebam tibi dare mulierem aliquam fideiussorem: quia tamen ipsa restitui poterat Velleiano, cōuētū fuerit inter eā & nos, vt vendas tu illi, nomine suo: si illa emerit, & actione ex empto, vel stipulatione se obligauerit, ad soluedum pretium: restitui poterit, aduersus cōtractum: quia factus est in fraudem Senatusconsulti, nam cum illa, mandato meo emerit, perinde est ac si ego emissem, & ipsa fideiussisset pro me: quo casu, competit Velleiani restitutio, & tunc incipit constitui, & competere aduersus me, eadem obligatio & actio, qua mulier se constrinxit, non autem suscitatur, aut restituitur, quoniam numquàm contra me fuit nata, ex eo quòd vere & realiter, ego numquam contraxi, & hoc volūt illa verba (si cù essem tecum contracturus, mulier interuenerit, vt cù ipsa potius cōtraham, videtur intercessisse (id est fideiussisse) quo casu, datur in te actio,

actio, quæ constituit magis, quàm restituit obligationem, & quamuis loquatur in stipulatione, vt patet ibi. v. g. si per stipulationem mulier & c. duplex responsum habet. Primum, quod stipulatio, quia inutiliter erat concepta, à persona, quæ in effectu obligari non poterat, habita est pro pacto nudo, vt sententia est Accursij, etsi in alio proposito, in. l. iurisgentiū. s. quinimo. Vel secundò, quòd obligatio, in casu illius textus, non nascatur ab stipulatione, quia eā emptor numquàm celebravit, sed ex pacto & conuentione innominata præcedente, facta inter eum & venditorem vel mulierem, vt res vederet mulieri, eius nomine, & sic eā haberet obligatam, titulo principalis contractus: quam accessorio fideiussionis tenere non poterat, vetante Senatusconsulto. Cōuētio igitur legitima, in hoc casu ea dicitur, quæ facta fuerit ab emptore, in effectu, & venditore annuente etiā muliere, vt nomine eius, etsi tacito, mulieri res vederetur, quo ea obligata maneret, sine spe restitutionis, aduersus fideiussionem, quæ realiter nulla intercesserat: est autem legitima, quia illam Senatusconsultum Velleianum, ad producendam obligationem, specialiter cōfirmavit: quod in effectu legi æquipollet, ex Paulo hic. Secundum exemplum erit, in Senatusconsulto. AEmiliano, quòd refertur in. l. si stipulator. 34. ff. de donatio. inter virum & vxo-

rem. Voco illud AEmilianum, etsi nomen in textu non exprimitur, quia factum est Fuluio AEmiliano, & Numio Albino Consulibus, auctore Diuo Antonino, vt refertur in. l. cum hic status. in principio. 33. ff. eod. titulo. quo statutum fuit, vt donationes, quæ antea non valebāt, nisi traditione, stipulatione confirmaretur, & quamuis nonnulli (male tamen vt ego censeo) existimauerint, illum textum, in stipulatione annui, solū procedere, tamquàm magis priuilegiata, contrarium verius nobis videtur, vt scilicet, omnis stipulatio facta, inter virum & vxorem, de re quacumque data, id est promissa, etsi non tradita, cōfirmetur, post mortem, auctoritate Senatusconsulti AEmiliani. Nec obstat textus, quo fundantur aduersæ partis fautores, ad dicendum, stipulationem non valere, nisi in casu illo speciali annui, si traditio non intercederet, in. l. Papinianus. 24. ff. eod. titulo. vbi idem Vlpianus, probat, donationem inter virum & vxorem, sola traditione potuisse confirmari, & stipulationem non prodesse: sic enim ait (Papinianus rectè putabat, orationem Diui Seueri, ad rerum donationem pertinere, denique si stipulanti vxori suæ spondidisset, non putabat conueniri posse, heredem mariti, licet durante voluntate, maritus decesserit) nam quamuis ea verba, secundum corticem sic intellecta, opinionem nostram videatur destrue-

re, tamen perpenſa ſubtiliùs, potius illam confirmabunt. Quare ad uertendum erit, quod Papinianus ibi, & Ulpianus ex Papiniano, ſolù voluerunt, referre ius, quod tempore Diui Seueri obſeruabatur, cõſtitutum ab eo, vel ſaltem à Senatu, eius oratione impuſo: tunc enim neceſſaria erat, rerum traditio, ad hoc, vt poſt mortem, donationes confirmarentur: nec ſtipulationis ſolennitas, ſicut in reliquis omnibus donationibus, aliquid ad obligandum proficiebat: nam cum antea, donationes nullo modo fieri poſſent, conſtante matrimonio, & oratio Diui Seueri, ſolùm loqueretur, in donationibus re vera traditis, non autem promiſſis: conſiſtebat immutatum ius vetus, circa ſtipulationem, quæ nihil operabatur: poſtea autem, de hoc iuris rigore (ſic enim videbatur) placuit Antonino Auguſto (qui filius fuit Diui Seueri) aliquid remittere, pro vt refert idem Ulpianus. in. l. cum hic ſtatus, in principio. remiſſio autem in eo cõſtitit (vt arbitrator) quod ſtipulationes, de rebus donatis, ſeu quod idem eſt, liberaliter promiſſis, eundem effectum ſortirentur, quem reales traditiones, tempore Diui Seueri. Sed difficultas eſt modo, quare Papinianus, cum vixiſſet tempore Diui Seueri, & poſtea tempore Diui Antonini, à quo interfici iuſſus eſt, & mentionem faceret, de donatione hac, inter virum & vxorem: non addidit, quod quam-

uis illa donatio, non valeret, ex oratione Diui Seueri, valebat tamẽ, ex Senatusconſulto AEmiliano, & oratione Diui Antonini? Franciſcus Duarenus, in titulo de donationibus, inter virum & vxorem, eam tollit: dicendo, quod ante quam, illud Senatusconſultum celebraretur, & haberetur oratio, à Diuo Antonino, eſt interfectus Papinianus, mādato eiusdem Imperatoris: ſed hæc reſponſio confunditur, duplici ratione. Prima, quia cū Senatus conſultum factum fuiſſet, tempore Diui Seueri, vt teſtatur Ulpianus, in. d. l. cum hic ſtatus, in principio. & Papinianus, interfectus fuiſſet poſt mortẽ Seueri, eo tẽpore, quo Antonini parricidiũ, de fratre Getta, apud populũ, ipſe Imperatoris iuſſu noluit diluere: reſpõdens, nõ tã facilẽ facinus illud excuſari poſſe, quàm fieri, vt refert Spartianus in eius vita: non potuit non Senatusconſultum illud AEmilianum vidiffe. Secunda eſt, ex. 5. oratione dictæ legis, cum hic ſtatus. vbi cum Ulpianus loqueretur, de Senatus conſulto, & oratione alia Diui Antonini, eam enim interpretabatur, vt conſtat ex ferie totius legis, quæ diuerſa erat, ab oratione Diui Seueri, patris ſui, vt ſatis manifeſto colligitur, ex. l. 3. eiusdem tituli. refert in confirmationem ſux opinionis, Papinianum, qui orationem Antonini eodem modo intelligebat, ſic enim inquit (nam ex mête orationis, his quoq;

omni-

omnibus permiſſum eſt, in eundẽ caſum donare, & ita Papinianus lib. 4. reſponſorum ſentit, ſic enim ſcribit, Socer nurui & c. quod eſſe non poſſet, ſi iam extinctus fuiſſet, tempore illius Senatus, & orationis.

9 Quare ego, diuerſam fuiſſe, huius rei rationem exiſtimo, quã vt melius intelligamus, mira breuitate tractatũ harum donationum inter virum & vxorem, temporibus ſingulis, oportet (repulſis omniũ doctorum ſententijs) præcurrere. Sciẽdum enim eſt, quod ante Diuũ Seuerum, donationes omnes, inter virum & vxorem, ex uſu & perpetua populi Romani conſuetudine, nõ valebant, etſi ſtipulatione & traditione ſimul firmarentur: ſic enim, debes intelligere & pro hoc tẽpore, textum in. l. oratio. 5. ſciendum. ff. illo titulo. vbi Ulpianus docuit, donationes inter virum & vxorẽ, nec traditione, nec ſtipulatione, durante matrimonio fieri poſſe: poſtea autem, Diuus Seuerus, oratione in Senatu habita, impetrauit, vt donationes, in quibus traditio intercederet, morte ſaltem donantis (ſi reuocata in vita non eſſet) cõfirmaretur: & hanc orationem interpretans, Papinianus, non mirum eſt, ſi dixerit, ſolam traditionẽ, non autem ſtipulationem, eam confirmare: pro vt refert Ulpianus, in. d. l. Papinianus. 24. Quare, eo tempore, ſtipulatio, inter virum & vxorẽ, etiam de annuo, nõ valebat. l. ſi id

quod donatum. 29. 5. fin. ff. eod. quo ſatis confunditur, eorum opinatio, qui huius antiquitatis ignorantes, actionem in ſtipulatione de annuo redditu, ſpeciali priuilegio datam ſemper fuiſſe, aſſerunt. Cæterum, poſt hanc orationem Diui Seueri, Diuus Antoninus eius filius, viuente patre, & Papiniano ſimiliter, aliam habuit in Senatu, conſulibus Fulvio AEmiliano & Numio Albino, quæ refertur in. dict. l. cum hic ſtatus. in principio, quã vt Ulpianus dixit ibidem, de iuris veteris rigore, aliquid voluit relaxare: relaxatio autem, in eo fuit, vt quemadmodum antea, per orationẽ patris ſui Seueri, traditio erat neceſſaria, vt donatio poſtea confirmaretur, eius vice ſufficeret ſtipulatio. Moeor primò, quia, ſi Antoninus laxauit, iuris rigore, vt Ulpianus affirmat, id in traditione, vel ſtipulatione debebat procedere, in traditione non, quia iam tempore Seueri obtinebat, vt conſtat ex. d. l. Papianus. ergo in ſtipulatione, quia hi duo modi acquirendarum donationum, ſoli erant. Secundò, quia ex illa donatione, dicit textus, ciuilẽ naſci obligationẽ, ergo ſtipulationem præſupponit, cum in iure noſtro, ciuilis obligatio, pro obligatione, quæ oritur ex ſtipulatione, ſine aliqua rei traditione ſumatur, vt ſingulariter notauit Prateyus, in Theſauro iuris ciuilis, verſic. ciuilitè acquiri. Tertio, quia cū Ulpianus, retuliſſet ius vetus, ante Seuerum,

rum,

rum, in l. 1. & 3. ff. cod. & ius tempo-
re Seueri, in d. l. Papinianus, aggre-
di illum video, ius magis nouum;
Imperatoris Antonini, in d. l. cum
hic status, quod ex verbis ipsi prin-
cipij colligi potest, ibi: cum hic sta-
tus esset donationum, inter virum
& uxorem, quem antea retulimus,
Imperator noster Antoninus Au-
gustus, ante excessum Diui Seueri
patris sui, oratione in Senatu habi-
ta, author fuit Senatui censendi
&c. id est, cum in l. 1. 3. 5. 8. 10. 12. 14.
16. 18. 20. 22. 23. 24. siue in locis à qui-
bus illæ sunt desumptæ, ius, quod
his donationibus, erat ante Anto-
ninum retulerim, (omnes enim illæ,
ius vetus Seueri, & ante Seuerum
explicant, & scriptæ fuerunt, ab eo-
dem Vlpiano, ante hanc legem, vt
ex titulis seu inscriptionibus sin-
gularum constat, quæ depromptæ
sunt, ex libris Vlpiani ad Sabinum. 3.
6. 31. & 32. hæc autem lex à 34. seu in
pandectis Florentinis extat. 33.) Vti-
le erit modo, de eo quod addi-
tum est à Senatusconsulto A Emi-
liano, & oratione Diui Antonini,
sermonem instituere: quæ conti-
net ea, quæ nos supra retulimus,
& alia de quibus, in tota illa le-
ge, & hac potissimum ratione,
Vlpianus ex Papiniano in l. illa
Papinianus, ius nouum Antoni-
ni non retulit; quia tunc, in libro
illo. 6. ad Sabinum. solum in-
tendebat tractare, de iure veteri,
orationis Diui Seueri, quam inter-
pretabatur, tractaturus postea, lib.

33. (quæ non ad edictum, vt in
communibus reperitur, sed ad Sa-
binum, vt in Florentinis videmus,
debet inscribi) à quo desumpta
est hæc lex, cum hic status, de iu-
re illo nouiori, constituto à Sena-
tu, orante Diuo Antonino, & sic
censerem, interpretandas & com-
ponendas esse leges illius tituli, quæ
de traditione & stipulatione loquū-
tur: quæ videntur inter se pugnan-
tes, non tamen sunt nisi diuersæ,
notata prius & animaduersa, hu-
ius constitutionis (quam retuli)
memoria. Igitur (vt eod. quo sumus
egressi, reuertamur) confirmatio
huius stipulationis, factæ inter ma-
ritum & uxorem, à Senatuscon-
sulto A Emiliano, efficiet, vt cū an-
tea inutilis esset, seu nulla, tamquā
facta à personis prohibitis, à iure,
legitima censeatur, noua hac con-
cessione accedente. Si autem obie-
ceris, stipulationem esse contra-
ctum nominatum, vt iam supra
probauimus, & sic congruum ex-
emplum non esse in pacto, quod
nudum esse debet, similis superio-
ri potest tradi responsio, quod vi-
delicet, stipulatio inutiliter con-
cepta, contractus nominatus non
erat, qui nullam producebat actio-
nem, & sic remanebat pactum nu-
dum ex sententia Accursij in di-
cto s. sed cū nulla, & fortasse, quam
uis iura in stipulatione loquantur,
idem à Senatusconsulto, in quo-
cumque pacto statutum erat, sed
frequentioris vsus causa, in stipu-
lacio-

lacione exemplum obiectum est,
Hæc de Senatusconsultorum confir-
matione.

10 Quæ omnia, dubium habent
non leue, sed difficile, & à nemine
tractū, ante ipsum, vt testatur For-
tunius hic. fol. 15. pagina. 2. versic.
tertio noto. id autem est, circa di-
ctum Pauli, quo asserit, legitimas
conventiones esse, quæ lege ali-
qua confirmantur, seu adiuuantur:
si enim confirmatio, & iuuamen
consistit, in hoc, quod ex conuen-
tione nascatur actio, vt ex textu
satis expresso colligit, ibi (& ideo,
interdum ex pacto actio nascitur,
quoties lege vel Senatusconsulto
adiuuatur) & nos supra diximus: cū
exemptione, veditio, locatio,
societate, & cæteris contractib; no-
minatis, actio ciuili nascatur, vt
ex specialibus, cuiuscumque mate-
riæ titulis, & ex l. iuris gentium
infra eod. in principio, constat: in-
de posse nasci videtur, quod em-
ptio & venditio, ac reliquæ, sint
conventiones legitime, quod ne-
gauit Vlpianus, in l. sequenti. cum
distinxerit illas à legitimis, de qui-
bus hic, quod argumentum, tantū
robur visum fuit habere Fortunio,
vt coactus fuerit dicere, conuen-
tiones omnes nominatas, quæ re-
feruntur in l. iuris gentium. legi-
timas esse, de quibus Paulus hic,
& legitimas debere vocari. Sed
pace Fortunij dixerim, id con-
cessione absurdum reputo, nam
si conuentio legitima, & conuen-

tio quæcumque nominata, sunt
idem, superflua foret. l. iuris gen-
tium vel hæc nostra legitima: cum
de eadem re prorsus tractent, de cō-
ventionibus videlicet, quæ actionē
producent à lege probatam: falsa-
que redderetur distinctio, seu diui-
sio priuata conventionis, quam fe-
cit in l. præcedenti, asserendo, alias
esse legitimas, alias verò iuris gen-
tium, cum idem in specie, eas con-
fiteatur Fortunius hic. Nec aliquid
valet eius responsio: dicentis, quod
etsi in l. superiori. legitime à iu-
ris gentium, fuerint distinctæ, de-
claratur tamē per tex. hūc nostrū,
in quo distinguantur, dicentem di-
stingui, in approbatione legali, nā
quædam conventiones iuris gen-
tium, confirmantur legibus, & hæc
legitime erunt, quædam verò non
confirmantur, & remanent iuris
gentium solum: sed huic decla-
rationi, repugnat lex iuris gentiū,
sequens, vbi cum idem Vlpianus,
prosequatur diuisionem factam, in
l. conventionum præcedenti. de-
clarat, quæ sint conventiones iuris
gentium, quæ approbentur etiam
à legibus, distinctæ à legitimis,
de quibus Paulus hic: docens ex-
pressè, quod iuris gentium con-
ventiones, quædam actiones pari-
unt, quædam exceptiones, &
quæ actiones pariunt, in suo no-
mine non stant, sed transeunt in
proprium nomen contractus: vt
emptio, venditio, locatio, &c.
Nec alicuius momenti est, respon-

no Fortunij, dicentis, quod quamuis diffiteri non possit, quod Ulpianus in. l. iurigentium. prosequatur diuisionem conuentionis, factam in. l. precedenti, non tamen prosequitur eo modo, quo doctores credunt, nam dicit (sic ait ille) conuentiones iurigentium, aliquas parere actiones, tamen istae non stant in suo nomine, id est in nomine conuentionis, nec conuentionis iurigentium: quia cum habeant actionem à lege, necessario fient legitimae, itaque conuentiones efficaces, non intendit distinguere à legitimis, sed ab illis, quae actiones non habent. Sed grauius decipitur Fortunius. Primum nam si nominatae conuentiones, quae actiones omnes habent, non distinguerentur à legitimis (ut ipse putat) cum iam de legitimis (in quibus secundum eum, comprehenduntur omnes, siue nominatae sint, siue innominatae, quae actiones habent) tractasset Paulus, in hac. l. superflua maneret, eiusdem rei repetitio, in. l. sequenti. cum ibi dixisset sufficeret, quod conuentiones aliae erant quae non erant legitimae, & erant illae, quae actionem civilem non habebant, sed remanebant, in solis & meris terminis iurigentium, at ex professo, ibi tractat, de conuentionibus nominatis, ut est emptio, venditio, locatio &c. ergo, ne de superfluitate arguatur Ulpianus, quod iustius erit, quam voluntarie Fortunij expositioni acquiescere,

necessario concedendum videtur, conuentiones iurigentium nominatas, à legitimis, specie differre. Secundò, in eo quod existimet, conuentiones nominatas, quae ibi referuntur ab Ulpiano, non dici iurigentium, seu quod idem est, non stare in nomine iurigentium, sed legitimas tantum posse vocari, quia à lege iam habent actionem, quae illis nomen det legitimarum, quod aduersatur expressè eidem Iuriscòulto Ulpiano, in principio, docenti, conuentiones iurigentium, bipartito cerni nominatas videlicet & innominatas, & statim, cum vellet declarare, quae sint istae conuentiones, quae dicuntur iurigentium nominatae, exemplificat in emptio, venditione, locatione &c. quae etsi à lege confirmantur, iuuamine actionis, iurigentium nomen non amittunt, quod extat etiam apud Hermogenianum idem docentem in. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure.

Cuiacius, cum in principio huius legis, hanc difficultatem attingeret, nihil esse, quod tam facile expediri posset, affirmavit: sed quo pacto, se ab eo expediat, videamus: aliud (inquit) est iurigentium, aliud civile, quod civile est, plerumque gentium. s. venditio. inst. de rerum diuisione. quod gentium, non continuo civile: & hoc modo, pactum legitimum, etiam iurigentium est: non omne tamen pactum, quod iurigentium conuenit, & legitimum est: quinimo, remo

remotis quibusdam pactis, quae legitima sunt, caetera solo gentium iure sustinentur. Videtur ergo, dixisse Cuiacius, quod etsi pacta iurigentium, non omnia sunt legitima: quia ad plus se extendit iurigentium obseruatio, quam approbatio civilis: nihilominus tamen, ea quae iurigentium sunt, approbata à iure, legitima dici possunt: sed in eodem vitio est haec Cuiacij declaratio, quo fuit & Fortunij: nam approbatio legis simpliciter, non facit, ut conuentio legitima dicatur, nam ex eo sequeretur, & diuisionem priuatae conuentionis, in legitimam & iurigentium falsam esse: eum potius dicendum foret, priuatas conuentiones, diuidi in iurigentium conuentiones, à lege approbatas, & non approbatas: quod Ulpianus non fecit, nec id sine aliqua ratione omisit: superfluaque reddi, hanc legem nostram, legitima, cum in ea dicat Paulus, idem quod Ulpianus, in lege sequenti, conuentiones iurigentium, probatas à iure civili, actionem producere, seu quod idem est, secundum eos, legitimam esse, quod nec cogitandum, mihi videtur.

12 Quare, tu melius fortasse solues: si memoria repetas, documenta, quae supra tradidimus, ad cognoscendam virtutem, & substantiam legitimae conuentionis: diximus enim, duo requiri necessario, ad hoc ut vna legitima conuentio di-

catur. Primum, ut ea extiterit aliquando, sine actione & approbatione civili, ex eo quod ad eius implementationem, actio fuerit negata. Secundum, quod postea ad producendam vel tollendam ipso iure obligationem, speciali lege confirmata fuerit, etsi aliquod horum desit, legitima conuentio dici non poterit: qua ratione, emptio & venditio, ac caeterae conuentiones nominatae, quae referuntur ab Ulpiano, in. l. sequenti. legitimae dici non poterunt, quia post inductum ius civile, nullo tempore extiterunt, sine actione & obligatione: & sic postea confirmari non poterant lege speciali, quia confirmatione non indigebant: pacta verò nuda, seu quod idem est, contractus & conuentiones innominatae, sine causa, à principio iuris civilis constituti à prudentibus, extiterunt sine aliqua approbatione civili, actionis & obligationis: quare, cum postea iuuarentur, speciali lege, ad hoc solum instituta, non mirum est, si legitima fuerint nominata: quasi vim, robur, auctoritatem & omne suum esse capientia, ex priuilegio legis specialis, quod ut dixi, in emptio, venditione, locatione, societate, & reliquis contractibus approbatis nomine & actione civili non reperitur: cum semper, sine alicuius specialis legis priuilegio, actionem & obligationem produxerint. Iurigentium sequenti. & hac potissimum ratione, di-

xit Paulus (& ideo interdum, ex pacto actio nascitur, vel tollitur) & non dixit, interdum ex contractu, actio nascitur vel tollitur, quia pactum est speciale nomen conventionis innominate, seu quod idem est, pacti nudi, quod ad conventiones nominatas nullo modo potest pertinere.

13 Accurtius, in medio huius glossae magnae. & in l. iuris gentium. §. quinimo glossa. quinimo. ad finem, quem sequitur communis doctorum opinio; haec pacta, quae sunt approbata à lege, vestita debere vocari asserit: quasi legis auxilium, cooperuerit suam nuditatem, data actione & producta obligatione: sed ex eodem hoc textu satis manifestò eorundem opinio convincitur: nam cum Paulus loqueretur, de his conventionibus innominatis, confirmatis à lege, iuamine actionis, non contractum nominatum, aut pactum vestitum,

Finis Libri

(vt communi etsi barbaro vtar vocabulo) sed pactum simpliciter vocavit: denotans sic, post datam actionem, sicut & antea, nudum remanere, & nudum dici, etsi efficax ad producendam obligationem & actionem civilem speciali legis privilegio, quod potest, ex eo manifestius comprobari, quòd cum pollicitatio de dote, actionem producat, constitutione speciali. l. ad exactionem C. de dotis promissione. nude pollicitationis nomen non amittit, vt constat ex rubrica ibi. de nuda pollicitatione, quid autem sit pactum nudum, & in quo consistat eius propria natura & substantia, infra. lib. 3. c. 8. in interpretatione. l. iuris gentium. §. igitur nuda. Deo auxiliante late trademus. His quo ad hanc legem sextam, & librum secundum sic habitis, septimae explicationem, & libri tertij initium suscipiamus.

Secundi.

DOMINI FERDINANDI A MENDOÇA,

LIBER TERTIVS, DISPUTATIONUM IURIS CIVILIS, IN DIFFICILIORIBUS LEGES. ff. DE PACTIS.

SUMMARIA AD Caput primum.

- 1 Continuatio. l. iuris gentium, ad praecedentes.
- 2 Diuisio omnium conventionum nouè traditur, reiecta alia Eguinarij.
- 3 In prima quaestione, pro negativa parte, octo adducuntur argumenta.
- 4 Bartoli & communis refertur opinio, de primario & secundo iure gentium, quae tamen confutatur.
- 5 Connani opinio, de duabus iuris naturae speciebus, altera semper iusta & immutabili, altera humano generi inservienti & mutabili, refutatur.
- 6 Hotomani refellitur opinio, ius natura dicens, quod ipsa dictante natura, ius autem gentium, quod solum ex hominum instituto provenit.
- 7 Ius gentium, in duas species diuiditur à Vaconio, altera ius gentium dicitur, eo quod, gentium ratione & discursu sit inducta, altera ius naturale vocatur, quod scilicet ab ipso naturae instinctu sine aliqua ratiotinatione proficiscitur, quae tamen diuisio reprobatur.
- 8 Diui Thomae & Soti referuntur opiniones, circa ius gentium & naturale, quae vt minime satisfaciunt, improbantur.
- 9 Medinae refellitur opinio: dicens, ea esse iuris naturae, quae necessario necessitate absoluta, ex principijs naturae deducuntur: ea autem quae non absolute, sed facta quadam suppositione, iuris gentium esse.
- 10 Nouè docetur ius naturale et gentium, vnu & idem esse: quod late postea confirmatur.

- 11 Traditur iuris naturae seu gentium definitio, quod non solum ab initio generis humani creati, sed etiam ex post facto posse induci, ostenditur.
- 12 Ius naturale, secundum prima principia immutabile, secundum vero conclusiones, ex eisdem principijs collectas, mutabile esse traditur.
- 13 Contractus seu commercia, non positum sunt iuris, sed gentium vel naturae, cum sint natura ipsa dictante, vt humano conuictui necessaria, à gentibus recepta, in quo tamen, distinctio quadam de inducendis his vel obserbandis est notanda.
- 14 Ad hoc, vt aliquid iuris gentium dicatur, duo copulatiue, requiruntur. Primum, quod à principio generis humani, vel postea, communiter à gentibus recipiatur. Secundum, quod id natura duce, non verò aliunde proveniat, vt exemplis declaratur.
- 15 Ius gentium, illud dicitur, quod apud gentes, rectis moribus & cultu viuentes, naturali ratione dictante obseruatur: licet barbaris & syluestribus sit incognitum.
- 16 Conclusiones, ex primis iuris gentium principijs deductae, & communes regulariter omnibus, licet pro alicuius populi utilitate mutentur, non tamen iuris gentium, apud ceteras esse desinunt, & differentia traditur inter ius gentium & civile.
- 17 Nouè & late intelligitur Vlpianus, in. l. 1. §. ius naturale. ff. de iust. & iure. & in. §. huius studij, ad finem, reprobata Budei, Mysingerij, & aliorum interpretatione. ad. d. §. ius naturale.
- 18 Nouè & late intelligitur, Diui Isidori locus, lib. 5. etymologiarum, ca. 4. relatus in c. ius naturale. 1. distinct.

- 19 Omnes quotquot sunt conventiones, iuris gentium dici posse observatione traditur.
- 20 Publicas & legitimas conventiones, etiã iuris gentium dici posse probatur, in solutione ad primum argumentum.
- 21 Novus adducitur intellectus ad. l. ex hoc iure. ff. de iustit. & iure. in solutione ad secundum. reiecto alio Rauardi.
- 22 Naturalem & iuris gentium obligationẽ, vnam & eandem esse, ad tertij solutionem probatur, contra Fortunium.
- 23 Ius gentium, non positivum, sed idem prorsus cum naturali esse, nomine tenus distante, traditur, aduersus doctores: pro quarti solutione.
- 24 Intelligitur authoritas Diui Clementis, relata in cap. dilectissimi. 12. q. 1. resolutio quinto argumento.
- 25 Contractum dotis, observatione iuris gentium esse, non autem inductione, (licet aliter Bartolus & communis) traditur, in solutione ad sextum.
- 26 Emptionem & venditionem, licet multo post homines natos, fuerit adinuenta, nihilominus iuris gentium esse, ostenditur, in septimi solutione.
- 27 In solutione Octauij, traditur, contractũ emphiteuticum iuris gentium esse, & quid in eo, de nouo induxerit Zeno Imperator.
- 28 Latè adducitur origo & natura contractuum, vt qui iuris gentium inductione et observatione, qui verò observatione tantũ sint, facile cognosci possit.

Vlpianus lib. 4. ad edictum.

C A P V T Primum.



Iuris gentium conventiones, quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones: quae pariunt actiones, in suo nomine nonstant, sed transeunt in proprium nomen contractus, vt emptio, reditio,

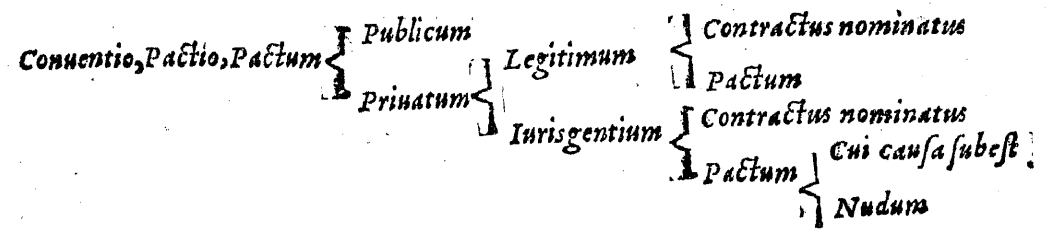
locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, & ceteri similes contractus: sed etsi in alium contractum, res non transeat, subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celfo respondit, esse obligationem: vt puta, dedi tibi rem, vt mihi alia des: dedi vt aliquid facias, hoc enim, σωμαλλαγμα esse, & hinc nasci civilem obligationẽ. Et ideo puto, rectè Iulianum, à Martino reprehensum, in hoc: dedi tibi Stichum, vt Paphilum manum mittas: manumisti cui estus est Stichus, Iulianus scribit, in factum actionem à Pratore dandam, ille ait, civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo σωμαλλαγμα dicit, vnde hac nascitur actio.



Bartolus, in principio huius legis, & post eum Baldus, Paulus, Iaso, Duarenus & Baro, tradunt statim summam textus, nullam facientes, de continuatione eius ad superiores mentionem: nos tamẽ, quia quo ad perfectam, huius tituli cognitionem attinet, nihil decreuimus intactum omittere, in hoc explicando (cum ad huius & praecedentium legum interpretationẽ spectet) paululũ detinebimur. Nec aliquis vitio tribuendũ putet, quòd in discutiendis his minimis, operam consumamus: cum vt ait Philosophus lib. 3. Politic. c. 6. philosophantis circa singulorum disciplinã, & non solũ ad agendum respicientis, proprium est, nihil negligere, neq; pretermittere, sed demonstrare, in singulis veritatem. Fortunius Garcia, cõtumax in suo errore, quo putauit, legitimas conventiones, de

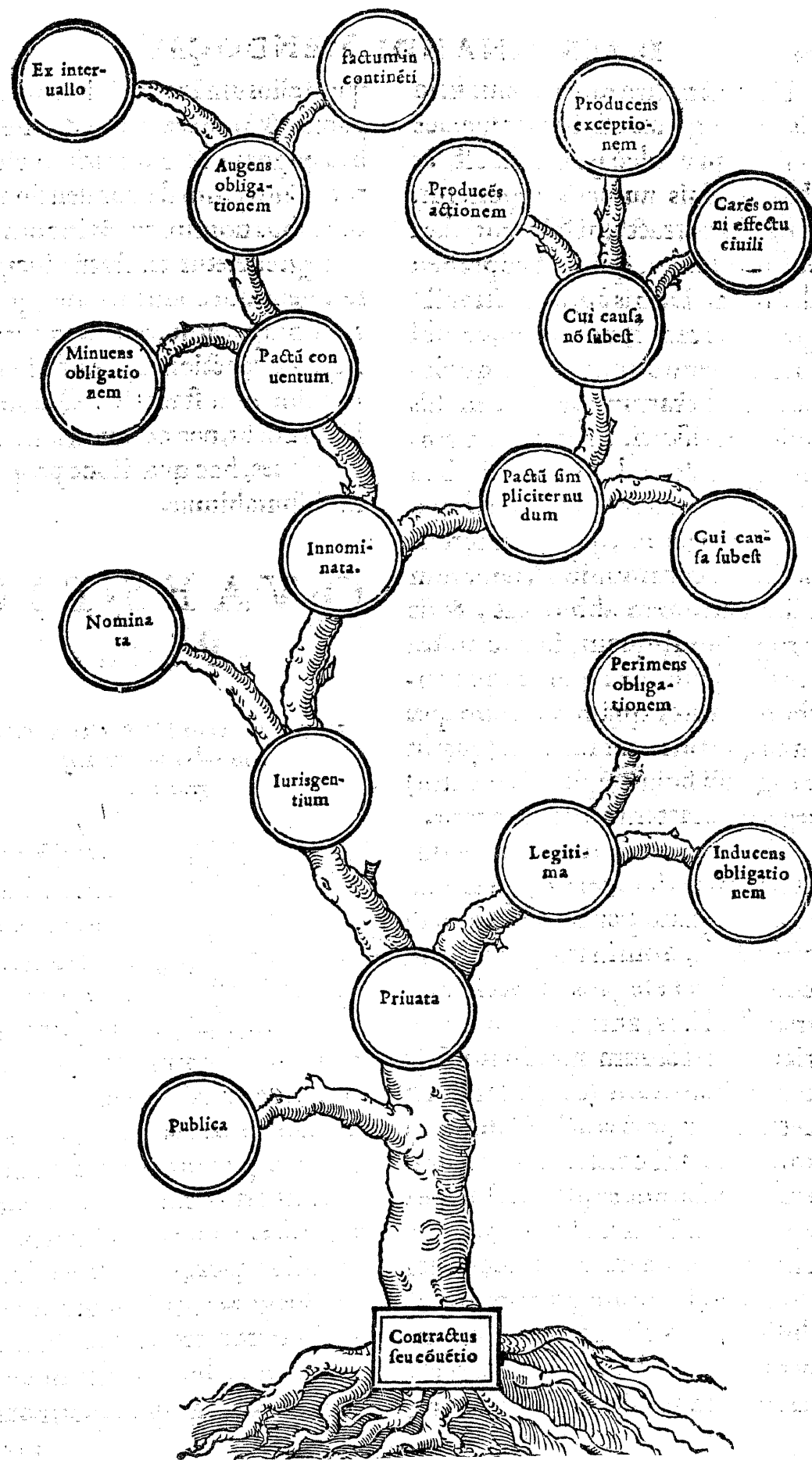
de quibus in. l. praecedenti, & iuris gentiũ nominatas, de quibus hic, eiusdẽ speciei esse: dixit, Vlpianũ modo, prosequi materiã diuisionis, positã in. l. conuentionum. s. supra eod. non tamen dicas (inquit) quòd prosequitur, vnum membrũ diuisionis, pro vt dicit dominus Alexander: nã hic iuris gentiũ conuentiones & legitimæ ponuntur, quia legibus comprobantur, & sic eadẽ conuentiones, quae iuris gentiũ dicuntur hic ab Vlpiano, appellatae sunt legitimæ à Paulo, in. l. legitima sup. eod. sed cum hanc opinionem Fortunij, falsam esse supra in eadem lege probauerim, contentus simplici huius rei tractatione, lectorem eò remitemus, qui innixus conuentionum diuisioni, quã tradidimus, & defendimus. sup. lib. 2. cap. 9. tertiam speciem cõuentionis in genere, & secundũ membrũ conuentionis priuatæ, tractare Vlpianũ hic, affirmavit: Cũ enim, idem Vlpianus, lib. 4. ad edictum, à quo sumpta est lex cõuentionũ. docuisset, conuentionẽ, esse nomen generale, ad tres species, publicã & in priuatis legiti-

mã et iuris gentiũ, tradidissetq; explanationẽ publicæ, & postea priuatæ legitimæ, Paulus in. l. praecedenti. agreditur modò, explicare, quod reliquũ erat, secundũ membrũ priuatæ conuentionis, quae dicitur iuris gentium, quã subdividit in nominatã & innominatã: quarũ naturam & substantiam explicabimus latè in ferius: antequam tamẽ, materiã huius legis, subtilitatis, difficultatis & vtilitatis plenissimã (eã enim clauem omnium contractuum vocat & rectè Fortunius hic) ingrediamur: necessarium duximus, lectoris oculis subijcere, conuentionum seu cõtractuum diuisiones, tam in legibus praecedentibus, quã in hac. l. ab Vlpiano factam, cum veritas oculata fide, magis quã per aures, animis hominum infigatur, vt dixit Iustinianus Imperator in. s. fi. inst. de gradibus cognationum. & prius quã nostram afferamus, adducemus eam, quam doctus Eguinarius tradidit, vt videas, an inter Hispanos & Gallos, in optima iuris ciuili cognitione, interfit aliquid. Sic Eguinarius.



Caret tamen, hæc Eguinarij diuisio, septem fundamentis. Primo, in eo, quod pactum & pactionem, idè dicat esse quod conventionem, cū conuentio sit nomen generale, cōprehendens cōtractus nominatos & innominatos, seu pacta, vt in principio huius legis, & in l. i. §. cōuentionis verbum, Vlpianus author est. Secūdo, in eo, quod pactum & pactionem, faciat genus ad conuentiones legitimas & iurisgentium, ad contractus nominatos & innominatos, quod propriè pactionis seu pacti diffinitioni & substantiè, quæ in esse pacti nudi consistit, vt supra docuimus, omnino aduersatur. Tertio, in eo, quod pactum legitimum, in cōtractus nominatos & pactum diuidat, cum nullus contractus nominatus, non solùm nō sit pactum legitimum, vt supra ostēdimus, cum eūdem & Fortunium latius cōfutauimus: Sed nec pactū simpliciter, vt nō semel supra monui. Quarto, in eo, quod cum pacti nudi dux sint species, vnum pactū simpliciter, aliud pactum conuentum, illas non apponit: quod vitium & error est, omnium scribentium,

vt infra c. ii. in explicatione. §. Prætor ait. fusius demonstrabimus. Quinto in eo, quod pacti conuēti, duas etiam species omisit: vna est pacti augētis, siue adijciētis aliquid obligationis, alia est, pacti minuentis, siue detrahentis. Sexto, quod augētis obligationem, duo alia mēbra non retulit. Primum est factum in continenti, quod semper valet, aliud factum ex interuallo, quod nunquam ad obligandum valet. Septimo, quod pacti nudi, cui causa non subest, alia tria membra reliquit intacta. Primū de pacto nudo producente exceptionem, etiā si causa non subest. Secūdū de pacto nudo producente actionē speciali priuilegio, siue constet principum siue prætorū edictis, siue alijs de quibus egimus supra lib. 2. Tertium de pacto nudo nec actionem nec exceptionem producente, vt sunt omnes contractus innominati, non approbati à lege civili, nec prætoria: antequam causa subest, siue implementum sequatur. Quare nos, aliam diuisionem conuentionum omnium & pactorū sic tradimus.



Hæc est nostra noua conuentio nis, pro vt genus est, in suas species diuisio, quæ adeo generalis est, & absoluta suis numeris reperietur, vt nullus contractus (ni fallimur) dari possit aut fingi, qui non comprehen dat in ea. De his autem conuentionibus quæ sunt tacite, vel in rem, consulti non meminimus, quod quælibet prædictarum species, in his possit verificari. Hæc tamen omnia docto & studioso lectori, libenter corrigenda submittimus, à quo summè rogamus, quod si inherens doctrinis communibus, nouarum adinventionem abhorreat, & sic scrupulum aliquem, in hac nostra sentiat diuisione: non carpat auctorem ante, quam omnium quæ in ea continentur rationes (quæ in progressu huius legis adducentur) legerit perattentè & intellexerit.

Bartolus. num. 10. incipiens tractare, materiam textus, quærit rationem, quare permutatio, non dicitur & fit, nominatus contractus, cum habeat elegans & speciale nomen. Sed nos, antequam in materiam contractuum nominatorum & innominatorum (de qua latius ceteris sumus postea acturi) ingrediamur, Vlpiani contextum, accuratius conabimur explicare. Inter ea enim, quæ Iurisconsultus completitur, hac sua mirabili interpretatione adiectum, illud primum est difficile, quo videtur asserere, conuentiones nominatas & innominatas, omnes esse iurisdictionum,

quod aliorum Iuriscōsultorum responsis, & Imperatorum decisionibus pugnant & contrarium videtur. Cum enim de conuentionibus omnibus nominatis & innominatis aggredieretur tractatū: incipit, iurisdictionum conuentiones, quædam actiones pariunt, quædam exceptiones: quæ actiones pariunt, in suo nomine non stant. &c. Quare an id verum sit, nec ne, quod mihi magis placet, hac quaestione proposita disputabimus.

Q V A E S T I O Prima.

VTRVM OMNES CONVENTIONES, dici possint iurisdictionum?



Inus solèr commoueri, solentes è portu, quæ diu oram litoris legunt, sed postquam in altum prouehuntur, & terram iam non vident: sed quacumque oculos vertunt, mare vndique, & vndique mare cōspiciunt: tunc toto animo perturbari, & corpore incipunt cōtremiscere. Sic ego, vastum hoc patetorum æquor, piscandæ veritatis ingressus gratia, quò longius à conspectu terra recedit, & in altum mensentio prouehi, eo afficior vehementius, & longè (quæ restat) nouigationis.

tionis, nec securæ multum, terrore periculo. Verum (vt ille ait) serò respicitur tellus, vbi fune soluto, currit in immensum panda carina salum. Danda sunt ergo, quocumque feramur, ventis vela. Faxit Deus, vt sicut in reliquis, sic etiam in hoc nauis ingenij & doctrinæ, secundis ad cursum suum tenendum, felicibusque utatur: ne tot difficultatū aquis submersa, veritatis (vt alij multi, ne dicam omnes) miserum faciat naufragium. In hac igitur quaestione prima, in qua conuentionum origo, & iurisdictionum natura est nobis acuratè explicanda: ad probandum, quod omnes conuentiones, non possint dici iurisdictionum, facit primo, eiusdem Vlpiani diuisio, in l. cōuentionum. §. supr. eodem. vbi cum conuentiones, pro vt genus est, in sua membra partiretur, dixit tres esse species conuentionum, publicam & priuatam, & in priuatis, legitimam & iurisdictionum: si igitur conuentio publica, differt à priuata, & in priuatis, legitima differt à iurisdictionum, & sic separatae sunt omnino species, vt constat, cum publica & legitima conuentiones sint veræ, vt supra probauimus latius: necessariò videtur consequi, non omnes, sed aliquas esse iurisdictionum conuentiones, eas scilicet tantum, quæ in vno membro seu specie priuata, possint propriè contineri: alioquin enim, frustra vt species vna conuentionis, cum genus esset, ab

Vlpiano & Paulo apponeretur.

Secundò, pro eadem sententia facit, Hermogeniani responsum, in l. ex hoc iure. §. ff. de iust. & iure. vbi expressis verbis videtur docere, non omnes conuentiones esse iurisdictionum. Ex hoc (inquit) iure gentium, introducta sunt bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, ædificia collata, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ à iuri civili introductæ sunt.

Tertiò, omnes causæ, producunt sui similes effectus, & sic diuersi effectus, nascentur à causis diuersis, sed inter obligationes, quæ effectus sunt cōuentionum, & contractuum, vt patet in principio huius legis, reperiuntur quædam naturales, distinctæ omnino & separatæ ab obligationibus iurisdictionum, vt iuribus & rationibus copiosè comprobatur Fortunius Garcia, in l. 1. §. ius naturale colum. 39. vers. ego sanè. ff. de iust. & iure. deducens inde, versic. vltimè, quòd quamuis Pontifex summus, Imperator, vel Princeps, teneantur in suis contractibus, iure naturæ, & obligatione naturali, non tenentur iure gentium, & obligatione iurisdictionum, quibus illi superiores sunt, ergo cum in contractibus, reperiatur obligatio naturalis distincta ab alia iurisdictionum, vt ibi, latius probatur, reperietur etiam contractus & cōuentio

vna naturalis, & alia distincta iurifgentium.

Quartò, emptiones, locationes, societates, pignora & reliqui contractus, saltem qui nomen habent speciale, instituti non sunt ab aliquo humano legislatore, & sic nec ab aliquo iure positivo, sed à ratione naturali (quæ cõmunis est omnibus nationibus & gentibus) dictante, quæ sunt conuictui necessaria, quod nullus diffitebitur: sed ius gètium, est ius posituum, quia positum est à gentibus, vt docet D. Thom. 12. quæst. 95. artic. 4. Soto de Iust. & iure libr. 3. quæst. 1. artic. 3. Couarruu. regula. peccatum 2. parte. 5. 11. numer. 4. ergo isti contractus, potiùs erunt iuris naturalis, quàm iurifgentium, cum iuris positui non sint, cuius ius gentium vna pars seu species est.

Quintò, conuentiones istæ, quas retulim⁹, & reliquæ omnes, ad hoc celebrantur principaliter, vt quod meum est, tuum fiat, & quod tuum, fiat meum: sed hoc fieri meum & tuum, iniquitas est, vt docet Diuus Clemens, in epist. 5. quæ refertur in capit. dilectissimis 12. quæst. prima. vbi sic legitur (communis vsus omnium, quæ sunt in hoc mûdo, omnibus esse hominibus debuit, sed per iniquitatem, alius dixit, hoc esse suum, & alius istud: & sic inter mortales facta est diuisio) ergo cum iniquitas, iuri & rationi sit cõtraria, vt constat ex se, & probat Arist. in prædicamentis. cap. de

oppositis, conuentiones istæ, quæ ab iniquitate natæ sunt, à iure gentium (quæ summa ratio est vt dicit Caius in. l. omnes populi. ff. de iust. & iure) nasci non potuerunt.

Sextò, contractum dotis, conuentionem esse, nullus negabit. nã id constat, ex. l. eas obligationes. vbi notat Baldus. ff. de capite minutis. Bartolus in. l. legitima. numer. 2. supra. eodem. & ex toto titulo, de pactis dotalib⁹. & dotis promissione. ff. & C. potest comprobari: sed hæc dotis constitutio, non est iurifgentium, quia apud omnes gètes, etsi optimis institutas moribus, nõ obseruatur. Lycurgus enim sapientissimus Lacedemoniorum legislator, mulieres omnes, voluit esse sine dote, vt refert Iustinus lib. 4. ne quæ inopes essent, conditionem inuenirét difficilior, & diuites pretio magis, quàm moribus, matrimonia sibi adolescentum allicerent: Solonis lex, vt cõstat ex Plutarcho in illius vita, non solum dotem seeminis prohibuit, sed & quidquam aliud, secum domum viri afferere vetabat, præter tres vestes, quæ tegendo magis, quàm ornando essent corpori, & nonnulla paruo emptavacula, quod Plato in suam rempublicam voluit introducere, dialogo. 5. de legibus. ergo omnes conuentiones, iurifgentium esse vel dici non possunt.

Septimò, ius gentium, est illud quod ratio summa naturalis, inter oēs homines constituit, & apud oēs gentes

gentes æqualiter semper obseruatur, sic Caius in. l. omnes populi. ff. de iustitia & iure. cum ipso enim humano genere, proditum est, vt dicit Paulus in. l. 1. ff. de acq. rer. dom. Sed vt. 5. Ethic. cap. 5. & 1. Polit. cap. 6. Aristotel. author est, sine emptione & vèditione, omnes homines multis seculis vixerunt, & confirmatur ex Plinio, qui lib. 33. c. 3. refert Seruium Romanorum Regem, primum signasse æs, nota pecudum (vnde pecunia dicta est) & postea signatum fuisse argentum, anno vrbis. 585. & multo post aurum, & lib. 7. cap. 56. ait, Liberum patrem, instituisse emere ac vendere: ergo cum post natas gentes, multis seculis, contractus emptionis & vèditionis, à libero patre ortum haberit, civilis potiùs, quàm iurifgentium nuncupabitur, cui aduersatur Vlpianus hic.

Octauò, Iustinianus docet, in. 5. aded. inst. locati, Zenonem Imperatorem, fuisse inuentorem primū, contractus emphiteutici, de quo ipse Zeno gloriatur, in. l. 1. C. de iure emphiteutico. & ipse Iustinian⁹, sponsalitiæ largitatis authorē etiã se iactat, in authentico vt sponsalitiæ largitas, in principio, collatione. 9. quod de contractu stipulationis, similiter videtur dicendum, nam suuū principium à Romanis accepit: ergo cum à Principibus, magistratibus, aut à prudentibus, omnes istæ conuentiones introductæ fuerint & inuentæ, iuri potiùs

ciuili, quàm gètium tribui debet, quæ inter se diuersa sunt, vt docet Aristoteles lib. 5. Ethic. cap. 7 Iustinianus, in titulo, inst. de iure naturali. Vlpianus, in. l. 1. §. huius studij. ff. de iustitia & iure.

Histamen non obstantibus, cõtrarium mihi veriùs videtur, conuentiones videlicet omnes, iurifgentium dici posse, eo modo quo id distinctius postea declarabim⁹. Pro cuius maiori, & exactiori intelligentia (quia iuxta Ciceronis sententiam, sicut arborum, sic artium altitudo, sine radicibus esse non potest) resoluendum erit, quid ius gètium, sit & in quo illud à iure naturæ distinguatur: hæc enim materia, quanto difficilior est & obscurior, varijs & discrepantibus inter se Theologorum & Iurisperitorū opinionibus: tanto vtilior & iucundior cognitu erit, cum illam simplici & vera (ni fallimur) quadam doctrina nostra, nunc primum (repulsis reliquis omnibus) clarè cognosci faciamus. Bartolus vt incipiamus ab illo, in. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure. num. 9. & 10. & in. l. si id quod. 64. num. 2. ff. de condit. indeb. referens magistrum suum (Rainerium Forliuensem fuisse arbitror, cuius opiniones de mente iuris dicit fuisse) diuidit & explicat ius gètium simul: dicens, quod ius gentium est duplex, vnum primarium, aliud verò secundarium: sequitur Angelus, Paulus Castrensis, & ceteri, tam in d. l. ex hoc iure. quàm

quàm in. d. l. si id quod. ff. de condi. et. indeb. ius gentium primæuum (inquit Bartolus) est illud, quod fuit eo ipso, quod gentes esse cæperunt, naturali ratione inductum, absque aliqua constitutione iurifgentium, ut fidem seu promissa seruare, & omnium vna libertas. Ius autem gentium secundarium, est illud, quo omnes gentes vtuntur, ex constitutione earum, non secundum rationem naturalem, imo quandoque contra, vt bella, captiuitates, seruitutes, distinctiones dominiorum, & cætera quæ referuntur, in. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure. quam de iure gentium loquentem, de iure gentium secundario, fore intelligendam docuit: sicque, secundum Bartolum & reliques, ius gentium primæuum est, idem quod ius naturale, quoad homines, ius autem gentium secundariū, erit idē quod ius ciuile, positum à gentibus, sic Ferdinandus Menthacensis. lib. i. de successio. creatione. §. i. numer. secundo, & tertio. Duarenus in titulo de iust. & iure. capit. quinto. Couartuu. in regula peccatum. 2. part. §. ii. num. 3. Ioannes Bolognetus, qui id receptissimum apud nostros esse testatur, in rubrica de verb. obligat. num. 20. & ex Iafone, Cagnolo Angelo, Aretino, Decio, Baldo & Galiaula comprobatur, Pinelus in rub. de rescinden. vend. i. part. num. ii. & .13. a quibus non esse recedendū monet Nicòlaus Mozzius, in ath-

phiteatro contractuū, in principio art. 3. versic. venio. num. 12.

Sed hæc Bartoli & cōmunis distinctio, tamquam perspicuum signum (quod eorum venia dixerim) mihi placere non potest, tribus de causis. Prima, quia nullā rationē aut textum affert, quæ ea aliquo modo innitatur, imo, cū contra sint iura, docētia, vnum ius gentium solum, & aliud naturale, non est quare ipse diuidat, sine aliquo fundamento, ius naturale & gentium, in primæuum & secundariū: si enim id facit, propterea, quod iura variant, in exemplorum positione, quo ad ius gentium & naturæ, vt dicit Bolognetus vbi supra, cogitaret melius, & studeret Philosophiæ Morali (cuius hæc pars principalior est) & posset sic, procul dubio, illa omnia, sine nouis fictionibus, primæui & secundarij iurifgentium & naturæ, quod simplex & vnum est, melius componere, vt notauit Aretinus in. l. prima. ff. de acquirend. posses. Fortunius, in. l. manumissiones. ff. de iust. & iure. Secunda, quia ius gentium primæuum inductum fuisse dicit, à ratione naturali, sine aliqua constitutione gentium, & secundarium ab ipsis gentibus solum, quod verum non est, nam ius gentium, quod ipse vocat secundarium, quod consistit in rerum diuisionibus, commercijs, captiuitatibus, & reliquis obligationibus, nō min⁹ à ratione naturali, in hoc statu

statu naturæ collapsæ, quàm defensio propria, si alia circumstantia nō adit, in vtroque distatur, vt postea fusius dicemus. Tertia, quia ius gentium, istud secundarium, esse plerumque contra rationem naturalem arbitratur, quod falsius est ipsa falsitate: nam si ius gentium, nil aliud est, vt Iuriconsultus Caius docuit, in. l. omnes populi. ff. de iust. & iure. quàm id, quod ratio naturalis, inter omnes homines constituit, non video quæ pacto ratio naturalis, possit contra rationem naturalem pugnare, quidquid Bartolus & reliqui, perperam contra senserint.

¶ Quare Connanus. lib. i. commentariorum iuris ciuilibus. ca. 6. à num. 4. aliam iuris naturæ & gentium tradit diuisionem, iuris enim naturæ (inquit) bipartita mihi videtur, eius induci posse ratio: vna quidē, iustorū & iniustorum lex est, nullo tempore, vel loco mutabilis: altera moderatrix earum utilitatū, quæ adsunt ad vitam degendam necessaria. Igitur secundum Connanum, iuris naturæ, duæ erunt species, vna eorum, quæ sunt semper iusta, nec mutari possunt, qualia sunt, illa quæ referuntur ab Vlpiano, in. l. iustitia est constans. io. §. iuris præcepta. ff. de iust. & iure. honestè videlicet viuere, alterum nō ledere, & suum ius vnicuique tribuere, quæ omnia, diriguntur ad eam, quæ delapsa est de cælo regulam, alteri non feceris, quod tibi

fieri non vis, quæ refertur in. capit. humanum genus. i. d. hac enim regula & iudicio ab eo constituto, iusti ab iniusto distinctio traditur, qua sublata, tollitur omnis ratio vitæ degendæ, & ea seruata, ab equitate nō possumus aberrare: & hoc vocabitur, ius verè naturale, quod mutari non potest. Altera verò species, seu membrum eiusdem iuris est, quod in utilitate versatur, & est illud, quod gentes, ad mutuam societatem, inter se gerendam & comunicandam, constituerunt: cui⁹ generis erunt, dominiā, regna, bella, seruitutes, manumissiones, contractus, & cætera, quibus aptiores sumus ad participandum cum alio: & hoc non in scitè ius gentium vocari posse asserit, quod non tam natura ipsa, quam hominū iudicio, constitutum sit, & tamen iuris naturalis pars est, eiusque nomine continetur, propterea quod, in omni re, consensus omnium gentium, nō institutis aut legibus, sed moribus sensim, & tacitè, confirmata, naturæ lex existimatur: sicq; hoc omnium hominum quasi ciuile ius appellari posse dicit: addens, non esse mirandum, quod in ipsum sit aliqua legum potestas, cum saluo naturæ iuræ, mutari queat. & c. sed nō aduertit doct⁹ alioquin Connanus, se Pomponij responso facile oppugnari posse, qui in. l. veluti. ff. de iust. & iure. religionem erga Deum, obedientiamque patriæ & parentibus, iurifgentium esse docuit,

cuit, & cum sint eorum quæ natura sunt semper iusta, secundum eius opinionem, ad naturæ ius, & non ad ius gentium erant referenda: quod nullus præter eum facit, etsi Eguinarius Baro, in l. manu-missiones. ff. eod. tacito Connano, eandem etsi diuersis aliquantulū verbis, satis cōcisse tueatur, & post utrumque tacitum etiam, tradidit Vbesembēchius in paratitla iuris civilis. titulo de iustitia & iure. numer. 16.

6 Horomanus tertio loco. quem alij. postea sunt sequuti, in §. ius aurem civile. inst. de iure naturali. aliter; hoc de natura & gentibus ius interpretatur: dicens, ius naturale, esse illud, quod sola natura docuit, nec hominum ingenijs est excogitatum, sed ut Ciceronis utar verbis (inquit) quod non accepimus, didicimus, legimus, sed ex natura ipsa, arripuimus, hausimus, & expressimus: quo in genere, non solum esse numeranda illa vulgata, matrimonium, procreationem liberorum, educationem, verum etiam illa, ut quæ per alluionem rei meæ accedunt, mea fiunt, ut qui ancillæ dominus est, partus etiam sit dominus: qui arboris fructus: qui pecudis, foetus. Ius autem gentium, illud esse diffinit, quod natura duce, gentes communi quadam ratione & intelligentia compararūt, comprobatur ex Paulo, qui cum de iure gentium tractaret (inquit) nam visu exigente, & huma-

nis necessitatibus, gentes humanæ iura quædam sibi constituerunt, veluti, ut legatorum corpora, etiam inter hostium tela sacrosancta sunt: quod cum apud Ciceronem legatur, tum etiam ab Vlpiano traditur, in l. fin. ff. de legatio. Sed nec Hotomani traditio, satisfacit. Primò, quia si ratio naturalis dicat, quæ accedunt fundo meo, mea fieri, & propter hoc, illud iuri naturæ refertur, eadem etiam dicat, ut legatus qui nullam noxiam nocuit hostibus, sed eorum causa mittitur, innoxius & immunis habeatur, & sic eidem iuri naturæ tribui debet. Secundò, quia ut hæc accessiones ad res principales, ei cuius hæc sunt, acquirantur, & quod nascitur ex re mea, meum fiat: potius habetur iure gentium, quo distincta fuisse dominia, & rerum diuisiones, docuit Hermogenianus in dict. l. ex hoc iure. quàm iure naturæ, quo omnia dicuntur fuisse communia ab Isidoro, in capit. ius naturale. i. dist. Tertiò, quia propriæ vitæ defensio, & religio ergo Deū, quas iur gentium tribuerunt Pomponius & Florentinus, in l. veluti, & in l. ut vim. ff. de iust. & iure. nō sunt res excogitate à gentibus, sed insite & innate ab ipsa natura: accipio ibi, religionem, non sacrorum ritus, & ceremonias, quæ vel diuino, vel humano iure, sunt institutæ: sed tacitam illam cogitationem, qua quis in animo suo, Deum colit, & veneratur, nulla

gens

gens (inquit Tullius lib. 1. Tuscul. quæstion) tam fera, nemo omnium tam immanis, cuius mentem, non imbuerit Deorum opinio, & libr. 2. de natura Deorum. omnibus enim innatum est in animo, quasi insculptū esse Deos, Cleantes quidem noster, quatuor. de causis dixit, in animis hominum, informatas esse Deorū notiones &c. Respōsio autem, qua huic tertio incommodo, satisfactum Hotomanus vult, satis friuola est: inquit enim, quòd cum sua sententia, vera videatur, aut Pomponium & Florentinum delapsos fuisse est necesse, aut quod multo est verosimilius, Tribonianus (sic ait) non minori stultitia, quàm ambitione præditus, in ipso lumine offendit: qui, quæ veteres Iurisconsulti, de iure naturali præclare scripserant, iuri gentium attribuit. Cum enim, difficultatis solutio, virum alioquin doctum subterfugeret, malæ Triboniani legum compositioni, seu ordinationi potius tribuendum duxit, quàm malè suæ intelligentiæ & ignorantia, quæ causa fuit potior, non assequendi eorum respōsorum Pomponij & Florentini rationem.

7 Vaconius à Vacuna. lib. primo. declarationum iuris civilis. capit. 15. hanc iuris gentium materiam, diuerso modo & sic quarto resoluit. Pro cuius cognitione præmittit, quòd sicut adoptio, capitur ut genus, & diuiditur in duas species:

quarum vna est, cum illi adoptantur, qui in potestate parentum sunt, & hæc species, non transijt in proprium nomen, sed stat in nomine generis, vocaturque adoptio in specie: altera verò species est, quando adoptantur illi, qui sunt sui iuris, & vocatur arrogatio: sic etiam ius gentium, tamquam genus capi potest, diuiditurque in duas species, quarum vna, non transijt in proprium nomen, sed stat in nomine generis, & sic vocatur ius gentium in specie, appellatur autem ius gentium, quia gentes, illud per rationem naturalem constituerunt, ratiocinando, disturrendoque de re vna intellecta ad aliam. §. primo. versiculo. quod verò ratio, instituit. de iure naturali. altera verò est species, quæ transijt in proprium nomen, vocaturque ius naturale hominum: huiusmodi autem ius (dicit) non fuit inuentum à gentibus, sed ab instinctu naturali, sine aliqua gentium constitutione capit. ius naturale. prima. dist. & solet vocari ius gentium, eo quòd, gentes eo vtuntur: non quia inuenerint, ut primum. l. 1. §. ius naturale. ff. de iust. & iure. ut autem lector sciret discernere, quæ sint iuris naturalis, quæ autem iuris gentium, hæc documenta tradit. Primum, ut omnia, quæ simplici intuitu intellectus, sine rationis discursu, bona apparent, dicito esse iura, id est bona natura-

Kk lia,

lia, videlicet à natura increata, scilicet à Deo constituta: quisque enim facile cognoscit, simplici intellectu appulsione, colere Deum, obedire parentibus, vim atque iniuriam propulsare, malum esse fugiendum, bonum faciendum, promissa seruare, reddere depositum, restituere rem commodatam, ut filij succedant in bonis patris, & alia huiusmodi, de quibus in dicto capit. ius naturale. Secundum, omnia, quae simplici intellectus appulsione, non apparent bona, sed per rationis discursum bona reperiuntur, dicito esse iurifgentium, id est à gentium constitutione ordinata, ut puta, bella, seruitutes, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, terrae diuisio & alia huiusmodi, quae primo intuitu non apparent bona: at si quis bene per rationem discutiatur, ea reperiet proculdubio esse bona: & propterea dicuntur bona gentium, id est iura gentium, quia ea gentes constituerunt.

Sed hanc Vaconij declarationem (etsi primo aspectu verosimilis videatur) falsam tamen esse, triplici ratione monstrabo. Prima, ex eo, quod putet, ius gentium duplex esse, in genere & in specie, cum vnicum tantum Iurisconsulti & Morales omnes Philosophi rectissime docuerint, ut postea videbimus. Secunda, quod existimet, ius gentium esse, quid inuentum & constitutum à gentibus, naturale autem à sola

ratione naturae, cum vtrumque ratio sola naturalis, humanae naturae, aequè dictauerit, ut probari potest, ex l. i. ff. de acquir. rer. dom. & nos infra latius. Tertia, in eo, quod arbitretur, obedire parentibus, reddere depositum, restituere rem commodatam, & filios in parentum bona succedere, iuris esse naturae & non gentium, cuius contrarium docuerunt Pomponius, in l. veluti, Hermogenian' in l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure. & Vlpianus in hac l. iurifgentium. expressis verbis dicentes, iurifgentium esse, ut parentibus & patrie pareamus, & depositum ac commodatum similiter: responsio autem Vaconij inutilis proflus est & incongrua, ait enim, quod in d. l. veluti. ponit exemplum Pomponius, de iure naturali, de quo prius tractauerat, in l. i. §. ius naturale. Quae ex eo confunditur, quod Iurisconsultus, qui in l. praecedenti, egerat de iure naturali & gentium, non Pomponius, sed Vlpianus fuit, & qui adiunxit responsum Pomponij, ad illud propositum, fuit Tribonianus, qui vbi finita fuerat tractatio, de iure gentium ab Vlpiano, accommodauit ad idem, exemplum deductum à Pomponio, in dicto l. veluti. quae continuatiuè ad praecedentes legi debet, ut legitur, in qua (ut dixi) sermo de iure gentium erat finitus, quamuis sine exempli appositione, quod per legem illam immediatè sequentem, & reliquas etiam

est

est additum. Minus satisfacit, quod respondit ad dicto l. ex hoc iure. dicit enim, quod ibi Hermogenianus, ponit sine aliqua distinctione, exempla, quorum pars vna, fuit introducta de iure gentium, in specie, ut puta, bella, regna, diuisio agrorum, aedificiorum collatio, emptio & venditio, locatio & conductio: alia verò & secunda, ex hoc iure naturali, veluti depositum, mutuum, commodatum &c. Quare, alia querenda est explicatio: non referam eas, quas quidam ex neotericis nostris adducunt, partim quod friuolae sint, seu potius nugatoriae, docuit enim prudenter Aristotel. quolibet stulto proferente diuersa aut contraria, non decere sollicitum esse sapientem: partim etiam, quod ad iuris interpretationem, quam intendimus, sunt prorsus inutiles, qui cupit, videat Antonium Roscium. libro secundo. memorabilium. capitul. quinto. & sexto. Baldum Nouellum, Socinum, Ruynum, Crotum & Bolognetum, in rubrica de verbor. obligation. à num. duodecimo. cum pluribus sequentibus. Nauarrum, capit. ita quorundam de Iudeis. notab. vndecimo. per totum praecipue num. 14. Pinellum in rubrica. C. de rescindenda venditione. l. part. Aluarum Baez, de iure emphiteutico. quest. 3. num. 2. Ludouicum Charondas. libr. 1. verisimilium. capit. 5. Razuardum. libr. 1. de iuris ambiguitatibus. cap. 1. Ioannem Garciam, de expensis & meliorationibus. capitulo. 3. à numero. 14. cum

Kk 2 sequen-

sequentibus, Ferdinandum Menchacensem libro. 2. quaestionum illustrium. capit. 54. Forcatulum dialog. 37. & auarij. capit. 2. Raynaldum Corsum. libr. primo. indagacionum iur. ciu. capi. decimo. & de cimo quarto. Petrum Gregorium Tholosanum. libr. vndecimo. synagmatum iuris vniuersi. capitul. primo.

8 Ex Theologis, ne illos, in explicacione iuris naturæ, quibus materia hæc non est impropria, omittam. D. Thom. 1. 2. quest. 94. arti. 4. in solutione ad. 1. breuius se ab hac difficultatis resolutione, quam postulabat ratio, expediuit: nil aliud dicens, quam quod ius gentiū, à iure naturæ, in hoc distinguit, quod vnum, animalibus omnibus, aliud autem solis hominibus competit, quod desumpsit ab Vlpiano, in. l. 1. §. fin. ff. de iust. & iur. sed nos hac sola Sancti doctoris & Vlpiani assertione, non sumus contenti, eius enim formalem & veram explicacionem amplius inquirimus, quæ adhuc latet in obscuro. Sor. lib. 3. de iust. & iure. quest. 1. art. 3. id aliquatulum latius tractauit, sed nec eius resolutio satisfacit, ait enim, quod ius, diuiditur in naturale, & positiuū: positiuū autē, subdividitur, in gētiū & ciuile, & in hoc ista differre asserit: quod ius naturæ, est illud, quod ex ipsa natura rerum, est adæquatum & commensuratum alteri, secundum absolutam rerum considerationem, sicut mas-

culus & femina, absoluta natura sua, coaptatur in vnum generacionis officium, & pater curat filium alere: ius autem gentium, est illud, quod alteri est commensuratum, non secundum absolutam eius naturam, sed in ordine ad certum finem, & per certas circūstantias consideratum: exempli gratia. Quod hoc prædium, ab hoc proprio domino possideatur, & aliud ab alio, natura rerum absolute existimata (sic loquitur) non magis exigit, quam vt omnia in communi possideantur: attamen, si ager idem consideretur, vt ad ferendos fructus colendus, atque in pace possidendus, & pro statu naturæ corrupte, in quo homines, segniores existunt, ad impendendas proprias operas, quæ in commune bonum cessuræ sunt, & alienorum sunt auidi, ratio statim colligit, omnino conducere, vt possessionum diuisiones fiant: huius suæ opinionis eam reddit rationem: dicens, ideó primū esse ius naturæ, nam rem eam, absolute apprehendere, non solum hominibus, verum & cæteris etiam animantibus naturali instinctu cōuenit: vt societas masculi & femine, & prolium nutritio: quod cunctis animalibus est commune: at verò de reb. in ordine ad finem, sub certisque circūstantijs iudicare, non competit cæteris animantibus, sed peculiariter homini, virtute rationis videnti, cuius est, vni ad aliud conferre: & sic ius, quod

per

per talem collectionem constituitur, dicitur ius gentium, id est quod gentes vniuersæ, quatenus rationales sunt, cōstituerunt. &c. Hæc autem opinio ideò non satisfacit, quia pluribus aduersatur rationibus. Primæ, in quantum dicit, ius gentium esse positiuum & constitutum à gentibus, cum non sit nisi ipsa ratio innata hominum mentibus, vt docuit Caius in. l. omnes populi. ff. de iust. & iur. quod naturalis (inquit) ratio, inter omnes homines constituit, id apud omnes peræquè custoditur, vocaturque ius gentium, quod à principio, quo homo est creatus, esse incipit, vt docuit Paulus, in. l. 1. ff. de acquir. rer. dom. Secundæ, in eo quod putet, ius naturale, esse illud, quod commensuratur alteri, secundum absolutam rerum considerationem, vt marem sceminae coniungi, ius verò gentium, consideratis rerum circūstantijs, quod falsum est, nam hominem cum scemina coniungi, non est absolute iuris naturæ, nisi consideratis circūstantijs, quod videlicet scemina, cui homo coniungitur, non sit mater, filia, alteri ve matrimonialiter copulata, vel soluta &c. Et sic, tam remanebit, si hæc considerentur, humana maris & sceminae coniunctio, ius gentium, ac agrorum possessio, quod ipse non admittit. Tertix, nam ex sua opinione sequeretur, præcepta secundæ tabule, non esse iuris naturæ, quod nul-

lus Theologorum aut Iuris peritorum fatebitur, quia absurdum est, nam contenta in eo, non sunt nota principia omnibus, sine rationis discursu. Postremæ tandem, quia religio erga Deum, non est conclusio, sed principium legis naturæ, & nihilominus ius gentium à Pomponio tribuitur, in. l. veluti. ff. de iust. & iure. sicut defensio & tutatio propria à Florentino, in. l. vt vim. ff. eodem. titulo. fuga autem, qua vult Sotus, hoc quartū inconueniens vitare (de reliquis nihil tractat) asserens, largo modo, ibi à Iurisconsultis, ius gentium vsurpari, friuola & inanis est: nec ad Iurisconsultorum responsa (quæ propriissimè esse semper interpretanda fatentur omnes) rectè accomodatur.

Quare Bartholomeus de Medina. prima secundæ. quest. 1. vegifima quinta. articul. quarto. in alia est diuersa opinione: dicens, eam esse breuem & veram Diui Thomæ in hoc articulo explicacionē, vt videlicet, ea quæ deducuntur ex principijs naturæ, necessarió, necessitate absoluta, pertineant ad ius naturale, illa verò, quæ non absolute deducantur, sed facta quadam suppositione, ad ius gentium spectent: quam hoc exemplo adhibito illustrat, ad conseruandum genus humanū, necessaria est simpliciter & absolute coniunctio maris & sceminae, quæ matrimonium dicitur, vinculum perpetuum &

Kk 3

indisso-

indissolubile, necessarium omnino ut proles humana suscipiatur, & commodè educari possit, & ideo hæc coniunctio, est de iure naturali: cæterum cõsiderando, quod homines ut in plurimum, sunt perfidi, & abutuntur bonis matrimoni, introductæ sunt iure gentium leges nuptiarum, quibus celebratur iste contractus, testibus adhibitis: sed minus placet hæc Mediæ consideratio. Primò, quia ea quæ deducuntur ex principijs naturæ, necessariò, necessitate absoluta, non solum ad ius naturæ (ut ipse putat) sed ad ius gentium spectant, ut patet in cultu & religione erga Deum, in obedientia erga parentes, in tuitione propriæ vitæ, aduersus iniuste aggredientem, quæ etsi colligantur, sine aliqua suppositio- ne, sed absolutè à primis Principijs naturæ, nõ propterea iuris gentium esse desinunt, imo primò & principi- paliter in ea connumerantur, à Pomponio & Florentino in. l. ve- luti & in. l. ut vim. ff. de iust. & iure. Secundò, in eo quod existimet, leges quæ in celebratione matrimoni, testium interuentum requirunt, iuris gentium esse, quod adeò falsum, docto lectori videbitur, ut nostra non indigeat confutatione. leges enim istas & alias similes tam à potestatibus secularibus, quam Ecclesiasticis robur & authorita- tem habentes, iuri positiuo esse referendas, monuit Ulpianus, in. l. ius civile. ff. eodem. Iustinianus in

§. 2. instit. de iure naturali: quod veris- simum est, quamuis compre- hendant & ligent omnes, quæ in vniuerso sunt, ut clariùs postea de monstrabimus.

Cum ergo, lector audierit, rela- tas tot, doctissimorum virorum, & improbatas omnes opiniones: non dubito quin suspensus modò, rem magnam & inauditam à no- bis dicendam expectet. Sed nos, à quibus iactantiæ studium, longissi- mè abest, eam polliceri omittem, innitentes illorũ sententiæ, qui ma- gis factis, quàm verbis credendum esse iustissimè scripserunt. Qua de causa, ut rem aggrediamur, Ari- stotelicam magis, quàm cætero- rum sectantes doctrinam (ea enim est, quæ ego delector maximè, quia veriore[m] semper superior) iusgen- tium & ius naturæ, vnum & idem esse, libenter asserimus, & quia pus- sillorum animos, ex huius doctri- næ nouitate, passuros fortasse scan- dalum præuidimus, ante quàm ad reliqua gradum faceremus, eam muris & vallis firmissimis placuit munire, ut si aliqui inconsideratè repugnent, claræ repugnent ratio- ni, quæ ex moralibus Philosophis, & Iuriscõsultis deducã. Aristoteles enim (ut ab eo incipiam) cum lib. 5. Ethicor. cap. 7. de vniuerso iure, quod in quacumq; ciuitate, obser- uatur (id enim tamquàm genus, ciui- le vocat seu politicũ) voluisset abũ- dè tractare, illud in duo mēbra seu species solum diuisit, in naturale

vide-

videlicet & legitimum: compre- hendens nomine naturalis, illud quod postea iuris gentium voca- runt, naturale dixit, quod apud omnes, vim habet eandem, & non quia vel ita videtur, vel minimè: le- gitimum verò, quod à principio, vtrum hoc an illo modo fiat, nihil refert, vbi verò fuerit institutum, refert: est igitur ius naturale, secun- dum Aristotelem, quod apud om- nes æqualiter obseruatur, cuius ex- empla perdoctus Eustratius Græ- cus & vetustus interpres, hæc re- fert. ut Deum colere, parentes ve- nerari, opem ferre indigentibus, errantibus viam monstrare, lap- sum erigere, ac subleuare, & alia huiusmodi, quæ apud omnes pe- ræque custodiuntur. Si igitur ius naturale, est ratio, quæ apud om- nes obseruatur, secundum Aristote- lē hic. Et ius gentium (ut diffinit Cai, in. l. omnes populi. ff. de iust. & iure) nil aliud est, quàm quod ra- tio naturalis, inter omnes homi- nes constituit: non malè nos affir- mamus, ius gentium & naturale vnum & idem esse: cum verissima sit Dialecticorum, Iuriscõsultor- um, & Philosophorum regula, il- lud esse tale, cui competit diffini- tio talis. Secundo moueor, ex eo- dem Aristotele, qui cum lib. 1. mag- nor. Moral. cap. 34. de iniustitia & iure, quæ reperiri possunt, vniuer- saliter ageret, illa in natura iustum & lege positiuam diuisit: confirmans sic, doctrinam quæ in Ethicis iam

tradiderat, nec alicubi de iure gētium specialiter meminit, cum id apertè videret, in naturali pro- priè contineri: potest tertio eadem sententia stabiliri fortiùs, ex eo- dem Aristotel. clariùs id docente, libr. primo. Rhetoricorũ ad Theo- dectem. capit. 13. vbi cum omnia facta, iure & iniuria distingueret, id determinari à duabus legibus. dixit, à naturali, quam vocauit communem, & à legitima seu ci- uili, quam vocauit propriam, cuiuscumque videlicet ciuitatis: cuius verba, quia illis me magnope- re sentio iuuari, referre placuit (determinantur itaque iusta (in- quit) atque iniusta. Primùm dua- bus legibus, legem autem dico, al- teram propriam, alteram com- munem, & propriam quidem, quæ singulis inter se ipsis determi- nata est, communem verò, quæ secundum naturam est, est enim quoddam natura iustum, quod om- nes vaticinantur, etiam si nulla in- ter se societas aut pactio sit, quale Antigone apud Sophoclem dice- re videtur, cum iustum esse asserat, sepulturæ Polynicem tradere: non enim (inquit) aut nudiustertius, verum semper, id viget, nemoque scit, ex quo ita cõstitutum est, ut Em- pedocles dicit, de non interficien- dis animatis, non enim id, apud quosdam iustum, apud quosdam verò iniustum: sed apud oēs (inquit) legitimum, ac per æthera latum, ter- rasq; iacentes constitutum est. &c.

Kk 4

Si igitur

si igitur ea quæ propria sunt hominum, in quantum homines sunt, nec cæteris animantibus possunt competere, ut est mortuos sepelire, legis seu iuris naturæ sunt ut Aristoteles nunc docuit, & quæ apud homines in quantum homines sunt, Paulus & reliqui, iuris gentium dicunt: erit ius gentium & naturæ idem, quod quarto loco, Ciceronis, Philosophi simul & oratoris gravissimi, auctoritate possumus confirmare, qui libr. 3. officiorum. ius gentium, pro iure naturæ, non obscuris sed verbis satis expressis docuit. Nec verò (inquit) hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus, res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa, nocere alteri. ecce quomodo ipse Tullius, ius naturæ, ius gentium interpretatur, quod alijs plerisque in locis non semel fecit, in quibus, cum de iuræ naturæ differit, solum ius gentium intelligit, & præsertim illo libro. 3. officiorum, in quo identidem, humani generis societatem inculcat, in qua disputat, hoc ius naturæ dominari, & libr. 1. Tusculan. quæst. omni autem in re (inquit) consensus omnium gentium, lex naturæ putanda est. Et in partitionibus, diuisionem iuris factam ab Aristotele expressè videtur sequutus. Nam cum de iure tractaret, illud in duas partes seu species diui-

sit, in naturam videlicet & legem; & libr. 2. de inuentione, natura ius (inquit) est, quod non opinio genuit, sed quedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, obseruantiam, veritatem, & libr. 2. ad Hæren. natura ius est dicit, quod cognationis aut pietatis causa obseruatur, quo iure parentes à liberis, & à parentibus liberi coluntur. Si igitur secundum hanc Ciceronis sententiam, cui tamquam sapientissimo morum Philosopho, credendum & standum esse, nullus iure negabit: religio, veritas & obedientia parentibus, iuris naturæ sunt, & illa gentium esse Pomponius noster asseruit, in l. veluti. ff. de iust. & iure. non malè consequitur, ius gentium & naturale eiusdem prorsus esse rationis. Quod quinto, auctoritatibus magis proprijs, nostrorum iurisconsultorum probabimus. Paulus enim, libr. 4. ad Sabinum. relatus in l. ius pluribus. ff. eod. tit. in eadem proculdubio (etsi à nostris non notetur) sententia fuit. cum enim omnes iuris acceptiones recenseret: nullam, nisi de iure naturali & ciuili, facit mentionem, comprehendens in naturali, id quod postea ius gentium, non sine ratione est nuncupatum, ut infra dicemus. ius (inquit Paulus) pluribus modis dicitur, vno modo, cum id quod semper bonum ac æquum est, ius dicitur, ut est ius naturale: altero modo, quod omnibus aut pluribus, in quacumque

ciu-

ciuitate, utile est: ut est ius ciuile, à quo Caius non discessit, in l. omnes populi. ff. eod. tit. ubi cum leges & iura, quibus populi & ciuitates omnes regi solent, referret, ius gentium & ciuile solum attulit: quia cum ius gentium & naturale idem essent, apud eum, expresso vno, iure gentium videlicet, naturale etiã expressum non immeritò existimauit: quia in vocis sono (ut mea fert opinio) constitui potest solum differentia. idem sensit Triphonius, in l. bona fides. 31. ff. depositi. nam postquam, merum ius gentium nominauit, illud & naturæ ut vnum & idem coniunxit, si tantum ius naturale & gentium intueamur (inquit) & quæ sequuntur. sic Vlpianus in l. 1. ff. si quis testamento lib. scribit naturalem æquitatem, illi actioni causam dedisse, natura enim æquum esse, non impunitum eum, qui peccauit, in l. 1. ff. de constituta pecunia. hoc edicto (inquit) Prætor fauet naturali equitati, qui constituta ex consensu facta custodit, & in l. 1. sup. hoc tit. Huius edicti equitas naturalis est: quid enim tam congruum humanæ fidei, quam ea quæ inter eos placuerint, seruare? Item in l. 1. ff. de minoribus. hoc edictum ait, Prætor naturalem æquitatem sequutus, proposuit, quo tutelam minorem suscepit, sic in l. 1. ff. locati. Paulus ait, locatio & conductio, cum naturalis sit, & omnium gentium, non verbis sed consensu contrahitur, copula enim illa (&) pro id est, usurpa-

tur, ut optimè ibi notauit Accursius: sic obligationes, etsi hominum propriæ sint, & à iure gentium dicantur proficisci ab Hermogeniano, in l. ex hoc iure. ff. de iustit. & iure. naturales appellantur à Papiniano, in l. Stichum. s. naturales. ff. de solutio. ab Vlpiano in l. naturales obligationes. ff. de actio. ab Africano, in l. frater à fratre. & in l. si quis id quod. ff. de condict. indeb. cum alijs. id etiam probauit Paulus, in l. cum amplius. ff. de regul. iuris. dum expressè dixit, is natura debet, quæ iure gentium dare oportet, cuius fidem sequuti sumus. ac tandem (ut id verum esse fortius conuincamus) Iustinianus Imperator accedat, cuius arma, ut superiora cæteris, melius peterunt nos tueri, is enim, cum inst. de rerum diuisione. expressisset modos, à quibus res & bona, extra patrimonium constituta, acquiri possunt, iuris naturalis & ciuilis solum meminit, in quo iure naturæ, & ius gentium subintellexisse, non dubium erit: præcipue si aduertamus, ad s. & quidem. ubi cum iure naturæ, communia esse aerem, aquam profluentem, mare & litora maris docuisset, subiungit postea, nemo igitur ad litus maris accedens prohibetur, dum tamen à villis & monumentis & edificijs se abtineat, quia non sunt ius gentium, sicut est mare. Vsurpans sic, ius gentium pro naturali, & naturale pro iure gentium, idem constat in s. litorum, inst. eod. & apertius in s.

Kk 5 singu-

singulorum. ibi. singulorū autem hominum, multis modis res fiunt, quarundam enim rerum dominiū nāciscimur, iure naturali, quod sicut diximus, appellatur ius gentiū, quarūdam verò iure ciuili &. quo quid clarius, vel reperiri, velexcogitari possit, non video. Quare cū tot Philosophorum & Iurisconsultorum autoritatibus constet, ius naturæ, pro iure gentium, & ius gentium pro naturali, verè & propriè vsurpari, non poterit lector, nos te meritis vel audaciæ accusare, si ius gentiū & naturæ, vnū & idem esse, declarantes eorum patrum sententiam, obscuram adhuc & latētem in tenebris, primi omnium nos, cruētes in lucem doceamus: quod ex quiditate & essentia ipsius verbi (ius) corroborari potest, quod vt distinit Vlpianus, in. l. i. ff. de iust. & iure. ars est boni & æqui, æquum autem seu iustum, ad nullum præter hominem potest spectare, cum nullum præter illum, sit capax virtutis & rationis, vt notum est omnibus, qui eius sunt aliquo modo participes, & docet idē Vlpianus, in. l. sed et si quemcumque. §. ff. ad. l. Aquiliam. dum dixit, pecudem iniuriam facere non posse, cum iuris & iusti nihil capiat, & antea tradiderat Arist. lib. 1. Ethic. cap. 9. & ad Eudemium c. vnico, ad mediū. dum equum & bobem, & reliqua animantia, homine inferiora, felicitatis prorsus expertia esse dixit, quod rationis essent & iustitiæ inca-

pacia. Et sic retenta hac nostra sententia, concordari poterit Vlpianus, in nostra. l. ius gentiū & Hermodenianus, in. l. ex hoc iure. ff. de iustitia & iure. dicentes commodatum & depositum, esse ius gentium, cum Diuo Isidoro lib. 5. etymolo. cap. 4. qui illa ad ius naturæ referenda docuit, quia videlicet, vtrumq; unum & idem est, aliter enim hæc & alia quæ in quarti argumenti solutione numerabimus commodè componi non possent.

Erit igitur ius naturale seu gentium, quod ratio naturalis, sine aliqua constitutione positiua, indidit creaturæ rationali, sic Tullius lib. 1. de legibus. ius naturale (inquit) summa ratio est, insita à natura, quæ iubet ea, quæ faciendæ sunt, prohibetque contraria: quod ius esse gentium, docuit Paulus in. l. omnes populi. ff. de iustitia & iure. quod verò ratio naturalis (inquit) inter omnes homines constituit, id apud omnes peræquè custoditur, vocaturq; ius gentium, quasi quo iure, omnes gentes vtantur. Nec aliquid interest (adverte lector) quod hic omnium gentium vsus, cognitus fuerit & vsitatus à principio generis humani, nam siue post multa secula, ab orbe creato, siue nunc, siue posthac, incipiat vsurpari ab omnibus gentibus, eadem ratione naturali dictante, tam ius gentiū erit, ac sit tunc, in eius ortu & natiuitate prima, cognosceretur, & vsitaretur, nam ius gentium, non anti-

qui-

quitate tēporis, id est, quòd à principio, quo gentes esse cæperunt, illud vsurpetur: sed communi approbatione omnium, distinguitur à reliquis, hoc est, quòd eo tēpore, quo aliquid inuenitur, etsi ab vno solū, assentiant illi omnes, recta ac equali ratione ducti, non enim emptio & venditio, cum à Libero patre instituta dicatur, vno & eodem tempore, ab omnibus potuit gentibus vsurpari, sed postquam, ab vno inuenta est, in vna ciuitate, repleta illa sensim, & in vicinorum mores primum se se insinuauit, tum ab his, venit ad alios & alios item populos, donec vbique terrarū diffusa, in morem & consuetudinem, communi omnium approbatione, recipitur: & sic de alijs contractibus, vel quasi, qui ius gentium tribuuntur, ius enim naturale seu gentiū, quæ summa est naturæ ratio, à principio dictauit, tã ante lapsum, quã post lapsum, primi parentis, observationem pactorum, commerciorum tractationem, contractuum & obligationum custodiam, non in omni statu, & in omni tempore, nam aliquando his, opus non erat, sed in eo tantum, quò conuersatio humana, in pace, iustitia & tranquillitate, aliter non posset conseruari: & sic, tam erit ius naturæ & gentium, cōtractuum, pactorum, & ceterarum obligationum tractatio & obseruantia, sicut defensio & tutatio propriæ vitæ: quamuis sit hæc magis nota, nam eadem ratio, quæ

dictat homini, expediendæ & conseruandæ salutis facultatem inesse, aduersus eos qui iniuste aggrediuntur, eadem etiam ratio dictat, vt in eo statu, quo rerū communio, est utilis omnibus, in statu videlicet innocentia, vsurpetur: & sicut illa eadem ratio, quæ dictat, quem quam se posse defendere, aduersus eum qui iniuste aggreditur, dictat similiter, vt cum in aggressore iniustitia non est, non se tueatur & defendat priuatus, aduersus iudicem videlicet, & eius ministrum, quia tunc cessat ratio, illud scilicet iustum, quod priuato ad se iuuadum natura concessit, & conuertitur in iniustum: sic similiter, illa ratio, quæ dictabat, rerum communionem, in statu innocentia: quia tunc, utilis, fructuosa & iusta omnibus erat, dictat similiter, vt terrarum fiat diuisio, & commerciorum tractatio, eo tempore, quo sine his, humana conuersatio non posset aliter commodè conseruari: quoniã mutata qualitatis & tēporis circūstantia, mutatur etiam ratio iusti, quæ diuersi modè, secundum diuersas rei considerationes, hunc vel illum effectū præcipit, & sic non tan mutatur iustū, quàm materia iusti. Ex quo natus fuit eorū error, qui existimarūt, nullum ius esse naturale, nam cum viderent, ius hoc gentium, quod verè naturale est, sicut et nos dicimus, mutati aliquādo: putarunt, non naturæ illud esse, sed opinionis, quia natura stabilis est & firma, & om-

nis

nis mutationis expers: quorum errorem bellissimè reprehendit Tullius lib. 2. de rep. & Arist. d. lib. 5. Ethic. cap. 7. qui cū dixisset, ius legitimum esse, corū, quæ sic an secus fieret, ab initio nihil referret, inquit postea, etenim quibusdā videtur, ista omnia, esse eiusmodi, quòd cū naturale est, immutabile est, & ubiq; terrarum, vim habet eandem, velut ignis hic, & apud Persas vrit: at iura ista mutari videmus: sed non est ita omnino, sed quodāmodo, quāquam apud Deos quidem nihil fortasse, sit eius modi: apud nos autē, certè mutantur, quædam corū quæ natura insita sunt, tametsi non omnia, & tamen aliud natura constat, aliud non natura.

¹² Quo verborum contextu, videtur mihi Aristoteles, nō solū dixisse, sed & verbis etiā expressis confirmasse, sententiā nostrā, quā in quaestione de pacto nudo, in solutione noni argumēti attulimus, quo diximus, ius naturæ seu gentiū, duobus modis considerari posse, vno quo ad principia, aliò verò, quo ad conclusiones, quo ad principia legis naturæ, seu gētiū, illud immutabile est, vt. v. g. bonū est faciendum, malum est fugiendū, quod tibi nō vis, alteri ne feceris, & cætera, quæ certitudine & immutabilitate semper cōstāt: numquā enim reperietur hoc ius, in his principijs mutari posse, nam bonū, semper est verū dicere, in omni tempore, & in omni statu, esse faciendū, & malū fugiendū: quo

ad cōclusiones autē, horum principiorū, mutari poterit, secūdu diuersas tēporū circūstātiās, quod euenit ex eo q̄ materia principiorū est immutabilis, cōclusionū autē mutabilis: quare cū ex hoc principio, vita in pace & iustitia est cōseruāda, colligat hęc cōclusio, ergo in statu innocentiae, quo nulla hominū adest alieni cupiditas, et malitia, in cōmuni possessione agrorū & rerū, pax et iustitia cōseruet: cōmunis omniū possessio, lege naturæ debet obseruari: si circūstantiā tēporis & status mutet, & ex statu innocentie, lapsū parentis & naturā corruptā cōsideres, retento eodē principio, quòd vita in pace & iustitia est cōseruāda, cōtraria priori conclusio, prorsus colligēt, quòd videlicet, non cōmunis possessio, sed diuisio rerū, omnino sit necessaria: cū natura corrupta, viuēs in cōmuni: nec agros coleret diligēter, nec in pace, iustitia & trāquilitate aliquo modo esse possit: nā sæpe eueniret, propter hanc hominū malitiā, quòd potēiores, phiberēt alios, multarū rerū vsu & fructu, & ignaui sēper alieno labore ali & sustētari vellēt: quod litium & cōtrouersiarū esset locupletissimū seminariū: & hoc est quod Aristot. dixit, quædā naturalia mutari posse, id est conclusiones ex principijs naturalib⁹, mutari posse: aliquādo, quod ex. 5. sed naturalia quidē iura. institut. de iure nat. me latius lib. 1. capit. 4. quæst. 1. num. 11. comprobasse memini. Sic igit, quāuis à prin.

principio, in statu videlicet innocentiae, commercia & contractus, non cognoscerentur, cū in rerum communione, non essent sic necessarii, nec eos ius naturæ & gentium seu ratio naturalis persuasisset: corrupta natura humana, & sic statu mutato eodē fieri & obseruari, eadem ratio suauit.

¹³ Pro quo tamen notandum est, in omni contractu vel conuentione duo reperiri. Primum est, factū contrahendi seu conueniendi. Secundum est, obligatio quæ nascitur ex illo, primū in omnibus conuentionibus non est iuris gentium simpliciter, nam ius gentium non dicitur simpliciter, omnibus gentibus & nationibus, quòd inducant contractum dotis, vel faciant stipulationem ad se obligandum, eo modo, quo solebant romani, nec contractum census eo modo, quo nos: etsi dicitur quod fiant illæ, quæ sunt humano conuictui simpliciter necessarie. Quales sunt emptiones, locationes, societates, & reliquæ de quibus postea. Secundum semper est iuris gentiū, obligatio enim quæ nascitur ex contractu, & huius obligationis obseruatio, non potest nō iuri communi congruere, quod iustum sit apud omnes, ac proinde iuris gentium, & hac de causa, omnes conuentiones, tribui posse iurigenitium supra dixi: in quātum (si fiat) ratio naturalis, quæ ius gētiū est, communi ratione eas obseruari dicitur. Viderunt enim gentes, fieri

non posse, vt hæc hominum societas, inter se cōciliaretur, aut conciliata retineretur, nisi aliqua esset rerum contractarum necessitas, & constantia, quæ cum adsit, in omnibus conuentionibus, non possunt nō oēs, hoc modo iuris gentiū esse:

¹⁴ Nec velim existimes, ex eo quòd cōtractus emptionis vel similes inuenti sint agentibus, esse quid positium & latum ab ipsis gentibus: quia non est constitutio earum gentium, sed naturæ, cuius instinctu & ratione mouentur gentes, etsi plerique ex nostris non indocti falso contrarium voluerint. Fortunius enim Garcia (vt supra, iam notauimus) in. l. 1. §. ius naturale. fol. 49. columna. 34. vers. vlt. hęc ea ratione asserit, Imperatores, Reges & Principes, tam seculares, quàm ecclesiasticos, de iure gentium non obligari, ad obseruationem suorū contractū, & cōuentionum, quia sunt supra ipsas gentes, & earū constitutiones, quod falsum & absurdum esse, ex superioribus satis demonstratur. In quo errore fuit etiā Nauarrus, in cap. ita quorundam. notab. in nu. 12. 13. & 14. de Iudeis: qui id circo, seruitutem iuris gētiū esse negauit, quod inuenta non fuerit ante diluuium vniuersale, quo tempore, iam fuerant gentes, sed post Noe tempora, tunc, cum Chanaan, ob peccatū patris sui Chā, irreuerēter nūtiatis fratribus suis, Sem & Iaphet, patrem suum communem Noam, ebrium & nudū, ser

seruitutis affecit poena, de qua in cap. 9. Genesis. Sed fallitur Nauarrus, in eo quod adducat, seruitutē illam, ad nostrum propositū: quia seruitus de qua ibi, & de qua saepe in sacris literis fit mentio, non de vera seruitute (pro ut communiter statum seruorum captorum in bello nūc intelligim⁹) sed de seruitio, obedientia & subiectione, in parēdo alij, & subditū esse politicē, debet intelligi: quamuis ad idem propositum, eam allegauerit & malē Budeus, à quo tacitē Nauarrus de sumpsisse videtur, in cōmentarijs prioribus ad l. 1. ff. de iust. & iure. Secūdo, in eo quod numquam ius gentium fuisse arbitretur, nisi cum multae gentes esse cæperunt: quod absurdum est, nam ius gentium (ut dixi) non antiquitate temporis, sed communi vsu & approbatione distinguitur: quae etsi post multa secula, cognita & vsitata fuerit, ad communem rationem, quae illā fieri vel recipi fecit, est referenda: quae cū ipso homine creato, incepit esse, ut docuit Paulus, in l. 1. ff. de acquiren. rer. dom. simili laborat censura Bologner⁹, in rubrica de verb. num. 20. existimans, religionem erga Deum, nullo pacto dici posse ius gentium, quia illa fuit, antequā gentes esse cæpissent, quod ultra rationes à nobis iam adductas, Iuris cōsulto Pomponio expressē aduersatur, in l. veluti. ff. de iustitia & iure. cui congruum Bolognerus & ceteri, nullum dabunt responsum.

Adesse igitur ius gentium, id solū requiritur, quod commune sit & cognitum vniformiter, ab omnibus gentibus, à principio, vel si tunc cognitum & vsurpatum non fuerit, sed postea inuentum, acquiescant illi cognito, ceterae gentes, communi ductae ratione, quod ultra exempla Iuriscōsultorum nostrorum, alio nouiori & satis noto, volo corroborare, quod tale sit. Imperatorum, Regum, Principum, Illustrium & insigniū virorum familiae, medio hoc tempore, signis quibusdam seu stemmatibus (quae nos insignias del linaje, seu armas, communi vocabulo dicimus) discerni & distingui cæperunt: haec tamen, quia ceteris gentibus, similiter placuerunt, & eadem communi ratione, ab omnibus recepta sunt, ius gentium rectissime nuncupabuntur: quia his inuentis, omnes gentes postea, sicut de emptione & venditione diximus, acquiescentes vti cæperunt: nec id habebit locum, in omnibus, quae post inuentionem vnus civitatis, reliquae voluerunt vsurpare. Ponas verbi gratia, quod, vna ciuitas, furtum vindicet amputatione manus, idque mox vicinas ciuitates, deinceps verò reliquos populos sequi: nō erit certē poena haec amputationis manus, ius gentiū tribuēda: quamuis apud omnes gentes obseruetur: nam illam, non statuerūt, communi naturae decreto & voce dictate: nec quia cōmunis ratio, apud

apud omnes hoc (ut facerent) praescripsit. Sed exemplo vnus civitatis impulsae, & quasi inuitatae quaedam, ceteras ad id faciendum similiter commouerunt: quod ad constituendum ius gentium, sufficiens non est: cum illud, praeterea requiratur, quod non exemplum solum illius, moueat communem approbationem: sed vtrō & sponte sua, ad illud ferantur, & trahantur ceterae, existimantes, id postquam repertum est, aequum, iustum, bonumque & vtile esse, & dignum tandem, ut propter eius vtilitatem, ceterorum populorū moribus, in perpetuam omnium consuetudinem reciperetur. sicut de bello, & belli iure, inducta seruitute, nemo extitit, qui non illam aequam & iustam existimaret: cognoscunt. n. omnes, vim vi repellere, arma armis opponere, & via ista res ablatas bello repetere, illatam sic vlcisci iniuriā, ac tandem victos (quos fas erat occidere) seruire victoribus & quos licebat liberos remittere, vel gratis vel mercede, eosdem captos & seruos manumittere, aequum esse & iustum, natura ipsa, cuius dictamine gubernantur, & ducuntur ad congruam communis conuictus & salutis conseruationem: quod in emptione procedit similiter, cuius tanta est, ad rerum permutationem facilitas, ut sine illa, commercia humana non satis commodē possent exerceri, tanta aequitas, ut sine nummo vix possit, in tot rerum inaequa-

rum multitudine, equabilis iniuriarum aestimatio, quod in ceteris contractibus, locationis, cōductionis, commodati, depositi, societatis, mādati, locū habebit, eos enim, naturalis ratio, quod ius gentium est, apud cūctas nationes cōstituit: idem profus in reliquis omnium contractuum, & quasi cōtractuum obligationibus, contingit: nā communis ratio, quae naturae dicitur, equum & bonū esse semper dictauit, ut ne quis in his mutuis negotiationibus, secundum humani affectus inconstantiam, detrimento alterius, temerē variaret: imo magis, ut adstringeretur vnusquisque, ad id quod semel placuisset, seruādū.

Nec si aliquando extiterint populi, aut extent modò, sic barbari & rudes, ut vsu emptionis nō habuerint, ut de Indis neothericā historię testantur, vel ceterarum conuentionum tractatione careant, ut de Garamantibus apud extremas Africę partes testis est Pomponius Mela, & de Insula quadam in Oceano meridiem versus, Diodorus: id circo emptio & venditio & reliquae conuentiones, ius gentium esse desinent, cum non id quod gentes Syluestres & rudes, belluarum more. in antris, specubus, vel agris dispersae vagantes faciāt: sed quod communiter, politicae & cum discursu rationis viuentes obseruant, nos & oēs debeant, in huius rei approbatione cōsiderare. Quare cultus & religio erga Deum, tacita videri-

delicet illa cogitatio, qua quis animo suo, vnum esse creatorem, & Deum verum, ineffabilem, omnipotentem, immortalem concipit, seu debet & potest concipere, lumine solum naturæ, non ideo iuris naturæ & gentium esse desinit, quod Galliaici, gens inhumano cultu, & ferinis moribus, sine iure & ratione viuens, nullos Deos esse existimauerit, sed omnia agi fato, animasque cum corporibus, vnâ interire, putarit: nec quod sapientiores ex illis, Diagoras videlicet, Theodorus Cyreneus, Eucmerus, Thegeates, Chalmachus, ac Prodicus Cæus, & alij nonnulli, qui dicti sunt, suo quisque genio, Deos confinxerit, & quidam ex his, qui antiquissimi fuerunt, & ligna corticibus delibrata, pro Dijs venerati sint, alij hastas coluerint vt Deas, vnde religio fluxit Romanis, vt singulis Deorum effigijs, hastas darent: quamuis superstitiosa & falsa Aegyptiorum existimatio, Apim Bouem modò, modò Isim & Osiridem, modò Serapim Dei reuerentia & honore coluerit, & quod grauius videtur, Crocodilos, à quibus hominem deuorari, tamquam à Deo expetitur, magni numinis loco habitum est: modò Ichneumones, Ibes, & fœda animalia, tamquam Deorum numina adorans: quamuis Persæ & Asirij, vnum bonorum largitorè, aliterum malorum Deum esse crediderint, quamuis Pœni & Masagete, Soli & Lunæ, Telluri, igni, aquæ &

vêtis, sacrum instituerint facere, duceres esse Deos, quorum præcipuum ignem sunt arbitrati, licet & Magi, qui illum tanti fecerunt, vt cremare corpora, nefas duxerint, ne cadaueris contagio Deorum maximè violarent: quamuis Aethiopes, vnum mortalem, & alium immortalè confinxerint, quamuis Germani Solem, Vulcanum & Lunam, quos cernebant, solos Deos opinati sint, quæ etiam fuit Anaximandri opinio, vt cœlestia Sydera, Deos esse crederet, quamuis Phryges Meandrum, & Martiam, Helio politani Bouem, Memphitæ Vaccam, Lentopolitani Leonem, Mendesij Capram & Hircum, Thebani Aquilam, Trogloditæ Testudinem, Licolitani Lupum, Numidæ Amonem, Cyrenaici Aconem, velut magnos Deos reuerenter coluerint: quamuis sapientissimi Græci, Apollinem, Minervam & alios, ac tandem Romani (vt cæterarum gentium vanitates omittamus) qui literis, ingenio, doctrina, moribus, & Imperio reliquis omnibus vel pares, vel superiores fuerunt, non vnum aut duos (vt alij) sed adeo plures, diuinis honoribus affecerint, vt Marcus Varro, qui magna inquisitione hæc colligit, supra triginta millia, diuersis extitisse temporibus retulerit, & ex nostris Antonius Roscius lib. 2. memorab. c. 7. nu. 34. Humana. n. malitia & peccatum, adeo potest, non solum barbarorum & insipientium, sed sapientium & doctissimorum hominum mentes deprauare: & clarissimas alioquin, sic obscuras reddere,

re,

re, vt notissimum hoc naturæ principium (cui cætera animata, quasi participare Plinius lib. 8. naturalis hystorie de Elephanto loquens, docuit) cognoscere minimè valeat: sicut de necem matris, ab Alcmeone filio facta, apud Euripidem, refert Aristoteles lib. 3. Ethic. c. 1. & de alia Clytemnestræ ab Oreste, testatur Sophocles, in Electra, & Tullius siue quicumque, is sit auctor ad Herennium lib. 1. Cum autem nos loquimur, & dicimus, ius naturæ vel gentium esse, quod apud omnes gentes persequè obseruatur: apud illas gentes, quæ vt verè gentes, id est vt etes discursu rationis viuunt, pculdubio est intelligendum: quod rectissimè insinuauit Theophilus, dum definiens ius gentium, illud esse dixit, quod communitate omnibus, qui vitæ, commode atque utiliter degere, rationem tenent: non melius, aut alterius cuiusque cibi sapore (vt Aristoteles doctè, vt omnia ferè tradidit) ab infirmis, qui ob stomachi debilitatem, & malam humorum compositionem, infectum habent palatum, sed ab his, qui recta vt etes valitudine, vnus cuiusque rei gustum rectè sentiunt & bonum à malo possunt sine aliquo errore distinguere, nos petere semper oportet: ne amara pro dulcibus & dulcia pro amaris, falsò iudicentur, vt in alio non dissimili exemplo bellè docuit idem.

16 Philosophus. li. 1. Eth. ad Eudemium. fraudè ex illis, qui benè institutum vitæ genus sequuntur, hæc quæ ius gentium, Iuriscōsulti tribuunt, ob iustam aliquam rei circumstantiam, mutauerint (potest

n. tempus contingere, quo Principes vel ceteri, qui curam gerunt communis, in suis regnis vel prouincijs, iuste possint, emptionem rerum, pignus, vel locationem prohibere: cum id e re futurum communitati perspexerint, nam hæc conclusiones sunt iuris gentium & naturæ, conclusionesque; saepe contingat, ob rei, loci & temporis circumstantiam iuste mutari (vt supra diximus) sine aliquo præiudicio primorum principiorum iuris naturæ seu gentium (quæ sola sunt immutabilia) emptio, venditio, locatio, societas, mutuum, comodatum, depositum & reliquæ omnes nominatæ & innominatæ conuentiones, pro vt communis utilitatis ratio postulauerit, à Principibus tolli poterunt: sicut in seruitute ex bellis orta, inter Christianos non admissa, iam diu perpetua consuetudine, receptum videmus) non idcirco contractus, obligationes & reliqua, ius gentium esse desinet, vt perperam existimauit Ferdinandus Mechaca. lib. 2. quæstionum illustrium. c. 54. nu. 4. 5. 6. asserens, quod testameta, seruitutes, & conuentiones, quæ ius gentium dicuntur, cum inuenta & instituta sunt, in aliqua ciuitate: antequam illa cætera gentes usurperet, debet ius ciuilem nuncupari & postquam cognoscuntur & usurpant à cæteris populis, debet dici ius gentium, & e contra: si postquam recepta sunt apud omnes, & ius gentium effecta, desuetudine vel lege, ab aliquibus, aut ferè omnibus tollantur, & remaneant apud vnâ, vel aliquas ciuitates desinere e ius gentium, et redire iterum

Ll in ci

in ciuile: quod quāuis nō minus elegāter, quā vtiliter, à se inuētū asserat, & repetat illud lib. i. §. i. & .2. de successio-
 nis creatione. Falsum tamē mihi, ne dicā ridiculosum et absurdū semper est visum: sic. n. facile sequeretur, ius gētū & ciuile alicuius populi, cū illud exēplo & imitatione ceteri receperūt, nō autem eadē naturæ lege & ratione, vnū & idē esse: quod superius in hac eadē questione, memini me latius cōfuisse: ratio n. naturalis, quæ ius gētū est, cū cōmunis sit omnibus gētibus, non potest ius reddi ciuile, quod vt diffinit Caius, in. l. oēs populi. ff. de iust. & iur. est propriū solū vnus ciuitatis, nā quod quisq; populus (inquit) ipse sibi ius cōstituit, id ipsius ciuitatis proprium est, vocaturq; ius ciuile, quasi ius propriū ipsius ciuitatis, & in hoc stat, formalis differētia, inter ius gētū & ciuile: nā quāuis vtrumq; , à principijs naturalibus deriuetur, vnū vni ciuitati, aliud verò omni nationi: propter eadē æquitatis regulā, cōmune esse perspicitur. Et quāuis (vt supponimus) aliquādo vtile fortasse futurū sit, vni vel pluribus regnis & prouincijs propter aliquā circūstā-
 tiam, cōclusiones has ius gētū seu naturæ, in testamētis, contractibus & obligationibus tollere: non desinet ea, esse ius gētū, quāuis in vna sola permaneāt: nā circūstātia, quod accidens est, nō potest mutare formale alicuius rei naturā, seu rationem: quæ cū regulariter cōmu-

nis sit omnibus, propter eadē equitatem, & in hoc, quod est esse cōmune gētibus, cōsistat ratio formalis ius gētū seu naturæ, nō desinet esse talis, quāuis aliquando contingat, propter aliquod accidēs, à plerūq; gentibus nō vsurpari: quemadmodū in deposito, cernere possumus: nam quamuis iuris naturæ sit, depositū reddere, vt constat ex Diuo lido-
 ro. lib. 5. etymolog. c. 4. incidunt tamē sæpe tempora (vt inquit Tullius) vt nō sint reddenda deposita, si gladiū quis apud te, pecuniā ve deposuerit, repetat insaniens, aut si is qui apud te, pecuniā deposuerit, bellū inferat patriæ, reddere peccatū est, iustū non reddere: quia circūstātia illa, qua ius reddendi depositum iniustū redditur, in hoc casu particulari, nō facit, quin regulariter, deposita reddere (cū illa circūstantia nō subsit) iuri naturæ seu gētū, sit semper & in omni loco tribuēdū: cū apud omnes gētes, regulariter id æquū sit. Vnde nascetur, falsum fuisse Hotomanum, in. s. ius autem gētū. inst. de iure naturali-
 dum quærens, quod ius esset nominandum, si gentes aliquot, quæ orbis partem quandam obtineāt, ius quoddam communiter obseruēt, reliquæ autem omnes, aut plerūq; non obseruent: respōdit, quod si gētes illæ, quæ illud obseruāt, omnes vna republica continentur, sicut si vni regi parerent, ciuile ius esse appellādū: quia omnes alię gētes, quasi vna ciuitas debet cēseri, quemadmodum

modum Cēsar, Heluetiorum omnium ciuitatem vnā appellat: sin autem, Reguli plures, vt quondam in Gallia fuerē, cum Dynastæ aut Satrapæ, aut etiam Democratæ singulæ, singulas partes obtinerēt, ius gentium esse nūcupandum: ponens sic, formalem differentiam ius gētū, à ceteris, in hoc, quod illæ gentes, quæ ius illud vsurpant, vni vel pluribus pareant gubernatoribus: quod superiora improbabile esse, satis apertè demonstrant: ad hoc enim, vt quid, ius gentium dici possit, oportet, vt propter eandem regulam rationis, ab omnibus gentibus semper, aut regulariter, fuerit obseruatum, vel tūc saltem, cum illud repertum ab vno solum, cognouerint reliqui, vt in emptione & venditione, supra diximus. Sed quod ad conuincendam Menchacensis & Hotomani opinionem attinet, hæc accomodata sufficiant, ne doctum & studiosum lectorem, refutandis his ineptijs, suspensum magis detineamus.

17 Manebit ergo vera opinio nostra, qua dicimus, ius gētū, quod cōmune est omni nationi, vt eti recto rationis discursu, vnū & idē esse cū iure naturæ. Sed quia in his scholasticis disputationib; , satis nō est, quā verā quisq; credit sententiā, exponere: nisi impedimenta ea, quæ illi obesse, ob hominū ignorantia possint, tollātur: veniā dabit lector, si quæ nostræ huic opinioni nouissimæ, aduersari videntur: latiori ali-

quātulū sermone, cōfutem; . In primis. n. illā oppugnat, etsi nō expugnet Vlpianus, in. l. i. §. fin. ff. de iust. & iure. vbi tripartitā fecit, iuris distinctionē, naturalis, gētū & ciuilis, tribuēs vnicuiq; , suā propriā & diuersam ab alijs, difinitionē: quæ eū rei substantiā declarer, diuersas esse illorū iuriū naturas, nō obscure probauit: ius naturale est (inquit) quod natura omnia animalia docuit, nā ius istud, nō solius humani generis, sed omniū animalium, quæ terra mariq; nascūtur, auiū quoq; , commune est: hinc descendit maris & fœminæ cōiugatio (quā nos matrimoniū appellamus) hinc liberorū procreatio, hinc educatio, videmus etenim, cetera quoq; animalia, feras etiā, istius iuris peritiā cēseri: ius autem gētū est, quo gentes humanæ vtūtur: quod à naturali recedere, inde licet facile intelligere, quia illud omnib; animalib; , hoc solis hominib; inter se, cōmune est. Quib; verbis (si secūdū corticē literæ solū accipiātur) nobiscū pugnat Vlpianus, sed altius & subtilius perpēsis, potius sentētia eius, nostræ consentanea, quā contraria reperietur: non enim Vlpianus docere voluit, ius naturale, esse distinctum specie, à iure gentium: & iuris naturæ capacia esse cetera animantia, nam is qui iuris naturam cognouerit (vt Philosophum & Iurisconsultum grauissimū Vlpianum cognouisse, magis est vero simile) ratione præditis hominibus solum compe-

tere, nō autē animalibus irrationalibus^o facile videre potuisset & ipse met docuit in. l. sed et si. 5. ff. ad. l. Aquiliā. Quāuis insciē, & qua solet temeritate grāmaticus Laurentius Valla, lib. 4. elegātiarū. c. 48. redicula vocet, hāc iuris naturā ab Vlpiano, traditam diffinitionem: cū nec appetitū coeūdi (inquit) & nocēdi imbecilliori animali, spoliandi aut occidēdi, ius vllus rectē possit nuncupare. Sed si Laurētio^o Valla, Vlpiani cōmētarijs, diutius & accuratius (quā eū fecisse suspicor cōiecturis) studuisset, in eū proculdubio errorē nō incidisset, vt Vlpianum existimauerit, animātia ratione carētia, iuris (pro vt est obiectū iustitię, fecisse capacia) cū id expressē negauerit in. d. l. 5. ff. ad. l. Aquiliā. Quare, illo prætermisso, & his quæ Bartolus & reliqui interpretēs, ad eum locum communiter solēt adducere. Dices tu, hūc esse verū, illius legis intellectū, quod ius illud, quod cætera animalia vident edocta, seu quod idē est, ius illud, de quo aliquale vestigiū, in irrationalibus cernimus, naturale debet vocari, quia quamuis, in quātū ius, solius hominis sit, ad id tamē, cætera animātia, sic vi quadā & instinctu naturę ferūtur, sicut homines ingenitæ & innatæ rationis discursu. Quare, nocēdi & coeundi appetitus simpliciter sumptus, ius nō erit, sicut nec bibendi, edendi, aut ambulandi: sed maris & fœminæ cōiūctio legitima, liberorūq; similis educatio, & procrea-

tio, iuris erunt naturalis, quoniā vt in his iustē versentur homines, exēplo bestiarū possunt incitari, in quibus adumbratæ quędam imagines huius iuris, quodam modo reperiuntur, & hoc est, quod idem Vlpianus, a cæteris nūquam notatus, in illis verbis voluit docere (videmus etenim, cætera quoq; animalia, huius iuris peritia cēseri) id est, ius naturale, quod hominibus verē & propriē cōpetit, in quātū ius est, distingui poterit à reliquis, in hoc, quod cæteris animalia regi nō possunt, huius autē vi & virtute & instinctu ducunt: sic. n. interpretor, verbū illud (cēseri) id est regi & gubernari: vel saltē ascribi, vt sit sēsus. cætera animalia, possunt referri inter ea, quæ huius iuris naturę instinctu regūtur, et si diuerso modo, in his. n. significationib^o apud probatissimos auctores verbū hoc (cēseri) reperies, nō autē in pretio haberi, vt malē (opinionē nostrā) Budeus, Mynsingerius, Balduin^o, Romanus, Varo & Vbes embechius accipiūt: nā cætera animalia, à iuris peritia, vel propter iuris peritiā, pretium & æstimationem mereri, ac laudari: quid commune habeat, cū proposito Vlpiani, videre sanē non possum. Igitur, cætera animalia, iuris peritia cēseri, idē est, quod cætera animalia, huius iuris virtute, & instinctu moueri, seu quod idē est, numerari & ascribi, inter ea animalia, quæ hoc iure ducūtur. Sic enim Theophilus, grauisimus institutio-

num

nū interpret. cū. s. hūc, interpretare tur, sic vertit. Videmus. n. nō homines modò, sed cætera quoq; animalia, his qui legē hāc obseruant, ascribi. Quare, nō inde colligi potest iuris naturę esse capacia, sed id tantū, quod ad iudicandū, hoc esse ius naturę, & nulla humana cōstitutio ne latū, bestias in his, tanquā testes possumus adducere: in quibus, indicia quedā (vt dixi) eius, si nō expressa, adūbrata saltē reperiūtur: sic inquit Tullius. lib. 3. de finibus. neq; verò hęc inter se cōgruere possunt, vt natura & procreari vellet & diligere procreatos, nō curaret: atq; etiā in bestijs, vis naturę inspicere potest, quarū in fœtu & educatione, labore cum cernimus, naturę ipsius vocē videmur audire: sunt. n. (ait in alio loco) bestię quędam, in quibus inest, aliquod simile virtutis, vt in Leonibus, in Canib^o, in Equis: in quibus, nō corporū solū, vt in subus, quibus anima pro sale data esse dicē, ne putrescerēt: sed etiā animorū aliqua ex parte motus quosdā videm^o, & lib. de natura Deorū, quid loquar (inquit) quāta ratio in bestijs, ad perpetuā cōseruationē earū generis appareat, nā primū alia maris, alie fœminæ sunt, quod perpetuatis causa, machinata natura est, deinde partes corporis &c. Sic Latārius lib. 7. de ira Dei. et si eorum omnium (inquit) quę ascribi homini solēt, in mutis quoq; deprehēdit si militudo, apparet, solā esse religionē &c. sic grauat^o nō est Arist. qua-

rūdā virtutū laudē illis cōmunicare, lib. n. 2. de partib^o animalium. c. 4. Formicas & Apes, prudētes vocat, & pietatis participes Ciconias li. 9. de historia animalium c. 13. & Elephātos sagacitatis c. 46. quib^o clemētiā adiūxit Plini^o. li. 8. naturalis historie ipsius (inquit) animalis, tāta narrat clemētia, cōtra minus valida, vt in grege pecudū occurētia, manu dimoueat, ne quid obterat imprudēs, nec nisi laeēsi noceant, sic castas Turtures, Equos fortes, prudentes Serpētes, nō solū apud Aristot. Plinium. & cæteros naturalis historie scriptores vidim^o, sed in sacris literis expressū cernim^o, quod latiori sermone cōprobat Plutarch^o, in dialog. qui inscriptus est, bruta animalia ratione uti: sic ergo intellectus Vlpianus, quod videlicet, ius politicum, vt Aristot. nominat, cuius vi & instinctu ceterę mouentur animātes, naturale dicatur: magis probat, quā peruertit, opinionem nostrā, qua dicim^o, omne ius, quod verē ius est, cōmune omni gēti & nationi nāle esse: nec aliqua ratione, ab eo quod ius gētiū etiā nuncupatur, distingui: sed ex his dicēt aliquis (quamuis nō indoctē fuerint tractata) plena non datur satisfactio ad Vlpianum, qui iuris naturalis & gentium, diuersas tradidit diffinitiones: ostendens sic, diuersas esse vtriusque naturas: cui tamen, ne quid intactū omittatur, respondebis: quod Vlpianus, dum diffiniuit diuersimodē,

Ll 3 ius

ius gētium & naturæ, illud diuersis cōsiderationib⁹ & respectibus diffiniuit, perindeq; erit, ac si clari⁹ dixisset, ius cōmune omnibus gētib⁹, dupliciter considerari potest: vno modo, in quātū illius, adūbrataque dā vestigia, in irrationabilibus reperiuntur, vt in exēplis allatis, de maris & foemine cōiūctione, educatione & procreatione liberorum, videre possum⁹: alio secūdo modo, in quātū illius, nulla animātia aliquo pacto participāt, prāter homines, quibus generaliter id propriū est, & sic primū naturale, secūdū vero gētū nūcupatur: primū autē, ea ratione naturale dicitur, quia omnia animalia, vidētur ex illo quasi participare, secūdū autē ius gētū, quia in solis gētibus reperitur, nō dico hoc secundum reperiri in gētibus solis, quia primi capacia esse possent animalia reliqua: sed quia, nec vmbra aliqua huius secūdi, sicut & primi in illis videatur apparere, & hunc arbitror fuisse verum & principalē Vlpiani scopum, in diuisione iuris naturalis & gētū, quæ potius in nomine, quā in re, inter se differre, propter hanc considerationem rectissimè probat.

Restat tamē nunc, eiusdē loci, in prima parte alia explicatio: vbi idē Vlpianus dixit, ius nostrum esse tripartitū, nā collectum est (inquit) ex naturalibus præceptis, gētū & ciuilibus: sic enim vñus est docere, diuersa esse vtriusq; iuris præcepta, quod nostræ opinioni aduersatur:

quia si ius naturale & gētū, vnum & idē fuisset, vt nos dicemus, diuersa præcepta producere non potuissent, sed vna & eadē: cui difficultati satisfacies, dicendo, quōd Vlpianus, perseuerans, in sua diuisione, quā de iure vniuersali, seu cōmuni, diuersis respectibus & considerationibus fecit: dixit etiam, ius ciuile Romanorum, tripartitū esse, id est collectum, partim ex præceptis illius iuris, quod etsi verè & propriè in solo homine reperiatur, vidētur cætera animantia de illo aliquid habere commune, & partim ex illo, cuius vestigia, in nullo animali præter gentes seu homines reperiuntur: & partim ex proprio iure ipsius ciuitatis Romanæ, non tamen docere voluit simpliciter, ea esse diuersa iura, & diuersa vtriusq; præcepta: sed illa & præcepta quæ ex illis nascuntur, duobus modis (quos iam retulimus) considerari posse, & sic ex illis, adiunctis ciuilibus, ex tribus præceptis, ius esse collectū, quod hoc pacto intellectū, verissimum est: sed vt ne quis existimet, incōgruā esse hanc iuris naturæ cōsiderationē, & diuisionē: clarioris intelligentiæ gratia, sic ab Vlpiano traditā: illā hoc simili seu exemplo placuit cōfirmare: vt hoc, quod nūc primū à nobis dicitur, intelligat facili⁹. Romanorū ius, partim ex Atheniensū, partim ex Lacedemoniorū, partim ex proprio ipsorū Romanorū iure, esse collectū null⁹ ambigit: sic. n. Imperator Iustinianus

nus docuit, in. s. ex nō scripto. inst. de iure naturali. quæro modò si quis ius ciuile Romanorū, tripartitū esse dicat, id est collectum, partim ex Atheniensū, partim ex Lacedemoniorū, partim ex proprio ipsorum Romanorū iure: nūquid rectè, ille censebitur diuisisse? profectò affirmatiuè respōdēdū esse, nullus iustè negabit: quia quamuis partes istæ, seu species iuris (si sic vocāda sunt) respectu Romanorū, à quibus omnes in equali vsu habētur, vna & eadē sit, respectu tamē & cōsideratione, quōd vna pars est cōmunis Atheniensibus, & alia Lacedemonijs, & alia propria Romanæ solius ciuitatis: tripartitum esse ius Romanorū pprijsimè dicemus: quāuis omne ipsum ius, apud Romanos, vnicū tantū sit, & vnius speciei humanæ scilicet & ppriæ positionis: sic igit Vlpianus, quāuis ius naturale & gētū, vnicū tantū esse perspexerit, dupliciter tamē illud diuisit, quia quāuis respectu omnium nationū & gētū, quibus æquali modo vtrūq; est cōmune, vnum sit: respectu tamen, quōd vna eius pars, est quasi cōmunis irrationabilibus, in quātū videtur quodāmodo participare de illa (vt dixim⁹) & alia solū humanis gētibus, duplex esse rectissimè potuit nūcupari: vñū naturale, quod videtur commune omni animāti: aliud gētū, quod solū gētibus cōpetit, nec alijs aliquo modo videt inesse.

Nec Iustiniani cōstitutio, in. s. fi. inst. de iust. & iu. obstabit aliquid,

nā cū verba Vlpiani, in. d. l. i. ff. eod. quæ eo, nullo adiecto nec detracto, Imperator transtulit, iam supra latè declarauerim, manebit similiter, idē Iustinianus, declaratus ibi.

Qui iā tadē, nobis negotiū facessat, solus D. Isidorus videt, qui lib. 5. etym. ca. 4. & 6. iuris naturalis & gētū, facies mentionē, vtrūq; diuerso diffiniuit modo: ius autē (inquit in. c. 4.) aut naturale est, aut ciuile, aut gētū: ius naturale, cōmune est omnium nationū, eo quod vbiq; instinctu naturæ, nō cōstitutione aliqua habeatur, vt viri & foemine cōiūctio, liberorū successio, & educatio, communis omnium possessio, & omnium vna libertas, acquisitio eorum, quæ cælo, terra, mariq; capiuntur: itē; depositæ rei vel cōmēdatæ restitutio, violētiæ per vim repulsio: nā hoc, aut siquid huic simile est, numquā iniustū, sed naturale, æquumq; habetur: & in. c. 6. sic. Ius gētū est, se diū occupatio, ædificatio, munitio, bella, captiuitates, seruitutes, possidemia, fœdera, pacis induciæ, legatorū nō violādorū religio, cōnubia inter alienigenas prohibita, & inde ius gentium, quod eo iure oēs ferè gentes vtuntur. Hæc D. Isidorus de iure gentium & naturæ, quæ nō min⁹ à doctrina nostra, quā ab Vlpiani consideratione, in dicta l. i. ff. de iustitia & iure. & in hac. l. iuris gentium. sunt omnino diuersa. Nā Vlpianus, depositū & commodatum, iuris gentium tribuit, Diuus autem Isidorus ad ius refert

naturę, & idem in acquisitione eorū, quę cęlo, terra, mariquę capiuntur. Quare, quamuis Sancto Doctōri, facilis esset respōsio, dicētis, illū in cōstituēdis decretis, quę vim legis habēt, omni iurisdictione caruisse, proindeque eius auctoritatem, tamquam grauissimam & sapientissimam patris (vt de Hieronimo, Augustino, Chrysostomo & alijs solemus dicere) habendam esse: non autem legislatoris, sicque tantam fidē illi non esse necessarium adhibere, vt à iure nostro scripto, propter eius defensionem, recedamus. nam vt inquit Diuus Augustinus, in epistola. 19. ad Hieronimum. ego solis eis scriptorum, qui iam canonici appellantur, didici, hunc timorem honoremque deferre: vt nullum eorum scribendo, errasse audeam credere: ac si aliquid in eis offendero, quod videatur contrarium veritati, nil aliud, quam vel mendosum esse codicem, vel interpretem non assequutum esse, quod dictum est, vel me minimē intellexisse non ambigam: alios autem, ita lego, vt quantalibet sanctitate, doctrinaque polleant, non idē verum putem, quia ipsi ita senserunt: sed quia mihi, per alios auctores, vel canonicas vel probabiles rationes, quod à vero non abhorreat, persuadere potuerunt. Nos tamen, quibus Diui Isidori auctoritas, propter summam eius, in humanis & diuinis literis doctrinam, et singularem cognitionem, nō instar solum

Vlpiani, sed cęterorū omniū Iuriscōsultorū videtur: curabimus diligēter, sui cōtextus strictam reddētes rationem, illū cū Vlpiani cōtextu & opinione nostra, vnanimē esse & concordē demonstrare: neque aliquā dari in sententijs diuersitatem, etsi in modo & ratione tractādi, nonnulla reperiatur. Quid vt melius assequi possimus, attingere oportet prius, earū difficultatū summam, quę huic fini & concordie aliquo modo videatur obesse. Prima enim, nō solū nobis, sed eidē ipsi Isidoro, in eodē capite videtur aduersari, nā cū docuisset prius, communem omnium rerū possessionem, iuris esse naturam, subiūgit postea, & acquisitionem eorū, quę cęlo, terra, marique capiuntur: si enim communio rerum, acquisitioque, & appropriatio, cōpatibilia nō sunt, nā sibi ad inuicē videntur aduersari: quo pacto, à iure naturę vtūque, equaliter inductū fuerit, nō est facile reperire. Sed tu, reiectis his, quę videre poteris, ad Thom. 1. part. q. 24. articulo. 1. ad 3. Scotum. in. 4. d. 15. q. 2. articulo. 1. Contra dum de contractibus. q. 10. Sotum de iustitia & iure. q. 3. articulo. 1. Innocentium in. c. super his. nu. 1. de voto. glossam, Archidiaconū & Cardinalem Turrecrematam, in cap. ius naturale. id. Bartolū, Baldum, Paulum, Iasonem, Albericum Vacā & oēs moderniores, in. l. ex hoc iure. ff. de iustitia & iure. Fortunium in. l. 1. §. ius naturale à nu. 32. ff. eod. Connan. lib. 1. commentario. iuris civil

ciuil. cap. 6. num. 8. & 9. Mencham. lib. 1. cōtrouersiarum illustriū cap. 10. & lib. 2. cap. 51. num. 14. & c. 54. num. 2. Forcatulum, in Necymantia iuris dialogo. 30. Constantium Landum in enarrationibus ad eundem titulum. cap. 23. quorū prolixas, diuinatorias vel falsas expositiones, breuitatis causa reprobare omittimus. Dices tu, quod in omni statu, siue integrę siue colapsę naturę, dominia semper fuerunt, & sic, quamuis in statu innocentie, communis omnium possessio fuisse dicatur, ab Isidoro, quod verum est, non tamen cum hoc pugnat, dominij acquisitio, eo modo quo id exponemus, vt supra relati doctores arbitrātur: nam cum natura, id est Deus, res omnes & bestias, vnius hominis causa creasset: & ad hoc, vt in suam quisque utilitatem conuerteret, omnimodam concesserit facultatem: minimē videtur possibile, quod dominium non conceperit, cum dominium in re aliqua, nil aliud sit, quam libera potestas, de re illa disponendi, vt vtriusque scolę DD. communiter docent, sic enim legimus, quod Dominus, Adamo & Eue statim creatis (cum essent in statu innocentie) dixit, crescite & multiplicamini, & replete terram, & subijcite eam & dominamini piscibus maris, & volatilibus cęli, & vniuersis animantibus, quę mouentur super terram. Genesis. 1. quod idem est ac si clarius dixisset, cum

hęc omnia, ad id solū creauerim, vt dominio vestro & potestati subijcerentur, vt imini liberē illis, quod expressē dominium importat. Idem voluit (vt arbitror) Iuriscōsultus Hermogenianus docere, in. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. cum dixit, de iure gentium, quo introducta sunt bella, discretę gentes, & regna condita, dominia fuisse distincta, non dixit inducta, sed distincta, insinuans sic, quod quāuis dominia, fuissent ante lapsum Adami, illa tamē, iure gentiū seu naturę, distincta fuerunt, post primi parentis peccatum, alio diuerso modo, quā antea fuissent: antea enim, dominia per capionem, seu possessionem, sic acquirebantur priuatis, vt quādiu res quisque, ad suam commoditatem & vsum seruaret, non esset alijs ius & potestas auferendi, vt sic eatenus, durabat dominium in vno, quatenus vel illa vtebatur, vel ad proximē vtendum seruatum habebat: quo tempore, alius recta vtens ratione (vt omnes illo tempore vsos & vsuros semper, si peccatum non esset sequutum, certum est) si re indigebat, quęrebat aliunde, ne eadem indigenti & possidenti (quod vinculum aliquod iuris habebat) in iuriam faceret, postea autem, cum serpentis malitia, primus parens deceptus peccauit, humanam naturam infecit, & sic tandem effecit, vt non solum, quod pręsentis aut future necessitatis foret pręsidium

dium quisque quereret, sed auaritia & ambitione corrupti, plura superflua sibi & liberis suis locupletatis, assequi conaretur: & sic, cum in communi illa possessione, pax & tranquillitas iusta omnium nequisset conseruari, distincta sunt dominia, id est diuisa, eo modo, ut postquam mihi res fuerint assignatae, non liceat, sine mea facultate, (quamuis scias, tunc mihi non prodesse) ausu temerario auferre: in hoc igitur stabit differentia, in dominijs, ante lapsum vel post lapsum Adami, quod ante lapsum, res in qua dominium, per possessionem acquirebam, expirabat tunc, cum illa ego non utebar, & sic solum durabat, cum alius me videat uti, vel sciebat conseruatam habere, ad illa in proximum utendum: quare si ego actu, illa non uterer, & vicinus, vel qui cumque alius, scire non potuisset, me illam ad ea utendum custodisse, & conseruasse: optimè eam sibi assumere poterat, & in proprium usum conuertere, nulla ab aliquo petita facultate, & si fortasse sciebat, illam ad meum usum & necessitatem conseruatam habere, & grauior illi superueniret necessitas, poterat similiter, eius frui commoditate, quoniam id recta naturæ ratio (qua omnes gubernabantur) postulabat, & hanc vocat Isidorus, communem possessionem, sic enim Plato in Thimeo, & in dialogo. 5. de Repub. seu iusto. cum ciuivitam, in communicatione rerum

omnium, ad Florentem primum innocentiam statum, voluisset restituere, inducta in rebus omnibus communione: non voluit, quod res, ita essent communes, ut nulli essent proprie, sed voluit, sic esse proprias ut ab aliorum participatione, non interdicerentur: cum non solum extremè sed quocumque alio modo indigerent, vel uti voluissent: sic enim inquit. Non ne, quod ipse aio, & quæ supra, & quæ nunc inducta sunt, maximè faciunt, ut veri hi custodes euadant, neque diuidant ciuitatem, dum meum dicant, non idem omnium, sed aliorum, aliud esse, & alius in propriam domum trahat, quod cumque seorsum ab alijs usurpare uoluerit, alius in suam ab alijs diuersam domum? &c. Communitas igitur, iuris naturæ, in primo statu, & Platonica, quæ illam contendit imitari, in hoc solum consistebat, ut rebus meis, quas in propria ac libera habebam possessione, facultas esset, cuicumque utendi, quam documque, & quomodocumque illas necesse habuisset, sicut & mihi illorum omnium, cum placuisset, nulla ab illis uenia ex postulata: quoniam cum æqua in his esset omnium conditio, nec illi præsumebatur inuiti, nec iustitia ab aliquo poterat violari, cum omnes recta naturæ ratione educerentur, & sic rectissimè dixit Isidorus, acquisitionem & comunitatem iuris esse naturæ, & in eodem statu: quoniam

com-

compatibilia sunt, eo modo, quo exposuimus: ex quo nascetur, rei depositæ & commodatæ restitutionem, & successorem liberorum, quæ ab eodem Isidoro, eidem iuri naturæ tribuuntur, eodem modo fore interpretanda, reiectis his quæ Doctores in eorum declarationibus comminiscuntur.

Manet tamen adhuc difficultas prima, qua constat, Diuum Isidorum, ius naturæ, à iure gentium, tamquam diuersa prorsus seiunxisse, quod opinio nostra non patitur, illam tamen dissolues, si aduertas, quod Isidorus, cum ius gentium à naturæ diuisit, id fecit, considerando illud, duobus statibus seu temporibus, in statu videlicet naturæ integræ, & sic naturale vocauit, & in statu naturæ collapsæ, quod gentium dixit, quasi quo iure omnes gentes utantur, id est quod propter gentium usum, & necessitatem, inductum est, sic enim ea uerba interpretor. Primò, ex Iustiniiano, qui in. 5. ius autem gentium. inst. de iure naturali. Ius autem gentium (inquit) humano generi commune est, nam usu exigente, & humanis necessitatibus, gentes humanæ, iura quædam sibi constituerunt, bella etenim orta sunt, & captiuitates sequuntur &c. Secundò, ex eodem Isidoro, qui ea solum iuri gentium attribuit, quæ ex primi patris lapsu, ortum habuisse certum est. Ius gentium est (ait) sedium occupatio, edificatio, munitio, bella, cap-

tiuitates, seruitutes, postliminia, fœdera, pacis induciæ, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita: & postea inquit, & inde ius gentium, quod eo iure omnes fere gentes utuntur: id est propter quarum necessitatem, natura seu Deus, illa hominum seu gentium mentibus impressit, & gentes propter propriam necessitatem, & usum ceperunt usurpare, alioquin enim, si in illis uerbis, dicere uoluisset, ut communis intelligit, idè ius gentium, sic fuisse nuncupatum, quod à gentibus usurpetur, malè uideretur Isidorus fecisse, uocando solum ius gentium, quod eo gentes utantur, cum ius naturæ, solæ etiam gentes usurpent, ut nos supra latius diximus. Quare manifestò (ut arbitrator) relinquatur, Isidorum, ius naturale & gentium (quod idem substantia est) diuersis temporibus & statibus considerasse, & sic secundum ea, diuersis nominibus nuncupauisse, quod efficiet, ut quamuis in modo & ratione tractandi, ab Ulpiano & nobis differat, consentiat tamen in rei natura & quidditate: quod uidelicet, ius naturæ & gentium sint idem, illa scilicet, summa naturæ ratio, quæ quid faciendum vel uitandum eandem ob causam præscribit, & dicitur. Unde omnium contractuum, & conuentionum obseruatio, siue nominatæ siue innominatæ, ad ius naturæ seu gentium, equaliter pertinebit, cum

cum eadem naturæ ratio, sic regulariter in his, sicut in illis obligationibus, nascetes ex eis, dicitur obseruari, in quo videtur reprehendus Connanus. libr. 1. commentariorum iuris ciuil. capit. 6. numer. 12. & capit. 11. num. 5. qui solum conventiones nominatas, & earum obligationes, iurigentium tribuit, reliquas verò non sic, quod falsum esse, colligitur ex supradictis: nã cū in omnibus, idem iustū sit, & apud omnes, vt constat, & statim latius dicemus, & quod iustum est apud omnes, ius naturale dicat, ab Arist. 5. Ethic. cap. 7. consequitur, tam conventionum innominatarū, quàm nominatarum obseruationem, de iure nature seu gentium esse. Quid quid Connanus & alij cum sequuti, quorum opinionem confutabimus alius, in quæstione immediate sequenti, contra senserint: & hac de causa, supra dixi, omnes conventiones, esse iurigentium, id est omnes conuentiones factas, apud omnes gentes, æqualiter obligare, quæcumque illæ sint: quæ autem dicantur iurigentium, conventiones, quia communes sunt omnibus gentibus: quæ autem non sic, infra distinctius exponemus.

20 His sic tam latè præhabitis, quatum singularis materix ratio, & occasio nobis oblata postulabat, non nocebunt argumenta, in cõtrariū adducta: non primum, quia respondemus, quòd Vlpianus, cum fecit

diuisionem cõuentionū, in. l. 5. supra eod. dicendo, quasdam esse publicas, quasdam priuatas, & in priuatis, alias legitimas, alias iurigentium, nō voluit dicere, quòd publice conuentiones, vel in priuatis legitime, nec essent iurigentium, nec de iuregentium obligarent: nã cū apud omnes gētes, in bello, inducijs, & pace, & alijs huiusmodi cõmuni cõsensu vsurpari videamus, inde facile colligere licebit, obligationē inducere, quod absq; ea, cum fundamentum sit obseruandarum conuentionum, nulla posset custodiri, & sic saltem inter hostes, humana tolleretur commercia, quod nulla iura permittuntur: quod etiam, in legitimis procedit, quas sic, non autem iurigentium vocari doceo, quia cū primis temporibus, quibus contractus & conuentiones, Iurisconsultis Romanis, nomen, naturam & actionem acceperunt, quædam sine proprio nomine, & actione remansissent, & postea à legibus, specialiter fuissent confirmatæ, visum fuit, sicut à legibus in eas robur & authoritas ciuilitè obligandi, manabat: nomen etiam legitimarum cõuentionū, illis tribuere: nō quòd iuregentium, antea non obligaret, sed quia hæc iurigentium & naturæ obligatio, ad fori exactiōem, nō valebat, valitura tamen postea, speciali legis ciuilis robore & authoritate, sic soluitur primum.

Non obstat secundum, quod ad 21
duximus, ex Hermogeniano, in
l. ex

l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure. vbi clarè videtur docere, non omnes cõtractus esse iurigentium, nam sic inquit. ex hoc iure gentium, introducta sunt bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, ædificia collata, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ à iure ciuili introductæ sunt: nã eius difficultatis (si vera esset Accursij, Bartoli, Baldi, Alberici, Angeli, Pauli, Alexandri, Iasonis & reliquorum omnium expositio) vt ea verba (exceptis quibusdam, quæ à iure ciuili introductæ sunt) ad cõtractus seu conuentiones referantur, pro vt tenet etiam Cuiacius in hac. l. iurigentium. facilis erat solutio: dicendo, quòd quamuis forma alius cuius cõtractus, vt hoc vel illo modo celebretur, orta fuerit à iure ciuili, vt in stipulatione, acceptilatione & alijs huiusmodi cernimus, quæ apud gentes omnes, non eodem modo celebrantur, sed solum apud Romanos, propter effectum tamē, seu obligationem, quæ nascitur ex illis, secundum opinionem nostram, iurigentium dici possunt, ea enim ratione, dixit Vlpianus, acceptilationem esse iurigentium, in. l. an inutilis. ff. de acceptilatio. non, quòd ius gentium, acceptilationem (sicut apud Romanos obseruabatur) sic apud reliquas prouincias induxerit, dictando illam fieri, & celebrari, sicut emptionem,

locationem, societatem & alios cõtractus huiusmodi, cõmunes omnibus gentibus: sed quia si fit acceptilatio, in aliqua prouincia, vel apud omnes gentes, æqualiter apud omnes obligabit, propter vnã & eandem, communemque omnium rationem, obseruantiam videlicet iustitiæ & fidei, ea tamen Accursij, Bartoli, & reliquorum interpretatio, etsi opituletur nostræ sententiæ, placere non potest: nam verbum illud (exceptis quibusdam) potius ad obligationes, de quibus antea, immediatè fuerat loquutus, quàm ad conuentiones, existimo referendum: sic enim Iurisconsultus inquit. ex hoc iure gentium &c. Emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ à iure ciuili introductæ sunt, non enim potest referri, verbum illud (exceptis) ad conuentiones, sic vt sit sensus, emptiones, venditiones, & reliquæ cõuentiones, sunt ex hoc iure gentium, exceptis quibusdam, quæ à iure ciuili &c. duabus rationibus. Prima, quia ante verbum illud (exceptis) fuerat immediatè loquutus, de obligationibus, & sic ad obligationem necessariò verbū (exceptis) referendum erit. Secunda, quia cum tractationi, de quibusdam conuentionibus nominatis, finem imposuisset, in verbo conductiones, non poterat, nisi ineptè loquendo, dicere postea (exceptis quibusdam, quæ de iure ciuili introductæ

introducuntur) nam omnes conductiones, sunt iurisdictionum, nec post verbum conductiones, aliud generale posuit, quo conventiones, aut contractus significaret, & cui commodè subiungi posset postea, verbū illud (exceptis quibusdam) sed post verbum conductiones, posuit illud, & obligationes institutę, exceptis quibusdam, quę de iure civili introducuntur, ut doceret (sicut nostra fert opinio) obligationes omnes, quę tamquā effectus ex suis causis, contractibus videlicet nascuntur, esse iurisdictionum regulariter: exceptis quibusdam, quę à iure civili introducuntur. Has autē obligationes, à iure civili introductas, eas esse arbitror, nō quę ex stipulationibus, acceptilationibus, & alijs huiusmodi contractibus, apud Romanos solum vsitatis, nascuntur, ut male (iudicio nostro) putavit Ruardus. libr. 4. de iuris ambiguitatibus. c. 1. de se multū glorians, nā cū obligatio, celebratę stipulationis, sit cōmunis omnibus gentibus: quotiescūq; fiat, sicut quę ex emptione & reliquis nominatis contractibus, nascuntur, meritō iurisdictionum poterit, sicut obligatio emptionis nūcupari: quia iurisdictionum, quę summa est naturę ratio (ut sæpe repetim⁹) observationē eius, sicut reliquarū nominatarū conventionum, & dicitur & præcipit: quod ab Ulpiano expressè edocemur, dum in. d. l. an inutilis. ff. de acceptilationibus. iurisdictionum esse acceptilationem,

nominatim tradidit: referenda erūt ergo, secundū nos, verba, ad obligationes solum civiles, quę nullum naturę habēt adiuventum: hæ autē, illę tantū sunt, quę ex contractibus, vi, dolo, aut metu celebratis nascuntur: hi enim contractus, quamuis naturaliter non obligent sic contrahentes, ut docebo latius, in. 5. Prætor ait. obligant tamen civiliter, ut ex legibus, quās ibi referemus, certō certius constabit: Sic igitur optimè Hermogenianus scripsit, dicendo, omnes obligationes, esse iurisdictionum, exceptis quibusdam, quę à iure civili introducuntur: nam id, hoc pacto intellectum, verissimum est, quod nostrę opinioni non aduersatur: nam cum defendimus, in corpore huius questionis, omnes conventiones esse iurisdictionum, id est obligationes omnes, quę ex illis nascuntur: cum conventiones debitis & legitimis modis celebrantur, intellexi: cum autem, in debitis & illegitimis (ut est in eo casu) quo vis, met⁹, aut dolo adest, cum inuoluntarius sit consensus, ex quo oriuntur obligationes, nulla naturalis nasci poterit, ut copiosius, in. 5. Prætor ait. sumus disputaturi. De his quę se habent de per accidens, scribentes quę sunt solum de per se, nō oportere esse sollicitos, Philosophi rectè docent.

Ad tertium, quo probabam, nō esse omnes conventiones iurisdictionum, quia sui effectus (à quibus causę cognoscuntur)

noscentur) obligationes videlicet, sunt diuersę, quędam iuris naturę, quędam autem iurisdictionum, ut Fortunius ibi, ralat⁹ putabat, facilis erit responsio, dicendo, Fortunium deceptum fuisse, existimādo, diuersas esse inter se has obligationes, cum vnę & eadē sint, quod euinci ex eo facilè potest, quod nullam pro se afferat rationem, præter illam, quod diuerso nomine, apud Iuriconsultos quosdam, videat nūcupari. Sed hanc superficialē solum, nominis & vocis rationem, supra in corpore quęstionis reiecim⁹, quod videbis: nunc autē verè tenendum est, obligationes esse naturales: & obligationes naturales, nil aliud esse, quàm obligationes iurisdictionum: nam omnes, vna & eadem naturę ratione nituntur, quę iurisdictionum est & nuncupatur, ut supra probauimus, & docuit expressè Paulus, in. l. cum amplius. 85. §. is natura debet, quę iurisdictionum dare oportet. ff. de regul. iuris. Vnde nascetur, quod sicut in hoc principio, deceptus est noster Fortunius, deceptus erit similiter, in illa, quàm ex eo deducit, conclusione, quod scilicet, Reges & Principes, etsi teneantur ad obseruanda pacta de iure naturę, cui illi sunt subditi, non tamē teneantur, de iure gentium, quia gentibus, & earum iure, Principes censet illę esse superiores: quod repetit in. l. 1. col. 4. versic. tertio noto. ff. hoc titulo. Sed vtrobiq; falso, cum Prin-

cipes summa naturę lege & ratione obligatos (ut ipse fatetur) obligari etiam oporteat iure gentium: quod nil aliud esse, quàm summā illam naturę rationem, docuit Caius, in. l. omnes populi. ff. de iust. & iure.

In quarti argumenti solutione, discutiendum erit: an vera sit eorum opinio, qui iurisdictionum à naturali segregantes, illud inter positium commemorant? de quibus est. D. Thom. 12. quęst. 95. art. 4. Sotus de iust. & iure. lib. 3. quęst. 1. artic. 3. Couarruias in regula peccatum. 2. pat. §. 11. num. 4. & reliqui omnes, nullum enim ab illis video discrepantē, quāuis tu nos visur⁹ sis modo: arbitramur. n. iurisdictionum, non solum non esse positium & inter naturalia referendum, sed in rei substantia, idem quod naturale esse: neque in aliquo, nisi in vocis sono, ab eo differre, quidquid supra dicti patres contra velint: quorum rationes, conuenit, altius ponderemus. Sotus enim, qui latius vbi supra, de hoc egit, idē iurisdictionum positium esse existimauit: quia non est simpliciter necessarium, sicut illud, quod communiter dicitur naturale: & quia dependet, ex hominis instituto, quę iuri naturę, quod immutabile est, conuenientia non sunt: putat enim, ius naturę, solū esse, primā principia, quę sine aliquo discursu rationis, ad finem cognoscuntur: ius autem gentium, conclusiones, ex his principijs

pijs deductas, quæ quia ex hominū instituto pendet, variari solent, id circo iuri naturæ tribui non possunt. Sed falsus videtur Sotus, nam cultus & religio erga Deum, principium est naturale, quod mutari non potest, & iurigenium tribuitur à Florentino, in l. veluti. ff. de iust. & iure. & deposita, principia non sunt iuris naturæ, sed conclusiones, & nihilominus iuris esse naturalis, dixit Diuus Isidorus, libro. 5. Etymologiarum. capite. 4. quod iam in corpore quæstionis refutabimus. dicere autem, quod iurigenium, pendet ab hominum instituto, sicque potius positium, quam naturale, fore nuncupandum, idem mihi videtur, quod dicere, rationem naturæ, ex hominum instituto pendere, in illorumque esse potestate, efficere, ut quod ratio est desinat esse ratio, quod quam sit rationabile, qui rationem habent, perspicuè videre poterūt: ius enim gentium, ratio naturalis est (si credimus Iuriscōsulto Caio, id expressè docenti, in l. omnes populi. ff. de iust. & iure) quod verò (inquit) ratio naturalis, inter omnes homines cōstituit, id vocatur iusgentiū, quasi quo iure, omnes gentes utantur: si igitur iusgentium mutatur, quia pendet ex hominum instituto, ipsa naturæ ratio, tamquā dependens secundū eos, ex hominū instituto, mutari poterit: quod irrationabile iudico: cōvincitur præterea, hæc Soti opinio, ex cōcessis ab eo-

dem, quod fortius est reliquis, ad cōvincendos, præcipuè literatos, argumentum: si enim, in eodem articulo docuit, super rerum diuisionem, nullam caderè dispensationem, (sic ipse loquitur) nec effici posse, ut ea in communem possessionem conuertatur, & diuisio hæc, conclusio est iuris naturæ, quam ipse & Hermogenianus, iurigeniū tribuunt, in l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure. fateri necessariò tenetur, ex præmissis, vel quod diuisio, cum iurigenium sit, ac proinde secundū cum, tamquā positium pendeat ex hominum instituto, mutari possit: quod ipse, etsi posset, nō admittit: vel saltem cōcedere, quod iusgentium, non est quid positium, & sic pendens ab hominum constitutione: sed naturale, dictatum ab ipsa natura & impressum, sine alicuius legis positione, omnium gentium mentibus ut Gaius Iuriscōsultus, in d. l. omnes populi, dixit, quod exemplis, magis placet comprobare: religionē & cultum erga Deum, nullus negabit, ipsius naturæ, clarissimū esse documētū, & sine alicuius legis positivæ iussu, cognitū: ut præter primū decalogi præceptū, in quo summā legis naturæ cōtineri, concors est Theologorū & iusta sententia: probavit Tullius lib. 1. Tusculanar. quæst. nulla gens (inquit) tā fera, nemo omnium tā immanis, cuius mentē non imbuerit Deorum opinio & lib. 2. de natura Deorū omnibus. n. innotū est & in animo,

animo quasi insculptū, esse Deos, & eundem iurigenium esse Romponi docuit, in l. veluti. ff. de iust. & iure. Si propriæ vitæ defensionē, cum moderamine inculpatæ tutelæ, iuris esse naturæ, omnes concedunt, & cōstat ex Diuo Isidoro. lib. 5. Etymolog. c. 4. & Cicerone clariùs in oratione pro Milone. Est (inquit) nō scripta, sed nata lex, quā nō accepim⁹, didicimus, legimus, sed ex natura ipsa arripimus, hausimus, & expressimus; ad quam nō docti, sed facti: non instituti, sed imbuti sum⁹: ut esset cuiuscumque ratio expediendæ salutis & lib. 1. officior. Principio generi animantiū omni, est à natura tributū, ut se vitā corpuse tueat, declinetque ea que nocitura v. deantur, & hæc iurigeniū esse docuit Florentin⁹, in l. ut vim. ff. eod. titul. de iust. & iure. si mutuum & depositum reddere, si res captas acquiri capientibus, si filios patribus succedere, iuris esse naturæ scriptū reliquit D. Isidorus d. l. lib. 5. Etymolog. c. 4. & ea iurigenium esse docuit Vlpian⁹, in hac nra. l. Hermogenianus, in l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure. non malè nos affirmamus, iusgentiū, idē esse prorsus quod ius naturæ: nō autē positivū, quod quia à Principū ordinatione, iustitiam solum habet, ut constat ex Vlpiano, in l. ius civile. ff. de iust. & iure. in civitate vna solū, vel regno, vbi statuitur, vim obligandi fortitur, leuique motu & circūstātia, vel tēporis, vel loci, vel qualitatis perso-

narū mutatur: quod in exemplis iurigeniū relatis, & reliquis omnibus, nō est, nisi eo modo, quo explicauim⁹ sup. lib. 1. c. 4. q. 1. in solutione sexti argumētū sic soluit quartū.

Ad quintum, in quo Diui Clementis authoritas, relata à Gracia-²⁴ no, in c. dilectissimis. 12. q. 2. refragatur, dicens, rerū diuisiones, seu cōtractus, ab iniquitate manasse, sicque videt à iuregentiū (quæ summa est naturæ ratio) ortū non habuisse: cū ius & iniquitas opponatur, responder glossa Ioānis Theutonici, duob⁹ modis. Primò, quod per iniquitatē, inductā rerū diuisionē, idē est, ac si diceret, per consuetudinē, & iustitiam naturali cōtrariam, alius dixit, hoc esse meū, & alius illud; sed falsa est expositio, cū iusgentiū, quod (ut dixi) summa est ratio naturæ, & iustitiam naturali (quæ ratio etiā est) non possit cōtrari, sed malo: ut satis constat & docuit Arist. in Predicamentis. c. de oppositis. Secunda autē, quæ dixit, per iniquitatem, idest per sollicitudinem, ut patet ex illo (facite vobis amicos de mamōna iniquitatis idest de pecunia, quæ per sollicitudinē est quæsitā. 14. q. 5. s. sed hec multipliciter) min⁹ valet: quia iniquitas, nō sollicitudinē, sed peccatū importat. Quare tu dices, idē esse per iniquitatē inductā esse rerum diuisionē, ac si clariùs dixisset, per peccatū originale, quo hominum cōditio est facta procliuis ad malū, & dissensiones: est diuisio rerum inducta, nam aliter in iustitia, pace,

& tranquillitate, non posset commodè conseruari: sicque, nō erunt, iniusta commercia, & contractus, nec ab iniustitia & iniquitate manarunt, sed à ratione & dictamine nature, propter iniustitiā, peccatū & iniquitatē primi parētis: qua stāte, cōmunis possessio, non solum non erat utilis, sed scandali, perturbationum, & aliorum periculorum plenissima.

25 Ad sextum respondemus: concedentes, contractum dotis, verè non esse iurisdictionem in inductione, etsi Bartolus, Baldus & communis, tā in l. legitima sup. eod. quā in l. eas obligationes. ff. de capit. minutis: cōtra velint, quamuis propriè iurisdictionē dici possit in obseruatione, hoc est, antequam isti cōtracti fiant, nō dicat natura cōmunis, seu iurisdictionē, quod in omnibus matrimonijs, illi celebrent, promissis & datis dotibus: imo plerūq; cōtra, vt in plurib; Reb; publicis, optimis institutis morib;, apud Lacedaemones & Athenienses legimus, pro vt latius in argumenti propositione retulimus, quemadmodū dicitur, in quacūq; repub. cōmercia esse & cōtractus, quib; mutuè hominū necessitates, mutuis auxilijs & cōmutationib; cōpensentur. Si autē hi cōtracti fiant, & dotes promittantur, in quacūq; republica, regno & populo, illa pacta obseruari natura praecipit, siue iurisdictionem: & hac ratione, contractus dotis, poterūt dici iurisdictionē, in obseruatione

scilicet, nō autē vt Bartol; cū suis sequacib; existimauit in inductione.

Difficultatem septimi argumenti, si reperas memoria, resolutionē nostram, in corpore quaestionis adductam, facile disolues: quamuis enim, verum sit, vt Philosophus docuit, in Politicis, homines, sine emptione & venditione, multis seculis vixisse, & eas à Libero patre fuisse institutas, vt mandatum litetis reliquit Plinius: nō tamen, inde cōuinci potest, iuris esse ciuilem, non autem gentium, etsi iurisdictionem, cum ipso genere humano proditū esse, Iuriconsultus Paulus sretulerit: in l. i. ff. de acquirend. rerū domini. nam illud, cui nouiter cognito & inuento, omnes gentes, vna & eadem naturē ratione ducta cōsenserunt, & in perpetuam receperunt consuetudinem, verè iurisdictionem est: tamen si aliquando, in usu non fuerit. Quare, cum inuentē & cognitē emptioni, & reliquis huiusmodi cōtractib;, omnes gētes, vna naturē voce monitē, ac quieuerint, & tāquā vtilem, imo necessariam, in suum receperint usum, iurisdictionem verissimè nūcupabitur: quia omnes gentes, propter vnam & illam perpetuam rationem, ea libenter vtuntur: quæ quamuis ad actū à principio generis humani, reducta non fuerit: quia conclusio remota aliquantulum à suo principio, non erat statim omnibus nota: dici tamen potest, eo tempore fuisse, sicut cōclusio, quæ de promittitur

tur & inest suo principio: principium autem, quoad hoc propositū, in initio generis humani, quod nunc & semper erit, illud est, quod vita, in pace & iustitia sit agenda: ex hoc principio, plures deduci possunt conclusiones, magis proximæ & magis remotæ, sic: si vita in iustitia & pace agenda est, & pax in rerum communione nequit obtineri post peccatum, ergo diuisio inducenda erit: ex hac etiam, alia colligitur, in communi rerum diuisione, qua vni res propriæ sunt, & alij alia: tractatus & commercia necessaria sunt, vt dominia, usus, & possessiones quorundam, in alios transferantur, & sic mutuis subueniatur necessitatibus: sed emptio & venditio, conuentio est ad hunc finem aptissima, nam facilitate, æquitate & iustitia, cum res pecunia æqualiter æstimantur, reliquis præstat, vt experimento constat: ergo emptio & venditio, cum utilis & necessaria sit omnibus, ab omnibus amplectenda & vsurpanda erit: sed quod omnibus cōmune est, & ab omnib; vt equaliter iustum obseruatur, iurisdictionem dicitur ab Isidoro, lib. 5. Etymologiarum. c. 6. & naturale à Philosopho. lib. 5. Ethico. c. 7. ergo emptio, & venditio, iurisdictionem rectissimè nūcupatur. Si autem quæ iurisdictionem seu naturæ sunt, semper fuisse omnibus cognita dixeris, vt in cultu erga Deū, in reuerentia & pietate erga parentes, in propriæ vitæ

defensione, & vindicatione ab iniurijs, cernimus: quod in emptione, venditione & reliquis similibus cōventionibus non est: inde fiet satisfactio, quod hæc omnia, principia, illæ autem conclusiones sunt eiusdem iuris: quæ hoc peculiare seu proprium habere, certum est, vt minus sint notæ, quā sua principia, & tāto minus notæ, quāto magis à suis distēt principijs: quod in hoc exemplo & alijs infinitis, certo certius constat Sic soluitur septimū.

Ad octauum dicimus: quod quāuis Zeno Imperator, fuerit primus inuētor, cōtractus emphiteutici, vt quibusdam nostratum placere video: quod falsum est, nam ante Zenonem, multo tēpore fuerat in usu non solum apud Romanos, vt retulit Iustinianus, in s. aded inst. locati. sed apud Bizantios, vt infra ex Aristot. probabimus. Nil tamē, nocebit nobis, dicentibus, contractus omnes esse iurisdictionem, quoad obseruationem, nō tamen quoad inductionem: nam quoad illam, fatemur libenter, aliquos esse contractus ciuiles, id est proprios solum alicuius ciuitatis, vt in sponsalitia largitatē, & stipulatione, in eiusdem argumenti propositione, exempli gratia retulimus. Quod autem Zeno, in cōtractu emphiteutico, nouiter induxit id solum fuit: vt censeretur, tamquam contractus specie distinctus, à cōtractu locationis & venditionis, super quo, veterum &

recentiorum Iuriconsultorum sui temporis, diuersa extiterant sententia, vt retulit Iustinianus in dict. 5. ad cō. inst. locati. quaedam tamquam locationem, alia verò, tamquam venditionem, emphiteusim regulantes: id tamen, non facit, quin illi contractus, iurigentium sit, vt modo probabimus.

28 Pro cuius & aliorum maiori declaratione, & pro complemento huius quaestionis (scio enim, inutile & iniocundum non fore) explicandum cenfeo, qui contractus, debeant referri, ad communem omnium gentium approbationem, & usum, tam in inductione, quam in obseruatione: qui autem non sic: & vt à capite repetamus, donationis contractum, primum omnium, usitatum & receptum ab omnibus fuisse, mihi semper persuasi: ipsa enim hominis natura, indigentium diuitibus iussit misereri, & liberaliter eorum subuenire necessitatibus, postea autem, cum hominum liberalitas cepit frigescere, ac minui, & cupiditas retinendi & conseruandi propria cepit feruentius augeri, ortus est alius contractus, qui partim liberalis, partim autem est onerosus: is mutuus est, qui quamuis à liberali mutuantis animo proficiscatur, in sui principio, in fine autem quod est in restitutione, onus continet: adest enim obligatio mutuuario, reddendi tantum in genere suo: eiusmodi sunt commodatum, precarium & reliqui, qui gratia vnus solum

contrahuntur: potuerunt enim hi, inter viros precipue probos, aliquo tempore sufficere: nam cum gratia generet gratiam, qui beneficium suscipiebat, si non erat omnino improbus, natura ipsa impellebatur, vicino vel amico, à quo illud acceperat similem compensationem, dando, mutuando, vel comodando, rependere: cum autem haec commutatio, non esset semper expedita, neque omnes pari animo essent inter se, & quia cum extraneis, cum quibus conuictus non erat, contingebat plerumque esse agendum, & ab illis res nobis necessariae essent exportandae, nec illi facile concederent: cumque illi similiter, rerum nostrarum commutatione indigerent, usus & necessitas, contractibus onerosis in totum, & qui vtriusque gratia celebrantur (in quibus non liberalitatis laus, sed lucri spes & quaestus ab utroque quaeritur) viam & aditum aperuerunt, inter quos omnes, primam fuisse permutationem suspicor: ea enim omnes, secundum necessitatem temporum, & rerum, inutilia sibi, vtilibus commutabant: eueniebat enim plerumque, vt quod alteri supererat, deesset alteri: quod quia non semper, nec facile concurrebat, vt tu haberes, quod ego desiderare, inuicemque ego haberem, quod tu velles accipere, essetque, multo difficilius, rerum multo inaequalium iustitiam, aequalium aestimatione seruare: electa materia est (vt ait Paulus in l. i. ff. de

de contrahenda emptione) cuius publica & perpetua aestimatio, difficultatibus permutationum, aequalitate quantitatis subueniret: haec autem fuit pecunia, ex qua perficitur emptio, à cuius inuentione, locatio etiam & conductio, quae mercede pecunia numerata consistit, profectae sunt, à locatione originem traxit contractus emphiteuticus, qui iurigentium est, eo modo quo locatio. Nihil. n. est aliud emphiteusis, quam in perpetuum, vel in longum tempus facta locatio: quae tamen à Romanis (de his hoc illis modo) inducta fuerit, Romani iuris dicenda non erit: quia videlicet, eiusmodi, vt illam non minus quam locationem, in morem perduxerint, & communem eadem ratione sibi fecerint in usurpatione: quod proprium est contractuum iurigentium, qui vtilis ab omnibus gentibus iudicantur. Sic enim videmus, traditum ab Arist. lib. 2. Oeconomic. Bizantios (cum eorum ararium esset exhaustum, nec aliunde possent peruenire adnumos) publicos suos fundos, certa mercede locasse, steriles in perpetuum, fertiles autem ad tempus, quod sicut simplicem locationem, ratio naturae dicat. Ad cuius fontem spectat etiam societas, fide, usu, & commoditate rerum seruandarum & augendarum per quam necessaria: nam ea, quae per nos gerere non valemus, & in quibus ipsi superesse non possumus, ea ser

uis aut mercenarijs, non semper tutum est committere, socijs autem praesidium fidissimum: nam cum omnes, lucri spes & damni metus, aequaliter tangeret: pariter omnes in officio & fide continerentur, eiusdem generis haberi debet mandatum, depositum, pignus, fideiussio, & reliquae conuentiones innominatae, quae ad has quas attulimus reduci possunt. Hi contractus dici possunt, iurigentium, tam inductione, quam obseruatione: quia videlicet, illos non solum ad rectam rerum publicarum sustentationem factos, ratio dicat naturalis, seu iurigentium obseruari: sed esse & fieri similiter. Alij autem sunt, qui in obseruatione solum (cum facti iam sint) possunt nominari iurigentium, etsi quidam contra, de quibus infra: inductione autem nequaquam: quia iurigentium seu naturae, non inducit illos in omnes gentes, nec gentes illos cognitos, communi recipiunt usum, vt reliquos, hi autem sunt, contractus dotalitius seu dos, donatio propter nuptias, seu sponsalicia largitas, stipulatio, acceptilatio, nouatio, iuriscepsio, emancipatio, & omnium recentior contractus, quem censum dicimus. Cum enim isti, communem approbationem non moueant, apud omnes gentes, statim cum cogniti sint, vt reliqui, quos retulimus, iuris ciuilis Romanorum, vel illius populi, quo sint inuenti, rectis-

simè poterūt nuncupari: & in hoc solum stat differentia, cōtractuum ciuiliū solum, & eorum quos iurispergentium, magis communi vocabulo Iuriconsulti vocant, & si in obseruatione, omnes propriè dici etiam possint iurispergentium, dum iusti & honesti non egredientur cancellos.

Naturam & substantiam contractus emphiteutici, & sponsalitię largitatis, quę in propositione huius postremi argumēti attulimus, nolui distinctius (etsi possem) explicare (habemus enim in hac materia, nonnulla quibus lectorum animi, non leui iucunditate, ob rei cognitionem affici possent: quia præter communia sunt) ne in infinitū nostra disputatio cresceret: aliquādo si hæc doctis lectoribus probati viderimus, in album efferre curabimus. veniamus ad reliqua.

S V M M A R I A A D Caput Secundum.

- 1 **E**X innominatis contractibus, ante implementum, nec naturalem nasci obligationem, communis est opinio, & ideo inter eos & nominatos differentiam esse, de iuregentium seu naturę, octo contenditur argumentis.
- 2 Conventionem & contractum, idem esse probatur, contra Connanum & Cuiaciu, & agitur de l. Labeo. §. contractū. ff. de verbor. sign.
- 3 Baldi, Fortunij, & aliorum adducitur & reprobatur opinio, existimantium, nominatis contractibus, nomina à iuregentium indita, innominatis verò denegata fuisse.
- 4 Nominatas & innominatas conuentiones,

- eandem de iuregentium in obseruatione, vim habere, de iure verò ciuili, nominatis solum, nomen. & ex solo consensu actionem datam fuisse, speciali ratione traditur; Intellecta. l. cum amplius. §. is natura. ff. de regul. iuris. aduersus Connanum: adducitur, quę in iure ciuili, inter nominatas & innominatas conuentiones, differentia reperiuntur, & adducitur prima.
- 6 Secunda est differentia, quòd nominati, ex suo nomine à reliquis distinctam pariunt actionem, innominatis verò omnibus, vna præscriptis verbis competit.
- 7 Tertia est differentia, quòd nominati, ex solo consensu, innominati verò, implemento sequuto actionem produciunt.
- 8 Differentia quarta est, quòd nominati, solo consensu perficiuntur, ad præpœnitendę licentia: in innominatis verò, ante rei implementum pœnitere licet, cum non nisi & sequuto perficiantur.
- 9 In contractibus nominatis, sufficit oblatio promissi, vt actio possit intentari, in innominatis autem, reale implementum requiritur: ex quo reprobatur Azonis, Accursij, Bartoli, & aliorum quaedam doctrina.
- 10 Cautio de euictione præstanda, nec in nominatis, nec in innominatis contractibus, regulariter peri potest, quidquid aliter Iaso & Calæfatus, intelligiturque, tex. in l. fin. §. fin. ff. de condict. causa data, causa non sequuta.
- 11 In contractibus innominatis, sicut in nominatis, ad dandum præcisse compelleret promissor, & siue datum, siue factum veniat in obligatione, numquam ei quòd interst locus erit, nisi in pœnam morę aduersus Doctores.
- 12 In nominatis contractibus, reperempta debitor liberatur, secus in innominatis, & ratione Iasonis repulsa, alia traditur, & nouè intelligitur textus in l. traditionibus. C. de pactis.
- 13 In innominatis contractibus, modus vel conditio, importata per (si) vel (vt) de iuregentium, solum ad obligationem promissi suspendit obligationem, quemadmodum in nominatis, à solutionem primi argumēti.

C A P V T

Secundum.



3
T si Bartolus, & post eum Baldus, Angelus, Albericus, Paulus Castrensis, Alexander & Iaso, ex an-

tiquioribus: ex recentioribus Durenus, Eguinarius, Culacius, Vbesembecius, Calæfatus & alij, materiam contractuum nominatorum, & innominatorum, quę propriissima est huius textus, tractare omiserint: vel qui tractarunt, sic spinose & ieiune, vt ieiunus ex eorum lectione, possit sine dubio lector eua dere: proposito nostro, quòd est, nulla in re, quantum in nobis fuerit, conuiuere: & omnium quę scribendi series, & contextus literę obtulerit, veritatem inquirere, commodissimum esse existimauimus, in explicanda vtrorumque natura, paululum detineri: & quia in quęstione præcedenti diximus, omnium contractuum obseruationem (si iuste & legitime fiant) de iuregentium esse seu naturę, & quoad contractus innominatos, plures habemus à nobis diffenciētes, de quibus statim videbimus. congruū erit, Vlpiani loco in præsentem, veritatis lucē, hac quęstione proposita altius inuestigare.

Q V A E S T I O Secunda.

Mm 4

Vtrum

- 14 Contractus innominati, ante rei traditionem, naturalem produciunt obligationem, pro solutione secundi.
- 15 Contrahentes in dubio, legum dispositioni se volunt conformare, quoad exterius forum, quoad interius verò, quidquid lex natura postulat, illos voluisse præsumitur.
- 16 Innominatis contractibus, iusta de causa, de iure ciuili, actionem fuisse negatam, nec id contra iuris naturę principia esse traditur: reprobata Baldi & aliorum opinio.
- 17 Traditur intellectus ad textum, in l. iurispergentium in principio. ff. de pactis. pro solutione quinti.
- 18 Prætores, omnia quę equa videbatur, suis edictis minime præcipiebant, iusta de causa moti.
- 19 Explicatur decisio. l. si pecuniam. ff. de condictione ob causam, ad solutionem septimi.
- 20 Traditur. l. prima. ff. de rerum permutatione. obligationem permutationi, ante traditionem negatam, de obligatione ciuili fore intelligendam, ad solutionem octauæ.
- 21 De iure naturę, permutatio propriam actionem habet à reliquis innominatis contractibus distinctam.
- 22 Cum de iure naturę, innominatus contractus, sicut nominatus etiā, ante traditionem efficaciter obliget, pœnitentiæ locus nõ erit.
- 23 De iure naturali, in innominatis contractibus, ex solo consensu, dominium transfertur.
- 24 Eodem iure obseruatur, vt si res tradenda, casu fortuito pereat, non tradituro, sed potius alterius periculo cedat.
- 25 Reijcitur opinio Menchacensis, existimantis, de iure naturę, in contractu permutationis, & reliquis non habentibus nomen, locum esse pœnitentię.
- 26 De iure canonico, innominati contractus, valide debent obseruari, & illationes, quę in eis, de iure naturę procedunt, locum etiam habent, canonico iure.

Quædam actiones pariunt, quædam exceptio non fiant, sed transeunt in proprium nomen contractus, vt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum & ceteri similes contractus.

*VTRVM CONTRACTVVM NO-
minatorum & innominatorum, sit ca-
dem, de iure gentium seu natu-
rae observatio?*



QUAMVIS huius quaestio- nis, non imperfecta resolutio, ex his quae lib. 1. harum disputationum, in quaestione prima, de pacto nudo & lib. hoc. 3. in quaestione praecedenti, sunt a nobis satis late explicata: docto praecipue lectori patere potuisset: & nos a suscipiendo hoc labore excusari: offendicula tamen, quae quidam ex nostris, veritati quae ex superioribus colligi potest, opponunt: & contractuum innominatorum, nunquam pro rei dignitate, tractata cognitio, nos ad reliqua properare volentes, inuitos quasi & repugnantes detinet, ad id exactius explicandum: ne qui nostrum, inquirendae veritatis indefessum studium non agnorunt, si hoc nunc omittamus, subterfugendae difficultatis consilio, a nobis factum arbitrentur. Quod igitur, solis iuris naturae seu gentium consideratis principiis, multum intersit, inter contractuum nominatorum & innominatorum observationem, ante causae implementum. Videtur primo probari: nam conventiones conditionatae, de iure naturae non obligant de praesenti, ante conditionis implementum, quemadmodum simplices nominatae, quae nihil ad suam

perfectiorem, futurum expectant: hoc enim innatum habet conditio, siue tacita siue expressa, ut ortum obligationis impediatur, ante eius implementum. l. cedere diem ff. de verbor. signific. & nos supra. lib. 2. capit. 6. in quaestio. 3. fusiùs docuimus. Sed contractus innominati, regulariter fiunt per verbum (si) vel per verbum (ut) quemadmodum ex Accursio & Cumanio, in plerisque locis, refert Padilla, in principio. l. naturalis. numer. 20. ff. de praescriptis verbis. quae modum & conditionem important, ut notat idem Accursius, Bartolus, Baldus, Albericus & omnes, in l. 1. C. de his quae sub modo. ac proinde, vel impediunt naturalem obligationem oriri, vel natam differunt in tempus implementi: pro ut ibi, lata sumus disputatione consecrati, nominati autem, regulariter sine aliquo modo, vel conditione, celebrantur, ut constat: igitur, inter contractus nominatos & innominatos, de iure gentium seu naturae, aliqua in eorum observantia, differentia constitui debet.

Secundo, idem videtur probari, nam licet, omnes obligationes, vni formes sint, quo ad substantiam: id est quo ad consensum. l. obligatorum substantia. in fine. ff. de actio. & obligatio. quo ad formam tamen, sunt disformes, varie omnino, & distincte, inter se, quia quaedam re, quaedam verbis, quaedam literis, & quaedam consensu contrahuntur, ut per totum titulum. inst. de obligatio. cum

quindecim sequentibus, harum autem obligationum, non omnes sola conventionem perficiuntur, sed illae tantum, quae consensu dicuntur contrahi, & perfici, quo ad suam formam, & referuntur in titulo, inst. de obligatio. quae ex consensu. & in l. consensu. ff. de actio. & obligatio. quare, illae quae re fieri dicuntur, ut mutuum, depositum, commodatum, & reliquae, non sunt vere tales conventiones, antequam res interueniat, quia de illorum natura (seu ut cum nostris loquar) substantia, rei interuenit: sine qua, sicut homo sine anima, stare non poterunt. Quare, si tu solis verbis dicas, te mutuatuum, commodatum, vel depositum, mutuasse, commodasse, vel deposuisse, dici non poteris: cum necessarium sit rem dare, vel tradere, ut constat ex toto titulo, inst. quibus modis re contrahitur obligatio. sic igitur erit dicendum, in contractibus innominatis, qui praeter conventionem, ad sui perfectionem, rei traditionem requirunt. l. 1. ff. de rerum permut. l. naturalis. ff. de praescriptis verbis. sine qua, nec naturalem producat obligationem, sicut ex simplici conventionem, de deponendo, ante rem depositam, nulla nascitur: quoniam utriusque perfectio, in rei traditione seu implemento consistit.

Tertio, contrahentes, cum actu contrahunt, semper sunt censendi, legum dispositioni se conformasse: & in dubio, ad nihil aliud se obliga-

re voluisse, quam leges eos obligent: sed leges, non obligant contrahentes, contractu innominato, ante causae implementum, sed liberam poenitendi tribuunt facultatem, ut constat ex toto titulo. ff. de praescriptis verbis. & titulo de rerum permutatione. tam in C. quam in ff. ergo, cum obligatio naturalis, non nascitur nisi ex contrahentium consensu, & voluntate. l. 1. sup. hoc titulo de pactis. & haec voluntas, quae secundum legis dispositionem est intelligenda, ante causae implementum, seu rei traditionem, non consistit, in contractibus innominatis, sicut in habentibus nomen: ergo inter contractus nominatos & innominatos, in obligatione, ac proinde in observatione, de iure naturae seu gentium differentia reperitur.

Quarto, quod haec legis dispositio, inducens differentiam, inter contractus nominatos & innominatos, non abhorreat a iure gentium, sed potius illi sit conformis, ac proinde, quod de iure gentium, differentia inter illos constitui debeat, probatur: nam si lex naturae, praeciperet, omnes conventiones, siue nominatas, siue innominatas, aequali modo observari: non posset ius civile illam immutare, cum lex naturae, quae eadem est cum iure gentium, secundum nostram opinionem, immutabilis sit apud omnes, ut docuit, Imperator Iustinianus in. 6. sed naturalia quidem iura, inst. de iure naturali. & Philosophus lib. 5. Ethic. c. 7. nec

inferiores (et si illa mutabilis esset) (vt Principes sunt) Dei seu naturæ leges, possint interuerrere. c. cū inferior de maiestate & obedientia. l. nam magistratus. ff. de arbitris. l. ille à quo. s. tempestiuum. ff. ad Trebellianum. at illam mutatam videm⁹ à iure ciuili, & à canonico, quod nullū peccatū admittit, non solum permissam, sed approbatam: quia illud et si pacta nuda iubeat obseruari simpliciter, contractus tamen innominatos minimè voluit obseruari, quia naturalis deficit obligatio, vt tenet Bald⁹, in l. siue apud acta. num. 4. C. de transact. vbi Ryminaldus, & Lancellotus col. 2. idē Baldus in l. cum quis num. 17. C. de iuris & facti ignorantia. Angelus de Aretio, Ripa & alij de quibus agemus inferius. Ergo differentia hæc ciuili, inter contractus nominatos & innominatos, de iure gentiū seu naturæ, introducta erit.

Quod quintò, Vlpianus, in principio huius. l. iuris gentium. confirmare videtur, nam cū iuris gentiū conuentiones referret, & earū obligationes, differentiam ponit, inter nominatas & innominatas, nā nominatas, de iure gentium actionē & obligationem producere dicit, innominatas autem, solum exceptionem, vt patet ibi. Iuris gentium conuentiones, quædā actiones pariūt, quædā exceptiones, quæ actiones pariūt, in suo nomine nō stant, sed trāsēūt in proprium nomen contractus, vt emptio, venditio, loca-

tio &c. igitur de iure gentium, differentia adest, in obligatione & obseruatione, contractuum nominatorum & innominatorum.

Sextò, pro eadē opinione facit, quòd prætores (quos naturalē equitatem, præ oculis, in proponendis suis edictis, semper habuisse certū est. l. quod si Ephesi. ff. quod certo loco. & nos lib. 1. c. 3. in principio. cū de æquitate sermo esset, diximus) numquam cōtractibus innominatis, ante causæ implementum actionem dederunt: si igitur qui æquitatem obseruant, contractus innominatos, desertos omni actione & adiuuamento relinquunt, vt constat, ex hac. l. iuris gentium. s. sed cū nulla, ibi. sed cum nulla subest causa, præter conuentionem, hic constat nullam posse constitui obligationem, & nominatos ad executionē semper iuuent perducere, vt in principio eiusdem legis Vlpianus docuit. in æquitate vtrorumque, & sic in obseruatione, aliqua debet esse differentia: cum prætores, quæ æquæque sunt, æqua semper iuuant actione, & confirmari potest, ex eo quòd, stante lege regia. 3. tit. 8. lib. 3. ordin. quæ omnia pacta nuda, in quibus adest æquitas aut obligatio naturalis, præcipit obseruari, tenent Georgius Lopez, & Méchaca, contractus innominatos, saltē respectiuos, non esse obseruandos, pro vt refert & sequitur Padilla, in l. naturalis. s. et si quidem num. 19. ff. de præscriptis verbis. ob defectum scilicet

licet consensus, & sic obligationis naturalis.

Septimò, quòd ex contractu innominato, ante implementum, naturalis obligatio nascatur, sicut nascitur ex nomen habentibus, hæc vltèrius ratione ostendo: quotiescumque ex aliqua conuentione, naturalis obligatio nascitur, si sequatur ex vna parte rei traditio, nō est locus penitentiae, ad repetendum: quoniam exceptio opponi potest repetenti, vt ex. s. igitur nuda infr. cod. doctores communiter colligunt, & ex. l. si in area. ff. de condict. indebiti. sed si postquam contracti conuentione innominata, & rem tradidit, & sic sequutum est implementum, placuerit mihi, rem iam traditam repetere, liberè id facere possum, inuito secundo contrahente, vt constat ex textu, in l. si pecuniam. ff. de condictione, causa data, causa non sequuta. Vbi Vlpianus docet, quòd si pecuniam tibi dederim, vt Capuam eas, poterò illam repetere à te inuito, antequam proficiscaris. Igitur diuersa est, de iure naturæ, istorū contractuum & natura & obseruatio: dicitur o-

Octauò tandem & finaliter, id videtur expressius probari ex Iuris cōsulto Paulo, in l. 1. vers. item emptio. ff. de rer. permut. vbi ait, emptio ac venditio, nuda consentientium voluntate cōtrahitur, permutatio autem, ex re tradita initium obligationi præbet. ecce quomodo, in contractu innominato per-

mutationis, initium obligationis non nascitur ex conuentione, sed ex causa & implemento, & sic ex traditione incipit: & quæ postea subiunxit, magis confirmant, alioquin (inquit) si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus: ponens sic Iuris cōsultus pro incommodo, quòd ex solo consensu, in contractibus innominatis, nascatur obligatio: nec putet aliquis, ibi, de obligatione ciuili, Iuris cōsultum solum meminisse: nam cum obligationē generaliter posuerit, & appellatione obligationis, naturalis & ciuili comprehendatur, vt tenet Accursius in s. 1. inst. de oblig. & defendit latius Socinus, in rubrica de verb. num. 9. perinde haberi debet, qui obligationem nasci, & non, antea, ex traditione dixit, ac si naturalem & ciuilem tūc incipere clarius docuisset: pro vt Socinus vbi sup. His rationibus et si non omnibus (quia aliquas earum non attingunt) permoti plures doctores, ex nostris, hanc opinionem tenuere: quòd ex contractibus innominatis, nulla ante implementum, producatur obligatio, & cum in initium propriū habentibus illam admittant, necessario fatentur, de iure naturæ, seu gentium, inter nominatos & innominatos, differentiam inesse, si sic eandem tenuit Baldus, in l. petens. C. de pactis & in l. siue apud acta. num. 4. C. de transactio. vbi sequuntur Ryminaldus & Lancellotus col. 2. idem

idem Baldus in l. cum quis in. 17. C. de iuris & facti ignorantia. idem in l. si diuisione. num. 3. C. familiae cretae & in rubr. de rerum permut. nu. 2. Angelus de Aretio in. 5. in personam. nu. 16. inst. de actio. Ludouicus Romanus & Iaso. in. 1. si pecuniā in principio. col. 2. ff. de cōditione ob causam. & in. 5. igitur nuda. nu. 8. vbi Orosius. nu. 20. idē Iaso in rub. de verb. num. 3. Socinus 10. Ripa 41. Frācisus de Aretio. in l. petens. nu. 7. C. de pactis. Verēgarius Fernādez. in l. pacta conuenta. super glossa. nu. 4. ff. de contrahenda emptioe Connanus lib. 1. comment. ca. 6. nu. 12. quam communē dicit Padilla, in l. naturalis. §. et si quidem. nu. 8. ff. de prescriptis verbis. quam adeo veram putauit Alciatus, vt etiam si iuramento firmetur contractus istius obligationē naturalem, ex illis oriri negauerit, in c. cum contingat ad finem. de iure iurādo. Quem sequitur Ferdinandus Menchaca lib. 2. de successioū creatione. §. 12. num. 48.

His tamen non obstantibus, cōtractarium vt verius tenendum & defendendum arbitror: quod videlicet, de iuregētū seu naturę, eadē sit contractuum nominatorū & innominatorū obseruatio. Pro cuius maiori declaratione, nōnulla prius notāda erunt. Primum est, quid sit cōtractus. Secūdū, quis nominū hęc distinctionē, & actionem vnīs, ante rei traditionem tribuerit, alijs autem negauerit, & qua ratione,

Tertium, quæ inter vtrosque in iure nostro ciuili, differentiæ reperiantur, ex primo enim, breuiter me conabor expedire, cum iam de eo nō nullam lib. 1. harum disputat. ca. 4. q. 1. ad solutionem noni argumētum mentionem fecerim: nunc autem ideo placuit asserere, vt ostēderem, Cuiacium perperam in principio & medio interpretationis ad hunc textum, iurisgentiū conuentiones, à contractibus seiunxisse. Putat enim Cuiacius, conuentionis nomen esse generale, ad contractus & pacta, quæ species diuersas conuentionis esse fingit, nam contractus, secundum illū, sunt idem quod synallagmata, id est conuentiones, in quibus causa sub est, seu implementum, pacta autem, conuentiones nudæ ante implementum, quod dixerat etiam Connanus lib. 7. commentarij iurisciuiilis. cap. 15. num. 2: sed vterq; falso nam contractus, sic est nomen generale, sicut conuentio: & vtrumque æquē diuiditur, in contractus seu cōuentiones nominatas, & innominatas: quod præter alia, vniū hoc Vlpiani cōtextu potest cōprobari, qui eas, quas conuentiones, in principio legis nuncupauit, postea in versu. sed transeunt in propriū nomē cōtractus, cōtractus dixit, & postea etiam in versu. sed et si tractans de conuentione innominata, ait, quod si in alium contractum, res non transeat, subsit tamen causa & c. innuens sic, conuentiones innominatas, contractus

ctus est, tam cum subsit causa, quæ cum non subsit, et si vno casu, actionem producat, non autem in alio, vt persequitur in. §. sed cum nulla contractus enim (vt mea fert existimatio) nil aliud est, quam mutus duorum, plurium ve, ad producendam obligationem consensus. qui cum in mutuo, in dotis datione, in pacto legitimo, in donatione & transactione reperitur, verissimè & propriissimè contractus erunt: quidquid perperam Cuiacius hic, cōtra velit, fundatus in l. Labeo. §. contractum. ff. de verborum significat. vbi Vlpianus, contractum videtur diffinisse, esse vltro citroque obligationem, quæ in relatis conuentionibus non reperitur, sed textum illum, iam explicauimus sup. lib. 1. harum disputationum c. 4. q. 1. ad solutionem noni argumenti. dicentes, ibi Vlpianum, non egisse de substantia contractus, pro vt cōuentio est, sed de origine & proprietate verbi (contrahere) seu participij (cōtractum) quod (vt nouum aliquid semper adijciamus) comprobari poterit ex eo, quod Antistius Labeo, cuius sententia ibi refertur ab Vlpiano, & in titul. de verb. sig. latinitatis fertur fuisse studiosissimus, adeo vt singularum vocum latinarum originem, & natiuam significationem, percallere, omnino contēderit, & ea præcipuè sciētia, ad enucleandos plerosque iuris laqueos, vsus fuisse traditur, in interpretationibus præsertim ad edicta

prætorum, à quibus desumpta est illa. l. Labeo. vt constat ex illius principio: pro vt refert Aulus Gellius lib. 13. noctium Atticarum. c. 10.

Quoad secūdū, inuestigare oportet, quis has differentiās nominum & actionum, inter hos contractus, induxerit. Fortunius Garcia, in hac l. iurisgentiū. fol. 28. pag. 2. versu. ex his. cum Baldo quem allegat, in rubrica de rerum permutat. intelligēs hoc modo, in ea sentētia est, vt nomina contractuum, ab ipso iure gentium fuerint inducta contractibus nominatis, ac pro inde innominatis negata, quod sequi etiam videtur Alexander, in. §. igitur nuda num. 9. ad finem & Franciscus Connanus lib. 1. commentarij iuris. c. 6. num. 12. & lib. 2. c. 3. num. 3. & 8. quod ea ratione adiutas fuisse arbitratur, & innominatas eorū dē cōcessione desertas, quod illas communis omnium approbatio, seu iusgentium, tamquam magis opportunas ad cōmerciorū vsū, & necessarias ad iustam & politicā communicationem receperit, has autem, vt non eius commoditatis profus repulerit, nisi quatenus synallagma (cui Connanus omnem authoritatem & obligationem tribuit) intercedat: non enim æquum esse illi videtur, alterius verba captare, & ex simplici promissione aut conuentione innominata, ante implementum, executionem fieri conuentionis.

Sed certè ego considero, nec Fortunium

Fortunium cum Baldo rectè opinari, & confirmationem Connani, multo peius concludere: nam ius gentium, quod summa est ratio naturæ, non dedit nomina & obligationem emptioni & reliquis nominatis contractibus, & his (quos innominatos dicimus) negavit: nec est ratio, quare exigat maiore fidem in vniis, quàm in alijs, cū in vtrorumque implemento, eadem sit equitas, & in eorundem violatione, eadem iniquitas. Quæ enim quæso ratio, excogitari potest, inspectis solis principijs iurisgentium seu naturæ, quare emptio dicatur conuentio nominata, non autem permutatio? & quod si conuenit inter me & te, vt pro domo mea defcentum, quod efficit emptione, tu obligatus sis ad tradendâ pecuniâ, quâuis ego non tradi lerim domû, sed illâ offerâ. & ego ad tradendam domû, cū tamé offers pecuniâ: non auté cū conuenit vt daré palliû pro libro quod efficit permutatione? Ego profectó non video, nâ dicere cū Connano quod communis omnium gentium approbatio, in emptione & reliquis nominatis contractibus, debet efficere, vt ex solo eorum consensu, tamquâ magis necessariorum, nascatur obligatio & actio: ex permutatione verò & cæteris innominatis non sic: rediculû arbitror, duabus rationibus. Prima, quia permutatio, à principio, non fuit minus vsitata, apud omnes gentes, imo multo magis, quâ

emptio, cum prius cognita fuerit. l. 1. ff. de contrahenda emptione. & sic saltem, pro tunc, potuit & debuit obligatione producere, quod ipse non fatetur: nam negat, de iuregentium, quod fait & est equale semper, obligationem peperisse, & his temporibus fuisse nationes aliquas, quæ nullum numi aut venditionis vsu agnorunt: sed solum permutationis commercium vsurpant, in historijs legitimus, quod facit, vt apud illas, permutatio de iuregentium debeat obseruari. Secunda ratio est, quia opinio sua supponit falsum: dicendo, apud omnes gentes, magis communes & vsitatas esse, nominatas conuentiones, quàm innominatas, cum stipulatio, quæ conuentio est nominata, pro vt latius supra lib. 1. quæst. 7. probauimus, minus multo cognoscatur à gentibus communiter, quàm permutatio, quæ est innominata. Dicere autem cū communi, quod in permutatione & reliquis conuentionibus, propriû nomé nō habentibus, vt in do, vt des. do vt facias, &c. adest modus vel cōditio, in emptione verò & reliquis nominatis nō eo modo, inep tū cēseo, pro vt in primi argumenti solutione probauimus: relinquatur ergò, tã in nomine, quàm in obligatione, eadē eē cōtractuū nominatorū & innominatorū ratione, eandē in vtrorūq; obseruatione equitatē: cū tã hos, sicut illos, fides data & iustitia dicet obseruari, nec i aliquo tan-

tandem, de iuregentium differre, quidquid doctores supra relati contradicant: quorum opinionem confirmando magis nostram, confutare poteris, decem illis rationibus, quas lib. 1. in. q. 1. de pacto nudo, in corpore attulimus: quas hic, eiusdem rei fugientes inculcationem, duximus omittendas.

4. Quis igitur, nominatas fecerit qualdam conuentiones, & illis ex consensu actionem dederit, qualdam autem, ante synallagma seu rei traditionem, tam sine nomine, quàm sine obligatione reliquerit? videndum est. Ego certè (si coiectionis non fallor) solis Romanorum legibus aut moribus tribuendū semper censui: qui emptiones, locationes, societates, & reliquas, ex solo consensu, vt frequentiores & magis in republica sua vsitatas, datis nominibus proprijs, & actionib⁹, obligationem ciuilem, ex solo consensu producere voluerunt: ne sine hac actionis & coactionis compulsionē, humana perirent commercia: quæ in his contractibus, apud illos principaliter subsistebāt: alias autem conuentiones, vt non sic utiles & commodas, suæ rei publicæ (ne tot essent ex consensu obligationes, quibus passim homines illaquearentur) nominis proprii & actionis (specialis id negatione enervarunt. Post inuentam enim pecuniam, mirum & dictu & cognitu est, quanto opere permutationis contractus validior quōdam & frequē

tior cæteris, in desuetudinem, præcipuè apud Romanos abierit: propter molestam & grauem, rerum in equalium æqualitatem, & duplicem estimationem, quam singulis rebus permutatis, erant contrahentes indicturi: & emptionis vsus, quam celebris apud eosdem extiterit: adeo enim, illum in suum vsu receperunt, vt nihil rectè gestum & iustè arbitrarentur quod sine emptione & venditione, vel vera, vel saltim ficta, celebraretur. Et cum vsus pecuniæ recens esset & nouus, rudi utebantur ære, appenso tamen, & quidquid huius æris emptor, dabat pro re empta, erat libripens, publica (vt arbitror) constitutus potestate, qui appenderet, quod pretij loco, erat inter contrahentes conuentum, quod & in nuptijs vsurpatum fuisse legitimus: in quibus se sponsi ad inuicem coemebant, vt tradit Boethius, in Thopica Ciceronis. & in testamētis similiter, ea. n. sunt, quæ per es & libram, celebrari testatur Iustinianus in. s. sed vt nihil. inst. de testamentis. Hæredes enim instituti, patrimoniū morituri emebāt, his verbis solennibus. HANC, EGO FAMILIAM, QVAE MIHI EMPTA EST, HOC AERE, AENEAQVE LIBRA, IVRE, QVIRITVM MEAM ESSE A. IO. Deinde ære percutiens librâ, id es dabat ei, à quo hæreditatem expectabat, velut pretij loco. Idem in adoptionibus, & emancipationibus liberorum, celebrari docuit Caius,

Caius, in suis institutionibus. titulo. 6. & Iustinianus in. 5. præterea. instit. quibus modis ius patriæ potestatis soluitur & sic in alijs, de quib' alibi. De iure igitur civili Romanorum, emptioni & reliquis conventionibus nominatis, nomina propria contractuum, & earum obligationum, ex solo consensu inducta sunt; nam de iure gentium, omnia quæ diuersum obiectum seu materiam habent, diuersum & proprium habent vel debent habere nomen: obligationem autem eandem, cum in omnibus, vna & eadē consistat fidei obseruandæ ratio, quod Iurisconsultus Paulus, mihi insinuasse paucis verbis videtur. in l. 1. versic. item emptio. ff. de rerum permutatione. vbi cum dixisset, venditionem sola consentientium voluntate contrahi, permutationem autem, ex traditione initium obligationis assumpsisse: subiungit postea, alioquin, si res nodum tradita sit, nudo consensu, constitui obligationem dicemus, quod in his dum taxat receptum est quæ nomē &c. Pondera verbum illud (receptum) cuius sine dubio, is sensus est, quod quamuis permutatio, de iure gentium seu naturæ, sic consensu, licet emptio & venditio perficiatur: cum tamen id apud Romanos (de illorum enim iure Paulus ibi loquebatur, vt ostendemus latius in fine postremi argumenti) receptum non esset, siue quod idem est specialiter admissum & approbatum, nisi

in conventionibus, quibus ipsi, nomen proprium, ac speciale dederant: non poterat permutatio, cum apud illos esset sine nomine, solo consensu ad producendam obligationem ritè celebrari: ne privilegiū (vt ita loquar) quod emptioni ac ceteris nominatis, Romani tribuerant: innominatis (vt erat permutatio) sine aliqua noua causa concederetur. De iure autem gentium, satis constat (vt dixi) equam esse vtrouque obligationem, nec rationem posse ex cogitari, quare distinctio, quam ius civile, non iniuste introduxit, in illis considerari possit: sic generaliter id videtur dixisse Ouidius, cum generaliter cecinit.

*Aurea prima, sata est aias, qua vindice nullo,
sponte sua, sine lege, fidē rectumque colebat.*

Quod Anneus Seneca. lib. 3. de beneficijs. c. 15. eisdem fere verbis repetit, & Ulpianus in principio legis primæ. si p. eod. ibi æquitas naturalis est, quid enim tam congruū est humanæ fidei, quam ea quæ inter eos placuerint pacta seruare. & in l. 1. ff. de constituta pecunia. Hoc edicto (inquit) prætor fauet æquitati naturali, qui constituta ex consensu facta custodit: quoniam graue est fidem fallere. & Paulus in. l. cum amplius 85. s. is natura. ff. de regul. iuris. is (inquit) natura debet, quæ iure gentium dare oportet, cuius fidem sequuti sumus. Nec aliter est momenti Connani interpretatio ad illum textum, lib. 5. commér.

cap.

cap. 1. num. 6. dicentis, tunc verè aliquem fidem alterius sequi, ad hoc, vt alter qui promissionem vel conventionem fecit, obligetur: cum is ab illo persuasus, eius promissioni tantam fidem dedit, vt perniciosam sit illi futurum, nisi alter impleuerit: quod re integra putat habere locum non posse: sed tunc solum, cum causa, ex parte illius, seu rei traditio interuenit, qua fraudatur, nisi alter conuētum impleverit: non valet inquam aliquid, hæc interpretatio, nam antequam ego rem tradam, vero similiter possum, imo debeo, alterius verbis, eam fidem habere, vt credam eum impleturum quod promisit, vel conuenit: nam cum verba (vt Aristoteles in Perihermé. seu libris de interpretatione docet) sint earum, quæ sunt in animo, passionū notæ. Vel vt Dionysius Halicarnaseus in principio suæ historiæ, vox sit imago vera mentis & animi cuiusque, ne quid quæ aliud voluisse præsumatur, quàm dixerit, nec dixisse, quàm prius mente agitauerit, vt in. l. in ambiguis. ff. de rebus dubijs & in. l. Labeo. ff. de suppellectili legata. Iurisconsulti monent iustissimè credendum erit, & fides habenda, alterius pactis, promissionibus vel conventionibus, quotiescūq; ille ea expressè fecerit, ne incredulitatis vitium incurratur, ac proinde ille iure naturæ seu gentium tenebitur, pro vt Paulus Iurisconsultus in dicta. l. cum amplius apertè docuit. hæc sint quo

ad secundum.

In tertio & ultimo, erūt nobis accuratè & diligenter notandæ (cum de iure civili Romanorū, has differentias nominū & actionum indutitas dixerim) quæ inter eos contractus, quos nominatos & innominatos vocarunt, in eodē iure civili, differentiæ reperiātur, ne quidquæ sit in hac materia, quod post nostri libelli lectionem, iurisperiti animū (si per attente omnia in eo cōtēta legerit, & lecta memoriæ mādauerit) possit aliquo modo latere. Prima autē & principalior, quia ab ea suā denominationem assument, ea est: quod cōtractus nominati, propriū ac speciale nomen habent, vt emptio, venditio, locatio, cōductio, societas, cōmodatum, depositū &c. Innominati, nomine proprio & speciali carēt, vt in do vt des, do vt facias, & reliquis huiusmodi videm'. In hac Iurisgent. in principio, quod, quo pacto intelligi debeat, in quaestione sequenti latius docebimus.

Ex hac prima nominum differentia, secunda nascitur, quod contractus nominati, producant vnam & specialem actionem, ex suo nomine, distinctam à reliquis, vt emptio actionem ex empto, locatio ex locato, & in ceteris simili modo: vt in principio huius legis, Ulpian' author est, innominati autē, etsi penè infiniti sint, omnes tamen vnam actionem solam pariunt præscriptis verbis, vt ex lege. 1. 2. 3. & 4. & toto titulo. ff. de præ-

Nn criptis

criptis verbis constat.

7 Præterea, inter hos contractus, alia tertia differentia est, quod nominati, ex solo consensu, obligationem producant, ante implementum, seu rei traditionem ex vna parte: eo enim instanti, quo conuentum est de pretio certo, absque aliqua rei vel pecuniæ traditione, perficitur emptio, & producit actionem exempto, innominati autem non sic: nam vt obligationem producant, necessarium est, quod causæ implementum, saltem ex vna parte sequatur. l. ex placito C. de rerum permutat. ibi. re nulla sequuta, constat nemini competere actionem. & in. l. i. ff. eod. tit. de rerum permutat.

8 Vnde proficiscitur differentia quarta, nam secundum leges civiles, contractus innominati, non perficiuntur nisi traditione, ante illam est locus pœnitentiæ, cuiuscumque contractu. l. si pecuniam. ff. de conditione causa data. et si quauis vnus tradiderit, quod ex sua parte conueniat, si alter conuentum, ex sua parte non impleuit, repetere poterit: quoniam ante illius implementum, hic non se obligauit. dicta. l. si pecuniam. nominati vero, cum ex solo consensu perficiantur, omnem pœnitentiæ adimunt facultatem contrahentibus: nam in illis seruat ea regula, quod semel placuit, amplius displicere non potest, & quod contractus ab initio sunt voluntatis, ex post facto autem

necessitatis. l. sicut. C. de actio. & obligatio. l. fideiussor. §. penultimo ff. qui satis dare cogantur. l. de contractu. C. de rescind. vendit. l. cuius bonis. ff. de curatore furiosi. l. i. §. i. ff. nauæ. caupones &c.

Et hinc nascitur quinta differentia, inter eosdem: nam in contractibus nominatis, si quis velit intendere actionem, aduersus secundum contrahentem, ante quam ipse impleuerit conuentum, admitteatur, ad agendum: dummodo offerat, quod in conuentione fuerit deductum. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actio. empti. in innominatis autem non est sic, nam si quis velit agere, antequam ipse rem conuentam actu adimpleuerit, et si eandem offerat, minimè audietur, quoniam actio non nascitur ex consensu aut oblatione, sed ex implemento sequuto. l. i. ff. de rerum permutat. l. ediles. §. final. ff. de edilitio edicto. l. si pecuniam. §. item si quis & in. l. si ff. de conditione causa data, causa non sequuta, & in principio huius. l. Iurisgent. Iurisconsult. Ulpianus docet.

Vnde notandus mihi videtur Azo, & Accursius eum sequutus, in. l. si rem. 19. §. si quis sponsionis. verbo victori. ff. de prescrip. verbis. Bartolus tam ibi, vbi Paulus Castrensis, quàm in. l. in executione. §. fin. ff. de verb. qui in ea sententiæ sunt, vt existiment, in præmijs, seu (quod magis cõmuni vocabulo dici solet) in pallijs, quæ victori, in tali pugna,

apud

apud quasdam prouincias, concedi solent, rem promissam esse tradendam ei, qui ad pugnam se obtulerit, quia oblatio, habet locum implementi, ex quo deduxit Fortunius, in hac. l. Iurisgentium. fol. 33. versi. hunc singulariter. quod in pallijs, quæ Bononiæ, Senis & Florentiæ, eorum cursu, quærenda parabantur: si equus vnus ad victoriam se offerret paratus, sufficeret ad talem acquisitionem: sed in eo, minus doctè omnes, cum contractus sit innominatus, qui ante perfectum implementum, nullam civilem obligationem producit. Pro cuius maiori declaratione, duos casus notamus. Primus est, quado aliquis promissit victori, in tali pugna, tale præmiũ, & cū vnus vel plures se offerunt, illum pœnitent, & non vult pugnam fieri, nec præmium victori concedere. Secundus est, quado conuenit inter duos, vt vter eorum victor euaderet ex pugna, reportaret tale præmium, quod alius tribuere esset cogendus: & paratorum iam ad pugnam, aliquis pœnitentia ductus, nec cõparere vult, vel si compareret, non vult pugnare, & vtroque casu de iure civili antiquo, licitam esse pœnitentiam affirmo, nec parato præmium esse tradendum, quia cū promissio, vel conuentio, in his pallijs, in nominata sit, nam nomen & actionem propriam non habere, iam constat: & in contractibus innominatis, ante reale

traditionem, locus sit pœnitentiæ, quia nulla oritur obligatio, nisi ex traditione. l. i. ff. de rerum permut. l. ex placito. C. eodem titulo. clarior sanè cõsequitur, paratis ad pugnam, si non pugnauerint, præmiũ tradi non debere: nam si in contractibus innominatis, (vt hic est) postquam rem tradidi, si alter rem conuentam nondum perfecit, licita pœnitentia & repetitio est: quamuis ille paratus sit ad faciendum, vt constat ex dicta. l. si pecuniam. ff. de conditione causa data. a fortiori certè, ante quam res tradatur, pœnitere eum poterit, qui vel conuenit, vel promissit præmium tradere: fateor tamen, sumptus & expensas (si quas paratus, fecit ad pugnandum, in armis seu ornatu equi vel personæ) pœnitentem debere restituere: ne ex pœnitentiæ sua, in aliũ incõmodũ iniuste redudat, secundum cõstitutiones textus in. d. l. si pecuniam ff. de conditione causa data. Hæc de iure civili antiquo locum habet quid autem de iure nouiori & gētium partim ex his quæ sup. diximus partim ex his quæ dicemus infr. q. 5. colliges.

Sexta præterea differentia, inter hos contractus, quo ad euictionem, reperitur: nam in nominatis, non est locus repetitioni soluti, si non caueatur: quia euictio venit ex natura contractus. l. pacta conuenta. cum glossa. ibidem. ff. de contractibus. l. ex empto. ff. de actio. empti. quare sic expressione illius

Nn 2 quod

quod tacite inest, opus non est. l. hac stipulatio. §. Diuus. ff. vt legatorum seu fideicommissorum nomine caueatur. In in nominatis autem, est locus repetitioni soluti: si hac cautio petita non praestetur. l. final. §. si. ff. de condict. causa data ibi (& rursus, si tuus est Stichus, & pro euictione eius, promittere non vis, non liberaberis, quominus à te pecuniam petere possim) sic notauit Iaso hic, nume. 3. & Calefatus num. 34. qui diuersitatis eam, reddit rationem, quod contractus nominati sint fortiores, & sic sine vtriusque voluntate, difficilius reuocentur.

Sed ego libenter à Iasone & Calefato discedo, existimans, falsam esse, hanc inter contractus nominatos & innominatos, ab eis traditam differentiam: imo, cum in vtrisque, tacita insit conditio, de praestanda euictione, vt patet ex Vlpiano hic, ibi. dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas, manumisisti, euictus est Stichus: Iulianus scribit, in factum actionem à Praetore dandam: ille ait, civilem in certi, id est praescriptis verbis sufficere: quamuis nihil actum esset, in contractu, de euictione: adducor ad existimandum, tam in innominatis, quam in nominatis cessare, soluti repetitionem, ob non praestandam euictionis assecurationem, quoniam cum illa veniat, de natura contractus, perquam iniquum est, superuacua cautione, onerari contra

hentem, vt in simili retulit Neratius, ex Diuo Pio, in. l. haec stipulatio. §. Diuus. ff. vt legatorum: quod intellige, nisi adsit timor vero similis, futuræ euictionis, vel litis, quia tunc, tam in innominatis, quam nominatis, locum habebit fideiussorum de euictione praestatio. l. habitationem. §. ante pretium. ff. de periculo & commodo rei vendite. l. si post imperfectam. 24. C. de euictionibus. Nec obstat textus in. d. l. final. §. final. ff. de conductione causa data. in illis verbis, & rursus, si tuus est Stichus, & pro euictione eius promittere non vis, non liberaberis, quominus à te, pecuniam petere possim: nam pro vt ego aduerto, ibi Celsus Iurisconsultus, numerare voluit casus, quibus competit condictio dati ob causam, causa non sequuta, vt patet ex titulo cui subiacet illa lex: qui de conductione est causa data, causa non sequuta, & cum retulisset duos, cum res perijt ante traditionem, vel cum tradita aliena reperitur, & sic in euictione, quibus casibus competit condictio dati, adijcit postea alium tertium, cum videlicet, dominus rei, pro euictione illius, promittere non vult, non tamen existimare debes, pro vt Iaso & Calefatus, quod in omni casu, & in omni tempore, possit & debeat haec cautio (cum petitur) praestari, quoniam id Celsus non voluit, sed tunc solú (quia loquitur est legitimis terminis suppositis) quotiescumque futuræ euictionis, vel

vel litis periculum timeretur, vel terræ esset consuetudo de praestanda expressè hac cautione, secundum textum, in. l. si fundus. 6. de euictionibus, vel alià adesset iusta causa, exigendæ huius cautionis, & ea non praestaretur, eo enim casu, datum condici poterit: quoniam sub hac tacita conditione, à principio contractus celebratus ceteretur: non autem, quod regulariter condictio dati (cum cautio de euictione petitur, & non praestatur) competat, nam cum de illius natura, sit, vt in secundo exemplo, quod ibi Celsus attulit, de Sticho alieno patere potest, impertinens erat, eius expressa repetitio: tunc ergo erit intelligendum, conductionem dati competere, cum consuetudo loci, vel futuræ euictionis vel litis timeatur periculum, vel alia adsit iusta causa illam exigendi, pro vt in venditione & reliquis nominatis contractibus, videmus. l. habitationem, quæ est penultima. ff. de periculo & commodo rei vend. l. illud. 4. ff. de euictio.

ii Aliam (quæ septima erit) colligit ex Bartolo, in. l. naturales. §. & siquidem numero. 1. ff. de praescriptis verbis inter hos contractus Bolognetus differentiam, in rubrica de verb. numer. 360. quod in contractibus innominatis, ille qui post implementum conuenitur, vt ipse quoque impleat, poterit reculare implementum, praestando interesse: in nominatis autem è con-

tra, quia debet contrahens praesens dare rem conuentam, etsi nolit, poterit compelli manu armata: sic enim ille loquitur, notabilem vocans eam differentiam: quod videtur colligi, ex eadem. l. naturalis. §. 1. ibi. in qua actione id venit, non vt reddas quod accepisti, sed vt damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo conuenit, accipere: quod & notauit idem Bartolus, ex sententia Accursij ibidem. verbo contractus. in. l. vnica. numero. 28. C. de sententijs quæ pro eo quod interest profer. tribuens id debilitati contractuum innominatorum, respectu nominatorum, iterum eandem defendit idem Bartolus, referens Dynum in ea sententia, in. l. stipulationes non diuiduntur. numero. 14. ff. de verborum. quem sequitur Alexander, ibi. numero. 16. Socinus, in rubrica. ff. eodem. numero. 23. Fulgosius in. l. naturalis. nume. 6. Paulus Castrensis num. 4. Iaso. 6. ff. de praescriptis, verbis. & vocat communè Curtius Iunior, in. d. l. vnica. C. de sententijs quæ pro eo, quod interest. nu. 28.

Ego autem, ab his omnibus libenter dissentio, existimans, verius esse, tam in contractibus nominatis, quam in innominatis interesse rei conuentæ, non posse praestari ab vno contrahente, inuito altero: cum bona fides id postulet, vt praestetur quod inter contrahentes actum & expressum est, vt dicit Vlpianus in. l. ex empto. 11. ff. de actio. empti. id

que mihi videtur Imperatores Diocleianus & Maximianus Leon-
tio rescribentes, edocuisse clarè,
nam cum illi, ordinem præscri-
berent, quem debuisset obserua-
re, in executione cuiusdam con-
tractus innominati, quem fecerat,
sequuto iam implemento, ex sua
parte: aiunt post alia. Si verò nul-
la stipulatio intercessit, præscrip-
tis verbis, actio est, vt vel fides pla-
citi, tibi seruetur, vel quod alterius
accipiendi fundi gratia dedisti,
causa non sequuta, restituatur.
Quod adè generaliter verum pu-
to, vt non solum in dationibus,
sed in factis similiter habeat lo-
cum, quod scilicet, ille qui face-
re aliquid promisit, si facere pos-
sit, quamuis difficulter, compellatur
efficere, nec liberari queat,
soluendo interesse, contra volun-
tatem alterius contrahentis. Non
ignoro, quantum Accursij, Bar-
toli, Baldi & reliquorum commu-
ni & receptissimæ sententiæ hoc
repugnet, in. l. si quis ab aliquo. §.
si quis promiserit. ff. de re iudic. &
in. l. stipulationes non diuidun-
tur. versicul. Celsus tamen. ff. de
verborum obligationibus ex quibus
conclusio communis colligitur,
& tamquam brocardicum in om-
nium ore quotidie versatur, quòd
ad factum nemo compellitur, sed
vice illius, soluendo interesse li-
beratur. Ego autem id verum ef-
se mihi persuadere numquam po-
tui: cum, quia ea est summa iu-

ris naturæ & gentium ratio, vt fi-
des placiti (quo ad fieri potest)
obseruetur, quoniam violatio ius-
titix, quæ est in non dando, cum
dari possit, eadem est in non fa-
ciendo, cum possit fieri: quare non
est differentia constituenda: tum
etiam, quia in eisdem legibus, ex-
pressum videmus, quem ad factum
promissum teneri, nec liberari sol-
uendo interesse, sed præcisè com-
pelli, & non solum simpliciter, sed
manu militari, vt dixit Vlpianus,
in. l. qui restituere. 68. ff. de rei
vindicatione & expressius in. l.
sed et ex personæ. 35. §. præter fa-
ris dationem. ff. de procur. Paulus
in. l. mutus. 43. §. qui non cogi-
tur. ff. de procuratoribus. l. si cum
exceptione. 14. §. sed si quis per vim
ff. quod metus causa. l. si seruum.
§. final. ff. de verborum obligatio-
nibus. l. final. C. de fideicommissa-
rijs libert. l. stipulatio. §. siue. ff. de
noui operis nunciatione. Nec ob-
stabit aliquid textus in. d. l. stipu-
lationes non diuiduntur. & dicta.
l. si quis ab aliquo. §. si quis promi-
serit, cum suis concordantibus, ex
quibus eliciunt doctores, obligatio-
nè non dari præcisè ad facta, sed so-
luto interesse liberari: nam id ex illis
iuribus minimè colligitur, sed id ta-
men, quòd reus, cum non fecerit fa-
ctum, quod promisit, teneretur post
moram ad interesse, hoc autè, in eius
odiu institutum est, non autem in
fauorem, quia præstando interesse,
non liberabitur, ab efficiendo etiã
facto,

facto, si fieri possit: nam solutione
interesse, solum compensat dama-
na, quæ incurrit alius contrahens,
ex eo quòd intra tempus, ille non
fecerit, & solutione facti, satisfac-
tiet primo contractui, ex quo fa-
ctum debebatur. Si autem vel tem-
pus, intra quod necessariò illud fa-
ctum erat faciendum, elapsum fue-
rit: vel se reddiderit inhabilem ad
faciendum in posterum, tunc sol-
uendo interesse damnorum incur-
sorum & verè æstimationis, ad fa-
ctum, reus liberabitur, non ex eo,
quòd interesse simpliciter præsta-
ri possit loco facti, sed quia factum,
cum fieri non potest, suppletur per
interesse, in fauorem creditoris.

12 Octaua differentia, seu potius
sexta, secundum nostram senten-
tiam, inter hos contractus, nomi-
natos & innominatos erit, quòd in
nominatis, speciei debitor, ante-
quam illam tradat, liberatur spe-
cie perempta, sine culpa sua l. si ex
legati causa. l. seruum. §. sequitur. l.
cum filius familias. §. fin. l. si fundum
certa die. ff. de verb. l. si à colono.
§. final. ff. de fideiussoribus. in in-
nominatis autem, non liberatur,
etiam si sine culpa sua pereat, sed
quòd precij loco accepit, teneretur
restituere debitor. l. fin. ff. de con-
ditione causa data. Si autem hu-
ius diuersæ constitutionis, rationè
queras, respondebit Iaso, in dicta.
l. si ex legati causa. num. 2. eam esse,
quòd in contractibus nominatis,
obligatio dadi, est præcisè, & inua-

riabilis, vt qui tenetur rem dare, co-
gatur præcisè, illam dare, adè,
quòd soluendo interesse, non libe-
retur: quare non mirum est, si ex-
tinctæ speciei, quæ erat in obliga-
tione, cum extinguatur subiectum,
& substantia obligationis, extin-
guatur etiam obligatio, quæ erat
super illa. l. soluitur. ff. quibus
modis, pignus vel hypotheca sol-
uitur. Sed in contractibus inno-
minatis, quia sunt debiliores, &
non adest obligatio, dandi rem præ-
cisè: sed liberatio contingit so-
luto interesse, ex Bartolo in dicta.
l. stipulationes non diuiduntur. nu-
14 non mirum est, si non liberetur
re illa perempta: quia obligatio,
non consistebat præcisè in ea, sed
in illa, vel vice illius in interesse.
Ego autem, cum hanc Bartoli &
reliquorum, quoad interesse in in-
nominatis, communem senten-
tiam, supra in septima differentia
repulerim, rationem hanc Iasonis,
modo probare non potero: cum ni-
tatur eo fundamento, quòd falsum
esse iam ostendimus.

Noua igitur & verissimam (ni fal-
lor) differentiam rationem, quòd in con-
tractibus nominatis, re perempta, de-
bitor liberetur, non autem in inno-
minatis, hanc esse te scire volo: quòd
in nominatis, factus est dominus
emptor, ex solo consensu, cum consti-
tit verè de pretio: quare cum res, non
nisi domino perire possit, vt com-
munis & vera iuris regula est, non
potuit res vendita, ad periculum

venditoris perire, cum illius dominium, iam translatum sit, per conventionem in emptorem, & sic ad illud commoda & pericula rei venditæ debeant spectare. l. 1. §. fin. ff. de rebus eorum (cuius vera decisio, in hoc solum consistit etsi communiter ab omnibus non intelligatur). l. 1. 2. & 3. & toto tit. ff. & C. de periculo & commodo rei venditæ. In innominatis autem, non sic: quia cum non perficiantur nisi traditione. l. 1. ff. de rerum permut. ante illam remanent domini civiliter, post factam conventionem, sicut & antea, quia conventio in innominatis, nihil facit, sine rei interuentu. Lex placito C. de rerum permutatione. Vnde colliges nouam, & fortasse veriore omnibus, interpretationem, ad rescriptum Diocletiani & Maximiani, nunquam usque adhuc perceptam, in l. traditionibus C. de pactis. vbi dixerunt, traditionibus & usucapionibus, dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, id est in contractibus innominatis (illa enim esse pacta nuda infra. latius ostendemus) ex sola conventionione, dominia non transferuntur, nisi traditionibus, quia oportet semper, in contractibus innominatis, ad hoc quod dominium transferatur, vel obligatio nascatur, quod rei interuentus accedat, seu quod id est, traditio. Ante illam enim, ex solo consensu, in innominatis, nullam constitui voluerunt Romani obligationem, quavis de iure

gentium seu naturæ, ea sit in vtrisque ratio, vt alibi, cum hunc esse germanum illius intellectum probauerim, latius disputabo. Cum igitur, in contractibus nominatis, ex solo consensu, vt in emptione, dominium transferatur. d. l. 1. §. si minor. ff. de rebus eorum. in permutatione autem non sic, non mirum, si rei peremptæ periculum, in contractibus nominatis, ad emptorem tamquam dominum spectet, in innominatis autem, ad possessorem: quoniam antequam illam tradidit, dominus adhuc remansit. Hec de contractibus innominatis notatu digna mihi videntur: ex illorum enim cognitione, aditum iuris peritis patere, ad plura & Iurisconsultorum & Imperatorum responsa congruè interpretanda, nulli dubium esse debet. Si in eorum tractatione, tantopere à receptis omnium sententijs: nos dissentientes lector animaduernerit potius docendæ veritati quæ sic mihi accuratius illam inuestiganti videtur quæ obtrectandi aut contradicendi cupiditati (a qua animus noster vehementer abhorret) tribuendum merito existimauit. Accedamus ad argumentorum solutionem.

Ad primū enim dicimus, quod contractus innominati (si ius naturæ solū expectes) celebrati per verbum. vt. vel per verbum, si, nec modales nec conditionales sunt eomodo quo Baldus & cæteri in corpore quæstionis adducti negantes in illis

illis inesse naturalem obligationem existimarunt nam quamuis (vt) & (si) modum & conditionem faciant vt Accursius Bartolus & omnes in rubrica. C. de his quæ sub modo. rectè norant non tamen referri debent ad traditionem realem: quoniam hoc esset obligare contractantes, ad impossibile quod admittendum non est. Si enim, tu non vis rem accipere quamuis ego offeram: impossibile profecto est, quod ego illam tradam, cum mea traditio pendeat ex tua receptione, & sic tu nollendo recipere, omnes contractus, posses efficere inutiles & frustratorios: cum ex vniuersa libera omnino pendeant voluntate: quod absurdum erit. l. hec venditio. ff. de contrahenda emptione nam tolletur sic, omnes obligationes ex consensu, contra naturalem rationem & omnem iuris prudentiam. l. consensu. ff. de actio. & obligatio. §. 1. & toto tit. inst. de obligat. quæ ex consensu. Quare, vt illud euitetur, pro vt oportet. l. nam absurdum. ff. de operis libertorum. necessarium erit, voluntatem contractantium sic interpretari, vt verba (vt) vel (si) quæ modum vel conditionem inducunt, referantur ad traditionem, vel obligationem: quæ merito vice & loco traditionis haberi debet, ac proinde, tunc cum ego offero rem permutatam, tu ex consensu primo permutationis, obligatus eris accipere, & rem conuentam tradere, quia sensus contractus innominati, celebrati per

(vt) vel (si) hoc modo. Dabo tibi, pallium, vt des mihi librum: vel si dederis mihi librum: idem erit, ac si clarius expressisset, dabo tibi pallium, si dederis actum, vel obtuleris eodem modo, quo ego possim accipere, librum, argumento textus in l. vter ex fratribus. 23. ff. de conditionibus institut. Alioquin enim, si hunc sensum non faceret, inspiciendus solum natura (vt dixi) sequeretur proculdubio, omnes emptiones, venditiones, locationes, ac reliquas conventiones nominatas, tamquam conditionatas, nec naturaliter obligare, ante implementum, & traditionem rei: nam sæpe, imo sæpissimè, sic solent celebrari istæ conventiones. Centum aut mille tibi dabo, si dederis domum, vel vt des domum, vel quinque aut decem dabo, pro locatione mule, vel iumenti, si velis dare, & sic in cæteris, quas nullus iuste negare poterit, ex hoc consensu acceptato, ab vtraque parte, ante rei traditionem, non solum civilem, sed naturalem producere obligationem: alioquin enim, euinci clarò posset, nullum esse contractum onerosum, in vniuerso, nullam ve conventionem, quæ ex solo consensu, ante rei traditionem pareret obligationem, quod quam alienum sit à commoda merciorum tractatione, & ratione naturæ videbunt omnes. 14.

Ad secundum Respondemus, verum esse, conventiones & obligationes, inter se esse diuersas, & earum

vnus rei interuentu, alias autem solo consensu perfici, & celebrari, vt in emptione, vel locatione ex cōsensu, & mutuo vel deposito, in rei traditione constat: id tamen accommodari ad contractus innominatos non potest, quamuis sola traditione possint perfici, nā in his traditio rei requiritur, à lege ciuili, & sic ab eodem tolli potest, vel à consensu partium, in illis autem, à iure naturæ: ius enim naturæ postulat, ad hoc vt me obliges tu ex mutuo, vt rem vel pecuniam realiter tradas, nam per verbalem mutuationem, nihil recipio, ex quo obliger ad restitutionem: idem est in deposito, commodato, & reliquis, quos per rerum naturam, impossibile est celebrari, ac proinde nec obligationem producere, ante rei interuentum, & sic ille de substantia seu essentia eorum erit, quia hi, sine illo consistere non possunt: in contractibus autem innominatis, non est sic, nam cum lex ciuilis, traditionem solum requirat, erit traditio de natura contractus, non autem de substantia: nam ea solus cōsensus est, in mutua rerum præstatione: qui cum in conuentione perficiatur, obligabit naturaliter contrahentes, cum obligatio naturalis, ex solo cōsensu nascatur, vt lib. 2. harum disputationum. c. 6. quæst. 3. latè probauimus. Pro quo tamè, ne Philosophus vel Theologus, qui hæc nostra legerit, iuris peritorum terminos ignorans paralogizetur,

vel authorem, vt minus propriè loquentem, suo iudicio reprehēdat, notare breuiter placuit, quod natura cōtractus apud nostros nō est idē q̄ natura apud illos, sed idē q̄ qualitas, & sic natura contractus, erit qualitas quædam contractus, quæ inesse regulariter illi solet: nisi pactum adsit in contrarium, vt casus in venditione & reliquis. Substantia vero apud omnes, idem significat, propriam videlicet quidditatem rei: vt ex. l. pacta cōuenti. ff. de cōtrahenda emptione colliges.

Argumento tertio fiet satis, si aduertas: contrahentes indubio, legum dispositioni se voluisse cōformare, verum esse quoad forum exterius, non enim debemus in foro exteriori, ad magis illos obligare, quam leges obligent. In interiori autem, quo rei & naturæ veritas, solum inspicitur, & secundū quā, Dei iudicium ferendum est: dicendum est contra, imo quod contrahētes, nō legi ciuili, sed legi naturæ se voluerint cōformare: quæ cum obliget æqualiter contrahentes, cōtractu innominato, quā nominato, existimare semper debemus celebrantes contractus innominatos, cum simplicem regulariter, & verum habeant consensum (pro vt supra probauimus) naturaliter ex illo consensu & cōtractu, fore ad implendum obligatos, ex supradictis.

Ad quarti argumenti solutionē notādum est, quod lex ciuilis, quāuis

uis actionem non tribuerit, sed negauerit ad cōtractū innominatorū implementū, cū solo cōsensu, sine traditione celebratur, nō tollit nec mutat ius naturæ: quāuis ius naturæ, dicet contractus simpliciter factos, simpliciter obseruari nā cum obseruare pacta, non sit principiū, sed conclusio legis naturæ, nō obligabit æqualiter, semper & in omni populo & in omni foro, quia mutabilis est, pro vt iusto legislatoris iudicio, visum fuerit: vel vt meliùs loquar, mutata materia, quæ legum latoris dispositioni, est subiecta, mutat lex naturæ sua precepta: quamuis illa immutabilis sit, semper. Quare cum iusto Romanorum iudicio, visum non fuerit, actionem dare in foro exteriori, ad obseruandos contractus innominatos, ante implementum, quia plura ex eorum obseruatione exteriori, incommoda redundare viderunt, quā commoda, si obseruarentur: vt infra. cap. 3. quæst. 3. dicemus (de interiori autem ius ciuile nō loquitur) Non mirum esse debet, si absque aliqua iuris naturæ derogatione, vnus obligationem & actionem ex solo consensu tribuerint nominatis, innominatis autem negauerint: quoniam sic ad commodā rei publicæ gubernationem expedire, non sine ratione existimarunt. Quod autem ad ius canonicum attingit, falsa est Baldi & reliquorum opinio, qui iure canonico, ad implementum contractuum innomi-

torum, actionem dandam negauerunt, falsis ducti rationibus, pro vt iam vidisti.

Ad Vlpianum, quem exprincipio huius nostræ legis iurifgentiū, in quinto argumento adduximus, respondebis: quod cum dixit, iurifgentium conuentiones, quædam actiones pariunt, quædam exceptiones, & quæ actiones pariunt, in suo nomine non stan & c. nō voluit dicere, quod iurifgentium, induxit duas differentias conuentiones: vnas nominatas, & quod illæ parent actiones, alias autē in nominatas, & quod illæ actionem non parent, sed exceptionem: vt quidā in rubrica de verborum minus doctè putarunt, sed id tantum voluit, quod conuentiones iurifgentium, quædam à iure ciuili receptæ, à quo etiam nomen acceperunt, obligationem producant. Aliæ verò quibus ab eodem iure ciuili, approbatio & nomina sunt negata, actionem non producant, sed exceptionem: ac proinde, conuentiones esse nominatas vel innominatas, parereque actionem vel exceptionem, à iure ciuili est, non autem à iurifgentium, quod omnibus conuentionibus, etsi diuersa nomina, secundum diuersam materiam, obligationem tamen tribuit eandem: quod ex eodem Vlpiano, & in eodē legis principio, potest cōprobari, nam non dixit. Iurifgentium conuentiones, quædam actiones pariunt, quædam exceptiones: & quæ actiones,

nes pariunt, in suo nomine non stant &c. Sed iurifgentium conuentiones, quædam actiones pariunt, quædam exceptiones &c. Quasi clarius diceret, omnes conuentiones iurifgentium, partim à iure ciuili, nomen proprium & speciale acceperunt, partim vero nõ: quæ acceperunt, in suo nomine non stant, idest in suo generali nomine conuentionis, sed transeunt in proprium nomen contractus, vt emptio, veditio &c. quæ autem nomẽ non acceperunt, actionem non pariunt, sed exceptionem: non debes intelligere, quod pariunt semper exceptionem, vt omnes falsõ tñ sibi persuadēt: sed eo tẽpore solũ, quod in. §. igitur nuda, referem: plura. n. pacta sunt, imo omnia innominata, seu nuda, quæ ante causæ implementum, nullam actionem nec exceptionem producant, vt ibi dicemus latius.

18 Ad sextum dicimus, verissimũ esse, Prætores in proponendis suis edictis, naturalem respexisse semper æquitatem, vt probat textus in dict. l. quod si Ephesi. ff. quod certo loco. & nos in principio libri primi, tractantes de æquitate retulimus: non tamen inde colligitur, quod omnia quæ æquitatem habebant naturalem, edictis suis proponerent, cum multa omiserint: vt qui medio crem habent iuris ciuilis notitiam, apertõ cognoscunt: iustissimis enim moti de causis, sicut & nunc Reges, Imperato-

res & Põtifices faciunt: qui nõ minori quàm quondã, illi Prætores, in ferendis cõstitutionibus nituntur æquitate, nimij esse noluerunt, in perfectuenda in rebus omnibus iustitia, ne emugentes multum (vt cõmuni prouerbio dici solẽ) sanguinẽ elicerent: idest ne ob obseruandã æquitatẽ in omnibus, plura & iniquiora, in rẽpublicã proficisceretur detrimenta: de quibus tractabimus in. §. igitur nuda. Quod vero attinet ad legẽ regni. 3. tit. 8. lib. 3. ordinamẽti affirmam dum est sine dubio, eius virtute, actionem ad complementum contractuum innominatorũ, absq; aliqua traditione proficisci: quid quid Gregorius Lopez, Menchaca & Padilla contra velint.

Ad solutionem septimi, est notã 19 dum, cõmunem illam & receptissimam nostratum sententiam, quæ dicunt, omnia pacta nuda, parere exceptionem, sic vt si rem promissi & tradidi, & postea velim repetere, competat aduersus me exceptio: quod dedi ex §. igitur nuda infra eodẽm. ibi. Igitur nuda pactio, actionem nõ parit, sed parit exceptionem: falsam esse, & à vero illius textus intellectu, longe remotam, vt ibidem demonstrabimus. Ad illud autẽ quod dicitur naturalem & ciuilem obligationem, oriri ex implemento & rei traditione, ex quo videbatur probari, non relinquere locũ pœnitentię nec posse me si centum tibi dedi, vt ires pro me Romam, illa postea repetere & cõtractũ

tractum reuocare, cuius cõtrarium extat expressum, in. d. l. si pecuniã: dices tu, considerando hæc altiùs alijs, quod implementum, seu traditio rei, non facit oriri obligationẽ, respectu illius, qui dedit, quia ad nihil magis se obligauit, tradendo rem conuentam, quàm esset antea obligatus, imo liberauit se per traditionem, ab obligatione quam habebat tradendi. Sed obligatio quæ ex traditione nascitur, est quoad recipientẽ: ex receptione enim illa, obligauit se ad reddendũ præcisẽ rem conuentam, et si illam nõ possit tradere, ad præstandum omne interesse, quod probaueris incurrisse, is qui ex sua parte adimpleuit: ex eo quod rem conuentã, non suscepit. Quare cum respectu illius, qui rem tradidit, antequã recipiat rem alterius, omnia permaneant integra, & re integra, in cõtractibus innominatis liceat pœnitere, non erit mirandum, de decisione textus in. d. l. si pecuniã, cuius species, est legitimis sanctionibus maximẽ conformis.

20 In octauo & postremo Argumẽti solutione, venit nobis explicandus Paulus, in. l. i. ff. de rerũ permutatione. vbi docere videtur, nullã ex contractu innominato, produci ex consensu obligationem: sed illam, à traditione, totam manare: sic enim inquit. Emptio & venditio, solo consensu contrahitur, permutatio autem ex re tradita, initium præbet obligationi, alio-

quin si res nondum tradita sit, nudo consensu, constitui obligationem dicemus &c. Ecce quomodo, omnem obligationẽ permutationis, à sola traditione inquit proficisci: & quo pacto pro incommodo ponat, quod ex solo consensu, in ea, & reliquis cõtractibus innominatis, cõstituatur obligatio. Sed hanc difficultatem tolles si dixeris, Paulum ibi, de obligatione solum ciuili meminisse, nec de naturali fuisse loquutum, cum id clarissimẽ iam constaret: volebat enim Paulus, naturam & substantiam permutationis, & in quo ab emptione & reliquis cõtractibus nominatis differret in foro exteriori, distinctẽ explicare, vt patet primo, ex inscriptione legis, quæ est lib. 30. siue 32. ad edictum prætoris, in quo nihil agi de obligationibus naturalibus solum, non est dubium, quia tantummodo, continebat ciuiles. & prætorias actiones, quoad forũ exterius, vt in principio libri primi, cum de edictis tractarem, notabimus, non indiligenter. Secundo, ex verbis illis quæ sequuntur. Alioquin (inquit) nudo consensu, constitui obligationem dicemus: quod in his, tantum receptum est, quæ nomen suum habent. Quare non mirum videri debet, si permutationem ex traditione, initium obligationis assumere docuerit, cũ in cõtractibus innominatis, ante implementum, seu traditionẽ, nullam ciuile voluerint nasci Romani

mani obligationem. s. sed cū nulla infra eod. l. ex placito. C. de rerum permutatione. ac proinde, eandem rationē, in permutatione, tāquam in contractu innominato, esse considerandam. Nec obstat tandem, si replices asserendo, appellatione obligationis, civilem & naturalem cōprehendi, vt ex Accursio & Socino, in fine huius argumenti retulimus: nā respondebimus, illos falsos esse, cum apud Iuriconsultos, qui de obligationibus & actionibus civilibus: quoad forum exterius, tantum modo tractant, dicentes obligationem non esse, vel obligationem non nasci, de obligatione civili, oporteat semper intelligi, ex doctrina regulę communis, quę dicit, verba iuxta subiectam materiam, esse & interpretanda, & intelligenda. l. si vna. 17. ff. locati cum alijs.

21. Ex qua vera (vt arbitror) resolutione, quod inter contractus nominatos, & innominatos, nihil de iure gentium interfit, nonnulla corollaria deducenda erunt. Primum est, quod de iure naturę, tam habet actionem propriam permutatione distinctam à reliquis conuentionibus innominatis, ac emptio, venditio & societas: quia cum actiones naturales (voco hic actiones naturales, liberas facultates petendi, quod cuique debetur, sine aliqua formula & solennitate civilis) assumere debeant propriam speciem, ex earum obiectis, quę

proprię materię sunt, & materia permutationis, diuersa sit à materia contractus, do vt facias & reliquis: tam debet habere actionem ab eis distinctam, sicut emptio, locatio & societas, à mutuo, commo dato vel pignore.

22. Secundò de duco, quod cum iure naturę, tam perficiatur contractus innominatus, consensu, sicut nomen proprium habens: & in nomen proprium habentibus, ex solo consensu, nascatur obligatio, sic vt possit emptor, aut venditor compelli, ad tradendam pecuniã, vel rem venditam, per obligationem alterius: idem dicendum sit in innominatis, nam postquam consensimus in re permutata, poterit de iure naturę, compelli vnò ab alio, rem permutatam offerente: vt aliam tradat ipse, ex vi conuentionum, nec locum habebit pœnitentia.

23. Ex quo colliges tertio, quod cū in contractibus nominatis, dominium transferatur, per solam conuentionem, vt in emptione, per totum titulum. ff. & C. de periculo & commo rei venditę, constat: perinde in permutatione & reliquis innominatis, in quibus extraditione, de iure civili solet transferri dominium, transferetur iure naturę, ex consensu, vt cernimus in nominatis.

24. Ex quo quartò deducitur quod si postquã permutauimus, sola conuentione, domum meam pro tua, vel

vel pallium pro libro, & postea antequam ego rem meam tradam, & si tu tuam tradideris, illa quę tibi à me erat reddenda, casu fortuito perierit, non mihi sed tibi peribit, nec in foro quod dicunt conscientię, ad restitutionem rei susceptę tenebor, quoniam cum per conuentionē, ad te dominium fuerit translatum, & ad dominum pericula & commoda rei proprię spectent, ratio certē naturę postulabit, vt ego qui dominium in te non habeo, ex casu fortuito, nullū sentiam periculum: cum res quę mea non est, mihi perire nec debeat, nec possit. Vnde consequens erit, quod si res non perierit, sed pretiosior multū, casu vel fortuna cficiatur, commo dum hoc, ad eundem debet pertinere: etsi conuentionis terminos, res progressa non fuerit.

25. Vnde inferes quinto, deceptum fuisse magnopere Menchacēsem, lib. 2. de successio num creatione. s. 12. dum num. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 58. 59. 60. & 61. plura arbitratur licere de iure naturę, quę mihi omnino videntur illicita, dixit enim, iustissimum esse pœnitere, inuito altero contraheute, post factam conuentionem in permutatione, in contractu diuisionis familię erciscundę, vel alterius cuiuscumque, in pacto de mutuando, pignorando, commo dando, vendendo vel locando & reliquis omnib⁹, qui proprium nomen non habent, quia re integra ante implementum, nec natu

ralem in esse obligationem illi videtur, quod ex supradictis, redditur falsum, ac proinde verē mihi persuadeo, quod postquam quis promisit, vel pactum nudum fecit: mutuandi, commo dandi, vendendi vel aliter contrahendi, ex quo aliterius interfit, eum contractum innominatum perfici, de iure naturę, non est licita pœnitentia: quoniã obligatio ex primo consensu nata, non est ratio quare excinguatur, iustitię enim veritati, nihil magis congruit, quàm placita strictē & fideliter obseruare, vt iam sup. ostēdimus.

26. Quare ex his sextò notabis, quod cū de iure Canonico, in contractibus innominatis, sicut in reliquis, equitas sola, & naturę ratio inspiciatur, vt latē tractant Doctores, cap. 1. de pactis. etsi ille textus non probet, sed textus in cap. iuramenti. 22. quęst. 5. contractus innominati, perinde iure Canonico debebūt obseruari: ac de iure gentium, seu naturę nominatos, omnes fatentur: cum eadem sit, & ratio & equitas in vtrorumque obseruatione. Quare de iure Canonico, illationes omnes, quas supra vidisti: perinde obseruandas doceo, ac de iure gentium, omnes conuentiones esse obseruandas, sepe monui. quid quid Baldus, Romanus, Iaso, Connanus & alij in corpore quęstionis adducti, perperam contra senserint: quę omnia, non iuris periti solum, sed Theologi summē notabunt,

bunt, nam secundum principia hæc iuris naturæ, cōfitentium animas, in conscientiæ foro, onerare vel exonerare debebunt.

Hæc lector optime, attullimus, ad intelligendum & ornandum singularem Vlpiani contextū, in præfenti: quem Bartoli & reliquorum commentaria, sine aliqua ratione sua dote spoliatum reliquerunt. cū ex eius perfecta tractatione, aditus pateat, ad intelligendam radicem, omnium contractuum materiam, si nos, qui illorum omnia supplere curauimus, pro rei dignitate, suscepto oneri non satisfacimus plenè, ingenij saltem nostri tenuitatem, in perquirenda veritate, vel saltem in tribuenda occasione, vt alij exactius inquirant, demonstrauimus. Tu omnia æqui bonique consules.

SUMMARIAM AD

Caput Tertium.

- 1 **S** Ex rationibus intenditur probari, permutationem & donationem, contractus esse nominatos.
- 2 Donationem & permutationem, olim & hodie, contractus innominatos fuisse asseritur.
- 3 Permutationis diffinitio asseritur, & communis differentia, inter eam & contractum do vt des, quæ tamen reprobatur.
- 4 Fortunij opinio refutatur, asserentis permutationem solum dici, cum res ab vtraque parte, fuit realiter tradita.
- 5 Alia Berengarij opinio refellitur, existimantis permutationem genus esse, ad reliquos nominatos & innominatos contractus.

- 6 Verbum dare, nouit defenditur, non importare de sui natura, præcisam dominij translationem: & nouè intelligitur textus. in. §. sic itaque discretis. institut. de actione.
- 7 Verbum dare, importat dominij translationem, vel simplicem traditionem, pro vt est natura actus, cui apponitur: & intelligitur lex. non videntur. 167. ff. de regulis iuris. & l. vbi autem non apparet. §. hanc stipulationem. ff. de verborum.
- 8 Formula actionis personalis, scilicet rem dari oportere: agens actione reali, traditur, quare non potuisset vti.
- 9 Corrasij reijcitur opinio existimantis, permutatione & contractum do vt des, idem esse.
- 10 Affirmatur contractum do vt des, ad reliquos tam nominatos, quam innominatos contractus, velut genus ad species se habere.
- 11 Donationem solo consensu perfici, aduersus Bartolum & reliquos contenditur.
- 12 Traditur nouus intellectus ad l. senatus: §. donatio. ff. de donatio. causa mortis.
- 13 Odofredi & Accursij rationes traduntur, quare permutatio, sit contractus innominatus, & communiter illa, cum ea quæ obtinuit, idè innominatum dici, quoniã generale nomen habet, reijciuntur.
- 14 Noua adijcitur ratio, ob quam permutatio, sit innominatus contractus, quod scilicet, nec à iure ciuili nomen, nec propriam sortita sit actionem: sed in meris iuris naturæ terminis, remanserit, reiecta opinione Bartoli.
- 15 Quædam regula traditur, ad discernendos nominatos, ab innominatis contractibus.
- 16 Traditur ratio ob quam, donatio olim, & hodie, dicatur etiam contractus innominatus, omisis quæ traduntur à Butrigario.
- 17 Reijcitur Ioānis & Accursij opinio existimantium, donationem olim contractum innominatum, hodie autem nominatum dici.
- 18 Traditur intellectus ad textum in paragrapho. itē primum. institut. de emptio. & vendi-

- vendit. pro solutione primi argumenti.
- 19 Intelligitur l. iuris gent. in principio. ff. hoc titul. de pactis: pro solutione secundi argumenti.
 - 20 Adducitur solutio ad tertium argumentum, intendens permutationem, nominatum contractum videri.
 - 21 Actionem præscriptis verbis, solum ex innominatis, nunquam autem ex nominatis contractibus nasci, aduersus Fortunium & Forcatulum probatur.
 - 22 Traditur intellectus ad textum in l. La beo. ff. de contrahenda empt.
 - 23 Produci actionem ex contractu, non esse sufficiens remedium, ad hoc, vt desinat esse pactum nudum: pro solutione quinti.
 - 24 Donatore qui rem tradidit, ex donatione poenitere non potest: licet sit contractus innominatus, cum ea regula, solum procedat in respectibus: ad solutionem sexti.
 - 25 Explicantur alia verba textus in l. Iuris gentium, in principio. ff. de pactis.

CAPUT

Tertium.



QVAERIT BAR-
tolus post Accur-
sium hic, verbo,
facias, vt iam tan-
dem ad illum re-
uertamur. nume-
ro primo. quare permutatio, non
dicatur contractus nominatus, cū
elegantius nomen habeat, quàm
emptio: cum vno nomine, scilicet
permutare, vel permutatio, hinc
inde idè vtramque partem com-
prehendat: quod non facit emp-
tio, sed partem emptoris signifi-
cat, vt venditio, partem vendito-
ris. Idem quærit postea. num. 2. de

donatione. quem Baldus, Alberi-
cus & Angelus. num. 2. Alexander
5. Iaso. 7. Orosius. 2. Calefatus. 100.
& reliqui omnes sequuntur, quasi
habentes pro constanti, permuta-
tionem non esse contractum nomi-
natum, quod Fortunius nō admit-
tit. Quare pro maiori rei elucidat-
ione, an permutatio & donatio cō-
tractus, sint innominati: hac dispu-
tatione persequemur.

QVAESTIO Tertia.

VTRVM PERMUTATIO ET
donatio, contractus sint in-
nominati?



QAMETSI ACCUR-
sij, Bartoli &
cæterorum, tam
veterum, quàm
recentiorum scri-
ptorum, commu-
nis & recepta sententia sit, permu-
tationem, contractum esse innomi-
natum: quam puto verissimam, nō
tamen defuit aliquis, qui vel igno-
rantia, vel quod arbitror verosimilius,
vana ostentandi ingenij
gratia, contrariam tutatus fuerit,
is autem fuit noster Fortunius, cu-
ius rationes, vt à tam perspicua &
clara veritate discederet, fortio-
res certè, à docto alioquin & inge-
nioso viro expectabam: ne tamen
cōtingat alijs, eius autoritate, que
Oo apud

apud nostros, non est minima, in hoc articulo decipi, commodissimum videtur, argumentorum que pro eius opinione faciunt, virtutē hac nostra disputatione experiri. Et primo, quod permutatio, contractus sit nominatus, videtur probari ex textu, in §. item pretium. institut. de emptione & venditione. vbi Imperator Iustinianus refert Proculum vetustissimum & sapientissimum Iuriconsultum (cuius sententiam est ipse sequutus) dixisse permutationem, propriam esse speciem contractus, sic enim ait. Sed Proculi sententia, dicentis permutationem, propriam esse speciem contractus, prævaluit &c. Sed qui propriam habent speciem, nominati dicuntur: vt tenent omnes Doctores, in l. legitima. supra. eodem in principio glossæ, vbi dicunt emphiteusum, ideò esse contractum nominatum, quia propriam dicitur habere speciem, seu naturam in §. adeò. institut. locati, & in l. prima. C. de iure emphiteut. ergo permutatio, contractus erit nominatus.

Secundò, idem probatur: ratio quare contractuum, quidam dicuntur nominati, alij verò innominati, ea est: quod nominati, relicto generali nomine conuentionis, assumunt aliud speciale: vt in emptione & venditione cernimus, quæ non conuentiones simpliciter, vel conuentiones do vt des, sed emptiones, & venditiones proprio nomine vo-

cantur. Sic docuit Vlpianus, in principio huius. l. ibi, iurisperitorum conuentiones, quædam actiones pariunt, quædam exceptiones: quæ actiones pariunt, in suo nomine non stant, scilicet generali, sed trãseunt in proprium nomen contractus, vt emptio, venditio, locatio, conductio: sed si in alium contractum, res non transeat, subsit tamen causa &c. Hæc autem ratio, verificatur in permutatione, quia relicto nomine generali conuentionis vel contractus do vt des, assumit aliud speciale permutationis: vt patet, ergo permutatio, contractus est nominatus, quod ad donationem etiam accommodari potest.

Tertiò, nomina propria & specialia, potius ponuntur rebus magis vsitatis & frequentibus, quam inusitatis: vt facilius sic à cæteris distinguantur, vt notant Doctores in l. si quis in fundi vocabulo, in fine principij. ff. de leg. 1. Sed permutatio, frequentior & vsitatior conuentionio est apud omnes gentes, quam stipulatio, quæ contractus est nominatus, imò quàm aliæ plures nominatæ conuentiones, quæ in aliquibus prouintijs, nondum vt illa cognoscuntur: & comprobari potest ex l. 1. ff. de contrahenda emptione. Ergo multum est verosimile contractum permutationis, nomen proprium & speciale habuisse.

Quartò, si propter aliquam causam, permutatio deberet ceteri contractus innominatus, maxime quia

parit

parit actionem, præscriptis verbis, quod proprium est contractuum. l. 1. 2. & 3. l. naturalis. & toto titulo. ff. de præscriptis verbis. Sed emptio & venditio, quæ proprium nomen habent, actionem præscriptis verbis aliquando producant, vt respondit Vlpianus, ex sententia Labæonis in l. Labæo scribit, si mihi bibliothecam. 50. ff. de contrahenda emptione. vbi ait, quod cum actione ex vendito, se compatitur actio, præscriptis verbis, aduersus emptorem, ergo permutatio, contractus nominatus dici & poterit & debet: cum nominatorum contractuum naturæ, vel substantiæ, non repugnet producere actionem, præscriptis verbis.

Quintò, quod donatio etiam contractus sit nominatus, probatur ex Vlpiano, in l. 1. ff. de rerum permutatione. tradens enim ibi Iuriscōsultus modum cognoscendi contractus nominatos, & discernendi illos, ab innominatis: eum adducit potissimum, quod in nominatis, receptum sit, ex solo consensu produci obligationem, innominatos autem, initium suæ obligationis, assumere à traditione: sic enim inquit. Emptio & venditio, nuda consentientium voluntate contrahitur: permutatio autem, ex re tradita initium obligationi præbet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu, constitui obligationem dicemus: quod in his dumtaxat receptum est, quæ nomen suum ha-

bent, vt in emptione, venditione &c. Sed donatio ante traditionem, ex solo consensu obligationem producit, vt docet expresse Iustinianus in l. si quis argenteum. §. 1. C. de donatio: & in §. perficiuntur. instit. eod. ibi. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem, scriptis aut sine scriptis manifesta uerit, & melius ibi. Et ad exemplum venditionis, nostra constitutio, eas in se habere necessitatem traditionis voluit, vt etiam si non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur: & traditionis necessitas, incumbat donatori, ergo donatio, cum perficiatur solo consensu, sicut contractus nominati, contractus nominatus erit.

Quod sextò & vltimò probatur, nam si donatio esset contractus innominatus, sequeretur, quod postquam ego rem tradidi, cõpeteret repetitio, si me poenitisset, cum in contractibus innominatis, sic sit expressum in l. pecuniam. ff. de conditione. causa data, causa non sequuta: sed in donatione, postquam ego rem tradidi, nulla cõpetit repetitio. l. Aristo. ff. de donatio. vbi Vlpianus docet, ex sententia Aristonis, quod si seruum tibi tradidero, ad hoc, vt post quinquenniū manumittas, non potero ante quinquenniū agere, quia donatio aliqua esse videt, ergo tam iure veteri digestorum, quàm nouiori codicis, contractus donationis, nominatus est: vt tenet Bartolus in l. in quibus. §. 1. ff. de donat. & in hac. l. iurisperitorum. in principio.

num. 2. versic. quæro an donatio. Angelus 3. Paulus 7. Alexander 6. Iaso qui communem dicit. 8. Orosius. 10. iterum idem Bartolus in l. 2. colum. 1. ad fin. C. de conditione ob causam. vbi Baldus. numero. 8. dicit, hanc esse veritatem: iterum Bartolus in l. final. numer. 6. ff. de conditione ob causam. Angelus ibi. numer. primo. Paulus Castrensis. 14. Alexander. 6. & communem esse, testatur Iaso. numer. 13. & in l. qui Romæ. §. Flavius Hermes. numero duodecimo. ff. de verborum. Ryminaldus in rubrica de donatio. num. 40. Ripa in l. fin. nu. 120. C. de reuoc. don. Gomezus in §. in personam. inst. de action. quæ probat communem Clarus receptarum libro. 4. §. donatio. quæst. 1. numero secundo. & omnium modernior Nicolaus Mozzius in amphite. cōtract. titul. de donationibus in principio. num. 8.

- 2 Sed Bartoli & caterorum opinio, mihi nō placet, arbitror enim contrariam sententiam, quod videlicet, tam donatio, quàm permutatio, cōtractus fuerint olim & hodie innominati, iuris principijs, magis esse conformem. Pro cuius maiori declaratione, non nulla erunt prenotanda. Primum, quid propriè permutatio & donatio sint, & an conuentione vel traditione, suam perpriam perfectionem assequantur. Secundum, quare illi cōtractus innominati dicantur. Primum enim quid sit per-

mutatio, & in quo à cōtractu do ut des, distinguatur, inter doctores non constat: Azo in summa codicis, de rerum permutatione. num. 3. Cardinalis Hostiensis in summa eodem titul. de rerum permutatione. num. 2. permutationem esse docent, commutationem rei certæ pro re certa: vt puta. Stichum dabo pro Pamphilo, hanc domum pro illa vinea &c. Quod quamuis id nō esse lege expressum, concedant: in de tamen argumentū ad suam opinionem confirmandam deducūt, quod quoties de permutatione lex loquitur, certam hinc inde designat speciem, vt in l. quoniam asseueras. C. de rerum permutatione. Si enim res certa pro incerta, vel incerta pro incerta tradatur, puta bos in genere, pro boue in genere, vel equus in specie, pro mula in genere: non permutationem, sed cōtractū do ut des, esse docent. Quos sequitur Accursius in rubrica. C. eod. Cynus in l. 1. num. 6. eod. titul. vbi Bartolus. num. 2. idem Bartolus in l. 1. num. 2. vbi Paulus Castrensis. 2. ff. de rerum permutatione. & in l. mutuum, in principio. num. 6. ff. si certum petatur. vbi Ripa. numer. 26. Iaso. 28. & Calefatus hic num. 110. Angelus, Faber & Iaso in §. actionum institut. de actio Viglius Zuichem⁹ in prælectione. l. 2. numer. 30. 40. & 41. ff. si certū pet. Vbesembecchius in paratitla iurisci uilis. tit. de rerū permutatione. num. fin. Antonius Gomez. tomo. 2. de con-

contractibus. c. 10. n. 14. versic. ad verendū. adeò vt cōmunem testatus fuerit idem Bartolus in l. 1. C. de rerum permutatione. num. ff. & post eum Fortunius in hac. l. Jurisgenium. fol. 26. pag. 2. versic. vnde tenendo. & Berengarius Fernandez in l. pacta conuenta. cap. 3. num. 8. ff. de contrahenda emptione. cuius rationem redit Iaso vbi supr. & talè videri suo, vt profiteri fuerit ausus, Iuriscōsultum (si viueret) aliam reddere non posse: ea autem est, quod cum verbum permuto, à per & muto, componatur, dictioq; per notet perfectionē. l. vrbana. §. pernoctare. ff. de verb. sig. inde nasci, re vtrinq; , seu speciem certā tradi oportere, vt sit perfecta mutatio.

Sed certè communis de permutatione doctrina & diffinitio, & eius ratio à Iasone, in confirmationem allata, parū habent veritatis: cum quia permutatio, de re incerta, ad incertam fieri potest, quod constat ex l. emptionem rebus. 7. C. de rerum permutatione. vbi gen⁹ seu res incerta, ex vtraque parte cōuenta est: nam Timotheus quandam frumenti modiationem, Callimacho & Achamato dedit, vt olei designatum pondus reciperet, & nihilominus cōtractum permutationis, fuisse ritè celebratum, Imperatores Diocleian⁹ & Maximianus dixerūt. Et titulus ipse cui lex inserta est, de rerum permutatione, indicat: quod si Azonis, Hostiensis, Accursij, Bartoli & reliquo-

rum differētia & diffinitio, vera esset, negligentē proculdubio, & nō ferendē, veteres Iuriscōsulti, accusari potuissent: & Iustinian⁹ Imperator similiter, qui tātōpere laborātes, in assignanda inter emptionē & permutationē differentia. l. 1. §. 1. ff. de contrahenda emptione. & in §. itē pretium inst. de emptione & venditione, nunquam hanc certæ speciei, pro re certa, offenderunt & assignarunt: cum tantum eorū opinionem, ab emptione differre affirmabant. Si. n. permutatio, tūc solū dici debet, quādo vtrinq; species, seu res certa præstat, & emptio non aliter constare potest, quā si pretiū in pecunia numerata intercedat: inepta certè & ignorantiz plena, esset eorū dubitatio, an emptio & permutatio, eadē esset conuētio. Tum etiam, quia ante quā res tradatur, ex sola conuentione de re permutata, permutatio perficitur, vt constat ex l. 1. ff. de rerū permutatione. ibi. Permutatio ex re tradita, initiū præbet obligationi. Fate⁹ ergo permutationē esse, etiā si res nō tradatur, sed in solis terminis conuentionis res consistat, obligationē tamen ciuilem non habere, quo vsque rei interuent⁹ accedat: quod clariū ostēdit. l. ex placito. C. eod. tit. de rerum permutatione. Tertiō præterea probatur, ex l. naturalis. §. et si quidē. ff. de præscriptis verbis. vbi Paul⁹ docet, quod hic cōtract⁹ do ut des, habet duas species, em-

ptionem scilicet, cum datur res pro pecunia, & permutationem, quando datur res pro re; sequitur ergo, quod cum non habeat plures species, quotiescumque non fuerit emptio, cum agitur de re, pro re commutanda, erit proculdubio permutatio: argumento textus in paragrapho primo, institut. de iure personarum. & l. summa. ff. de statu hominum. Quod confirmatur & fortius quarto, ex l. prima. ff. de contrahenda emptione, in verbis illis relatis ex Homero, qui dixit, lib. III. 7. ad finem, exercitus Graecorum aere, ferro, hominibusque vinum permutasse. Et sic contra Sabinum, Celsus & reliqui Iurisperiti approbati à Iustiniano in paragrapho item prae-tium institut. de emptione & venditione. defenderunt, permutationem. Si igitur ferrum & vinum, cum non in certa specie contrahantur, sed in genere, ac proinde functionem recipere in genere suo dicantur ab Ulpiano in l. 2. §. mutui datio. ff. si certum petatur. l. prima. §. mutui. ff. de actio. & obligatio. & in principio institut. quibus modis re contrahitur obligatio. & ex illis permutationem contrahi, Homerus approbatus ab omnibus docuit: necessario sequitur, siue res certa detur pro certa, siue certa pro incerta, siue incerta pro incerta, semper permutationem esse: quae sic commodè diffiniri potest, ut sit vnus rei pro alia, vicaria praestatio:

appellatione rei, comprehendendo omnia, quae pecunia numerata non sint, nam ea facit distingui emptionem à permutatione. l. 1. ff. de contrahenda emptione, sed quid à contractu do ut des distinguatur, difficultas ad huc remanet.

Fortunius in hac. l. Iurisperitum fol. 28. pagin. 1. versic. non obstat secundum. & latius fol. 29. versic. item considera, eam inter permutationem & contractum, do ut des, reddit differentiam: quod permutatio sit, cum actu res ab utraque parte, tradita est: quando verò fit conventio, vel traditio ex vna parte intercesit, cum non accessit ex alia, contractus sit do ut des. Et mouetur ea ratione, quia cum permutatio assumat nomen ab executione rerum utrinque facta, verba definitionis verificari non poterunt, nisi ex utraque parte, res in actu sit praestita: quemadmodum, mutuum dici non potest, nisi verè & realiter ex meo tuum fiat: quia conventio, quae assumunt nomen ab executione, hoc esse proprium, Bartolus hic num. 2. docuit, quae reliqui, sine contradictione sequuntur. Sed minus placet haec opinio Fortunij, quamuis eam defendi possedicat Corrasius, libr. primo miscellanearum. capit. 23. numer. 4. nam permutationem esse, ante quam res utrinque tradantur, pluribus & Iurisperitorum & Imperatorum responsis probabo. Primo enim in l.

in l. prima. §. item emptio. ff. de rerum permutatione. permutatio-nem ex re, ab vna tantum parte tradita, initium praebere obligationi Paulus dixit, & in l. prima. ff. de contrahenda emptione. ex sententia Nerue & Proculi, permutationem esse refert, cum contractum, quo rogam tibi dedi, ut tunicam acciperem, & in l. naturalis. §. etsi quidem. ff. de praescriptis verbis vbi similiter ait, quod si rem dedi, ut rem acciperem, est permutatio: & constat rem, utrinque traditam non esse, quia statim subdit, quod si rem tu nondum tradideris, competit mihi actio, ad repetendum quod dedi, vel ad exigendum omne illud, quod mea inter est, illud accepisse de quo convenit. Idem constat ex l. 3. C. de rerum permutatione. vbi Imperatores Diocletianus & Maximianus Leontio rescripserunt, permutationem, sine eo, quod ex aliqua parte, interueniat traditio, ad civilem obligationem producendam, pro nulla haberi: quod si ex aliqua parte intercederet, fatentur libenter, actionem praescriptis verbis competere, & non ex alio contractu, quam ex permutatione, quia alius contractus celebratus non erat: idem responderunt in l. cum praecibus. 4. l. quoniam asseueras. §. & in l. rebus. 6. ac tandem in reliquis omnibus illius tituli. C. de rerum permutatione. vbi traditio, solum ex vna parte, non solum perficit contra-

ctum permutationis naturaliter, sed efficit, ut actionem pariat civilem praescriptis verbis: Quibus omnibus, satis expresso Fortunij opinio expugnatur, nec obstat eius responsio dicentis, ibi vocari permutationem, pro ut est in fieri, non autem pro ut est in facto esse: nam si Fortunius rectè consideret, nunquam reperiet, rem vocari talè, dum est in solo fieri talis, antequam fiat talis, si enim domui aedificandae, fundamenta ieceris, & sic domus fieri incipiat, domus vocari non poterit, & sic in reliquis, argumento textus in l. is damnus. 168. §. qui pendet. ff. de reg. iur. tum etiam, quia si contractus permutationis, esset in fieri, non autem in facto esse, ante traditionem factam utrinque, non posset parere actionem propriam, praescriptis verbis: quis enim vidit vnquam, parere illud quod, nondum in actu perfectum fuit? profecto nullus, quia monstruosius. Concluditur igitur, permutationem ex sola conventionne rerum utrinque praestandarum, siue certae sint, siue incertae, suam perfectionem, ad esse contractus accipere: ad hoc autem ut pariat obligationem civilem, ex re tradita ab vna solum parte, initium assumere obligationis civilis, dicit. l. prima. ff. de rerum permutatione, cum alijs.

Quare Berengarius Fernandez in l. pacta conuenta. c. 3. num. 7. ff. de contrahenda emptione. aliam,

quæ tertia erit, opinionem tueretur quod permutatio, sit nomen generale: & sic rãquam genus, comprehendat plures species, illæ autem erunt, tam contractus nominati, vt emptio & venditio, ac innominati vt do vt des: quia in hoc contractu, do vt des, solum ea conuentio cõtinetur, in qua ex vtraq; parte, de necessitate, dominiũ debet transferri. Sic etiam Horomanus in. §. item prærium. inst. de emptio ne & veditio. verbum enim, do, id significat. §. sic itaque discretis. vbi omnes. inst. de actio. l. fin. ff. de conditione causa data, causa nõ se quita. l. vbi autem non apparet. §. final. ff. de verborum obligatio. Sed nimis placet, hæc Berengarij opinio, pluribus rationibus. Prima, quia permutatio, non est nomen genericum (vt ipse putat) sed specificum, eam conuentionem significans, qua res vna, pro alia, absente pecunia, permittitur: vt ex diffinitione supra relata, satis constat. Secunda, quia contractus, do vt des, non est specialis, sed generalis, comprehendens conuentiones, tam nominatas, vt emptionem: & innominatas, vt permutationem, pro vt infra dicemus. Nec obstat, quod verbum dare, quod dominiij translationem importat, secundum omnes, non est de substantia contractus nominati, vt emptionis, nam in eo, res danda nõ est, sed tradenda. l. i. l. ex empto. ff. de actio empti. quia respõ

deo, quod eũ Paulus docet, contractũ, do vt des, esse nominatũ, vel innominatum, in neutro eorum, requirit præcisẽ traditionẽ dominiij: sed traditionem dominiij, si possessor qui contraxit, dominus est, vel si dominus non est, & sic res euincatur interesse illius, in hoc quod re careat conuenta. l. naturalis. paragrapho. et si quidem. ff. de præscriptis verbis. Imo. vltimũ docet (ad verũ lector) nullibi in iure ciuili, reperiri verbum, dare, præcisã translationẽ dominiij significare vt omnes vsque ad huc, nemine dissentiente, male iudicio nostro, arbitrantur. Quamuis enim, duo iura, in. §. sic itaque discretis. inst. de actio. & in. l. vbi autem non apparet. §. fin. ff. de verb. id expræsis verbis, videantur probare: si tamen alitũ & subtiliũs perpendas, id ea iura nunquam probabunt. Sic enim ait Imperator. Nec enim, quod actoris est, id ei dare oportet, quia scilicet, dari cuiquam, id intelligitur, quod ita datur, vt eius fiat &c. Ex quo colligunt nostri, verbum dare, præcisam necessitatem, transferendi dominium habere: sed mihi ille textus eam conclusionem nõ probat, sed diuersam omnino, vt statim ostendam. Pro cuius maiori declaratione, necessarium mihi videtur, intentionem Imperatoris in eo. §. alitũ explicare: cum enim de actionibus, tam in genere, quã in specie, tractare intendet, & in. §. i. quid esset actio docuisset,

set, & in. §. omnium. summam seu diuisiones earum, in personales & reales fecisset, & in reliquis. §. reales & personales, pluribus exemplis, tam à iure ciuili quã prætorio de promptis latẽ, explicasset in. §. illo sic itaq; discretis, incepit ostendere, quomodo illis actionibus esset vtẽdũ, nã si quis intẽtare vellet actionem in rem, quæ vendicatio vocabatur, non debeat vt clausula illa, aio te mihi dare oportere, quia cum forma, esset propria personalis actionis. §. appellamus. inst. eod. & formula actionis personalis, diuersa esset omnino à reali: omnes autem actiones certas & solennes esse placuit. l. 2. ff. de origine iuris. nõ potuit nisi ineptẽ, & cum causæ periculo, vna pro alia proponi, cum vtriusq; fines omnino essent diuersi, per actionẽ enim realem, quisq; rem suã petebat: in personali autẽ, id solũ regulariter assequi conabatur, vt res sua efficeretur: quare ne is legitimus petẽdi ordo peruerteretur, si quod suũ erat, & debuisset petere per actionem in rem, postulet de nouo suum fieri, per actionem in personã, quod natura nõ patitur: qui enim semel est dominus, amplius fieri dominũ naturæ repugnat, rectissimẽ Iustinianus dixit, actorem rem suam, ab aliquo petentem per actionem, videlicet realem, vt non debere clausula illa, si paret eũ dare oportere: et hoc volunt verba illa, nec enim quod actoris est, ei dare oportet

quia scilicet, dari cuiq; id intelligitur, quod ita datur, vt ei fiat: quod clarescet magis, ex alijs, de quibus ibi. nec res quæ iam actoris est, magis eius fieri potest, id est, postquã iam actor, dominium habet in re & eam vult repetere, cum persona principaliter nõ est obligata: & sic actio personalis non competit, vtatur rei vendicatione, cuius actionis solennitatem, videas apud Gelliũ, Noctium Atticarum. lib. 20. c. 2. & Ciceronem, in oratione pro Murena. Hopp. lib. 3. ad Pandectas, non autẽ formula illa, aio te dare oportere, quæ personalis est: cum enim in re, dominium habeat, & per actionem personalem, dominium regulariter quærat. §. omnium versi. namq; agit vnusquisq; inst. eod. petit rem ineptam & impossibilem, quod res videlicet sua, iterum sua efficiatur, quod natura nõ patitur. l. 3. §. ex plurimis. ff. de acquir. possessione. §. sed et si re. inst. de legatis cum alijs.

Sed si dicat aliquis tandem, ex eo textu colligi posse verbũ, dare, dominiij translationem significare, respondebimus id verum esse, in casu quo textus loquitur, cum scilicet, quis intentat actionẽ personalem, ad rem acquirendam, cuius dominium non habet: tunc enim, si petit sibi dari, verum est dicere, illum petere dominiij translationem, vel cum obligauit aliquem, ad hoc vt rei dominium, in se transferret, vt est in omnibus stipulationibus &

reliquis fere contractibus, excepta emptione, cuius ratio alibi explicabitur: tunc enim, ex rei quæ geritur, natura & contrahentium voluntate, qui acquirere voluit dominium, verbum, dare, pro dominij translatione, & ecõtra vsurpatur. Sic intelligendus est Paulus, in. l. non videntur. 167. ff. de reg. iuris. vbi ait, non videntur data, quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt, id est cum aliquis, ex contractu tenetur, dominium transferre, & rem tradit alienam, & sic dominium non transfert, quia dare, seu dominium transferre tenebatur, & rem eo tempore quo dedit, accipientis nõ fecit, dare seu dedisse minime est existimandus. Sic intelligendus Vlpianus, in. l. vbi autem non apparet. §. hãc stipulationem. ff. de verb. oblig. ac eãdem reliqui omnes Iurisconsulti, qui verbum, dare, pro dominium transferre vsurpant. Si autem contractus, quem gerimus, natura, translatione dominij necessario non importet, vt est emptio. l. ex empto. ff. de actio empti. tunc certè si alia coniectura clarior cõventionis, in dominij translatione nõ appareat, & contractus fiat sic. Centum tibi dabo, vt domũ des, tam verbum, dabo, pro traditione esse interpretãdum affirmo, ac si non verbum, des, sed verbum tradas, apponeretur, quotiescumque enim, contractus natura, vel cõtrahentium, expressa cõventio, dominij translationem nõ importet,

verbum, dare, non dominium, sed simplicem traditionem significat: qua ratione, ab ipsis Iurisconsultis, verbum, dati, in hoc proposito, sæpè vsurpant videmus: vt constat ex l. naturalis cum suis §. §. & l. si. ff. de præscriptis verbis. ibi. Si Sciphosti bi dedi, vt eosdem mihi redderes, commodati actio est, & ex. l. si quis ita libertatẽ. §. qui ita liber esse. vbi rectè notauit Accursius, verbo, perueniet. ff. de statu lib. nec vbi proprietates repugnat, sic enim dare, pro cedere, seu, tradere, vsus est Plautus, in Trinumo. Nam beneficium (inquit) homini propriũ, quod datur, proprium erit, quod datum vtendum est, id repetendi copia est, quando velis. In eodem sensu usurpauit Quidius lib. i. de arte amandi, illo versiculo.

Multa rogant tradenda sibi, data reddere nolunt.

Et Iurisconsulti, rem dare pignori, præcario, commodato, dixerunt, ex quibus dominium non transfertur, pro eo quod est, cedere, concedere vel tradere: quod fortius poterit confirmari ex eodẽ Iustiniano. in §. appellamus, inst. eod. vbi clausulam illam, rem dari, in omnibus personalibus actionibus, vsitatam docet, quamuis aliquando non petatur, dominium transferri, sed restituit, vt in commodato, deposito & alijs constat, quorum actiones sunt personales. §. sequens illa diuisio, inst. eod. & melius ex Paulo in. d. l. naturalis. §. & si quidem. vbi docet,

docet, emptionem, speciem esse contractus, do vt des, pro vt infr. dicemus: & nihilominus in emptione, de necessitate transferendum dominium, nullus admittit. l. ex empto. infr. de actio. empti.

8 Si autem opponas, quare in actione reali, qua quis petit rem restitui, formula illa, re dari, non interpretamur illam, pro, rem tradi, seu restitui, dices tu, propter formularum rationem, quas certas & solennes esse voluerunt, id obtinere: nam vt ait Cicero. lib. 2. de inuentione. Ita ius ciuile habemus constitutum, vt causa cadat, is qui non quemadmodum oportet egerit: qua de causa vt idem scribit in oratione pro Comedo, sunt iura, sunt formulæ de omnibus rebus cõstitutæ, ne quis aut in genere iniuriæ, aut in ratione actionis errare possit: expressæ sunt ex vniuscuiusq; damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria, publicæ à prætore formulæ, ad quas priuata lis accommodaretur: quare cum formula illa, aio te, rem dare oportere, ad actiones personales, quibus personæ principaliter conueniebatur, præscripta fuisset, vt in. §. appellamus idẽ Iustinianus docuit: non mirum si ad reales, in quibus in rem actio principaliter intendebatur, accommodari non posset. Quare ineptam censeo eorum interpretationem, ad. l. si. ff. de conditione causa data, causa non sequuta. qui ex eo quod verbum, dare, in contractu emptionis

apponatur, putant diuersum contractum ab emptione celebrari, quod falsum est, vt in illius legis explanatione aliquando docebimus.

Relinquitur ergo minime probabilem esse Berengarij opinionem, tenentis permutationem esse nomen generale, & contractum do vt des, speciale: quod in eo, non nisi contractus, in quo de necessitate venit dominij translatio, comprehendatur, quod falsum esse, constat ex superioribus.

9 Corrasius lib. 2. miscellan. cap. 15. nu. 5. in alia noua est opinione, quæ quarta erit: dicit enim permutationem, & contractum, do vt des, idẽ esse: sicque, nullam inter vtrumq; constituendam fore differentiam asserit num. 6. probatq; ex textu in. l. naturalis §. etsi quidem. ff. de præscriptis verbis. vbi Paulus cum de contractu do vt des, loqueretur, ait. Si autem rem do, vt rem accipiam, quia non placet permutationem rerum, emptionem esse &c. Vbi clarè contractum, do vt des, permutationem vocat, & præterea cū finem tractationi illi permutationis, Iurisconsultus imposuisset, ait. Explicitus est articulus ille, do vt des. Sed minus vera est hæc opinio Corrasij, cõfunditurq; ex eodemmet textu, quem pro se allegat. in. d. l. naturalis. §. etsi quidem. vbi cum Paulus Iurisconsultus, de contractu, do vt des, agere inciperet, ait. Etsi quidem pecuniam dem, vt rem accipiam, emptio & venditio est. Ex quo clare

rè constat, do vt des, ad alia se extè-
re, quàm ad permutationem, cum
in emptione verificari, Paulus hic
doccat:

io Quamobrem, spectis his omni-
bus, cum quid sit permutatio secū-
dum opinionem nostram supra ex-
posuerim, aliter & sic quintò, illà
à contractu do vt des distingues tu
dicendo, quod cōtractus, do vt des,
est nomen genericum, comprehē-
dens omnes species contractuū, si-
ue nominatorū siue innominato-
rū, in quibus hinc inde aliquid da-
tur & accipitur: vt Paulus satis ex-
pressò in d. s. etsi quidē. docuit. Et
si quidem (ait, cum de cōtractu, do
vt des, ageret) pecuniam dem, vt rē
accipiam, emptio & venditio est: si
autem rem do, vt rem accipiam,
quia non placet, permutationem
rerū, emptionē esse, dubiū non est
nasci civilem obligationem, itaq;
si ex vna parte detur pecunia, & ex
alia res, quoniā emptionis substātia
lia sunt, emptio quidem erit. Si au-
tem pecunia numerata absit, res ve-
rò pro rebus, siue in genere, siue in
specie, ex vna vel vtraq; parte com-
mutentur, permutatio nominabi-
tur, quoniā in hoc eius substātia cō-
sistit, vt res in genere vel in specie,
pro re alia commutetur: nec neces-
saria erit actualis earū vtriusque prę-
statio, secundum Fortunium, cum
conuentio in re permutata, absque
traditione, tam sit naturaliter, &
debeat dici permutatio: ac si verè
vtrinq; præstatio extitisset, traditio

enim, contractibus, qui re non con-
trahuntur, merum accidens est, ex
quorum numero, nunquam per-
mutatio probabitur.

De donatione autem, nō minor
dubitatio est. V. sola conuentione
liberali, an verò traditione cōsistat?
Bartolus in hac. l. Jurisgentium. in
principio nu. 2. cū in ea sentētia es-
set, vt donatio, tam olim quàm ho-
die cōtractus sit nominatus, & præ-
uideret obijci posse, quare ex cōsen-
su solo, obligationem non produ-
xerit, respondit: quod quidam con-
tractus, denominantur ab actu pa-
ciscendi, seu conueniendi, quidam
autem, ab actu exequendi: contra-
ctus qui denominantur ab actu pa-
ciscendi, in eo instanti, nomē & sub-
stantiam talis conuentionis, asserit
accipere, quo cōuentio conficitur,
exēplū ponēs, in emptione, vēditio-
ne, locatione, cōductione, societa-
te, mandato & similibus: eos verò
contractus, qui denominantur ab
actu exequendi, tale nomen assu-
mere non posse, nisi facta execu-
tione, dicit. Exemplum (inquit) est
in his contractibus, qui re contra-
huntur: vt depositum, mutuum,
commodatum, qui ab actu exe-
quendi denominantur: vt patet ad
sensum, & sic si facio pactū de depo-
nēdo, commodādo vel mutuando:
non est cōtractus nominatus, com-
modati, mutui vel depositi, nec a-
ctionem producit: nunc ad propo-
sitū, donatio & fuit & est cōtractus
nominat⁹, & denominatur ab actu
exc-

exequendi, quia idem est quod do-
ni datio. l. Senatus. s. doni da-
tio. ff. de donatio. causa mort. Qua
re merito de iure isto, si peruenie-
batur ad traditionem, perficie-
batur contractus, aliàs nō, quia pa-
ctum de donando, non erat dona-
tio, sed pactum nudum: & ideo nec
producebat actionem, nisi vestire-
tur solennitate verborū. Hęc Bar-
tolus, quæ in hoc quod donationis
contractus, non perficiatur, ex ta-
li promissione, dabo tibi centum,
sed ex reali eorum traditione, vidē-
tur confirmari, ex eo quod non mi-
nus festiuè, quàm eleganter, scrip-
sit Hispanus noster Martialis, lib.
10. Epigramma. 16. in Caium, vbi
sic inquit.

Si donare vocas promittere, nec dare Cai.

Vincam te donis, muneribusque meis.

Accipe Callaicus quidquid fodit Astur in ar-

Aurea quidquid habet diuitis vna Taçi, (uis

Quidquid Erythrea niger inuenit Indus in Al

Quidquid & in nidus vnica seruat avis, (ca,

Quidquid Agenoreo Tyros improba cogit ahe

Quidquid habent omnes accipe & c. (no,

Sic enim videtur ostendere, do-
nationem non perfici, sola promif-
sione nuda, sed rei interuētū, sicut
mutuum, depositū, commodatū
& reliqua: vt Bartolum sequutus,
defendit nouus Padilla. in princi-
pio. l. naturalis. ff. de præscriptis ver-
bis. numero. 25. sed Bartoli tradi-
tio, quo ad donationē saltem, mi-
nimè mihi probatur, imo vt modo
ostendam, tātum à veritate abest,
vt sibi ipsi repugnet, nam si ad elsē-
tiam donationis, ipsa traditio do-

ni, necessaria est, quemadmodum
in deposito, commodato & mu-
tuo, vt ipse putat: impossibile certè
est, quod solennitate verborū, seu
stipulatione (vt ipse ait) confirme-
tur: nam quamuis ego promittam
commodare, mutuare vel deponere,
sub stipulatione, si realiter non
mutuo, depono vel commodo, cō-
tractus mutui, cōmodati & depofi-
ti minimè celebrabitur: quoniam
rei interuentus, qui de illorum sub-
stantia est, nondum accessit. Cum
igitur stipulatio de commodando,
mutuando vel deponendo, magis
stipulatio, quàm depositum, com-
modatū & mutuum dici debeat,
vt constat: necessariò tenetur Bar-
tolus concedere, quod promissio
de re danda, verborum obligatio-
ne seu stipulatione confirmata, nō
sit donatio, sicut stipulatio de com-
modando non est commodatum:
cum vtriusque contractus, substan-
tialia ipse æquauerit, dicēdo, rei tra-
ditione solū perfici vel concede-
re, quod sicut promissio de donādo,
stipulatione vallata, donatio est,
vt ipse ait, sic etiā stipulatio de mu-
tuādo, mutui cōtractus erit: quod
dictū, nedum concessu absurdum
erit, ex eo enim euinci posset, quod
si tu promittis, sub stipulatione,
mutuare mihi centum, qua mutuū
perficitur, tenebor ego antequam
tu realiter mutues, illa cētum resti-
tuere: quod quam sit falsum nostra
confutatione non indiget. Est igitur
constanter tenendum, vt verif-
simū

simum, contractum donationis, sicut in permutatione, supra dixim⁹, tam consensu solo, seu nuda promissione perfici, ac emptio & venditio, locatio, conductio & reliquæ conventiones nominatæ perficiuntur: etsi discrepet ab illis, in hoc quòd olim donatio, promissione sola, actionem non produceret, ut illi qui nomen proprium & speciale habent, non autem id erat ex eo quòd cōtractus donationis, in promissione non perficeretur: sed ex eo quòd non fuisset talis conventio, approbata ad producendā obligationē civilem, etsi stipulatione firmaretur, ut infr. c. 9. q. 5. in explicatione. §. igitur nuda probauim⁹: propter rationes & causas, de quibus ibi.

12 Nec obstat textus in d. l. Senatus. §. donatio. ff. de donatio. causa mortis, ubi Paulus ait, quòd donatio, dicta est, à dono, quasi doni datio, ex quo Bartolus & reliqui, communiter colligunt, donationem sola traditione perfici, nam respondeo duobus modis. Primò, quòd ibi Paulus, nō egit de donatione, pro ut ea iure naturæ inspecto perficitur, sed egit de donatione solùm, à lege civili approbata: & sic verum est, in sola traditione consistere, nam olim, per legem Cinciam decretum id fuerat, ut postea dicemus. Vel secundò, quòd in verbis illis, doni datio, noluit intelligere traditionem realem, nam cum vellet docere, à quo duceretur hæc

vox donatio, & quid propriè esset donatio, ait, dictam fuisse, à dono, id est quasi doni dationem, tanquam si clariùs diceret, donatio venit, à verbo, dono: donare, autem, est donum dare, id est liberalitatem gratis exercere, dicere autem noluit, quòd cōtractus donationis, in traditione doni, solùm perficitur, ut isti communiter intelligunt, sed tandem quòd donatio, à reliquis cōtractibus, in hoc distinguitur, quòd in illis, nullum fiat donum, sed totum quòd geritur, negotium sit & commercium, seu commutatio onerosa: in hoc autem omne quòd geritur, donum seu doni sit datio, seu quòd in idem recidit, liberalis quædam promissio. Et hunc cenfeo verissimū illius textus intellectū, à cuius sententiā nō recessit Martialis, in epigrammate supra citato. Nā ibi iocari solum voluit in Caium, & amicè ostendere, exigui momenti esse donationes, quæ nuda seu simplici promissione solùm emittuntur, nec unquam reducuntur ad actum seu executionem: quòd verissimum est, nec nos negamus. Eadem enim ratione, dicere possumus, emptiones, venditiones, locationes, societates, mandata & reliquos cōtractus nominatos, parui momenti esse, si post conventionem, non mandantur executioni, inde tamen nō potest colligi, quin sola conventionem, non perficiatur ut notum est.

Sed

Sed quare (hoc est quòd secundo loco inquirendum posuimus) cū permutationis & donationis cōtractus, solo consensu perficiatur, ut diximus: nominati non sunt, sed innominati: nō levis dubitatio est, quā doctores nostri tripliciter solvunt. Primò enim, Ioannes pro ut refert Accursius hic. verbo, facias, eam reddit rationē, quare permutatio non sit cōtractus nominatus, quia videlicet, cōtractus nominati, conventionem seu consensu solo perficiuntur. l. 1. §. item. emptio. ff. de rerū permutatione. permutatio verò e cōtra se habet, quia necessariò requirit rei traditionē. l. ex placito C. cod. Sed hanc rationem reprobat Accursius tam in d. l. 1. quàm hic, quia commodatum & depositum, non contrahuntur solo consensu, sed rei traditione, & nihilominus, sunt cōtractus innominati, ut patet ex hac. l. nostra. Quare idem Accursius, in secunda est sententiā, quòd permutatio, ideo non sit cōtractus nominatus, quia statim quòd in esse producitur, actionem non parit, sed ita demum si res sequatur, & tunc nō nascitur actio ex re, sed ex pacto præcedente. l. ex placito C. de rerum permutatione. at in mutuo, deposito & commodato, eo ipso quòd sunt in esse producti, nascitur actio, nā non sunt in esse, quousque res interueniat, & ideo dicitur re contrahi obligatio, & cōtractus nominati, qui re contrahuntur. Sed hæc so-

lutio, fere eadem est cum prima, quare, nec ipsi Accursio satisfacit, sed ad aliam tertiam, quæ est in rubrica C. de rerum permuta. recurrendum monet, ibi autem, idcirco permutationem cōtractum esse innominatum asserit, quia permutare, est verbum generale, pertinēs etiam ad venditionem, locationē & reliquos cōtractus: ubi aliquid hinc inde accipitur: permutare enim addit Bartolus, sequutus Accursium in eodem loco. num. 1. dicitur, hoc est, tibi do hoc, pro hoc: quare meritò dicitur cōtractus innominatus, quia habet nomen generis, & sic nō potest dici, quòd habet speciale: ponit exemplum Bartolus sic. Nam sicut videmus in simili, quòd quilibet nostrum vocatur homo, tamen per hoc, quis non dicitur nominatus, scilicet per nomen proprium: sic in permutatione, qui etsi habeat nomen generis, non tamen habet nomen speciale & proprium, ut emptio & venditio. Idem tenuit idem Bartolus. in. l. siue apud acta. nu. 22. C. de transactio. Iacobus Butrigarius & omnes antiqui, pro ut refert Albericus, eam probans hic, ubi Bartolus, Baldus & Angelus num. 2. Fulgosius col. 2. Paulus Castrensis. num. 5. hæc esse veritatem affirmans, Alexander hæc esse veram rationem testatus num. etiam. 5. communem vocans Iaso num. 7. Orosius. 2. Calefatus. 104. Padilla in. l. naturalis num. 23. ff. de præscriptis verbis. & nouius Gregorius

gorius Tolofanus. libro. 28. syntagmat. ca. 1. per totum. omnibus que tandem recentior Nicolaus Mozzius in amphiteatro contractuum tit. de donationibus. artic. 4. nu. 11. & 12. cum sequentibus.

41 Ego autē qui horum grauissimo rum patrum, & reliquorū omniū vtriusq; scholæ, tam canonicæ quā ciuilibus authoritate non moueor: vt rationem non queram in singulis, & eam quæ sitam, suo momento nō expendam, quam doctores isti, ad sententiam suam stabiliendam adducunt, minimè probare possum, quippe quæ non solum friuola & inanis sit, sed sibi ipsi repugnans, vt ostendam. Si enim Accursius Bartolus & reliqui, permutationem, eam esse conventionem docuerunt, qua res vna certa, seu species pro alia specie commutatur, vt supra ex eisdem retulimus, quo pacto permutationem, ideo esse contractum innominatum, modo asserunt, quia stat in nomine generali conventionis, nec potest accommodari ad vnum solum & specificum, vt emptio ac reliquæ nominatæ, nonne ista repugnantia sunt? quo enim modo, potest permutatio, nomen esse generale, si ad vnā conventionem, cum res certa pro alia re certa commutatur, potest & debet, secundum eorundem sententiam & definitionem accommodari? vel si nomen est generale, quo pacto dicunt, eam solam conventionem, in permutatione compræ-

hendi, qua res certa pro alia certa, pecunia vel factio, fit commutatio? certe nullo: cum hæc sibi ad inuicē aduersentur. Quare concludendū est, permutationem nomen esse specificum, & vni soli conventioni competere, cum res vna pro alia, siue in genere siue in specie commutatur: nec ad alias nominatas vel innominatas, propriè extendi posse. Quod si aliquando nomen hoc, (permutatio.) in ea est significatio ne usurpatū, vt omnes conventiones, in quib; hinc inde aliquid præstatur, comprehendere, pro vt Bartolus dicit, quod apud alios probatos authores, me legisse, non memini: parum eius & reliquorum opiniononi fauebit, nam emptio & venditio, olim in legibus duodecim tabularum, omnem alienationem continebat, pro vt refert Pomponius in l. 1. statuliberi à cæteris. §. Quintus Mutius. in fine. ff. de statuliberis, cum tamen postea ad eam conventionem accommodaretur, qua pecunia numerata, pro re præstatur, nomen proprium & specificū sortita est, vt patet ex Vlpiano hic, quod & in permutatione fore dicendum videtur, vt quāuis nomen fuerit à principio generale, & continens omnes conventiones nominatas, et innominatas, pro vt Bartolus dicit (et si mihi nondum id constet) postea tamen, cum materiam & obiectū specificum & proprium fuerit sortita, cum res videlicet pro re præstatur,

tur, proprium nomen suscipiat: etsi id in permutatione non debet procedere, reddenda est certè ratio, quare in emptione locum habeat: quam si dare non possint, vt apud me certum est, confiteantur necessariò oportet, vel quòd permutatio nomen sit proprium & specificum vnius conventionis, nec ad alias nominatas propriè extendi posse, quod ipsi nolunt concedere: vel si nomen fuit generale, & ideo contractum esse innominatum, emptionem similiter, innominatum esse contractum, quia à principio, pro vt ex Pomponio retuli, omnes alienationes comprehendebat, quod nullus sanè iuris prudentiæ, audebit admittere.

Quare tu quarto loco (& vti nam sicut nouius, sic verius cæteris dictum sit) hanc difficultatem dissolues: asserendo, quod permutatio, quamuis proprium & specificum nomen habeat, & propriam materiam & formam, sicut emptio, & venditio, hoc enim nullus iustè negare potest, nam sicut emptio, constat ex re empta & certo pretio, ita permutatio ex re vtrinque præstanda, nihilominus contractus est innominatus, non de iure naturæ seu gentium: nam de illo omnes conventiones habentes propriam materiam distinctam à reliquis, habere debent propriam vocem, seu denominationem, quæ nascitur ex illa, à reliquis etiam distinctam, quidquid malè contra-

rium scripserit Bartolus in hæc l. Iurisgentium. §. quinimo. numero. 19. infra. eodem. sed de iure ciuili, ab eo enim, permutatio recepta non est, vt nomen proprium ciuile, & propriam actionem ciuilem habeat, nec obligationem simpliciter producat: nisi quatenus synallagma intercedat, quod proprium est contractum innominatorum: diuersa autem hæc nomina, vel contractuum vel actionum, in iure nostro, nō debent intelligi esse talia, ex eo quòd natura sint talia, sed quòd iure ciuili sint talia, id est quòd ius ciuile, contractus vel actiones, datis nominibus proprijs & specialibus, receperit ad producendum hūc vel illū effectū ciuile. Hac igitur ratione, quòd permutatio non sit baptizata (vt cū nostris loquar) à iure ciuili, proprio nomine, approbando illud, quòd habet à natura ad effectus ciuiles, & ea priuilegia quæ emptioni, venditioni & reliquis contractibus nominatis tribuit, illi negauerit, iustissimè contractus innominatus, respectu iuris ciuilibus vocabitur: quia nomē quòd habet naturale, ex propria & distincta materia, ius ciuile noluit agnoscere, ratiōe de qua in questione præcedenti, latius egimus.

Vnde colligi potest, regula vna generalis, qua contractus singulos, nominatos, ab innominatis, possit facillè lector discernere. Ea autem est, quòd non inspiciat, an materia vnius contractus, diuersa sit à reliquis, & nomē

etiam à natura proprium & distinctum habeat, sed an ius civile, illam conventionem, approbando nomen, & dando actionem, ac reliquos nominatorum effectus, receperit: si enim hoc expressum in iure viderit, contractus sine dubio dicitur nominatos, si autem hoc absit, innominati certò erunt, quia ratio formalis, seu differentia ultima, qua distinguuntur, nominati & innominati inter se, in hoc tantum consistit. an videlicet, suum nomen naturale, approbatum fuerit à lege, eo modo quo reliquæ conventiones nomen habentes, vel non ex primo enim nominatos, ex secundo autem innominatos esse, proficiscitur.

16 Quare cum donatio olim & hodie, etsi materiam & nomen proprium ac specificum habeat (est enim liberalis & gratuita doni præstatio, seu promissio) contractum fuisse semper innominatum defenderim, non erit in difficili responsio: materia enim propria & diuersa, à reliquis, nomen què specificum donationis, natura sua, à lege civili, ad producendos eos effectus, quos dedit conventionibus nominatis, minimè sunt recepta & approbata: & ideo conventio innominata, respectu iuris civilis, rectissimè nuncupabitur. Et hanc puto rationem verissimam, quare donatio, nec olim nec hodie sit contractus nominatus, nam illæ quas reddide-

runt, eandem opinionem sequuti Iacobus Butrigarius in l. 2. C. de conditione ob causam. pro ut refert Bartolus in l. in ædibus. §. 1. ff. de donatio. & Albericus hic numero. 8. Baldus. 10. versicul. tertio quærit. Imola, Cumanus, Romanus & Franciscus de Ramponibus in dicta. l. in ædibus. §. 1. Calesatus hic num. 105. 106. & 107. parui momenti sunt: dicunt enim, ideò esse donationem, contractum innominatum. Primò, quia non est propriè contractus, per l. Labeo. §. contractum. ff. de verborum significatione. non enim est, ultrocitroque obligatio, & cum nõ sit contractus simpliciter, nõ poterit esse contractus nominatus. Secundò quia actio, quæ ex illa producitur, non nascitur ex pacto, sed ex lege propter pactum. Tertio, quia nõ habet nomen specificum, sed generale, quia comprehendit plures species donationis, donationem simplicem, donationem causa mortis &c. Sed prima ratio, confunditur ex his quæ attulimus libr. 1. harum disputationum capite. 4. quæstione. 1. in corpore. ubi donationem, contractum esse latè probauimus, respondentes etiam ad textum in dicto. §. contractum. Preterea, quia si ideo non est contractus nominatus, quia non est contractus simpliciter, nec innominatus contractus erit, cum contractus innominatus, contractus sit. Secunda, quòd actio nascatur ex lege,

lege, propter pactum & non ex pacto, ridicula est: nam si in pacto de donando, nascitur actio ex lege, propter pactum, nõ video quæ ratione, id in emptione, venditione & reliquis conventionibus nominatis & innominatis, non dicatur, cum in illis similiter, actio à lege detur propter pactum & non ex solo pacto: nam illud, sine speciali legis approbatione, nihil posset operari in foro civili. Adde præterea friuolam esse hæc communem distinctionem, an nascatur actio, ex lege propter pactum, vel à pacto, nam cum aliqua conventio, approbatur à lege, & producit actionem, nascitur obligatio: ac proinde actio à conventionem, adiuvante lege, siue conventio sit nominata siue innominata: Tertia verò, qua dicunt, donationem esse nomen generale, falsa prorsus est, nam quamvis comprehendat donationem, causa mortis & simplicem inter vivos, non tamen definit esse donationis nomen, speciale: quia propter accidens illud temporis, quo relinquitur donatio, vel conceditur, non mutatur propria eius substantia, quæ consistit in hoc, ut res liberaliter præstetur, & sic omnes hæc donationes in hoc, quòd sint gratuite & liberales muneris præstationes vnius speciei sunt: non tamen contractus est nominatus, quia nomen suum, ius civile non recepit, nam quamvis fecerit, ut ex solo con-

sensu, seu pacto simplici. de donando sine traditione, obligatio & actio civilis oriatur. l. Si quis argentum. §. final. C. de donatio. qui est vnus effectus contractuum nominatorum. l. 1. de rerum permutat. non tamen effecit, ut is consensus nominatus civiliter esset & diceretur, & obligatione ac actionem civilem nominatam produceret, quod est necessarium ad esse contractum nominatorum, ut supra diximus, et docuit Ulpianus in principio huius legis: producere autem obligationem, ex solo consensu seu pacto, sine stipulatione vel traditione, proprium est etiam conventionum innominatarum, quas sine nominis datione, vel approbatione lex civilis, speciali privilegio munivit, & legitimas vel quasi legitimas appellandas fore, ex eodem Ulpiano iu. l. legitima supr. cod. ubi iam diximus, colligi, imò constare poterit.

17 Ex quo nascetur, falsum videri Ioan- nem & Accursium eum sequutum hic, verbo, facias, qui donationem, fuisse olim contractum innominatum, hodie autem nominatum asserunt: quia producit actionem ex consensu. d. l. si quis argentum. §. si. quæ iterum tenuit Accursius in l. si. verbo, liberaueris. ff. de condi. ob causam, & ibi sequitur Salicetus. nu. 7. & in l. pacta quæ contra. verbo. noua emptionem. ff. de contrahenda emptione. & in l. 2. verbo, resoluetur C. de conditione ob causam.

vbi Olo f. edus columna. i. in fine. Alberticus supra. glos. 2. & Salicetus numero. 4. eam glossæ opinionem, communiter recipi affirmans. Sed minus bene omnes, cum substantia contractus nominati, non in eo quod actionem solum producat, sed in eo quod eius nomen specialiter sit approbatum, & eius actio, similiter à lege civili consistat, vt iam docuimus: quæ omnia iuris peritus diligenter notabit, nam eis sufficienter instructus, vniuet proculdubio, quæ de reliquis, an nominati sint vel innominati, Bartolus, Baldus & reliqui, hic & alibi impertinetur dubitarunt.

18 Nec his præhabitis, obstabunt aliquid, argumenta in contrarium adducta, non primum, ex s. ite pretium inst. de emptione & venditione. vbi Iustinianus ex Proculo, refert permutationem, esse propriam speciem contractus: nam quamuis, id plerique literam textus cauillantes, nolint admittere, nos tamen libenter concedimus, vt supra in corpore quæstionis resoluiimus, nec aliquid nostræ & communi sententiæ, permutationem contractum esse innominatum docenti, nocere, nam Iustinianus non dixit, habere propriam speciem seu naturam, à lege civili approbatam, quoniam ad propositum de quo ibi agebat, nullo pacto spectabat, sed id solum dixit, quod inspecta naturali permutationis substan-

tia, ea differebat ab emptione, nam illa, re pro re, hæc autem, re pro pecunia perficiebatur: sic enim volebat Imperator opinionem Casij & Sabini, qui autoritate quadam Homeri, non rectè percepta, duabus speciebus, hinc inde præstandis, emptiorem celebrari posse affirmabant esse falsam ostendere: eo vsus argumento, quod cum permutatio, ex re vtriusque præstanda consistat, & emptio, nisi pecunia intercedente celebratur: patet ad sensum, diuersam esse permutationis speciem ab emptiõne, cum diuersam & distinctam habeat materiam, sibi soli propriam. Quare cum ad essentiam contractus nominati, non solum requiratur diuersa materia, & nomẽ à natura proprium & distinctum à reliquis, sed quod illud approbatum sit à lege civili, eodem modo, quo in nominatis videmus, nõ rectè potest concludi, ex eo quod Iustinianus propriam esse speciem contractus permutationem dixerit, contractum esse nominatum: nam ibi, quid differet naturaliter ab emptiõne, docere voluit, non autem quid esset civiliter.

19 Ad Secundum Respondebis quod Vlpianus in principio huius legis iurisgentium, cum dixit, eas conuentiones esse nominatas, quæ in suo nomine generali, scilicet conuentionis, non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, intelligit de conuentionibus

nibus, quæ transeunt in proprium nomen contractus, approbati à lege civili, nam de lege naturæ seu gentium, omnes conuentiones, quæ habent materiam distinctam à cæteris, & sibi soli propriam, habere debent proprium nomen, vt supra dixi: & quod de his civiliter approbati Vlpianus intellexerit, patet, cum ex eius proposito, quod ius civile erat interpretari (in civili comprehendere prætorium. s. prætorum quoque edicta inst. de iure naturali) vt ex inscriptione legis, quæ est lib. 4. ad edictum, colliges, tum etiam, ex exemplis quæ ibi attulit vt emptio, venditio, locatio, conditio, commodatum, depositum &c. Quæ, cum alijs ibi etiam expressis, in approbati à lege civili, solum possunt procedere: & conformari possent, nostra hæc interpretatio, intelligendo verba illa (in suo nomine non stant) non in suo nomine generali conuentionis, vt nos supra & omnes exponunt, sed quod non stant in suo proprio nomine naturali, sed in nomine civili, quia eius approbationem à iure civili recepit.

20 Ad Tertium, concessa maiori, minorem negamus, nam quamuis permutatio à principio, contractus fuerit vsitatissimus, vt ibi ostendimus: inuenta tamen emptiõne, apud Romanos, in desuetudinem multum abiit, & emptiõnis ac venditionis contractus, sic frequentari, vt ferè omnes alienationes, in-

ter viuos & inter mortuos, reali vel ficta emptiõne celebrarentur, pro vt nos supra in corpore quæstionis præcedentis retulimus.

21 In solutione quarti argumenti, videndum est, an ex contractu nominato, actio præscriptis verbis nasci possit? Fortunius Garcia in hac: l. Iurisgentium. in principio. folio. 27. pagina. 4. versiculo non obstat primo, quem postea sequutus est Forcatulus. dialogo. 46. in ea sententia est, vt existimet contractus nominatos, actionem parere posse præscriptis verbis, nec obstat inquit. l. 1. 2. & 3. ff. de præscriptis verbis: quia etsi hoc exasperet vulgi aures (inquit Fortun.) nunquam in iure, talis conclusio probabitur, nec illa iura hoc probant: dicunt enim, ex innominatis nasci actionem præscriptis verbis, non tamen negat, quin ex nominatis nascatur, quod videtur confirmari ex l. Labeo si mihi bibliothecam. 50. ff. de contrahenda emptiõne. vbi Vlpianus ait. ex contractu nominato emptiõnis, de quo ibi, duas actiones oriri, vnã ex empto, aliam autem præscriptis verbis, sed eo iure non obstante, & docti alioquin Fortunij & Forcatuli salua pace, erroneam arbitror vtriusque opinionem, & vniuersæ iuris prudentiæ contrariam, qua expressè edocemur (vt constat ex Vlpiano, hic & alibi sæpè) conuentiones, quæ habent proprium nomen, propriam & specialem pro-

ducere actionem, si igitur quotiescumque conuentio, nomen proprium habet, nominatam producit actionem, non solum facile, sed impossibile probatu iudico, actionem praescriptis verbis posse competere, cum ea non nisi tunc, cum deficiunt vulgata & usitata actionum nomina, locum habere possit, ut Papinianus, Celsus & Iulianus in l. 1. 2. & 3. ff. de praescriptis verbis, dixerunt: qui non solum ex contractibus innominatis, oriri actionem praescriptis verbis a iunt, ut Fortunius putauit, sed tunc solum, cum contractus sint innominati: intercludentes sic aditum, ut illa competere possit pro nominatis, ut patet ibi: nonnumquam euenit: ut cessantibus iudicij proditis, & vulgaribus actionibus, cum proprium nomen inuenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. Ecce quomodo Papinianus tunc locum esse actioni, in factum, seu praescriptis verbis dicit, cum non possumus inuenire proprium nomen contractus: si igitur inueniri potest, actio praescriptis verbis numquam dabitur: quod adeo mihi clarum videtur, ut mirer ingenium Fortunij, rei tam perspicuae veritatem non percalluisse. Nec aliquid illi fauebit, aut nocebit mihi textus, in d. l. Labeo si mihi bibliothecam. ff. de contrahenda emptione, nam in casu illius textus, non dixit Vlpianus, ex sola ven-

ditione, oriri posse actionem praescriptis verbis, sed ex pacto nudo, seu contractu innominato, qui emptioni adiectus erat. Pro cuius clariori intelligentia, notanda erit, vera illius textus species, quae talis est. Sempronius emit a Seio bibliothecam quandam, in mille, hoc pacto seu conditione adiecta, si Decuriones Campani (vnde fortasse erat oriundus Sempronius) ei locum, in quo illam reponeret, vendidissent: postea autem hic Sempronius, poenitentia ductus, noluit petere a Campanis, illum locum sibi vendi, ne compelleretur tradere pretium emptionis bibliothecae: Seius autem, cum perfectam iam vidisset emptionem, & conditionis implementum, si Decuriones Campani, locum ubi reponeretur, venderent, a Sempronio emptore, impediri: petit executionem emptionis primae, de bibliotheca, factae: & sic pretium sibi restitui: quaerens ab Vlpiano, quae illi competeret actio? cui Vlpianus, duo singulariter respondit. Primum est ex sententia Labeonis Iuriscōsulti, qui in simili causa, docuerat agi posse, actione praescriptis verbis, quia cōditio illa, si Decuriones Campani, locum ubi reponeretur, venderent: cum pactum conuentum, seu contractus innominatus sit, subsistente causa, id est impleta cōditione: actionem parere potest, & debet praescriptis verbis: ex toto tit. ff. de praescriptis verbis,

& ex

& ex Vlpiano in hac. l. Iurisdictionum. in illis verbis. Sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristoteles Celso respondit, esse obligationem, ut puta dedi tibi Pamphilum &c. Secundum, quod cum emptionis conditio, iam fuerit impleta, cum enim per venditorem stare, quo minus impleretur, in iure civili semper habetur pro cōpleta. l. haec venditio. ff. eodem illo tit. de contrahenda emptione. l. in iure civili. ff. de conditio. & demonstratio. l. in executione. §. si. ff. de verb. competit etiam actio ex vendito, quasi purificata conditione contractus venditionis, et sic actio ex vendito, competit ex venditione: actio autem praescriptis verbis, ex conditione seu pacto conuento, illi adiecto, quod cum contractus sit innominatus, actionem praescriptis verbis producit, ex Vlpiano hic. Et hunc arbitror germanum illius textus intellectum, quamuis alij friuolè, id controuer-

tant.
 23 Ad Quintum dicimus, quod quavis ex simplici, seu nudo pacto de donando, obligatio oriatur civilis sine stipulatione vel traditione, ex d. l. si quis argentum. §. si. C. de donatio. & §. perficiuntur. inst. eod. non tamen id sufficit, ad constituendum contractum, in esse specificum nominati, cum alia requiratur, de quibus egimus in corpore quaestionis, quidquid Accursius, Butrigarius

& alij, quorum sententiam ibidem confutabimus, repugnent.

Ad sextum & ultimum, quo adduximus. l. si pecuniam. ff. de conditione, causa data, quae docet in contractibus innominatis, locum esse poenitentiae, etiam post traditionem, illi qui tradidit, quod non potest verificari in donatione, nam si semel fit traditio non competit magis reuocatio, dista. l. Aristoteles ff. de donatio. respondemus: quod regula illa quae dicit, in contractibus innominatis, esse locum poenitentiae, etiam post rei interuentum, procedit in contractibus respectiuis, in quibus hinc inde, aliquid debet dari & accipi, ut constabit ei, qui omnes leges, de hac poenitentia, in contractibus loquentes, attentè perlegerit, donatio autem, cum simplex sit contractus, non autem respectiuis, nihil. n. expectat, is qui donat, a donatario, merito poenitentiam post traditionem non recipit, quia omnem suam perfectionem substantialē, & accidentalē recipit, per traditionem illam, quod non contingit reliquis contractibus innominatis respectiuis, qui civiliter minimè perficiuntur, eo modo, nisi facta utrinque traditione, & tunc etiam nullum poenitentiae locum admittunt. Sic soluitur finale argumentum, & tota quaestio, post cuius longam hanc tractationem, literam textus, in qua fundatur, pro his qui ita non sunt prouecti, breuiter explicabimus.

25 Ait Vlpianus (Sed si in alium cō tractum res non transeat, sublit tamen causa, eleganter Celfo Aristo respondit, esse obligationem) Cū antea docuisset Vlpianus, ex his conuentionibus, quæ nomen nō habent speciale, actionem non nasci, quo pacto id esset intelligendū, modo clar ius aperit, dicēdo, quod quando in alium contractum res non transeat, sublit tamen causa, id est, quando contractus, non habet proprium ac speciale nomen approbatum à lege, sed est ciuilitè innominatus, subest tamen causa, id est, subest implementum, datio vel factum ex vna parte contrahētium, tunc adest, obligatio ciuilis: ea autem est, in eo qui recepit, ad hoc vt compelli possit dare vel facere, quod conuenit: etsi natura sit impeditus, ad soluendum interesse, quod probauerit incurrisse, is qui non recepit, quod expressō probari potest, ex exemplo relato dicente hic, vt puta dedi tibi rem, vt mihi aliam des, dedi vt aliquid facias, hoc enim synallagma esse, & hinc nasci ciuilem obligationem: nota verbum illud, dedi, nam si tantum conueniret, vt dem quo & tu des, nuda conuentio solum erit, cui cum causa datio videlicet, vel factum non subesset, ad exceptionem prodesse poterat, nō ad actionem. s. sed cum nulla infr. eod. ait præterea, & hinc nasci ciuilem obligationem, non vt excluderet obligationem naturalem seu iurisgē

tium, sed actionem prætoriam, que ciuili solet opponi, vt in. cap. sequēti dicemus, vbi quid sit synallagma similiter explicabimus.

S V M M A R I A A D Caput Quartum.

- 1 **R**atio redditur, quare nō agitur de actionibus natiuis & datiuis nunc: sed reseruat ad finem questionis.
- 2 Sex adducuntur rationes, quibus Iulianum in versicul. & ideo rectè, non bene à Martiano, reprehensum fuisse intenditur.
- 3 Aduersus Fulgosiū concluditur, rectè Iulianum à Martiano fuisse reprehensum.
- 4 Actio in factū, ab actione præscriptis verbis in quo differat, traditur.
- 5 Omisus Accursij & Bartoli rationibus, alia adducitur, ob quā, præscriptis verbis sic fuerit nuncupata.
- 6 Traditur, in omni contractu innominato seu nudo pacto, oriri actionem præscriptis verbis.
- 7 Afferitur & reprobatur Odofredi intellectus, ad. l. naturalis. §. quod si faciam. ff. de præscriptis verbis.
- 8 Alia Azonis & communis refutatur sententia, ad. §. quod si faciam, discrimen inducens. V. ex aduersarij facto, alteri contrahenti aliqua proueniat, vel non proueniat utilitas.
- 9 Alius Francisci Curtij intellectus reijcitur: affirmans, in. d. §. quod si faciam. actionem præscriptis verbis & de dolo cōpetere, vt plenè facienti consulatur.
- 10 Alia Alciati opinio refellitur: existimās, in cōtractu facio vt des, solū de dolo actionem competere.
- 11 Alia eiusdem Alciati opinio reprobatur.
- 12 Alia Cuiacij, Goueani, Vbesembelij ratio, ob quam præscriptis verbis actio in cōtractu facio vt des, non competat, refutatur.

- refutatur.
- 13 Alia Corrasij interpretatio reijcitur.
 - 14 Diluitur alia Hotomani explicatio, ad §. quod si faciam.
 - 15 Aliter intelligit Antonius de Leon, vt de dolo tunc competat actio, in. d. §. quod si faciam, quādo factum sit irrepibile, & facienti non damnosum, qui tamen intellectus reijcitur.
 - 16 Alia Fulgosi & Castelliona traditur opinio, ad. d. §. vt scilicet, in eo excludatur ciuilis actio nominata, non autem præscriptis verbis, vt in reliquis contractibus innominatis.
 - 17 Actionem de dolo, cum actione præscriptis verbis, traditur posse concurrere.
 - 18 Tres adducuntur differentia, inter præscriptis verbis & de dolo actionem.
 - 19 Reprobatur Accursij opinio, tenentis, totam Iuliani distinctionem, relata in. l. naturalis. §. quod si dedi, à Martiano reprehensam in. d. versic. & ideo rectè.
 - 20 Reijcitur Bartoli concordia, inter versic. & ideo rectè, & d. §. sed si dedi, l. naturalis. ff. de præscript. verbis.
 - 21 Cuiacij, Duareni & aliorum refertur & reprobatur interpretatio, ad. d. §. sed si dedi.
 - 22 Nouus adducitur intellectus ad. d. versic. & ideo rectè, & d. §. sed si dedi.
 - 23 Primum argumentum soluitur, reddita ratione, reprobationis Martiani in Iulianum.
 - 24 Ad secundum & tertium argumentum afferitur solutio.
 - 25 Diuersarum doctorum afferuntur sententia, circa innominatorum cōtractuum denominationem, an videlicet ea sit deducenda à forma incundi, an vero ab implemento? quæ tamen refutantur.
 - 26 Innominatos cōtractus, non posse non respectu dantis, do vt facias, respectu facientis, facio vt des, semper nuncupari.
 - 27 Traditur intellectus, ad. l. cum proponas. C. de dolo.
 - 28 Ad sextum argumentum adducitur solutio.

ET ideo rectè puto Iulianum à Mauritiano reprehensum, in hoc, dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas, manumisti, cuius est Stichus, Iulianus scribit, in factum actionem à Pratore dandam, ille ait, ciuilem incerti actionem, id est præscriptis verbis sufficere, esse enim cōtractum, quod Aristo. συλλάγμα dicit, vnde hæc nascitur actio.

C A P V T Quartum.



BARTOLVS hic. num. i. singularem vocat huc textum, & magis clarè distinguere, quam in aliqua parte iuris, quod actionum alia natiua, alia vero datiuæ sint, de quibus. num. etiam, 2. quod repetit in. l. i. num. 5. ff. de actio. & obligatio. & in. l. i. num. 22. ff. de conditione indeb. sequitur Baldus hic num. 5. Paulus Castrensis. 3. nullum esse textum in mundo, qui id melius probet affirmans, Albericus & Alexander. numero primo. & 2. la so. 4. & 5. Cynus in. l. cum mota. C. de transactio. & vtrobiq; fere omnes. Nos autem quibus hæc communis, natiuarum & datiuarum doctrina, suspecta semper fuit, cū videamus maiorem in refutatione Martiani (sic enim, non autè Mauritianum legendum arbitror, quāuis Fortunius, Cuiacius & alij male (sententia nonstra) contra scripserint) de Iuliani opinione in esse difficultatem, illam prius tractare

modius existimauimus, referuan-
tes in eiusdē resolutionis sine, quæ
de natiuis & datiuis his actionib⁹,
sentiamus: an igitur Martianus re-
ctè Iulianum reprehenderit, hac
quæstione differemus, ibi quæ de
contractibus innominatis, & eo-
rum actionibus supererant, exactè
conabimur explicare, vt nihil tan-
dem sit, in hac obscura & difficili
materia, ad eò tenebris inuolutū,
quod non clarescat, nostrarum dis-
putationum tractatione.

Q V A E S T I O Quarta.

*VTRVM IURISCONSULTVS,
Iulianus, rectè fuerit à Martiano, in casu
huius textus reprehensus?*



Disputaui (huma-
nè lector) si non
vt debui, vt po-
tui saltem, de cō-
tractuum inno-
minatorū prin-
cipio & obligatione, tam naturali
quàm ciuili, & de differentijs, quæ
inter eos & nominatos, vtròque iu-
re reperiuntur. Quod modo, ad per-
fectam vniuersæ huius materiæ re-
solutionem est reliquum, earum
actionum, quæ ex eorum singulis
nascuntur, est explicatio: ea autem
in intelligenda, hac Martiani in
Iulianum reprehensione consistit,
quæ cum adhuc in obscuro lateat,

non parum & vtilitatis & alacrita-
tis, me tibi, in noua eius inuestiga-
tione spero allaturū. Quod igitur
Martianus Iulianum minus rectè
reprehenderit, videtur probari. Pri-
mò hac ratione, quia Iulianus non
dixit, ex hoc contractu innomina-
to: do tibi Stichum, vt Pamphilum
manumittas, si manumisisti, & eui-
ctus est Stichus, negandam esse a-
ctionem præscriptis verbis, sed so-
lum dixit, competere actionem in
factum, vt patet ibi. Iulianus scri-
bit, in factum actionem, à Præto-
re dandam, quod verissimum est, nā
omnis actio præscriptis verbis, est
actio in factū, vt docuerūt Papinia-
n⁹ & Celsus in l. 1. vbi Accursi⁹ glos.
penult. & l. 2. ff. de præscriptis ver-
bis. Ergo iniusta fuit Martiani in
Iulianum reprehensio, cum illius
sententia, ex hoc contractu inno-
minato, cum ea causa suberat, a-
ctionem in factum dādam, docēs,
rectissimè vt diximus, possit proce-
dere, sumēdo actionem in factum,
pro actione in factum ciuili, quæ
dicitur præscriptis verbis. Et quod
hæc fuerit Iuliani sententia, proba-
tur secundò, ex l. naturalis. §. sed si
dedi, infra de præscriptis verbis, vbi
cum Paulus de eodem casu tracta-
ret, refert opinionem eiusdem Iu-
liani, in hunc modum. Sed si dedi
tibi seruum, vt seruum tuum ma-
numitreres, & manumisisti, & is
quem dedi, euictus est, si sciens
dedi, de dolo in me dandam actio-
nem, Iulianus scribit, si ignorans
in fa-

in factum ciuilem. Ecce quomodo
eam actionem, quā in factum sim-
pliciter, Vlpianus ex Martiano hic
dixit, aduersus Iulianū, in factum
ciuilem, eundem Iulianum Paulus
ibi retulit, quod manifestè videtur
ostendere, mendacem & iniustam
esse, Martiani Iuliano in hoc op-
positionem.

Tertiò, dato, etsi non concesso,
quod Iulian⁹ de actione in factum,
subsidiaria seu prætorica, simpliciter
intellexerit, vt Accursius, Bartolus
& omnes communiter arbitrātur,
nihilominus tamen, quod eius sen-
tentia vera sit, nec rectè à Martia-
no fuerit notata, videtur colli-
gi ex eo, quod Paulus Iurisconsul-
tus doctissimus, illam retulerit &
probauerit in d. l. naturalis. §. sed si
dedi, ergo, cum Paulus illam rece-
perit, & Paulum nobis, pro lege
obseruandum ex Iustiniani man-
dato Tribonianus reliquerit, vt cō-
stat, necessariò colligi videtur de
primo ad vltimum, opinionem Iu-
liani veram esse: alioquin frustra &
malè Tribonianus, inutili & falsa
lege, membranas occupasset, quod
dictu ferendum non est.

Quartò idem probatur, nam
contractus, in quo loquitur Iulia-
nus, ex innominatis est, do vt fa-
cias: vt constat, tam ex formula ip-
sius conuentionis ibi, do tibi Sti-
chum vt Pamphilū manumittas,
quàm ex Paulo in d. l. naturalis. §.
at cum do. versic. sed si dedi, qui in-
ter contractum innominatum, do

vt facias, istum casum refert: ergo
actio de dolo rectè competet. Pro-
bò consequentiam, nam contra-
ctus innominati, denominātur ab
implemento, vt Bartolus in d. l. na-
turalis. §. sed si facio, & communis
rectè notat. Sed hæc cōuentio, do
vt facias, in casu Iuliani, est facio vt
des, respectu illius, qui manumisit
seruum. Ergo illi actio competet
do dolo: maior, quamuis Angelus
& alij repugnent, apud me certa
est, quia vera, vt postea dicemus:
minor autem probatur, quia ille,
qui manumisit seruum, facit fa-
ctum manumissionis Pamphili, vt
sibi Stichus daretur, id est, vt do-
minium Sichi, in se transferretur,
hoc enim verbum (do) id signifi-
cat, vt ex §. sic itaque discretis, inst.
de actio: omnes colligunt. Proce-
det ergo consequentia, quod Ti-
tius qui manumisit Pamphilum,
habeat actionem de dolo, quia fe-
cit ex sua parte quod debebat: &
Caius non dedit Stichum, quia nō
transtulit dominium, vt constat,
quia alienus erat, quo casu scrip-
tum est competere actionem, de
dolo. d. l. naturalis. §. quod si faciam
ibi. Quod si faciam vt des, & postea
quam facti, cessas dare, nulla erit
ciuilis actio, & ideò de dolo dabi-
tur, ex quo consequens erit, non
rectè fuisse Iulianum à Martiano
reprehensum.

Quintò, contractus do vt des,
multo remotior est, à facio vt des,
quàm do, do vt facias: vt ex ipsa ver-
borum

borum formula constat, ac proinde minus potest, aut debet competere in eo, actio de dolo, quam in do ut facias, quæ quodammodo cum facio ut des simbolizat, sed in contractu do ut des, competit actio de dolo, ut Diocletianus & Maximianus Imperatores docent, in l. cum proponas. C. de dolo. ubi ancilla quædam contubernio iuncta, datur seu accipitur, pro datione alterius mancipij, & cum hæc tradita fuisset, & qui mancipium debuisset dare, cessaret in dando, actionem de dolo, competere: à fortiori igitur, cum argumentum sit de maiori ad minus, in casu nostri textus, cum aliquid datur, ut fiat, cum factum iam est effectum, & datio validitatem non sortiatur, actio de dolo competere poterit, ac proinde Iulianus à Martiano iniuste erit reprehensus.

Sextò actio in factum subsidaria seu prætoriam de dolo, compatibilis est cum actione civili præscriptis verbis, vel alia quacumque incerta, ut docuit Vlpianus in l. solent. ad finem. ff. de præscriptis verbis, & Duarenus hic latius probat: ergo quamuis vera esset Martiani sententia, dicens in hoc casu, cum Stichus datur, ut manumittatur Pamphilus, si manumissus est, & euincatur Stichus competere actionem præscriptis verbis, non debuit reprehendi Iulianus ex eo, quod actionem de dolo, posse competere dixerit: cum utraque in contractu

innominato quocumque dari possit, ut ex Vlpiano in d. l. solent. ff. de præscriptis verbis. satis manifestò probatur. Harum enim rationum, nonnullis permotus Fulgosius hic, firmare ausus est, perperam & male fuisse reprehensum Iulianum à Martiano, ac proinde Vlpianum, minus rectè Martiani sententiam amplexum, cum eius sententia, de actione civili intelligi potuerit. Nos autem, qui Vlpiani non hanc solùm, sed reliquas omnes, in corpore iuris sparsas decisiones, iustitiæ ingenij & doctrinæ plenissimas esse per spexi. Fulgosij opinionem debilibus innixam fundamentis, minimè probare possum, cum reprobatio Martiani in Iulianum, quam postea sequutus est Vlpianus, claris iuris prudentiæ principiis nitatur, cum enim contractus do ut facias, de quo hic innominatus sit, & ex omni innominato, actio nascatur præscriptis verbis, ut ex l. 1. 2. & 3. & toto tit. ff. de præscriptis verbis. colligitur meritò Martianus dixit, dandam esse actionem civilem, præscriptis verbis, cum euietus est Stichus, non autem in factum prætoriam, pro ut Iulianus malè existimabat, ut inferius latius demonstrabimus.

Pro cuius clariori intelligentia, nonnulla cognitu necessaria præmittenda sunt. Primum est, quid sit actio in factum, quid actio præscriptis verbis, & quare sic nuncupata. Secundum, in quibus casibus & pro quibus contractibus, illa com-

petat,

petat, in quibus autem non. Tertium, in casu nostri textus, quæ fuerit sententia Iuliani, quæ Martiani, & in quo ille, ab hoc fuerit reprehensus: quod non est minoris difficultatis. Quo ad primùm enim, omnes & rectè conveniunt, actionem in factum, esse generalem, & comprehendere omnes actiones, quæ competunt ex contractu, tam civiles quàm prætorias, & omnes quæ nascuntur ex delictis, proprio nomine carentibus, & in hoc differt ab actionibus ex facto, quæ dantur in delictis, quæ proprium nomen habent ut furti, contumeliæ &c. l. actionum infra de actio. & obligatio. actiones autem præscriptis verbis, etsi excepto Fortunio & Forcatulo (quorum opinionem, supra reiecit) inter reliquos, esse actionem quædam specialem, quæ datur pro complemento, omnium ferè contractuum innominatorum conveniat, quare sic fuerit nuncupata, non convenit, Accursius enim in rubrica ff. eod. tit. de præscriptis verbis, eam huius nominis reddit rationem, quod certa & præscripta essent verba huic actioni, ut daretur in his contractibus, sicut in quibuslibet alijs actionibus, cum omnes certas & solennes esse, Romani voluerint. l. 2. §. omnium. ff. de origine iuris. hoc tamen inter eas differre asserit, quod illæ, sibi acquisiverunt nomina propria, secundum nomen conventionis: hæc autem, nullum aliud, nisi quod ge-

neraliter diceretur sic præscriptis verbis.

Sed hæc ratio meritò displicuit Bartolo, ibidem. num. 2. qui diversam sequutus sententiam, ea ratione præscriptis verbis, dictam fuisse asserit: quia datur, secundum verba præscripta & prolata ab ipsis contractibus in conventionem: addes, quod si verba non interuenerint in contractu, competit actio in factum, sequitur Baldus & Paulus Castrensis. numer. 1. l. 1. & 3. Angelus & Albericus hic. nu. 3. Fortunius. fol. 37. pag. 4. versic. item quæro. Calçatus. num. 84. Padilla in l. naturalis. §. etsi quidem. num. 16. ff. de præscriptis verbis. Cuiacius in notis, ad tit. inst. locati. in principio.

Sed tu ea reiecta, melius dices, actionem præscriptis verbis, sic nuncupari, ex eo, quod prætor formulam iudicij vel actionis conciperet, secundum verba, non quæ prolata sunt in contractu & conventionem, sed quæ proposuit, factum narrans in suo libello actor: cum enim actiones omnes olim Iurisconsultorum opera, formulis certis, ad quodlibet negotium accommodatis, distincte fuissent in contractibus nominatis, quas prætores in suis edictis proponere consueverant, veluti empti, locati, conducti, pro socio &c. Et in innominatis, nullæ essent conceptæ formulæ, in albo eorundem, oportebat quod actor, vel suo Marte, vel ope alicuius Iurisconsulti, suæ petitionis formulam, certis

vis verbis, secundum factum conciperet: postea enim, in ea verba, litigatores sponsonem faciebāt, & iudiciū à prætorē postulabant: prætor autem, in ea ipsa verba, iudicē, recuperatoresve dabat, in hūc modū. Si paret, Seium Sépronio, poliēda, sua vestimēta dedisse, ea mercede, de qua postea inter ipsos cōueniret neq; Seius Sépronio, à quo effectū opus accepit, fecerit satis: Seius, in tantū damnas esto: præscriptis igitur verbis actio, ideò sic est appellata, quia prætor eam formulam, ex suo edicto non sumebat, sed secundum verba litigatorum, et præscripta, in iudicij postulatione, illam dabat: qua ratione Iuriscōsultus Celsus in l. 2. ff. eod. cum deficient (dixit) vulgaria atq; vsitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est: id est cum deficient certæ conceptiones & formulæ nominatæ in edictis prætorum, & aliqua inusitata, cuius nomē nō cognoscit, cōtrauersiana nascitur, secundū præscripta ab actore verba, actio ad iudices danda est: quod clariùs Imperator Alexander in l. cum mota. C. de transactio. docuit, dum dixit. Aut enim stipulatio, conventioni subdita est, & ex stipulatu actio competit, aut si omiſsa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est: de quo videntur Alciatus libro. 4. dispuntionum. capit. vltim. Petrus Costalius 3. part. aduersariorum ex li-

bro. 19. pandectarum. Vaconius. libr. primo declarationum iuris. capit. 25.

Sed hæc actio præscriptis verbis, in quibus contractibus competit (quod secundo loco diximus fore inuestigandum) nunc disputandū est. Accursius enim, in rubrica. ff. de præscriptis verbis. Hanc actionem, in tribus generibus negotiorum locum habere, docet. Primo, in pactis in continenti appositis. l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. Secundo, vbi cumq; dubitatur de actione circa contractum. l. 1. 2. & 3. l. si tibi decem. 7. ff. eod. l. 1. in principio. ff. de æstimatoria. Tertio, in contractibus innominatis do vt des, do vt facias, facio vt facias, nam in facio vt des, de dolo competit. l. naturalis. §. quod si faciam, idem repetit, in l. quoties. gloss. magna. ff. illo. tit. & in §. fin. instit. de interd. sed Accursium reprehēdit Cynus & omnes Ultramontani (vt ipse ibidem testatur. n. 8.) in l. explicito. C. de rerum permutatione. asserētes, & breuius & melius fore dicendum, si in vno tantum casu, actionem præscriptis verbis locū habere, teneamus: in omni scilicet contractu innominato, nam in pactis appositis, iuxta cōtractū, vt Accursius dicit, actio præscriptis verbis competit, nō ex pacto, sed ex resultatione cōtractus innominati do vt des, vel do vt facias, vel facio vt facias, & sic in reliquis. Accursium verò tucntur Azo, in summa. C. de rerum permutatione.

permutatione. nu. 10. Bartolus & Paulus Castrensis, in rubrica. ff. de præscriptis verbis: vbi omnes suos, Italos. videlicet, sic teneret testatur: quia vt ipse dicit, iura quæ docent, ex pacto appposito iuxta contractū, oriri actionem. l. in bona fidei. C. de pactis: in pactis loquuntur &c. Cynus & Ultramontanos sequutus est Baldus, quorū sententia mihi placet, etsi ratio, qua illam tuetur, displiceat: aiunt enim, quod in pactis appositis iuxta cōtractū, ideò nascitur actio præscriptis verbis: quia resultat ex pacto, relato ad contractum, contractus innominatus: sed falluntur, quia ad hoc, vt pactum appositum iuxta contractum, sit contractus innominatus, nec relatione, nec resultatione (vt ipsi loquuntur) opus est: cum cōtractus innominatus, nil aliud sit, quàm pactum, nec pactum, aliud, quàm contractus innominatus: pro vt inferius. c. 8. in interpretatione. §. igitur nuda. demonstrabimus. Quare verissimè dicendum est, in omni contractu innominato, seu pacto nudo, cum causa subest, actionem oriri præscriptis verbis.

7 Sed in contractu facio vt des, an ea oriatur, non leuis est dubitatio, nam illam non competere, sed actionem de dolo, videtur docuisse Paulus, in l. naturalis. §. quod si faciam. ff. eod. tit. de præscriptis verbis. quod si faciam (inquit) vt des, & postea quàm feci, cesses dare, nulla civilis competit actio, & ideò de

dolo dabitur, sicque ex illo textu, hæc conclusionem, quod in contractu facio vt des, competat sola actio de dolo, notant omnes ibi, & in l. cum proponas. C. de dolo. & in l. cum mota. C. de transactio. et si in reddenda ratione diuersitatis dissentiant. Ioannes enim, pro vt refert Accursius in d. §. quod si faciam, ideò in hoc contractu, facio vt des, competere actionem de dolo, & non præscriptis verbis affirmat, vt ratio seruandæ æqualitatis custodiretur: cōsiderat enim, quod si is qui dedit, habet duplicem actionem, vnam præscriptis verbis, aliā autem, conditionem ob causam, inæqualiter & iniuste segesisset ius civile, cum eo, qui factum fecit, cum non habeat, nisi vnam actionem: cum sæpè facta sint irrepetibilia, nec competere possit conditio seu repetitio: sed decipitur Ioannes, duplici præter alias, ratione. Prima, quia putat actionem de dolo, competere danti, ne sequatur inæqualitas in actione, cum faciente; quod falsum est, & contra iura expressa in §. at cū do. & in §. sed si dedi. cum alijs. vbi docemur, in cōtractu do vt facias, actionem præscriptis verbis competere, & non de dolo. Secunda, quia si eius opinio vera esset, sequeretur inutilem esse & frustratoriam Pauli distinctionem, inter contractum do vt facias, & facio vt des, & falsam sententiam, dum ex vno actionem præscriptis verbis, ex alio autem a-

tionē de dolo cōpetere ait: quod dici nullo pacto potest, et si nouiter Connanus seu Bartholomeus Faius, illam tueatur lib. 7. commē tiorum iuris. ca. 15. num. 8.

8 Aliter & sic secundò, responderet Azo, in summa. C. de rerū permutatione. nu. 12. dicēs, quòd quotiescumq; in cōtractu facio ut des, ex implemēto facti, adest aliquid aduersario, id est redundat aliqua utilitas in eum, qui propter factum alterius, debet aliquid illi dare, toties competit actio præscriptis verbis: sicut in alijs cōtractibus, do ut des, do ut facias, facio ut facias &c. Si autem nihil utilitatis adsit aduersario, ex implemēto facti, tunc quia cessat æquitas, propter quā datur, actio præscriptis verbis, competit actio de dolo: quia qui recussat dare, postea quam fecit, ut alter factū efficeret, decepit illum, & sic fuit in dolo, quo casu intelligendum Paulum in hoc. §. quod si faciam, arbitrat: quem sequutus est Cynus, in. l. ex placito. nu. 8. C. cod. qui exemplum huius doctrinæ refert, veluti si cōuenit inter me & te, ut irē ultra pōtem, ut decem mihi dares vel ut nudo capite exirē in plateā, tunc enim, si ego implesem hoc factū, quia tibi ex eo nihil adest, cōpetit actio de dolo, Azonem & Cynū, sequitur Accursius, in. d. §. glos. magna. & Bartolus. num. 2. qui sic omnes tenere affirmat. Baldus & Iaso. n. 4. qui nemine dissentiente, hanc ab omnibus receptissimā te-

stat. Sed ea mihi placere nō potest. Primò, quia textus in. d. §. quòd si faciam, generaliter loquit, siue ad sit, siue nō adsit aduersario, aliquid utilitatis, ex implemēto facti alterius: quare nec restringendus, cum ratio quæ est in vno casu, sit in alio. Secundò, quia in. §. sequēti, sed si facio, loquitur idē Iurisconsultus, de factis, & nō distinguit, an redūdet in aduersariū, aliquid utilitatis vel nō redūdet: igitur ne species vni⁹ contractus, ad indiuiduum, seu casum particularem trahatur, fatendum est, rationem diuersitatis, in hac distinctione, an adsit aliquid utilitatis vel non, minimè posse cōsistere: præcipuè si aduertas, hunc casum, quem ipsi dicūt: rarò posse contingere, ac proinde non esse verosimile, legislatorem de ipso cogitasse. l. nā ad ea. ff. de legib⁹. quis enim tam expertus rationis & ignatus reperietur, qui conueniat de re sua danda, propter factum, quod si fiat, nullam illi est utilitatem allaturum? Tertio, quia falsum supponit principium, dicit etenim, quòd si aliquid ex meo facto utilitatis tibi adest, competit actio præscriptis verbis: si autem non adest, cōpetit actio de dolo, quia nō subest, æquitas: quod prætorū edicta, à quib⁹ ortū habuit actio de dolo. l. i. cū sequētib⁹. ff. de dolo, non patiunt, nā ea esse summa naturæ æquitate fundata, docuit Vlpianus in. l. q̄ si ephesi. §. si. ff. quod certo loco. & nos probauimus sup. lib. 1. c. 3. ad des præterea,

rea, cōtractum hunc, in quantum conuentio est, æquitatem similiter habere. l. i. supra cod. l. i. ff. de cōstit. pecun. 4. confundi potest communis resolutio, ex. l. solent. ff. de præscriptis verbis. vbi idē Vlpian⁹, ait, quòd in cōtractu facio ut des, si dolus arguatur, competit actio de dolo. Nec responderi potest, quòd nihil aderat utilitatis aduersario, nam ultra id, quod est manifestò cōtra literam & casum textus, ut intuenti patebit (percepit enim utilitatē dominus, ex eo quòd seruus fugitiuus inueniretur, & caperetur) ex ipsorū doctrina posset refutari, nā si nihil aderat utilitatis, quia æquitas, quam ipsi confingūt, non suberat, actio præscriptis verbis non posset competere: at Iurisconsultus docuit, quòd si dolus nō argueret, illa actio præscriptis verbis cōpetit, ergo vel Iurisconsultus falsus est, dum docuit, posse cōpetere actionē de dolo, cum redundat utilitas in aduersarium: vel friuola & inanis est istorum patrū doctrina, dū volunt, in hoc, an adsit aliquid utilitatis ex facto, vel non ad sit aduersario, ius actionis de dolo vel præscriptis verbis consistere, quod apud me dubium non est.

9 Tertio, Franciscus Curtius, multo aliter rem hanc interpretatur, dicens, in cōtractu facio ut des, actionem præscriptis verbis, sicut in reliquis innominatis competere, & ulterius actionem de dolo, quod nō negasse Paulum in dict. §. quod si

faciam, affirmat: nā cum dixit, nullam actionem civilem competere, intelligendus est, de actione civili, qua plenè consulatur actori, qui factum fecit, nam cum in reliquis cōtractibus innominatis, duæ actiones prodite sint, vna præscriptis verbis, in id quod interest, & cōdictio ob causam, ad repetendū quod dedit, iniustū videbat, in cōtractu facio ut des, ei qui fecit, actionē præscriptis verbis nō dari: quare illa datur ad repetendū interesse, & loco cōditionis ob causam, quæ nō potest dari, quia facta sunt irrepitibilia. l. in bello. §. factæ. ff. de captiuis cōpetit actio de dolo, & addit ulterius, idē Curtius, obstabit video (inquit) cur ex cōtractu facio ut facias, actio de dolo non cōpetat, sed præscriptis verbis, cū eadē ratio, quòd facta regulariter repeti nō possint, in illo versetur? Sed respōde cū Bartolo, in. d. §. quod si faciam. hoc efficere æqualitatē quæ ex vtraq; parte adest, quoniam factū vtrinq; est in obligatione. Sed nec ista opinio vera est. Primò, quia actio præscriptis verbis, non solum competit ad repetendū interesse, ut ipse & omnes, minus benè existimant, sed ad repetendū etiam illud, quod est datum. l. naturalis. §. et si quidē. ibi vel si meum recipere velim. &c. Secundò, quia ratio differentia, in cōtractu facio ut des, non concludit, imo corrumpit, attentā suā, Bartoli & reliquorum omnium sententia, ibi & alibi sæpè docentium,

Qq nemi-

neminem præcisè, compelli ad factum, sed eius loco, succedere interesse, quorum vtrumq; etsi falsum sit, vt alibi iam ostendimus, probat necessariò, quòd ratio æqualitatis, in primo facto, circa secundum, considerari non possit, cum ad secundum nulla detur compulsio.

10 Quare Alciatus. 4. hanc difficultatem componit. libr. 5. paradoxorum. c. 7. dicens, verè in contractu facio vt des, actionem præscriptis verbis non competere: sed actione de dolo, quod ea ratione statutum fuisse asserit, quia cū facta, vt in pluriūm repeti non possint, lex generaliter introduxit, vt ageretur de dolo, & probat ex. l. cum proponas. C. de dolo. vbi, quia factum illud manumissionis, repeti non potuit, respondit Imperator, actione de dolo competere. Sed confunditur ea interpretatio, cum, ex. l. cū mota. C. de transactio. vbi Alexander Imperator, ex facio vt des, actionem præscriptis verbis oriri dixit. Nec alicuius momenti est, responsio eiusdem Alciati, dicentis, ibi contractum esse facio vt facias, nam quamuis verum sit (quòd falsum esse infra ostendemus) nihilomagnis virtutem obiectionis debilitat, cum in facio vt facias, factum similiter sit irrepibile, & sic secundum eius opinionem, actio præscriptis verbis non possit competere, quod Paulus in eadem. l. naturalis. §. sed si facio, non admittit: tum etiam, ex. l. solent. ff. de præscriptis verbis. vbi

Vlpianus seu Iulianus docet, quòd si tibi promisero decem, vt seruum fugitiuum indices, & tu indicaueris, nec ego decem soluam, competit actio præscriptis verbis, quæ oritur ex tuo facto, & sic ex contractu facio vt des, nam euasio eiusdem, qua dixit, quòd cum hi contractus, debeant denominari ab actu conueniendi, à do vel dabo vt facias, debet vt contractus do vt facias æstimari, parum satisfacit, cum postquam iam illud conuentum, est factum, secundum eius sententiam, repeti non possit, quia facta sunt irripetibilia. l. in bello. §. facte. ff. de captiuis & postli. reuersis.

His enim vel alijs rationibus, per motum Alciati, non puidit aliquando, ab hac sua opinione discere, & in commentarijs de verb. sign. ad. l. Labeo. §. contractum. & in rubrica. C. de pactis. rem ipsam aliter interpretari, posterioribus (vt dici solet, & ipse ait) melioribus, ibi enim, ideò ex contractu facio vt des, oriri actionem de dolo, & non præscriptis verbis arbitratur, quia actio præscriptis verbis, in his solum conventionibus potest locum habere, in quibus præter verba contractus, mutuū quoddam vtriusq; cōtrahentis factū interuenit, quod synallagma nuncupari affirmat, veluti cū do ea conditione, vt aliquid des, vel facias, datio namq; citra factum vtriusq;, consistere non potest: quia constat ex mea traditione, & tua receptione: at verò in facio vt des,

des, quia hoc factum meum, absque tuo facto impletur, si non deris, hac actione non agam, sed de dolo. Sed nec hæc posterior applaudit, cum illi aduerfetur, Diocleciani rescriptum, in. l. cum proponas. C. de dolo. ibi enim respondit, quòd si trado ancillam, vt aliam des, & postquam ego dedi, tu cesses dare, cōpetit actio de dolo aduersus te, quamuis eo casu, nullum synallagma videatur contractum, cum traditio vtriusq; factum requirat. Secundo, quia in facio vt facias, nullum synallagma intercedit, & nihilominus actio datur præscriptis verbis. d. l. naturalis. §. sed si facio. Nec obstat, quòd ille respondet quòd in facio vt facias, ideò synallagma est, quia præter conventionem, mandatum quoddam vtriusq; videtur interponi: nam certè in eo, qui nondū factum effecit, nihil aliud præter conventionem faciendi, reperiri poterit. Tertio, ex. l. solent. ff. de præscriptis verbis. manifestè confunditur, vbi constat, quòd si indicauero seruum fugitiuum, & sic ex mea parte pactum conuentum effecerim, te pecuniam dare cessate, actio præscriptis verbis cōpetit, quamuis nullū synallagma intercedat: responsio autem eiusdem, quòd ibi sit contractus do vt facias, accepta denominatione à forma incundi, friuola est vt supra dixi, & inferius etiam ostendam.

11 Quinto loco Cuiacius in præfenti, aliam reddit (quæ sexta erit)

diuersitatis rationem. Ait enim, quòd cum actio præscriptis verbis, sit civilis, nec detur, nisi in negotijs quæ vicina & proxima sint civilibus habentibus nomen, non potuit cōpetere in contractu innominato facio vt des, quia non est reducibilis ad contractum nominatum. Considerat enim, quòd contractus nominatus, do vt facias, veluti do scyphos, vt tabulas pingas, rectè locationi comparatur, è cōtra autè, tabulas pingo, vt scyphos mihi des, locationi comparari non posse: quare cū in civilibus, nullū sit ad iudicium, confugiendum est ad subsidiaria iudicia, & sic ad actionem de dolo, & in factum prætoriam: sed totus hic Cuiacij discursus (qui Antonij fuit Goueani, pro vt retulit Corrauius. lib. myscellanearum. 2. ca. 10. num. 5. & postea sequutus est Vuesembichius, in paratitla iuris civilis. lib. 19. digestorum. tit. 5. de præscriptis verbis. numer. 5. & 6.) falsus mihi videtur. Primo, quia nullibi reperitur expressum, actionem præscriptis verbis, in eis solum negotijs competere, quæ vicina & proxima sint civilibus habentibus nomen, sed merum est & Cuiacij & aliorū figmentū, vt constare potest ex eo, quòd nec ille, nec alij fundamentum aliquod, in quo enitatur, potuerint afferre. Secundo, quia ridiculum est dicere, quòd hic contractus do scyphos, vt tabulas pingas, locationi potest comparari, & hic, tabulas pingam, vt

des scyphos, nequaquam: quod manifesta probabo ratione: nam si do scyphos, vt tabulas pingas, potest comparari locationi (vt ipse dicit) quia videor quodammodo, dare pecuniam, aut aliud ea aestimabile, propter factum, quod est proprium locationis: ergo eadem conuentio, in eo qui tabulas pingit, propter scyphos, similis erit conductioni, cum relatiua sint & conuertatur, vt Aristot. docuit in prædicamentis. c. de relatione. et si potest in illo æquiparari conductioni, ergo similiter in me erit dicendum, cum ego videlicet tabulas pigno, vt ille scyphos det: cum nulla inter me & illum sit differentiarum ratio: et si in me ea conuentio potest comparari conductioni, ergo in aduersario comparabitur locationi, ex natura correlatiuorum, quorum vnum supponit aliud, vt diximus supr. quare si locationi potest comparari hæc conuentio, dabo tibi scyphos, vt tabulam pingas, fatendum est necessarium, hanc esse conuerso, tabulas pignora, vt des mihi scyphos, eidem contractui assimilari, respectu vtriusque, cum eadem prorsus conuentio ratio in vtroque casu reperitur.

13 Corrasius lib. 2. Miscellanearum. c. 10. n. 9. aliam (quæ erit in ordine septima) opinionem tueri: dicens, quod ex contractu facio vt des, sic oritur actio præscriptis verbis, sicut in reliquis innominatis, nisi dolus aliquis arguatur: mouetur. Primum, quia (vt ipse ait) nunquam potuit

intelligere rationem differentiarum, inter contractum facio vt des, & alios innominatos do vt facias, do vt des & facio vt facias: sed si dubitet aliquis (subijcit ille) si nihil discriminis est constituendum, inter eos: cur in contractu facio vt des, generaliter & in formam regulæ, à Jurisconsulto est traditum, civilem non competere, & actionem de dolo dandam? Respondebis, hoc esse, quia in contractu facio vt des, si postquam feci, tu cesses dare, præsumitur dolus: dolo namque facit, qui cessat dare, quod promiserat, vt facerem, cum quod factum est, infectum fieri nequeat: nimirum si de dolo actio detur, quæ toties datur, quoties dolo aliquid factum est: in contractibus autem do vt des, vel do vt facias, nullum sanæ mentis negaturum credit, quin diuersa sit ratio, cum datum repeti possit, nec tantus dolus possit argui, cum parum obicit, ei qui impleuit, conuetum dando, & hac ratione motum fuisse Imperatorem, in l. cum proponas. C. de dolo, ait: cum alloquens eum, qui manumiserat seruum, aut eum manumittendum tradiderat, vt vicissim mancipium reciperet, si (inquit) manumisti, vel tradidisti, & ille manumisit, reuocandæ libertatis potestatem non habes, desiderare debes, de dolo decerni tibi actionem) sed hæc interpretatio Corrasij, quæ prius fuit Accursij, in l. quoties. ff. eod. tit. de præscript. verbis. & postea sequitur est Decius, in l. cum nota. n. 7. C. de

C. de transactio. quamuis discrepet à prima opinione Alciati, in eo quod ille, nullo casu, in hoc contractu, actionem præscriptis verbis, posse competere, hic autem posse semper affirmet: in eo conueniunt, quod facta esse irrepabilia & ideo decernendam actionem de dolo, putent: sed procedere non potest. Primum, quia non respondet, quo pacto debeat intelligi textus ibi, nulla civilis competit actio, quo præscriptis verbis videtur excludi, cum civilis sit. Secundum, quia in contractu facio vt facias, militat eadem ratio, quæ in facio vt des, quod videlicet factum sit irrepabile, & nihilominus ex eo actionem præscriptis verbis produci, idem Jurisconsultus Paulus docuit, in d. l. naturalis. s. sed si facio.

14 Hotomanus, in tractatu de pactis. fol. 124. octauam (quæ ipse nouam, sed verissimam dicit esse) huius loci affert explicationem, ait. n. locum hunc Pauli, non esse generaliter intelligendum, in negotijs omnibus, in quibus sit aliquid, vt des, sed potius ad propositam ibi questionem restringendum, ac reuocandum, de qua in extremo superioris. s. Paulus egerat. De eo nimirum factum, quod in locationem non cadit, vt pote de manumittendo seruo. Sed confunditur ex eodem Paulo, in eadem l. naturalis. versi. Sed si dedi. vbi ait, ex manumissione vnius serui, propter causam, vt alius daretur, competere actionem præscriptis verbis, & ex Vlpiano in præsentem: nec alicuius

est momenti, eius responsio, qua sentit, veram non esse Iuliani distinctionem illam, de qua in d. s. sed si dedi. quoniam sic, nulla prorsus difficultas in iure civili posset reperiri, qua non solum docti, sed indocti vgeri possent: cum facilis esset ab ea se expediendi ratio: dicendo, hic non recte sensit Paulus, nec ibi Vlpianus. Quod miserorum refugium, nonnulli recte nuncupant: & mihi præsidium doctis viris maxime opere videtur indignum. Quare Hotomani opinio admittenda non est, et si illam sequatur nouus Petrus Calefatus in principio huius. l. iurisdictionum. num. 91.

Antonijs de Leon in l. cum mota. num. 4. C. de transactio. aliam (quæ nona erit) nouiorem adducit huius difficultatis declarationem. Dicit enim, quod ad hoc, vt in facio vt des, competat actio de dolo, oportet quod duo concurrant. Primum, quod factum nequeat infectum fieri. Secundum, quod implens in facio vt des, nullam senserit ex facto suo læsionem, et si aliquid horum desit, secundum illum, actio præscriptis verbis competit. Quare in casu huius. s. quod si faciam, nullam civilem actionem competere, Iulianum dixisse interpretatur. Primum, quia non datur repetitio, ex eo quod factum sit irrepabile. l. in bello. s. facta. ff. de capriuis & postlim. reuersis. Secundum, non competit actio præscriptis verbis, quia implens per factum, factum illud fuit tale, quod

Qq 3 ex facto

ex facto faciens, nullum damnum est passus, & sic nouè se conciliasse hunc. §. cum. d. l. cū. mota, liberè iactat. in cuius casu, ideò datā fuisse actionē præscriptis verbis, asserit: quāuis cōtractus fuerit, facio vt des, quia ex facto illo, mulier dānū sensit, omiſſa inofficiōsi testamēti quæ rella. Sed nec ea expositio fatiſfacit Primò, quia restringit multū, textū hūc, ad eū casum, quo faciēs nullum damnum ex facto patitur, de quo nec Paulus videtur cogitasse. Secundò, quia in. l. solent. ff. eodem. titul. de præscript. verbis. qui fecit factum, indicando seruum, nullum damnū vel læsionem sensit, & habet nihilominus præscriptis verbis actionem, quare admitteuda non est.

16 Decimò & vltimò, Raphael Fulgosius, in. l. naturalis. §. quod si faciam. & in. l. cum mota. C. de transactio. aliam affert huius difficultatis interpretationē, quæ prius fuit Christophori Castellionei magistri sui, subtilitatis (vt ferunt) insignis, & à quo, quæ Fulgosius & eius frater Cumanus scripserūt, eos desumpsisse cōmunis sententia est, illius opinionem, ideò vsque ad hūc locum referuauī, etsi ille antiquior sit pluribus eorum quos retulimus, quia magis aridet quàm reliquæ (omnes tamen sunt mihi de veritate suspectæ) ait enim, quòd in hoc contractu, facio vt des, competit actio præscriptis verbis, sicut in reliquis innominatis, do vt des, do vt

facias, & facio vt facias. Nec obstat textus in hęc. §. quòd si faciam, vbi Paul⁹ docet, quòd si faciam vt des, & postea quam feci, cesses dare, nulla cōpetit ciuiliſ actio. Quo videtur excludere actionem præscriptis verbis, quæ ciuiliſ est, secundum Vlpianum, in hac. l. iurifgentium. Nam actionem illam ciuilem, esse intelligēdam arbitratur propriam specialem & nominatam, sic vt sit sensus: quòd in hoc contractu, nulla ciuiliſ actio, propria & nominata competit, sed competit actio de dolo, nec improbabiliſ est hic sensus, nam actio ciuiliſ sic generaliter expressa, pro actione ciuili nominata, persæpè vsurpatur, vt cōstat. Primò, ex. l. promisiſti. §. fin. ff. eod. illo. tit. vbi si conuenit, vt permitteres me, serere in fundo tuo, & fructus tollere, & postea eos colligere non patiaris, dicebat Aristo, nullā esse ciuilem actionem, sed Pomponius dubitabat, an daretur præscriptis verbis actio, vel de dolo, & dicit de dolo dandā. Ecce quomodo Aristo, qui dicebat nullā esse iuris ciuiliſ actionem, intelligitur à Pōponio, de speciali, propria & nominata, quod patet: quia postquā ille conuenit, cum Aristone, nō cōpetere actionē ciuilem, dubitauit an competeret præscriptis verbis, vel de dolo. Secundò, id probari potest, ex. l. 1. 2. & 3. eod. illo. titul. de præscript. verbis. vbi tunc, ad istā actionē recurrēdū esse Papinianus, Celsus & Iulianus docuerunt, cum deficiunt

iudicia prodita, & vulgares in iure ciuili actiones: sic ergo dicim⁹, nullas esse iuris ciuiliſ actiones, cum deficiunt speciales, quod tertio ex. l. is cui. ff. de actio. & oblig. ex. l. 2. ex. l. interdictum. ff. de precario, patet: vbi ad eò manifestè constat, actionē ciuilem pro nominata scribi, vt iudicare fat sit, magis autem probare nil necesse: hanc Fulgosij & Castellionei sententiā, sequuntur Fortunius hic fol. 34. pag. 3. versic. certè ignota. & Duarenus, quæ (vt dixi) magis quàm ceteræ, iure probatur.

17 Sed an hæc actio de dolo, cōcurrat cū præscriptis verbis, inter eòdem non conuenit. Fortunius non posse concurrere, ait, Fulgosius & Duaren⁹ affirmatiuam partē tuentur, quæ verisſima est. Nam cū præscriptis verbis oriatur ex causa, seu implemēto sequuto, & actio de dolo, ex eo quòd dolus aliquis arguatur, cum hæc cumulatiuè, non priuatiuè adijciatur, veterem actionem integram remanere tenendū est, vt ex Paulo, in. l. quoties. 40. ff. de actio. & obligatio. non improbabili argumento colligi potest. & sic cum vna concurrat cum alia, si actor ea sit animi probitate & moderatione, vt ne fama aduersarij lædatur, ex actione de dolo, illam velit omitttere, & actionem in factum intentare, liberum erit. l. cū reus. ff. de fideiussoribus. l. rei quam infra de dolo, ad eòq; liberū, vt potius eius humanitas in hoc laudari,

& extendi, quòd actionē doli, in factum actione temperauerit, vt nō doli sed potius bonæ fidei mentio fiat, quàm vituperari aut restringi debeat. Qua ratione Cicero, in oratione pro Quintio, Neuium quendā, in odium iudicum adducere cōtendit, quod honestiori iudicio cōfictari cum posset, caput nihilomin⁹ Quintij & existimationē voluerit oppugnare: nā licet id iure concessum esset (alioquin enim nō admitteretur ad agēdum) turpe & inhonestum illi videbatur. Idem Tullius in oratione pro Cęcina, notam huius dedecoris & turpitudinis à se abstergit, his verbis. At si quis, mihi, hoc iudex, recuperator ve dicat, potuisti enim leuiori actione cōfingere, potuisti ad tuum ius faciliore & cōmodiore iudicio peruenire, quare aut muta actionem, aut noli mihi instare, vt iudicem: tamen is aut. timidior videatur, quàm fortem, aut cupidior, quàm sapientē, iudicem esse, æquum est: si aut mihi præscribat, quemadmodum ius meum persequar, aut ipse, id quod ad se delatum sit, nō audeat iudicare. Etenim si prætoris, qui iudicia dat, nunquā petitori præstituit, qua actione illū vti velit, videte quàm iniquum sit, constituta iam re, iudicē quid agi potuerit, aut quid posset, non quid actum sit querere: verum tamen nimix vestræ benignitati pareremus, si alia ratione ius nostrum recuperare possemus, nūc verò quis est, qui aut vim armatis

hominib⁹ facta, relinqui putet oportere, aut ei⁹ rei leuiore actione nobis aliquam demonstrare possit: ex quo genere peccati, ut illi clamit^r, vel iniuriarum, vel capitis iudicia constituta sunt, in eo potestis, atrocitatem nostram reprehendere, cum videatis, nihil aliud actum, nisi possessione, per interdictum esse repetitam. Quibus clarò (ut arbitror) constat, actione de dolo, posse concurrere, cum actione praescriptis verbis, cum nullibi prohibitum sit, in vna causa diuersis respectib⁹ duas actiones posse competere. Si autem aliquis obijciat, quare specialius, in hoc contractu, de dolo actionem, quam in reliquis oriri Paul⁹ dixerit? Fortunius & Duarenus responderet, maiorem in hoc casu doli suspitione, quam in alijs, iuste subesse posse, ex qua illa nascatur: quod place re mihi non potest, nam ea quod factum sit irreperibile, in contractu facio ut facias, similiter reperitur, & nihil magis in eo, actionem de dolo, quam in alijs dari Paul⁹ scripsit. Quare si aliqua hui⁹ rei ratio reddi potest, ea est, quod Paulus in hoc contractu, loquitur fuerit, secundum terminos. s. inmediate precedentis, cum dolus videlicet adest, certissimis indicijs probatus.

18 Nec existimet aliquis, parui esse momenti, hui⁹ disputationis verum examen, an in hoc, vel alio contractu, actio competat de dolo, vel praescriptis verbis: nam plures praecipue tres, in iure nostro reperiunt, inter

utraque differentie. Prima, quod actio praescriptis verbis, est perpetua. l. si cut. l. oes. C. de praescriptionibus triginta vel quadraginta annorum. & inst. de perpetuis & temporalibus actio. in principio, sed actio de dolo durat biennio. l. si. C. de dolo. Secunda est, quod actio de dolo, non datur pro minori summa, quam duorum aureorum. l. si oleum in. si. cu. l. sequenti. ff. de dolo. in actione autem praescriptis verbis, nulla quantitas est praescripta, ideoque communes aliarum actionum regulae, in ea obseruabunt. Tertia, quia actio de dolo, est famosa, & ideo non datur contra patrem, nec patronum, sicut actio praescriptis verbis. l. non debet. ff. eod. tit. de dolo.

Nunc autem restat, quod. 3. loco pro-
19
suimus, qua scilicet ratione, fuerit Iulianus a Martino reprehensus: nam si utraque actio, in hoc contractu competere potest (ut diximus) tam verum ducuisse Iulianus, quam Martiano censeri debet: praecipue si aduertamus, quod idem Iulianus, quod hic generaliter & confuse, magis distincte & vere in. l. naturalis. s. sed si dedi. explicauerit. Ex quo nascetur, perperam Iulianum a Martino fuisse reprehensum. Accursius in praesentis verbo, a praetore, praesus hac difficultate, ex aliorum sententia, quam sequutus est, respondet, quod tota distinctio Iuliani tradita a Paulo, in. d. l. naturalis. s. sed si dedi. corrigitur per Martianum, & Vlpianum hic. Sed falsa est ea Accursij responsio. Primum, quia verosimile non est, iuris

consultum

consultum Paulum, sententiam Iuliani a Martino & Vlpiano amicis & contemporaneis suis notata, sequutum fuisse: & Imperatorem Iustinianum, inutilem hanc & falsam distinctionem, nobis reliquisse obseruandam. Secundò, quia in. l. cum proponas. C. de dolo. & in. l. solent. ff. eod. tit. de praescriptis verbis. decisum est, actionem praescriptis verbis dari, cum dolus absit: de dolo autem competere, cum dolus in contractu arguatur, quod magnopere congruit, cum distinctione Iuliani & Pauli in. d. s. quod si dedi.

20 Quare Bartolus, in versi. & ideo num. 3. Angelus, Fulgosius & Alexander. num. 13. in fine. aliter difficultatem solunt: dicentes, distinctionem. d. versi. sed si dedi. non corrigi hic: sed hunc textum esse intelligendum, secundum illum. Sed minus placet, haec resolutio, quia si sententia Iuliani, de qua hic, intelligenda est, secundum distinctionem, de qua in. d. s. sed si dedi. quae verissima est, non poterat Iulianus a Martino & Vlpiano iuste reprehendi: cuius contrarium videmus, nisi quis dicat, ut dixit Calafatus hic. num. 132. quod rustice & maligne se gessit Vlpianus, tacendo quod ipse Iulianus, rectam postea traderat doctrinam, in. d. s. sed si dedi. iuxta quam, vel erat intelligenda ea, quam hic dederat, vel saltim emendanda. sed maior est Calafati rusticitas, in eo quod, nec Vlpianum & Iulianum hic & ibi recte intelligens,

eorum responsa, temerario ausu non solum interpretari, sed notare voluerit: quod ab ignorantia veritatis manauit, ut inferius probabimus.

Cuiacius, Duarenus, Baro & Vuesenbechius, hoc tit. Hotomanus, in tractatu eod. ut difficultate, quam superare non potuerunt, effugeret: culpam suae ignorantiae in Tribonianum contulerunt: qui inscie & imperite (sic illi loquuntur) distinctionem illam (ciuilem) in. d. s. sed si dedi. adiecit, ne Paulus Iuliani sententiam referens, discrepare videretur ab Vlpiano hic, qui ciuilem actionem dandam, cum Martino existimauit, id satis esse ratus, ad antinomiali vitandam.

Sed minus quadrat, haec Cuiacij & reliquorum interpretatio, quippe quae adimit a contextu, vocem illam (ciuilem), quam in omnibus pandectis communibus & Florentinis, congruentissime fuisse positam, noua & vera (ni fallor) ostendam resolutione.

22 Pro cuius maiori declaratione, aduertendum est, opinionem Iuliani, tres casus differentes comprehendisse. Primus erat, quando is qui Stichum dedit alienum, ut Pamphilus manumitteretur, sciens dedit: & hoc certo constat. Secundus, cum ignorans, & hoc similiter certo constat. Tertius, cum an sciens vel ignorans dederit, in dubio & ambiguo sit. In primo & secundo casu, vera fuit eius sententia, quod datur actio de dolo, vel praescriptis verbis, cum

certò constiterit, ignorantiam vel scientiam adfuisse, in quibus procedit & est intelligenda distinctio illa Iuliani, relata à Paulo, in. d. l. naturalis. §. sed si dedi. vt patebit ex litera. Sed si dedi (inquit) seruū vt seruū tuū manumitteres, & manumifisti, & is quē dedi, cuictus est: si sciēs dedi, de dolo dandam actionem, Iulianus scribit: si ignorans, in factū civilem. Loquitur ergo, cū cōstat iam, vel scientem, vel ignorantem fuisse, qui seruū alienū dedit, de tertio verò casu, cum in dubio est, an sciens vel ignorans dederit, ibi nulla fit mētio, quia iam facta erat hic, in quo Iulianus putabat, actionem de dolo dandā esse: non enim videbatur illi verosimile, industriōsum patrem familias (quod in dubio erat præsūmendum) sic in rerū suarū cognitione stultū & ignarum fore, vt quæ res suæ essent propriæ, quæ vero alienæ, ignoraret: quare cum ignorantia nō deberet præsūmi, imo potius scientia. l. si ff. pro suo. videbatur, cum sciēs dederit, in dolo fuisse: ac proinde, secundum regulas communes, decernendam esse actionem de dolo: sed Martianus, in contraria fuit sententia, quod videlicet, actio præscriptis verbis sufficeret: existimans, dolum non esse præsūmendum, nisi manifestis indicijs cōprobaretur. l. dolum C. de do. quare cum illa, in casu dubio non extarent, potius actionem præscriptis verbis, ex causa sequuta, ex seruo scilicet manu-

missio, quàm de dolo dandam, cū tanta honoris & famæ iactura existimauit: notata de falso contraria Iuliani opinione. Et hunc cēso esse proprium huius textus intellectum & iustæ reprehensionis Martiani in Iulianum, quam Vlpianus merito sequutus est, eadē ratione.

Quibus sic suppositis, ad Argumenta Respondemus. Ad primū dicimus, quòd et si verum sit, actionem præscriptis verbis, in factum esse & dici: non tamē de ea intellexit Iulianus, sed de actione in factū prætoriam de dolo, pro vt supra notauimus: & ea ratione, rectè fuit reprehensus à Martiano, qui civilem præscriptis verbis sufficere docuit: quia dolum in dubio nō præsūmitur, nisi manifestis indicijs probetur. l. dolum C. de dolo.

Ad secundum, deductum ex. l. naturalis. §. sed si dedi, ibi in factū civilem, satis sufficiens responsio colligi potest, ex his quæ in corpore quæstionis diximus: notantes, quòd ibi intellexit Iurisconsultus, civilem competere, cum certò constet, ignorantiam rei alienæ adesse, & sic abesse dolum in contrahēte, cum autem id dubium esset, contrarium sensisse iam sup. ostendimus reiecta Cuiacij Duareni & reliquorū vocis (civilem) expunctione.

Ad Tertium, quo pacto Paulus, Iulianum approbauerit, in. d. §. sed si dedi. ex superioribus non obscure colligitur.

In solutione quarti, latiorē oportebit,

tebit, illius difficultatis resolutionē tradere, an contractus isti innominati respectiui, do vt facias, facio vt des, facio vt facias, denominentur à forma ineundi, seu conueniendi, an autem à forma adimplendi? nā si à forma adimplendi (vt quidam volunt) denominationē accipiāt, cum in casu nostri textus, Titius Stichum manumiserit, vt Caius Pamphilum daret, id est dominū transferret: nec dederit, quia dominium non transtulit, competet actio de dolo, tanquam ex contractu facio vt des, per d. §. quod si faciā. In qua quæstione, an ab implemento, an autem à conuentione denominentur? diuersæ sunt nostrorum doctorum sententiæ, Accursius, opinione Ioannis (quē pro se allegat) per motus, eos denominari oportere, à forma ineundi existimauit: sic, vt si principium contractus, incipiat à do. vt v. g. dabo tibi cētum, vt eas pro me Romam: contractus sit do vt facias, si autem incipiat à facto, veluti pro te Salmanticam ibo, si dederis mihi mille, sit contractus facio vt des, sic tenet in. l. naturalis. §. at cum do. glo. i. ff. de præscriptis verbis. & in. l. cum proponas. verbo tradidisti. C. de dolo. quem sequitur ibi Salicetus num. 6. & in. l. ex placito. verbo, subiecta. C. de rerum permutatione. vbi Iacobus Butrigarius & Baldus. num. 27. & in. l. cum mota. verbo, danda. C. de transactio. vbi Baldus numero. 6. Ricardus de Saliceto. & cum referens Bartholo-

meus de Saliceto. num. 7. vers. vltimo dicit. Sequitur iterum Baldus, in feudis. tit. quod præced. debeat inuestit. an fidel. communem testatur Ioannes de Imola, in rubrica de rerum permutatione. num. 6. & in principio huius. l. iurisgentium 2. notabili. idem Baldus, Salicetus & Cuiacius nouius amplectuntur. In contraria autem sententia, quod ab implemento denominentur, fuerunt omnes Ultramontani, pro vt refert, eos sequutus Bartolus, in. d. l. naturalis. §. sed si facio. num. 4. & in. l. cum proponas. num. 6. vbi Alexander. col. 2. C. de dolo. & in. l. cū mota. num. 4. & iterum in secunda lectura. col. 1. versic. ex qua nota. C. de transactio. vbi hanc fuisse traditionem, cuiusdam Bartolucij, testatur idem Bartolus, in. l. ex placito num. 10. C. de rerum permutatione. & in. l. si quis cum debitore. ff. de iure iur. vbi Iaso. num. 5. hanc communem esse dicit. iterum Bartolus, in. l. si intra num. 2. infr. eod. Alexander & Iaso hic. nu. 6. Fortunius & Orosius. num. 20. communem & receptissimam esse scribit Alciatus, in. l. cum mota. verbo præscriptis verbis. vbi Claudius de Seyfellijs. & Curtius Iunior. 19. C. de transactio. Socinus in rubrica de verborū. num. 23. Gomezus. in. §. actionum. num. 29. inst. de actio. Berengarius Fernādez in. l. pacta cōuenta. super gloss. c. 3. num. 7. ff. de pactis conuentis.

Ego autem (vt liberè dicā quod sentio) non solū inutilem & superuacua

uacaneam, sed ineptam prorsus huius questionis disputationem, eo modo quo doctores nostri tractant, sum semper arbitratus: nam vel querere volunt, de denominatione horum contractuum, in quantum sunt conuentiones, abstractae ab omni effectu civili: vel quoad effectus civiles: an producant hanc vel illam actionem: & utroque casu, nullam difficultatem sentio, propter quam isti contractus, non debeant denominari, à conuentione & ab implemento simul, cum vnū ab alio: nullo pacto possit discrepare. Si enim conuenit inter me & te, ut eas pro me Romam, & centum tibi dem, vel imple factum, vel non imple: si imple, & velis à me, illa ceterum repetere, iam certò constat, contractum hunc, respectu tui esse facio ut des, quia fecisti (mihi enim qui non impleui, actio competere non potest) si non imple, idem similiter dicendum est: quia cum tu, ad dare non tenearis, sed ad facere, respectu tui, contractus do ut facias, vocari non poterit, sed facio ut des. Praeterea, si ego dedi, constat tam ante meum implementum in datione, quam post, respectu mei, contractum esse do ut facias, siue contractus ille stet in meris terminis conuentionis, siue in causam & implementum transferit: semper igitur, secundum conuentionem, vel implementum (nam in hoc nihil interest) respectu illius qui dare tenetur, siue iam dederit, siue non dederit, contractus est do

ut facias: & respectu illius qui facere tenetur, siue fecerit, siue non fecerit, contractus erit facio ut des: quoniam implementum vnus, non tollit propriam substantiam obligationis alterius: nec efficere potest, ut hic contractus, aliam speciem sortiatur, distinctam ab illa, quam conuentionis leges praescripserunt: quod cernere facilius poterimus, in emptione: hic enim contractus, respectu illius qui dat pecunias pro re, emptio dicitur, respectu autem illius qui accipit, & rem dat, venditio nuncupatur: non ergo mutabitur horum contractuum forma, respectu cuiuscumque contractantis, ex eo quod emptor, prius tradiderit pecunias, vel venditor tradiderit rem: vel ex eo, quod ego inciperem velle emere, vel tu vendere: quia utroque casu, obligatio qua tenetur is qui emit, ad dandas pecunias, emptorem illum facit: sicut illum, qui rem tradere tenetur, venditorem: sed vni formiter, tam ante implementum, quam post, talis conuentio nuncupabitur. Quare in casu huius textus, negari non potest, quin respectu illius qui Stichum manumiserit, ob Pamphilum, contractus facio ut des, dicatur: respectu autem illius qui dedit Pamphilum, vel dare est obligatus, do ut facias: nec aliquid aduersatur huic expositioni, quod actio de dolo, in contractu facio ut des, competat: Secundum Paulum & Iulianum, in d. s. sed si faciam. quam hic Martianus & Ulpianus negant: nam cum

cum ille textus loquatur, cum certò constat, actionem de dolo subesse, ut supra iam exposui, noster vero textus, in casu dubio & ambiguo, de vno ad alium argumentum non valet. l. finali. ff. de calumniatoribus. cum similibus.

27 Ad Quintum, de rextu, in l. cum proponas. C. de dolo. reiectis Accursij, Bartoli, Baldi, Alberici, Claudij, Decij, Iasonis, & reliquorum interpretationibus: partim negantium, in casu illius textus, non esse contractum do ut des, sed facio ut des: partim id affirmantium: dices tu, quod siue sit contractus, facio ut des, vel do ut facias, vel facio ut facias, ad producendam actionem de dolo, nihil interest: cum ex omnibus innominatis, aequaliter cum dolo principaliter arguitur, actio nascatur, ut supra dictum est: quare non mirum erit, si in casu illius textus, etiam si contractu sesset, do ut des, cum dolo argueretur, quod ex subiecta materia & terminis habilibus (qui semper supponi debent) colligi potest, actio de dolo competeret.

28 Ad Sextum Respondebis, quod quamuis vera sit, eorum sententia, qui dicunt, compatibilem esse actionem de dolo, cum actione praescriptis verbis: non tamen ex eo colligi potest, Iulianum, cum actionem à pratore dandam, in hoc casu, cum manumittitur Pamphilus, & euicitur Stichus, scripsit, de in factum civili intellexisse: sicut intellexit, in d. s. quod si faciam: nam ibi lo-

quutus est in casu claro & certo, cum dolo abest, hic autem in casu ambiguo, cum id ignoratur, & in incerto ac dubio est, diuersè in utroque sentiens, pro ut Martianus & Ulpianus Iurisperiti grauisimè retulerunt: & nos supra sumus interpretati. Quare manifestò (ut arbitror) ex his nascitur, iustissimam fuisse, Martiani in Iulianum animaduersionem, quidquid Fulgosius, Calafatus & alij, minus consideratè contra scripserint.

SUMMARIAM AD Caput Quintum.

- 1 Communis opinio, differentiam inducens, inter nativas & dativas actiones, particulares cuique tribuens effectus, reprobatur.
- 2 Late tractatur, de antiquis iuris, iudicium & actionum formulis.
- 3 Versiculum (actionem à Pratore danda) non debere intelligi, pro ut ab Accursio, Bartolo & alijs intelligitur.
- 4 Explicantur verba textus, in d. l. Iurigenium, sibi civilem incerti actionem.
- 5 Traditur quid sit synallagma.

CAPUT Quintum.

Actionem à Pratore dandam:



Artolus hic, num. 1. & 2. & in l. 1. ff. de actioni. & obligat. num. 11. & in repetitione num. 19. iterum in l.

in. l. i. num. 12. ff. de condi. et. indeb. & in. l. cum quis numero. 23. C. de iuris & facti ignorantia. fabrefecit suo malleo, actiones quasdam in iure natiuas, alias vero datiuas: quod, ex hoc nostro textu, ibi in factum actionem à Prætorè dandam) singulariter asserit confirmari. Natiuas vocat, eas quæ habent materiam sufficientem, à qua oriuntur: datiuas autem, illas quæ sufficienti materia carent: & proficiscuntur ex legis vel prætoris beneficio, præmissis tamen, aliquo facto contrahentium, vnde æquum legi vel prætori visum fuit, eam actionem generare: probat simili hoc, ab hominibus sumpto, sic, Adamus dici potest datiuus, quia fuit simpliciter productus à Deo, alij autem homines, qui ex patre & matre nascuntur, possunt dici natiui: qua ratione, asserit Iulianum esse reprehensum à Martino, quia dicebat, actionem à Prætorè esse dandam, cum non esset, materia sufficiens, ex qua oriretur: & in veritate erat sufficiens, nam erat contractus in-nominatus, vestitus implemento iusta causæ. Hanc Bartoli, de actionibus natiuis & datiuis distinctionem, quam prius persensit Accursius, in. l. ex legato. 18. gloss. magna. C. de legatis. & in. l. cum mota. verbo danda. C. de transactionibus. omnes illius sectatores, libenter approbarunt, vt fuerunt Baldus & Angelus, in præsentia nu-

mero. 2. Albericus, Paulus Castrensis, Iaso & Oroscius numero. 4. Curtius iunior, qui receptam esse communiter hanc, distinctionem testatur numero. 25. Zasius libr. 2. singularium responsorum capit. 5. Mynsingerius, in. s. r. numero. 25. Institutis de actionibus. Nec in hoc solum constitèrunt: sed effectus vtrarumque actionum, tradere sunt conati: inter quos, illum maximè referunt, quod actiones datiuæ, ad hæredes non transeant, natiuæ autem quod sic. Accursius, cuius glossam notabilem vocant, in lege cum precario verbo non transijt. ff. de precario. vbi Angelus, idem Accursius. in lege final verbo in hæredem. ibi. vel dic eam non natiuam. ff. de edendo. vbi Oroscius nume. 7. communem vocat. tenuit Bartolus in. l. si hominem. s. datur. ff. de depositi. Alexand. in addit. ad eundem Bartolum, in. l. certi conditio. nume. 9. ff. si certum petatur. receptam testatur Conarruui. in regul. possessor. 2. parte. s. r. numero. 3. & Emilius Ferretus hic numero. 50. Sed tam ridiculum est, vanum hoc Accursij, Bartoli & reliquorum, de actionibus natiuis & datiuis commentum, quam falsus ille, quem ex eo deducunt effectus: quoniam actionem nasci, est actionem à contractu oriri, seu potestatem agendi ciuilitèr coram iudice cõpetere: actionem autè dari, seu iudicium dari (nam pro eodem sumuntur)

tur) idem prorsus est, quod formulam actionis solennem à Prætorè concedi & impetrari ad iudicem. Quare omnes actiones (quotquot sunt) natiuæ dici possunt & datiuæ: natiuæ in quantum nascuntur, seu proficiscuntur à contractu: datiuæ in quantum impetrantur a Prætorè: quæ omnia vt iuris peritus curiosus melius intelligat, quædam notatu digna, de veteri actionum, seu iudiciorum dandorum more referemus, ne Accursij, Bartoli & reliquorum, inanibus ac falsis decepti doctrinis, inter leges, quæ oriri vel dari actionem ex contractu, dicunt, multum differre, sed malè existimemus.

Quare sciendum est, apud Romanos olim, iudicia fuisse triplicia, sacrum videlicet, publicum, & priuatum, quæ retulit Aufonius.

*Ius triplex, tabule quod ter sanxere quaternæ
Sacrum & priuatum & populi commune,
quod vsquam est.*

Sacrum ad Pontifices spectabat, quotiescumque enim, controuersia aliqua, pertinet ad religionem incidebat, iubebat Senatus, Pontificum collegium consuli, sic Liuius, lib. 31. ad collegium Pontificum referre Cõsul iussus, si posset rectè votum incertæ pecuniæ suscipi. & lib. 38. Senatusconsulti, de postulatis Ambiacensium facti, hæc verba refert. Signa, aliaque ornamenta, quæ quærentur ex ædibus sacris, sublata esse, de his, cum tamen Fuluius Romam reuertisset, placere ad col-

legium Pontificum referri: & quod hi cõfuisent fieri. idem lib. 41. Latine feriæ fuerè A. D. III. Nonas Maij. in quibus, quia vna hostia magistratus Lanuuius precatus non erat P. R. Quiritibus religioni fuit, id cū ad Senatum relatū esset, Senatusq; ad collegium Põtificum reiecit, Põtificibus quia nõ rectè facte Latine essent &c. Cõprobat id latius Ciceronis, Gelij, Macrobij & aliorum authoritatibus Brissonius lib. 2. de formalis Romano. fol. 233. & 234. de his iudicijs non agitur in iure nostro, cum eorum nil Iurisconsulto rû interesset, & hæc fuit ratio principalis, qua Vlpianus in. l. i. s. huius studij. ff. de iust. & iure. cum de publico iure, quod est in sacris & sacerdotibus, mentionem faceret, & speciem esse iuris vnam docuisset, ea prætermittit, ad priuatum explicandum & diuidendum, statim trãsiit. Quam causam, cum Rodolphus Agricola, non fuerit assequutus. li. 2. de inuentione Dialectica. c. 5. Vlpianum & alios Iurisconsultos, huius vitij, quod in definitionibus & diuisionibus defecerint, reprehendit: ignoscendum tamen Vlpiano & reliquis asserit, quod vt doctissimus eorum quisque est habitus, ita maximis semper occupationibus reipub. distentus fuit, nec otium habuit, perpoliendis suis inuētis: quorum secundum, etsi concedam illi, primum tamen de diuisione concedere non potero: cum (vt dixi) ad Iurisconsultum, sacrorum tractatio,

tio, minimè tunc spectaret. Secunda species iudiciorum, in publicis consistebat, de quibus habetur titulus, tam in . ff. nouo de publicis iudicijs. quàm in institutionibus. hæc ad populum Romanum pertinebant, nec ea poterant exercere, ordinarij priuatarum litium iudices, vt Prætores, Tribuni, AEdiles, Consules & reliqui magistratus, sine speciali populi iussu. Quæ de causa vt Quintus Voconius Prætor, in causa Cluentij, iudex quæstionis fuisset, populi expresso mandato fuit opus, aliter enim sua iurisdictione id non poterat: creabantur enim separatim iudices, oblata criminum occasione, quos ab eo, quod illa conquirent & punirent, quæstores parricidarios vocabant. l. 2. §. & quia vt diximus. ff. de origine iuris. de quibus tractat latius, Franciscus Polletus in historia fori Romani, libr. 3. capite. 7. & libr. 4. capite. 1. & eorum iudiciorum formulas recenset Brissonius, libro. 3. de formulis Rom. fol. 511. de de his tamè nostra tractatio non est, sed de priuatis: quæ tertia species est, quorum cognitio, ad prætores & eorum iudices erat reseruata. Sic Tullius. lib. de legibus. iuris disceptator (inquit) qui priuata iudicet, iudicari vt iubeat, prætor est oris iuris ciuilis custos esto, huic potestati parento &c. Solebant enim prætores, cum grauioribus litibus eorum tribunal implicaretur, iudicandi participes,

nonnullos priuatos facere, ex his qui in iudicum album erant adscripti, omnes enim iudices in album prætoris scripsi solitum, ostendit latè Budeus. in. l. final. §. iudicandi. ff. de muneribus & honoribus. & Gregorius Tolofanus libr. 47. syntagmatum parte 3. capite. 23. cuius alibi meminit Seneca, lib. 3. de beneficijs. non potest ad hæc iudex sumi, ex turba selectorum, quem census in album, & equestris hæreditas misit. Aulus Gellius etiam lib. 14. noctium Atticarum. capite. 2. quo primum (ait) tempore, à Prætoribus lectus in iudices sum, vt iudicia (quæ appellantur priuata) susciperem, libros vtriusque linguæ de officio iudicis conscriptos conquisiui. quo respicit illud Horatij. libro. 1. sermonum. Satyra. 4. cum dixit. vnum ex iudicibus selectis obijciebat. &c. nec is iudex erat, quem volebat prætor, sed quem partes litigantes nominatim elegerant, quod probari potest ex Papiniano, in. l. ex consensu. 23. ff. de appellationibus & Callistrato in. l. obseruandum. 47. ff. de iudicijs. Obseruandum (inquit) est, ne iudex detur, quem altera pars nominatim petat, id enim iniqui exempli &c. & clariùs ex Cicerone, in oratione pro Cluentio. neminem (ait) voluerunt maiores nostri, non modò de exiustimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem re minima iudicem esse, nisi qui inter ad-

uer-

uersarios conuenisset. Dicebantur autem aduersarij conuenire, non solum quotiescumque vterque vnum expressè nominabat, sed quando vnus petebat aliquem nominatim, & interrogans aduersarium, an huiusmodi iudice esset contentus, an alium posceret, & ille non contradicebat, qua in re hæc vsitata & solennia verba fuisse, SI ALIUM PROCAS, NI EVM PROCAS. Festus author est. lib. 14. de verborum significatione. verbo procu. procurare autem, idem significabat, quod poscere, vt ibidem Festus interpretatur. petitionis autem formam, his notis cõtentam, Valerius Probus testatur. P. I. A. V. P. V. D. idest, prætor, iudicem, arbitrum ve postulo, vti detunc enim si inter eos conueniebat, prætor iudicem dabat, non vt ex arbitrio libero, causæ merita examinaret, & sententiam ipse proferret: sed in verba litis, sic illi ius componebat & decernebat actionem, vt iudici dato, nec latum quidem vnguem, ab ea discedere liceret, sic accipiendus est Iaboloni locus, in. l. vt fundus. 18. ff. communi diuidendo. ibi, quia vltra id, quod in iudicium ductum est, excedere potestas iudicis nõ potest. clariùs Seneca. lib. 3. de beneficijs. capite. 7. dum inquit. quæcumque in cognitionem cadunt, comprehendi possunt, & non dare infinitam licentiam iu-

dici, ideo melior videtur conditio causæ bonæ, si ad iudicem, quàm ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos quos non excedat terminos ponit, huius libera & nullis adstricta vinculis religio, & de trahere aliquid potest & adijcere: sic vt nec ea quæ ante, nec ea quæ post acceptum iudiciũ, idest post litem cõtestatam enerunt, ad eius officium pertinerent. l. ædiles. 25. §. ite dũ. ff. de ædilitio edito. l. non potest. 23. ff. de re iudicat. l. si reus. 73. ff. de procuratoribus. formula autem iudicij seu actionis ad iudicem, sic à prætore componebatur, in personalibus actionibus & realibus, in personalibus hoc modo. Si paret Sempronium Caio dare, facere oportere, Corruncanus, iudex esto. Quæ postrema verba his duabus notis scripsisse veteres. I. E. & Valerius Probus in eisdem, & Diuus Isidorus lib. 1. etymologia. c. 22. referunt, eius formula testis est Iustinianus, in. §. sic itaque discretis. inst. de actio. ibi. certum est, non posse actorem, rem suam ita ab aliquo petere, si paret eum facere, dare oportere: quia cum hæc esset personalis, ad realem accommodari nõ poterat. & in. §. præterea. inst. de perpetuis & tẽporalibus actio. ibi, qua de causa, efficax est aduersus eum actio, qua actor intendit, si paret eum dare oportere, & in. §. is quoq;. inst. quibus modis retrahitur obligatio. nam proinde (ait) ab eo condici potest, si paret

Rr eum

eum dare facere oportere, & Cicero pro Roscio Commodo. eius rei (inquit) ipsa verba formulæ testimoniis sunt, quod est in iudicio directum, asperum, simplex, si paret. H. S. 1000. dari oportere. in rebus autem sic concipiendi iudicij dabatur forma. Lucius Octavius iudex esto, si paret fundum Capenatem Publij Seruilij esse, neque is fundus ei à Sempronio restituatur, tunc Sempronius damnetur. de quo meminit Cicero Verrina. 4. vel sic. Si paret iugera eiusmodi fundi esse plura, quam Colonus esset professus, tunc Xenon damnetur. idem Verrina. 5. hanc autem formulam (si paret) quæ principem locum inter alias omnes tenet, duplici R. scribi solitam ostendit Festus Pomponius. de verborum significatione verbo. parret. parret (inquit) quod est in formulis, debuit & producta priori syllaba, & non gemino R. scribi, ut fieret parret, quod est, inueniatur: ut compareret, apparet. Hac itaque formula actionis seu iudicij, cognitio & discussio facti, nulla autem iuris, iudicij concedebatur. Ponas verbi gratia Titium à Sempronio, centum petere ex causa alicuius pacti, an illud pactum esset legitimum & sufficiens, ad producendam actionem, cognitio, erat prætoris, quod pertinet illa formula, in suis edictis toties repetita & à plerisque minimè intellecta (causa cognita actionem dabo) (causa cognita iudicium dabo) si ipse vide

bat, pactum illud, inualidum esse, ad producendam obligationem civilem, quia non erat probatum aliqua legis specie, repellebat petitorē, nec actionis datione, illum ad petendum iuuabat: si autem pactum erat legitimum, componebat formulam iudicij sic. Si paret Sempronium à Titio, centum ob hanc causam (expri-me-bat causam) pepigisse vel promississe: & ea sequuta fuerit, tunc Sempronius, Titio in centum damnus esto. Sicque non cognoscebat iudex, an causa illa, propter quam promissit Sempronius, habilis esset ad producendam obligationem civilem, quoniam id (ut diximus) ad prætorem pertinebat, sed de nudo ac simplici facto, an videlicet Sempronius, ob illam verè & realiter promiserit, & illa sequuta fuerit, quod ex Vlpiani verbis in. l. 1. ff. familiæ erciscundæ, probari potest, sic enim inquit, quo fit, ut eo casu, ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an cohæres sit, id est cum præiudiciali exceptione, à familia erciscunda excluderetur possessor, pertinebit ad iudicem, videre & explorare factum, an cohæres sit, an institutus sit intestamento, vel ex familia morientis legitimus simul cum alio, ab intestato hæres existat: idem colligitur ex eodem Vlpiano, in. l. ait prætor. 5. ff. de re iud. ubi non iurisdictionem, sed simplicem tantum notionem, iudicem datum, habere dixit, quod Seneca lib. 3. de bene

beneficij. clariùs demonstrat. sic enim scribit, de quibusdam, etiam imperitus iudex, dimittere tabellam potest, ubi fecisse aut non fecisse pronuncian-dum est: ubi prolatis cautionibus, controuersia tollitur, ubi, inter disputantes, ratio ius dicit: ubi verò animi coniectura capienda est, ubi id de quo sola sapientia decernit, in controuersia incidit, non potest ad hæc, summi iudex ex ordine selectorum, quem cæsus in albu & equestris hereditas misit. Sic Seneca, quibus perspicue docet, iudicem dari solitum, priuatis iudicijs, quæ solâ facti inquisitione continerent: in his autem, quæ solo sapientie lumine statuenda forent: id est, an hoc iure vel iniuria, factum fuisset: an ad hunc, an autem ad illud re-ticudo causæ respiceret iudices non fuisse datos, quia solâ, secundum verba præscripta à prætore, notionem habebat causæ: nec ad alia se extendere poterant: quod adeo verum est, ut si prætor formulam iudicij conciperet, sic. Si paret Titium, centum accepisse mutuo à Sempronio, in centum Titius damnus esto, & postea, coram iudice, reus exciperet, de pacto de non petendo, facto ab actore, vel de alijs huiusmodi satisfactionibus & exceptionem probaret, non eo magis poterat, iudex Titium absolueret, ac si debito nunquam satisfacisset: sed, tenebatur illum condemnare, secundum formulam iudicij, à qua non poterat discrepare: qua-

re ut huic incommodo irent obuiam prætores, solebant actionum seu iudiciorum formulas, additis exceptionibus proponere, ut ostendit Tullius. libro. 2. de inuentione. in hunc modum, agit is cuius manus præcisa est, iniuriarum postulat, quo cum agitur, à prætore exceptionem & mox, is qui agit iudicium purum postulat, ille quo cum agitur, exceptionem ait dari oportere. Vlpianus in lege prima. §. sunt qui putent. ff. ne quid in flumine publico. Sunt qui putent excipiendum, hoc interdicto, quod eius ripæ munienda causa non fiat: & illico, hoc tamen iure vitimur, ut prætor ex causa æstimet, an hanc exceptionem dare debeat. Pomponius in lege si quis sub conditione. ff. de conditionibus institutionum, quamquam cautum esset, in ipsa actione, tuendus esset promissor. Harum formulas, quæ per verba (si non) (quod non) (extra quam hoc, actum fuerit, vel non fuerit) breuitatis causa omittimus: passim enim illæ occurrent in iure versato: congeritque latè Brissonius lib. 5. de formulis & solennibus populi Romani verbes fol. 450. 451. & 452.

Ex quibus tandem omnibus a. 3. pertè concludi potest, actionem à prætore dari, non esse illud, quod Accursius, Bartolus & reliqui confinxerunt, eam videlicet actionem, quæ datur (& ideo datua dicitur) non habere præexistentem materiam,

sed ex æquitate Prætoris concedi, nam ultra ea, quæ superius attulimus: ex eo clarè, id poterit, tamquam falsum conuinci, quod in omnibus contractibus nominatis, & certis, quos ipsi præexistere materiã habere nõ negant, à prætore actiones, etiam ipso iure competentes, darentur, ut probat expressè Iustinianus, in. §. non autem. instituit. de perpetuis & temporali- bus actionibus. non autem (inquit) omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso iure competunt, aut à prætore dantur, & in heredem, & quæ competunt, aut dari solent, & ex causarum formulis quas Brisonius adducit lib. 3. de quo supra. fol. 316. apertius constabit.

Quare, Iulianus, non fuit reprehensus à Martino, quod putauerit, in hoc contractu, do ut facias, nullam actionem civilem competere, in omni casu, sed in dubio solum, dari oportere actionem de dolo, quod Martino non placuit, quia sufficiebat actio civilis, præscriptis verbis, qua existente cessabat de dolo. lege. 1. §. ait prætor. ff. de dolo, ibi. ait prætor si de his rebus alia actio non erit, merito prætor, ita demum hanc actionem pollicetur, si alia actio non sit, quoniam tam famosa, non temerè debuit à prætore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua quis posset experiri, vsque adeo ut & Pedius. lib. 9. scripserit, etiam si interdicitum sit, quo quis experiri,

vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. l. de dolo C. eodem.

Ulpianus, referens sententiam Martiani, ad probandum, quod in hoc contractu, cum Sempronius dedit Seio Stichum, ut Pamphilum manumitteret, & Seius manumisit Pamphilum: si euidus est Stichus, competit illi actio civilis, & non prætoria de dolo, sic inquit (ille ait, scilicet Martianus, civilem incerti actionem, id est præscriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristoteles synallagma dicit, unde hæc nascitur actio) in quo duo breuiter explicanda sunt. Primum, quid significant illa verba, civilem incerti actionem. Secundum, quid synallagma sit, ex quo civilis nascitur actio. Quoad primum, actio civilis incerti, duobus modis intelligi potest: primo, ut verbu illud (in certi) transcribamus, vel interpretemur incertam, sic ut legatur, competere actionem civilem incertam, quemadmodum legimus apud Iulianum, in. l. duo in solidum. 19. ff. de precario. Dioclecianum & Maximianum in. l. rebus. 6. C. de reru permutatione. & actio incerta, erit idem, quod actio innominata, seu sine proprio & speciali nomine, sicut incertus contractus usurpatur ab Ulpiano, pro contractu innominato, in. l. certi conditio. 9. in principio. ff. si certum petatur. & in. l. 1. §. debitum. ff. de constitu-

stituta pecunia. Vel secundo, si actio incerti legatur, sit actio, per quam petitur aliqua summa incerta, veluti cum damna & interesse, in hoc casu de manumissione Pamphili, vel euidione Stichi, & alijs similibus postulatur: id enim incertum vocat Paulus, in quo non apparet, quid, quale, quantum contineatur, in. l. vbi autem non apparet. 75. ff. de verborum. l. 4. ff. de usuris. l. diem proferre. 17. in fine. ff. de arbitris. l. 3. C. de inutilibus stipulat. l. insulam. ff. de præscriptis verbis. sicut actio vel conditio certi nuncupatur, quæ certum in contractu, seu conuentione deductum petit. l. certum. 6. l. certi conditio. 9. l. si quis certum. 24. ff. de rebus creditis. l. duobus reis. §. exceptio. ff. de iure iuran. l. stipulationum, 74. ff. de verborum obligationib. quare Martianus, cum vidisset, actionem de dolo, esse famosam, nam turpitudinis notam inurit reo. l. non debet. 21. ff. de dolo. & contractum hunc esse innominatum, cum causa tamen, quia sequutum est implementum, ex parte illius, qui Pamphilum manumisit, & contractibus innominatis, cum causa, civilem actionem præscriptis verbis à iure civili datam. l. 1. 2. 3. & toto titulo. ff. de præscriptis verbis. rectissime docuit, sprete actione de dolo, quæ in solo casu claro doli, locum habet. l. dolum. C. de dolo. sufficere in isto casu dubio, hanc

actionem civilem incertam, siue innominatam, vel incerti: ad repetendum, id quod intererat manumittentis, Pamphilum non manumisisse, vel Stichum euidum nõ esse, ex regula illa generali.

Ad secundum, quid sit synallagma accedamus, id enim verbum Græcum esse, ex Ulpiano colligitur, in. l. Labeo. 19. §. contractum. ff. de verborum significatione, qui quod nos contractum, Græcos synallagma dixisse asserit, latiore habere aliquando significationem, constat ex eo, quod Aristoteles lib. 5. Ethicorum. cap. 7. furtum, adulterium, cædem, conuictium contumeliam, & reliqua maleficia huiusmodi, illius nomine synallagmatos complectatur, cuius rationem reddit Michael Ephesius in illius interpretatione, quam apud eum videas. Aliquando tamè strictius sumitur, pro solo contractu & commercio rerum, quod verbi compositio indicat, deriuatur enim, à præpositione. σιν, quod est simul, & verbo. αλλαττο. quod est ago, quasi quidam simultaneus duarum voluntatum actus, vel à verbo αλλαττο, quod mutò etiam significat, quasi in vnum concursus duorum animorum mutatio: cum enim à principio, contrahentes disiderent, & diuersarum essent voluntatum, postea què dum contrahunt, ac in vnum & idem consentiunt, rectè mutasse simul vtrumque voluntatem, dici poterit, argumento. d. l. si

vendita. C. de rescind. vend. sic etiã conuentionis originem, quæ idem quod contractus significat, deduxit Vlpianus, in. l. i. §. cõuentionis verbum. sup. eodem titulo. Nam sicuti (inquit) conuenire dicuntur, qui ex diuersis locis, in vnum colliguntur & veniunt: ita qui ex diuersis animi motibus, in vnum cõfentiunt: id est in vnam sententiam decurrunt. Quare in eo comprehenduntur, tam contractus proprium nomen habentes, vt emptio, venditio, locatio, conductio, societas &c. vt constat ex dicta. l. Labeo. quã in nominati, do vt des, do vt facias, & reliqui, vt in hac nostra lege probatur: quare Vlpianus referens Aristonem, quem Græcum fuisse natione suspicor, esse hunc contractum quod Aristo synallagma dixit, non ait, id dixisse simpliciter, sed hoc facto additamento, vnde hæc nascatur actio, id est contractum hunc innominatum, de quo Iulianus & Martianus tractauerant, quia causa suberat, approbationem à lege ciuili habere, & propter causam illam, seu implementum, ab eo ciuilem nasci actionem & obligationem. Andreas Alciatus. lib. 2. prætermisforum, hoc titulo. tentauit dicere, scribendum non esse synallagma, sed *ανονομασίου* id est innominatũ, vel sine nomine, id tamen infeliciter: quia tam Florentinarum, quã communium pandectarum codices synallagma habent, quæ vera litera

est, & eũ sensum habet, quem sup. iam exposuimus.

S V M M A R I A A D Caput Sextum.

Bartoli lectio, in hoc textu, reprobatur, et emendatio litera affertur.

2 Si fiat pactum, cuius implementum, turpi causa fundatur, etiam si illud sequatur, nulla nascitur actio, reiecta opinione Ultramontanorum.

Si ob maleficium ne fiat, promissum fuerit, nulla est ex hac conuentione obligatio.

C A P V T Sextum.



Artolus, cõtextum hũc Vlpiani, negatiuè legit & interpretatur: sic, si ob maleficium ne fiat, fuerit promissũ, nulla est obligatio, ex hac conuentione. Bartolũ sequitur Baldus. l. 1. & 2. lectura. Angelus, Albericus, Paulus Castrens, Alexander, Iaso, Fortunius & Cuiacius: sed quamuis communis sit ea litera, & in se vera: proposito tamen Iurisconsulti non congruit, nec mihi, illud perspicaciũs cõsideranti, potest placere: nam cum dixisset, in . § . immediatè præcedenti, contractum innominatum, cum implementum sequutũ fuerit, actionem & obligationem ciuilem producere, necessariò teneba

nebatur, subfungit modò, cum voluit de implemento, quod obligationem nõ inducit, tractare: quòd si hoc implementum sit turpe, & inhonestum, veluti vt maleficium fiat, & factum sit, nulla obligatio nascitur. Quare affirmatiuam literam vt scilicet legatur, vt maleficium fiat, quo ad casum nostri textus, magis approbo, ppter ea quod, vt dixi, Iuriscõsulti intentioni multo magis quadret.

2 An autem hic contractus, seu pactum, cum implementum est se quutum sed turpe, inualidum sit ipso iure, an autem elisibile ope exceptionis, controuerti solet à nostris. Ultramontani omnes, in ea sunt opinione, vt iure ciuili validũ sit, quamuis prætoria competat exceptio, vt refert Bartolus hic num. 1. sed id falsum est, nam cum ius ciuile, stipulationes quæ maioris roboris & firmamenti sunt, quã contractus isti innominati, si turpem causam contineant, nullas esse declarauerit, in. l. si plagij. ff. de verborum obligationib. à fortiori dicendum est, in pactis his simplicibus, seu contractibus innominatis, qui minoris sunt firmamenti, hanc à principio inesse annullationem, sic vt nulla vnquam nata fuerit obligatio, nec postea à prætoribus concessa, ad exigendum, ciuilis actio vel prætoria.

S V M M A R I A A D Caput Septimum.

- 1** Azonis intellectus reijcitur, ad. §. sed cum nulla.
- 2** Guillelmi, Bartoli & communis opinio, intelligens. dictũ. §. in pactis gratuitis, quæ digestorum tempore non obligabant, reijcitur.
- 3** Alia interpretatio communis reprobatur, dictum. §. sed cum nulla, intelligens, quando gratuitum sit pactum, absque expressa donationis causa, quod etiam hodie, secundum eam non valebit.
- 4** Alia Rauardi & Aquilini reijcitur opinio, asserens causam in. dict. §. sed cum nulla, titulum contractus nominati importare.
- 5** Late tractatur de cause significatione, & eam septem modis accipi probatur, ad pluriimum iurium intellectum, præcipue huius. §. sed cum nulla.

Sed cum nulla subest causa, præter conuentionem, hic constat, nullam posse cõstitui obligationem.

C A P V T Septimum.



POSTQVAM, ea quæ Martinus, Azo & Raymũdus Forliuensis, Guillelmus de Cuneo, & Bartolus nu. 1. Bald. nu. 3. & 4. Angelus & Paulus Castrens. 2. Alexander. 1. 2. 3. & 4. Iaso. 9. 27. & 28. & reliqui, hic, de cause adiectione, in pactorum & cõtractuũ celebratione, latissimè in nostri textus explicatione tractat, vel potius cõminiscitur, attẽto animo perlegi: non potui non, crassam illius seculi ignorantiam

dolere, ac deplorare, & etati nostrę congratulari aliquantulum, quod ealumen tale videam accendi, quo quasi Sole exoriente, densissimę, illorum tenebrę, in iurium interpretatione, facillę possint fugari. Cũ enim Vlpianus dixisset, quod cum nulla subest causa, pręter conventionem, tunc constat, nullam posse constitui obligationem: controuertunt hi patres & disputant, quomodo pactum possit esse, sine causa: cum quotiescumque illa expressa non sit, tacita donationis subintelligi & pręsumi debeat. l. Campanus. ff. de operis libertorũ. ex qua legitima nascitur actio. l. si quis argentum C. de donatio: quasi Iurisconsultus Vlpianus, de nuda solũ promissione seu pollicitatione de donando, hic tractaret, vel promissio hęc, suo tempore, aliquam obligationem produxerit, quod quam sit verum, ex his quę nunc & in cap. sequenti dicemus, distinctiũs apparebit: oportet enim prius, istorum interpretationes ad nostrum textum, videre: & latę (pro vt illi merentur) confutare.

^I Azo enim (pro vt refert Accursius hic, verbo causa) textus nostri decisionem, intellexit producere, cum ille qui promittit, promittit soluere illud, & ob eam causam, quę (cum veram ille putasset) falsa reperitur: hoc enim casu, cum causa non subest, nulla obligatio nascitur, vt in stipulatione respõdit

idem Vlpianus in. l. 2. §. circa. ff. de doli ex ceptione. sed is intellectus remotus est a nostri textus proposito, qui causam hanc, pręteritam falsam & putatiuam non intelligit, pro vt infra videbimus.

Guillelmus de Cuneo, etsi fateatur, promissionem de donando, obligationem & actionem producere, ex. l. si quis argentum. C. de donatio. illam tamen tempore Vlpiani (cuius est textus noster) non fuisse promulgatam respõdet: quare nunc, omne pactum nudum, producet actionem ex dicta. l. si quis argentum. quia causa donationis pręsumitur: hoc tamen dictum, in rebus & quantitatibus donatis interpretatur, nam si de facto aliquo fiat promissio, tunc, dictę. l. si quis argentum, dispositio, secundum illum non procedet, & intelligi poterit hęc Vlpiani, quia causa non subest, in his enim facti donationibus, nec reperitur prohibitum, nec nouo iure pręceptum, vt actio ex illis nascatur: quare iuri veteri standum erit. l. pręcipimus C. de appellatio. quo, in his donationibus, nulla proficiscatur actio. Hęc Guillelmi de Cuneo opinionem, sequitur Raymũdus de Forliuio, & eius discipulus Bartolus numero. 1. affirmans, in eius sine, quod si quis pacto nudo, promittat alteri, ire pro eo Romam, si nulla causa sit adiecta, nulla nascetur obligatio, nec actio dabitur: quia promissiones facien-

di,

di, non ita promissorem arctant, si cut obligationes dandi, cum ad illas nulla pręcisa detur compulsio, sed liberatio contingat, soluto interese: quod non est in his. l. stipulationes non diuiduntur. ff. de verbor. Bartolũ sequutus est Andreas Barbacia, in additionibus ad eundem. hic, litera. A. referēs in ea sententia, Ioannem de Imola in. l. in ædibus. §. 1. ff. de donatio. idem tenet Albericus in. §. quinimo. 3. col. infra eod. Baldus in. l. cum virum. C. de fideicommissis. Angelus in principio huius. l. & in repetitione l. si certis annis. 2. col. C. eod. & in. l. si quis argentum. §. sed si quis. C. de donat. Antonius de Butrio & Imola, in. capit. qualiter. 3. extra eodem titul.

Sed Cunei, Bartoli & reliquorum communis hęc opinio, pluribus displicet nobis de causis. Prima, quia Vlpiani decisionē, de pacto oneroso loquentem, accommodant improprie, ad pollicitationem: & sic pactum liberale & gratuitũ de donando, quorũ cũ diuersa, imo contraria sit natura, non erit par, sed dispar arguendi ratio. Secunda, quia Iustiniani constitutionem, quę generalis est, ad omnes donationes, in. d. l. si quis argentum. restringunt sine proposito, ad promissiones de donando, res solũ & quantitates: asserentes, illã non posse procedere, in promissionibus facti, seu faciendi: quia cum sint dationibus facta difficiliora,

nec adea de iure ciuili, pręcisa compulsio tribuatur. l. stipulationes nõ diuiduntur. ff. de verbor. videtur in conueniens, legem Iustiniani in rerum dationibus solũ loquentem, & ius vetus in hęc abrogantem, ad facta vltteriũs extendere: quorum vtrumq; falsum esse contendo. Nã cum mera liberalitas, quam ex sola simplici promissione, valere Iustinianus voluit, tã in factis, quã rerum dationibus exerceatur: quotiescumque gratuito fiant, vel promittantur, perinde hęc de faciendo promissiones valebunt, ac si de dando solũ celebrarentur, virtute. d. l. si quis argentum. Dicere autem, quod facta sunt difficiliora dationibus, regulariter verum est, conclusio tamen, quam ex eo illi deducunt, existimantes, nullam de iure ciuili, ad facta pręcisam compulsionem concedi, est verẽ falsa, pro vt iam supra hoc libo. 3. capit. 2. quæstio. 2. copiosius demonstrauit.

³ Alij, aliam opinionem tuentur, Raymũdus enim Forliuensis, quę refert & sequitur Baldus. hic. num. fin. & in. l. si diuisione ad finem. C. familię eriscundę. & in. l. cũ quis C. de iuris & facti ignorantia. & in. l. petens. & in. l. si pacto, quo pœnã. C. eod. Accursius, in. l. generaliter. verbo. eam. vbi idem Baldus. 26. oppositione. Salicetus, Romanus & Angelus, qui sepẽ secundũ hanc opinionem cõsuluisse commemorat. C. de non numerata pecunia.

Rr 5 Ange-

Angelus & Paulus Castrensis hic nu. 3. & in. l. quæ dotis. ff. soluto ma-
trim. Salicetus in. l. legem. quæst. 6.
C. de pactis. Alexander Imolensis.
hic, & l. à Titio. ff. de verb. & cõsi.
13. Iaso, & Calafatus hic. num. 9. &
26. Ioãnes Andreas in additionib.
ad Speculatorem tit. de cõfessis. 5.
nunc videndum. super verbo. quæ
est ratio. Antonius, Imola & Ab-
bas in. c. si cautio. de fide instrum.
simplicem promissionem de do-
nãdo, si nõ adijciatur expressa cau-
sa donationis, inutilem & frustra-
toriam iudicant: dicentes, in casu
dubio, potiùs fatuitatem & errorẽ,
quàm donationis animum, debere
præsumi: ne duo specialia concu-
rant. Primum, quòd præsumere-
tur animus donandi, quod esse nõ
debet, cum nemo censeatur, iacta-
re suum patrimonium. l. cum de
indebito. ff. de probatio. Secundũ,
quòd ex pacto de donando, civilis
obligatio & actio nascatur, quæ
duo concurrere non possunt, verã-
re. l. i. C. de dotis promissione. Qua-
re secundum eos, in his simplicib⁹
promissionibus rerum, nõ adiecta
causa donationis, legitimum exem-
plum nostri textus reperitur: nam
in eis, causa non subest, quia do-
nationis nulla præsumitur, & sic
cum causa non subest, præter con-
ventionem, hic constat, nullam cõ-
stitui posse obligationem, ut Vlpia-
nus palàm hic docuit. Sed minus
probatum nobis hæc altera cõmunis
interpretatio. Primo, quia Iuriscõ-

sultus, non loquitur de pollicitatio-
nibus de donando, seu pactis libe-
ralibus & gratuitis, sed de onero-
sis, ut est permutatio, & reliqui cõ-
tractus innominati correspondenti,
ut statim dicemus. Secundò, quia
causa hic, non significat expressio-
nẽ rationis, qua promissio fit, pro
ut communis intelligit: sed rem
multo diuersam, de qua postea.
Tertiò, quia eorum fundamentũ,
quod duo specialia non possint cõ-
currere circa idem, falsum est, nec
ex textu, in. d. l. i. C. de dotis pro-
missione. talẽ axioma colligi po-
test, ut in illius textus interpretatio-
ne, aliquando probabimus. Quar-
tò, quia non est speciale, de simpli-
ci rei promissione donationẽ præ-
sumere, cum ipsa verba, cum cau-
sa abest onerosa, donationem satis
expresso demonstrent, & sic fatuũ
non erit, donationis animum cen-
sere, cum magis fatuum mihi vi-
deatur, fatuitatem vel errorem (ut
communis dicit) in homine sani &
recti consilij suspicari, quàm ani-
mum gratuitum de donãdo admit-
tere. Quintò, quia donare non est
perdere aut iactare patrimonium,
sed virtutem liberalitatis maxima
laude dignam exercere, pro ut su-
pra. lib. i. cap. 4. quæst. i. in solutio-
ne noni argumenti diximus, expli-
cantes textum in. d. l. cum de inde-
bito. ff. de probatio. à quo omnes
isti & alij ansam errandi assump-
serunt.

Quidam nouiores, aliter textũ
hunc

hunc interpretantur, dicentes, quòd
verba illa, sed cum nulla subest cau-
sa, præter conventionem &c. Sic
sunt intelligenda, idest cum titu-
lus alterius contractus nominati,
veluti emptionis, vèditionis, loca-
tionis, mādati, societatis &c. Non
subest, vel non præcedit: sed con-
uentio seu pactum, stat de per se,
nulli contractui nominato adhe-
rens: tunc constat, nullam posse
obligationem constitui: quia non
est virtus, qua debilitas conuentio-
nis innominatæ fomentetur, sic la-
cobus Ræuardus lib. 2. de iuris am-
biguitatibus. cap. 1. Marcus Anto-
nius Aquilinus, in. l. Gallus s. &
quid si tantum. versic. quid si aquæ
& ignis. num. 98. ff. de lib. & post-
humis. & Matthæus Vbesemb-
chius, in paratitla iuris civilis. hoc
eod. titul. de pactis. Sed minus hæc
declaratio satisfacit: quia causa, nõ
significat titulum alterius contra-
ctus nominati præcedẽtis, nec tex-
reperietur in iure, in quo, causa, p. titu-
lo hoc nominati solo accipiat, nec
Vlpian⁹ meminit hic, de alijs cõue-
tionib⁹ præter innominatas, de qui-
bus principalis sua tractatio erat.
5 Quare, spectis his omnibus, tu
alio modo textum intelliges. Pro-
cuius & aliarum legum exactiori
cognitione, prius te scire volo,
quot causa modis, in iure nostro ac-
cipiatur: ne nominis huius generi-
ci sonus, te sicut illos (qui nomen
esse specificum credentes, in plu-
rib⁹ à vero legũ iudicio aberrarunt)

decipiat. Causa enim, primò sumi-
tur, pro principio productiuo ali-
cuius effectus, cuius meminit Ari-
stot. lib. 2. de anima. capit. 3. Tullius
lib. 1. de fatõ. in qua quator species
comprehenduntur, ut causa forma-
lis, materialis, efficiens & finalis.
de his non loquitur Vlpianus hic,
ideò iura de illis tractantia omit-
timus: quæ more suo latissimè cõ-
gelsit Tiraquellus, in tractatu ces-
sante causa. in principio, cũ pluri-
bus numeris sequentibus, & docto-
res communiter in. l. generaliter.
C. de Episcopis & clericis. & in. l.
2. s. fin. ff. de donatio. Alio secundo
modo, sumitur causa, pro iure seu
conditione rei, vel utilitate: sic in-
telligendus est Paulus, in. l. cum fun-
dus. 31. ff. si certum petatur. dum in-
quit, cum fund⁹ petitus est, post iu-
diciũ acceptum, causa omnis re-
stituenda est: idest omnis utilitas,
quam percepturus fuisset actor, si
ille fund⁹ restitutus fuisset, post ac-
ceptũ iudiciũ: sic etiam intelligi
debet Caius, in. l. præterea. ff. de rei
vendicatione. Vlpian⁹ in. l. i. s. hæc
autem actionem. ff. depositi. & in
l. Iulianus. 9. s. quantum autem. ff.
ad exhibendum. Papinianus, in. l.
2. & in. l. 3. s. in his quidem. ff. de v-
suris. sic Cicero, in oratione pro le-
ge agraria. dum dixit, soluta, in me-
liori causa sunt, quàm obligata: sed
nec de hac causa Vlpianus hic. Ter-
tio modo, sumitur causa, pro lite,
seu controuersia, vnde ille, qui vi-
ctor est euasurus in negotio, bonã
causam,

causam, qui autem victus, malam dicitur habere, apud Iulianum, in l. petitor. ff. de liberatione leg. sic dicebatur, illum causa cadere, qui non eo modo, quo oporteret, agebat: idest, litem & controuersiam amittere, de qua Paulus in l. in fraudem. 45. §. quoties. ff. de iure fisci. & lib. 1. sententi. capit. 10. Cicer. lib. 1. de Orato. & Iustinianus, in §. si quis agens. inst. de actio. sic intelligi debet, idem Paulus, in l. 1. ff. de reg. iuris. dum dixit, regulam ex sententia Sabini, esse quasi quandam causae coniectionem, idest summam quandam breuem seu narrationem litis, coram iudice factam. Quidquid Placentinus, Ioannes, Odofredus, Albericus, Decius & alij, pro ratione, sed sine ratione causam eo interpretentur: sic etiam intelligi conuenit, titulum in decretalibus, de causa possessionis & proprietatis, idest de lite & controuersia possessionis & proprietatis: qua ratione, qui hanc tractant, causidici vocantur, à Valentiniano & Valente Imperatoribus, in l. quisquis. C. de postulando. de quo nihil ad Ulpianum hic. Alio quarto modo, accipitur causa, pro titulo legitimo alicuius contractus. l. nunquam nuda ff. de acquir. rer. dom. l. privilegia. 16. ff. de priuilegijs cred. l. 3. §. ex plurimis. ff. de acquir. possess. l. si ego §. partus. ff. de publiciana in rem actione. Sic solemus distinguere, an quid habitum sit, causa lucratiua an autem onerosa? Lucratiua autem

causa dicitur, quae accipienti damnum vel onus nullum, utilitatem uero semper affert, ueluti si in testamento, hereditas Titio uel legato à Sempronio relinquatur, uel inter uiuos donationem liberalem recipiat, de qua loquitur textus in l. is qui suis numis. 4. §. sed et si. ff. de manumissio. l. naturaliter. ff. de usufructu. l. inter stipulantem. §. si res ff. de verb. onerosa autem causa est, cum is qui recipit, propter aliquod onus uel dandi, uel faciendi recipit, ut in emptionibus, locationibus, & alijs similibus contractibus cernimus: de quibus passim sparsa uidebis in iure nostro exempla, sed nec de hac Ulpianus, in nostra lege. Quinto sumitur causa, pro ratione, ut cum dicimus, praetores, iudices, uel testatores, iustis causis permotos fuisse, ad hoc praecipendum uel vetandum: significare enim uolumus, iustam rationem eos mouisse, sic sumitur causa apud Papinianum, in l. si legatario, in §. fin. ff. de fideicommissarijs libertat. Caium in l. ad eum. §. appellatione. ff. de acquir. rer. dom. Martianum in l. filius familias. §. Diuus el. 2. ff. de legat. 1. & in l. seruus communis. ff. de manumissis uindicta. & alibi saepe. Sic intelligenda est regula communis, quae dicit, falsam causam non nocere in legatis, idest falsam rationis expressionem, propter quam dicitur relinqui legatum, legatario non nocere, de qua in l. demonstratio. §. quod autem, & in l. cum tale §. falsam

§. falsam causam. ff. de conditio. & demonstratio. l. legauit. ff. de liberatione legata. & in toto titulo, tam in rubro, quam in nigro. C. de falsa causa adiecta legato &c. Sexto, non me hoc causa usurpauit Gratianus, in libro decretorum, pro eo quod Graeci τρεῖς. Latine autem argumentum uocant, quod est sedes, & materia questionum, siue locus, ex quo plures deducuntur rationes dubitandi: propositum enim uero casu, plures quaestiones oriuntur, ut uidere poteris, à prima usque ad ultimam causam, quas quia ad Ulpianum hic, non pertinent, referre non placuit. Septimo sumitur causa in iure, pro negotio, seu implemento contractus, praecipue nomen non habentis, siue in dicto, siue in facto, siue in dato consistat, ut v. g. conuenit inter me & te, quod des mihi librum, & dem ego tibi pallium, si dedi pallium, iam subest causa, propter quam, obligatio nascitur ciuilibis, nam quamuis permutatio, ex solo consensu, sicut reliqui contractus in nominati, obligationem & actionem ciuilem non producat. l. 1. ff. de rerum permut. quia tamen postquam ego dedi pallium, subest causa, idest subest implementum dationis, quod approbatum est à lege, ad producendam obligationem, pariet proculdubio, actionem ciuilem: sicque te compellere potero, ad tradendum librum: quia non est conuentio nuda solum, sed negotium habet, ut dicit Iuriscon-

sultus Iulianus, in l. solent. ff. de praescriptis uerbis. Quod idem quod causa est. Idem profus in facto, uel dicto est intelligendum, ut v. g. conuenit inter me & te ut dem tibi centum, ut eas pro me Salmanticam, uel ut faciam aliquam dicas amico, certe si iter fecisti, uel faciam dixisti, quia impleuisti conuentionem ex parte tua, & sic conuentioni nude robur & auctoritatem de disti: compelles me ad tradenda centum conuenta, quia contractui causa subest: constat autem quod causa pro hoc implemento seu negotio gesto, ab una parte in iure nostro sumatur, ex pluribus. Primo, ex Ulpiano, in l. 1. ff. de condictione sine causa. Vbi dicit, quod quando, quis dat aliquid alicui, ut aliquid ille ad inuicem uel tribuat, uel faciat, si postquam accepit hic, cesset dare, uel facere, quod facere tenebatur, competit primo danti, condictio sine causa, idest repetitio illius rei, quam dedit, quia causa non subest, idest quia implementum rei conuentae non est factum, ab altero contrahente, idem colligitur ex l. 2. 3. 4. & toto titulo. ff. de condictione sine causa. Vbi clare probatur, quod si quis existimans, subesse aliquod negotium, quod uere non subest, promiserit aliquid dare, conuenit ei condictio sine causa ad id ut acceptolatum fiat, quod promissum sit: uel si dedit, ad repetendum, quia negotium, quod est implementum, uel non subest, uel postea non est sequutum, ex quibus

ex quibus constat, negotiū seu implementum conventionis, causam vocari. Secundò, comprobari potest, ex l. dedi. 3. ff. de conditione causa data, causa non sequuta. vbi in principio, Iuriscōsultus docet, quòd si decem tibi dederim, vt promittas ad iudicē non ire, si nolis cauere, te nō iturū ad iudicē, cōpetit mihi cōdictio, causa data, causa nō sequuta: quia non repromittendo, & sic non faciendo implementum contractus, non facit causam, ob quam est facta datio, idest non facit negotium, propter quod pecunia est data, & sic causam & factum seu implementum cōtractus, pro eodem vsurpat, quod ex. s. immediate sequenti, non obscurè etiam colligitur. Vbi ait, quod si decem tibi dederò, vt manumittas Stichum, si non manumittis, competit mihi cōdictio causa data, causa non sequuta: vocans cessationē facti, in nō manumittēdo, causam non sequutam, & in. l. si pecuniā. ff. eod. vbi idem Vlpian⁹ ait, quòd si tibi pecuniam dem, vt eas pro me Capuam, si tua intersit, illam te non accepisse, ob eam causam, idest ob illud factum itineris, si velim repetere, non possum: ponens sic causam pro facto itineris, idem cōstat, in. s. si seruum, & in. s. sed si acceperit, & in. l. si extranei. & in. l. qui se debere. & in. l. quod Seruius, & in. l. si mulier, & in. l. si pecuniam. & in. l. cum seruus & tandem in toto illo titulo. ff. de cō-

ditione causa data causa non sequuta. Vbi causa non sequuta, accipitur pro negotio, seu implemento cōventionis, non sequuto: & in titulo. ff. de conditione ob turpem causam, quid aliud causa turpis significat, quàm implementum conventionis seu factum turpe & inhonestum? vt stuprum, meretricium & alia huiusmodi. l. 1. 2. 3. & 4. cum sequentibus. Tertio, id stabilitur fortius, ex. l. 1. ff. de actio & obligatio. vbi cum Paulus, docere voluisset, à quo fonte, vel à quibus, obligationes omnes oriuntur: dicit, aut ex contractu nasci, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure, ex varijs causarum figuris: comprehendens in hoc membro postremo causarum, obligationes omnes, quæ ex negocijs, seu implementis conventionum innominatarum proficiscuntur: quod quartò, Imperatorum cōstitutionibus comprobabimus, Dioclecianus enim & Maximianus, in. l. cum precibus. C. de rerum permutat. rescribentes Leontio, in casu cuiusdam contractus innominati, quem ille cum alio celebrauerat: dicunt, quòd postquam ille Leontius tradidit fundum, conuentum, vt alter alium daret, si ille postquam hunc accepit, cesset suum dare, competit Leontio actio præscriptis verbis, vt vel fides placiti illi seruetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratia dedit, causa nō sequuta, illi restituat. Ecce quomodo imple-

implementum obligationis, qua alter tenebatur, tuum fundū Leontio dare, Imperatores, causam vocant, si quidem ex eo, quòd implere conventionem noluerint, illam cessationem implendi, causam nō sequutam appellant, ergo implementum & causa, idem sunt. Quod ex. l. quoniam asseueras. 5. & l. emptionem. 7. C. eod. titul. vbi implementum vnus contrahentis, causam sequutam & cessationem in hoc implemento, causam non sequutam appellant, confirmari magis poterit. Sed iam tandem, hæc externa exempla omittamus, cum suppetant nobis domestica seu interna, ex eodem Vlpiano hic, à quo ea petere facilius possumus: cum enim dixisset, in principio huius legis, sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationē: statim, huius suę doctrinæ exemplum subiungit: dicens, sic. Vt puta, dedi tibi rem, vt aliam mihi des, dedi vt aliquid facias, hoc enim synallagma esse, & hinc civilem nasci obligationem: datio igitur vel factū ex vna parte, causa dicitur, quod negotium in casu simili vocauit Iulianus in. l. solent. ff. de præscript. verb. de quo intelligēdum esse Vlpianum, in hoc s. sed cum nulla. libenter affirmo, quod ex Iuriscōsulti mēte & pposito Paulò accutiùs inspecto palā cōstat, nā dū in exordio huius legis, explicare cepisset, virtutem conue-

tionum nominatarum & innominatarum, & dixisset, quod nominata, statim ac perfecte sunt, ex cōsensu, obligationem producant, in s. sed si in alium. supr. eod. de innominatis capit tractare: docens, quòd si causam habet, idest implementū sequutum ex vna parte, producant actionem civilem præscriptis verbis: qua ratione, Martiani reprehensionem, de Iuliano factā adduxit: postea autē, in. s. si ob maleficio. Quo pacto causam deberemus intelligere, explicuit: dicens, quòd ad hoc, vt ea obligationem & actionem producat, est necessarium, quòd iusta sit & honesta, alioquin, si turpis & inhonesta, veluti vt maleficio fiat & c. carebit omni effectu civili. Hactenus de contractibus innominatis, cum causa subest, idest cum implementum conuentionis adest ex vna parte: postea autem, vt sermonem & disputationem, de his conventionibus, innominatis inceptam perficeret, aliud membrum earum, cum causa videlicet nulla subest, explicare aggreditur: dicens, quòd cum nulla subest causa, præter conventionem, hic constat, nullam constitui posse obligationem, idest cum conuentio innominata, stat in meris terminis conventionis, ex vtraque contrahentium parte, quia nullus conuentum adimpleuit, tunc nullam civilem producit obligationem, nec actionem: de naturali autem non intelligitur, quia de illa sola

sola nihil ad pratores, quorum edictorum interpretationem susceperat Vlpianus hic. Vt patet ex inscriptione legis. ibi. Vlpianus lib. 4. ad edictum. Hęc de causa hic tãlatè, non sine causa attulimus, ne posthac, in hac varia & multiplici causã acceptione, contingat alijs, causã voce non rectè præcognita, legum sensus & interpretationes, quæ de causa loquuntur, pudenter (vt alios supra vidimus) ignorare.

Textus hic Vlpiani, ibi. sed cum nulla subest causa, præter conventionem, aliter legi solet in pandectis Florentinis, præpositione illa præter, in propter cõuersa. Sic, sed cum nulla subest causa, propter cõventionem, tunc constat, nullam posse constitui obligationem: cuius hic sensus erit, cum nulla subest causa, tunc constat propter cõventionem, idest propter cõventionem simplicem & innominatam, speciale nullam posse constitui obligationem, quæ etsi sustineri possit, quia sic intellecta proposito etiã congruit, magis tamen placet, vt præter, legatur, intelligendo eam, pro vt supra exposuimus.

S V M M A R I A A D

Caput Octauum.

1. **M**artini assertur & reprobatur diffinitio pacti nudi: asserens, pactum nudum, esse conventionem ad agendum inefficacem.

2. **A**lia refutatur diffinitio Accursij & eorum, qui asserunt, pactum nudum tunc di-

ci, quando contrahentes nudum appellant vel volunt, & intelligitur, S. quod fere. huius. l. iurisdictionum.

3. **A**lii reijcitur diffinitio eiusdem Accursij, & Bartoli, qui ipsum sequitur, cum quadam additione.

4. **A**lia eiusdem Accursij diffinitio repellitur asserentis, pactum nudum esse, stipulationem inutiliter conceptam.

5. **B**artoli & communis diffinitio, pacti nudi, vt scilicet, sit illud, quod stat in puris & simplicibus finibus cõventionis, absque aliquo implemto vel coherencia reprobatur.

6. **P**rateij Eguinarij opinio, circa idem confutatur, dicentium, pactum nudum, etiam nominatos sicut innominatos contractus comprehendere.

7. **A**lia quorundam neotheoricorum opinio, in diffinitione pacti nudi, adducitur, confutatur tamen vt falsa.

8. **T**raditur nouè, pactum nudum, diffinitum esse ab Vlpiano, in principio. l. i. ac tãdè clarius loquendo nil aliud esse, quã cõtractum innominatum, quod multis probatur iuribus & rationibus.

9. **B**aldi opinio reprobatur, existimantis, pactum nudum, proprie contractum non esse.

10. **D**iuisio pactorum, ab Hostiensis tradita, vt superflua reijcitur.

11. **R**efutatur Iasonis opinio, asserentis, pactum nudum esse contractum innominatum, non tamen respectiuum.

12. **B**ologneti opinio reprobatur, diuersam constituens naturam, inter nudum pactum & contractum innominatum.

13. **C**ommunis sententia dicit, contractum innominatum, actionem non parere de iure canonico, licet pariat eã, nudum pactum: quod idem de iure regio dicunt Gregor. & Menchac, quæ tamen opiniones reijciuntur.

14. **B**artoli & communis sententia refutatur, quæ nudum pactum traditione seu implemto interueniente, vestitum dici docet.

Igitur nuda pactio &c.

C A P V T

Octauum.



QUOD à Platone prius, & ab Aristotele traditum, præcipit Cicero, lib. i. offic. omnè scilicet disputatione, quæ de re quacumq; suscipitur, à diffinitione debere proficisci: vt intelligatur, quid sit, id de quo differitur: hoc ab Vlpiano hic, disputate de pactis, negligenter omisum fuisse, cõqueruntur plures: asperè illi obijcientes, minus rectè, in tituli explicatione pcessisse, cū volens latè de pactis tractare (quorū simplici appellatione, nuda temper fore intelligèda supra dixi) pacti nudi diffinitionem nõ tradiderit, in cuius vera cognitione, quæ insit difficultas, testatur Budeus, quem nostri doctissimū solent cõmuniter appellare, in annotationibus prioribus ad pandectas, in. l. i. ff. de iust. & iure. fol. 14. lugēs enim, nostrorum temporum calamitatem, & difficultatem in iure ciuili perdiscendo, propter varia & multa diuersarum legum volumina, & cõfussum nostrorum interpretum intratando illa, & interpretando modū: inter alias quæstiones, quas difficiles & obscuras dicit, eam potissimam refert, quæ de pacti nudi diffinitione, à doctoribus nostris quæri solet, asserens, tot contextura voluminum, quot in iure nostro scripta sunt, se illud vestitum numquam vidisse: addēs præterea, quod in his & alijs sinuosis iuris disputa-

tionibus, tamquã apud Syreos scopulos, claris atque gradibus ingenijs, necesse sit consensescere. Sed quamuis reprehensionem Budei, de nostrorum interpretum ignorantia, & varia ac cõfussa huius & aliarum quæstionum tractatione, iustè esse existimemus: eam tamen illorum, qua Iurisconsultum Vlpianum reprehendunt, nullo pacto admittendam putauimus: nam si subtilius illius decisiones specularentur, ab illis, huius quæstionis resolutionem, sine aliqua difficultate elicere potuissent, vt statim nos, vera animaduersione attendemus. Ante tamen, quàm sententiam nostram adducamus, quæ docto & studioso lectori fortasse non displicebit, oportebit prius, antiquorum patrum, & reliquorum (qui ante nos fuerè) opiniones præcognoscere: sic enim, quàm veriorem viderit, & profundioribus innixam fundamentis, liberius licebit amplecti. Martinus, vetustus iuris ciuilis interpres, vt refert Cynus, in. l. legem. C. de pactis. numer. 7. illam esse nudam conventionem voluit, quæ ad agendum inefficax esset, mouetur ex Vlpiano hic, qui de pacto nudo agens: ait, igitur nuda pactio, actionem non parit, sed parit exceptionem, sic enim videtur, substantiam pacti nudi, in eo constituere, quod actionem non pariat. Hęc tã diffinitio falsa est: cū, quia pacta nuda plura producant actionem. l. sufficit nudus. 4. ff. de sponsi. l. ad

l. ad exactionem. C. de dotis prom. cum alijs allegatis ab Accursio, in l. legitima, supra eodem & in hoc. §. igitur nuda. Quod esse non posset, si substantia pacti nudi, in eo quod actionem non pareret, consisteret: tum etiam, quia stipulatio, quæ conuentio est nominata. secundum Vlpianum, in l. i. §. fin. sup. eod. inefficax est aliquando, ad agendum, veluti cū quid turpe, aut impossibile, in eam deducitur. l. si plagij. ff. de verb. cū alijs. nec ex eo, pactū dici debet, cū vera & propria sit stipulatio, vt ex titulo cui subiacet, de verb. scilicet obligat. constat, & emptio præterea ac venditio pactū nudū non sunt, vt ipse fateatur, sunt tamē aliquando inefficaces ad agendum, veluti cum tutores re pupillorū, vel curatores, procuratores ve, eorū quorū negotia gerunt, res & patrimonia emunt. l. si in emptione. §. 4. §. si. ff. de cōtrah. emptio. vel cum res publica, sacra vel religiosa, aut libera persona emit. §. loca sacra. institut. de empt. & venditione. l. liberi homines. ff. de cōtrah. empt. quid autem voluerit Vlpianus, in §. igitur nuda. quo deceptus est Martinus, inferius dicemus.

7 Quare, secundo loco, Accursius hic, verbo. igitur. ait primo, quod pactū nudum est, illud pactū, quod contrahentes volunt esse nudum, sicq;, secundum hanc opinionem, substantia seu forma pacti nudi, consistet in contrahentium voluntate,

ad hoc vt sit tale, vel desinat esse tale: mouetur ex tex. in hac. l. Iurisgenitum. §. quod ferè, infra eod. vbi idē Vlpianus inquit, quod si verba illa, rogauit Titius, spondit Meuius, quæ in nouissima parte pactorū, id est instrumentorū solent inseri, accipiuntur, non tantum loco pactio nis, sed etiam stipulationis: & ideò ex illis nascitur actio ex stipulatu, nisi specialiter contrarium probeatur, quod non animo stipulatum hoc factum est, sed tantum paciscētium: colligitur argumentum sic. Si substantia stipulationis consistit, in legitima interrogandi & respondendi forma, & hanc (cum sit) si contrahentes nolint esse stipulationē, sed pactum, verè pactum est, & desinet esse stipulatio: ergo in voluntate contrahentium consistit etiam, pactum nudum esse tale, imo, & reliquos etiam contractus. Sed hæc opinio vera non est, quoniam partes substantiales contractuum, verbis aut voluntate contrahentium mutari non possunt, vt respondit Iurisconsultus Neratius, in l. insulam. ff. de præscript. verbis. Quare si pactum non est, sed emptio, vel locatio: contrahentes efficere non poterunt, quod pactum nudum sit, cum eorum forma seu substantia sit diuersa: quare hanc rectè reprehendit Petrus, antiquus iuris ciuili glossator, pro vt Cynus testatur, qui eundem sequitur, in l. legem. C. eod. titul. de pactis. num. 7. Bartol. Bald. Angelus, Alberic.

beric. Paulus & omnes, hic, quorum neutrum, ad argumentum huius opinionis motiuū (quod prima facie non leue videtur) respondisse cerno: id circo tu, illud pro illis dissolues: si aduerteris, quod stipulatio, non consistit solum, in legitima verborum forma, prolata a contrahentibus, sed cum hac videlicet intentione prolata, vt primò, directò, & principaliter, stipulationem celebrent, si enim emunt, vendunt, locant, commodant, vel alia quacumque conuentione nominata contrahunt, formula tamen sed de per accidens stipulationis, quia illam nolunt celebrare, proculdubio ea conuentio, emptionis, venditionis, locationis, commodati, erit nuncupanda: quia formula verborum, se habens de per accidens, mutare non poterit substantiam istorum contractuum, quæ se habet de per se. Si autem intendant stipulationem conficere, in materia emptionis, venditionis, locationis, vel alterius contractus, quia voluntas semper fertur in stipulationem, & eius substantia adfunt, proculdubio stipulatio erit, pro vt supr. lib. i. harum disputationum in quest. 6. copiosè docuimus ideò: autem, in his contractibus, totum facit voluntas contrahentium, quia materia & forma cuiuscumque cōcurrit æqualiter. Ex quibus concludi potest, Vlpianum rectissimè dixisse, in d. §. quod ferè, quod cū formula stipulationis ad-

hibetur (de per accidens debes intelligere) id est non cū intentione illam principaliter celebrandi, vt patet ibi, nisi specialiter cōtrarium probeatur, quod non animo stipulatum, hoc factum est: non erit verus stipulationis contractus, sed pactū, quia intenderunt principaliter illud celebrare, vt patet ibi, non animo stipulantium hoc factū, sed paciscentium, ac proinde, falsa reddetur definitio pacti nudi: vt tunc illud sit tale, quotiescumque contrahentes volunt esse tale. Nec alius cuius est momenti, Iacobi Butrigarij in hanc sententiam confirmatio: nam sustinens glossam, inquit, quod stipulatio duo importat, factum, hoc est interrogationem & responsum contrahentium: itē & ius, hoc est verborum obligatione: quare, quamuis vnum (ait) factum scilicet, non possint mutare contrahentes, efficiendo vt si facta est stipulatio, reddatur infecta, & conuertatur in pactum nudū: quoniam nunquam facta infecta reddi queūt. l. in bello. §. facte. ff. de capt. secundū, quod est effectus, iuris obligatio, cōsensu & voluntate partium mutari possit: quia ea tenus, tenet stipulatio, quatenus ipsorum contrahentium partes volunt. l. i. sup. eodem. non valet inquam aliquid, hæc Butrigarij assertio: quoniam minimè probat, substantiam rerum, in contrahentium voluntate consistere, quod erat necessarium, ad confirmandam opinionem

glossę, dicentis, tunc esse pactum nudum, cum contrahentes volunt, conventionem esse nudam: obligatio enim in stipulatione non est de forma seu de substantia stipulationis, potest enim fieri & esse vera stipulatio, quamvis obligationem civilem non producat. l. si plagij cum alijs. ff. de verborum. Sed est effectus, qui regulariter causatur ab stipulatione, nisi circumstantia aliqua sit in contrarium: de effectibus autem communibus, ad formam rei specialis probandam, argumentum elicere, parum & Philosophiæ & Dialecticę sapit.

3 Quare idem Accursius, in hac sententia non subsistens, ad secundam descriptionem, seu exemplum pacti nudi descendit: ait enim, pactum nudum esse solam spõsionem seu promissionem, sine interrogatione. l. pactum infra de pollicitatio. Bartolus, hoc exemplum bonum fore asserit, si ponamur, quod pollicenti, pars altera consentit, ne si sit promissio vni, sit solum pollicitatio: at cum duo illi consentiunt, pactum erit, quod a pollicitatione, in eo distinguitur, quod sit duorum placitum & consensus, sicut illa vni, ut Vlpianus in d. l. pactum. de pollicitatio. docuit.

Sed nec descriptio hæc & exemplum Accursij placet, neque additio Bartoli vera est, quamvis communiter approbetur: nam pollicitatio vnius, proprie pactum nudum non est, de quo Iurisconsulti in hoc titulo agunt: tractant. n. de pactis nudis onerosis,

quorum numero, pollicitatio vni (quæ gratuitam & liberalem continet donationem) comprehendere non potest, pro ut latè supra lib. i. cap. 8. quæst. 5. explicauimus. Tum præterea, inutilis redditur, additio illa Bartoli, quæ requirit alterius consensum; cum semper in his pollicitationibus, quæ utilitatem afferunt, præsumi debeat. l. qui patitur. cum ibi notatis. ff. mandati. neque si ad sit (ut Bartolus vult) quamvis expressus, pactum nudum de quo Vlpianus hic, efficiat.

4 Iterum & sic tertio, idem Accursius, cum his non esset contentus, aliam pacti nudi tradit explanationem: dicens esse pactum, stipulationem inutiliter conceptam, veluti, quia fit inter absentes, vel quia interrogationem præcessit responsio, vel alio quocumque modo illegitimè celebrata: quamvis enim, tunc stipulatio vera non sit, continet tamen pactum, & idem erit pactum nudum. l. an inutilis. ff. de acceptilatio. Sed nec ea satisfacit, quia restringit multum pacti nudi formam quæ ad alia plura extenditur.

5 Bartolus, qui se clarius Accursio, hæc docere iacet. n. i. ver. tu dic. aliam diffinitionem pacti nudi tradit, asserens, pactum nudum esse, illud quod stat in puris & simplicibus finibus conventionis, quod erit, cum nec nomen fuerit impositum, nec causa impleatur, nec apponatur iuxta contractum vestitum, quia tunc vestitur coherentia ipsius, ut in s. quini-

quinimo. sequenti, docet Vlpianus. exemplum naturale est (inquit) sicut ille dicitur nudus, qui est sicut qui de utero matris processit, ita illud pactum, dicitur nudum, quod stat in puris finibus conventionis, quod nomen conventio, est generale, & est quasi matrimonium patrum: & tandem concludit, exemplum ponens, quando ego promisi tibi consentienti, non tamen præcessit tua interrogatio. Hanc Bartoli sententiam, quam iterum tenuit l. legem. n. 3. C. eod. & illius exemplum, in hac simplici promissione acceptata, quod tradiderat antea Petrus & Cynus, pro ut ipse refert & sequitur in dict. l. legem numer. 7. & Raynerius de Forliuio: & Azo videtur sensisse in summa huius tituli. numer. 3. & 6. sequuntur Baldus hic. numer. 3. & finali. Iacobus Burdigarius & Salicetus. dict. l. legem. C. de pactis. Albericus & Alexander hic. numer. 6. Calefatus. 84. Abbas, Imola, Felinus & reliqui Canonistæ, in cap. primo: & tertio. de pactis. Corrasius lib. primo. myscellan. cap. primo. Couarru. in cap. quamvis pactum. 2. part. 5. 4. numer. 12. Berengarius Fernandez, in l. pacta conuenta. i. præfatione. numer. 9. ff. de contrahenda emp. Curtius in rub. C. eod. Franciscus Ripa, in rub. de verbor. numer. 19. Hotomanus, tractatu de pactis. fol. 121. Vbesembecchius in paratitla iuris ciuilibus, hoc tituli. numer. 2. & Zasius etiam, in versicul.

tertia pactorum diuisio Duarenus cap. 2. Gregorius Tolosanus. 2. part. syntagmat. iuris vniuersi lib. 21. ca. 6. numer. 10. & tandem hanc esse omnium antiquorum & modernorum sententiam testatur, Antonius Gomez. 2. tomo de contractibus. cap. 11. numer. 2. Mihi autem ea probari non potest. Primum quia existimat, pacta, quibus subest causa, id est implementum, non esse nuda, quod falsum est, ut infra demonstrabimus. Secundum, quia ad pacti nudi essentiam, postulat, quod non apponatur iuxta contractum, ne coherentia illius vestiatur, quod nullo iure probatur, nam in s. quinimo, non dicitur, quod pactum adiectum contractui nominato, desinat esse nudum, sed quod in formet actionem ipsius contractus, vel quod producat speciale præscriptis verbis, secundum textum in l. La-beo si mihi bibliothecam infra de contracti. empt. quod pacto nudo non repugnat, ut dicemus. Tertium, quia exemplum de promissione acceptata, sine interrogatione aut stipulationis forma, non congruit pacti nudi substantiæ, neque proposito Vlpiani in præfenti, qui de pactis onerosis tractare principaliter intendit, quod non parum differt a pollicitatione gratuita & liberali ut supra diximus. Quartum, quo magis ista Bartoli & communis opinio confundi poterit, urget magnopere, nam si pactum nudum, est simplex quedam promissio, facta sine interrogatione, præcedenti, acceptata tamen: vel nuda,

vel per nuntium, epistolam, vel alio modo ut ipse & Baldus. nu. fin. ac reliqui volunt, consequens hoc inde nascetur, quod postquam Iustinianus Imperator, præcepit nouiter, in. l. si quis argentum. C. de donatio. quod promissio hæc, seu pactum acceptatum, produceret actionem: non est aliqua, inter ius canonicum & civile, in pactorum nudorum obseruatione, differentia: quod nullus eorum admittit, cum de iure canonico, obligatione oriri, ex simplici promissione acceptata, fateantur omnes, quod in civili statum esse in. d. l. si quis argentum distiteri nemo iuste poterit. Quare vel concedere tenentur, ius canonicum & civile consonum esse & conforme inter se, in omni pacto nudo, quod eisdem etiam oppugnabit, constituentibus inter utrumque differentiam: vel saltem fateri, pactum nudum non esse simplicem promissionem, sine interrogatione acceptatam: quia si id verum esset, sequeretur proculdubio, nullum iam, in toto iure civili pactum nudum reperiri, si illos: cum nulla sit promissio acceptata, quæ actionem non producat, ex constitutione. d. l. si quis argentum. C. de donatio, & s. perficiuntur instit. eodem quod illi absurdum arbitrantur, de quo alibi dicendum erit. Discedendum erit igitur, à Bartolo & communi, in hac opinione, quia & ipsa multum à veritate discedit.

6 Sexto, Prateius & Eguinarius

Baro, primus in lexicon seu Thefauro iuris civilis. versic. nudo consensu. Secundus, in explicatione huius legis, pagina quinta, folio 259. qui pacti nudi appellationem, generale esse volunt, comprehendentem omnes etiam contractus nominatos, ut emptionem, venditionem, societatem & reliquos. Quod adeo Prateius verum putat, ut reprehendens Accursium, & ceteros, quod hos vestitos nuncupauerint in. s. quinimo sequenti, hoc axioma verissimum esse doceat: quod videlicet, omnis contractus nominatus, sit pactum nudum: quod manifestò colligi ex Paulo in. l. i. ff. de rerum permutat. ait, in illis verbis, item emptio & venditio, nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita & c. referens sic, præceptoris suum, Petrum à Ferrarijs, quem Iurisconsultissimum vocat, docuisse: cum legem hanc Iurisperitorum anno. 1540. sibi & alijs publicè commentaretur. Sed refutare hanc opinionem seu errorem pudet me certè, nedum assentiri: quia peruertit, vniuersa iurisciuilis principia, quibus edocemur, pacta nuda, nomen proprium non habere, & regulariter actionem non producere, pro ut in hac. l. iurisperitium in principio, & s. sed si in alium, & in. s. sed cum nulla. & in. s. igitur nuda, cum ceteris sequentibus, Vlpianus author est, quæ omnia, contractibus nominatis, minimè conueniunt, & qui

& qui mediocre in iuris prudentia habeat iudicium, ex principio nostræ legis apertè colliget.

Nec obstat Paulus, in. d. l. i. nam ibi, non voluit dicere, quod emptio & venditio, sint pacta nuda, sed quod nudo contrahentium consensu, sine aliqua rei traditione perficiuntur. Volebat enim differentiam, inter permutationem & emptionem ac venditionem, explicare: & quo pacto utraque actionem in foro civili produceret, ut ex legis discursu à principio vsque ad finem, constabit: quod ut ostenderet: ait, quod ad id, ut emptio obligationem & actionem civilem producat, sufficit nuda voluntas seu sola voluntas, & consensus simplex contrahentium: in permutatione autem, hæc non sufficiunt, sed & traditio ex vna saltem parte est necessaria, ad hoc, ut ex ea conuentione actio nascatur. Quare Paulus Iurisconsultus, consideratius loquutus est: dicens, non quod ex pacto nudo emptionis, actio nascitur, ut Prateius intelligebat, sed quod emptio perficitur nuda contrahentium voluntate, quasi clariùs diceret, quod ad perfectionem emptionis, sic ut actionem civilem producat, sufficit nuda seu sola contrahentium voluntas, sine aliqua rei conuentione traditione, quæ reliquis contractibus in nominatis ut permutationi, est necessaria, de hoc satis.

7 Septimò, non defuerunt alij, nec hi omnino indocti, qui pactum nu-

dum diffinierunt, esse conditiones illas, quæ insunt, siue adherent ipsis contractibus, ut si v. g. post celebratam emptionem conueniat, ut solutio fiat, ad diem hunc vel illum, vel sub his numis vel illis, hanc legem, quæ datur vel apponitur contractui emptionis, pactum nudum diffiniunt: explicantes vlteriùs, & dicentes, sex requiri necessariò, ad essentiam illius. Primum, quod habeat duorum consensum. Secundum, quod causam non habeat, quid autem sit, causam non habere, illi exprimunt, aientes, id esse, quod titulum non habeat, præter conuentionem, intelligentes sic Vlpianum, in. s. sed cum nulla subest causa, præcedenti, causam ibi, per titulo interpretantur. Tertium, quod hoc pactum, insit ipsis contractibus, sicut accidens ipsi substantiæ (sic illi loquuntur). s. quinimo infra eodem. l. lecta. ff. si certum petatur. Quartum, quod actionem non producat, ut in hoc s. Igitur nuda. Quintum, quod producat exceptionem, eodem. s. igitur nuda. ibi actionem non parit, sed parit exceptionem. Sextum, quod informet actionem. s. quinimo infra eodem: quid autem sit actionem informare, ipsi declarant: dicentes, id esse, quod actio quæ erat antea vniuersalis & generica, veluti ex empto aut vendito, modo ex pacto ipso aliam habeat formam specialiore, quam antea non habebat, cuius doctrine exemplum hoc

referunt. In emptione aut venditione, conditio vel pactum apponitur, ut pecunia solvatur, ad natalem Diui Ioannis, vel quod solutio fiat, aureis numis, vel argenteis, vel quod fiat Romę vel Cōpluti: hæc omnia pacta nuda esse asserunt, quia reperiuntur in illis, omnes sex conditiones præcedentes, quæ de substantia sunt illius: si enim cōuenit, ut solutio fiat ad festum Diui Ioannis, hæc reperiuntur in ea. Primum, quod habeat duorum consensum. Secundum, causam nullam habet, hoc est nullum habet titulum nominatum aut innominatum, præter conventionem, hoc est præter contractum vëditionis, cui inhæret. Tertium, sine dubio, hæc conditio seu pactum, collocatum est in contractu venditionis, tanquam accidens in subiecto. Quartum nullam producit actionem, quia illa quidem, à venditione directè nascitur, & ideò reuera pecunia petitur, quia res fuit vendita, non autem quia pactum fuit adiectum, ut peteretur ad certam diem. Quintum, huiusmodi pactum, directò producit exceptionem: nam quod pecunia peti non possit ex vëditione, à pacti nudi virtute procedit. Sextum, informat actionem, nam actio quæ antea erat ex vendito, generica, & ex qua pecunia in genere peti poterat, modo per pactum, fit actio specifica, ex qua particulari quadam forma, peti posset: quibus tandem, postea conclu-

dunt, dicentes, totam essentiã pacti nudi, consistere in cohærentia ad contractum, cum his conditionibus, sicut tota essentia accidētis, est inhærentia in subiecto, id est, quæ quemadmodum accidens non potest esse sine subiecto, sic etiam pactum nudum non possit consistere de per se, sine adhærentia ad alium contractum. Hæc illi, & eisdem verbis, quæ mutare nolui, ne falsum me illis imposuisse, cupidus obtrectandi posset obijcere.

Sed eorum opinionem neque verosimile esse, nedum verã (quid quid illi, de sua nouitate & veritate glorientur) pluribus ostendam rationibus. Gratulentur hi nobis, vel potius diei, quo hæc scribimus (est. n. Mercuri Cinerum) quod in eorum reprobatione, illis similes modestiores in nostris: inter doctos. n. viros (præcipue si nobiles sint) vetustis semper moribus, receptum fuisse, apud graues authores legimus: ut si quibusdam receptum fuisset ab alijs, res ipsa in disceptatione veniret, non autem fugerent disputantes: conuitijs verò & detractionibus & priuatis & publicis parceretur: quod utinam illi, tam æquo seruassent modo, quam debent, ad omnem modestiam, præsertim nobiscum esse compositi: sed ignoscamus nunc (ut resipiscant) eorum vel simplicitati, vel malitiæ, & ad examen opinionis accedamus: illam enim falsam esse, & à bona iuris ciuilibus cognitione alienam, nonnullis probabo fundamentis.

Primū enim, id quod asserunt, essentiã pacti nudi consistere, in cohærentia contractus, expræsè aduersatur Hermogeniano, in. l. diuisionis placitum. 46. ff. eod. vbi placitum de diuidenda re communi, pactum nudum appellat, & nulli contractui nominato adhæret, sed stat simpliciter & de per se, nec propterea nudum esse definit, quod necessario foret dicendum, si in cohærentia contractus consistere eius substantia: pro ut isti dicunt: aduersatur Vlpiano, in. l. sufficit. 4. ff. de spōs. vbi pactum simplex de nubendo, consensum seu pactum nudum esse dicit, quamuis nulli contractui diuerso insit, ut satis constat: aduersatur Theodosio & Valentiniano, qui pactum simpliciter, de dāda dote, sine stipulatione, vel literarum obligatione, & sic nudum valere dicunt: quamuis ad nullum nominatum contractum referatur: aduersatur regulæ communi, quam supra vidimus, in. s. sed cum nulla. vbi Vlpianus Iuriscōsultus docuit, quod si in pacto nudo non subsit causa, id est implementum conventionis, non producit actionem. notans sic, aliqua esse pacta nuda simplicia, & de per se, quæ nullam actionem ciuilem producant: aduersatur tandem sibi metipsis, nam tenentes, in his conditionibus inherentes ipsis contractibus, substantiam pacti nudi consistere, impossibile est, verum esse, quod subiungunt postea, dicentes, pacti nudi substantiam, similiter

in eo consistere, quod actionem non producat, cum conditiones istæ adiectæ contractibus, actionem pariāt semper, pro ut in. s. adeo & in. s. Prætor ait. & in. l. Labeo & in. l. pacta conuenta. ff. de contrah. empt. Vlpianus & Papinianus palam docent. Nec alicuius est momenti, responsio qua asserunt, quod actio illa nascitur virtute contractus præcedētis: nam si id verum esset, nasceretur actio proculdubio ex empto, vel vëdito, aut alio quocumque simili: non autem actio præscriptis verbis, quæ ex nullo nominato cōpetit, pro ut su. eod. lib. c. 2. q. 2. latius probauimus. quæ ex his conditionibus proficitur, pro ut Vlpianus refert, in. d. l. Labeo si mihi bibliothecā. ex quibus nascitur, falsum esse, illud quod toties repetunt, tamquam axioma, quod pacti videlicet nudi substantia, consistat in cohærentia ad contractum, sicut accidentis inesse in subiecto. Discutiamus præterea singillatim quid ita uas illas conditiones, quas ad esse pacti nudi ulterius necessario requirunt. Prima enim, qua dicunt, duorum consensum inesse oportere, vera est, pro ut sup. in lib. 1. principio vidimus, cæteræ autem, timeo ne falsæ sint: aiunt enim in secunda, necessariū esse, ad substantiam pacti nudi, quod non habeat causam, in qua, quadruplex peccatum reperio. Primum est, quod explicantes, quid sit causa, titulum esse dicunt contractus nominati, vel innominati, quod tam

alienum est à mente Vlpiani hic, quam quod maximè: cum causam posuerit, pro implemento contractus innominati, pro vt sup. exposuimus.

Secundum, in eo, quod putent, subsistente causa, pactum non esse nudum, quod erratum est etiã comune, per. §. sed si in alium, & §. sed cum nulla. præcedentes, ad quos istos & reliquos (vt melius intelligant) percipio, aduertere. Quia ibi Vlpianus non dixit, quod quotiescumque causa, id est implementum adest, pactum nudum definit esse nudum, sed id solum, quod pactum nudum, quod est inefficax ad producendam actionem ciuile ante implementum, quia nullum habet adiumentum à lege, ante causam, cū causa subest, cognoscitur & approbatur à lege, & transit sic de inefficaci ad efficax: non tamen transit de nudo ad vestitum (vt loquar modo cum nostris) qui nō ex ea causa definit esse nudum: cū nuditatis substantia in alio consistat vt infr. dicemus: intētum enim Iuriscōsulti in hac lege, erat ostendere virtutem omnium pactorum in productione actionis vel exceptionis ciuilis, cum ad tribunal prætorum, quorum edictum ipse interpretabatur, id tātū modo pertineret: eaquē ratione dixit, quod cum causa subest, pactum nudum virtutem habebit actionis, qua carebit, si causa absit, vt ex legis principio & discursu toto lector notabit.

Tertiam conditionem, quod videlicet pactum insit necessario ipsis cōtractibus, tamquam accidens substantiæ: oppugnatam (vt credo) & expugnatam reliquimus supra quinque rationibus, quas iterum in præsentem referre non placuit, ne quid dictum repetamus: eorum autē opinionē, minime iuuabit textus in. §. quinimo inf. eod. & in. l. lecta. ff. si certum petat. nam ibi Iuriscōsultus loquitur, de pactis conuentis quæ speciem esse vnā pacti nudī & in principio huius libri & inferius latè monstrabimus, ab ea tamē ad genus probandum, argumentū assumere, Dialecticā ignoratio est cum ad diffiniendum genus vt animal, hominis solum exemplum adducere, quæ vna est illius species, parum profit.

Quarta conditio, quod pactum nudum actionem nō producat, vera non est: cum repugnantem habeat Vlpianum in l. sufficit. 4. ff. de spons. ex nudo spōsaliorum pacto obligationem & actionem nasci afferentem, Paulum in. l. etiam. ff. de vsuris, vbi ex nudo pacto vsurarium, ciuitatibus debet vsuras docuit & in. l. legitima sup. eod. quasi pro regula tradidit, ex pacto nudo actionem nasci, quoties lege vel Senatusconsulto adiuuaretur: sine eo quod nuditate amittat: qua ratione frumenti vel ordeï mutuo dari accessionē, ex nudo pacto esse præstandam Alexander Imperator rescripsit in. l. frumenti. C. de vsuris.

& ex

& ex pacto de danda dote Theodetius & Valentinianus in. l. ad exactionem C. de dotis promissione nec valet respōsio, qua dici potest, in his casibus, esse speciale: nam certè si substantia pacti, in actione nō producenda cōsisteret, numquam pactum nudum, cum actione esse posset, cū repugnaret suæ propriæ substantiæ, quod non est verum, vt patet ex dictis, & in conditionibus oppositis ipsis cōtractibus, quas illi pacta nuda esse dicunt: idem constat. Primò ex. l. Labeo. si mihi bibliothecam. 50. ff. de contrahenda empr. vbi conditio seu pactum nudum, adiectum venditioni, vt bibliotheca tanti empta sit, si homines Campani locum, vbi illa reponeretur, venderent: actionem specialem producit præscriptis verbis: secundò, ex textu in. l. debitori. 7. C. de pactis. vbi habetur, quod si sententia, pro me est lata, in hærede debitoris mei, cui successi, & eā victo seu colligatori tradidero, adiecta ea conditione seu pacto, vt mihi & cæteris creditoribus fiat satis: quod si stipulatio est adiecta, competit actio ex stipulatu: si autem illa absit, cōpetit actio præscriptis verbis, nascens ex illo pacto: quod tertio, ex. l. in bonæ fidei contractibus C. eod. potest comprobari, vbi Maximinus Imperator, Mario rescribit, quod si pactum adijcitur in cōtinenti, ipsis contractibus: ex ipso pacto nascitur actio, vt patet ibi, in bonæ fidei contractibus, ita demū

ex pacto actio competit, si in cōtinenti fiat &c. Quintò, ex. l. si apud. C. de ædilitijs actio. vbi si pactum sit adiectum venditioni, seruum in posterum non fieri vitiosum, Dioclecianus & Maximianus respondent, emptori ad repetenda damna, si seruus fiat vitiosus, competere, virtute conditionis seu pacti cōuenti adiecti in cōtinenti ipsi cōtractui: quod sexto & vltimo expressius probatur, ex textu in. l. 2. C. de pactis inter emptorem & venditorem. vbi Imperator Alexander docet, quod si vendiderim fundum, & adiecerim hanc cōditionem, vt si intra tantum tempus, à me vel à meis hæredibus, pretiū reddatur, restituat ille, & postea pretio oblato, nolit emptor restituere, competit mihi vel meis hæredibus, actio præscriptis verbis, quæ nascitur ex conditione, seu pacto adiecto ipsi contractui: quo nihil mihi clarius quidquam, ad conuincendam hanc opinionē, posse desiderari videtur. Quinta quod pactum nudum producat necessariò exceptionem, ex Vlpiano in hoc. §. Igitur nuda. labe factari potest, legibus his, quas in præcedenti quartæ conditionis refutatione, retulimus, dicentibus, ex pacto nudo, actionem nasci: si enim pactū nudum actionem potest producere, ergo tūc potest, imo debet, non parere exceptionem, cū hæc contraria sint prorsus, est enim exceptio (si Vlpiano credimus in. l. 2. ff. de exceptio.) actionis exclusio, quæ

quæ in vno & respectu vnus contractus, impossibile est, vni posse competere: tum etiam, quia pacta nuda, plura dantur, quæ nullam actionem, nec exceptionem producant, vt sunt omnes contractus innominati ante impletum, cum aliqua legis specie non sunt confirmati: Vlpianus autem, in hoc. §. igitur nuda. quomodo intelligi debeat, postea, cum de sententia nostra agatur, distinctius sumus explicaturi.

In sexta & vltimæ conditionis requisito, dupliciter hi delinquant. Primò, in eo, quod postulēt, ad essentiam pacti nudi, quod informet actionem, cum omnia pacta nuda, quæ reperiuntur, abstracta ab omni contractu nominato, quæ nos retulimus supra, & esse possunt alia infinita, vt ex dicendis à nobis inferrius apparebit, non informant actionem contractus, cui adherēt, quia nullum habent, sed producant propriam & specialem: vel nullam actionem & exceptionē producant nec informant. secundò, quod formare vel informare id esse interpretentur, quod actio quæ antea erat vniuersalis & generica, veluti ex empto aut vendito, ex pacto ipso aliam habeat formam specialiore, quæ antea habebat, quod verum nec est, nec esse potest: cū actio ex empto & reliquis nominatis contractibus, semper sit specialis, vt Vlpianus in principio huius legis dixit, nec ea desinat competere quauis,

alia nascatur ex pacto conuento. d. l. Labeo si mihi bibliothecam, nec formam mutat, cū secunda cumlatiue adijciatur, nō autem priuatiue. tum etiam, quia actionem informare, rem multo diuersam ab eo significat, pro vt in explicatione §. quinimo declarabimus. Nunc enim, in veritate exempli, quod afferunt, ad opinionem suam confirmandam, dicentes, has omnes sex conditiones, illi tamquam vero pacto nudo inesse, diligentius inuestiganda detineri oportebit: exemplum hoc est, post perfectam emptionem, adiectum est pactum, vt solutio fiat, ad natalem Diui Ioānis, hoc enim pactum (aiunt) verè illas continet. Primò duorum consensum habet, quia vterque contrahens cōsentit. Secundò, nō habet causam, hoc est nullum habet titulum contractus nominati, vel innominati præter conuentionem, hoc est præter contractum venditionis cui inhaeret. Tertio, hoc pactum collocatum est in venditione, tamquam accidens in substantia. Quarto, nullam producit actionem, quia illa quæ quæ habet, à venditione directò nascitur, & ideo re vera pecunia petitur, quia res fuit vendita, nō autē, quia pactum fuit adiectum, vt peteretur ad certum diem. Quintò, huiusmodi pactum, directò producit exceptionem, nam quod pecunia peti non possit, profectò ex venditione non est, sed potius pacti nudi virtute contingit. Sextò, informat actionem,

nem, nam actio quæ antea erat ex vendito, generica, & ex qua pecunia in genere peti poterat, modò per pactum fit actio specifica, ex qua particulari quadam forma, pecunia peti possit, hæc adverbū illi, Quæ nos, ideo probare non possumus, quod receptis Iurisconsultorū nostrorum doctrinis, palam aduersentur: illud enim primum, quo asserunt, pactum hoc, non habere causam, quia non habet titulum contractus nominati vel innominati, duplici ratione, verum esse non potest. Prima est, quia pactum hoc, non esse contractum innominatum credunt, cum pactum nudum, nihil aliud sit quam contractus innominatus, vt statim dicemus. Secunda, quia causam pro titulo contractus Vlpianum hic usurpasse interpretentur: quod allata à nobis, de causæ cognitione, tot legibus confirmata, nullo pacto admittent. causa. n. pro implemento contractus innominati, à Iurisconsulto hic usurpatur. Aliud verò secundum, quo inquit, hoc pactum, nullam producere actionem, pugnat ex diametro, cum Vlpiano in .l. Labeo si mihi bibliothecam. §. ff. de contrahenda empt. vbi ait, quod si contractui emptionis adiecta sit hæc conditio, seu pactum, si homines Campani, locum ubi bibliotheca illa emptæ apponeretur, venderent: nascitur ex hoc pacto actio. Nec aliquid valet eorum responsio, dicentium, actionem quæ nascitur, à venditio

nis contractu proficisci: nam ea satis manifestò conuincitur, si aduersitas, quod si ex venditione actio nasceretur, actio ex empto nominata & certa, non autem incerta præscriptis verbis cōpeteret: at Vlpianus ex sententia Labeonis, quem etiam pro se allegat, ex illa conditione seu pacto, actionem præscriptis verbis oriri dicit: ergo ab ipso pacto, non autem à contractu nominato cui & illud adheret, actionem oriri necessariò est cōcludendum. Tertium, quo pactum istud, parere exceptionem aiunt, ad excludendum venditorem, si pecuniam petat, ante præscriptum diem, longè distat à recta huius phrasim (parere exceptionem) cognitione: quæ quid Vlpianus voluerit, in fine quæstionis sequētis trademus: nunquam enim exceptiones competunt, nisi ad excludendas actiones, quantum cum nulla competat venditori, ad petendam pecuniam, ante diem præscriptum, virtute pacti adiecti, quod inesse videtur ipsi contractui emptionis. §. quinimo. §. in bonæ fidei infr. cod. l. pacta conuenta. ff. de contrahenda empt. nullam actionem pro se competere fatendum erit. Quartum, quo dicunt, pactum hoc, informare actionem, id est quod actio quæ erat antea generica, & vniuersalis, sit modo specifica, ratione conditionis vel pacti, nihil cum veritate habet commune: quia actio quæ competit ex contractu emptionis, vel alijs similibus nominatis, non est ge

est generica & vniuersalis, sed certa & specifica & nominata, pro vt Vlpian⁹ in hui⁹ legis principio docuit: nec illa competit postea specifica seu specificata, sed competit pro vt antea erat, continens tamē vlteri⁹ deducta in pactum: quatione, si aliquo modo vel tempore, generalis tūc dici poterat, quia plura comprehendit, vel competit alia ex pacto, quae dicitur praescriptis verbis. dict. l. Labeo simihi bibliotecam. ff. de contrah. empr. quibus tandem concludes hanc recentiorum opinionem, vt minime veram (ne quid amplius dicamus) rejiciendam fore.

Hactenus, de varijs his & discrepantibus, tum inter se, tum à veritate opinionibus, necessari⁹ nobis fuit agendum: quarum auditione, cum non parum laboris & molestiae, docti lectoris animo sentiam attulisse (vt par est) tempus iam erit, vt ad nostram de pacto nudo sententiam explicandam accedamus: sic enim dimissus animus, noua veritatis indagatio, nouius recreabitur: ea autem est, pactum nudum, à Iuriconsulto Vlpiano, in principio legis primae hoc titulo, rectissime fuisse definitum: quod miror à tantis patribus non fuisse animaduersum, dū enim ibi dixit, est autem pactio, duorum plurium ve in idem placitum & consensus, quid aliud voluit, quam pactum nudum definire, cum enim appellatione pa-

cti simpliciter, pactum nudum esse intelligendum, supra latius probauerim, & Vlpianus de pactis simpliciter, in hoc titulo & interpretatione ad edictum tractare voluisset, vt ex inscriptione rubricae de pactis constat, legitima consequentia colligitur, quod cum pactum simpliciter diffiniuit, pactum nudum diffinisse sit censendus: alioquin enim, si pactum in ea lege generaliter, pro omni conuentione accepit, (vt non nullos scripsisse lego) quorsum obsecro Vlpianus, de pactis nudis tractaturus, aliarum conuentionum diffinitionem, in cardine sui operis (vt magis notaretur error) tam impertinenter immiscuisset, praetermissa propria & particulari, suae intentionis, de pactis nudis tractatione? quod si id nisi de homine demente & furioso, vel inepto prorsus, praesumendum non est, de Vlpiano prudentissimo & sapientissimo, Iuriscōsulto simul & Philosopho, suspicari nefas erit: quare constanter ausim affirmare, diffinitionem illam pactiois, vel pacti traditam in principio legis primae, congruam esse & germanam, pacti nudi diffinitionem.

Quod si obijciat aliquis, ideo minus propriam ad pactum nudum videri, quod in duorum placito & consensu, per quae illud diffinitur, omnis conuentio, tam nominata, quam innominata comprehendatur, quia vtraque duorum habet con-

sen-

sensum, perindeque ad pactum nudum solum non posse accommodari, difficilis non erit responsio illi, qui scripta à nobis sup. lib. i. c. 8. q. 5. memoria teneat, quibus addet, emptionem, venditionem, & reliquos contractus nominatos, duorum placita & consensus minimè vocari, diffinitiuè posse: quippe qui, ad eorum essentiam, aliae differentiae vltimae sint necessariae, quibus à reliquis internosci possint: si enim emptionem velis diffinire, & illa esse duorum placitum & consensus asseras? errabis planè, cum propriam illius formam, quae consistit in commutatione nominata, pretij certi pro re iusta, omittas: & sic in reliquis, quae vltra conuentionem duorum, alia ad suam propriam speciem constitutendam expostulant: si verò pactum nudum dicas, esse duorum placitum & consensus seu conuentionem, rectissime illud diffinies: quia nihil aliud, praeter simplex quoddam duorum placitum in idem, ad aliam formam propriam requiritur: ideoque propria, iusta & commoda erit diffinitio, quod superfluum, diminutum ve, nihil contineat: si enim dicas, diminutionem in eo videri, quod non exprimat, in quo pactum nudum à reliquis conuentionibus distinguitur: Vlpiani contextus sensum, in eadem lege te non assequi non obscure monstrabis: quia cum ille dixit, Pactum, seu pactiois, seu pactum nudum (nam idem sunt, & pro eodem sumuntur)

esse duorum plurium ve placitum & consensus, perinde est ac si clarius diffinisset, dicendo: pactum nudum esse duorum plurium ve, placitum & consensus solum: nam cū aliud ille non requirat ad esse pacti nudi, his pacti nudi substantiam seu formam propriam esse contentam clare ostendit: ac proinde in hoc pactum nudum à reliquis contractibus distinguetur: quod pactum nudum solum & simplicem conuentionem duorum plurium ve requirat, ad suum esse: alij verò vltra conuentionem seu consensus, requirant nomen proprium, à lege ciuili approbatum, & cum eo actionem similiter ciuilem propriam, in quibus vltima pactorum nudorum & contractuum nominatorum differentia consistit. Qua ratione, sprete communi reliquorum doctorum opinione. Tu nec intelliges, nec diceres, quod solus consensus simplex constituit in esse specificum pacti nudi, sic vt si aliud, praeter consensus adsit, veluti causa seu traditio, uel aliud quodcumque implementum, vel approbatio ad producendam actionem, speciali priuilegio, nudum esse desinat, & fiat vestitum (vt nostri loquuntur) nam traditio, implementum & alia similia, non tollunt nuditatem pacti, sed nudum pactum, inefficax alioquin, reddunt efficax, productione actionis ciuilis: nuditas igitur si sic loqui licet (vt iam tandē haec intelligantur) in eo consistit solum, quod media iurispru-

ris prudentia, cum contractus, ad ciuilia commercia necessarios, inditis nominibus & actionibus proprijs iuuat vel eorundem concessione omisit: illos nudauit, omni vestimento proprii nominis seu specialis & sic propriæ & specialis actionis, ac proinde clariùs loquendo, pactum nudum, nihil aliud erit quam contractus innominatus, siue respectiuus, siue non respectiuus, siue adijciatur alij contractui nominato, siue subsistat de per se, siue ad sit causa, siue non adsit: cuius exempla, infinita tradi possunt, quorum nonnulla, doctrinæ gratia, in vtrisque referemus. Conuenit enim inter me & te, vt dem tibi palliū meū pro libro tuo, vel anulum pretiosum pro equo, hæc cōuentio, quæ permutatio est, & contractus innominatus, & respectiuus. l. naturalis. s. etsiquidem. ff. de præscriptis verbis. pactum nudum proculdubio erit, tã ante, quam vnus nostrum, rem conuentam tradat, quã post: ante traditionem erit pactum nudum inefficax, quia à lege ciuili non approbatur: post causam seu implementum sequutum, est pactum nudum efficax: quia subest causa propter quam habet approbationem à lege: ideo autem pactum nudum esse dico: quia de media iuris prudentia, à qua nomina & actiones singulis contractibus vel indita vel negata mihi persuadeo, conuentio hæc, nomen propriū & speciale, cum sua speciali actione, si-

cut reliqui nominati cōtractus nō percipit: in pactis non respectiuis aliud exemplum, ex Hermogeniano eruamus: cum rem haberemus communem, cōuenit inter me & te, vt hoc vel illo modo eam diuideremus: hic contractus innominatus, simplex pactum erit, & nudum proculdubio: quia speciale nomen à iure ciuili non induit: qua ratione, pactum nudum oppositum potius erit ad contractum nominatum, quam ad pactum, quod Accursius, Bartolus & reliqui confingunt vestitum, rei interuentu, verbis, cōsensu, & alijs de quibus in. s. quini-mo sequenti. cum in iure, appellatione pacti, nihil aliud præter nudum contineri reperiatur: minusq; hoc, tam receptum nostrorum conuentum vestiti. De pactis autem adiectis, alijs nominatis, vel subsistentibus de per se, clara sunt exempla: de primo nonnulla refert Vlpianus, in. s. quini-mo. & in. s. ad eod. inf. cod. & in. l. Labeo & in. l. pacta conuenta. ff. de cōtrah. empt. De secundo, exempla cōtractuum simplicium & correspondiuorum, à nobis iam adducta sufficiant: ne volentes, rem explicare distinctius, exemplorum multitudine obtutes, confusius obscuremus: quare nihil aliud iam reliquum video, nisi vt hanc quam nouè tuemur, de pacto nudo sententiam, quod videlicet, cōtractus sit quicumque innominatus, legibus cōfirmem. Facit enim pro ea, primò, Vlpianus, in hoc. s. Igitur nuda.

nuda. si ille (pro vt ratio postulat) cōtinuato sermone, ad reliquos. ss. præcedentes, legatur: cum enim in principio legis docuisset, iurisgentiu cōuentiones, quasdam actionem parere, quasdam exceptionem: & quæ pariunt actionem, in suo nomine non stare, sed transire in speciale nomē cōtractus, vt in emptio-nem, locationem &c. Quæ verò exceptionem, innominatas esse, & de primis non tractasset, quia ad titulum de pactis, & propositum suū de pactis nudis, minimè spectabat: cum de illis speciales sint tituli in reliquis digestorum libris: sed de innominatis, incipiens agere, in. s. sed cum nulla. dixisset, quod si contractus, qui nō transit in proprium nomen, id est innominatus, causam habet seu implementum ex vna parte contrahentium, producit actionem, ponens exemplum in eo contractu, do tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas &c. & in. s. si ob maleficium, sequenti, addidisset, quod causa, quæ facit contractum innominatum, seu pactum nudum actionem producere, debet esse iusta & honesta, non autem turpis &c. Subiungit postea, continuando eundem casum, de contractu innominato: quod si illi non subit causa, id est non habet implementum ex vna parte, non producit actionem: ex his præmissis, quasi conclusionem colligens, ait. igitur nuda pactio, actionem

non parit, sed parit exceptionem: quod idem est, ac si clariùs diceret: contractus igitur innominatus, qui non habet implementum, sed est sine causa, nihil regulariter valet, ad producendam actionem vel obligationem, et si valeat ad producendam exceptionem, in quo quid contineatur postea docebimus. Sic enim, rectè colligitur ex superioribus illa conclusio. Igitur nuda pactio &c. Et verificatur doctrina quam dederat in principio legis: dicendo, quod conuentiones iurisgentium, nominatæ scilicet, producant actionem: alia verò scilicet innominatæ vt postea declarauit, exceptionem: alioquin collectio esset, à disparatis quod de Vlpiano affirmandū non est. Secūdo, idē probat ex Iuliano, in. l. solēt. ff. de præscrip. verbis. nullus. n. negare poterit, quod titulus ille de cōtractibus innominatis loquatur, cū oēs illius leges à prima vsq; ad vltimā, id expressè proclamēt: & cōmunis sit & vera omniū doctorū sententia: sed cū ibi Iulianus, de hac conuentione tractaret, ostēde mihi seruum fugitiuum, & dabo tibi decem: ait, quod ante demonstrationem serui, non oritur actio, quia pactio est nuda, & post demonstrationem, dicit, quod oritur: quia habet negotium, causam scilicet seu implementum: ergo cum ista conuentio, facias & dabo, sit contractus innominatus, & ibi hunc contractum, Tt appel.

appellet pactioñe seu conuentio-
nem nudam: non malè consequi-
tur, pactum nudum & contractū
innominatum vnum et idem esse:
quod tertio fundamento sic osten-
do, placitum seu conuentionem
de re permutanda, cōtractum esse
innominatum constat, ex Paulo,
in. l. naturalis. §. et siquidem. ff. de
præscript. verbis. sed cōuentio de
permutando, pactum nudum est,
vt idem Paul. docet, in. l. i. ff. de re-
rum permut. ibi. Permutatio autē,
ex re tradita, initium præbet obli-
gationi, alioquin si res nondum
tradita sit, nudo consensu (seu pa-
cto) constitui obligationem dice-
mus, & in sequentibus rectissime
etiam probat, permutationē esse
contractum innominatum, ibi,
quod in histantum, receptum est,
quæ nomē suum habent, vt in em-
ptione, venditione, conductione,
mandato &c. ergo cōtractus inno-
minatus, & pactum nudum, cum
vnum aliud generalius esse non
ostendatur, idem sunt. Quod quar-
to ex rescripto Diocleciani & Ma-
ximiani, in. l. ea lege. ff. C. de rerum
permuta. confirmabitur: qui con-
tractum quendam innominatum
donationis ob causam, factum à
Paulina, cum Candido, et si pactū
nudū esse respondeant, quia tamē
causa subest, id est implementum,
ex eo quod Paulina iā tradiderat
res suas & bona, vt menstruum seu
annuum illi præstaret, ad actionē
proficere rescripserunt, in hæretes

huic nostro Vlpiani contextui, in
§. sed si in alium. Quod quinto à
sufficienti partium enumeratione
verum esse demonstrabimus: nam
contractus omnes, in duas species
diuidi, Vlpianus docuit, in princi-
pio huius legis, ibi Iuriscētium cō-
uentiones, quædā actiones pariunt,
quædā exceptiones: quæ actiones
pariunt, in suo nomine non stant,
sed transeunt in proprium nomē
contractus, vt emptio, veditio, &c.
sed si in alium contractum res nō
transeat, &c. nec tertium aliud ge-
nus reperiri posse, Iuriscōsultus
aliquis vnquam docuit: sed pactū
nudum, contractus est, vt constat
ex versic. sed si in alium cōtractū,
ibi sed si in alium contractum res
non transeat, subit tamen causa
&c. Ergo, ve est nominatus, vel in-
nominatus: non nominatus, quia
regulariter non producit actionē,
sicut contractus nominati, nec eā
cum producit, specialem certam
& nominatam producit, nec reli-
quos effectus, quos illi, habet: ergo
innominatus erit, alioquin dabūt
vnā speciē, distinctā cōtractus, qui
nec sit nominatus, nec innomina-
tus, quod ab Vlpiani doctrina hic,
& reliquorū Iuriscōsultorū alic-
nū est: vel si ex vtriusq; nominatis et
innominatis, dicat pactū nudū cō-
cretū (quia nihil aliud iam dici po-
test) monstruosum faciēt partū, con-
stātē ex cōtrarijs & omnino sibi re-
pugnātibus quod honestati, et iusti-
tiæ iuris ciuilis minimè congruere
con

cōsentiēt oēs: Quod sexto tadē, &
finaliter, ex effectibus (à quib' cau-
sas cognosci, Iuriscōsulti & Philo-
sophi rectè docēt) confirmari po-
test: nā cū cōtractib' innominatis,
actionē præscriptis verbis, cōpetere
Vlpian' Pōponi' & Cels' in. l. x. 2. &
3. & toto ferè tit. ff. de præscrip. ver-
bis, dicat & null' postea negauit:
ex pactisq; nudis, actiones etiā præ-
scrip. verbis cōpetere, Vlpian' in. l.
Labeo si mihi bibliotecā. de cōtra-
empt. Maximianus in. l. in bonæ fi-
dei cōtractibus. C. de pactis. Diocle-
cianus, in. l. si apud. C. de edilitijs
actio. Alexander, in. l. 2. C. de pactis
inter emptorē & venditorē, rescri-
bat, consequi meo iudicio videt,
causam, eadē esse, quæ eudē produ-
cit effectū, proindeq; cōtractus in-
nominatos & pacta nuda, eisdē ef-
se rationis: quod verū esse, tā publi-
cè, quàm priuatim semper docui.
10 Ex quibus, nonnulla (antequā ad
reliqua perueniamus) deducenda
sunt. Primum est, minus rectè exi-
stimasse Baldum, in. c. Quintabal-
lis. nu. 2. ad finē, de iurē iurando, dū
glossam, in. l. i. verbo figuris. ff. de
actio. & obligatio. quæ pactum cō-
tractū esse dicit, interpretatur de
pacto vestito, nam pactū nudū (in-
quit) nō est propriè cōtractus, vel
inpropriè dicitur cōtractus, quia
non habet legis adminiculum,
quod falsum mihi videtur: nam cū
pactū sit conuentio, vt ex. l. i. §. cō-
uentionis verbū, constat, & conuē-
tio sit idē quod contractus ut sup.

diximus, & ex Vlpiano in hac lege
Iuriscētium colligitur, nā quod con-
uentiones vocat in principio, in-
ver. sed si in aliū, cōtractū dicit, be-
nè sequit, pactū nudū, esse contra-
ctū, quia cōuētio est & cōmerciū.
Nec obstat quod legis approba-
tionē non habeat, vt Baldus ait: nā
quamuis id regulariter verū sit (nā
semper, falsum esse iam docui) nō
ideo minus, definit esse contra-
ctus, quamuis non sit cōtractus ci-
uilitè approbatus, cū actionē vel
exceptionē nō producit, quod in
emptione & veditioe, locatione,
& alijs cōtractibus nominatis, quā-
doque cōtingit: propter aliquam
enim circumstantiam, solent à lege
ciuili non cognosci, vt sup. iam de
clarauimus.

Secundò colligitur, superfluā esse,
pactorū diuisionē, factā ab Hostiē-
si, in summa iuris canonici. hoc ti-
tulo de pactis. nu. 3. ibi. n. sic pacta
diuisit. vt quædam sint vtilia, quæ-
dam inutilia, & hoc aliquando ra-
tione personæ, aliquando ratione
rei, & aliquando ratione cōtractus.
Itē quædā nuda, quædā vestita, quæ-
dā nominata, quædā innominata,
itē quædā expressa, quædā tacita,
&c. Sat enim, sufficeret dixisse, quæ-
dā esse nominata, quædam inno-
minata, cō in innominatis, pacta
nuda comprehendatur, vel vt sup.
diximus, nihil aliud sunt contra-
ctus innominati, quàm pacta nu-
da, nec pacta nuda, nisi contractus
quicumque innominati.

Tertiò nota, minus bene sensisse Iasonem, in hoc. §. igitur nuda. num. 27. versi. secundo aduerte. dū existimans, pactum nudum, esse contractum innominatum, ad simplicem restringat, sine proposito: asserens, in correlativeis, nullo pacto, esse intelligendum, quia illi pacta nuda non sunt: quā iterū tenuit, in. l. si vnus. §. pactus ne peteret. inf. eod. & in. l. in bonae fidei. nu. 2. C. eod. & in. l. lecta. ff. si certum petat. sequuntur Socinus in. l. 2. ff. eod. illo titulo. Barbatia & alij relati à Tiraque quoque, post leges connubiales, in verbo contracter. glossa. §. num. 6. & communiter esse receptam, testatur Orosius, in. l. 1. §. cōuentio nis verbum. sup. eod. nouius Padilla, in. l. naturalis. in principio. nu. 19. ff. de praescriptis verbis. sed omnes minus bene, nam cum eadem sit ratio, in correlativeis, quae in simplicibus, tam vnus, quā alios, pacta esse nuda, sine aliqua differentiae appositione, constanter tenendū est & correlativeis à fortiori, cū alia simplicia gratuita, non sint proprie pacta, de quibus de pignori in hac. l. & Tribonianus in toto hoc tit. tractare voluerunt.

Vnde ex eo, quartò nascitur, minus docte sensisse Ioannem Bolognetum, in rubrica de verb. nume. 590. dum defendit, diuersam esse naturam pacti nudi, & contractus innominati, eam reddens rationē, quòd ex contractu nominato, spes sit, quòd nascatur actio efficax, per

implemētum, in pacto autē nudo, nulla sit spes, quòd actio competat ciuili: quo nihil, vel absurdus, vel alienius à doctrina Vlpiani in praesenti, fingi potest: qui tā in principio huius legis, in versi. sed in aliū. quā in. §. sed cū nulla, & in. §. igitur nuda, palam ostēdit, pactū nudum, cū causam seu implemētū habet, ciuilem producere obligationem: quod Iulianus in. l. solent. de praescript. verbis & Dioclecianus & Maximianus, in. l. ea lege. C. de rerum permut. eadē ratione rescripserūt. Quare, idē Bolognetus similiter notandus erit, qui perseuerans in eodē proposito, non solū diuersam pacti nudi & contractus innominati naturā, sed potius contrariā esse tueretur, in eadē rubrica. nu. 39.

Quintò deducit, falsam esse Baldi sententiā, in. l. siue apud acta. nu. 4. C. de transact. tenētis, quod et si pactū nudū producat actionem de iure canonico, non tamē illā producit contractus innominatus, de quo leges ciuiles loquentes, in canonico foro esse obseruandas monet: quā repetit iterū in. l. quis. nu. 17. C. de iuris & facti ignorat. & in. l. si diuisione. nu. 3. C. familiae erciscūde. sequuntur Angelus de Aretio. in. §. in personā. nu. 16. inst. de action. Ludouicus Romanus & Iaso, in. l. si pecuniā in principio. col. 2. ff. de codic. ob causam. & in hoc. §. Igitur nuda. nu. 38. vbi Orosius nu. 2. idem. Iaso in rub. de verbor. nu. 20. Socinus. 10. Ripa. 41. Franciscus de Aretio in

tio in. l. petens num. 7. Angelus in. l. traditionibus C. eod. Felinus in. c. 1. de pactis nu. 13. & communē resoluit ex aliorū relatione Padilla, in. l. naturalis. §. etsi quidē nu. 18. ff. de praescript. verbis. sed oēs verē in hoc allucinatur, nā cum pactū nudū, idem sit, quòd contractus innominatus, vt iam diximus: quòd in vno locū habet, in alio etiam habere, cōsequēs erit: in cuius simili errore sunt Gregorius Lupus, & Ferdinandus Méhaca, & eos sequutus Padilla, in. d. §. etsi quidē. nu. 19. dū agnoscentes, pactū nudū, de iure regio, actionē parere, ex. l. 3. tit. 8. lib. 3. ordinamēti. illā negat contractibus innominatis, sed debilibus motivationibus, pro vt sup. hoc lib. 3. c. 2. q. 2. me latius meminī cōfuisse.

Sextò tadē & vltimò, ex nostra resolutione colligitur, opinionem Bartoli, tā in praesenti nu. 1. & 2. quā in. §. quinimo, statim sequenti, vbi primum Accursius, glossa magna. improbabilē reddi, tenentiū; quòd quotiescūq; pacto nudo, accedit traditio, seu implemētū, incipit esse vestitū, amissa propria nuditate: quē sequitur Baldus, Angelus, Albericus, Paulus Castrens, Salicetus, Alexander, Iaso & reliqui communiter, vt testatur Corraeus, lib. 1. myscellaneorū. c. 11. sed minus recte oēs, nā cū esse nudi, seu substantia nuditatis pacti, cōsistat in carētia proprii nominis, vt supra probauimus, nihil profectò addet vestimēti, cōuentionis implemētū: &

si robur addat ad producēdā actionem ciuilem, quā tamē, nuditate pacti non tollere, dum proprium nomen absit, supra iā docuimus.

S V M M A R I A A D Caput Nonum.

- 1 **C**irca pacti obseruationē, Affertur Fortunij opinio, inter haec tria iura, ciuile, canonicū & regium concordia inducēs et. n. 2.
- 3 **P**rima consideratio Fortunij, qua praedicta concordia nitebatur, reijcitur.
- 4 **R**eijcitur etiam secunda, nouiter intellecto textu, in auth. vt clerici apud proprios Episcopos, in fine, coll. 6. & text. in. cap. clerici de iudicijs.
- 5 **T**ertia & vltima Fortunij, ad praedictam concordiam consideratio, refutatur.
- 6 **I**nter ius ciuile canonicū & regium Castellae, nullam esse nunc in obseruatione pacti nudi differentiam, noue docetur.
- 7 **O**rigo pacti nudi refertur: & à Numa Pōpilio, inductam cuiuscumque fidei obseruationem, vsque ad ius duodecim tabularum durasse: ex his autē legibus nihil in contractibus deberi, nisi verbis exprimeretur.
- 8 **N**uda pacta à reliquis contractibus distincta, à iuris prudentibus manasse, à quibus illis actionem negatam esse, noue declaratur.
- 9 **I**nquiritur de ratione, cur nudo pacto actio denegata fuerit, & ea quae traditur à Cōnato reijcitur, confutatis his, quae in eius cōfirmationē nonnulli sequaces attulerūt.
- 10 **A**lia Duarenii & Couarr. refertur & cōfutatur opinio, circa idem.
- 11 **T**raditur communis sententia: asserēs, ratione animi indeliberati, pacta nuda, actione careere, quae ratio similiter improbat.
- 12 **A**lia noua adducitur & probatur opinio, nudis scilicet pactis actionē fuisse negatā, ne ciues passim in republica, tot obligationibus & aris alieni praesura grauarentur, quae etiā probatur rationibus allatis. nu. 13.
- 14 **S**tipulationum solennitatem subla-

- tam, & obseruantiam nudi pacti inducta, eodem tempore, & eadem Leonis constitutione, nouiter traditur.
- 15 Quatuor argumentis intenditur probari, nudo pacto actionem, non à Leone fuisse datam: nec eandem ei, quam stipulationi competere actionem, ex eius constitutione, aduersus eam sententiam nostram.
- 16 Quam varia solennitate, donatio à Regū atate, vsque ad Iustiniani tempora, celebrari solita fuerit, late & nouè docetur, quoad intellectum plurium legum.
- 17 Nouè intelligitur textus, in .l. in donationibus. C. de donatio. aduersus Accursium Bartolum & ceteros.
- 18 Constantini tempore, donationem siue quantitatis, siue speciei, siue quotæ bonorum, non valuisse: nisi specialiter donata corpora assignarentur, nouiter probatur.
- 19 Nouè declaratur. l. si quis argentum. C. de donatio, in principio, cum suis. SS. tradendo, quid in vnoquoque, Iustinianus de nouo induxerit, & num. 20. 21. 22. 23. 24. & 25.
- 26 Nouus adducitur intellectus ad. l. vni. C. de rei vxo. actione.
- 27 Communis adducitur & confutatur sententia, ad textum in cap. 1. de pactis.
- 28 Bartholomei & Richardi Saliceti, & Angeli Aretini opinio, circa. d. capit. 1. refellitur.
- 29 Alia Ioannis Imolensis reijcitur opinio, ad. d. cap. 1. & nihil de iure nouiori, differre iudicis officium, ab actione nouè traditur.
- 30 Alia Fortunij ratio refutatur: & actiones quas ius canonicum tribuit, non à iure civili, sed potius ab ipsa natura ratione accepisse, aduersus communem defenditur.
- 31 Nouus affertur intellectus, ad. d. ca. 1. de pactis, secundum quem, communis ad eum textum reijcitur allegatio.
- 32 Refertur & reprobatur alius Aquilini intellectus, ad. d. cap. primum.
- 33 Nouus traditur intellectus ad. capit. 3. de pactis.
- 34 Pactum nudum inter presentes factum, de iure civili, canonico & regio Castella, actionem producit, noua concordantia alata & 35.
- 36 De iure civili, canonico & regio Castella, pollicitatio etiam inter absentes valet, etsi in reliquis pactis nudis, secus sit de iure civili.
- 37 Donationem absenti factam, etiam nemine acceptante, de iure regio valet defenditur, aduersus Gregorium Lopez.
- 38 Absenti factam donationem, & nemine eius nomine acceptante, reuocare interim non posse, aduersus Couarr. contenditur.
- 39 Couarr. opinio, existimantis, donationem absenti factam, à notario publico acceptatam, irrevocabilem fieri: reuocabilem verò si à priuato acceptetur, reijcitur.
- 40 Aduersus Menchacam affirmatur, in nominatum contractum, de iure canonico & regio, etiam ante implementum actionem parere, & nudum pactum de vendendo, vel mutuando efficaciter obligare paciscentes aduersus Bartolum, & Costam. numero. 41.
- 41 Contractus innominatus, cum pactum sit nudum, tam canonico, quam civili iure nouiori, actionem producit aduersus doctores.
- 42 Couarr. opinio reijcitur, afferentis, innominatos contractus, etiam ad pias causas celebratos, actionem non producere ante implementum.
- 43 Promissionem quacumque, ad sui validitatem, causa seu rationis expressionem non requirere de iure regio, sicut nec de iure civili, aduersus Didacū Perez & communem sustinetur.
- 44 Condicio seu modus, quo donatio facta fuit, ut post certū tēpus alicui tertio acquireretur, eo inuito, reuocari non potest: licet aliter dicāt Gomez Arius & Nauarrus.
- 45 Couarr. distinctio, de reuocatione modi, in alterius utilitatem apposti reprobatur, & eiusdem altera distinctio, inter donatorem & primum donatarium reuocantes, reijcitur num. 47.
- 46 Aduersus Didacum Perez contenditur, etiam fideiussorem, de iure regio nudo pacto posse efficaciter obligari.

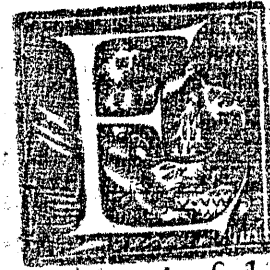
Ciu

- 49 Ciuili etiam & canonico iure, fideiussores nudo pacto inter presentes obligari, aduersus Baldū, & aliquos nouè traditur.
- 50 Simplex & nudum pactum de praestanda euictione, in donatione, nunc valere, remissa veteri. l. quoniam quus, constitutione. C. de euictionibus, nouè docetur.

Igitur, nuda pactio, actionem non parit.

CAPVT

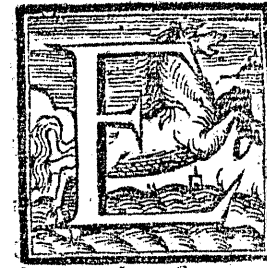
Nonum.



LICIT Bartolus, quem ceteri vno consensu sequuntur, ex his verbis, igitur nuda pactio actionem non parit, sed parit exceptionem. de iure civili non dari actionem ex pacto nudo: addetes praeterea, hoc à iure canonico fuisse correctum: per cap. 1. de pactis, ibi, pax seruetur, pacta custodiantur: quare nostri Regni authores, ius canonicum & Regium, in hoc concordare docent, & discrepare à civili: quod cum mihi placere numquam potuerit, huius questionis tractatione, illius veritate, subtilius inuestigare conabimur.

QVAESTIO
Quinta.

VTRVM INTERSIT ALIQUID
in obseruatione pacti nudi, inter ius civile, canonicum & Regium
Castella?



EX amē huius questionis, quae non solū in publicis et priuatis doctorū & scholasticorū disputationibus, sed in foro etiā aduocatorū & curijs, vocibus saepe agitata, solet quotidie versari: iudicari debet vtrisque, tā practicae, quā speculatiuae sciētię studiosis vtilissima, & cū vtilitate afferat, perinde iocūda & voluptatis plenissima: nā vt alibi inquit Baldus, tūc sapiūt leges, cū practicae, quia sic fructus colliguntur ex arbore: quos & vberimos anperceperis, ex hac nostra questionis resolutione, postquam eā per attentē lectitaueris, tuum erit iudicium, cui haec & cetera omnia, non grauatē offerimus corrigenda.

Fortunius Garcia. in. c. 1. de pactis fol. 66. vers. septimo ex superioribus, stultū & iuris ignarū, iudicandum à vulgo, eū existimauit, qui rem hanc, omnibus certō notissimam, in cōtrouersiam adduceret: ex eo quòd, non vno, sed pluribus, tam Iuriscōsultorum, quā Imperatorū responsis, decisum sit, pactū nudum, non parere actionem, sed exceptionem solū. l. iuriscōsultū in principio, cum. s. sed cum nulla, & ceteris sequentibus in fr. cod. l. 1. ff. de rerum permutat. l. legem. C. de pactis, cū alijs. de iure autem canonico, & actionem & exceptionem simul cōpetere, doctrina fit cōmunis, in. c. 1. cod. tit. ex quo notant oēs, sed

Tt 4 cum

cum nō lasciua (inquit Fortunius) sed cognoscendæ iustitię dulcedine sola capiat: quia, vulgus nō sequor, libidini referendum non erit: quod possemus nos & fortasse non minori ratione (si maior nō est) audaciùs Fortunio iactare, dicentes: hæc & alia, tam curiosè quæsitæ, & ad extremum disputationis adducta, solo amore inuestigandæ veritatis (quam demersam videmus in tenebris, & dolemus; & ad quam solam eruendam in lucem, omnia nostra principaliter diriguntur studia) sine vulgi consideratione, in medium protulisse. Sed his relictis, quæ ad quæstionis resolutionem, parū vel nihil faciunt, ad propositum accedamus.

1. Prætermisimus, in huius quæstionis examine, stylum nostrū cōmunem; quia solida illius resolutio, non in plurium argumētōrū tractatione vt ceteris; sed in vnica tantū & vera, trium iurium, malè vsq; adhuc intellectōrum interpretatione consistit; quæ primo aspectu, non solum concordia, sed etiam omnino videntur repugnātia: nā ius ciuile certo certius est, pactis nudis, actionem nō dedisse, imo ferè semper negasse. l. Jurisgentiū. s. igitur nuda, inf. eod. cum alijs. Ius autem canonicū, ad ea obseruanda, auxiliū suū spirituale & temporale, non solum non negat, vt ius ciuile sed facillimo negotio quotidie concedere videmus: eamq; praxim, ex cap. 1. & 3. de pactis. quæ pro ea sen-

tentia expressa iura videtur, doctores nostri, communi omnium Canonistarum consensu deducunt: ius verò regiū, actionem similiter dare, ex textu in l. 3. tit. 8. lib. 3. ordinamēti, receptissima opinio est, vt testatur Antoni^o Gomezius. 2. tom. de contractibus cap. 11. n. 5. Couarruias in capit. Quamuis pactum. 2. p. 5. 4. nu. 15. Quæ poterit ergo inter aientia & negantia iusta concordia afferri? Fortunius Garcia, eo ingenij acuminē, quo et cætera solet, non tamen adeò fortunato, rem sanè sic controuersam, hoc modo componit: quam compositionem tribus considerationibus (vt ipse loquitur) cōprehendit. Primò considerat, quod conventiones omnes licitæ, nituntur iustitia naturali, diuina & canonica, vt cōstat ex c. 1. de pactis. cui Reges omnes & Principes subiiciuntur vt in epistola, inter claras C. de summa Trinit. & fide. cath. Secūdo considerat, q; sicut canones, in his quæ sunt præter ius canonicū, sequuntur leges & disposita à iure ciuili. c. 1. de noui operis nūciat. ita leges imitantur, sequuntur & comprobant ius canonicum, authent. Vt clerici apud proprios Episcopos. infine. collatio. 6. vbi fatetur Imperator, quod sacras & diuinas regulas iuris canonici, suæ leges sequi non dedignantur, capit. Clerici, de iudicijs. vbi idem notauit Pontifex, maximè in his, quæ ad fugandum peccatum spectant, vt est in pacto nudo, cuius

iustransgressio periculum salutis inducit. cap. nouit. de iudicijs. cum alijs.

2. Tertio cōsiderat, quod ius ciuile; non se habet positiuè, circa nuda pacta, dando actionem, vel præcipiendo negari, sed merè negatiue: id est nec dando, nec negando actionem, sed ea omittendo: ac proinde, si lex canonica, iubeat pacta omnia nuda seruari, non erit contra leges: ex qua triplici consideratione, deducit ipse hanc conclusionem: quod cum earum conventionum, quæ licitæ sunt, obseruatio sit de iure naturali, diuino & canonico, cui omnes subiiciuntur, & nudorum implementum, nō sit contra leges, & omnia præter leges, à iure canonico disposita, maximè quæ salutem animæ concernunt, tacitè, imo expressè approbata sint, à iure ciuili: necessariò esse dicendum, dandam fore actionem ciuilem, ex hac approbatione, quam facit ius ciuile, de canonico, sicut & canonicum dabit, argumēto textus, cum sua materia, in l. legitima supr. eod. & l. statuas. ff. de acquir. rer. dom. & postea subdit, quod hoc ius ciuile, est intelligendum, de iure condito à Iustiniano, nam eum dicit, fuisse primum, qui leges voluit, sacros canones imitari: secusque esse, de iure veteri Iurisconsultorum, qui talem subiectionem Ecclesiæ non recognoscebant. Hæc est summa, omnium cogitationum, & subtilium confi-

derationum. Fortunij, quæ post eum adeò placuerunt Alciato, in rubrica. ff. de verborum. num. 13. & lib. 5. paradox. cap. 5. cæterisque neotheoricis, vt cōmunem esse opinionem omnium & receptissimam, dixerit Andreas ab Exea de pactis num. 374. Couarruu. vbi sup. num. 13. versic. quidam autem.

Sed certè (si verum amamus) omnes istæ Fortunij considerationes, quæ subtiles perhibēt, futes sunt, quod falso iuris prudentiæ principio nitantur, vt supr. lib. 1. capit. 4. quæst. 1. in solutione decimi tertij argumēti notauimus: illis tamè omisissis, quia iam dicta sunt: alijs diuersis rationibus, quas Fortunius affert, nihil subtilitatis veræ continere, fortiùs conuincemus.

Et vt à prima incipiamus, diligenter aduerte: quod quamuis simpliciter loquendo; sit verissimum dicere, complementum nudi pacti, ad iustitiam naturalem, diuinam & canonicam pertinere: etsi non eo modo, quo putauit Fortunius, vt dicemus postea: supposita tamē præsumptione ciuili, quam ipse & communis admittit, quod ob leuitatem, & sine animo complendi sunt ista pacta nuda, nec iustitia est naturalis, nec diuina, nec canonica in eius implemento: vt supra nos in. 1. quæst. probauimus. obligatio enim, ex solo cōsensu nascitur, qui cum deficiat in his pactis nudis, secundū eos, saltè putatiuè, nullam obligationem inducere potuit, argu-

mento. l. i. in fin. ff. de vulgari. Nec obstat, quod ex quolibet pacto nudo, ius canonicum praesumat consensum, nam bene potest ius canonicum, ex vno actu vnam praesumptionem elicere, & aliam diuersam vel contrariam ex eodem actu ius civile, vt patet in mutua cohabitatione maris & feminae, cum aequalitas sit inter vtrumque, nam ius civile consensum vtriusque & matrimonium praesumit. l. in liberæ. 23. ff. de ritu nuptiarum, ius verò canonicum, fornicationem praesumit. capit. aliter. 30. quaestio. 5. glossa, Abbas, Imola & alij in capit. illud, de praesumptio. Couarruias, in. 4. 2. part. capit. 1. numer. 5. Nec id incongruit, vt rectè idem Couarruius notauit, in capit. quamuis pactum. 2. part. §. 4. numer. 13. nam ad effectus canonicos, dabitur actio canonica, ob praesumptum consensum, ad effectus autem civiles, actio civilis denegabitur, ob defectum consensus, saltem praesumptum: non est igitur, quare obseruationem pacti nudi, stante ea, quam ipsi confingunt, iuris civilis praesumptione, ad ius naturae, diuinum & canonicum referat, cuius transgressionem continere, peccatum affirmer: cum illa stante praesumptione, nec venialis culpa in non implendo contingat.

4 Secunda autè consideratio, qua dicit, quod sicut ius canonicum, in his quae à canonibus, non sunt specialiter disposita, non dedignatur

leges civiles imitari: sic ius civile seu leges, sacros ipsos canones, minoris est momenti: nam textum què allegat, in authenticò, vt clerici apud proprios episcopos in fine, collatione. 6. nec cum continet sensum ad què ipse Fortunius Couar. & ceteri malè intelligentes afferunt: neque eorum opinioni, aliquid rectè inspectus opitulatur: nam pro vt ego nouius (& fortasse melius) aduerto, ille textus solum loquitur, in casu quo, clericos delinquentes, Ecclesiasticum delictum (vocat Iustinianus Ecclesiasticum delictum, Simoniam, vsuram & alia huiusmodi) iubet Imperator recurrere ad episcopos Ecclesiasticos, quos facit, vel declarat, eorum delictorum ordinarios iudices (cognoscebant enim antea seculares clerici) in quorum punitione, sacras regulas, seu diuinas (non intelligit de iure nostro canonico, nam id tunc temporis conditum non erat) praecipit obseruari: quas postea dicit, nostrae leges sequi non dedignatur: ideo enim hoc dixit, quia peccatum Ecclesiasticum committentibus, eandem poenam leges Iustiniani, quam Apostolorum constitutiones, sacra concilia, vel aliqua extrauagantia decreta Pontificum, statuerant, vt ex pluribus titulis libri primi Codicis patebit: quod igitur Iustinianus, in casu particulari, in punitionibus clericorum delinquentium, peccato spirituali, expressit: non potest nisi temerè & impertinenter, ad omnium

omnium de quibus tractetur consequentiam, trahi: vt vulgus facit sine consideratione: eodem modo intelligendus est textus in cap. clerici de iudicijs, nam de eodem casu loquitur.

5 Tertia verò consideratio, qua dicit, ius civile, circa pacta nuda, merè negatiuè se habuisse: quia ea omittit, nec datione, nec negatione actionis, manifestò conuincitur errore, cum casus iste expressè decisus fuerit, à iure civili, dicente, se actionem petentibus, ad faciendum obseruare pacta nuda, fore denegaturum: tantum abest omisio, vt constat ex d. §. sed cum nulla, etenim, si ius civile, de diffractione pactis, quae vocat vestita, & denudis nullam fecisset mentionem: tunc verè dicere possemus, ius civile, quoad actionem, in pactis nudis, se habuisse merè negatiuè: ea omittendo, si cut in ingratitudine videmus: contra quam, se daturum vel negaturum actionem, nihil profitetur: at verò cum faciens mentionem de pactis nudis, dicat, se eis actionem non daturum: necessariò consequitur, ea non fuisse omissa, vt Fortunius adstruit.

Quod autem nos supra diximus, de iure civili, affirmantes, id se habuisse merè negatiuè, circa pacta nuda, non circa dationem actionis est intelligendum, sed circa eorum obseruationem, ita vt sit is sensus. quoad obseruationem simpliciter (non civilem, vt Fortunius dixit)

ius civile se habuit merè negatiuè, id est, quod obseruetur pactum, & compleatur simpliciter, sine actione civili, sed solum libera cuius cum quae voluntate, ius civile intactum omisit talem obseruationem, nec approbando nec reprobando: quo ad obseruationem verò civilem, & dationem actionis, verè positiuè se habuit, prohibendo, ne quamuis actio petatur ad eius implementum, concedatur petenti, vt constat in d. §. sed cum nulla & in l. i. ff. de rerum permutatione.

6 Quare, cum inanes istae Fortunij considerationes, etsi à ceteris communiter approbatae, nobis nec potuerint placere, nec debuerint, rationibus quas iam vidisti: inquirenda est aliter, alia istorum iurium compositio: quae etsi repugnantia videantur, ad inuicem sibi consonare, diuersa tamen via & iure, non sine ratione (vt patebit) monstrabo. Pro cuius tamen exactori explanatione, quaedam prius inuestigare oportet, quae ad propositum nostrum, & alia radicitus intelligenda, non mediocriter spectant. Quorum primum & principalius erit, quis fuerit primus, pacti nudi adinuentor, id est, qui primus omnium statuit, pacta nuda, ad producendam actionem civilem, tam esse infirma. Secundum, qua ratione & causa id fuerit statutum. Tertium, an postea, aliquo iure & quo tempore, fuerit sublatum? Quibus praecognitis, lucem afferemus & solutionem

tionem quaestioni: est tamē in istorum tractatione, non leuis sed maxima difficultas, ex eo quod nullus doctorum quem viderim, non solū ex professo, sed nec per trāsenā (vt aiūt) pleraq; eorū tetigerit: qua trāratione hęc omiserint, cū tam necessaria sint, ipsi nō ignorāt: nos verō Dei auxilio confisi, cui soli hęc & alia omnia accepta referimus, pro ingenij tenuitate tractabimus.

7 Quoad primum enim, sciendum est, vt. à principio rem petamus, ante leges duodecim tabularum ab incunabilis vr̄bis conditæ, primam legē de pactis loquentem, à Numa Pōpilio, secundo Romanorū Rege, diuini & humani iuris peritissimo, institutā & promulgatam fuisse: qua fidem in conventionibus, quæ fiebant sine solennitate aliqua testium, tam inuiolabilem & sanctam esse voluit, vt fidei tēplum primus crexerit, & sic, quoties de cōtractu vel conuentione, aliqua disceptaretur, iure iurando ex fide lites omnes diiudicārētur: ad eō apud primos Romanos, cuiuscumque dictum & promissionē simplicem valuisse certum est, vt ea sola, lites dirimerentur, vt refert Dyonisi⁹ Hallicarnasseus. lib. 2. Romanarū antiquitatum, ad finem, & ex nostris Vldaricus Zasius, in. l. 2. §. postea aucta. versic. sed quod leges sine ordine latas. ff. de origine iuris, Connan⁹. lib. 1. cōment. iuris cap. 12. num. 3. Aymarus Riuallius in historia iuris ciu. lib. 1. fol. 5. hanc

legis scriptæ constitutionem, duras se suspicor, etsi non autoritate Regū, vi tamē perpetui eius vsus, vsque ad leges duodecim tabularū, quibus infinite, nō addam, superstitione Græcorū solēnitates, in Romanorū rēpub. sunt inductæ, vt perspicuē cōstabit in earū lectione versato, ex quarū numero vna erat, quæ de cōtractibus, cōmercijs, & alienationibus loquebat, desiderabatq; nexus & emancipationis quādā solēnitatem, quā refert latē Reuard⁹ in explicatione. 16. legū duodecim tabularū. Sine qua, legitimæ alienationes nō fiebāt, nec transferebat dominium ex iure Quiritium, vt in. l. in traditionibus infr. eod. De o dāte (si tēporis angustijs non precludamur) dicem⁹, ea autē lex, sic aiebat.

VTI LINGVA NVNCVPASSIT, ITA IVS ESTO, VTI NOMINASSIT, LOQVVTVS VE ESSIT, ITA IVS ESTO.

Sicque præceptum erat, vt nulla alia præstarentur, in obseruatione conuentionum, nisi quæ expressis contrahentium verbis fuissent declarata: quod Cicero, lib. 1. de Oratore, & lib. 3. de officijs, ostendit dicens. Nam cum ex duodecim tabulis, satis esset, ea præstari, quæ essent lingua nuncupata, quæque inficiatus esset, dupli pœnam subiret: à Iurisconsultis, etiam reticentiæ pœna est constituta: quidquid n. in est prædio vitij, id statuerūt, si venditor

8 Venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, præstari oportere. Quorum verba postrema, idē etiam libenter retuli, vt meam opinionem confirmarem; quæ est pacti nudi adinventionem, argumento huius legis duodecim tabularum, à Iurisconsultis, quibus interpretandi erat data facultas, tamquam à suo proprio fonte fuisse profectam: nā cum perlatis legibus decem viralibus (vt inquit Pomponius) cæpisset, vt naturaliter euenire solet, vt interpretatio decē viralibus prius, & postea iuris prudentibus, qui in ciuitate erant Romana præstantiores, hanc curam integer populus cōmisit, qui vt ego ex eodē Pomponio colligo, partim leges interpretabantur, partim quæ legibus deerant, supplebant: interpretabantur autem, non solum quæ ex verborū contextu, sed quæ ex mente & tacito consensu legis colligi poterant: vel vt melius dicam, quæ ipsi volebant colligere: addidisse multa, per interpretationem, vel suppletionem, quæ in legibus duodecim tabularum non essent comprehensa, dubium non erit, qui locum Ciceronis citatum supra legitur, animaduertentque præterea, ius quod ab his iuris prudentibus compositum est, ius sine scripto dictum fuisse, nec proprio ac speciali vt cæteras iuris partes, sed generali nomine ius ciuile fuisse nuncupatum, vt refert idem Pomponius in. d. l. 2. in. §. his legibus latis. ff. de

origine iuris. ab eo ergo iure ciuili, id est ab hoc iure condito, à prudentibus, manasse arbitror, pactorum nudorum & vestitorum vt vocāt, cōtractuū videlicet nominatorū & innominatorum, ac tandem stipulationum ciuiliū differentias, nam in. d. l. 2. in. §. deinde ex his, docuit Pomponius, eodem ferē tempore, actiones compositas fuisse, quibus homines inter se disceptarent, quas actiones, ne populus (pro vt vellent) institueret, certas & solennes esse voluisse: ex quo colligitur (quod cum actionum nomina, ab hoc iure ciuili, à prudentibus constituto manauerint, & in distinctione actionum, & suorum nominum, quæ cuique contractui imposita erant, consistat formalis differentia pacti nudi à reliquis, vt Vlpianus in. l. iuris gentium in principio, satis apertē demonstrat: & nos supra probauimus) pactorum nudorum principium, ab eisdem prudentibus profectum fuisse: nam cū ipse leges duodecim tabularum interpretarētur, addentes singulis rebus, contractibus, & actionibus, sua specialia nomina, pacta simplicia, sine vestimēto nominis & actionis reliquissent: inde ventum est, nuda vocari, nec obligationem aut actionem ciuilem producere: nam olim sine actione solenni, à prudentibus, vel suo tempore à Pōtificibus, & discursu temporis à Prætoribus, impetrata & cōcessa, nihil peti in iudicio, nec à priuatis poterat.

rat. l. r. ff. quādo dies vsus fructus ced. quæ cum pactis nudis defuisset, ex negatione à prudentibus facta, obseruari ciuilitè non poterant.

Nec te aliquid moueat, quod Paulus Iuriconsultus retulit, lib. 7. sententiarum titul. 7. dicens, stipulationes à firmitate nomen sumpsisse, quod firmissimum fuerit, adstringendæ obligationis vinculum: his verbis insinuans, prius fuisse pacta nuda, quæ obligationem non inducebāt, vt inducerēt tamen, statutam fuisse postea, solēnitatem interrogationis & responsionis, quam stipulationem vocarunt: nā respōdebis, ex verbis Pauli, hoc nullo pacto colligi: sed id solum, firmandarum conuentionum causa, institutam fuisse, quod verum est, nec nos diffitemur: statuerunt enim, veteres illi Iuriconsulti, nullam conuentionem, cui nomen non dederant, obligationem vel actionem ciuilem parere, nisi illis solennibus verbis celebrarentur: cæteras verò inualidas & inutiles effecerunt, quod eodem tempore statui potuit.

Sed qua ratione id induxerint (quod in secundo loco supra posuimus) modo disputandum est.

Franciscus Connanus. lib. 1. cōmēta. iuris. capit. 6. num. 12. pacti nudæ debilitatem, ad producendam actionem, ad ius naturæ putat referendā: existimat enim, solas eas cōuentiones, quæ nominatæ dicuntur ab Vlpiano, in hac l. Iurifgentiū, vinculum

co iure obligationis habuisse: reliquas verò innominatas, & pacta nuda (hæc etsi inter se differre, cōmuni errore deceptus, arbitretur: in obseruatione tamen nulla, eadem esse dicit) omni necessitate cōactionis destituta fuisse, sibi persuadet: nec implementum earum, ad iustitiam specialem posse pertinere arbitratur, dum in meris terminis cōuentionis existat: quia tamen videtur, esse in culpa, qui sine aliqua causa, constitutiva necessariò obligationis (quam in solo synallagmate ponit) pollicenti crediderat, quam is qui vanitatē adhibuerit promissionis: qua ratione, per quā iustū fuisse credit, aliquid naturā honestati cuiusq; & liberalitati relinquere, nō autē omnia ad necessitatē obligationis reuocare: quia sic augetur in nobis, probitatis & constantiæ studium, cum materia relinquit, qua virtutes istæ possint elucere: si enim promissa omnia & cōuentiones, solis verbis celebratas, homines facere cogentur: nullum (ait) foret discrimen, inter ingenuos & versutos, inter constantes & leues, inter bonos & calidos: quare subiungit, etsi præstare, quod semel quis pollicitus sit, aut alio quouis modo ostendit, quis se facturum, præclarum sit, & gloriosum, eo tamē gloriosius reddi, quominus necessarium est: nec vllā habet obligationem naturalem aut ciuilem: tandem concludit dicens, quod si possum præstare promissa,

nullo

nullo meo detrimento, & tu fortasse, cū promisi, his indigeas, laudabile erit, promissis stare, vel conuentis: non tã, quia promisi, quàm quia indiges: quod etsi non promississem, erat tamen viri boni & iusti, indigentiæ tuæ subuenire: quod si ad promissionem cōuentionem ve accesserit *συνλλαγμα* id est traditio ex vna parte: tunc conuentionem initium capere obligationis dicit: quare permutationem, quæ apud omnes gentes frequens fuit, & est: eo solum tempore, firmam esse asserit, apud omnes, cum fit de manu (quod aiunt) in manum: quia solis verbis explicari non potest, cum solus rei interuentus, obligationem quam habet, adducat: nam re integra, neuter obligatus est, ne naturaliter quidem, hoc est iure gentium. Hæc Connanus, tam vbi supra. quàm. cap. 2. eiusdem libri. num. 5. & 6. & lib. 2. cap. 3. num. 3. & 8. & lib. 5. num. 5. capit. 6. 7. quæ mihi (quod nulla ratione & auctoritate suffulta sint) probari minime possunt. Vnde enim colligit Connanus, maiorem esse nominatarum conuentionum, quam innominatarum: & venditionis quæ promissionis simplicis, vel permutationis (iure solum naturæ inspecto) auctoritatem non ne videt, æquitatem & iustitiam, quæ in locatione vel societate, & reliquis nominatis, eandem in diuisionis familiæ eriscundæ, & reliquis pactis & cōuentionibus nudis, æquitatem in

esse, vt Vlpianus tam in principio legis primæ. supr. eod. titul. ibi huius edicti æquitas naturalis est, cum de pactis nudis vellet agere, quàm in l. hac Iurifgentium in principio expressè docuit: cum enim Vlpianus, Iurifgentium conuentiones, id est eas conuentiones, quæ apud omnes gentes equaliter obligabant, & quam approbationem à lege ciuili habuissent, referret: ait, Iurifgentium conuentiones, quædam actiones pariunt, quædam exceptiones, quæ actiones pariunt, in suo nomine non stant, & reliquæ: quibus mirè confirmat, eam quam nos supr. hoc eod. lib. q. 2. latius defendimus sententiam, vnam & eandem esse, contractuum nominatorum & innominatorum vel quod idem est pactorum nudorum & vestitorum (vt sic loquamur) obseruationem, de iure gentium seu naturæ: differre tamen, in approbatione ciuili, à Roman. rep. facta: nam quædam ex illis conuentiones, receptæ sunt, dato ab illis nomine & actione propria: aliæ receptæ ad exceptionem tantum, aliæ autem, nec ad actionem, nec ad exceptionem, ratione de qua nos inferius: illud autē quo asserit, tam esse in culpa eum, qui cuiuscumque promissioni confidit, quàm eum, qui illam emisit non implendo: falsum omnino est: nā cum verba el voces vt supr. retuli ex Aristotel. sint earum quæ sunt in anima, passionum notæ, non potuit non, is cui fit promissio, iustissime

simè credere: verissimè & constanter, factam illi fuisse promissionem: cum nullus in dubio, cēseri debeat deliquisse, delinqueret enim, saltē delicto mendacij, qui promissionē sine animo adimplendi, emitteret: quod in casu dubio, præsami non debet. l. merito. ff. pro socio. Illud autem, quod periustum fuisse dicit, aliquid honestati cuiusque & liberalitati relinqui, non autem omnia, ad necessitatem obligationis reuocare, vt sic sit differentia, inter versutos & callidos &c. ad leges naturæ seu gentium, impròpriè accommodatur: cum lex naturæ seu gērium, quæ (vt supr. lib. hoc. 3. q. 1. diximus) nihil aliud est, quàm summa quædam naturæ ratio, nihil iniqui & iniusti præcipiat, etiã iniustitia vniuersali, quam committi, in non obserbanda promissione, in his pactis nudis, libenter Connanus fatetur. d. lib. 1. capit. 6. num. 11. præciperet autem iniquum, & iniustum, si pacta nuda non obseruare, reliqua verò nominata obseruare, secundum Connanum, iussisset: quod verum non esse iam constat: & multo magis illud, quo asserit, quod & si præclarum, gloriosumq; sit, quod quis se facturū promisit, implere: eo gloriosius redditur, quominus est necessarium, nã cum in implemento huius necessariorum, iustitia specialis virtus: in alio autem liberalitas solum splendet: non poterit non, in exercicio iustitiæ, tamquam maioris virtutis,

quam liberalitatis, maiorem inesse gloriam, pro vt in commentarijs ad ius canonicū, copiosius sumus demonstraturi: non igitur est vera opinio Cōnani. Nec ea quæ in eius cōfirmationem, affert Aquilinus, in rubr. de verborum. num. 103. & 104. Vbesembecius, in paratitula huius tituli. num. 9. & latius Vaconius. lib. 1. declarationum iuris ciuili. cap. 23. reddens enim rationem, quare pactum nudum, actionem non produceret, sic ait. Actio est, ius persequendi in iudicio. §. 1. inst. de actio. iudiciū est iudicatio iusti & iniusti, Arist. §. Ethic. vbi igitur non est iudicium, non est actio, & iudicium non est, nisi vbi est controuersia, est enim iudicium, iusti & iniusti diiudicatio: controuersia verè, tūc nascitur, cum vnus est in lucro, alter in damno, & quando hoc fit, tunc recurritur ad iudicem, tamquam ad iustum virum, qui rem ad æqualitatem redigat. §. Ethic. vbi igitur non potest iri ad iudicem, ibi non est actio. Pone itaque Titium à Fabio, ita rogasse, Fabi mi promittis mihi equum tuum? Fabius verò, nutu promittat: si deinde Titius velit à Fabio, equum petere, non habet actionem, propterea quod, nulla est iniquitas, non enim Titius est in damno, Fabius in lucro: cum Titius nihil dederit, si non est in damno, quo nam pacto conqueri potest? & qua ratione petet à iudice, vt rem ad æqualitatem redigat: cum nulla sit in æqualitas?

litas? si non potest itaq; à iudice petere, vt rem ad æqualitatem redigat, nō erit in iudicio: iudicium. n. sine iudice, esse non potest. ca. forus. de verbor. sign. si non potest esse in iudicio, quod est iusti & iniusti diiudicatio, nō potest actionem intentare: actio enim (vt dictum est) ius est persequendi in iudicio &c. & hanc puto veram esse rationem, quã obrem, pactum nudum nō pariat actionem. Hæc Vaconius, concludens tandem, quod ex hac conventionem acceptata, ego dabo tibi hanc vestem, nec iure naturæ, iuste dari posse, ad repetendam vestem, aliquam actionem: quia vt ipse inquit, sequeretur iniustum & iniustum, vt ab eo qui promisit, contra eius voluntatem, res exigere: cum patrimonij sui diminutione, quod iniustum est natura: nã in alium, qui promissionem acceptauit, nullum rerum suarum detrimentum redundat: hic est fortior, & Vaconij, Aquilini & Connani defensionis murus, indignus certè, vt à nobis iterum prosternatur: nã etsi iniustum sit, re in abstracto cōsiderata, patrimonium alicuius minuere, id tamen intelligendum est cum iniuste minuitur: non tamen iniustum erit, in concreto, in Titio videlicet, qui vestem voluntariè promisit: cum ipse huic diminutioni (si diminutio vocari potest) à principio per promissionem voluntariè consenserit: & cum volenti ac consentienti, nullam in

ferri posse iniuriam, & ciuile & canonicum & ipsius naturæ ius doceat: non est quare isti Doctores, iniustam faciant, promissionis petitionem vel exactionem: decipiuntur enim, in existimando, nil iniuste promissorem facere, res promissas nō reddēdo, quia nihil alterius contrēctatur, nã vt supr. lib. 1. c. 4. q. 1. diximus, eo tempore quo donationem & liberalitatem voluit exercere, eo ipso voluit re promissam alterius fieri, vt ex. l. 1. ff. de donation. & alijs rationibus vbi supr. cōfirmauimus, quam postea cum nō reddat, sine dubio furtum committit, & ad restitutionem tenetur. Nã si verum est (vt ipsi putant) nec naturaliter promissorem debere, & iniuste ab eo rem promissam exigere, iniusta ergo erit lex Iustiniani, si quis argentum. C. de donatio. quæ donationes seu promissiones de donando, ad exitum & traditionem (inuitis & repugnantibus promissoribus) iubet perducere: quam Carybdim, sibi tantopore cōtrariã, præuidens Connanus, vt fugeret: in Scyllæ peiorē voraginē incidit: tenet enim lib. 5. eorundem cōmentariorum. c. 9. ad finem. promissionem de donando, nouissima Iustiniani lege, si quis argētū, nullius fore momenti, si aut rei traditione, aut stipulatione solēni, aut actū publici fide nō confirmetur: ad cuius cōfirmationem debilius superiori affert fundamentū: quia videlicet (inquit) Iustinianus, postquam de omnibus

donationibus tractauerat, ad finē legis subdidit. Monumentorū obseruatione, in his modis, secundū quod in huiusmodi casibus, specialiter à nobis prædictum est, obseruanda. Verba enim hæc (vt optimè interpretatur Accursius versic. obseruanda) ad donationē, quæ summam legitimā excedunt, sunt referenda, & constabit clarius, ei qui s. sed et si quis, & s. in autē, immediate præcedētes, de his excelsiuis donationibus tractantes cōsideratiū inspexerit, & apertius quam egeat inductione, probat Iustinianus, in s. perficiuntur. inst. de donatio. cuius verba, placuit referre. vt crassa & culpabilis Cōnani, in hoc articulo ignoratio detegatur. Perficiuntur (inquit Imperator) donationes, cum donatur, suam voluntatem, scriptis, aut sine scriptis manifestauerit, & ad exemplū venditionis, nra cōstitutio etiā in se habere necessitatē traditionis voluit, vt etiā si non tradant, habeant plenissimum & perfectū robur: & traditionis necessitas, incumbat donatori, & cum recto Principum dispositiones, insinuare eas, actis interuenientibus volebant, si maiores ducentorum fuerant solidorum: constitutio nostra, eam quantitatem, vsque ad quingentos solidos ampliauit: quam stare, etiam sine insinuatione statuit. Quæ verba (ni fallor) aperto (quod aiunt) Marte expugnant, Connani opinionem: aliās enim, grauius sequeretur absurdū,

si in qualibet donatione, quæ traditione aut stipulatione solenni non esset valata, fides actus publici requireretur, vanam scilicet esse, donationum, quæ excedat, vel nō excedant, summam 500. aureorum, à Iustiniano traditam distinctionem: nam si omnes indifferenter, cum traditio non est sequuta, nec stipulatio adiecta, actis publicis sunt insinuanda, vt Connanius dicit, ad quid opus esset distinguere, donationes, quæ nō attingunt, vel superant 500. aureorum summam? Cōnani certè minimè respōdebit.

Didacus Couarr. in c. quatinuis pactū. 2. p. s. 4. n. 13. vers. quid ergo. litiū multitudini & molestæ vitæ. dæ, tribuendū arbitratur: quemadmodū in deceptione intra dimidiā iusti pretij statutum videmus, in ea su. l. 2. C. de rescind. vendit. quæ omnia, quāuis illicita sint natura ipsa, permittunt tamē, ne tribunalia liti bus impediant, multis & minimis, & maiora relinquere aliquādo cogant: quæ opinio et si Couarr. tacuerit, fuit antea cum Frāncisci Duareni, in rubrica. ff. de verb. in principio. & in hoc ti. de pactis. ff. Sed nec ea mihi placere potest: nā quāuis hæ simplices promissiones, olim & hodie frequentes sint & vsitatæ quod negari non potest, omnes tamen, sine graui & molesta difficultate, adimpleri possent, si lex pacta nuda obseruari iussisset: quid. n. esset difficultatis, in obseruatione pactorum, si certa & præscripta esset a

ctio

ctio eorū obseruationi, sicut alijs contractibus nominatis nō aded vltatis, certè nihil, vt modo experientia docet, quæ sine aliqua difficultate, iure civili & canonico innixa, nuda pacta iubet custodire: exemplū autē quod Couarr. adducit, de deceptione intra dimidiā iusti pretij, nō video quam benè, proposito nostro cōgruat: nā in hac deceptione, maxima inest difficultas: an (cōstito, quod cōtractus sit celebratus) res valeat pretium datū, vel pretiū æquabiliter res: an autē superet intra, vel extra dimidiā eiusdem pretij iusti partem, vel non superet? quod cuiusvis nō est æstimare, sed peritorum solum & exercitatorum in commercijs, qui plerumque deficiunt: at verò in pactis nudis, sic nō est: nam constitō, quod promiserit vnus, vel contractum alium in nominatum celebrauerit, nihil aliud expectandum est, nisi actionis datio, qua qui promisit, vel aliter nūde contraxit, compellatur: vt fieri modo videmus. Nec Iupanaris permissio, quæ à Couarr. adducit, ad id magis facit, ex iam dictis:

ii — Alia est tertia, & communis opinio, Contradi, veteris iuris periti, pro vt habetur inter consilia Federici de Senis, in respōsione ad cōsiliū, Raphaelis Cumani, Pauli de Castro, Alexandri Imolensis, Saliceti, Socini, Ripæ, Iasonis, Molinæ, Baldi Nouelli & ferè reliquorū, in rubr. de verb. & in s. sed cū nulla.

dicentium, ea ratione, pactis nudis actionē datā nō fuisse: quia promissiones istæ (quas ipsi solū credūt esse pacta nuda) animo indeliberato & ex leuitate, nec voluntate adimplendi factæ præsumuntur: & sic cum absit consensus, qui solus producit obligationem: non mirum, si actio denegetur, ad cōpellendū promittentem, qui se noluit obligare. Sed quāuis receptissima sit, in hac omnium cōsensio, mihi placere non potest, nam eam patitur difficultatem, quā à nemine eorū vsq; adhuc vidi solutam: ea autem est, quia si ius ciuile, propter defectum consensus, saltem præsumptiui, pactis nudis actionem negasset: sequeretur, ius ciuile, nec naturalē obligationem ex pactis nudis oriri præsumpsisse: nā sine consensu, nullam posse constitui obligationem, ipsum ius ciuile fatetur, in hac. l. 1. vers. aded. ff. de pactis: at in pactis nudis, naturalem æquitatem cōsistere dicit, in l. stichum. s. naturalis ff. de solutio. & in l. non amplius. s. is natura debet. ff. de regulis iuris. proficere quæ ad cōpensationē debiti, ex l. etiam quod. 7. ff. de compensatione. & ad eneruandam actionem ciuilem, saltem ope exceptionis. l. si vnus. s. pactus ne peteret, infra eodē. ergo causa denegationis actionis, non est, propter defectum consensus præsumptū, vt communis opinio arbitratur.

Præterea, confirmatur id, nā si ea est præsumptio iuris et de iure, quia

lex ciuillis, super hac præsumptione certò statuit, animo indeliberato factam fuisse promissionē, vt cōmunis dicit: sequeretur, admittendam fore in contrarium eiusdem pro quo præsumit, cōfessionē: ex recepta & verissima resolutione Accursij i authenticō, de equalitate dotis. s. aliud versū. scribat. collatione 7. & in. l. in cōtractibus. versū. nullo modo. C. de nō numerata pecunia. Quā legistæ vtrōbīq; cōmuniter sequunt, & Canonistæ in. c. is qui fidē, de sponsalib. at quamuis, qui promisit pacto nudo, fateatur vero animo paciscendi & promittendi illud fecisse, non autem ex leuitate, nihilō magis actio debetur, vt ipsi alioquin cōcedunt, comprobariq; posset multis iuribus quæ referre nunc opus nō est, quia ipsi non negant: denegatio igitur actionis, non cōsistet in præsumptione animi indeliberati, seu leuitatis. Quare si communis opinio placere nō possit, repugnantibus his quæ modo retulimus, videamus, an placeat opinio nostra nouissima.

Hæc autē est, ius ciuile, idēdō patris nudis, actionem negasse: non vt litium & controuersiarū, vt Couart. & Duarenus, multitudini & grauitati cōsuleretur: sed vt vincitorū & obligationum minueretur materia: incōmodum enim & graue nimis existimarunt reipub. futurū negotium: si patrimonia ciuīū Romanorū (quib' in bello & in pace respub. sustentabatur) passim pa-

ctioib' & promissionib' sine causa plerumque effutis, minuerentur, & grauentur oneribus: admirabile dictu est, quantum studij & curæ, in solam hanc rē cōtulerint, vt non ex vno sed pluribus iuris ciuillis locis colligi potest, ex quibus constat, minuendis obligationib', multo magis quàm augēdis studuisse, ne propter eris alieni magnitudinem, ex frequentibus his pactio nibus, seu obligationibus ortam, & creditorum potestatem ac crudelitatem (habebant enim creditores, potestatem vincendi debitores, vt seruos, venundandi, flagellandi & interficiendi, vt Refert Aulus Gellius. lib. 20. noctium Atticarū. c. 1. & ex nostris Reuard' in. l. 8. 12. tabularum, cogeretur populus, bellis intestinis & seditionibus, rēpublicā integrā perturbare, vt decimo septimo post exactos Reges anno plebi cōtigisse refert Dionysius Halicarnasseus lib. 6. Romanarū antiquitatū, & ex nostris Pōponius, in l. 2. 5. Populo deinde aucto. ff. de origine iuris, quæ cū à creditoribus vteretur, cum amplius pati nequireret, in Sacrum montem trans Anniēnem, cum magna totius reipublicæ seditione, tumultibus & perturbationibus (Sicinio Belluto auctore) secessit: qua potissimum ratione, nos magis ad inducendam liberationem, quàm obligationē, debere semper moueri, docuit Paulus in. l. Arrian'. ff. de actio & obligatio. & magis fauendū reo, quàm actori,

actori, Caius in. l. fauorabiliores. ff. de reg. iuris. adeo, vt inter tres sententias inæquales, vnam in viginti, aliam in decē, aliam in quinq; reum condēnantes, non maiorē aut mediam, sed minorē esse executioni mandandā, spretis alijs, minuendarum obligationū causa Iuriscōsult' Vlpianus dixerit, in. l. diē pferre. s. si plures arbitri. ff. de receptis arbitris. cum alijs plurib' exemplis quæ modō omittimus nos, adducuntur tamen latē à Doctoribus, in locis supra citatis: qua etiam ratione (vt credo) solennia stipulationis induxerunt, credentes, testes illos, quos oportebat semper adesse, seu solēnitatem scripturæ & tabellionum, quibus celebrari aliquādo consueuisse refert Hotomanus in principio inst. de verbo. oblig. nō tā facile adhiberi, nisi causa onerosa & necessaria existeret, quæ labores illos adhibendarū solennitatum superaret: ceteras autē pmissines, quæ ob leuitatem, aliquando implēdi animo, sed sine iusta & debita causa fiebāt, inutiles, & inanes fore in iudicio, decreuerunt: vt sic qui pmitterent, nullis patrimonia grauent oneribus: illi autem quibus istæ fiebant promissiones, nō possent sine alia causa, illos nequere vt creditores, vincire & venūdare, causamque tandem dare, vt respública tātis obligationibus & debitis vexata, cum respirare non posset, seditiose tumultuaretur, vt supra semel fecisse retulimus.

Voluerunt etiam (vt suspicor) 13
contrahentibus ipsis consulere, ne si quacumque simplici voluntate, sine solēnitate debita, obligatio contraheretur, rebus ipsis postea, cum illæ venderentur vel alienarētur, emptores oneris impositi ignaros, in fraudem induci contingeret: iā supra docui ex Cicerone, legibus duodecim tabularū, statutū fuisse, vt ad ea solūm, quæ lingua cōtrahens nuncupasset, teneret: quæ fraudes per solēnitatis celebrationē, caueri potuerunt: nam cum testes, vel libripens, vel tabellio debuissent interesse obligationibus contrahendis, facilē alij cognoscere potuissent ex his, an hic fundus, illa ve domus, quæ emebatur, libera esset omni debito nec ne, argumento. l. lata. C. de donatio. & hęc puto vt nouissimā, sic verissimā, pactorum nudorum, & stipulationum inducendarum rationem: secundum quam, nulla vrget nec minima difficultas, omnia consonant, omnes obiectiones soluntur, constitutionis vtriusque ratio redditur, ac tandem veram præ alijs (nisi me philautia fallit) se ipsam demonstrat, quod alia vrgentiori ratione conuincō, nam pactum ipsum nudum, cum ad actionem non proficiat, proficit ad exceptionem, quod idem est, ac si clarius dixerimus: pactum nudum, quod actionem non parit, ad obligationem inducendam, parit eam ad di soluendam.

Restat modò tertium, quod tractare promissimus: & ex quo quaestionis propositae pendet resolutio: id autem est, an hæc pactorum nudorum & vestitorum ut vocant, differentia, sit aliquo iure sublata: & quo tempore: ut inde possimus cognoscere, an ius civile cum canonico & Regio Castellæ sit conforme: in quo, principijs nostris lector inherens dicet, quod cum pactorum nudorum & stipulationum rationes, eodem tempore, & ab eodem fonte manauerint: stipulationumque solennitas, à Leone Imperatore, post multum temporis decursum, fuerit sublata, in l. omnes. 10. C. de contrahenda & committenda stipulatione, eademmet constitutione, nudi pacti observatio inducta fuit: nam in quo (obsecro) nudum pactum verbaliter inter praesentes factum, ab stipulatione differt: non ne insolentate sola verborum? sic omnes certe (si mente non capiantur) concordanti consensu dicent: si ergo solennitas ista verborum, sublata est Leonina constitutione, ut constat: legitima demonstratione & consequentia colligitur, his temporibus, pactum nudum cum stipulatione, & stipulationem cum pacto nudo (quoad observationem) eiusdem fuisse momenti: proindeque, ex quacumque nuda promissione & contractu in nominato, dandam actionem ex stipulatu, sicut olim ex solenni stipulatione concedebatur. dict. l. omnes. C. de contrah. & committenda sti-

pulatione, neque pactum nudum sine actione, de iure civili, estiam in mundo, si inter praesentes fiat, & verbaliter, cum à Leone Imperatore, singulari actionis vestimento fuerit indutum: adiunctio illa verba (si inter praesentes fiat) nam solennitas stipulationis, sublata quidem est, quoad strictam observationem verborum, non autem quoad praesentiam contrahentium, & alia, quae necessaria erunt modò, sicut & antea, quia de eis te. in. d. l. oes nihil imutavit.

Cuius opinionis nouissimae veritas, ut magis elucescat, adducemus ea, quae illi primo aspectu videntur refragari: illaque, alia nouiori & vera etiam (ni fallimur) resolutione dissoluemus. Quorum primum deduci potest, à textu in l. si quis argentum s. si autem. C. de donatio. vbi Iustinianus dicit, se nouiter statuere, quod ex nudo pacto de donando, absque stipulationis necessitate, oriatur actio, eamque conclusionem ex eo textu, tam legum quam canonum Doctores, communiter eliciunt, tribuentes Iustiniano, tamquam primo auctori, actionem, quae ex pacto nudo sua constitutione oritur: si ergo Iustinianus, à promissione solennitatem stipulationis primus subtulit, qui aliquot annos post Leonem imperauit, ut constat: nec Iustinianus in cæteris pactis & conventionibus nudis (nam plures sunt) id voluit obtinere, ut omnes agnoscunt, concludi videtur necessarium, vel opinionem nostram

falsam

falsam esse, vel legem illam Iustiniani aut saltè dimidiam eius partem, in qua id statuit, quae est, a. s. si autem, usque ad. s. tanto magis. reddi superfluum: at secundum concedendum non est, quia nihil se superfluum statuisse, idem Imperator est auctor, in l. vnica. C. de emendatione Codicis facienda, & alibi saepe, erit ergo primum.

Secundò idem probatur, nam Iustinianus in. d. l. si quis argentum s. si autem, dicit, quod si quis donationi promissae, adiecerit stipulationem, debet compelli ex stipulatione, traditionem facere rei promissae, & non dixit, si pactum fecerit, imò postea in versicul. si vero & hoc praetermissum, addit quod si stipulatio inserta non fuerit, nihilominus ex nudo pacto, virtute suae constitutionis, tradere cogatur, quod donare existimauit donator. Quibus verbis non obscure significauit, suo tempore, inter pactum & stipulationem aliquid interfuisse, cum se paratim de his tractet.

Tertiò conuinci videtur opinio nostra, ex. s. perficiuntur, instit. de donatio. vbi Imperator cum loqueretur de donatione simplici, seu simplici & nuda promissione de dando, expressè ait in hæc verba. & ad exemplum venditionis, nostra constitutio, eas etiam in se habere necessitatem traditionis, voluit: ut etiam si non tradantur, habeant plenissimum robur, & traditionis necessitas incubat donatori. Quae primo aspe-

ctu, tam opinionem nostram expugnare videntur, ut omnem respondendi aditum videantur simul intercludere, cum Iustinianus, se fuisse huius rei primum constitutorem certò profiteatur.

Quartò vrget aliud, & magis, nam si verum esset, stipulationis actionem, pacto cuiuscumque nudo datam fuisse à Leone, ut opinio nostra fert, sequeretur proculdubio eundem Iustinianum qui post Leonem regnavit, malè & arroganter fuisse loquutum, in l. vnica. C. de rei uxoris actione, in cuius principio dicit, se tribuere doti pro privilegio, ut quamuis stipulatio non fuerit scripta, praesumatur tamen re ipsa adiecta, etiam si inutiliter concepta fuerit, proindeque, se facit auctorem illius quod non fecit, iactando inaniter & falso, se tribuere doti privilegium, quod ius commune apud omnes erat: quod stipulatio vniuersaliter, etiam si non solennibus verbis celebratur, ut ibi dicit Accursius, quem sequuntur cæteri, valeat tamen in fauorem dotis, quod nos dicimus ante Iustinianum, omnibus concessum fuisse constitutione Leonis, qui pactum nudum inter praesentes verbis celebratum, cum stipulatione, & stipulationem cum pacto nudo equauit. dict. l. omnes. C. de contrahend. stipulat.

His tamen non obstantibus, opinionem nostram veram esse, pluribus de causis putamus. Pro cuius maiori explicatione, & vero sensu

textus, in d. l. si quis argentum, quā a nemine vsque adhuc intellectū liberè possem? affirmare, repetere alitius eius materiam decreui, & a primis principijs deducere.

Quare primo sciendū est, omiffa regum ætate, qua pacta nuda actionē manu Regia peperisse, nunquā dubitavi: tēpore Consulū, Decemviralium, & veterum Iurisprudentum, post duodecim tabularū promulgationem, & iuris civilis principia, liberam fuisse cuicumq; & promittendi & donandi omne quod placuisset, potestatem: dum modo promissio illa, suo tēpore stipulationis solennitate firmaretur: quod duravit vsque ad tempora legis Cinciae, quā tulit Marcus Cincius aut Cinthius (vtrumq; legitur) Tribunus Plebis, Marco Cornelio Cethego, & P. Sempronio Tuditano Consulibus, anno ab Vrbe cōdita, 549. vt refert Liuius, lib. 29. & sic ab eo Cincia vel Cinthia est nuncupata: et si alij Titiam sed corruptè legant, eius suassore Q. Fabio Maximo (quem nonnulli vocant verrucosum) admodum sene, vt dicit Marcus Cato apud Cicero-nem, lib. de senectute. Qua statutum est, vt libera illa donandi potestas, vsque ad dodrantem, id est tres partes bonorum restringeretur, quas nō nuda voluntate, vel stipulatione vt antea: sed mācipatione vel traditione dari iussit, quod respexit Tullius, lib. 2. de Oratore. Marcū Cincium ait, quo die legē

de donis & muneribus tulit, cum Centho prodisset, & satis cōtumesiōse, quid fers Cinciole, quæsiisset: vt emas Cai respōdisse, si vti velis. Repulsa est igit a promissione de donādo stipulatio, quicquid cōmuniter omnes contra sentiant, & in eius locum, mācipatio & traditio substituta, vt colligit etiā clarò, ex l. 7. C. Theodosiani. hoc tit. de donation. & ex interpretatione Aniani ad l. i. C. Theodo. cod. & l. i. C. Gregoriani. cod. tit. & ex fragmētis Vlpiani tit. i. de legibus, rationē autem huius cōstitutionis eam fuisse suspicor, nam postquam Gneus Flavius, Apij Claudij scriba, surreptum librum actionum & formularum civilium, quibus omnes actionum & stipulationum formulas, petentes a Pontificib; celebrabāt, Populo tradidisset: cæpissetque a Manilio & Hostilio Iurisconsultis compositus & ordinatus, non solum in ciuium politicorum, sed & rusticanorū manibus versari, quos rectissimè rerum acquirendarum ciuilitate & stipulationum formulas didicisse ex Varrone Hotomanus relator est, de verbis iuris versiculæ actio apud veteres. Visa est populo, res periculi & malorum plenissima: nam cum solennis illa pollicitandi formula, non multum a simplici & nuda promissione differret, augebatur quotidie vinculo-rū & obligationum materia: a quibus desidebant populares, odio plusquam capitali, existimantes se (vt

se vt quondam fecerant) nexorum & debitorum necessitate coactos, a republica discessuros: quæ suspicionis occasio, vt tolleretur, ad Tribunal plebis, suum propriū defensorem recurrerunt, vt legem statueret, qua sanciretur, donationem nullam fieri posse, etiam stipulatione firmatam, nisi mācipatio aut corporalis traditio interueniret, vt ex locis relatis constat, & cunfirmant rescripta Constantini, Constantij, Constantis, Honorij & Theodosij, in l. 5. 6. 7. & 8. Codicis Theod. tit. de donatio. hanc legem in alijs, parentibus scilicet & cognatis, aliquantulum Tribunus soluit, statuens, omnium bonorum fieri donationem posse, dummodo personis quibus legitima debebatur, præiudicium non fieret, adhibita etiam mācipatione & traditione, fieri posse: quod clarè colligi poterit, ex l. omnes. 5. Lucius. ff. quæ in fraudem creditorum, & ex Vlpiano in fragmētis. titulo. i. vbi restrictionem legis Cinciae, cognatos quosdam dicit excepisse, quo casu, cum supersunt personæ, quibus legitima debebatur, intelliges procedere. leges omnes codicis titulo de inofficiosis donatio. quæ eas vltra tres partes bonorum, inofficiosas declarant, & Papiiani (sic enim non Papi-niani legi debet) responsum, titulo. 2. de patris & matris donatione. qui sic ait, donationem, quā pater de rebus proprijs, in filium filiā ve-

conscripserit, si gestis fuerit allegata, et si eā pater apud iudicē locorū, probatis læsionis causis nō reuocari: aut ipsa donatio dodrantē, id est nouē vnicas non excedit & c. Firmissimā permanere. Confirmatq; Aniani interpretatio, ad l. i. C. de donationibus in C. Theodosiano. vbi legitimum modum in his donationibus dodrantem esse ait, reseruata donatori, quoad personas quibus debetur legitima, quarta bonorum (erat Anianus, Alarici Gothorum regis consiliarius, vt testatur epistola eiusdem Alarici, quæ proponitur Codici Theodosiano, & eisdem Theodosij tempore vixit, & paulo post, cuius Regis præcepto singulis legibus breues interpretationes præposuit) & in hoc erant priuilegiati cognati, nam in suis donationibus, poterat fieri excessus, vsque ad omnia bona, ceterorum autem non nisi ad dodrantem. Postea autem Diui Pij constitutio, quam retulit & sequutus est Constantinus, in l. 4. Codicis Theodosiani, titulo de donatio. voluit, donationes inter liberos & parentes faciendas, sola nuda voluntate seu verbis simplicibus, sine solennitate traditionis vel emācipationis posse constare, textus est Constantini in d. l. 4. C. Theodos. & Iulij Pauli receptorum sententiarum. lib. 4. titulo. i. vbi. filio quibuscūq;, postea tamē, idē Constantinus, lege præcepit, vt donationes oēs actorum

testificatione conficerentur, maxime inter necessarias coniunctasque personas, siquidem clandestinis ac domesticis fraudibus (ut ipse ait in l. 5. eiusdem tituli) facile quodvis pro negotij opportunitate cōfingi poterat, vel quod verè gestū aboleri: & hic Imperator fuit primus omnium, qui hanc actorum celebrationem, quam nos communi vocabulo, insinuationem vocamus, introduxit. ut ex l. Pater noster. C. de spōsalibus. quæ est lib. 3. titul. 5. Codicis Theodosiani, constat, ubi id confirmat Aniani interpretatio, sic dicens. Ante rēpus legis istius, donationes sine gestorum testificatione valebant, nunc verò post hanc legem, nec nuptialis, nec quælibet alia, inter quascumque personas donatio, de quibuscumque rebus valere potest, si gestis non fuerit allegata. Formam autem seu solennitatem huius insinuationis, retulit idem Constantinus, in l. 1. C. Theodosiani, eod. titul. quæ talis erat, ut ipse statuit. In conscribendis autem donationibus, nomen donatoris, ius, ac rē notari oportet, nec id occultè aut per imperitos aut priuatim, sed ut tabulæ aut quodcūque aliud materiæ tēpus dabit, vel ab ipso, vel ab eo què fors monstrauerit, scientibus plurimis præscribatur, et corporalis traditio subsequatur. rationem qua motus id statuit, statim subiunxit, dicens. Ad excludendam vim atque irruptionem, aduocata vicinitate, omnibusque ar-

bitris adhibitis, quorum postea fide probata, donatam rem (si est mobilis) ex voluntate traditam donatoris, vel si immobilis abscessu donantis, nouo domino patefactam, actis etiam adnectendis, quæ apud iudicem vel magistratus conficienda sunt. oportuit igitur, à tempore Constantini, non solum traditionem vel emancipationem, in scriptis redactam, & propria manu vel sua vel alteri, eius vice subscribi: quod tempore Diocleciani & Maximiani vñtatum erat, ut constat, ex textu in l. vice donatricis. 20. C. de donatio. Sed traditionem fieri, adhibitis arbitris, & præsentē vicinitate, ut violentiæ suspicio excluderetur: & postea hanc traditionem, ut donationum factarum seruaretur etiam memoria, testibus illis coram iudice, & actis publicis inseri, quorum omnium si aliquid defuisset, irrita erat donatio. l. data. 5. C. de donatio. in. C. Theodos. Hinc intelliges melius & nouius omnibus, quid voluerit Zeno Imperator, in l. in donationibus. 31. C. eod. cuius nec minimam partem sunt assequuti Accursius, Bartolus & ceteri, nam cum Imperator Zeno statuisset, quòd in donationibus, quæ actis insinuarentur, non oporteret, vicinitatē vocari, quia satis sufficiebat insinuatio coram iudice: existimans & rectè, superfluum esse priuatum hoc testimonium, cum publicum interfuisset: tollens sic, solennitatem in vocatione

tione vicinorum, cum res tradebatur, & redigebatur in scriptis, à Constantino requisitam, ut vidisti: colligit ineptè Bartolus, in actis iudicialibus, solum tabellionem sufficere, neque testes esse necessarios: quia ut aiebat Accursius, ibidè versic. adhibere. verò simile est, quòd semper in iudicio sit hominum multitudo, quam interfuisse probari non oportet: quos sequitur Baldus, Albericus, & omnes, miscetes etià & alia, non minus ridiculosa, quàm falsa: rerum antiquarum ignorantia laborantes. Verissimum enim est, ante Constantinum, mancipationem, vel traditionem, in donationibus esse necessariam, quam oportebat subscribi manu donatoris, vel alterius eius vice, ut ex Diocleciano in l. 20. hoc titulo supra probaui. hanc solennitatem substulerunt Diuus Pius & Constantinus, quoad filios & parentes, ut constat ex l. 4. hoc titulo in. C. Theodos. & in extraneis inuolabiliter ut antea obseruari, præter eundem Constantinum, præceperunt Constantius & Constans eius filij. in l. 7. eod. titul. & Codice. postea autem, Imperiali constitutione statutum fuit, ante Iustinianum, ut ipse refert, in. §. aliæ autem versic. sed eum retro. inst. de donatio. quòd in donationibus vltra. 200. solidos, insinuatio non foret necessaria, ipse vero Iustinianus, ne tam brevis & restrictis ducetorum solidorum terminis, donandi potestas re-

stringeretur, eam magis ampliauit, statuens, ut trecenti donari possent, sine necessitate insinuationis, in l. sancimus. 34. C. eod. titul. de donation. et postea nouiori ac postrema lege, ad quingentos extendit, in l. si quis pro redemptione. §. fin. C. eod. titulo.

Secundo sciendum est, quòd à tempore Constantini, ut constat ex d. l. 1. C. Theod. oportebat donationem, non generaliter, sed specialiter exprimi, ita ut nomen rei donatæ, & quantitas declararetur, ut. v. g. si ego volebam tibi donare quatuor libras argenti, vel quatuor seruos, vel redditus duorum fundorum, & possessionum, non poteram donare, etiam intra legitimos terminos, hoc modo, promitto tibi dare aut dabo quatuor libras argenti, vel quatuor seruos, vel redditus duarum mearum possessionum: sed necessarium erat, quòd exprimeret maiorem argenti, ut vel in his numis, vel in vasis certis & specificatis, & seruorum nomina propria, ut Stichum, Pamphilum &c. Et Possessionum, ut fundum Cornelianum, Sèpronianum &c. Quod ius in donationibus quotitatiuis bonorum similiter obseruabatur: nam cum ego possem donare tres partes meorum bonorum, si illas donarem non expressis corporibus & nominibus cuiuscumque rei, non valebat donatio, ut ex l. 1. & 2. C. Hermogeniani, hoc titulo de donationibus, constat. quarum vna, quia dicendis maximam, lucem afferet

ret, placuit transcribere. lex est Diocleciani & Maximiani, qui sic ad Septimum Sabinianum rescribunt. cum de bonis tuis, partē quidem tertiam penes te obtinuisse, partem verò tertiam, in eum quē in potestate habebas, ac tertiam in emancipatum donationis titulo contulisse commemoras: non est iuris incerti, in eū quidem qui in sacris familiæ tuæ remanet, destinationem magis paternæ voluntatis factam, quàm perpetuam donationem peruenisse, nec in emancipatum translata, si generaliter eidem tertiam partem bonorum donasti, quia generaliter bonorum portio donari non potest, cum singulæ res nominari debeant, quæ donatione, mancipatione, iuris cessione, transferuntur &c. Relata est in l. 11. Codice communi de donatio. ex quibus Diocleciani verbis, colligi posse videtur, id à Constantino inductum fuisse, qui singulas res nominatim exprimi iussit in l. 1. C. Theod. de donatio.

19 His sic præhabitis, quibus ingenio & industria cōponēdis, nō mediocrē suscepimus laborē, in cōtrariū adducta nō obstabūt. Nā quāuis communis sit opinio doctorū, Iustinianū, in l. si quis argentum. §. si autem, primum omnium induxisse, ne stipulatio in pacto de donando requireretur, ad producendam actionem, ea falsissima est, ut expressa iura in contrarium docent. Semper enim post legē Cin-

ciam, tempore Iurisconsultorum, ut valeret donatio, emancipatio, traditio & insinuatio requirebantur, ut vidisti, etsi postea in donationibus parentum, solennitatem traditionis vel emancipationis Diuus Pius & Constantinus substulerint, ut ultra Iulium Paulum qui lib. 4. receptarum sententiarum tit. 1. vers. quibuscumque, id clarè docuit, constat ex l. 4. C. Theod. vbi Constantinus sic ait. Iuxta Diui Pij consultissimi Principis instituta, valere donationes placet, inter liberos & parentes, in quocumque solo, & cuiuscumque rei liberalitas probabitur extitisse, licet neque mancipatio dicatur, neque traditio subsequuta: sed nuda tantum voluntas claruerit, quæ non dubiū consilium teneat, nec incertū &c. Quod patet etiam ex l. 5. & 7. eiusdem tituli. & Codicis. vbi Constantini filij id ipsum retulerunt: & cū in extraneis id suo tēpore nō obtinuisset, sed necessaria esset traditio vel emancipatio, & insinuatio similiter, in quacūq; donatione, ut Constantinus & Constans in l. 7. eius tituli scripserunt, ipse nouiter statuit, ut in his legitimis donationibus, traditio nulla requireretur, ut antea erat necessaria, sed quod nudo pacto, seu stipulatione constant, ut patet ibi, ut nō ex hoc inutilis sit donatio, quod res nō traditæ sunt, ne cōfirmatur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenā, & secūdū legem nostram perfectissimam

simam constitutā, necessarius effectus sequatur, & necessitatem habeat donator &c. & in §. perficiuntur, in l. eod. ibi. & ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatē traditionis voluit, ut etiam si non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori: & eū retro Principes statuissent, quod insinuatio cū traditione, vel emancipatione similiter adhiberetur, & quidam postea necessitatem insinuacionis, non traditionis, in donationibus ducentorum solidorū substulissent: ipse de nouo etiā statuit, ut vsque ad trecentos ea solennitas remitteretur, in l. sancimus. C. eod. & postea vsque ad quingentos, in l. si quis pro redemptione. §. fin. C. eod. si autem quæ de nouo induxit Iustinianus, in l. si quis argentum. C. eod. pro totius materiæ altiori cognitione, scire velis, sic breuiter omnes §§. recurre.

20 In principio statuit de nouo, quod si quis promiserit centum pondo argenti, etsi specialiter non exprimat, siue in his pecunijs, siue in illis vasis, seu in alia qualibet materia certa, sed solum generaliter, teneatur nihilominus tradere, vel in massa rudi, quæ frequens sit eo loco, vel in vasis quibus voluerit, nō tamen peioribus: massæ estimatione, quam promiserit, non obstante, Constantini lege, contra repugante, ut supra retulimus.

In §. si verò. & §. similique modo, statuit, quod si quis promiserit certum redditū ex possessionibus, nec possessiones nominasset, vel certum numerum seruorum, non exprimēdo eorum corpora determinata & propria nomina, cum multos & diuersos haberet, teneatur donationē explere, nec ex melioribus possessionibus & seruis nec ex peioribus, sed ex his, quæ mediocritatem quandam inter hæc extrema haberēt, quæ donationes antea non valebant.

In §. si autem donatum, perscripsit de nouo, estimationem, quam donator seu promissor esset daturus, si argentum, seruos, vel possessiones (quarum redditus promiserit) non haberet, cum ante Iustinianū, hæc nō obtinuisset nam oportebat (ut dixi) rem expressè nominari.

22 In §. sed & si quis. correxit antiquum ius, in donationibus bonorum quotitatiuis, iam supra retulimus, quomodo interdictum fuerit, donationes fieri, ex partibus quotitatiuis, à Constantino, cum præceperit, rem & nomen specificè notari, quod substulit Iustinianus in §. illo. decernēs, ut si quis vniuersitatis faceret donationem, ut puta, bēsis, vel dimidiæ partis, vel tercię, vel quartæ, valeret donatio, & quod promiserit, tradere teneatur, aduersante Constantino in l. 1. C. Theodof. de donatio. & Diocleciano & Maximiano in l. 1. & 2. eod. tit. in Hermogeniano. quorum

rum constitutiones per hanc legē fuerunt sublatae.

23 In §. sed quidem, decreuit, ut usufructus retentio, in his omnibus donationibus, pro traditione haberetur: statutum enim erat antea, ut traditionis vicem suppleret usufructus retentio, quod substituerunt Honorius & Theodosius in l. donationes. §. C. Theod. eodem, id tamen cum parū utile vidissent renouarūt ius vetus in l. legis à nobis. §. C. eod. cuius pars refertur, in l. quisquis. 28. Codice communi, de donatio. cui nolim existimes similem esse hanc Iustiniani constitutionem, nam illa lex loquitur, in donationibus, quę fieri poterant, & valebant suo tempore, Iustinianus autem, eam extendit ad donationes, quę nouissimè suo tempore & à sua constitutione valere incipiebant, in casibus relatis, in eadem lege, in quibus constitutio Theodosij, nec loquebat nec procedebat.

24 Quoad §. 6. incipientem, si autē, notare debes, quod scribendus est continuato sermone, cum §. sed si quidem, immediatè precedenti, quia loquitur in eodem casu, mutata tamen circumstantia: cum enim in §. sed si quidem, dixisset, quod usufructu retento, in seruis, possessionibus, & quotatiua parte bonorum, de quibus antea fuerat loquutus, intelligebatur facta traditio, ut rei vèdicatio competeret, cuius contrarium in his donationibus

ante Iustinianum obseruabatur, ait postea in §. sin autē. quod si hoc donator non expresserit, id est si hoc quod est reseruare sibi fructus, in scripturam non retulerit, verbū (expresserit) sic intelligo: nam ante Iustinianum, nec in scriptis, nec cū insinuatione, nec alia qualibet solennitate fieri poterant istę donationes, & sic videbatur, post suā constitutionem, quę eas valere preceperat, scriptura esse opus, ut antea, sed stipulatio donationi inserta fuerit, traditionem facere cōpellat: nolim etiā quod intelligas, de solenni stipulatione ut olim fieri solebat: nam id Leonina constitutione sublatum est, ut retulimus: nec tempore Iustiniani (ut ipse fateatur) ea solēnitas obseruabat, in l. 4. §. si quis. C. de receptis arbitris. Sed de qualibet conuentione, seu pacto, quo si reseruetur usufructus, etsi solennitas scripturę, quę in alijs donationibus obseruatur, ut retuli ex l. vice donatricis. C. eodem. in his defuisset, traditionem necessariò faciendam præcipit: quę reseruatio, etsi stipulatione seu pacto (idem enim sunt) facta non fuerit, ad tradendum dominium, sed promissio solū de rebus supra commemoratis, nuda voluntate enunciata, nihilominus traditionē rei promissę fore necessariā iussit, ex lege sua, ut Iustinianus iacet, quod verissimum est, nam ipse fuit primus, qui in supra relatis donationibus hanc edidit constitutionem,

& in

& in reliquis, ut traditio seu emancipatio vsque ad sua tempora ex lege Cincia, & Imperatorum constitutionibus requisitę, minimè post eum ad donationum validitatem, exigentur: sed sola stipulatio seu pactum simplex sufficeret, sic soluitur primum & secundum argumentum.

25 Tertium autem, quod deduximus, ex §. perficiuntur. inst. eod. ubi Iustinianus expressè dicit, donationes, cum scriptis vel sine scriptis factas, habere ex sua constitutione, necessitatē traditionis: præmissis superioribus non vrget: nā verum est, illum substulisse solennitatem in donationibus, ea tamē non erat stipulationis, sed traditionis & emancipationis, specialis rerū singularum expressio, ac insinuationis, vsque ad trecentos solidos, & postea ad quingentos, quas fuisse necessarias, vsq; ad illius tempora, iam probauimus.

Veniamus modo ad solutionē quarti, quod in questione nostra Principali, de equiparatione pacti nudi cum stipulatione, de Iure civili, magis contra nos facit: id autem est erutum, à l. vnica. C. de rei vxortę actione. ubi Imperator duo asserit. Primū, quod stipulatio, etsi non adijciatur redditioni dotis, habeatur tamē pro adiecta, in eius fauorem: quod non diceret, si pactū nudum & stipulatio, essent idem, eo Iustiniani tempore. Secundum, quod fortius est, decreuit, quod si

stipulatio inutiliter conciperetur, haberetur nihilominus, dotis fauore, pro vtiliter concepta: quod non dixisset, si in stipulatione, sicut in pacto nudo, nulla requireretur solennitas: igitur opinio nostra falsa videtur, cum tempore Iustiniani (ut videmus) inter pactum & stipulationem multum interesset.

26 Vtriq; tamē obiectioni, si rem bene perpendat lector, solutionē nō difficilem reperiet. Hoc enim propriū veritatē habere, rectè docet Philosophus, ut ea occulta, si diligenter exquiratur citissime inuenta, cici? cōtraria labefactet. Primæ n. dicimus, q̄ Imperator cum asserit, stipulationem, etsi non adijciatur, haberi pro adiecta, idem esse ac si diceret, pactum de reddenda dote, legitimo tempore, etsi non adijciatur, haberi pro adiecta, ut maritus in reddenda statim dote, non se possit excussare: quod stipulatio seu pactum de eo adiectum non fuerit, cum Iustinianus pro adiecto id habeat (quare id statutum fuerit alterius erit propositi) Secūdę, autem respondemus, quod vtiliter concipi vel inutiliter stipulationem, non debet referri ad solennitatem verborum, ut perperam Accursius, Cynus, Dynus, Bartolus, Baldus, & ceteri existimarunt: id enim iam erat sublatum à Leone in d. l. omnes. C. de contrahenda stipulatione. quod miror ab his non fuisse animaduersum: sed referri debet ad alia, quę stipulatio

ad

ad sui necessitatē requirebat, omif-
sa verborum solennitate, quod sci-
licet non nutu, sed meris verbis, pa-
ctum seu stipulatio celebraretur,
quod non inter absentes, quod nō
à mutis, aut surdis, sed ab eis, qui et
si tardè, loqui tamen poterant, &
exaudire: quod stipulatio nō fieret
vel acquireretur ei, cuius potestati
verè nō erat subiectus stipulator: q̄
si impossibilis cōditio adijceretur,
veluti si cælum digito tangeretur,
& aliæ similes, vitaretur stipula-
tio: hæc enim omnia, si in dictis pa-
ctis conuentis, inutiliter celebra-
tur, fauore tamen dotis, p̄o utili-
bus haberi Iustinianus nouiter præ-
cipit: & hic est verus sensus illius le-
gis: nam referre defectus stipula-
tionis, ad verborum solēnitatem,
contra omnē rationem & expres-
sam constitutionem Leonis est, cū
certum sit, tempore Iustiniani, nō
fuisse eam necessariam, cum retro
Principes, ante eum, illam substitu-
lerint, vt constat ex. d. l. omnes. C.
de contrah. & committenda stipu-
lat. & idem Iustinianus non nega-
uit: imo liberè fassus est, in. l. ne in
arbitris. 4. §. si quis autem. C. de re-
ceptis arbitris, subtilem illam vel
superfluam veterem stipulationū
observationem in verbis, ante eū
ab aulis recessisse: & alia præterea,
quæ requirebātur, ab eo fuisse sub-
lata, & in. §. post mortem. inst. de
inutilibus stipulationibus, dicit, iā
diu statutum esse, vt nudo consen-
su, verbis simplicibus expresso, abs-

que aliqua solennitate celebraren-
tur stipulationes, quod verum nō
fuisse, si idem Imperator Iustinia-
nus, de nouo induxisset. in. l. vnica
C. de rei vxoriz actione. Quæ tam
mihi clara & manifesta videntur,
vt in eis pudeat magis detineri.
Tu vero præuisis ceterorū docto-
rum scriptis, hæc per attentè medi-
taberis, & quæ magis placuerint,
sequeris.

Cum igitur iam supra latè pro- 27
bauerim, pactis nudis, celebratis
per quæ cumque verba simplicia,
inter presentes, à iure ciuili datam
fuisse actionem, ac proinde contra-
ctuum nominatorum & innomi-
natorum sine causa, naturā & sub-
stātiā quoad obseruationē æqua-
tam: non incongruum erit, si ad ca-
nonum iura, nostræ disputationis
cursum cōuertamus. Est enim tex-
tus, in. cap. i. de pactis. fama perce-
lebris, & in omnium, tam schola-
sticorum scriptorum, quàm aduo-
catorum ore, quotidie versatur, ad
probandum, pactum nudum de iu-
re canonico, actionem producere:
quod deducunt ex illis verbis, pax
seruetur, pacta custodiātur, et quia
nos supra, lib. i. c. 4. in quæstione
de pacto nudo, promissimus, textū
hunc, aliter quàm omnes, fore de-
claraturos, non erit alienum à ra-
tione, in eius intellectu, aliquantu-
lum immorari: cōducit enim mag-
nèpere, tam ad propositū de quo
agimus, quàm ad depellendā igno-
rantiam & errorem communem,
in eius

in eius allegatione, quibus oēs &
nō sine culpa video laborare.

Antequam tamē accedam, ad
sententiam meam explicandam,
communis opinionis rationē, bre-
uiter referā & confutabo: ait enim
communis sic, in. c. i. de pactis, dici-
tur: pax seruetur, pacta custodian-
tur. at pacti appellatione, tam nu-
dū quàm vestitum comprehendit-
tur, in genere enim, omnes species
includi certū est: ergo cū pacta in
genere, obseruanda præcipitur, pa-
cta tā nuda quàm vestita, quæ eius
species sunt, obseruari præceptum
erit: huic adiūgūt æquitatē natura-
lem, quæ est in obseruatione pa-
ctorum, ex Vlpiano, in hac lege. i.
ff. de pactis, & euitationem ac fu-
gā peccati, quæ ius canonicū vt pe-
stem declinare contendit. c. nouit
de iudicijs, cum alijs.

Sed omnes istæ rationes, debi-
les sunt & infirmæ, & à textus quē
interpretatur decisione, non parū
alienæ: nam si ex illo dicto genera-
li, pacta custodiātur, colligit com-
munis, omnia pacta nuda, esse de
iure canonico seruanda: quare nō
idem, de iure ciuili admittendum
deducit: cum in. l. Iuris gentium. §.
prætor ait, dicit Vlpianus (vt ip-
sa communis intelligit) quod præ-
tor pollicetur se pacta, quæ dolo,
aut contra leges non sint, seruatu-
rum: & idem fatetur Imperator
in. l. finali C. de pactis: legitimam
& rationabilem differentiæ ratio-
nem, apud neminem eorum re-

peries: nec argumentum quo di-
cunt, æquitatem naturalem in
esse his pactis nudis, & ideo à le-
ge canonica esse obseruanda, ali-
quid roboris habet: nam omnia
quæ habent æquitatem natura-
lem non exequuntur iura cano-
nica, vt patet in emptionibus, qui-
bus datur deceptio intra dimidiā
iusti pretij: eas enim, etsi rescin-
dere & non valere æquitas dicit
naturalis, vel saltem diminutum
pretium vsque ad iustitiam & æ-
qualitatem suppleri: ob alia tamē
maiora incommoda, hoc ius ca-
nonicum tollerandum, rectissime
dicitur: non enim potest, nec debet
omnia quæ iniustitiā habent, emē
dare: vt supra lib. i. vberius sentētia
Platonis & aliorū cōprobauimus.

Quid igitur dicendum est: an ne 28
cū Innocētio in præsentī, quæ alij
sequuntur, de pactis legitimis, tex-
tus est intelligendus: non certè: nā
p̄spicua est ad textū diuinatio. an
Bartholomei & Richardi Salice-
ti, in. l. legem. C. de pactis, quos ibi
sequitur Socinus, num. 2. & .10. An-
geli Aretini in. §. in personā, inst.
de actio. opinio vera est, existiman-
tiū, verba illa, pacta custodiātur, sic
esse interpretanda: si sint ad actio-
nem, data actione: si ad exceptio-
nē, data exceptione, vt de verbis le-
gis ciuilis, in d. §. Prætor ait, cōmu-
nis respōsio est & intellectus: mini-
mègētium: nam vt postea mōstra-
bo, nec ille textus, neq; iste de pactis
simpliciter nudis loquitur: nec ra-

riones, quibus authores modo citati fuerunt moti, ad dicendum, ex pacto nudo, actionem non oriri, de iure canonico, alicuius sunt momenti. In dubio (inquiunt) secundum glossam (quã singulare vocat) in c. cupientes, s. quod si per viginti, de electione. in 6. inter ius canonicum & civile, differentia & correctio constitui non debet: at dubium & ambiguum esse certum est (inquit Angelus) an ille textus loquatur de pactis nudis solum: an de nudis & vestitis: igitur in dubio isto, correctio iuris civilis non debet induci: inuola est (vt dixi) intelligendi ratio & interpretandi ratio: nam ad probandum pacta, de iure canonico, actionem parere, satis expressa erat decisio concilij, dicentis generaliter: pacta custodiantur: at cum lex aliquid iubet obseruari, actionem ex eius implimento oriri & concedi vult: l. statuas, vbi Bartolus et ceteri. ff. de acquir. rer. domi. ergo cum Concilium, omnia pacta obseruari & custodiri iusserit, tam nuda, quam vestita intelligendum, si ne aliqua subauditione erit: in genere enim verè & proprie omnes species includi supra diximus: & sic aperte constaret, nudorum & vestitorum obseruationem, esse de iure canonico: id autem dictum generale, in iure civili, sic intelligi & interpretari non potest, vt infra. lib. 3. cap. 11. cum de illius sensu agatur, præter concordem omnium doctorum sententiam, declarabimus.

Minus valet, ratio illa Ioannis

Imolensis, eandem opinionem tenentis, in cap. cum contingat, de iure iurando. quam alij magni faciunt, dicentes, quod in pactorum nudorum obseruatione, competit officium iudicis, ex hoc. ca. r. licet: etiam ad obseruantiam iuramenti, idem officium iudicis datur. ca. finali. de foro comp. lib. 6. at officium iudicis, ortum alicuius actionis vel obligationis omnino negat: l. qui per collusionem. s. finali. ff. de actionibus empti, ergo ad obseruanda pacta nuda, actio canonica non competit: cum officium iudicis, cum actione, vt ipsi dicunt non compatiatur: nam certè (si ego post multam considerationem non erro) isti patres, & alij omnes, tam in cap. 1. de officio iudicis, quam in l. 1. & l. i. iubere cauere. ff. de iurisdictione omnium iudic. grauitè decipiuntur & errant, distinguentes officium iudicis ab actione: fatent enim constanter non desinam, tempore Vlpiani, Pomponij, Scruolæ, Hermogeniani, & aliorum veterum Iurisconsultorum (quorum ordinarij iuris executionem habebant iudicia, & variaz illarum iurisdictionum species & distincta tribu- nalia, pro cuiuslibet negotij qualitate in viridi erant obseruantia) diuersam esse actionem, ab officio iudicis, vt nos supra enucleatius & distinctius omnibus scripsimus. Postquã verò Imperatores Constantius, Theodosius & Valentinus, per legem primam & secundam

dam C. de formulis & impetrationibus actionum sublatis, ordinarias illas & supersticiosas iurisciuilis formulas, & impetrationes actionum sustulerunt, & discretæ illarum diuersorum iudicum potestates abolitæ sunt: affirmare libere audebo, in priuatis his negotijs, nihil petitionem per actionem, a petitione per officium iudicis in teresse: nec reperire potui legem, etsi curiosè eam inuestigare curauerim: quæ post eam Imperatorum decisionem, inter officium iudicis & actionem, differentiam constituat: cessant enim iam, strictæ illarum & serupulosæ agendi & respondendi formulæ: in desuetudinem abierunt, tam celebratæ illarum meri & mixti imperij ac simplicis iurisdictionis in iudicibus ordinarijs differentiarum: ac tandem confusa est iam, officij iudicis & actionis discretio: nec est quare, tot distinctionibus & subdistinctionibus, non solum iuuenum animos, à iurisciuilis studijs deterreant, sed & aliorum literatorum virorum aures & capita, quotidie isti legulei velint offendere. Sed de his omnibus alibi fortassè latius. Cum igitur secundum opinionem nostram, quam verissimam puto, inter officium iudicis & actionem, intersit nihil, vt dixi: & ad obseruanda pacta, secundum eos, iudicis officium competat, actionem etiam canonicam competere, dubium non erit: præcipue si consti-

deres, meram esse ad textum diuinationem, dicentium, ex eo officium iudicis colligi, cum in eodem de iudicis officio, nulla mentio fiat: sed tantum dicitur, quod pax seruetur & pacta custodiantur, quod idem est, ac si dixisset: ad eorum obseruationem canonica detur actio & compulsio. argumento textus in l. statuas. ff. de acquir. rer. domi.

Minus facit, aliud fundamentum, quod pro hac sententia, adducit Fortunius, in c. 1. de pactis. fol. 64. ver. addas. 4. dicens, non posse competere actionem, de iure canonico, ad obseruanda pacta nuda: nam actiones, habuerunt ortum à iure civili. l. 2. s. deinde. ff. de origine iuris. idcircoque ius canonicum à iure civili, actionem sumpsisse, communem esse Canonistarum opinionem, in cap. dilecti, de iudicijs, ibidem testatur Fortunius: sed ab eodem sumere arma, contra eundem, iniustum est. cap. 1. de probatio. ergo cum pacta nuda, de iure civili, non producant actionem, si ius canonicum à civili eam assumat, ad iuuanda & confirmanda pacta nuda, contra ipsummet ius civile, in civile & iniustum erit: quod de canonico iure dici non potest. Nam respondemus, communem illam opinionem Canonistarum, quæ dicit, ius canonicum assumpsisse actiones à iure civili, falsam esse, nam quamuis actiones, originem habuerunt à iure civili. d. l. 2. ff. de origine iuris. id tamen est intelli-

gendum, de actionibus & formulis illis civilibus & solennibus, de quibus ibi Pomponius loquitur, ut patet ex illis verbis: deinde ex his legibus, eodem ferè tempore, actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarèt, quas actiones, ne populus ut vellet, institueret, certas solennesque esse voluerunt. Igitur in populo Romano, solù harum actionum formulas, certas & solennes fuisse constat: quod postea sublatum est: actiones autem canonice, quae nihil aliud sunt, quam potestas quaedam libera ad agendum, vel petendum illud, quod iure legali naturae debetur, non à iure civili, sed ab ipsa natura, cui congruit & consonat, persolui debita, tamquam à suo principio & fonte profluxerunt: quare minus doctè, eos scripsisse existimo, qui sine ratione & fundamento, solennes illas formulas & impetrationes actionum, quae de stricto iure civili, quòdam solebant obseruari, cum actione canonica (quae simplex est quaedam petitio) confundere non verètur: & quod peius est, magno conatu defendere: dicentes, ius canonicum à civili eam fuisse mutuatum: quod cù falsum sit fundamentum, ut dixi, falsum etiam erit omne super eo constructum edificium dicentium, ea ratione, de iure canonico, actionem ad pacta nuda obseruanda, nasci non posse: ne ab eodem iure civili, con-

tra ipsum met ius civile, arma sumerentur: nam vltra id quod diximus, actiones canonicas, à iure civili non manasse: pactum nudum parere actionem, non est contra ius civile, ut supra lib. 2. in interpretatione. l. legitima, in fine docuimus.

Cum igitur, placere non poterit, communis opinio, deducens ex hoc cap. 1. de pactis, pactorum nudorum obseruationem, iure canonico probari: minusque placuerint, eorum rationes, qui contrariam sententiam, satis debiliter sunt tutati, ut vidisti: inquirenda & peruelliganda erit, nostrae opinionis ratio, dicentis, quòd quamuis de iure canonico, ad pacta nuda còpetat actio, quod verum est, etsi isti negent: non tamè deducitur ex hoc cap. 1. quod còmunè sefellit. Pro cuius maiori declaratione, aduerto primo, falsam esse citationem còmunè huius textus, quae in omnibus codicibus legitur, eum fuisse desumptum à Còcilio Africano: certissimum. n. est, in Carthaginensi. l. c. 12. còtextum istum reperiri: quod est in primo tomo Còciliarum generalium, fuit autè congregatum istud còciliu (quod provincia le fuit, nò generale, ut malè in praesenti, existimarunt Ioannes Imolenfis, Abbas & alij) tēpore Constantini Imperatoris, & Syluestri Papae primi, vel ut alij volunt, tēpore Romani, Papae etiam primi, Carthagine, quae insignis fuit & celeberrima totius Africae ciuitas, anno Saluatoris nostri. 330. collectum fuit principali

paliter, ad conuincendam haeresim (suspicio fuisse Donatistarum, etiam si in Concilio non exprimitur) nam tunc temporis, excitata fuerat Carthagine, ista peruersa opinio, de rebaptizatione eorum, quos improbi sacerdotes baptizauerat, sacramenta enim, ab his collata, inuvalida putabant, ut testatur Lyndanus, sui dubitantij dialogo. 2. & Gabriel Prateolus, de vitis sectis & dogmatibus haeticorum lib. 4. ca. 14. & insinuat actio prima, seu caput primum eiusdem Concilij Carthagenensis: post discussam tamen, & examinatum latè, quaestionem hanc principalem, ut moris est, tam in provincialibus, quam generalibus concilijs: aliae propositae sunt quaestiones, ad mores & rectam provinciae administrationem spectantes: & querellae de iniurijs & damnis illatis, à priuatis hominibus, ecclesiasticis personis: quae refarciri oporteret, Concilio toti exponebantur: ut Praeses, cum suorum Episcoporum consilio, praestantioribus his omnibus moribus, adhiberet medellam. Inter alia, quae ibi proposita sunt, comparuit Antigonus, Madurensis Episcopus, proponens querellam de Optantio: erant eorum diceceses coniunctae, & oriebantur quotidie lites inter eosdem, de agrorum & populorum terminis: tandem Optantius & Antigonus conuenerunt, in certa eorum diuisione: quam còventionem seu pactum, literarum obli-

gatione firmarunt, ut ex litera postea constabit. Optantius autem, post diuisionem iam factam, & pactum literis consignatum, vel cum esset circumscriptus, vel quod ex decisione Concilij, verosimilius arbitror, superbia vel auaritia & cupiditate esset insigni praeditus: vsurpauit Antigoni populos, ut ait Concilium, monens plebes, ut Antigonom vitricum, eum verò patrem appellarent. Antigonus autem, ut eam audaciam & temeritatem, sibi tam molestam & nocentem, quam toti illi còmmunitati scandalosam, totius Còcilij autoritate compesceret, conuocatur coram Concilio, haec eadem verba loquens. Grauem iniuriam patior, & credo dolere sanctitatem vestram, còtumeliam meam, & còputare còmunè iniuriam: Optantius cum se representaret, pactum mecum habuit, & diuisimus plebes, manuscriptiones nostrae, tenentur epittacia, contra hoc pactum, circuit plebes mihi attributas, & vsurpat populos, ut illum patrem, me vitricum nominent: Gratus Episcopus dixit (erat autem Gratus, Carthagenensis Episcopus, Còcilij Praeses, qui post quaestitas omnium Cònciliarum sententias, in singulis quaestionibus propositis, vice omnium respondebat) factum hoc dolendum est, ut in se illicitat populorum imperitorum animas: contra disciplinam, contra euangelicam traditionem, contra

pacis placita: nam si id sibi continere arbitraretur, numquam profectò in fratrem aliquis deliquisset: unde, aut inita pacta, suam obtineant firmitatem, aut conuētus, si se non cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam: vniuersi dixerunt, pax seruetur, pacta custodiantur. Hæc est vera & originalis nostri textus litera: hic fons, à quo caput istud primum de pactis manauit: quod de literarum obligationibus, seu pactis scriptura contentis, expressè tractat, vt satis indicant illa verba, manuscriptiones nostræ tenentur epittacia.

Pro cuius solidiori intelligentia, aduertendum erit, quod litera hæc communis, textus Concilij Africani, ibi, manuscriptiones nostræ tenentur epittacia, vitiosa est, cū nec epittaciū, latinū sit nomen, nec recto sermone congruat: epittacia enim, in auferendi casu, nunquam apud probatos auctores reperitur: quare ademptā illā primā literā. c. in coniunctionem. et. conuertendam fore, rectè monuit Antonius Augustinus, in notis ad primam collectionem, quamuis male pittacia legat, cum. i. & duplici. t. cum scribendum sit, cum. y. & c. ante. t. & simplici. t. sic pyctacia. nam pittacia, vt scribit Antonius August. significat pannum modicum, aliquo medicamēto illitum, ad mitigandum dolorem, vt est apud Cornelium Celsum Medicū

eloquentissimum. lib. 3. c. 10. quod nihil habet communem, cum pyctacio, de quo apud concilium: quod libellum seu commentarium, obligationis subscriptæ & legitime confirmatū significat: defecit enim à verbo Græco *πυκτῆριον*, quod est confirmare, quo vsi sunt Imperatores Valētin' & Valēs, in l. susceptor. ii. C. de erogatione militaris annonæ. in C. Theodosiano. vbi præcipiunt, susceptores, antequam erogationes capitum & annonarum facerent, diurna pyctacia ab actuarijs debere suscipere, id est quod susceptores illi, qui annonæ publicæ curam habebāt, antequam distribuērent inter milites, victus ad sustentationem personarum & iumentorum necessarios, peterent illi, pugillares à tabellionibus publicis cōfectos: quibus mēsurā & pōdus talis victus præscriberetur: eodē nomine vsi sunt ijdē, in. l. actuarij per singulos. 13. & in. l. actuarij nisi expleto. 16. C. eodem tit. & Lampridius in vita Alexandri Seueri. Symmachus Pontifex, in Synodo Romana. i. c. 3. & 5. relatus. in. c. si quis Papa. 76. dist. & Zacharias, in epistola, ad Theodorū Episcopū Ticinēsem, relatus in c. pyctacium 30. q. 3. quare cum pactū illud Antigoni, cū Optancio, vtriusq; manu subscriptum, pyctacio seu literarū obligatione cōtineat: & obligationē literarū tā Codicis, quā Digestorū iure, actionē semper peperisse. su. li. i. cap. 4. q. i. num.

num. 58. latè probauerim, manifestò relinquitur, textum in hoc c. i. impropriè à nostris, ad pacta nuda accommodari, quæ regulariter nullam producebant actionem. l. i. ff. de rerum permutat. l. iurisgentium. s. igitur nuda infr. eod.

32 Quibus tandem sic habitis, pactam cōfundi poterūt Saliceti, Angeli, Socini, & aliorum, ad eū expositiones, relatæ supra: & alia nouissima, nec melior ceteris, Marci Aquilini, in rubrica de verborum. nu. 105. qui textum istum, volens nouiter interpretari, ait, pacta de quibus agitur in præsentī, non nuda simpliciter: sed ea solū, quibus præter conuentionem, causa subest, esse intelligenda: quorum meminit Vlpianus, in. l. iurisgentium in principio. ff. hoc titulo, & in. l. naturalis. ff. de præscriptis verbis. & hac ratione dicit, idem à iure canonico, quod à iure ciuili, fuisse dispositum: quod verum non esse, egregiè probāt, quæ retulimus.

33 Si igitur, obseruatio pacti nudi canonica, quam nos alioquin non negamus, deduci non potest à textu, ab hoc. cap. i. vbi Abbas, Imola, Felinus & omnibus latius Fortunius, id probant: deducēda ergo erit, à textu, in cap. 3. eodem tit. vbi Pontifex, sic ait. studiosè agendum est, vt ea quæ promittuntur, opere compleātur. Quæ verba, pro opinione communi, expressa videtur, pro vt Fortunius & reliqui affirmant. Sed nec is textus commu-

ni fauet, si attentiori & subtiliori consideratione, quàm communis integram textus literā euoluamus. Pro quo, studiosus lector notabit, quod textus hic, desumptus est ex lib. 8. epistolarū Registri Diui Gregorij, quam ad Iannuarium, Episcopum Caralitanum scribit, vt tumultus qui in Sardinia excitabantur, propter oppressiones, quas minores à maioribus patiebantur, curaretur sedari: secundum ea, quæ Carthaginensis Episcopus, & Innocentius Præfectus vrbi, in epistolis ad eundem Pontificem missis monstrauerant. literam referā, & singula eius verba explicabo, sic ait. Qualiter in Sardinia, minores vel pauperes, ab his, qui illis maiores sunt, opprimantur: Reuerendissimi fratris nostri, Carthaginensis Episcopi, & eminentissimi filij nostri Innocētij, præfecti, epistolæ testantur: à quibus, vt quæ nobis scripta sunt, noueritis: ipsarū vobis epistolarum exemplaria præuidimus transmittenda: & ideo quia ea quæ nobis petenda sunt, offeruntur: studiosè agendum est, vt ea quæ promittuntur, opere compleantur: si qui eorum, de quibus est quæstio, in ecclesia fortasse refugerint, ita debet causa disponi: vt nec ipsi violentiam patiantur, nec ij qui dicuntur oppressi, damna sustineant: curæ ergo vestræ sit, vt eis sacramentum, ab ijs quorum interest, de seruanda lege & iustitia promittatur: & per om-

nia commoneantur exire, atque suorum actuum reddere ratione: quibus etiam, ecclesie vestrae, defensores deputare vos conuenit, cuius sollicitudine, ea quae fuerint illis promissa, seruentur: quatenus nec alijs noxia sint &c.

Hæc ibi, quæ in duas partes, clario- ris interpretationis gratia, diuide- mus. Prima erit, à principio, vsque ad versicu. si qui eorum. Secunda, à versicu. si qui eorum, vsque ad finem. Primæ hic sensus & historia erit. Cum in Sardinia minores à ma- ioribus opprimerentur, & sic se- ditiones magnæ, & tumultus ori- rentur in populo: nec à Ianua- rio Archiepiscopo (senex enim erat, & non minus consilio quam ætate defectus, ut ex alijs ad eun- dem, Diui Gregorij epistolis con- stat) componerentur: Carthaginē- sis Episcopus, & Innocentius Præ- fectus vrbi, ad Pontificem scripse- runt, eum facientes certiore, de malis illis à Ianuario non subla- tis: quibus ipsi, licentia & facul- tate Pontificis, adhibituros medel- lam promittebant: prescribentes ordinem in epistolis, quo illa fieri possent. Pontifex autem, ne videretur, Episcopum à propria sui Epif- copatus cura exclusisse: has literas ad Ianuarium Episcopum (seu ut alij codices & epistolæ nuncu- pant, Archiepiscopum) misit: qui- bus illi notum fecit, oppresio- nes illas Sardinie, à maioribus mi- noribus factas, ex epistolis Cartha-

ginensis Episcopi & Innocentij præ- fecti vrbi præsciuisse: vehementer que desiderare, eas à proprio Epif- copo vel Archiepiscopo tolli, mo- do tamet ordine prescriptis ab E- piscopo Carthaginēsi, & Præfecto: quorum promissa, in suis epistolis, studiose agendum foret, à Ianua- rio Archiepiscopo, ut opere com- pleantur. Hæc in prima parte, quæ nullo modo accommodari posse reor, ad obseruationem pacti nu- di, de quo noster est sermo: cū illā promissionem, factam à Cartha- ginensī Episcopo, & Innocentio, non scribat Pontifex, ab eisdem, sed ab Episcopo Ianuario, cui epistola mittitur, implendam fore: iuxta modum tamen & ordinem, quem epistolæ Carthaginensis E- piscopi & Innocentij præfecti præ- scripserant: & quamuis daremus opinioni communi, quod Ponti- fex in hoc rescripto, solum face- ret Archiepiscopum Ianuariū, executorem promissionum, à Car- thaginensī Episcopo, & Innocen- tio Præfecto vrbi factarū: nō magis ex eo colligi posset, pacti nudi ob- seruatio, ac de reliquo: cū illæ non fuerint nudæ promissiones, sed ve- stitæ (ut ita loquar) & duplici vesti- mēto. Primū erat literarū, quia lite- ris polliciti fuerāt, se se ea quæ pro- miserant, adimpleturos: ut patet ibi, ipsarū vobis epistolarū exem- plaria, præuidim⁹ transmittēda, & ideo ea quæ nobis petēda sunt offe- runtur &c. Secundum erat, præcis-

fæ

sæ obligationis, ad quam ex officio ad id efficiendum Episcop⁹ & Præ- fectus tenebatur, si enim ego pro- mitto, quod debeo, hæc noua, obli- gationis iam existentis promissio, adduci non potest, ad casum, quo de nudis pactis seu promissionib⁹ simplicibus, quæ ad aliquam obli- gationem præcedentem non refe- runtur, tractatur: cum illa semper producat actionem. l. r. & toto titu- lo. ff. de constitut. pecun. hæc au- tem regulariter contra. s. igitur nu- da. Prima ergo textus parte, non fauētur Doctores. Videamus de se- cunda, in illis verbis. Ut illa quæ il- lis fuerint promissa seruentur. Pro- cuius maiori declaratione, notare debes, totius illius versiculi, qui in- cipit ibi. Si qui eorum vsque ad fi- nem, hanc esse summam verissi- mam. Cum enim in principio, Di- uus Gregorius Pontifex, certioraf- set Archiepiscopum Ianuariū, de malis ortis & non sedatis, in suo archiepiscopatu, & modum quo il- lis mederi potuisset: sequutus ex- emplum epistolarum Carthaginē- sis episcopi & Innocentij præfecti: nunc incipit tractare, quid agen- dum esset, in alio casu, cum videli- cet aliqui eorum, de quibus erat quæstio, id est maiorum, qui mi- nores opprimerant, metu pœnæ fu- turæ, in ecclesias refugissent: & tunc dicit, quod Archiepiscopus, curare debet, ut nec illi violentiam patiatur, id est maiores, in eo quod erat, extrahi violētē & iniuste ab

ecclesia, à præfecto, & eius sateliti- bus, vel ab ijs, qui minorum curam susceperant: nec illi qui dicebatur oppressi dāna sustinerent: id est, mi- nores oppressi, dāna paterent, in eo quod, ablata nō restituerent il- lis, sed sibi retinerent maiores: qua- re ut vtrorumq; indemnitati consu- lere, iubet Pontifex episcopo, ut fa- ciendo se custodem ecclesie, & eius immunitatis, efficiat blandē & mā- suetē, cōsilio nō autem coactione, quod illi maiores recepti in eccle- siam, exirent ex ea, & redderent il- lorū actuum, de quibus imputabāt rationes: promissio prius, ad maio- rem recepto rū securitatē, sacramē- to seu iuramento (quod idem est) ab his, quorū intererat, de seruādā lege & iustitia: in quo omnia con- tenta, dū alijs non essent obnoxia, præcipit obseruari. Igitur nec secū- da pars, de pactis nudis simpliciter loquitur: nam ea verba (cuius solici- tudine, ea quæ illis fuerint promif- sa seruentur) cum referantur ad promissionem iuramenti, de quo ibi (curæ ergo vestrae sit, ut eis sacra- mētum de seruanda lege & iustitia p- mittatur) non erit consonū ratio- ni, ea ad pacta nuda & simplices, promissiones accommodare: cum simplicis promissionis & iuramēti dispar sit ratio. Et hic est germanus illius capitis intellectus, ex quo et si minimē colligatur, de iure canoni- co, pacta nuda actionē producere, ut cōmunis putat, deduci tamē ho- rum pactorum de iure canonico

Xx 5 obser

obseruatio poterit ex. cap. iuramēti. 22. quæst. 5. vbi inter simplicem loquelam & iuramentum, apud Deum nullam esse differētiā, ad eorum implementum, monemur: vel ex c. puellæ. 20. q. 1. vel ex alijs similibus, vt. f. me memini notauisse.

34 De Regni autem nostri iure, si pauca dixerimus, pergratum facturi videbimur, hominibus nostris, vt iuris ciuilibus & canonici, tam longa defatigati auditione: in hoc, tãquam in diuerticulo rerum patriarum, aliquantulum conquiescant. Præstantissimus enim Alphonfus, Castellæ & Legionis Rex, huius nominis vndecimus. A Era. 1386. (non anno Domini, vt nonnullos minus eruditè scripsisse video: nam cum computatio A Eræ, quæ illis temporibus, Hispaniarum regnerat familiaris, & quæ. l. 3. titulo. 8. lib. 3. ordi. præponitur, superet natiuitatem Domini, triginta & actio annis, ex eo quod ab Octauiani Augusti principatu, exordium sumpserit: perinde haberi debet, constitutio, quæ facta est A Era Cæsaris. 1386. ac si anno Domini. 1348. facta fuisset) legem statuit, in comitijs Complutensibus, quæ hodie est. l. 3. titul. 8. lib. 3. ordi & post nouiorem compilationem, ab Aricena factam. l. 2. titulo. 16. lib. 5. nouæ recopilac. qua nouiter cauit, vt ex omni conuentione, qua videatur quis, se voluisse obligare, maneat obligatus: sine aliqua solennitate stipulationis &c. Quæ constitutio

etsi communi cōsensu nostratum, nemine discrepante, ius ciuile, in materia pacti nudi, videatur corrigere, & se cum canonico conformare: contrarium tamen mihi, ex supradictis veriùs videtur: nam cū lex ciuilibus (vt constat ex. d. l. omnes) æquauerit cum stipulatione, pactum nudum, factum inter præsentēs: quibuscumque verbis simplicibus: nec aliud requisierit, addendam actionem ciuilem, quàm congruentem & consonam naturæ simplicem verborum sonum, ex quo constat, contrahentes se obligare voluisse: vt docet totus ille cōtextus, ibi. omnes stipulationes, etiam si non solennibus, vel directis, sed quibuscumque verbis, contrahentium consensu, compositæ sunt, vel legibus cognitæ, suam obtineant firmitatem: id est suam firmitatem naturalem, & hoc ipsum statutum fuerit, ab Alphonso, in. d. l. 3. adducor merito ad existimandum, ius Regium cum vtroque, ciuili videlicet & canonico, æqualiter esse cōforme: quoad obseruationem nudorum pactorum, inter præsentēs factorum verbaliter: etsi quoad promissiones vel pacta, inter absentes facta, interfit aliquid, vt postea dicemus.

35 Quam obrem constanter tenendum est, inter ius ciuile, canonicum, & Regium Castellæ, in pactorum nudorum obseruatione, inter præsentēs factorum, nihil interesse: nã de iure ciuili, producitur actio, ex d. l.

d. l. omnes. de iure verò canonico, etsi non producat actio, ex pacto nudo, virtute capitis primi, & tertij, de pactis, vt supra ostendimus, producitur tamen ex constitutione de qua supr. de iure autem Regio textus est in hac lege. 3. titul. 8. lib. 3. ordi. quæ omnia iura in hoc consonant, vt quamuis stipulatio, quibuscumque pactis, seu conuentionibus nudis, adiecta non sit, nec lia quælibet solennitas, obseruetur tamen, ac si adiecta fuisset, naturalis æquitatis ratione dictante.

36 In hoc tamē, ius canonicum & Regium, superant leges ciuiles: quod ex iure canonico, propter eius generalitatem & æquitatem, quam considerat: cuius transgressio, peccatum continet, quod fugari oportet à Pontificibus. c. nouit, de iudicijs, nō solum orietur actio, ex quacumque pollicitatione, etiã facta inter absentes, sed ex alio quocumque pacto nudo, seu contractu innominato, quia in vtroque eadem est ratio. d. capi. iuramenti. 12. quæst. 5. quod ius Regium approbavit in. d. l. 3. titul. 8. lib. 3. ordi. quæ hodie est lex. 2. titulo. 16. lib. 5. nouæ recopilationis, de iure autem ciuili, in his non orietur: quia leges, de pactis nudis inter absentes celebrandis, nihil de iure antiquo immutarunt: quo constat, pacta nuda, nisi specialiter adiuuantur, nunquam actionem peperisse.

37 Ex quo, nonnulla sunt deligentè notanda. Primum est, minus

rectè existimasse Gregorium Lopez, in. l. 4. titul. 4. part. 5. existimantem, de iure Regio, donationem factam absenti, nemine acceptante, inualidam esse: si forte iuramentum interpositum non sit, vel pactum adiectum, de non reuocando: nam cum lex statuerit, pacto cuiuscumque, promissioni vel conuentioni, inter absentes factis, exceptionem obijci non posse inualiditatis, vt clarè ex primis illa verba (Y no pueda ser puesta excepciõ, q̄ no fue hecha stipulacion, que quicre dezir, prometimiento con solennidad, o que fue hecha obligaciõ, o contracto entre absentes) non obscure colligitur si factam fuisse promissionem legitime probetur, non oportere personam aliam interuenire acceptantem, ad producendam actionem: nam absens certè, si res commodo eius cedat, promissioni assentiri præsumetur, ratione naturali, cui ius canonicum & Regium expresse nituntur, quid post Gregorium, voluerit Didacus Perezus, in additionibus ad Seguram, in. l. filius dum in ciuitate. num. 75. ff. de verb. oblig. qui verba illa legis (hecha la obligacion o contracto entre absentes) interpretatur esse intelligenda, interueniente epistola, seu nuntio, vt de iure communi obtinebat: quod mihi sanè alienum videtur cum, à naturali ratione, quam solam sequitur ius Regium, tum etiam à vero & proprio illius textus sensu, cū addat sine

dat sine fundamento solennitates, quas dicit ciuiles, et si ciuiles non fuerint, quas tollere Alphosus Rex modis omnibus curauit, ut ex serie sue legis lectori constare poterit: qua de causa interpretatione hanc Perezij, quam postea est sequutus iterum, in cometarijs ad d. l. 3. ordin. versi. nec etiam impediunt, non solum conformem, sed potius contrariam & repugnantem iuri nostro Regio & naturali iustitiae arbitror.

Secundo collige, minus docte scripsisse Couarr. lib. 1. Variar. c. 14. n. 13. in principio: dum dixit, quod quamuis donatio, facta absentis, nomine eius nomine acceptante, ualuerit a principio: reuocari tamen potest, ante expressam acceptationem eius, cui donatur: quae mihi non possunt non dissonantia uideri: nam si uirtute huius l. 3. tit. 8. lib. 3. ordin. ualeat donatio, facta absentis, nomine acceptante, ut ipse fatetur: & ius naturale, ac ciuile, semel recte datum, reuocari non permittunt. l. si donationem. 5. C. de reuocandis donationibus. neque lex Regia, ut eius contextus docebit, ad id facultatem concedit, non video quo pacto sit possibile, si donatio statim ante acceptationem expressam ualeat, reuocari posse a donatore: cum sit regula iuris, quod semel placuit, iterum displicere non posse. cap. quod semel de regul. iuris in. 6. in eo autem, quod subdit postea, practicos in iudicijs, semper obseruare, in hisce donationibus, an fuerint per dona-

tarios acceptatae: nihil moror, nam in dubio donationi consensisse, cum commodo sit, praesumi debet, ut supra diximus: praecipue, cum eam pollicitationem, in iudicium exterius deducit donatarius: quod signum expressum est, acceptatae donationis: ineptus enim esset & iniustus, & ideo poena afficiendus, qui donationem semel repudiatam, iterum inuito quondam donatore, extorquere iudicialiter aut extraiudicialiter uoluisset: medium autem inter repudiationem donationis, uel acceptationem tacitam uel expressam non reperietur: nisi ex partium conuentione, actum fuerit, ut an inutilis & sic reijcienda, an utilis & sic approbanda sit futura donatio, aliquo temporis spatio cogiteretur: quo durante, suspensa erit acceptatio: alias autem, eo instanti quo promittitur, etiam inter absentes, donatio, uel acceptatur tacite, uel repudiatur, quia tertium nihil aliud est.

Tertio collige, lapsum fuisse eundem Couarr. uiam. ubi sup. vers. 1. deducitur, dum arbitratur, multum interesse, quod promissionem inter absentes factam, acceptet notarius publicus, uel alius homo quicumque priuatus: nam si acceptat notarius, existimat, sine acceptatione donatarij, & ratihabitione donationem perfecte & irreuocabiliter ab absentis, ius quesuisse: si autem acceptat alius priuatus, acquiritur ius ab absentis, sed reuocabiliter. Vtrumque tamen

tamen falsum est. Primum, in eo quod dicit, ualere promissionem, acceptatam a notario publico, sine acceptatione & ratihabitione donatarij: nam certe si ipse donatarius, tacite uel expresse non consensit, eo tempore quo donator promisit: quia sibi utilis non erat donatio, uel alia quacumque ratione: quamuis notarius acceptet, nihil agit, cum obligatio in omnibus oriri non possit, nisi ex duorum mutuo, in idem consensu. l. 1. sup. hoc titulo. in principio. & in versi. adeo. & cum is qui promittit, non consentiat, ad dandam rem notario, sed absentis, qui tacite non habet consensum: hinc est, non fuisse ortam, ex sua pollicitatione acceptata a notario, aliquam obligationem: tum etiam, quia nihil inter est, iure nostro Regio (cuius interpretationem, ipse susceperat) a notario seu tabellione, an ab alio homine priuato, acceptentur istae promissiones: ut patet ibi. Y no puede poner excepciõ, que no sea hecho estipulacion, que quiere dezir prometimiento, con cierta solennidad de derecho: o que fuere el contrato o obligaciõ entre ausentes, o que fuere hecha de escriuano publico, o otra persona priuada, en nõbre de otros entre autentes. Quae Couarr. uiam opinionem satis manifeste labefactant: si enim uoluit referre, acceptationem factam a notario, ad hoc, ut ius irreuocabiliter competere, & factam ab alio ho-

mine priuato, ad hoc, ut reuocabiliter: ita ut ante expressam acceptationem donatarij, reuocari possit a donante, ut ipse aiebat: ridiculum esset, & ad textum Regium profus diuinatorium: qui utrumque casum aequa trutina & lance, in acquisitione iuris irreuocabiliter, sine dubio ponderauit: ut ex libera colligitur, & nos iam probauimus.

Quarto collige, errasse Ferdinandum Menchacentem. lib. 1. de successiõnum creatione. 5. 12. num. 65. existimantem, contractum innominatum, non solum de iure ciuili & canonico, ante implementum, sed de iure nostro Regio, & in foro conscientiae, nullam producere obligationem: quod falsum est, nam si pactum nudum, de iure canonico & Regio (ut ipse & comunis fatetur) actionem producit, quo pacto fieri potest, uel excogitari, contractum innominatum, actionem non parere, cum pactum nudum, nihil aliud sit, quam contractus innominatus, ut nos uerius supra ostendimus.

Ex quo constabit, male iudicatum fuisse, in causa Ioannis Vasquij, eius fratris, ut ipse refert ibi. nu. 60. qui cum fecisset pactum, de uendenda domo, Vicecomiti de Altamira, poenitentia ductus, discessit ab hac conuentione, seu pacto nudo, & uendidit Comiti de Osorno: quod tamquam recte factum, sententia diffinitiuam, nescio cuius iudicis aut tribunalis, declarauit: sed inique

iniquè & iniuste opinione nra, cū omnia pacta nuda, de iure Regio actionem & cōpulsionem habeāt: sicque Ioannes ille Vasquius, compellendus erat, Vicecomiti, domum secundum factam promissionem vendere: aut saltem, si Vicecomes voluisset, omne interesse & dāna legitima, eius causa incurfa, persolvere: quod non solum de iure Regio procedit, sed de canoni-
 41 co & civili, si inter presentes fiat: ut tradidimus, quod efficit, ut omnes qui pacto nudo promiserint, permutare, mutuare, pignorarē, commodare, vendere, locare & alia similia, efficere teneantur: quamuis malè contrarium teneat Bartol. in principio huius legis Iurisgerium. nu. 2. & tucatur Costa in l. si ex cautione. versic. vtilior succedit quaestio. C. de non numer. pecun. Quod si alijs promissionis factae, non habita ratione, rem quocumque contractu concesserint, debet tale factum, in irritum reuocari, vel saltē interesse & damna, primo pacifice restitui: quidquid contrarium dixerit, Menchacensis, vbi supr. à n. 51. vsque ad. 66. in quibz, omnes has conventiones, in foro iudiciali exteriori, & interiori animae, inuvalidas esse, contendit: falsò tamen ut probaui fundamento, cum inspecto iure naturae, quod ius canonicum & Regiū considerant, nihil interfit, quod quis promittat dare certum alicui, vel promittat vendere domum, si in utroque casu, accep-

tatis adfuit æqua voluntas, & in ei præteritione, æquale incommodum: & cum ipse fateatur, promissionem de dando centum, actionē parere, fateri etiam debet, promissionem de vendendo, actionem etiam peperisse acceptanti, qua cōpellat promittētē: alioquin reddat differentiae rationem, quā non videmus, nec ab aliquo adduci posse arbitramur, inspectis solum (ut sepe dixi) iuris naturae principijs, quae iura ciuilia, canonica & Regia iam admittunt.

Omnes autem supra dicti contractus innominati, & reliqui, cū pacta nuda sint, quae inter praesentes facta, actionem de iure ciuili produ-
 42 cunt. dict. l. omnes. C. de contrahend. stipulatione. actionem etiā parient de iure ciuili, ex stipulatu, quia ea omnibus his conuentionibus, à Leone fuit concessa, quamuis Baldus communiter receptus, contrarium senserit in l. si diuisionem. C. familiae erciscundae in fin. & in l. cum quis. C. de iuris & facti ignorantia. num. 15. & in l. siue apud acta. num. 4. C. de transactio. l. falso in. 5. sed cum nulla. num. 4. Angelus in. 5. in personam. inst. de actio. Felinus in. cap. 1. de pactis. num. 13. cū alis. Qui omnes existimant, de iure ciuili & canonico, contractus innominatos, actionem non producere, quod verum non esse, superiora satis docent: præcipue si aduertas quod ipsi consentiunt, iure canonico, ex pacto quocumque nudo, actio-

nem

nem nascitur: quod cum nihil aliud sit, ut supra notauimus, quā contractus ipse innominatus: scribunt in iure repugnantia, quod ex pacto nudo nascatur actio, & iterum quod non nascatur.

43 Quinto, notabis eundem Coarruuiam, qui in d. lib. 1. Variarū cap. 14. num. 16. versic. his quidem, adeo verum existimauit, in contractibus innominatis, vsque adhuc poenitentiam durare, ut ampliet & extendat, id procedere, in contractibus innominatis, celebratis ad pias causas: quos posse reuocari, ante rei traditionem seu implementum, affirmauit: in quem errorem lapsi fuerant iam, Ludouicus Romanus, Socius, & Alexander, in locis quae ibi refert, & sequitur: omnes tamen minus cordatè loquuntur: non praudentes, quod quemadmodum, si adiecta fuisset, cui cumque contractui innominato, solennis stipulatio, actio nasceretur, ex eo l. ex placito. C. de rerum permutat. post constitutionē Leonis, perinde haberi debet, conuentio simplex, nudis verbis facta ac si solennibus contracta fuisset. d. l. omnes. C. de contrahenda stipulatione, quam ipse non negarent, nec negabit aliquis, actionem producere. d. l. ex placito. C. de rerum permutat. etsi in secularibus id procedit, à fortiori in Ecclesiasticis & pijs causis, quas multis fauoribus adiutas esse ab Imperatoribus, & adiuuandas, latè probat Andreas

Tiraquellus in tractatu piæ causae. Sexto colliges, etrasse Didacum 44 Perezium, in d. l. 3. titul. 8. lib. 3. ordinamenti. versic. vtram autem, dicentem, quod quemadmodum, de iure ciuili, in quacumque promissione, vel stipulatione, necessaria est causa adiectio, quae exprimat in ipso contractu donationis, aut alterius promissionis, ut sciat propter quam rationem facta fuerit. l. 2. §. circa. ff. de doli exceptione, vbi communis: quia non praesumitur in dubio facta fuisse animo donationis, ne concurrant duo specialia. Primum, ut praesumatur donatio. Secundum, ut pactum nudum donationis, actionem pariat, quod contra ius est. l. 1. C. de dotis promissione: ita etiam de iure Regio, in quocumque pacto nudo, seu promissione, exprimi debet causa: quod non solum à ratione naturali, sed à bona iuris ciuilis cognitione maxime abhorret: nunquam enim reperies in iure ciuili, causam requiri, id est expressionem rationis, quare facta fuerit promissio ut Petezius hic cum communi, malè existimauit: quod nos supr. lib. 1. cap. 4. quaest. 1. in solutione duodecimi argumenti, copiosius confutauimus: causa enim, de qua iura ciuilia loquuntur, de implemento rei conuentae, est intelligenda, ut ibi diximus. Verisimum igitur est, quancumque simplicem promissionem, siue de donando, siue de vendendo, siue de mutuando, siue de celebrando alio quo

quocumque contractu, dum iuri naturæ sit conformis, actionem civilem producere, sine alio causæ, siue expressæ rationis adminiculo. d.l. omnes & d.l. 3. huius Regni.

45 Septimò colliges captum fuisse Gomez Arias, in. l. 25. Tauri. num. 30. & Nauarrum in. cap. si quando, exceptione. 6. de rescriptis, tenentes, quòd si donatio, promissa fuerit, vel facta alicui, ea conditione, vt post certum tempus, acquiratur tertio, quòd is qui dedit, poterit utilitatem remittere, quam ex illa simplici conditione, modo, seu promissione, post aliquod tempus, tertius erat percepturus: quòd falsum est, & falsius id, ad quòd extendunt, vt procedat, etiam si Ecclesia fuerit, ad quam donatio, post tempus erat peruentura: quæ opinio fuit originaliter Bartoli, in. l. qui Romæ. §. Flavius Hermes. ff. de verb. oblig. quem sequuntur plures, relati à Dueñas, qui communem omnium esse fateatur, in tractatu suarum regularum & fallentiarum, fallent. 261. sed omnes isti Doctores falluntur, quia modus seu conditio, quæ adijcitur in utilitatè alterius tertij, vt post certum tempus ad eum perueniat res donata, quedam secunda & perfecta est donatio. l. fin. C. de legatis, quæ semel perfecta, nequit iustè postea reuocari. l. si donationem. §. C. de reuoca. donatio. l. vbi ita donatur. ff. de donatio. causa mortis.

46 Octauo nota, friuolam esse Co-

uarruuiæ distinctionem. lib. 1. Variarum cap. 14. num. 9. ad finem, dicentem, quòd Sempronius, qui dedit Titio, rem aliquam, vt post certum tempus, restituat Seio, poterit interim reuocare illum modum, vt vniuersaliter, res donata non perueniat ad Seium: quia nihil inter est Titij, primi donatarij: secusque esse, si aliquid utilitatis, vel incommodi in Titium redundaret, nam tunc putat, modum remitti non posse: friuolam igitur dico distinctionem, nam cum vtroque casu, in Seium secundum donatarium, incommodum sequatur, ex ablatione eius rei donatæ, quam certò post tempus aliquod erat habiturus, nec ad id donator iure naturali, civili, canonico & Regio habeat potestatem, vt diximus & probat in. d. l. si donationem. §. C. de reuocat. dona. non immeritò nunc asseueramus, distinctionem inutilem & falsam esse: cum consideratio utilitatis primi donatarij, non faciat cessare iniustitiam, quæ fit secundo donatario, ex donationis sibi factæ, & certò ad futuram post aliquod tempus, ablationem.

Nec magis est verum, quòd idem 47 Couarruias, in principio illius numeri dixit, nam admittendo, opinionem Bartoli, in. d. l. qui Romæ §. Flavius Hermes: quòd donatio sub modo facta, & alicui tertio secundo donatario post certum tempus applicanda, reuocari possit: admisit simul, posse primum donatarium, inuito donatore, modum seruare

uare donationi appositum, & re donatam tertio tradere: quo. n. pacto, ifta sibi cohæreat, non video: nam quòd duo homines, in solidum habeant potestatem, & vno & eodem tempore, vnus destruendi constructum, & alius constructum conseruandi, non solum facile, sed impossibile mihi videtur: nam inde conuinci posset, bellum esse iustum inter duos, si vterque pro iure suo tutando, pugnare velit: quòd explosa ignorantia, nullus sanæ mentis fatebitur, cauedum erit igitur à Couarr. distinctione.

48 Nonò collige ex nostra lege Regni, quòd cum generaliter loquatur, remittens omnem solennitatem stipulationis, ab eo qui promittit animo se obligandi (quòd in dubio presumi debet) efficiens validas omnes conuentiones, sine solennitate generaliter etiam debeat intelligi, & procedere, non solum in principali promittente, sed etiam in accessorio, in fideiussore videlicet: qui quamuis nudo pacto promittat, manebit vt principalis obligatus: quid quid inaduertenter & malè, contrarium voluerit Didacus Perezus, in. d. l. 3. titulo. 8. lib. 3. ordi. glossa finali. existimans fideiussorem, pacto nudo promittentem, non obligari, legis nostræ constitutione: quòd mihi alienum videtur à clara eius mente: quis enim hæc verba (mandamos, que toda via vala la obligacion, y contracto, que fue hecho en qualquier manera, q̄ parezca que vno se quiso obligar a otro) ad solum principale & non accessorium promisso

re referenda, iustè dicet: cum sic vnus sicut alium æque comprehendant.

Decimò obserua, & amplia, id procedere, non solum de iure Regio Castellæ, sed de canonico etiã & civili, quibus obligati erunt fideiussores, quamuis stipulatione non fideiusserint: sed nudo pacto, quid quid repugnet Baldus, in. ca. de pactis. n. 12. Felinus. n. 14. Iaso. in hac. l. iuris gentium. §. quinimo, notabili. 1. infra, eod. & in. l. lecta. n. 32. ff. si certum petatur, Perezus in glossa fin. de qua supra. à quibus si ratione discere velis, docebunt communem consensum omnes, in fideiussore, non esse expressum legem: ideoque eam ad fideiussorem nos extendere non posse, ne egrediamur terminos nostre potestatis, in interpretando. Sed ea argumentatio parum acuta est, & omnino falsa: nam si vera esset, sequeretur, nec in principaliter promittentibus, legem habere locum, absque principis declaratione: cum lex expressè non dicat, quòd is qui principaliter promittit, pacto nudo, manet obligatus, at hoc absurdum, ipsi non admittet, si sensum habeat: concedant ergo oportet, generalia verba iuris civilis & canonici, quæ in pactis solennitatem remittunt, tam in principaliter, quam accessorie promittentibus, proprie & strictè loquendo, verè competere: nec fore necessariam principis aliquam declarationem, cum in claris (vt nostri dicunt) non sit opus coniecturis: quo solo tempore, principis interpretatio desideratur,

derat, vt plenè diximus, cū de equitate & eius officijs, in principio libri primi. cap. 2. tractaremus.

50 Undecimò tandè & finaliter, ex his deduces, quòd et si tēpore veterū Iuriscōsultorū, & Imperatorū ante Leonē, simplex & nudū pactū de præstāda euictiōne, in donatione nō valetet, sed stipulatio solēnis requireret. l. quoniā au. 2. C. de euictio. valebit hodie talè pactū, post prædictā cōstitutionē Leonis, ac si solēni stipulatione firmatū fuisset: quia ablata solēnitate verborū ab stipulatione, remanet pactū nudū, quo di ipse valere præcipit, & valere etiā de iure Regio ambigi ex dictis non potest.

SUMMARIA AD

Caput Decimum.

- 1 **E**xponitur, quid sit parere exceptionē repulsa communi sententiā.
- 2 **O**missa Vbesembechij opinione, traditur, exceptionem, quæ cōpetit ex nudo pacto, prætoriam esse.
- 3 **T**raditur noua ratio, ob quā nudū pactum, non tollat ipsa iure obligationem, reiecta ea quæ adducitur à Duareno.
- 4 **E**x quo nouiter, duobus modis, intelligitur text. §. quos autē solus. inf. de honorū possess. sed parit exceptionem.

CAPUT

Decimum.



M igitur, de pacti nudi origine, diffinitione, & virtute, in producēda actione, tā in Cæsarum,

quām Pōtificū & regni nostri foro, latè tractauerim: operę pretiū erit, vires illius, in pducenda exceptione breuiter explicare. Vlpianus. n. in hoc. §. igitur nuda. Loquens, secū dū suæ ætatis tēpora, pactū nudū, regulariter, non actionem sed exceptionē parere dixit, & bene: quāuis malè ab interpretibus nostris intelligatur: etenim, cum in illius diffinitione, veritatis scopum non attigerint, in effectibus (qui ex eodem manabant fonte) similiter aberrarunt. Putant enim, pactum nudum, non parere actionem, idem esse, quòd nudam & simplicem pollicitationem de donando, nullā producere obligationem, quoad forum exterius: exceptionem autem, id profus, quod si pollicitatio hæc, ad traditionē peruenisset, & is qui tradidit, velit postea, pœnitētia ductus, repetere, excludi possit exceptione, ab eo qui recepit, pposita vel pponēda. Hanc enim esse communem sentētiā doctorū, resoluit Andreas ab Exea, tract. de pactis. n. 456. 457. & 58. sed malè in vtroq; oēs, nā in primo, iam supra ostēdimus, pactū nudū, de quo agit principaliter hic Vlpianus, nō esse nudam pollicitationē: sed omnem contractum innominatum, siue simplicem, siue correspectiuū & cum nullam parere obligationem dicit, intelligitur cum causa, non subest, vt constat ex versic. præcedenti. ibi, sed cum nulla subest causa, præter conventionem &c. in se-

in secundo autem minus bene, nā cum pollicitatio, seu donatio, iam traditione firmata, nec mero iure ciuili, nec prætorio, nec principum constitutione posset reuocari. l. si donationem. §. C. de reuocandis donation. qui rem tradidit, nullam actionem impetrare, eaque de causa, in iudicio experiri nullo modo poterat. l. si pupilli. §. videamus. ff. de negotijs. gest. l. 1. ff. quādo dies vsusfructus legati ced. & cum actio danti non concederetur, exceptio capienti competere minimè poterat: cum exceptio nihil aliud sit, quām actionis exclusio. l. 2. ff. de exceptionib: exclusus enim, noua exclusionē nō indiget.

Quare tu, pactum nudum non parere actionem sed exceptio- nem, idem esse dices, quod pactum nudum, non valere ad producendam obligationem, valere tamen ad illam excludendam & inducendam liberationē: si enim mihi, vel exempto, vendito, vel stipulatu, mille debebas, & ego simplici pacto promittebam, ea non repetere: actio quam habebas ipso iure cōtra me, elidebatur ope exceptionis, virtute huius pacti conuenti, & hoc est quod significat phrasis ista loquendi, hic & alibi vsurpata ab Vlpiano, & reliquis Iuriconsultis ac Imperatoribus, pactum non actionem sed exceptionem parere, vel pactum ad excipiendum, non autem ad agendum valere: quod minuēdarū obligationū, debitorū

& nexorū causa factum, fuisse. s. in quaestione præcedenti docuimus. An autē exceptio hæc, quā pactū producit, ciuili esset, an prætoriam: id est, an prætores, tribuentes has exceptiones: ex iure suo & potestate darent, minuētes vel derogantes aliquid iuri ciuili: an autē ipse de iure ciuili cōpetant, & prætores in earū cōcessione, nil aliud quam exequi & declarare ius ciuile facerēt, disquisitio nō erit inutilis. Vbesembechi, in quo solo hæc difficultatē tactā reperio, in paratitla iuris ciuili, hoc tit. de pactis. n. 10. versicū ergo, in concessione harū actionū, prætores à iure ciuili nō recedere arbitratur: cū hoc inquit diffinitiones iuris ciuili promittant, nā ius ciuile præcipit, vt quod ex pacto nudo solutū est, tamquā naturaliter debitū repeti nō possit. l. debitor. §. §. fin. ff. ad Trebellian. l. inter. 26. §. filia. ff. de pactis dotal. l. cū proponas. 21. C. de pactis, concludit tandem his verbis. Ex quibus intelligi iam facile potest, nihil iure ciuili alienum facere Prætorem, cum ex pacto nudo exceptionem pollicetur: nā exceptio actionis exclusio est, quare qui excipit ex pacto, vel exceptionē à Prætore sibi dari, hoc nomine petit, is pculdubio possidet aliquid, ex pacto, hoc est aut recipit aut retinuit, nescio quid, quod alioquin ab eo actione aliqua &c. Sed falsa est Vbesembesentētia, & verissima verba, quibus dicit, aut retinuit nescio quid, sic n

profecto se res habet, nam minime intellexit, quid esset pactum, nudum: quid ve producere actionem, vel exceptionem, quo ve ordine illae concederentur.

3 Quare his omnibus omisis, dicentes tu, quod exceptio haec, est praetoria, ab ipsis Praetoribus, & eorum iure concessa, ad elidendam actionem civilem, quae competebar ex praecedenti contractu, sicut fere reliquae omnes exceptiones, in corpore iuris contentae.

Sed sit tandem, ut iam sine dicendi faciam, scire cupias, quare per exceptionem pacti conuenti, de non petendo, actio ex praecedenti contractu, perimeret: non autem tolleretur ipso iure: respondebit Duarenus, qui id solus tetigit, in tractatu de pactis. c. 6. n. 5. id Praetores ausos non fuisse facere, ne aperte legis seu iuris civilis auctoritate viderent conuellerent. Sed ea responsio minime nobis satisfacit, nam Praetores, omnimoda habebant potestatem supplendi, emendandi & corrigendi ius civile propter publicam utilitatem, ut Papinianus refert in. l. 7. ff. de iustitia & iure, nec propter id, in aliquod odium incurrebant, nec poterant incurrere: cum eorum edicta, summa semper haberent equitatem: ac proinde laudem maximam apud omnes, detractionem autem apud nullum certe mererentur: ex eoque nil timere debuissent.

Qua ratione dicentes tu, Romanorum Republicam, moribus & politico administrandi cuncta, genere insign-

nem, sic certos & solennes inducendarum & tollendarum obligationum habuisse modos, ut extra illos, obligationi civis Romani, nulla esset facultas civilis: exempla sunt, acceptilatio in stipulatione, rescriptio in nominibus, numeratio in pecunia creditae, & sic in alijs: quare cum pactum conuentum, de debito non petendo, nec inductum, nec expresse approbatum esset a iure civili, ad tollendam obligationem, quia iure civili, pacta nulla producebant actionem, sed id inductum fuisset a praetoribus, non potuit ipso iure (quod ius civile significat) virtutem & obligationem primae conventionis civilis tollere: & hoc est, quod Iurisconsultus Ulpianus docere voluit, in. l. 32. ff. de reg. iuris, nil tam naturale est (inquit) quam eo genere, quidquam dissolui, quo colligatum est: ideoque verborum obligatio verbis tollitur & c. eadem ratione, nulla praecipio honoraria, siue a praetoribus, siue ab edictibus, vel a tribunis plebis promulgata, iuris civilis constitutiones, ipso iure tollere poterat: quia diuersae erant legum latorum species, & hoc est quod traditur ab Imperatore Antonino, in. l. 5. C. eodem, dum debitorem, qui partem soluit, de parte autem non petenda pactum conuentum fecit: pro illa parte, iure civili, pro hac autem, iure praetorio liberatum esse rescripsit: quia horum primus a iure civili, secundus autem a iure praetorio, ortum dissolvendae obligationis habue-

habuerunt.

4 Hinc colligi potest, vera interpretatio ad textum, in. 5. quos autem solus. inst. de bonorum possessionibus. Quam Accursius, Bartolus & reliqui, tam veteres quam recentiores, assequi minime potuerunt, ut constat ex his, quae ordinarij ind. 5. quos solus, & in. l. 1. C. qui admitti, friuole comminiscuntur, & noui Antonius Roscius. lib. 3. memorabilium. capit. 10. & 11. Raynaldus Corrus. libr. 3. indagatorum. capit. 4. Bellonus. libr. primo, supputatorum. capit. 10. Fortunius, in hac. l. iurisperitorum. 5. Praetor ait, quorum interpretationes, adducere omisimus & confutare: ne molestiam quam illorum commenta lectori importaremus. Reiectis igitur his omnibus, verus (ni fallor) intellectus ad illum textum hic fit. Cum ius a Praetoribus constitutum, quod honorarium dicit, etsi pars esset iuris civilis scripti (samo hic ius civile pro iure vniuerso Romanorum) non tamen esset ius civile, quod merè civile est, quod in legum latione & veterum Iurisperitorum interpretatione consistit. l. 2. 5. his legibus latis. ff. de origine iuris, ea ratione docuit Iustinianus, praetores facere haeredes non posse: non quidem simpliciter, sed ipso iure: ut constat ex illis verbis. Quos autem solus vocat praetor ad hereditatem, haeredes quidem ipso iure non fiunt. Ius enim praetorium, ab ipso iure (cu-

ius appellatione, quasi per antonomasiam, merum civile contineri supra docui) maxime differt, & illis Iurisconsulti nostri tamquam prorsus diuersis uti solent, ut constat ex Ulpiano, in. l. si vnus. 5. pactus ne peteret, infra eodem titulo. Pactus ne peteret (ait) postea conuenit, ut peteret, prius pactum per posterius eliditur, non quidem ipso iure, sicut solet tolli stipulatio, per stipulationem, si hoc autem est, & ideo replicatione eliditur exceptio, & in. l. prima. in fine. ff. quod falso tutore auctore, nisi forte (ait) praetor decreuit, ratum se habiturum, id quod his auctoribus gestum est: tunc enim valebit, per praetoris tuitionem, non ipso iure & in. l. si vsus fructus. 9. 5. illud sciendum. ff. de vsu fructu, quemadmodum caueatur, illud sciendum est (inquit) siue iure ipso, quis vsu fructum habeat, siue per tuitionem praetoris, nihilominus cogendum esse fructuarii caueere & c. & in. l. 1. 5. haec autem actio. ff. de exercitoria actione, & ex Caio in. l. si quis vsu fructum. 29. ff. de vsu & vsu fructu legato, licet iure civili (inquit) mortis & capitis diminutione, ex persona legatarij pereat vsus fructus, quod huic ipso iure acquisitum est, tamen praetor iurisdictione sua, id agere debet, ut idem seruet & c. ea igitur de causa, praetores, non possunt haeredes facere ipso iure: quia haeredes ipso iure, sunt illi solum, qui lege, Senatus consulto, vel Principum constitutione

fiunt hæredes: quod Iustinianus factis manifestò docuit, in hoc eodem s. nisi interpretes nostri, illi sicut & reliquis, quæ intelligere non poterunt, densissimas tenebras offundissent. Quos autem (inquit Imperator) solus vocat Prætor ad hæreditatem, hæredes quidem ipso iure non fiunt: nam Prætor hæredem facere nō potest (intellige tu textū, ut ex principio iam relato constat, ipso iure) per leges enim tantum, vel similem iuris constitutionem, hæredes fiunt, veluti per Senatuscōsulta, & cōstitutiones principales, sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, loco hæredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Quibus ut arbitrò expresse constat, impotentiam Prætorum, non esse referendum ad hoc, ut hæredes facere nō possint, sed ad id tantum, quod hæredes facere nō possint ipso iure: ut ex principio. s. (ex quo reliqua sunt semper interpretanda. l. regula. 9. s. & licet. ff. de iuris & facti ignorantia) supra probavi. Quod ex proposito Iustiniani, in eo titulo, & verbis præcedentibus, fortius confirmabitur. Iustinianus enim, ut ex titulo seu rubrica colligi potest (ibi de bonorum possessionibus) generaliter voluit docere, quibus modis, & qua ratione, bonorum possessiones fierent & concederentur: quare cum in principio tituli dixisset, Prætores ius bonorum possessionis introduxisse, emen-

dandi veteris iuris gratia, nam si alienus posthumus hæres fuisset institutus, quamvis hæreditatem iure civili adire non poterat, cum institutio non valeret, iure tamen honorario bonorum possessor efficiebatur, in. s. aliquando, qui præcedens est ad hunc nostrū, quos autem, subiungit, ut omnes modos concedendi bonorum possessionem, recenseret: quod Prætores, aliquando etiam pollicentur bonorum possessiones, non emendandi aut impugnandi veteris iuris gratia, sed magis stabilien- di, & firmandi, ut videri potest, in illis qui rectè testamento facto, hæredes instituti sunt: quibus concedunt Prætores, bonorum possessionem secundum tabulas, & illis qui ab intestato sunt hæredes, ad quos inquit Imperator, pertinet hæreditas iure civili: & cum hos modos tribuendi, bonorum possessiones, tam in emendando, quam confirmando iure civili, retulisset: addit postea. Quos autem solus vocat Prætor ad hæreditatem, hæredes quidem ipso iure nō fiunt: quæ si clarius dixisset, non debes intelligere, quod cum prætor solus, emendando ius civile, vel inducendo ius de nouo, bonorum possessionē alicui concedit: facit illum hæredē ipso iure, sicut cum tribuit bonorum possessionem legitimis hæredibus ab intestato, vel institutis in testamento rectè facto: nam cum hoc, nil aliud sit, quam cōfirmatio iuris

iuris civilis, & sic substantiam capiat à iure civili, illum autem à iure prætorio, vis & effectus vnus, ad aliud referri nō debet: cum diuersa sint iura, ut supra diximus. & ipse Imperator satis insinuat, in dict. s. quos autem: nam per particulam illam (autem) quæ aduersatiua est, ostendit se ibi agere, de diuerso iure, de quo antea egerat: & cum de iure civili, in. s. aliquando, præcedenti, tractasset, ut patet tibi, sed & remota quoque bonorum possessione, ad eos hæreditas pertinet iure civili: nunc incipit agere, de iure prætorio, ut constat ex illis verbis, quos solus vocat Prætor, quod verum est, hæredes facere non posse ipso iure: quia non est ius merè civile, quod erat necessarium, ad hoc, ut aliquid diceretur fieri ipso iure: quid autem intersit, quem fieri hæredem ipso iure, vel per tuitionem Prætoris, alterius erit instituti: Si autem secundò, communem sequutus sententiam, impotentiam Prætorum, ad efficiendos hæredes simpliciter, velis referre, spre- tis Bartoli, Pauli & reliquorum rationibus, intelliges tu, idcirco id fuisse constitutum, quia cum vtrumque ius, proprias quasdam voces, actiones, & nomina, sibi solis haberent competentia: non potuit, quod vni iam erat accommodatum, ad aliud propriè referri. Quare cum verbum hæres, iuri civili à principio indi-

tum fuisset: prætorio postea propriè non potuit tribui: ne successores à diuersis iuribus constituti, eisdem nominibus confunderentur: quod illo tempore, vtriusque iuris authores, magnopere fugiendum curabant: hoc autem illi qui populi Romani ritus, & formulas, in omnibus propè rebus vstitas, assidua veterum lectione cognouerint, minimè mirabuntur.

His ergo, quoad. s. igitur nuda, sic latè explicatis, prætermisso. s. quinimo. s. ut puta. s. adeò, ad interpretationem. s. Prætor ait, accedamus oportet: cum, quia ex ferè duobus (qui nobis deficiunt) annis, ad conficiendum orbem studiorum nostrorum (si utamur (ut me vsurum spero) eo privilegio, quod Salmanticensis Academiæ leges, nobilibus scio impartiri: ut anno vno prius quam reliqui, secundos huius scientiæ honores (vulgo gradum licenciatus vocant) assequi possint: vnum (quī solūm reliquus erit) partim ut libellus hic censura Regij. Consilij approbari, partim ut typis postea mādari, ante licentiā nostrā possit, necessarium video: tum etiam, quia eorum intelligentia ex his quæ nos in. s. præcedenti diximus, & in sequenti latiùs afferemus, colligi nō difficulter poterit.

SVMMARIA AD

Caput Vndecimum.

Yy 4

Accur-

- 1 Accursij, Bartoli & communis ad hunc textum intellectus rejicitur.
- 2 Alius Raphaelis Fulgosij exploditur.
- 3 Tertius Vaconij, ut minus aptus refutatur.
- 4 Alia noua adducitur interpretatio, ad hunc textum, repulsi quæ Ferreto, Conanno, Duareno, Vuesẽbechio, Hotomano & alijs, pactum conuentum à pacto, tanquam speciem à genere differre, latè ostenditur.

Prator ait, pacta cõueta, quæ neque dolo malo, neque aduersus leges, plebiscita, Senat^o cõsulta, edicta, decreta Principũ, neque quo fraus cuiquam eorum fiat, facta erũt, seruabo.

CAPV T

Vndecimum:



Artol^o (quod mirũ videri potest, barbaris eius sequacibus) tanto topere, hui^o text^o difficultate præsus est, vt ingenue fateatur, illum à se, præ nimia obscuritate non intelligi. Cum enim Vlpianus supra, in. s. igitur nuda, pactum nudum ad producendã actionem iure Romanorum, infirmum ac debile esse docuerit: quomodo hic prætor, se pacta seruaturum pollicetur, Bartolus non assequitur: nec reliqui, qui vsque ad nos, titulum hunc fuerunt commentati: vt ex his quæ nũc dicem^o, apparebit. Accursius autẽ, in primo scholio, verbo prætor, præsentiens hanc difficultatem, quam uis Bartolus falso iactet, contrariũ hoc à nemine antese, vidisse formatum (sic loquitur) ex sententia

Mar. quẽ allegat: sic solui posse paucis monstrauit. Superius dictũ est, pacta quẽdã, ad excipiendũ, quẽdã ad agẽdũ valere, de quibus autem pactis intelligat, prætor determinat, secũdũ M. quod idem est, ac si apertius dixisset: cũ supr. Vlpianus docuerit, quædam pacta producente actionem, alia autẽ exceptionẽ: dicit nunc, se illa seruaturũ, eo modo, quo supra declarauerat: si erant valida ad actionem, data actione: etsi ad exceptionem, data exceptione: addens præterea, hoc nõ intelligi, in illis, quæ vi, dolo, & frau de celebrata fuisse probaretur &c. Hanc expositionẽ Martini & Accursij (etsi in modo solum illam tradendi, variant Doctores) sequuntur ferè communi cõsensu omnes, Bartolus, Laudensis & Paulus de Castro. num. i. Iaso. 7. Fortunius (nimia qua solet verboritate) à principio. s. cum quinque sex ve paginis sequentibus. Orosius, Duareno, Eguinarius Baro, Cuiacius, Vuesẽbechius & Petrus Calefat^o hic. huius enim verbi (seruo) & (seruare) hanc naturam & proprietatem autumãt: vt sit idẽ, quod custodire in eodẽ robore & autoritate, qua antea erant: idq; prætorẽ solum fuisse pollicitũ, concordĩ cõsensu respondet: illos tñ omnes egregiẽ deceptos fuisse, nec mentẽ Vlpiani hic, fuisse assequutos (cũ nostrã referam^o sententiã) latius p̄babit^o. Semper. n. cũ lex aliquid præcipit obseruari, data actione fore semper intelligendũ,

ligendum, Iurisconsulti monent. Paulus in. l. i. ff. de conditione ex lege, Vlpianus in. l. statuas. ff. de acquir. rerum domi. Caius in. l. quoties. ff. de actio. & obligationib.

Quare Raphael Fulgosius, in alia diuersa opinione persistit, putat enim, quod pollicitatio prætoris, in pactorum obseruatione, restringi debeat ac limitari, ad pacta liberatoria: illa enim, quæ reum à vinculo obligationis, quo tenebatur, vindicant: actionem parere, ad liberadũ dicit: & de his intelligendum Vlpianum hic: sed merito, eius opinio improbatur communiter à doctoribus, etsi veras ad improbandum rationes omittat: tu autẽ has accipe. Prima est, quia pacta liberatoria, non pariũt actionem, sed exceptionem, vt Paulus in. l. si vnus. s. pactus ne peteret, apertè docuit, & alij, alibi sæpe. Secunda, quia de pactis his liberatorijs, iam egerat idem Vlpianus, in hac. l. iuris gentium. s. igitur nuda. dũ dixit, igitur nuda pactio, actionem non parit, sed parit exceptionem, idest pacta, nõ valent ad agẽdũ, sed ad excipiendũ: quod tũc solum habere locum; nos supra exposuimus: cum pactum liberatorium interponitur: tunc enim, iure prætorio, eliditur per exceptionem pacti conuenti; actio iuris civilis, quæ competebat, ex aliquo contractu præcedẽti. Quare superflua erit, eiusdem rei repetitio. Sed cum Fulgosius non intellexisset,

quid in illo. s. igitur nuda pactio, actionem non parit, sed parit exceptionem, Vlpianus voluerit, nõ mirum, si in explicatione huius, sicut reliqui, defecerit.

Aliter sentit Vaconius, lib. i. de clarificationum c. 21. putat enim, pacta conuenta, de quibus hic Vlpianus, eadem esse, cum pactis legitimis, de quibus Paulus, in. l. legitima. sup. cod. quem sequitur Marcus Antonius Aquilinus, in rub. de verborum. sed eandem quã superior, reprehensionem meretur: etenim, cum iam de pactis legitimis, actum fuisset, quid opus erat, obseruationem pactorum legitimorum, toties inculcare: præsertim, cum ad propositum, de quo hic Vlpianus, tamquã res prorsus aliena, minimè pertineret.

Quare nos, cõsiderantes altius, Vlpiani mentem, quam ex præcedentibus & subsequuntibus, solemus sæpe colligere: aliũ trademus ad illum, verũ (ni fallimur) germanumquẽ, suã ad edictum interpretationis sensum: quẽ existimamus, contentiosis quibusdam exceptis, quibus veritas nõquam placuit, reliquis omnibus placiturum: ita vt vniciquẽ pateant, etiam responsiones, ad has quas confingunt antynomias, & varia diuersorum obiecta (quæ leuia non videntur) facilliter dissoluenda. In qua parte, sicut in reliquis, necesse est contra receptam hactenus interpretum omnium sententiã pugnare: ab illa

que omnino desistere, quod non ignoro, quam durum & temeritatis plenū, primo aspectu videatur, praesertim his, qui (vt Plini' iunior ait) numerare magis, quam ponderare sententias didicerunt, quorū numerus, in hac nostra facultate, non est perexiguus: sed id certè vt eueniat, parui facio, apud quē plus semper vera ratio ponderis est habitura, quā vulgi, hoc est indoctorū & Barbarorum opinio.

Vlpianus igitur, vt hæc omittamus, non pollicetur, se seruaturū pacta simpliciter, vel quod idem est, omnia pacta, vt interpretes nostri perperā arbitrant: sed pacta solum conuenta, vt constat ex illis verbis. Prætor ait, pacta conuenta &c. Inter quæ, maximam esse differentiam, supra lib. 2. docui, modo quē latius ostendam. Pactum est nomen generale, ad pactum simplex, quod existit de se, & ad pactum conuentum, quod adhæret alij conuentioni, vel nominatē vel legitimæ: pactū simplex, nunquam producit actionem, nisi lege, Senatusconsulto, aut alia simili iuris specie confirmetur: pacta autem conuenta, semper producant actionē: cum in continenti adijciuntur, siue adijciant siue detrahant aliquid obligationi: & ex interuallo, semper cum detrahunt: & de his pactis conuentis, loquitur Vlpianus hic: quod ex sequentibus potest probari. Primò, ex continuatione eiusdem. s. ad præcedentes, cum enim

Vlpianus, in hac lege, principalior rem huius tractatus de pactis partem, singulari suo contextu voluisset comprehendere: postquam egit à principio legis, vsque ad. s. igitur nuda pactio, de vna specie pacti, in genere sumpti, de pactis simplicibus, de illis videlicet, quæ existunt de se, vt sunt ferè omnes contractus innominati simplices & corespectiui: aggressus est à. s. quini-mo, explicationem secundæ speciei, de pactis scilicet conuentis, de illis quæ adijciuntur alij contractui, actionem producēti, cuius virtute, quia in continenti istud conuentū adijcitur, producit actionem, tamquam pars ipsius contractus, illi enim inesse docuit Papinianus, in l. pacta conuenta. ff. de contrahenda empt. & ex Iuliano, Marcello & Pomponio, probauit Vlpianus hic: & hanc materiam cōtinuauit, vsque ad hunc. s. Prætor ait, inclusi uē: & cum de his tractaret Vlpianus, verissimum dicit, prætorem pollicitum fuisse, pacta conuenta seruaturum: id est actionem daturum, ad eorum compulsionem & executionem: quia insunt ipsis contractibus: qui actionē producant, & sic tamquam eorum pars semper iudicantur: qua de causa, arbitror Martinum, Azonem, Accursium, & reliquos interpretes, male contextum hunc. Prætor ait. à. s. præcedenti seiunxisse: cum vtriusque vna & eadem sit materia, & ad idem propositum ab Vlpiano accom-

accom-

accommodata: nam in. s. adeò. docere voluit, pacta conuenta, adiecta bonæ fidei iudicijs, actionē producere, ad id quē, exemplum attulit de emptione & vèditione, quas re non sequuta, dissolui posse, pacto quocumque adiecto dixit, ex sententia Pomponij, lib. 6. ad edictum, à quo, argumentum sic desumpsit. Si emptio dissolui potest in totum pacto conuento, ergo & pars eius reformari, seu mutari: quod tamquam à maiori ad minus, validum esse rectè sibi ex sententia eiusdem Pomponij, persuasit. Vnde illud etiā admisit, quod Pomponius lib. 3. actionum, docuerat, posse scilicet, in parte recedi ab emptione, pacto adiecto, quasi repetita partis emptione, & exemplum Iuliani æquo modo: aiebat enim, quod cum duo heredes extiterent emptori, si venditor, cū altero pactus est, vt contractus emptionis dissolueret, rectè pro hac parte valere pactum, & sic quantum ad hunc, solum relinqui primum contractum, & quantum ad aliū insolutum: concludit tandem, has duas Iuliani & Pomponij sententias, sibi placere: rationem reddēs, in hoc, quē alij vt paragraphū diuersum constituerunt, quia videlicet prætor, generaliter pacta conuenta, quæ neque dolo malo, nec aduersus leges &c. Fiant, se seruaturum pollicetur: in quo generali dicto, illas conuentiones præcedentes contineri, rectissimè existima-

rectis-

uit. Secundò probari potest, pacta conuenta, esse has cōditiones: quæ adijciuntur alijs contractibus ex. l. pacta cōuēta. ff. de cōtrahēda emption. vbi Papinianus, volens de pactis conuentis tractare, solum agit de his pactis, conuentionibus, seu cōditionibus, quæ adijciuntur alijs contractibus, quod ex totius tituli discursu, melius cōstabit: nam cum ille, sic sit conceptus: de contrahenda emptione, & de pactis inter emptorem & venditorē conuentis, nullam in eo legem cōtētā videmus, quæ de pactis simplicibus, abstractis ab alio contractu valido loquatur: & quæ de pactis conuentis loquuntur, in quibus pars rubricæ seu tituli verificatur, omnes in his cōditionibus ad præcedentes contractus reperiuntur. l. sed & Celsus. 6. s. si fundus. l. hæc vèditio. 7. l. si in emptione. 34. l. qui fundum. 40. l. cum ab eo. 41. l. Labeo, si mihi bibliothecam. 50. l. si quis sub hoc pacto. 56. l. si cū fundum. 68. l. qui fundum. 75. l. cū manu lata 80. ff. eod. cū alijs: quod tertio ex titulis Codicis confirmabis, sunt, n. in Codice, tituli duo, primus lib. 4. de pactis inter emptorem & venditorē cōpositis, seu conuentis. Secundus lib. 5. de pactis conuentis, tam super dote, quam super donatione ante nuptias, & paraphernis: in quibus, de nullo alio tractatur, quàm de his cōditionibus seu pactis adiectis, emptioni, vèditioni, dotib' ante nuptias, para-

para-

paraphernis, & similibus: quas cōmuniter, leges cōtractus solent Iurisconsulti & Imperatores, in locis relatis nuncupare: quod si idē esset pactum, quod pactum conuentū, cū de pactis, titulus sit etiā in Codice, sequeretur vnum, alterum ve inutilem remanere: cum in vno, fat esset alterius leges contineri: ac tandem nullibi (nisi me opinio & memoria fallit) in toto iure civili reperies, pactum conuentum, pro pacto simplici, sine cōherentia ad alium contractum, vsurpari: quod vt ostenderent nostri iuris auctores, voci (pactum) aliam (conuentum scilicet) adiecerūt: qua (vt me fert existimatio) significarent, pactum conuentum, esse pactum, quod adijcitur alii conuentioni: aliter enim, superflua relinqueretur, eiusdem rei pacti & conuenti repetitio: cum pactum dixisse sufficeret, vel conuentum.

Vnde nascetur, male huius nominis (pactum conuentum) vim Emiliū Ferrerum percepisse, in 5. praterca, instructio. de exceptioni. dum illud à pacto simplici, in hoc patat distinguere: quod pacta, iussu debeant iudicis fieri, vt cautio iudicio liti, iudicatum solui, rem ratam haberi: pacta autem conuenta esse, quae solo vtriusque paciscentis fiunt: sed titulus integer de pactis, in Digesto & Codice, qui de simplicibus est, huic opinioni aduersatur: quibus constat, pacta esse & proprie

dici, quae sola contrahentium conuentione consistūt: nec minus falsi sunt Franciscus Duarenus hic, Vuesembecius in paratitela huius tit. Hotomanus in tractat. eodem Connanus lib. 5. comment. iuris civilis capit. nume. 9. dum inter pactum & pactum conuentum, nullam putant esse differentiam, vel si qua est, addit Connanus, pactum appellari existimat, quod vnus tantum obligationem habet: vt si promisi tibi centum, conuentum verò, quod vtriusque fidē adstringit, vt transactio. In quo duplex vitium inest, vnum in eo, quod promissionē simplicem dando, pactū de quo hic titulus est nūcupatus, proprie esse dicat, cū sit verè pollicitatio, quā à pacto distingui, ostēdit Vlpianus, in l. pactū. ff. de pollicitatio. & nos copiose lib. 1. c. 8. q. 5. Secūdū, in eo quod, vnus obligationē, pactū continere arbitretur: cum omnes contractus cōrespectiui, de aliquo dando vel faciendo, sint verè & proprie pacta, vt sup hoc eod. lib. 3. c. 8. docuimus, quibus vtramq; partem obligari, nec Connanus, nec aliquis vnaquā distēbitur. Iuriscētiū, in principio. l. naturalis, cum suis. §. ff. de praescriptis verbis. ac tandem ex his, addiscet Cuiacius, quid inter vtrumque, pactum & pactum conuentum interfit: quod non posse in iure reperiri dixit: pro vt nos sup. lib. 1. c. 8. q. 5. retulimus. vbi promissimus, in huius loci interpretatione,

tione, hanc differentiam, hebeti ingenio nostro partam, libenter illum edocturos: quod an recte à nobis praestitū fuerit, syncerius lector doctus iudicabit. Hæc quoad intellectum huius textus, in decisione sua principali: quare de his quæ loco exceptionis posuit Vlpianus, ibi, quæ neque dolo malo, neq; aduersus leges, plebiscita, Senatus consulta, edicta, seu decreta Principum, neque quo fraus cuiq; eorū fiat &c. Disputationem suscipere necessarium erit: cum ex vetera eorū cognitione, plurimum & difficilium locorum iurisciuilis, pendeant intellectus.

S V M M A R I A A D Caput duodecimum.

1. *Reiecta Petronij, Isidori & Donati, verbi (dolos) etymologijs, alia adducitur, ad intellectum textus in l. si ex plagis, §. tabernarius. ff. ad l. Aquilam. §. l. i. §. 2. ff. si quadrupes paup. fecerit. dicatur.*
2. *In intelligenda doli diffinitione, Accursij opinio & exempla rejiciuntur.*
3. *Bartoli dicta reprobantur.*
4. *Expunctio Versiculi (machinationem quādam &c.) à diffinitione doli, quam Hotomanus & Russardus faciunt, non admittitur.*
5. *Alia expunctio Versiculi (cum aliud agitur &c.) facta à Cuiacio repellitur.*
6. *Quaedam interpretatio Renardi ad hunc textum, tamquam diuinativa & falsa rejicitur.*
7. *Alia Equinarij & Petri Vellei de Gueuara confutatur.*
8. *Diffinitio doli, quam Labeo tradidit, & approbavit Vlpianus, in l. i. §. dolum. ff. de dolo. reiecta alia Seruij, non defenditur.*

tur. & explanatur: dolumque, sine simulatione committi posse, triplici exemplo monstratur: tradito intellectu ad Vlpianum, in hac l. iuriscientium. §. pactorum. & alijs auctoritatibus in contrarium adductis.

Quæ neque dolo malo.

C A P V T Duodecimum:



Vlpianus, cum in confirmatio nem, sententiæ Iuliani & Pomponij, de pactis conuentis seruandis, edictum Prætoris citauisset: ad didit etiam exceptiones, quas in eodem edicto, prætor naturali inhærens æquitati proposuerat: quibus actiones, pactorum conuentorum (si impetraretur) elidi postea, in executione potuissent, sic. Prætor enim ait, pacta conuenta, quæ neque dolo malo, neque aduersus leges, plebiscita, Senatus consulta, edicta seu decreta principum, neque quo fraus cuique eorum fiat, facta erunt, seruabo. in quod edictum, visus est mihi Prætor, diuini Platonis sententiā, lib. 34. dialogo. ii. de legibus, tamquam à vero nature fonte trāstulisse. ibi enim, Plato, docens magistratus, quo modo contractuum & cōuentionum curam essent habituri: ait, si quis nō videatur, pacta seruasse, nisi lex aut decretū prohibeat, aut necessitas, vel vis illata coegerit, aut inopina

tus casus inuitum detinuerit: in alijs, non seruati causam pacti, tribunal iudices cognoscant: nisi vicini aut arbitri prius recōcilauerint. Inter has igitur exceptiones, quæ pactis conuentis obijci possunt: illa primò ab Vlpiano refertur, quæ de dolo malo nuncupatur: ea autē quæ sit, vt melius lector intelligat, à nominis etymologia, & rei diffinitione, initiū disputationis sumēdū erit. D. Isidorus, lib. 5. etymolo. c. 26. huius vocis (dolos) originem, duplicem refert. Prima est, quod dolus dicatur, ex eo, quod deludat: aliud enim agit, qui dolo utitur, & aliud simulat. Secunda est, ex sententia Petronij, vt dolus dicatur, eo nimirum casu, vbi aliquid factū est, quod legi dolet: & sic dolus, quati à legis dolore: sed recipi minimè potest, cum etiam doleat legi, quod cōtra ipsam, expressò fit: id tamen factum, qui doli naturā agnoscunt, dolo admissum esse nō concedent. Aliter Aelius Donatus, Terentij interpres, in Eunuch. act. 3. Scena. 3. dolum à lædendo dictum esse ait: id est adolando, vel quod idem est, minuendo: nā & δολος Græcis læsio dicitur: & dolare fabri, cum lignum ascia cędūt. Hanc deductionem sequutus est Rebuffus in. l. hæc verba. 69. de verbor. signif. ea tamē cum literarum nonnullas habeat trāspositiones, nō arridet: ideo magis placet, vt dolus, à verbo Græco δολος id est fallo ac decipio, nūcupetur: nā dolus, nō

solū fraudē in dolatione, seu diminutione rerū cōtinet: sed fallaciā in verbis, vt postea dicemus: qua ratione, flagellū, intra cuius virgā pugio est, quod fallat, seu dicipiat ferro, cum speciem ligni præferat, dolo seu dolo nuncupatur à Virgilio lib. 7. Aeneid.

Pila manu, seuosque gerunt in bella dolentes.

Vbi Seruius notauit: vnde intelleges Alfenum, in. l. si ex plagis. 53. 5. Tabernarius. ff. ad. l. Aquiliam. qui sic inquit, Tabernarius, in semita, noctu supra lapidem, lucernam posuerat: & quidā præteriens, eam substulerat: tabernarius eum sequutus, lucernam reposcebat, & fugientem retinebat: ille flagellū, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium ceperat: vt se dimitteret &c. Sic legitur in Florentinis, sed malè: cū legi debeat, in quo dolo vel dolo inerat: id est pugio quidam, ad feriendum: vt ex sententia Beroaldi, scripsit Budeus, in annotationibus prioribus ad pandectas. Cuius simile mendum animaduertendum erit, in. l. 1. §. 2. ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. vbi Iurisconsultus Vlpianus, sic scribit. Et generaliter, hæc actio locum habet: quoties contra naturam, færa mota, pauperiem dedit: ideoque, si æquē dolore concitatus, calce petierit, cessare istam actionem: sed eū, qui equum percussit, aut vulnerauerit, in factum magis, quàm lege Aquilia teneri: non enim

enim debet legi, dolore concitatus, vt reperitur in omnibus Codicibus: sed dolore concitatus: illo. n. solitos fuisse Romanos, equos concitare, colligi satis aperte potest, ex Tranquillo, in Claudio, vbi sic ait. Reperti & equestris ordinis duo, in publico, cum dolore, ac venatorio cultro præstolantes: alter, vt egressum theatro, alter vt sacrificantem apud Martis ædem, adoriretur: ob hanc rationem, doli mali symbolum, laqueum ponebant veteres: quod laquei & insidie in occulto tendantur, ad fallendum: vt Pyerius Valerianus, refert lib. 48. de sacris Aegiptiorum literis: & lib. 16. terrestrem Scorpionum, doli hieroglyphicum esse recensuit: ob id nimirum, quod vt est apud Sophoclem & Nicandrum, occultè & sub omni lapide insidiari soleat. Hæc quoque etymologiam nominis, tractare libuit: quia duabus legibus adductis, non mediocrem lucem afferre posse, perspeximus.

In diffinitione autem doli mali, maior inest, nō solū apud iurisperitos, sed apud Iurisconsultos nostros, difficultas: vt constat ex. l. 1. §. dolum. ff. de dolo. Seruius enim Sulpitius, dolum malum, ita diffinit: machinationem quandam, alterius decipiendi causa, cum aliud agitur, aliud simulatur: quam Labeo idè reprehendit, quia posse ait, & sine simulatione id agi, vt quis circumueniatur: posse & sine dolo malo, aliud agi, aliud simula-

ri: sicut faciunt, qui per huiusmodi dissimulationem, seruant & tuentur vel sua, vel aliena: itaque ipse sic diffinit, dolum malum, esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis diffinitio vera est, hæc Vlpianus, in d. l. r. §. dolum. ff. de dolo. cuius verum intellectum, iurisperiti nostri, adimendo nonnulla, & alia diuinando, se non percepisse, demonstrat: quorum nouiores, vt omittamus modo: de illis acturi postea: quid dicant veteres, prius inspiciamus. Accursius, Labeonis reprehensionem, de diffinitione doli, sine simulatione, in furto & rapina, verificari contēdit: in his enim, quamuis sit dolus, non adest simulatio: cum manifesto delictum admittatur. Sed vera ne sint, an falsa hæc Accursij exempla, nunc late discernendum erit. Primum est de furto. Petrus Velleus, in cap. quodā, cui de diffinitione doli, titulu inscripsit, quod ad finē sui operis extat: exemplū hoc doli sine simulatione, in furto, falsum esse dixit: rationem reddēs, & fortasse falsiore me: quia sine simulatione (ait) & fraude, committi furtum non potest: norunt (addit) hæc, & Iustiniani, vel ex furti diffinitione: furtum est contrectatio, rei fraudulosa, lucri faciēdi gratia, vel ipsius rei, vel etiā vsus eius, possessionis ve, quod lege naturali est prohibitum admittere:

tere: itaque sic legendum docet, Anton. Aug. lib. 4. emendation. c. 4. vel ex furti notatione & etymologia, quã ita exhibet Imperator: furtum, vel à furto, id est nigro dictum est: quòd illud obscure fiat, & plerumque nocte: vel à fraude, vel à ferendo, id est auferendo, vel à Græco sermone quo *φορτὴ* appellat fures. Hæc Velleus, quæ mihi minimè possunt probari, ex eo, quòd simulationem, in furto consistere, ea sibi persuadeat ratione: quòd diffiniatur à Iustiniano, fraudulenta rei alienæ contrectatio: in verbo enim illo fraudulenta, non voluit comprehendere, dolum & simulationem, vt Velleus putauit: sed damnum & detrimentum, & sic sensus erit. Furtum est contrectatio rei alienæ, damnosa: vel quòd idem est, contra voluntatem domini, siue in re, siue in usu, siue in possessione, ut statim comprobabo latius. Igitur exemplum Accursij de dolo, sine simulatione, in furto verificari poterit? sed mihi non placet: quia furtum regulariter, non committitur nisi occultè, domino non vidente, sed ignorante, vt ex furti etymologia, relata supra constabit: & ad hoc, vt dolum verè committatur, necessarium est: quòd actus geratur sciente illo, cui fit dolum, et si dolum ignorante: vt in pactis & conuentionibus dolo, certere licet: quæ nisi duobus, aut pluribus contrahentibus celebrari non valent, vt Vlpianus docuit

in l. i. s. i. sup. eod. Secundum de rapina, minus satisfacit, nam quid magis fallaciæ (quam necessariam fore adesse doli voluit Labeo & Vlpianus) quàm clara læsio, quid machinationi occultæ, magis quam vis manifesta poterit aduersari? Nec aliquid Accursio opitulabitur, Iustiniani constitutio, quam in illius confirmationem, afferri posse, Velleus vbi supra dixit. s. quia tamen, inst. de vi bonorũ raptorum. vbi Iustinianus inquit ita competit hæc actio, si dolo malo quis rapuerit &c. Nam pro vt nos aduertendum ducimus, ibi non voluit dicere, quòd in omni rapina, inest dolum: sed quòd in illa rapina, in qua dolum committitur, dabitur actio, vi bonorum raptorum: tunc autem quis rapere dicitur dolo malo (nisi dolum malum, pro omni scelere, vel malitia, velis assumere, quòd nõ erit improprium, vt postea dicemus) cum fingens, se adinere rem suã, vim facit, ad extorquendam rem alienam: ideo autem, hanc mentionem de dolo, in raptu fecit Imperator: quia sunt aliqui raptores, qui dolum, in accipiendo per vim, id est malitiam in acceptione non admittunt: et si admittant, in accipiendi modo, per iuris imprudentiã, vt sunt illi, qui iusto errore decepti, credunt ab iniquis possessoribus, se illa admisisse: quibus tamẽ, ne via inueniatur, per quam iniusti homines, suã exerceat auaritiã, existimationẽ hanc

hanc putatiuam, prodesse non voluit: parificans omnes raptores, siue verè dolosos, qui simulatione fingunt, monstrantes se sua capere vel rapere, siue malitiosos seu sceleratos, qui per vim, omnia et si iniuste se facere videant, & demonstrant, audent efficere, siue eos qui iusto errore decepti possent alioquin, a pœna de raptu excusari: ne (vt dixi) iniqui homines, occasione inde captarent, qua fraudem conficti sui erroris, conarentur occulte: quòd nam congruè, ad Iustinianum adaptetur, illius literam referam, qui sic ait. Quia tamen ita competit hæc actio, si dolo malo, quis rapuerit: nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens iuris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat, etiam per vim, rem suam auferre à possessoribus, absolui debet: cui scilicet conueniens est, nec furti, teneri eum: qui eodem hoc animo rapuit: sed ne dum talia excogitantur, inueniatur via, per quam raptores impunè suam exerceant auaritiã, melius diuilibus constitutionibus prospectum est: vt nemini liceat, vi rapere: vel re mobilẽ, vel semouentem: licet suam eandem rem existimet, sed si quis contra statuta Principũ fecerit, rei quidẽ suæ dominio cadere: sin autem, aliena res sit, post restitutionẽ ei, etiã estimationẽ eius rei præstare &c. Quibus tamẽ concluditur, opinionẽ Accursij, & eius exẽpla vera nõ esse.

Bartolus, in d. l. i. s. dolum, duobus verbis (quæ ille summe commendat) cõterus, nõstri text. difficultatẽ absoluit: quorũ primũ superuacancũ, secũdũ vero falsum est: in primo. nõ laudat Accursiũ, quòd bona exempla (sic ille loquitur) attulerit, vbi aliud agitur, & aliud simulatur, siue dolo: quasi Labeo & Vlpianus, exempla non attulissent, ad suã doctrinæ confirmationem: cum dixerunt, sicut faciunt, qui per huiusmodi dissimulationem, seruant & tuentur, vel sua vel aliena: sed Accursius, Labeonis reprobationem, in diffinitione Seruij, exẽplis suis, primus illustrasset. In secundo ait, dissimulationem hanc, quæ fit, ad defensionem propriam vel alterius iustam, dolum non esse: quòd Vlpiano Iurisconsulto manifestè aduersatur, in d. l. i. s. non fuit, immediate sequenti. vbi dissimulationẽ hanc, dolum esse sed bonum docet: quòd nos postea distinctius explicabimus. Bartolum & Accursiũ sequuntur reliqui antiquiores, quos mihi videre contigit.

Ex recentioribus autem (cum inter illos, magna discordia sit, in videndo, qua ratione Seruius à Labeone fuerit reprehensus) nonnulli sunt, qui arbitrentur, Aquilij & Sulpitij nimiam breuitatẽ in diffinitione doli, à Labeone fuisse notatã, sicq; corruptã esse legẽ primam. ff. de dolo, affirmat: legendãq; esse, sic. Dolum malum, Seruius quidẽ ita diffiniuit, cũ aliud agitur, aliud

simulatur: ac proinde totum illud verficulum (machinationem quādam, alterius decipiendi causa) non à Seruio Sulpitio adiectum, sed ab studioso quodam ex subiecta Labeonis diffinitione sumptum fuisse: cuius rei confirmandæ, hæc potissimum afferunt argumenta. Primum est, quod Tullius C. Aquilij & Seruij Sulpitij, familiarissimus: doli mali diffinitionem, his solis verbis retulit, cum aliud agitur, & aliud simulatur. lib. 3. officiorum. Secundum argumentum est, quia si Seruius dixisset, dolum malum, esse machinationem, alterius decipiendi gratia: cum aliud agitur, & aliud simulatur: sine iusta causa, imo ridiculè sanè, à Labeone fuisset reprehensus, cum verbosa & exaggerata illa Labeonis descriptio, nil aliud, quàm concina & breuis illa diffinitio Seruij, contineret: sic Hotomanus, in commentarijs Vetrinarum, & obseruationum lib. 1. c. 12. & Ludouicus Russardus, in notis ad ius civile. in. d. tit. de dolo.

Iacobus Cuiacius, in interpret. d. l. 1. multo aliter euenire existimat, diffinitionem n. Sulpitij, tamquam superfluam & redundantem à Labeone reprehensam suspicatur: satis enim Sulpitium fecisse, doli diffinitioni arbitratur, si solum dixisset, illum esse machinationem quandam, alterius decipiendi causa: sicque reliqua illa (cum aliud agitur & aliud simulatur) tamquam superuaca-

nea à diffinitione doli reijcienda fore putauit: secundum sententiam Labeonis: cum simulatio contineatur in machinatione, alterius decipiendi causa: sed conuinci potest Cuiacius, ex verbis eiusdem Labeonis, relatis ab Vlpiano, ibi, Labeo ait, posse sine simulatione id agi, ut quis circumueniatur: posse & sine dolo malo, aliud agi & aliud simulari: quibus constat expressè, verficulum illud (cum aliud agitur, & aliud simulatur) à Seruio Sulpitio adiectum fuisse: quandoquidem, Labeo duplex in illo peccatum reprehendit. Primum est, quod aliud dicat agi, aliud simulari, in dolo: & sic faciat simulationem, partem necessariam doli, cum possit dolum, sine simulatione committi. Secundum, in eo quod dolum malum dicat, cum quis agit aliud, & aliud simulat: cum possit iustissimè quis, aliud agere, & aliud simulare, sine dolo malo: cuius ipse diffinitionem susceperat, sicut faciunt, qui per huiusmodi simulationem, seruāt vel tuentur sua, vel aliena.

Quare Iacobus Ruardus, aliter huius textus difficultatem exponit: ait. n. quod Gallus Aquilius, fuit primus auctor, diffinitionis doli, ut testatur Tullius, lib. 3. officiorum. quæ quauis placuisset Ciceroni, ut ibidem testatur, displicuit Seruio Sulpitio, Collegæ suo, paululum Cicerone perspicaciori: vidit. n. Seruij, diffinitionem (quæ primò de dolo malo excogitauerat Caius Aquilius) latè quoddam subesse vitium, quod nec ab ipso Aquili

Aquilio, nec à Cicerone deprehensum, facilè re diffinitam poterat subvertere, quare cum vir esset prudens, et amici & collegæ honori plurimum consulere, non est in eam quidaceruius meditatus: sed illam, adiecta quadam clausula, necessaria aduersus quorundam derisorum peruicaciam, muniuit: considerat enim Ruardus, quod Caius Aquilius, diffiniuit dolum, cum aliud agitur, & aliud simulatur: & cum Seruius, longo rerum usu esset exercitissimus, vidissetque, posse & sine simulatione id agi, ut quis circumueniatur, posse & sine dolo malo, aliud agi & aliud simulari, ac per hoc, diffinitionem illam Aquilij, omnino subverti posse: adiecit hanc clausulam, dolum malum esse machinationem quandam, alterius decipiendi causa, cum aliud agitur, & aliud simulatur: & quamuis absoluta esset satis diffinitio Seruij, dicens, dolum esse machinationem quandam, alterius decipiendi causa, sine alia adiectione, cum aliud agitur & aliud simulatur: noluit Seruius detrahere hanc particulam postremam, quamuis superuacaneam esse perspexit: singulari erga amicum vsus beneuolentia, ut illius videlicet diffinitio, aliquo modo sustineretur: postea autem, cum Antistius Labeo, deprehendisset, pro ea qua præditus erat, plurimarum rerum innouandarum auiditate (testante Pomponio in. l. 2. ff. de origine iuris) id aperte facere,

non dubitauit: quod parcens amico Seruius Sulpitius, attetare non fuerat ausus: diffinitioni nimirum doli mali, traditæ à Seruio, ea verba detrahens: quibus integra Caij Aquilij diffinitio, antea concepta fuerat, illa scilicet (cum aliud agitur & aliud simulatur) & sic in effectu, Caij non Seruij diffinitionem reprehendens. Hæc Ruardus in. l. contractus. 23. ff. de regul. iuris. veram sententiam. l. 1. §. 1. de dolo malo, arbitratur: sed cum directo aduersetur Vlpiani contextui, in eadē. l. 1. §. dolum, ubi diffinitionem doli mali, quod sit machinatio, alterius decipiendi causa, cum aliud agitur, & aliud simulatur, Seruio Sulpitio, tamquam proprio auctore certo refert: non est, quare diuinatione hæc Ruardi, nullo firmo rationis vel autoritatis fundamento suffulta, expressè Vlpiani interpretationi debeat præualere: quare opinionem hæc, etsi approbatam à Martino Antonio, in eadē. l. contractus, in principio, in historica interpretatione, merito reijciendam existimo.

Non desunt alij, quibus Seruij Sulpitij diffinitio, de dolo, ut sit machinatio quedam, alterius decipiendi causa, cum aliud agitur & aliud simulatur, magis quam illa Labeonis, laudata ab Vlpiano, in fine. d. l. 1. §. dolum. placuerit. Caius enim Aquilius, eandem tamquam veriorē tradidit, ut Tullius agens de dolo Pithij erga Cæstum. lib. 3. officiorum, refert: nondum (inquit) Aquilius collega et familiaris meus, pro-

tulerat de dolo malo formulas, in quibus ipsis, cum ex eo quererem, quid esset dolus malus: respondebat, cum esset aliud actum, aliud simulatum: hoc quidem sanè luculenter, & ab homine perito diffiniendi &c. Idem Cicero probavit illà, in Thopicis ad Trebatium, com mode (ait) tractatur hæc argumentatio, quæ ex genere sumitur, cū ex toto persequare partes, hoc modo, si dolus malus est, cū aliud agitur & aliud simulatur, enumerare licet, quibus modis fiat: deinde, in eorū aliquē, id quod arguas dolo malo factū, includere: quod genus argumenti, i primis firmū videri solet, & Iulius Paulus lib. 1. receptarum tit. 8. vbi diffiniens dolum malū: ait, dolus malus est, cū aliud agitur, & aliud simulatur: quæ diffinitio D. Augustini non displicuit, sæpius. n. quā nūc referre sit necesse, illa vitur. Tomo enim. 9. Psal. 5. enarrās illū versiculum. Virū sanguinum & dolosum abominabitur dominus. Sanguinū (inquit) adoperantem iniquitatē referas: dolosum ad mendaciū, dolus enim est, cū aliud agitur, & aliud simulatur: in eandem sententiā interpretatur Psal. 14. 31. & 49. & Tomo. 9. cap. 1. Ioannis tractat. 7. declarans illud Saluatoris, de Nathanaele testimonium. Ecce verè Israelita, in quo dolus non est: ita ait, dolus dicit dominus, & omnis qui verba latina intelligit, scit, quia dolus est, cū aliud agitur & aliud fingitur: dolus fraus est, simula-

tiō est, quando aliquis, aliquid in corde gerit, & aliud loquitur: dolo sus est, & tamquam duo corda habet: rursus Tomo. 10. lib. 50. Homiliarū, Homil. 20. de interpretatione verborum, Petri Apostoli agēs. 1. Pet. 2. deposita omni malitia, & omni dolo, & adulatione & detractione, tāquā modo nati infantes, rationale & innocēs lac cōcupiscite: quid est (inquit) malitia, nisi nocēdi amor, quid dolus, nisi aliud agere aliud simulare? quid adulatio, nisi fallaci laude seductio: id etiā probavit D. Isidorus. lib. 5. etymolog. c. 26. dū inquit, dolus est mētis calliditas, ab eo quod deludat: aliud. n. agit, & aliud simulat: sic similiter Sextus Pedius, Iurisconsultus, & quod magis pro hac opinione facit, illū sequutus Vlpianus, qui à nobis pro lege obseruādus traditur, in hac. l. iuriscētū. §. dolus malus. diffinitionē hāc doli, videntur amplecti: dū docent, quid sit dolus his verbis Pedius ait, dolo malo patētū sit, quoties circūscribēdi alterius causa, aliud agitur, & aliud simulatur: his. n. autoritatibus deceptus Eguinarius Baro, & post eū, multo magis Petrus Velleus, vbi supra audacter, ne dicam temerè à perfecta Labeonis diffinitione discessit: illum & cum sequutum Vlpianū reprehēdēs, Seruij q; Sulpitij descriptionē, etsi mātā cōplexus. Sed cū Labeonem, quem iurisciuilis sciētia, Capitonem Attēium Iurisconsultum sapientissimum superasse, refere

refert Tacitus lib. 3. annali. legūq; ac morū populi Romani, & iurisciuilis doctissimū, Aulus Gellius, lib. 3. noctiū Atticarū. c. 10. tradit: Vlpianus noster sequatur, & Vlpianū, quæ præstantissimū & Iurisconsultorū Principē vocat Modestinus. li. singulari. de excussation. tutor. prudētissimum Dioclecianus in. l. D. Marco. C. de quæstionib' tāquā Augustū suum vel prædecessorum suorum rescriptum vel legem Imperator Iustinianus, ex Triboniani consilio tradiderit, non potest non esse falsa, aduersa huic, eruditi alioquin Vellei & Eguinarij opinio: nec satis iuridica est illius responsio, dicentis, Labeonem (cuius diffinitio recepta est à Iustiniano) insanum fuisse appellatum, ab Horatio. lib. 1. sermo. Satyr. 3. & Vlpianum illius sequacem, crudelissimum fuisse Christianæ religionis hostem (referēte Corrasio in. l. multum interest. 34. num. 4. ff. de verb. oblig. Duareno. lib. 1. de sacris ecclesiæ ministris ca. 14) & Tribonianum virum assentatorem, fraudulentum, religionis contemptorem, ac nundinatorem iuris, autoribus Harmenopolo & Suida & ex nostris Anton. Roscio lib. 1. memorabiliū. c. 14. Nā si attēti cōsiderasset, Horatiū, ideo Labeonē insanum nuncupasse, vt Augusto Cæsari blandiretur: cuius tyrannidem, veritatis amicus Labeo & in corruptæ libertatis, vt ait Tacitus, publicè reprehendebat, referente

Aulo Gellio. lib. 13. noctium Atticarum. cap. 12. & Cornelio Tacito suorum annal. lib. 3. & Vlpianum etsi crudelissimum religionis hostem, vt ipse sibi persuasit, quod non est vsque adeo certum, quamuis Lanctātius referat, illum rescripta Principum, cōtra Christianos. lib. 5. Procōsulis collegisse, vt doceret quibus pœnis oporteret affici, eos qui se Christi cultores profiterentur: à Iustiniano, religioso, Christiano, & iustissimo Principe, fuisse approbatum: & sic illius responsum, propriam Imperatoris legē, effectum fuisse: testante eodem Imperatore. in. l. 1. C. de veteri iure enucleando. quod ea nostra facimus, quibus auctoritatem nostram impartimur: vidisset proculdubio, à Labeonis & Vlpiani diffinitione, à Iustiniano probata, tāquam à lege iustissima, minimè fore recedendū. Nec placere potest euasio illa, qua dicit, his legibus se posse cogi, vt fateatur, vt assentiatur autem non sic: quod sibi iā dudū persuaserit, q; Lanctātius lib. 5. diuinarū institutionū. cap. 11. ait, & constitutiones sacrilegæ, & disputationes iuris peritorū leguntur iniuste: & scriptum à Cicerone lib. 1. de legibus. verissimū esse, quo dicit, stultissimū esse existimare, omnia iusta esse, quæ scita sunt in populorū institutis: nā quāuis illis liberè cōcedam, aliquando in regnis, vel Rebus publicis, pro utilitate regū, seu potius tyrannorū, leges cōstitui: eas tamē in eo sta

tu iniustitiæ, perpetuò durasse, vel durare posse (nisi gentes barbaræ sint omnino) constanter negabo: cum vel desuetudine ciuium, vel contraria sequentium regum positione, tolli & abrogari, iustissimè sit præsumendū: præsertim de his Romanorū legib⁹, quas à numinibus fuisse cōstitutas, fatetur Diuus August. lib. 2. de ciuitate Dei, & per ora Principum, diuinitus promulgatas, Ioannes Octauus, summus Pontifex, in epistola ad Ludouicū Regem, & refertur in c. nemo de annorum. 16. q. 3. Imperator Iustinianus, in l. 1. C. de veteri iure enucleādo. & in l. si. C. de prescriptio. longi temporis.

Quare his omnibus relictis, nodū huius difficultatis, nos diuerso modo dissoluēdū arbitramur: existimantes, sprete prima Seruij Sulpitij diffinitione, aliam quā Labeo tradidit, & approbavit Vlpianus, verissimam esse: & quamuis Petrus Velleus & alij, dolum sine simulatione, committi non posse arbitrentur, posse sine dubio, ex hac nostra disputatione cōprobabitur. Ad cuius intelligentiam, verba vtriusque diffinitionis referam, & qua potero diligentia explanabo. Vlpianus, Seruium Sulpitium, sic dolum diffinisse commemorat, in dicta. l. 1. §. 1. ff. de dolo. Dolum malum, Seruius quidem ita diffinit, machinationem quandam, alterius decipiendi causa, cum aliud agitur, & aliud si-

mulatur: quam tamen, Labeonem reprobasse ait, hoc modo. Labeo autem ait, posse & sine simulatione, id agi, vt quis circumueniatur: posse & sine dolo malo, aliud agi, & aliud simulari: sicut faciunt, qui per huiusmodi dissimulationem, seruant & tuentur sua vel aliena: duplici igitur nota, Labeo Seruij diffinitionem afficit: prima, in eo quòd dolum dicat esse simulationem, cum possit dulus consistere, sine simulatione: & quamuis exemplum, quo huius doctrinæ veritas constaret, nullū Iurisconsultus referat, nec illa quæ Accursius & reliqui adducunt, aliquo modo satisfaciant, vt supra ostendi: tripliciter nos id tradi posse cogitauimus. Primò enim, dulus sine simulatione consistit, cum reticemus ea, quæ dicenda erant, ad aliquem decipiendum, vt si verbū gratia, emeris à me domum, quæ alij debet seruitutem, & ego sciens vitium, non detexerim inest contractui dulus, vt docet Vlpianus, in l. 1. §. 1. ff. de actionib. empti, nō tamē adest simulatio, sed dissimulatio. Hoc enim inter vtramq; interesse, Grammatici rectè docēt, quòd simulatio, consistit in affirmandis his, quæ non sunt, vt si domus deberet seruitutem, & interrogatus, an esset libera? liberam esse responderim: dissimulatio autē, in tacēdis his, quæ cum alter ignoraret, ne deciperetur, necessariò erant exprimenda: sicut in exemplo

plo reticentiæ seruitutis sup. adducto, diximus: quod Tullius sensit. lib. 3. officiorum. dum ait, dulus autem malus, simulatione & dissimulatione continetur, quod ibidem eiusdem Ciceronis & aliorum auctoritatibus, Petrus Marsius, Ascēsius, Franciscus Maturācius & alij, diligenter notarunt: & antea doctus Nicolaus Perottus, Episcopus Sypuntinus, in commentarijs ad Martialem. 1. epigramm. in illo versiculo.

Dissimulet que Deū, cornibus ara frequens.

Vel secūdo, dulus erit sine simulatione: si sumamus dolum, pro omni scelere, vel malitia, siue occulta, siue manifesta: hac enim acceptance doli, Iuriscōsultos nostros frequentissimè fuisse vsos, agnosco. Et primum (vt à iure antiquiori incipiamus) lege duodecim tabularum, vindicatum fuisse dolum in tutela, testatur Tullius. lib. 3. officiorum, Vlpianus, in l. 1. §. 1. de suspectis tut. & Iustinianus Imperator, in §. 1. inst. eod. dolum autem, ibi non vsurparunt leges duodecim tabularum, pro simulatione fraudulenta, sed pro quacumque malitia, scelere, vel lata culpa, vt constat ex l. tutor. 3. §. nunc videamus. ff. eodem. Nunc videamus (ait Iurisconsultus) ex quibus causis suspecti tutores remoueantur, & sciendum est, ob dolum in tutela admissum, suspectum licere postulare: si forte grafsatus in tutela sit, aut sordide se-

gerit, vel perniciosè pupillo, vel si aliquid interceperit, ex rebus pupillaribus, iam tutor & c. quo quid clariùs ad opinionem hanc nostrā confirmandam, nil excogitari posse, video: quod confirmatur ex §. tutores, eadem. l. vbi eos qui per uicaciter, seu quod idem est, pertinaciter & malitiosè pecuniam pupillarem, ad prædiorum comparationem nolunt emere, vt suspectos & dolosos tutores repellendos dicit Vlpianus, & dulus in pertinacia nō nisi clarò committi potest, & ex l. impuberibus. 7. §. si nō fraus, ibi, si non fraus admissa sit, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, remoueri hūc quasi suspectum oportet. Sic dolum malum pro malitia mala (vt cum Plauto in Aulularia loquar) Martianum scripsisse scio, in l. qui cēt. 5. ff. ad l. Iuliam, de vi pub. vbi lege Iulia de vi publica, eum teneri affirmat, qui dolo malo aliquē incluserit, obsederit, feceritque quominus sepeliatur, quo magis funus diripiatur, distrahatur & c. Et sic verificatur dulus, in clara malitia, sicut illud quod refert Vlpianus, in l. qui dolo malo. 10. ff. eodem, vbi eum qui fecerit dolo malo, vt iudicia tutō non exerceatur, aut iudices (vt oportet) nō iudicēt, vel is qui potestatem, Imperiūve habet, minus quam eius erit, discernat, imperet, faciat, teneri lege Iulia dicit: cum dulus in his, manifesto admittatur, sicut in casu etiā,

quem refert Martianus, in. l. 1. ff. de vi priuata, vbi eos qui dolo malo, aliquid ex naufragio diripuerint, teneri lege Iulia de vi priuata docet: quod procedere, in eis, qui manifestè hoc direptionis crimen committunt, absurdū erit negatu: sic similiter lege Cornelia de sicarijs, vel incendiarijs, illum puniendum fore, idem Martianus author est, in. l. 1. ff. ad. l. Corneliam de sicarijs, qui hominem dolo malo occiderit, vel cuius dolo malo factum fuerit homicidium, vel incendiū: quod locum habiturum, in his qui clara malitia, aliquem occidunt, vel mandant occidere, sine aliqua simulatione, vel in his, qui aliquā domum vel insulam manifesta vi exuserint, nullus diffitebitur, cum ex. §. Diuus Adrianus, ead. l. & ex. l. in lege Cornelia. 8. & l. si quis dolo malo. 10. ff. eodē, possit comprobari: sic lege Pōpeia de parricidijs cū cautum esset, cum qui patrem, matrem, auum, auiam &c. occiderit, cuiusue dolo malo factū erit, capitali pœna plectendum: locum habere illius decisionem, in his qui manifesta impietate & crudelitate, parentes suos iubent occidi, negabit nemo: sic lege Cornelia de falsis teneri videmus, illum qui dolo malo, falsum testamentum signauerit, signari ve curauerit. l. lege Cornelia. 9. l. hodie qui. 32. ff. ad. l. Corneliam de falsis, sic dolo malo edicta prætorum corrumpere dicuntur, qui ex scientia & malitia, taci-

ta vel expressa corrumpunt, vt cōstat ex Vlpiano in. l. si quis id quod. 7. ff. de iurisd. omnium iud. sic tandem, cum lege Iulia peculatus & sacrilegij, ablatio rei sacræ, publicæ, vel religiosæ, dolo malo facta interdiceretur, in illos qui palàm hæc delicta, cū malitia cōmittūt, illam competere colligi potest, ex. l. 1. & sequentibus. ff. ad. l. Iuliam peculatus. quod in lege Plagiaria, de his qui liberos homines scienter, dolo malo vel emunt, vel vendunt, procedit. l. legis Flauia. 3. ff. ad legem Flauia, de plagiarijs: ac tandem in omnibus criminibus, adiectum videmus, si dolo malo fiant, cuius sermonis hic proprius est sensus: si non Iusto errore, vel ignorantia fiant: sed scelere, & malitia, siue tacita siue expressa: nam si de tacita solum intelligeretur, maior delictorum pars remaneret impunita: cum leges non essent, quæ crimina clarè commissa, præciperent castiganda: cum solum in dolo malo, seu simulatione admissis, loquatur: quod fateri res erit plena periculi. Iuuat hæc secūdam sententiam maximè, quod Tullius lib. 3. de natura Deorum, refert: agēs de formula Galli Aquilij, qui primus fuit illius inuentor, vt idem scribit lib. 3. officiorum. vocat. n. formulam de dolo, à Gallo expositā, euerriculum malitiarum omnium. Sic inquit. Inde iudicium publicum rei priuatæ, lege Lectoria, inde euerriculum malitiarum omnium

omnium, iudicium de dolo malo, quod Catus Aquilius, familiaris noster protulit &c. qua ratione, ex actibus meticulosis, de dolo actionem competere, respondit Iulius Paulus. lib. 1. receptarum. titulo. 8. Vlpian⁹ in. l. apud Celsum. 4. §. metus causa. ff. de doli. exceptione. & ex alijs (præter simulationem) malitijs, dari: plura in iure extant responsa. l. & eleganter. §. non solum. §. si quadrupes. l. 13. §. fin. l. 20. lib. 33. l. 35. 36. ff. de dolo malo.

Vel tertio, potest consistere dolo, absque simulatione, quotiescumq; est dolus in re, cuius exemplum per commodum retulit Vlpianus, in. l. si quis cū aliter. 39. ff. de verb. his verbis. Siquis cum aliter, cum conuenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate iuris obstrict⁹, sed doli exceptione vti potest: qui enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio: idem est etsi nullus dolus intercesserit, stipulantis, sed ipsa in se dolum habeat, cum enim quis petat ex ea stipulatione hoc ipso dolo facit, quod petit. Eius autem species sic potest proponi. Ego cum optarem amicum. N. Præsidem creari, promisi tibi centum, si Præses crearet, & tu vel falsis credens rumoribus, vel epistolis & nuncijs deceptus, Præsidem, illum fuisse creatum, tibi & mihi persuaseris, eaque ratione feceris, me illa centum ad crastinam diem promittere: si tunc cum crastina die li-

tem cōtestaris, scias conditionem impletam non fuisse, verè dolum committis, quamuis nihil simules, quia illa centum, crastina die tibi debentur, iure ciuili inspecto: cū enim in stipulatione, quidquid exprimitur, ad præcisam obligationem valeat, & quod omittitur, minime cautum existimetur. l. quidquid adstringendæ. ff. de verb. obligation. perinde habetur stipulatio, ad crastinam diem, ac si pecunia realiter credita, crastina die solui debuisset, ex stipulatu. Quare cum illa petis, tibi restitui quia debita, & verè sunt debita de iure ciuili, nihil simulas: committis tamè dolum: quia petis quod iure naturæ tibi non debetur, sciens & prudens verè non deberi: & sic datur dolus sine simulatione, idem iuris est, in omnibus promissionibus factis indistinctè, sine præcedenti naturæ obligatione, vt si v. g. vi, vel metu, à te extorsero stipulationem de præstando mille, tunc cum petis mille ex stipulatione, coram iudice, nihil simulas, quia petis mille debita: quæ verè sunt ciuilitè debita: at quia scis naturaliter & per exceptionem Prætoriam ea non deberi, committis dolum. Idem etiā procedit, in literarum obligatione, absque eo, quod pecunia numeretur, de quo in principio inst. de literarum obligat. & in. l. 2. C. de non numerata pecunia. Et clariùs ostendi potest, ex alio quod refert Tullius exemplo, lib. 3. officiorū,

in publica rerum venditione, sciores esse plures magni pretij, quas ut minimi emam, rogo, suadeo, & artibus etiam adstringo, eos qui possunt eas, vel volunt emere, ne pluris sed minoris, quàm ego, aestiment, ut venditores, cum cernant res sic à cæteris vilipendi, addicant mihi, quanti ego velim: tunc certe ego cum emo, nil simulo: quia cum velim emere, verè ostendo velle emere, dolum tamen & fraudem admitto, quia efficio meis machinationibus, ut alter iniuste decipiatur, quod ius gentium seu naturale abhorret, corrigitque, iuris Prætorij disciplina, hac doli formula proposita, ut ex Tullio ubi supra colligi potest.

Quibus tandem, satis confirmatam arbitror, manere, Vlpiani de diffinitione doli tradita à Seruio, primam reprobationem: ut dolum sit sine simulatione, quamuis inter pretes nostri, veram illius reprobationis rationem non percipientes, admissio Seruio, Vlpianum iniuste condemnent: reliquum modo est, ut de secunda reprobatione, non nihil videamus.

Secundum accusationis caput, in eo continetur, quòd cum Seruius diffinitionem doli mali traderet, addidit ad illius ultimam differentiam, cum aliud agitur, aliud simulatur: quod proprium est etiã doli boni, secundum Vlpianum, qui sic ait. Possit & sine dolo malo, aliud agi, aliud simulari, sicut faci-

unt, qui per huiusmodi dissimulationem, seruant & tuentur vel sua vel aliena. Sic enim David, cum extimisset valde, à facie Achis Regis, Geth insaniam simulans, immutauit os suum, coram illis, & collabebatur inter manus eorum, & impingebat inter ostia portæ, defluebantque salinæ eius in barbam, ut refertur. 1. Reg. capit. 21. Sic & Rachel, patris Labam, & mariti Iacob iram reformidans, cum idola sublata à domo paterna abscondisset, inter stramenta Cameli, & sedisset desuper, ne patri omne teritorium scrutanti assurgeret, iuxta consuetudinem fœminarum: sibi accidisse simulauit &c. Gen. 31. sic Salomon, ad eruendam veritatem, latentem in iudicio, filium litigiosum simulando secari iussit. 3. Reg. capit. 3. & refertur in. capit. afferre mihi gladium, de præsumptione. Sic de Alexandro Magno, historiarum testantur, quòd dum patrem & filium simul, homicidij reos, in carcerem longo tempore detrusos detinisset: nec aliquo pacto cognosci posset, vter eorum homicidium fecisset, ambos ad patibulum duci iussit, finxitque prius filium suspendi, in præsentia patris, quod cum pater videret, conscientia sceleris conuictus, se delictum admisisse palam confessus est, & filius liberatus. Sic Diuus Petr' Apostolorum Princeps, cum esset Antiochiæ, simulauit se obser-

se obseruare legalia, non ut iugum super ceruices credentium imponeret, sed ut eis consuleret, qui ex circumcissione crediderant, quibus dat' erat Apostolus. Sic Diuus Paul' ipse veritatis Doctor eximius, Corinthios ad lumen euangelij duxit, Ego (inquit). 12. ad Corinth. 12.) vos non grauavi, sed cum essem astutus, dolo vos cepi. Sic tandem, omnes qui hostes, tã publicos quã priuatos, aliqua simulatione decipiunt, eorum intentionem frustrates, dolum committunt: quia verè aliud agunt, & aliud simulant, nõ tamen committunt dolum malum, quia non peccant, imo merentur, maximè, ut Ammian' Marcellin' scripsit. l. b. 17. nullo (inquit) discrimine virtutis ac doli, prosperos omnes laudari debere, bellorum euentus &c. & Virgilius.

Dolum an virtus, quis in hoste requirat?

Quare optimus Imperator Lyfander dicebat, ubi Leonina pellis deficit, Vulpinam esse assuendam, quod refert AEmilius Probus, in illius vita, & Tullius lib. 3. officiorum. Nam & Iosue, ipso auctore Deo, hostibus suis insidias struxisse legitur, Iosue. 8. cap. vnde August. lib. quæstionum. 6. cap. 10. Cum quis bellum (inquit) susceperit, vtrum apertè pugnet, an ex insidijs, nil ad iustitiã interesset: quod foret dicendum, si vera esset Seruij Sulpitij diffinitio, dicentis, dolum malum esse, simulationem ad alte-

rum decipiendum, cum aliud agitur & aliud simulatur, nam verificatur in superioribus, quod admittendum non est.

Nec his obstabit aliquid, Pedij sententia, laudata ab Vlpiano, in hac l. Iurifgentium. s. pactorum. versic. dolo malo, in hunc modum illam referente. Dolo malo ait Prætor, pactum se non seruaturum, dolum malus fit calliditate & fallacia, & ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quoties circumscribendi alterius causa, aliud agitur, & aliud agi simulatur. Nam quamuis difficillimum solutu visum fuerit Petro Velleo, in. d. cap. de dolo. faciliter à te solui poterit, si aduertas, Pedium & Vlpianum, non tam diffinitionem doli mali, quàm speciem seu exemplum quoddam illius retulisse: ut constat ibi, Dolo malo pactum fit &c. non tamen negauit, quin abstracta omni simulatione, dolum committeretur, in reliquis casibus, de quibus nos supra, longam fecimus mentionem: quo tandem fiet satisfactio, Diui Augustini, Iulij Pauli, Ciceronis & aliorum auctoritatibus, affirmantium, dolum committi in simulatione.

Quibus sic suppositis, & exploratis notarum Labæonis & Vlpiani, ad Seruium rationibus: opportunè modò, de vera doli mali, ad nostri & aliorum iurium intellectum, diffinitione, quæritur: quæ ab eodem Vlpiano, in. d. l. 1. s. dolum. petenda est, ibi enim Vlpianus, Labæonis

beonis diffinitionem à se probatâ, sic retulit, itaque ipse sic diffinit (loquitur de Labeone) dolum malum, esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum, adhibitam: Labeonis diffinitio vera est. Et tamen si Hotomanus, tam in commentarijs Verrinarum, quàm in obseruationibus, hanc nihil à prima Seruij, nisi in verborum superfluitate, differre senserit: contrarium multo verius esse, credendum est: quod explanato diffinitionis contextu, clarum apparebit: dixit calliditatem, loco generis, æquipollet enim malitiae, quare idem est ac si dixisset. Dolum malus, est versutia quædam seu malitia mala: (Fallaciam & machinationem) posuit loco speciei, seu vltimæ differentiae, ad excludendam malitiam, quæ committi potest palam, & sic in effectu, hoc vult diffinitio, vt dolum malus, sit malitia in fallacia & machinatione. Fallacia autem, committitur in verbis, venit enim à for, farris, quod loqui significat, & inde falsus, fallacia, propterea quod falso, quem decipiat, vt docet Marcus Varro libro quinto, de lingua Latina. Sicque fallacia non potest in re, nisi in verbis committi: machinationem posuit, pro dolo commisso, non in verbis, vt male hic putauit Accursius, sed in re: ac proinde his duobus verbis adiectis, omnes species, quæ in dolo malo con-

tineri possunt, in re & in verbis, comprehendit: reliqua ad circumueniendum, fallendum, decipiendum, correspondent nominibus superioribus: & sic circumuenire, est nomen generale, quod correspondet calliditati, & comprehendit, quæ ad fallendum & decipiendum alterum adhibentur: fallere autem, est decipere in verbis: decipere verò (vt sic modo explicanda rei gratia loquamur) est fallere in re: quare Iuriconsultus Labeo, hac sua doli mali diffinitione, hoc in effectu voluit, vt sit malitia, quæ quis vel fallit vel decipit alium, siue verbis & simulatione, siue tantum in re, absque vlla simulatione & verborum lenocinio, vt constat ex exemplis, quæ nos supra latè retulimus.

SVMMARIA AD CAPUT Decimum Tertium.

- 1 **R**epulsis, quorundam de nomine legis Etymologijs: eam à legendo, ex eo quod lex legatur, fore assumendam, probatur.
- 2 Legis ferendæ, mos Romanorum vetus, ab antiquitate repetitur: vnde deducitur, verus intellectus, ad. s. sed quod principi. insit. de iure naturali.
- 3 Plebiscitum quid sit, & eius author & auctoritas, diuersis temporibus explicatur.
- 4 Senatusconsulta quæ essent, & vnde sic vocarentur, explicatur: & de alijs remissiuè, agitur.
- 5 Huius textus versiculus, ibi, Edicta, & de creta, declaratur.
- 6 Alius ibi, neque fraus cui eorum fiat, nouiter exponitur.

Caput

C A P V T

Decimum Tertium.



Ostquam Ulpianus retulit, editum prætoris, de pactis conuentis seruandis: & primam mox, ab hac regula exceptionem addidisset: nisi si dolo fieret malo: aggredditur nunc, secundam de pactis conuentis, contra legem &c. in quo, prudenti quidem & iustissimo vsum fuisse consilio prætoris, agnosceret omnes: quia pacta hæc, iustitiam nullam induunt, quæ ad obseruantiam alioquin sola posset compellere. Cum enim lex (vt scribit Tullius lib. i. de legibus) sit recta ratio imperandi, vel vt. i. de natura Deorum recta ratio, à numine Deorum tracta, honesta imperans, prohibensque contraria: non potest non, quod huic rectitudini & iustitiæ repugnat, inæquale & iniustum esse: ad cuius obligationem, non solum lex naturæ, sed merè ciuilis, prætoris, imperialis & canonica, actionem iustissimè denegarunt. l. si plagij. ff. de verb. s. si ob maleficium. supr. l. pacta quæ contra. C. cod. capit. pactiones. si. extra eod. tit. lex autem, tamen generale sit nomen, quo non solum quorumcumque superiorum, sed doctrinarum & artificiorum præcepta continentur: & testamentorum præterea, contra-

ctuum, & conuentionum conditiones significantur. l. 22. ff. de statu hominum. l. i. ff. de in rem verso. l. legem. C. de pactis. l. 27. ff. communia præd. & toto penè titulo. ff. de contrah. empt. Hoc tamen loco, pro singulari iuris & iustitiæ scriptæ specie, à Iuriscōsulto vsurpatur: ea verò non à ligando, vt quidam volunt: nec à legendo id est eligendo, vt alijs placuit: sed à legendo, ex eo quod legatur, vocis sonum habet: olim enim, diebus comitialibus (sunt autem, dies comitiales vt scripsit Macrobius lib. i. Saturn. cap. 16) in quibus cum populo ageretur (licebat) promulgabatur lex, id est scribebatur, vt præposita trinis nudinis, legi posset, tam à ciuibus, quàm ab his, qui in urbem à rusticis tribubus & colonijs venissent: sic enim Rutilius apud Macrobium. vbi supr. tradit, Romanos nudinas statuisse, vt octo quidem diebus, in agris rustici opus facerent, nono autem die, intermisso rure, ad mercatum legesque accipiendas Romanam venirent: & vt scita atque cōsulata, frequentiori populo referretur, atque trinundino die præposita à singulis atque vniuersis facile noscebantur. Vnde etiam mos tractus, vt leges trinundino promulgarentur, hæc ille. Quare Tullius in. i. orat. in Antonium, contra legem Ceciliam & Didiam fieri significat, si ante perlatæ & in es incisæ, quàm promulgatæ, aut scriptæ fuissent, his verbis. vbi lex Cecilia & Didia,

& Didia, ubi promulgatio trinundinum? ubi pœnæ recentes lex Iunia & Licinia? de separandis capitibus rogationum: & in oratione pro domo sua, conquerens, trinundinum in Publij Clodij adoptione nō esse seruatum, sic inquit, an etiam apertius aliquod ius populi atque legum? si quod in legibus trinundinum esse oportet, id in adoptione satis est, trium esse horarum, nihil reprehendo: sine eadē obseruanda sunt, decreuit Senatus, M. Drusi legibus, quæ contra legē Ceciliam & Didiam lata essent, populum non tenere. Sic Quintilianus lib. 2. Oratoriarum inst. cap. 4. ea vitia quæ legi obijci possent, commemorat, his verbis. Aut enim de iure dubitari potest, eius qui rogat, ut de Publij Clodij, qui non ritē creatus tribunus arguebatur, atque de ipsius rogationis, quod est varium, si non trino forte nundino promulgata, siue non idoneo die, siue contra intercessionem &c.

Ex quo notare licet, illorum rorem, qui ferre vel rogare legem & promulgare, idem esse credunt, & rogationem ac promulgationem: cum multū inter eas intersit, nam promulgare legem, idem est quod prouulgare, seu manifestam facere populo, ut decernat an suadenda esset, an vere dissuadenda: quare cum promulgabatur, nullam habebat rationem legis: cum verō rogabatur, & approbatur à populo, tunc incipiebat esse lex, & vniuersos

obligare: dicebatur autem rogari, vel rogatio, quia postquam magistratus legem laturus, illam scripserat domi, & cum peritis comunicauerat, & ad Senatum retulerat, trinundinoque postea promulgauerat, solebat siue in forum, siue in campum Martium, conuocare populum, & illum rogare: an lex illa, quam præco, subijciente scriba, recitauerat, placuisset formula autem hæc erat. Velitis, iubeatis Quirites (vocabantur Quirites omnes Romani) hanc legem ferri? sic Tullius in oratione pro domo sua. Velitis, iubeatis, ut Marco Tullio, aqua & igni interdictū sit. Sic Gellius lib. 5. noctium Atticar. cap. 19. velitis, iubeatis, uti Lucius Valerius, Lucio Titio, tam iure legeque filius fiet, quam si ex copatre, matreque familias eius natus esset: utique ei vitæ necisque incum potestas fiet, uti patriendo filio est: hoc ita ut dixi, ita vos Quirites rogo. Sic Liuius lib. 22. de verē sacro rogatus, in hæc verba loquutus est, velitis iubeatis, hoc sic fieri, si res populi Romani, Quiritium ad Quinquennium proximum, sicut velim eam, salua seruata erit, hisce duellis &c. quæ omnia si populus sciuisset, id est confirmasset, in tabellis, in quibus scriptæ erant hæc duelliterz. V. R. id est, uti rogas, subintellecto verbo (decernim?) vel alio simili, lata sancitaque remanebat constitutio, proprium legis nomē habens: quod reliquis superiorum præ-

præceptis, veluti Senatorum, Prætorū, A Ediliū curulium & Tribunorum minime accomodabatur: nam singulis singula erant nomina diuersa, à diuersitate authorum indita, ut postea dicemus. Vnde intelleges, textum in. §. sed quod principi placuit, inst. de iure naturali, ibi. Sed quod principi placuit, legis habet vigorem, non dixit, quod erat lex, constitutio principis, quia appellatione legis, solum continebatur, constitutio lata, à toto populo, senatorio magistratu interrogante: sed quod habebat legis vigorem, id est ad obligandum vniuersos, tantam habet Imperatoris constitutio auctoritatem, quantā lex lata ab vniuerso populo: sed quare non dixerit plebisciti habet vigorem, vel edicti Prætorum, nō in legatèr quæri posset: cui satisfactū erit, aduertèdo, plebiscita, Præter plebē, Senatores & patricios cōs, simpliciter non obligasse, nisi post legem Hortensiam: & edicta Prætorum, annuo solum tempore durare, quo durabat cuiuscumque Prætoris iurisdictio. §. 1. inst. de perpet. & temporalibus actio. & cum constitutio principis, perpetuam vim, & quoad vniuersos, nulla statuta differentia facta, haberet: non erat aliqua præcepti species, cui tātopere assimilaretur, quantum legi: quæ perpetua erat, & omnes obligabat, & ea ratione dixit Imperator, cōstitutionem principis, legis habere vigorem.

plebiscita; Plebiscita, ut Attæius Capitolito, apud Gellium lib. 10. noctiū Attic. cap. 20. diffinit, est lex, seu cōstitutio, quam plebs, non populus accipit (scilicet enim, decernere significat & statuere) vel ut Iustinianus Imperator docet, in. §. lex est. inst. de iure naturali, est ius quod plebs, plebeio magistratu interrogante, veluti Tribuno, cōstituatur: licque, vim & auctoritatem habet à Tribuno interrogante, & à plebe respondente, tributis comitijs, eo modo, quo supra, legis condendæ formulam exposuimus. Tribunorū autem principium hoc fuit: Transacto bello Bolscorū, Equorū & Sabinorum, cum plebs à patribus remissionem peteret debitorum, & nexorum contractorum, ut sæpè polliciti fuerant patres, nec obtinuisset: secessionem fecit, illorum crudelitatem timens, in montem Sacrum, trans Annienem fluuium, urbem solam relinquens, anno 17. post fugam Tarquinorū: nec eo anno reuocari in urbem potuit, vsque dum, Senatus ei per decem legatos permisit, ius ipsi fore, magistratum plebeium, contra patriciorum potentiam eligendi: primum autem, duo vel ut Diodorus Siculus lib. 6. tradit, quinque creati sunt, sed anno 296. Horatio & Minutio Consulibus, decem sunt effecti. Liuius lib. 3. Dionysius Halicarnassæus lib. 6. & 10. Romanorū antiq. Pomponius in. l. 2. §. 2. ff. de origine iuris. iisdem temporibus (inquit)

quit) cum plebs à patribus secessisset, anno fere septimo decimo, post Reges exactos, Tribunos sibi in more sacro creauit, qui essent plebei magistrat^{us}, dicti Tribuni, quia olim in tres partes diuissus popul^{us} erat, & ex singulis, singuli creabantur, iura quæ hi statuissent annuente plebe, plebiscita sunt dicta: plebs autē vocat, in qua geres patriciæ nō insunt vt ex Capitone refert Gellius. d. lib. 10. cap. 20. & lib. 15. capit. 27. siue vt Caius in l. 238. ff. de verb. sign. Plebs (inquit) est, ceteri ciues sine Senatorib^{us}, siue vt Iustinian^{us} & Theophil^{us} clarius & generalius. Plebs est, reliqua populi multitudo, exceptis Senatoribus & patricijs, in. 5. plebiscitū, inst. de iure naturali. Quod vero similius redditur, ex eo, quod ante legē Hortensiam, vt docet Pomponi^{us}, in l. 2. §. deinde. ff. de origine iuris, & Iustian^{us}. vbi supr. plebiscitis, nec Senatores, nec Patricij tenebatur, quod fuisset absurdū, si in eorū comitijs tulisset illi suffragia: nec ex istimare debes, ante Quintū Hortensium dictatorem, nūquam plebiscitis Quirites oēs fuisse obligatos, cū anno ab vrbe cōdita. 304. vel vt alij volunt. 306. lex Horatia cōdita fuerit. L. Valerio Potito & M. Horatio Barbato cōsulibus, post repulsam potestatem seu tyrannidem decem virorum, qua vt tradit Liuius. lib. 3. & Dyomisius. 11. decretum est, vt quod tributim plebs iussisset, popul^{us} teneret: ea tñcū vel cōtraria lege, aut desuetudine abrogata fuisset,

renouata est centum & decem postea annis, à Publilio Philone, Dictatore anno ab vrbe condita. 414. vel vt alij volunt. 416. ille. n. cū Cōsul esset, cū T. A. Emilio Mamerco, aduersus rebellantes Latinos, Dictator à Collega dict^{us} est, vt scribit Liuius lib. 8. cuius dictatura (inquit) popularis & orationibus in patres criminosis fuit, atque tres leges secundissimas plebi, aduersas nobilitati tulit: vnā, vt Plebiscita oēs Quirites tenerent, alterā vt legumq; comitijs centuriatis ferrentur, ante initu suffragiū, patres auctores fierent: tertiā, vt alter vtiq; ex plebe, cū euentū sit, vt vtrumq; ex plebeijs fieri liceret, Cōsul crearetur &c. Cum autē Quirites, patricij, & Senatores, graui & iniquo animo tulissent, plebis decretis ligari, & sic multæ inter illos discordiæ nascerentur, vt inquit Pomponius, d. l. 2. §. deinde cum esset, tertiō Plebs secessit in Ianiculum, vt tradit Flor^{us}. lib. 11. epitom. Salust. Plinius lib. 16. naturalis Historiæ. c. 10. Diuus Augustin^{us}. lib. 3. de ciuitate Dei c. 17. cuius seditio vt sedaretur, creatus est Quintus Hortensius Dictator, ano vb vrbe cōdita. 467. à quo lata est lex Hortensia, vt id quod iussisset plebs, sine aliqua dubitatione, in posterum Quirites omnes tenerent: sicque factum est, vt inter plebiscita & leges, species constituendæ interesset, potestas autem esset eadem, vt præter Florum Plinium & Augustinum, testatur Gellius

lius lib. 15. noctium Atticar. cap. 27. Pomponius, in. d. l. 2. & Iustinianus in. 5. plebiscitum. institut. de iure naturali. Vnde non possum non mirari, eruditum alioquin Cōnanum. lib. primo, comment. iur. capit. 12. numer. 6. & Ludouicum Charondas, in additione ad Zasiū, in tractat. de legibus. versic. Hortensia. affirmantes, nulla certa impulsos ratione, errorem inesse apud authores omnes sup. citatos, sicque non. Q. Hortensij dictatoris, sed Marci Horatij Consulis, nomen esse legendum: ac proinde legem Horatiam, reponendam pro Hortensia: cui historiæ veritas, vulgata contextuum litera, expressio refragatur: meminit autem Iustinianus legis Hortensie solum, & non reliquarum, siue quod illæ desuetudine fuissent abolitæ, siue aboleri cepissent (erat enim moris, Romanis, legis vnus constitutione (cum illam contemnerent) in diuersa legum latorum nomina, paucis adiectis vel detractis mutare, vt recentis legis promulgatione & authoris nomine commoti, ad veteris legis obseruantiam, magis incitarentur, vt colliges ex Macrobio libro tertio, Saturnal. capitul. 17. Quod obseruabis, ad plura tam veterum Historicorum quam Iuriconsultorum loca intelligenda, in quibus, si de re vna, plura & diuersa latorum & legum nomina repereris, ne multiplici illarum acceptione

implicatus (vt video plures vel potius omnes, huius materiæ expositores) miserè confundaris. Siue ad veteres duodecim tabularum leges respiciens, quibus sancitum erat, quodcumque postremum populus iusserit, id ius ratumque esto. Hæc de plebiscitis:

Senatus consulta. Hæc sunt decreta, quæ integer Senatus, legitimo tempore & loco, & à personis certis & præscriptis lege, quas refert Gellius. lib. 14. capitul. 17. congregatus constituebatur: quod si aliqua debeat solennitatum defuisset vel intercessum esset, vel quid aliud accidisset, quominus Senatusconsultum iustum fieret, si aliquid decerneretur, quod literis mandari placuisset, non Senatusconsultum, sed Senatus autoritas vocabatur, vt tradit Dion. lib. 55. quod si postea, integro Senatu confirmaretur, Senatusconsulti nomen assequeretur. Senatus autē origo, à Romulo est, vt refert Liuius. lib. 1. Plutarchus in illius vita, Dyonis. Haliarnas. lib. 2. Romanarum antiquitat. Salustius. in coniuratione Catilinæ. & clarius omnibus Zonaræ. lib. 2. his verbis, quæ Latine sic sonant. Romulus, ex his quantum, amplitudine generis, tum prudentia, tum etiam instituto vitæ, clariores essent: centum designauit consiliarios, eosque patricios nominauit, eorum autem, conuentum vniuersum, Senatum appellauit, quem Græci *συνελευσις*

vocant, Senatoribus, idcirco patritiorum nomen est impositum, vel quod ingenuorum liberorum patres essent, vel potius, quod ipsi demonstrare patres suos possent, quippe qui, nobili genere orti, omnes essent, vel etiam à patrocinio (sic autem *πατοκινια* appellant latino verbo Patronos, eos qui præsidium atque opem ferunt, nominabant) sed videamus ne proximè ad Romuli mentem accedat, is qui per hanc appellationem, existimet illum hoc significare, oportere primarios viros & civitatis Principes, paterno studio, inferiorum curam suscipere: simulq; plebem, per hanc patritiorum appellationem, perducere, ut ne potentiorum honoribus indignentur: sed erga eos, bono animo sint, quippe quos patres & habeant & appellent, quibus dignitatis origo & etymologia clare constant, potestas autem eorum erat suprema, de reliquis vero, quæ diuersis temporum intervallis, sunt mutata, ut est illorum numerus, ætas, electio, insignia & alia, videndus est Liuius. lib. 2. Appianus libr. 4. bellorum civilium. Zasius in. l. 2. ff. de origine iuris, Budeus in. l. final. ff. de Senatoribus, Connanus. lib. 1. commentar. capit. 14. Carolus Sigonius, de antiquo iure Roman. lib. 2. capit. 2. Hotomanus de Senatus consultis, Alexander ab Alexandro. lib. 4. Gennialium dierum. c. 11. & recentior omnibus Grego-

rius Tolosanus. lib. 47. Syntagma. cap. 25. quorum industriam & labores, in hoc utiliter susceptos, referre, ut membrana compleatur, nec rationi, nec instituto nostro, modò aut unquam licebit.

Edicta, decreta Principum. Verbum illud edicta, duobus modis intelligi potest, ut referatur ad edicta Prætorum, quod adiectum non est, nam ipse Prætor loquebatur, de quibus iam egimus supra. lib. 1. c. 2. vel ad edicta Principum, sicut & verbum decreta, nam diuersæ erant Imperatorum constitutiones, quarum virtutem, cum iam explicauerimus eod. lib. 1. cap. 5. quæst. 2. nu. 17. & 18. non est quod hic iterum repetatur. Sic enim tã Prætor, quàm Vlpianus, omnes iuris constitutiones comprehendit. Aduersus quæ, pacta conuenta celebrata, Prætor se non obseruaturum esse, pollicetur.

Verba autem illa: neque quo fraus, cui eorum fiat: etsi inter ordinarios interpretes in præsentem, nulla mentio fiat: non defuerunt alij, qui sic intelligenda sentiant, id est pacta fraudulenta, pacta quibus alicui fraus fit malitiosè, quibus ego minimè assentior: nam de his pactis iam fuerat loquutus Vlpianus cum dixit: quæ dolo malo fiunt, cui fraudem inesse idem Iuriscòsultus scripsit in. s. sed si fraudandi. infr. eod. Quare versiculum hunc potius ad fraudem, quæ fit legi & reliquis iuris speciebus, quã

ad

ad ea quæ fit contrahenti, existimo referendù: nam cù Vlpianus dixisset: pacta cõuenta, quæ aduersus leges, plebiscita, Senatus consulta, edicta, decreta Principum fiunt, se non obseruaturum: rectissimè adiectũ est, eadè continuando, ne que quo fraus cui eorum fiat, id est neque quo fraus, alicui relatorum iurium fiat: quo textu, singulariter confirmatur, opinio nostra, quam supra, defendimus. lib. 1. capit. 4. quæst. 1. numer. 39. & 40. cum sequentibus: qua diximus, adeò strictè literam legum obseruasse, & accepisse Romanos, ut pacta facta, in fraudem legis utilia forent, si in legis sanctione, clausula irritans facta in fraudem, sicut contra, non adderetur: alioquin enim, superflue parenthesis hæc, & à Prætorè & ab Vlpiano huic textui interiecta fuisset.

Sed si pacta solum conuenta, facta aduersus leges, vel in fraudem legis, Prætor se non obseruaturum pollicetur: posset nouè hic & non ineleganter quæri. Quare de alijs pactis simplicibus, nihil addidit, cum appellatione pacti conuenti, solum conditiones adiectas alijs cõtractibus validis, contineri supra probauerim: nec comprehendatur pactum simpliciter nudum, ex quo nasci poterit, quod cum exceptio firmet regulam in contrarium, ut docent nostri, in. l. cum Prætor. ff. de iudicijs, cum exceptio in obseruatione pactorum, so-

lùm perhibeatur de pactis conuentis, factis aduersus legem, firmet regulam in reliquis pactis simpliciter nudis, ut illa quamuis aduersus leges, vel in fraudem legis fiant, robor iuris obtineant & auctoritatem: id enim ex principijs supra traditis, colligi potest: cui tamen nouiter quæstioni propositæ, nouum dabis responsum, dicendo, quod cum de iure civili, pacta simpliciter nuda, quamuis contra ius non fierent, natura inuvalida fuissent, cum nullam producerent actionem vel obligationem. s. Igitur nuda sup. eodem. l. ff. de rerum permutatione. minimè indigebant, si contra ius fierent, Prætoria hac annulatione. & de his hæctenus.

Reliquis verò, quæ hic commodè tractari potuissent: quare videlicet, de Iuriscòsultorum responsis, Prætor in suo edicto, & Vlpianus in eius interpretatione, non meminerint: cum illa iuris auctoritatem habuisse Pomponius in. l. secunda, paragrapho de inde, paragrapho & ut obiter. ff. de origine iuris. Iustinianus in paragrapho responsa prudentum, instituit. de iure naturali, referant: an præterea contractus dolo initi, etsi bonæ sint fidei, ipso iure sint inanes: & reliqui quos stricti iuris vocant. An quæ metu fiunt, sint vere dolosa, & an iure naturæ civili & canonico, aliquam obligationem producant: & quæ illa sit. An quæ

contra leges fiunt, aliqua irritatio-
ne ciuili, sint natura inualida, ad
multorum iurium veram interpre-
tationem, superfedendum esse ex
istimauius: ne iusti voluminis
cancellos (quos mihi, in hoc præci-
pue primo, ingenij nostri documē-
to circundedi) nimium egressi, le-
ctorum animos aliquo tædio vel
molestia afficiamus. Illi autem, si
in progressu huius libelli, nonnul-
la viderint, censoriæ seueritatis cor-
rectione digna (erant autem mul-
ta) cum ætatis & studiorum infan-
tiæ: tum etiam temporum breuita-
ti, qua hæc scripsimus, merito du-
cent tribuendum: sin autem, alia

fuerint (erūt autem per pauca) quæ
doctioribus faciant satis, quod in-
genium redoleant, quod sapiant
industriam, quod aliquos in Philo-
sophia morali, veterisque & recē-
tis iuris prudentiæ cognitione pro-
gressus ostendant: non alicui hu-
mano (à nemine enim fuimus vn-
quam adiuti) sed diuino potius au-
xilio, à quo omne datum optimū,
& omne donum perfectum est,
tamquam accepta referantur: cui
laus honor & gloria, omniū
egregiè facturum, sit in
omni æternitate.

Amen.

(?)

Finis Libri Tertij.

INDEX EORVM LOCORVM,

quæ in his tribus disputationum libris, de
Iure Cæsarium & Pontificum, nouiter
declarantur vel illustrantur.

Ex Pandectis.

Titul. de Inst. & iure.

L. Ege. i. in principio & in. §. hu-
ius studij lib. i. c. 3. num. 44. præ-
terea lib. 3. c. 7. num. 7. in eadem
l. §. ius naturale lib. 3. cap. 1. nu.
10. & 17.
L. Manumissiones. 4. lib. 3. cap. 9.
num. 5.
L. Ex hoc iure. 5. lib. 3. cap. 1. nu. 21.

De origine Iuris.

L. Necessariū. 2. §. deinde ex his
lib. 3. cap. 9. num. 30.

De legibus.

L. i. lib. 1. cap. 5. num. 10.
L. legis virtus. 7. lib. 1. cap. 5. nu. 28.
L. Neque leges. 10. lib. 1. cap. 3. nu. 5.
L. Et ideo. 11. lib. 1. cap. 3. nu. 33.
L. In ambigua. 19. lib. 1. c. 3. num. 33.
L. Nulla iuris ratio. 25. lib. 1. cap. 3.
num. 4.
L. Princeps. 31. lib. 1. c. 5. num. 28.

De constitutionibus Principum.

L. i. lib. 1. cap. 5. num. 14.

De statu hominum.

L. Cum igitur. 2. lib. 1. c. 2. num. 6.

De officio Pro consulis.

L. Ne quidquam. 9. §. vbi decretū.
lib. 1. cap. 5. num. 16.

De Pactis.

L. i. versi. huius edicti lib. 1. c. 2. versi.
æquitas naturalis c. 3. versi. quid
enim tam cōgruum. c. 6. num.
1. & 2. versi. pactum autem à pa-
ctioe dicitur lib. 1. c. 7. num. 2.
3. & 4. versi. est autem pactio.
lib. 1. c. 8. §. cōventionis verbum
lib. 1. cap. 9. versi. adeo lib. 1. cap.
10. §. sed conuentionum lib. 1. c.
12. & cap. 13.
L. Labeo ait. 2. lib. 2. cap. 1. §. & ideo
lib. 2. cap. 2.
L. Post pignus. 3. lib. 2. ca. 2. & 3.
L. Item quia. 4. lib. 2. cap. 4. versi. se-
cundum hoc & c. lib. 2. cap. 6. §.
huius rei cap. 7. §. idem Iuliano
cap. 8.
L. Conuentionum. 5. lib. 2. cap. 9.
L. Legitima. 6. lib. 2. c. 10.
L. Iurifgentium. 7. in principio lib.
3. cap. 1. versi. & ideo rectè puto
lib. 3. cap. 4. §. Prætor ait. cap. 11.
12. & 13.
L. Si tibi. 18. §. de pignore lib. 1. cap.
12. num. 17.

De dolo malo.

Aaa 3

L. i.

L. 1. §. Do lum lib. 3. cap. 11. à principio de minoribus.
L. Auxilium. §. in delictis lib. 1. ca. 3. num. 35.

De Arbitris.

L. Ita demum lib. 2. cap. 7. nu. 12.

De Iudicijs.

L. Obseruandum lib. 3. c. 5. num. 2.

Quando dies vsusfructus legati cedat.

L. 1. lib. 2. cap. 7. num. 16.

Ad l. Rhodiam de iactu.

L. Deprecatio lib. 1. cap. 5. num. 25.

De conditione causa data.

L. Si mulier lib. 3. c. 2. num. 7. cum sequentibus.

L. Si pecuniam lib. 3. c. 2. num. 19.

L. final. lib. 3. c. 2. num. 10.

De conditione in deb.

L. indebitum lib. 1. cap. 11. nu. 5.

De pignorat. actione.

L. 1. lib. 1. cap. 12. num. 14. & sequentibus.

L. Si rem. §. proprie. ibidem.

L. Non est mirum. lib. 1. c. 12. nu. 18.

L. Caius lib. 2. cap. 4. num. 45.

L. Si solutum. §. solutum. lib. 2. c. 5. num. 8. & sequentibus.

De Senatuscons. C. Velleian.

L. Quamuis. §. si cum essem lib. 2. c. 10. num. 8.

De contrah. emptione.

L. Labeo si mihi bibliotheca lib. 3. cap. 3. num. 21.

De rerum permutat.

L. 1. lib. 3. c. 2. num. 9. & lib. 3. cap. 1. num. 21.

De praescriptis verbis.

L. Naturalis. §. quod si faciam lib. 3. cap. 4. num. 9. cum sequentibus.

De pignoribus.

L. Debitor. 32. lib. 2. c. 4. num. 19.

L. Et quæ nondum. §. quod dicitur lib. 2. cap. 4. num. 26.

L. Res hypothecæ. §. inter pignus lib. 1. c. 12. nu. 14. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur.

L. 3. lib. 2. cap. 4. nu. 14. quibus modis dispignus vel hypotheca solui.

L. Pignus. §. non videtur lib. 2. cap. 4. num. 45.

L. Eo iure. 4. §. stabula. lib. 2. cap. 4. num. 15.

L. Sicut. lib. 2. cap. 4. num. 44.

L. Est differentia lib. 2. cap. 5. nu. 5.

De adilitio edicto.

L. Sciendum lib. 1. c. 8. num. 17.

De emptionibus.

L. Lucius Titius lib. 1. c. 5. num. 23. & sequentibus.

De usuris.

L. Si stipulatus lib. 1. c. 13. num. 12.

De

De probationibus.

L. Cū de indebito. §. qui enim soluit & §. fin. lib. 1. cap. 4. num. 48. & 52.

L. Si Chirographi. lib. 2. c. 3. nu. 7.

De iure dotium.

L. Licet lib. 2. c. 7. num. 4. & sequentibus.

De donation. inter virum & vxor.

L. Hæc ratio lib. 2. c. 10. num. 9.

L. Si stipulata lib. 2. c. 10. num. 9.

L. Papinianus ibidem.

L. Cum stipulatio ibidem.

Solutio matrimonio.

L. 2. §. voluntatem lib. 1. cap. 8.

num. 12.

L. Ex diuerso. §. 1. c. 11. num. 4.

De Liber. & Posth.

L. Si ita scriptum lib. 1. ca. 4. nu. 23.

De hered. instit.

L. Clemens patronus lib. 1. cap. 4. num. 23.

De his quæ in testamento delentur.

L. fin. lib. 2. cap. 2. num. 4.

De conditio. & demonstr.

L. Demonstratio. §. quid autem cū alijs legibus eiusdem tituli lib. 3. cap. 7. num. 5.

De operis libert.

L. Vt iuris iurandi lib. 1. c. 4. nu. 16.

L. Operæ lib. 1. cap. 4. num. 17.

L. Campanus lib. 1. c. 4. num. 44.

De damno infesto.

L. Vtique lib. 2. cap. 5. num. 6.

De donationibus.

L. Filius familias. 7. lib. 1. c. 4. nu. 49.

De donationib. causa mortis.

L. Senatus. §. donatio. lib. 3. cap. 3. num. 12.

Qui & à quibus.

L. Prospexit lib. 1. cap. 3. num. 16.

De natalibus restit.

L. 2. lib. 1. cap. 5. num. 47.

De liberali causa.

L. fin. lib. 1. cap. 4. num. 16.

De re iudicata.

L. Si quis ab alio. 13. §. si quis promiserit. lib. 3. cap. 2. num. 11.

Ne quid in loco publico.

L. 2. lib. 1. cap. 5. num. 44.

De doli mali & metus exceptione.

L. 2. §. circa cum tituli explicatione lib. 1. cap. 4. num. 45.

De actionibus & obligationibus.

L. 1. §. Creditor lib. 1. c. 12. num. 10.

L. Naturalis lib. 1. cap. 4. num. 12.

De verborum obligationibus.

L. 1. §. finali. lib. 1. c. 13. num. 10.

L. Stipulationum. §. §. 1. lib. 1. capit. 13. num. 3.

L. Si quis cum aliter lib. 3. c. 11.

L. sti

L. Stipulationes nō diuidūtur. 72.
L. Vbi autem. 75. §. hanc stipulationem lib. 3. cap. 3. num. 7.

De fideiusforibus.

L. Si quis pro eo. 57. lib. 1. capit. 4. num. 17.

De furris.

L. Qui vas. 49. §. vetare lib. 2. cap. 4. num. 48.

L. Fullo vel sarcinator. 84. §. qui tabulas lib. 2. cap. 3. num. 8.

L. Si quis cum sciret. 93. lib. 2. ca. 4. num. 48.

Si quis testamento liber esse inffus factus fuerit.

L. 1. lib. 1. cap. 3. num. 13.

De termino moto.

L. 2. lib. 1. cap. 3. num. 35.

De lege Inlia peculatus.

L. Sacrilegij pœnam lib. 1. capit. 3. num. 36.

De custodia & exhibitione rerum.

L. In eos lib. 1. cap. 3. num. 41.

De pœnis.

L. Absentem lib. 1. c. 3. num. 42.

De re militari.

L. Milites agrum. §. desertorem lib. 1. c. 3. num. 29. & 33.

De pollicitationibus.

L. Pactum. 3. lib. 1. cap. 8. num. 10. & sequentibus.

De censibus.

L. 1. lib. 1. cap. 7. num. 9. & 10.

De verbor. significat.

L. Labeo. §. contractum lib. 1. cap. 4. num. 33. & lib. 3. c. 2. num. 2.

L. Nominis lib. 1. cap. 4. num. 58.

L. Urbana prædia lib. 2. cap. 4. nu. 2. & sequentibus.

L. Cedere diem lib. 2. cap. 7. nu. 9.

L. Plebs. §. pignus lib. 1. c. 12. nu. 12.

De Regulis iuris.

L. Omnia quæcumq; lib. 1. capite. 5. num. 16.

L. Omnis diffinitio. lib. 1. capit. 8. num. 9.

L. Quoniam tutela. §. fin. lib. 1. ca. 8. num. 2.

L. Non amplius. §. is natura debet lib. 3. cap. 2. num. 5.

L. Non videtur lib. 3. cap. 3. num. 7.

L. Is qui tacet lib. 2. cap. 4. nu. 40.

*Ex Codice.**De legibus.*

L. 1. lib. 1. cap. 3. num. 9.

L. Digna vox lib. 1. cap. 5. num. 33.

L. Non dubium lib. 1. cap. 4. num. 39. & 43.

De Pactis.

L. Creditori. 5. lib. 3. cap. 10. num. 3.

L. Traditionibus. 20. lib. 3. capit. 2. num. 12.

De dolo.

L. Cum proponas lib. 3. c. 4. nu. 27.

De

*Ex institutionibus.**De iustitia & iure.*

§. finali. lib. 3. cap. 1. num. 17.

De iure naturali.

§. Sed naturalia lib. 1. c. 4. num. 11.

§. Sed quod Principi, in principio lib. 3. cap. 13. num. 2. quo ad reliqua lib. 1. cap. 5. num. 14. cum sequentibus.

Quibus modis testamenta infirm.

§. fin. lib. 1. cap. 5. num. 33.

Bonorum possessionibus.

§. Quos autē solus lib. 3. c. 10. nu. 4.

De literarum oblig.

§. 1. lib. 1. c. 4. num. 58.

De empti & vendit.

§. Item pretium lib. 3. c. 3. num. 18.

Quibus modis re contrahitur obligatio.

§. Creditor. lib. 1. cap. 12. num. 10.

De bonorum possess.

§. Quos autem lib. 3. cap. 10. nu. 4.

§. Item Seruiana. lib. 2. ca. 4. nu. 16.

De actionibus.

§. De constituta lib. 1. cap. 11. nu. 3.

§. Sic itaque discietis. lib. 3. capit. 3. num. 6.

*De iure canonico.**Ex epistolis, quas vocant decretales.*

Cap. primum de pactis lib. 3. cap. 4. num. 31.

Cap. tertium cod. lib. 3. c. 9. num. 33.

Cap. ad aures de his quæ vi metus ve causa. lib. 1. cap. 6. num. 10.

Cap. dilecti, de arbitris lib. 1. cap. 4. num. 14.

Bbb Cap. fi

De iudicijs.

L. Placuit lib. 1. cap. 3. num. 9.

De fide instrumentorum.

L. 3. lib. 2. cap. 2. num. 5.

Commodati.

L. Sub prætextu, lib. 2. ca. 5. num. 4.

De locato.

L. Certi iuris lib. 2. cap. 4. num. 17.

De rei uxoria action.

L. Vnica. lib. 3. cap. 9. num. 26.

De testamentis.

L. Omnium. l. ex imperfecto. lib. 1. capit. 5. num. 33.

De quadrienni præscript.

L. Bene à Zenone lib. 1. c. 5. nu. 26.

In quibus causis pig. vel hyp. tacite contr.

L. Si non inducta lib. 2. c. 5. num. 11.

L. Sancimus. lib. 2. cap. 4. num. 12.

Si aliena res pignori.

L. 2. lib. 2. cap. 4. num. 46.

De distractione pignorum.

L. Quandiu lib. 2. cap. 4. num. 28.

L. Quoniam auus lib. 3. ca. 9. nu. 50.

De donationibus.

L. In donationibus. lib. 3. c. 9. n. 17.

L. Si quis argentum cū suis §§. lib. 3. c. 9. num. 19. cum sequentibus.

De latina libertate tollenda.

L. Vnica. §. ille autem, lib. 2. cap. 3. num. 4.

De crimine sacrilegij.

L. 2. lib. 1. cap. 5. num. 2.

Ex authenticis.

Auth. vt clerici apud proprios Episcopos. lib. 3. cap. 8. num. 4.

Nouella iustiniani de Consulibus lib. 1. cap. 5. num. 34.

- Cap. Si cautio, de fide instrum. lib.
1. cap. 4. num. 52.
Cap. Clerici, de iudicijs lib. 3. cap.
8. num. 4.
Cap. Peruenit, de fideiussoribus
lib. 1. cap. 6. num. 11.
Cap. In nostra, de iniurijs lib. 1. cap.
5. num. 37.
Cap. de illis s. mulier, de despōfat.
impub. lib. 1. cap. 4. num. 8.
Cap. Rursus, qui clerici vel vouen-
tes lib. 1. c. 4. num. 15.
Cap. Pactum de verbor signif. lib.
1. c. 4. num. 55. & 60.

Ex Sexto.

- Cap. Si tibi absenti de præbend.
lib. 1. c. 4. num. 8.

HÆC sunt potissimum de quibus in his libris tractatur, alia autem reperies, quæ quia le-
uiter attinguntur, tibi relinquimus expendenda.

- Cap. Is qui tacet de regul. iuris lib.
2. cap. 4. num. 36.

Ex Decreto.

- Cap. Ius naturale. 1. dist. lib. 3. ca. 1.
num. 18.
Cap. Iuramenti 22. q. 5. lib. 1. cap. 4.
num. 15. & cap. 6. num. 14.
Cap. Dilectissimis. 12. q. 2. lib. 3. ca.
1. num. 24.

Ex Clement.

- Clementina prima de procurato-
ribus. lib. 2. cap. 1. num. 6. & cap.
4. num. 44.

Ex iure regio.

- L. 26. titul. 11. p. 3. lib. 1. cap. 6. nu. 12.
L. 3. titul. 8. lib. 3. ordi. lib. 3. cap. 9.
num. 34. cum seq.
L. 25. tauri. lib. 2. cap. 4. num. 44.

INDEX RERVM NOTABI- lium, his tribus disputationum libris contentarum.

A.

- A**bbatis Panormitani opiniones
refutantur. libro. 1. ca. 3. nu. 35. et
c. 4. num. 11. 34. et cap. 5. num. 35.
37. 39. 40. 41. 47. 55. 57. et cap. 8. nu.
8. 10. et lib. 2. c. 3. nu. 2. 5. et c. 4. nu.
37. 41. 50. 57. 59. et lib. 3. c. 7. nu. 3.
Accursij opiniones refutantur, lib. 1. c.
2. num. 5. et cap. 3. num. 4. et cap. 2.
num. 9. 12. 35. 41. 44. et cap. 4. num.
8. num. 11. 29. 44. 45. 46. 48. et ca. 5.
num. 9. 15. 16. 17. 44. et cap. 6. num.
1. et c. 7. num. 7. 9. et cap. 8. num. 10.
19. et cap. 9. num. 2. cap. 11. num. 2. 6.
et cap. 12. num. 17. 19. et cap. 13. nu.
10. et lib. 2. cap. 1. num. 1. cap. 2. num.
3. 2. et cap. 3. num. 2. 9. 10. et cap. 4.
num. 3. 8. 14. 16. 17. 18. 21. 24. 25. 26.
31. 46. 49. 52. et cap. 5. num. 7. 11. et
c. 6. num. 2. et cap. 7. num. 8. 15. 16.
et cap. 9. num. 12. et cap. 10. nume.
2. 6. 13. et lib. 3. cap. 2. num. 9. et ca.
3. num. 3. 13. 17. 23. et cap. 4. nu. 4.
6. 27. et capite. 5. numero. 1. et cap.
8. numero. 2. 14. et capite. 9. nume.
26. et cap. 10. num. 4. et cap. 11. num.
1. et cap. 12. num. 2.
Actionis solennitas de iure civili, po-
testas tamen petendi simplex, de iure
naturæ est, lib. 1. c. 6. nu. 52.
Actionum natiuarum et datiuarum spe-
cies et differentia nullæ sunt, lib.
3. cap. 5. num. 1.
Actio præscriptis verbis et in factum qua-
re sic dicantur, et quæ illæ sint, lib. 3.
cap. 4. num. 4.
Actio præscriptis verbis, non datur ex
contractu nominato, lib. 3. cap. 3.
num. 21.

- Actio præscriptis verbis, et de dolo,
possunt cōpetere in vno cōtractu,
cum dolus arguitur. lib. 3. c. 4. num.
17. earum differentie, numero. 18.
et 19.
Actio competēs ex tacita hypotheca,
est prætorial. lib. 2. c. 4. num. 22.
Actio Seruiana et quasi Seruiana, quæ
do cōpetant, et quomodo differāt.
lib. 2. c. 4. num. 23. et 25.
Actus semper debet interpretari, vt va-
leat. lib. 2. c. 7. num. 2.
Actus contra legis prohibitionem, in
foro interiori & exteriori, non sem-
per sunt nulli, & quo pacto debeat
intelligi. lib. 1. c. 4. num. 40.
Æquitas quid sit. lib. 1. c. 3. num. 1.
Æquitatem, scriptam esse non posse,
ibidem. nu. 8.
Æquitas, quid ad sui esse requirat, ibi-
dem. num. 15.
Æquitatem veram, verbis legis esse
preferendam, ibid. c. 3. nu. 3. et 23.
Æquitas et seueritas, quomodo diffe-
rant, ibid. num. 6.
Æquitas cōtēta in edicto de pactis,
quomodo intelligatur, idid. nu. 11.
Agere et actum, quid significant, lib.
1. cap. 4. num. 44.
Alberici opiniones refutantur, lib. 1.
capite. 1. et capite. 3. numero. 12. 33.
35. et capite. 4. numero. 29. 45. et
capite. 8. numero. 10. et capite. 9.
numero. 2. et capite. 11. numero. 3.
et capite. 13. numero. 10. et lib. 2.
capite. 2. numero. 3. et capite. 4. nu-
mero. 16. 31. et libro. 3. capite. 2.
numero. 21. et capite. 3. numero.
13. 16. et capite. 4. numero. 1. 5. 27.
et cap. 8. num. 14.
Alciati opiniones refutantur, lib. 1. c.
3. num.

Bbb 2

3. num.

3. num. 12. 14. & c. 4. num. 12. 63. et c. 5. nu. 61. et c. 6. nu. 8. et c. 7. nu. 7. et c. 8. nu. 10. et c. 13. num. 4. 6. 8. et lib. 2. cap. 4. num. 2. et cap. 4. nu. 10. Aldericus quis fuerit, lib. 1. c. 11. num. 3. cuius opinio ibi refutatur. Alexandri opiniones refutantur, lib. 1. cap. 3. num. 9. 35. 41. cap. 4. num. 45. et cap. 5. num. 15. 41. 44. 47. 48. 49. 50. 52. 55. & cap. 8. num. 5. 8. 10. et cap. 9. num. 2. et cap. 12. nu. 17. et cap. 13. num. 8. 10. 13. et lib. 2. cap. 3. num. 1. 12. et c. 4. num. 2. 1. 31. 58. et c. 6. nu. 4. et lib. 3. c. 11. nu. 21. et c. 11. nu. 3. 11. et c. 4. num. 1. et c. 8. num. 14. et c. 9. num. 29. et 41. Ancharrani opinio refutatur, lib. 1. c. 5. num. 39. Angeli opiniones refutantur, lib. 1. c. 3. num. 17. et cap. 4. num. 43. et c. 5. num. 23. 26. 35. et cap. 7. num. 7. et lib. 2. cap. 2. num. 3. cap. 3. num. 12. et c. 4. nu. 18. 26. 30. 31. 33. 57. 61. et c. 5. nu. 1. 3. & 7. et lib. 3. ca. 1. num. 4. 21. et cap. 3. num. 3. 13. & cap. 4. num. 1. 20. et cap. 8. num. 13. et c. 9. num. 28. Alphonsi à Castro opinio refutatur, lib. 1. cap. 3. num. 17. Antonij de Butrio opiniones refutantur, lib. 1. c. 4. num. 54. et cap. 5. nu. 35. 38. 47. 55. 57. Antonij de Padilla opiniones refutantur, lib. 1. c. 15. num. 2. cap. 6. num. 8. et lib. 3. cap. 2. num. 18. et c. 4. num. 5. et cap. 8. num. 11. Antonij de Rosellis opinio refutatur, lib. 1. c. 5. num. 47. Antonij Contij opinio refutatur, lib. 1. cap. 7. num. 7. Aquilini opiniones refutantur, lib. 1. cap. 4. nu. 32. & lib. 3. c. 7. num. 3. et c. 9. num. 32. Antonij Negusantij opiniones refutantur, lib. 2. cap. 4. nu. 8. 18. 26. c. 5. num. 1. 7. 8. & 11. Antonij Gomezij opiniones refutantur, lib. 3. c. 3. nu. 3. & c. 8. num. 5. Antonij de Leō opinio refutatur, lib.

3. cap. 4. num. 14. Archidiaconi opiniones refutantur, lib. 1. c. 5. n. 57. & lib. 2. c. 3. nu. 2. Aretini opiniones refutantur, lib. 1. c. 4. nu. 29. & c. 5. nu. 38. 55. & c. 8. nu. 8. & lib. 2. c. 3. nu. 2. & c. 4. nu. 26. Auendani opinio refutatur, lib. 1. c. 6. num. 12. Aymonis Crauetg opiniones refutantur, lib. 1. c. 5. nu. 40. 46. & 61. Azonis opiniones refutantur, lib. 1. c. 1. & c. 8. num. 10. & c. 11. num. 2. & cap. 12. num. 3. & 19. & lib. 2. cap. 2. num. 2. & 3. & c. 3. n. 3. & c. 4. n. 8. & c. 7. nu. 1.

B.

Bannitus, si de libro bannitorum reperitur cancellatus, iuste cancellatus debet presumi, lib. 2. c. 3. nu. 5. Barbarorū varij cultus & religio erga Deos, lib. 3. cap. 1. nu. 15. Barbitonsor venam secans, in poenā legis nō incidit, quamuis dicat verba esse intelligenda pro vt iacēt, lib. 1. cap. 3. num. 21. Baldi opiniones refutantur, lib. 1. c. 3. num. 9. 12. 14. 17. 22. 23. 35. capite. 4. num. 12. 29. 30. 45. & capite. 5. num. 15. 23. 26. 35. 40. 48. 50. 51. 54. & capite. 6. numero. 13. & capite. 7. numero. 7. & capite. 8. numero. 5. 11. & capite. 10. numero. 13. & cap. 12. numero. 17. 22. & lib. 2. capite. 2. numero. 5. & capite. 3. numero. 5. & capite. 4. numero. 8. 17. 19. 21. 26. 28. 29. 30. 31. 37. 43. 50. 52. 60. 61. & capite. 5. nu. 1. 3. 11. & c. 6. nu. 2. et capite. 7. numero. 10. & lib. 3. cap. 1. nu. 4. 21. 25. & ca. 3. nu. 13. 16. & cap. 4. nu. 1. 5. 8. 27. & c. 8. nu. 10. 13. & c. 9. nu. 11. & 41. Balduini opiniones refutantur, lib. 1. c. 4. num. 59. & c. 12. nu. 17. et lib. 2. c. 4. num. 11. et 18. Battoli opiniones refutantur, lib. 1. c. 1. et capite. 2. numero. 3. et capite. 3. numero. 4. 17. 33. 35. 41. et capite. 4. num.

num. 12. 16. 19. 38. 44. 45. 46. 58. 63. et cap. 5. num. 15. et 25. 41. 44. 49. et cap. 6. num. 1. et cap. 7. num. 7. et cap. 8. num. 5. 10. et c. 9. num. 20. et c. 10. nu. 3. et cap. 11. num. 2. 6. et ca. 12. nu. 1. 17. et c. 13. num. 10. et lib. 2. capite. 1. num. 1. 5. et cap. 2. num. 1. 2. 3. 4. et capite. 3. num. 1. 2. 9. et cap. 4. num. 1. 3. 4. 8. 14. 16. 17. 18. 21. 26. 28. 29. 31. 33. 41. 46. 49. 52. 53. 55. 57. et capite. 5. numero. 2. 3. 5. 8. 11. et capite. 6. numero. 3. 4. et capite. 7. num. 1. 4. 9. 16. et cap. 9. numero. 1. 12. et cap. 10. num. 1. 2. et lib. 3. capite. 1. numero. 4. 21. 25. et capite. 2. num. 9. 11. et capite. 3. num. 2. 3. 11. 12. 13. 14. 16. et cap. 4. num. 1. 5. 6. 8. 20. 25. 27. et capite. 5. numero. 1. et capite. 6. num. 1. et capite. 7. numero. 2. et capite. 8. num. 3. 5. 14. et capite. 9. numero. 26. 41. 45. et capite. 10. nu. 4. et c. 11. nu. 1. et capite. 12. nu. 3. Bartholomei de Medina opinio refutatur, lib. 3. c. 1. nu. 9. Barbacię opiniones refutantur, lib. 1. c. 5. nu. 23. 41. et lib. 2. c. 4. nu. 50. 59. et lib. 3. c. 8. num. 11. Belloni opiniones refutantur, lib. 1. c. 2. nu. 6. et c. 4. nu. 29. et c. 5. nu. 53. et lib. 3. c. 10. nu. 4. Beneficium et priuilegium, in quo differant, lib. 1. c. 5. nu. 38. Beręgarij Fernādez opiniones refutantur, lib. 1. c. 12. n. 9. et li. 3. c. 3. n. 3. et 5. Bertachini opinio refutatur, lib. 1. cap. 4. num. 29. Bologneti opiniones refutantur, lib. 1. c. 4. nu. 12. et c. 8. nu. 10. et c. 13. nu. 5. et nu. 10. et lib. 3. c. 1. nu. 14. et c. 2. num. 11. et c. 8. num. 12. Boerij opinio refutatur, lib. 1. c. 5. n. 59. Brissonij opinio refutatur, lib. capite. 4. num. 59. Budei opiniones refutantur, lib. 1. ca. 2. num. 6. et c. 3. nu. 23. et lib. 3. ca. 1. num. 14. Buridani opinio refutatur, lib. 1. capite. 4. num. 22. Butrigarij opiniones refutantur, lib. 1.

cap. 3. num. 21. et lib. 2. cap. 3. num. 1. et 2. cap. 4. num. 29. et capite. 7. numero. 9.

C.

Caietani opiniones refutantur, lib. 1. c. 3. nu. 24. et cap. 5. nu. 28. et c. 6. num. 8. Calefari opiniones refutantur, lib. 1. c. 1. et cap. 8. num. 12. et lib. 2. c. 2. n. 10. et c. 3. n. 3. 16. et c. 4. nu. 5. 14. et c. 8. nu. 5. 16. et lib. 3. c. 11. nu. 1. Calumniator quis dicatur, lib. 1. ca. 5. num. 42. Causa in iure quot modis accipitur, lib. 3. cap. 7. num. 5. Causa onerosa & lucratiua quę, ibidem. Cautione reddita, censetur remissa obligatio, & quare, lib. 2. capite. 2. num. 2. Cagnoli opiniones refutantur, lib. 1. c. 5. nu. 53. et c. 8. nu. 12. Caroli Molinei opiniones refutantur, lib. 1. capite. 13. num. 8. et lib. 3. c. 9. num. 11. Cardinalis opiniones refutantur, lib. 1. capite. 5. numero. 36. 38. 39. 40. 57. Caroli Ruyni opiniones refutantur, lib. 1. capite. 5. numero. 42. 43. 55. 61. Castalij opinio refutatur, lib. 1. cap. 5. num. 35. Catteliani Cottę opinio refutatur, lib. 1. cap. 5. num. 40. Census quis dicatur, lib. 1. capite. 5. num. 32. Chassanei opiniones refutantur, lib. 7. c. 5. num. 23. 26. 50. 52. 60. Christophori Portij opinio refutatur, lib. 1. c. 4. num. 29. Clausula ex certa sciētia, in rescriptis Principū addita, quid operetur, lib. 1. cap. 5. num. 36. Clementia vti & relaxatione poenę legalis, ad solū Principem spectat, Bbb 3 secus

secus quando poena lege prescripta non est lib. 1. cap. 3. num. 30. cum sequentibus.

Commissionses Principum appellatione remota iustae sunt cuius ratio redditur lib. 1. cap. 4. num. 14.

Committre in legem quid sit lib. 1. cap. 4. num. 38.

Conditionales contractus pendente conditione non obligant eueniente tamen illa ad tempus conuentionis retro trahuntur lib. 2. cap. 7. num. 3. & num. 13.

Connari opiniones refutantur lib. 1. cap. 4. num. 24. 45. 59. 63. & cap. 5. num. 30. lib. 2. cap. 1. num. 6. cap. 4. num. 5. 10. 11. 14. 20. & ca. 5. num. 9. & cap. 9. num. 7. & lib. 3. cap. 1. num. 5. & cap. 2. num. 3. 5. & cap. 4. num. 7. & ca. num. 9. & lib. 3. cap. 11. nu. 4. & cap. 13. num. 3.

Conradi opiniones refutatur lib. 1. c. 4. num. 25. & 28.

Consensus ad efficacem obligationem induendam debet esse de presenti lib. 2. cap. 7. num. 3.

Consensus hinc inde est de natura contractus lib. 1. cap. 4. num. 34.

Constitutum etiam in obligatione ciuili locum habet lib. 2. c. 10. nu. 6.

Contractus quid sit lib. 1. cap. 4. num. 22. 33. 34.

Contractus etiam dicitur cum ex vna parte producit tantum obligatio lib. 1. cap. 4. num. 28.

Contractus primeua significatio conuentionem verbis innitam significat lib. 1. cap. 4. num. 34.

Contraheutes contra legis prohibitionem an ciuiler & naturaliter obligentur lib. 1. cap. 4. num. 37.

Contractuum & commerciorum directio ad iustitiam pertinet communitatiuam lib. 1. c. 4. num. 8.

Contractus innominati de iure veteri Romanorum poenitentiam admittunt ante rei implementum lib. 1. cap. 13. num. 1. & 2.

Contractus qui ab executione nomen

accipiunt id habere non possunt nisi ad eam perueniatur & quomodo sit intelligendum lib. 1. c. 12. num. 2. & 11.

Contractuum species distinguntur ab intentione contrahentium lib. 1. cap. 13. num. 8. & lib. 3. ca. 8. nu. 2.

Contraheere expresse est per verborum prolationem contraheere lib. 2. ca. 6. num. 2.

Contractus qui nam iurisgentium inductione & obseruatione qui autem obseruatione tantum lib. 3. capite. 1. num. 28.

Contractuum nominatorum & innominatorum eadem est de iure gentium seu naturae obseruatio lib. 3. cap. 2. num. 2. cum sequentibus.

Contractus qui re ineuntur traditionem requirunt lib. 3. cap. 2. num. 1.

Contractus vnde quidam dicuntur nominati quidam innominati lib. 3. cap. 2. num. 4. & 5. eorum plures differentiae ibidem.

Contractus do vt facias, actionem parit praescriptis verbis lib. 3. cap. 4. num. 3 & 7.

Contractus do vt des & facio vt des, de uominantur tam ab implemento quam a conuentione lib. 3. cap. 4. num. 26.

Contraheutes secundum leges censentur contraheere lib. 3. capite. 2. num. 1. & 7.

Continuationes rubricarum arbitrariae sunt & ideo in eis labor non suscipiendus lib. 1. cap. 1.

Conuentiones verborum solennitate non requirētes nutu vel per epistolam celebrari possunt lib. 2. c. 2. nu. 5.

Conuentio & contractus idem sunt lib. 3. cap. 2. num. 2.

Conuentiones quaedam sunt nominatae quaedam in nominatae lib. 1. ca. 12. num. 1.

Conuentiones nominatae & legitime differunt lib. 2. cap. 12. num. 10.

Conuentiones omnes in obseruatione recte possunt dici iurisgentium lib.

D

lib. 3. cap. 1. num. 10.

Conuentio expressa facit cessare tacitam in inuectis lib. 2. cap. 5. nu. 1.

Conuentio publica quae sit lib. 2. cap. 9. num. 9.

Corraij opiniones refutantur lib. 1. c. 5. num. 35. & cap. 7. num. 7. & c. 13. num. 10. & lib. 3. cap. 3. num. 9. & c. 4. num. 13. & cap. 8. num. 1.

Corseti opinio refutatur lib. 1. cap. 5. num. 41.

Couarruiæ opiniones refutantur lib. 1. cap. 5. num. 37. 55. & cap. 6. num. 8. & lib. 2. cap. 4. num. 18. 41. 43. 59. & lib. 3. cap. 1. num. 4. 23. & cap. 5. num. 1. & cap. 8. num. 5. & cap. 9. num. 10. 37. 38. 43. 46. 47.

Creditor non potest propria autoritate inuecta in domum capere, etsi ceperit debitum amittit lib. 2. cap. 5. num. 5.

Croci opiniones refutantur lib. 1. cap. 4. num. 12. & cap. 8. num. 13. & lib. 2. cap. 4. num. 31.

Cuiacij opiniones refutantur lib. 1. cap. 1. et cap. 3. num. 13. et capite. 5. num. 28. 30. et capite. 8. num. 2. 6. 13. et capite. 9. num. 2. et cap. 12. num. 17. et cap. 13. num. 10. et lib. 2. cap. 1. num. 4. et cap. 2. num. 2. 11. 12. et capite. 4. num. 21. et cap. 9. num. 6. et cap. 10. num. 4. 11. et lib. 3. cap. 1. num. 21. et cap. 2. num. 2. et capite. 4. num. 5. 12. 21. 25. et cap. 6. num. 1. et lib. 3. cap. 11. num. 1. et capite. 12. num. 5.

Cumani opiniones refutantur lib. 1. cap. 4. num. 29. 45. et lib. 2. capite. 4. num. 31. et lib. 3. cap. 9. num. 11.

Curtij opiniones refutantur lib. 1. ca. 5. num. 46. 52. 54. lib. 3. cap. 2. num. 11. cap. 4. num. 9.

Cyni opiniones refutantur lib. 1. cap. 4. num. 16. 19. 45. et cap. 12. nu. 22. et cap. 13. num. 8. et lib. 2. capite. 2. num. 2. et cap. 3. num. 1. et 2. 9. et c. 4. num. 31. 33. 51. 56. 60. 61. et ca. 5. num. 7. et lib. 3. cap. 3. num. 3. et ca. 4. num. 8. et cap. 9. num. 26.

Decisio legis non dubium. C. de legibus. ad quid fuerit necessaria nouiter explicatur lib. 1. cap. 4. nu. 13.

Decij opiniones refutantur lib. 1. cap. 4. num. 11. et ca. 5. num. 2. 23. 37. 38. 39. 46. 48. 52. 53. 54. 55. 61. et cap. 8. num. 8. 12.

Delinquentem qui prohibere potest et non prohibet illi consentire praesumitur lib. 2. cap. 4. nu. 56.

Didaci Peracij opiniones refutantur lib. 3. cap. 9. num. 37. et 48.

Diffinitio omnes partes substantiales diffinitij continere debet lib. 1. cap. 4. num. 31. et cap. 8. num. 8.

Diffinitio pacti recte est ab Vlpiano tradita lib. 1. cap. 8. num. 1. cum sequentibus.

Differentia inter pigaus conuentionale et legale lib. 2. c. 5. nu. 2.

Disputare de Principum potestate, licet lib. 1. c. 5. nu. 2.

Dispensare Princeps valide etiam in iure positio non potest absque iusta causa lib. 1. ca. 1. num. 35.

Dispensatio absque causa impetranti non proficit et nocet concedenti lib. 1. cap. 5. nu. 7.

Diui Thome opiniones refutantur lib. 1. ca. 5. num. 28. et num. 30. lib. 3. ca. 1. nu. 8. et 23.

Diuisio conuentionis in suas species lib. 2. ca. 1. num. 2.

Doli diffinitio ab Vlpiano tradita noue exponitur lib. 3. cap. 12. num. 8.

Dolus indubio non praesumitur lib. 3. c. 4. nu. 22.

Dominium per solam conuentionem absque traditione transferitur lib. 3. c. 2. nu. 12. et 23.

Donatio vnde dicatur lib. 3. capite. 3. num. 12.

Donare non est perdere lib. 1. c. 4. nu. 49. et lib. 3. c. 7. num. 3.

Donatio debite facta, est virtus que filio familias licet ibidem.

Donatio, mutuū, stipulatio, veri sunt contractus lib. 1. cap. 4. num. 28.
 Donatio non requirit traditionē lib. 2. c. 10. nu. 4. lib. 3. c. 3. num. 11. et. 12. quo pacto tamen id sit intelligēdū repetita totius antiquitatis memoria, nouè explicatur. lib. 3. c. 9. num. 16. cum pluribus sequentibus.
 Donatio inter virum & vxorem, quādo traditione, quando stipulatio ne sola, valeret. lib. 2. ca. 10. nu. 8. cū sequentibus.
 Donatio est contractus innominatus & quare lib. 3. c. 3. nu. 10.
 Duareni opiniones refutantur lib. 1. c. 3. num. 12. & cap. 7. num. 7. & ca. 8. nu. 6. 11. & c. 9. num. 1. & cap. 12. num. 17. & cap. 13. nu. 10. et lib. 2. c. 2. num. 2. et c. 3. nu. 2. et c. 4. nu. 2. 21. & cap. 8. nu. 1. & cap. 9. num. 2. et cap. 10. num. 8. & lib. 3. c. 1. num. 4. et c. 4. nu. 1. et c. 8. nu. 5. et c. 9. num. 10. et ca. 10. num. 3. et cap. 11. num. 1 & 4.
 Duces belli citra mandatum speciale Principis, nec pacem nec inducias valide facere possunt lib. 2. ca. 9. nu. 11. & 12.
 Dyni opiniones refutantur lib. 2. cap. 2. num. 2. c. 4. nu. 31. 41. 50. 60. et lib. 3. cap. 9. nu. 26.

E

Edictum quid sit, à quo constituere tur cuius esset virtutis lib. 1. cap. 2. nu. 1. cum sequentibus.
 Edictum perpetuum bipartito cerni posse ibidem.
 Edictum quod quisque iuris quare cōstitutum fuerit lib. 1. c. 2. num. 6.
 Editio & compilatio iuris canonici lib. 1. c. 4. num. 5.
 Eguinarij Baronis opiniones refutantur lib. 1. cap. 3. nu. 11. et cap. 10. nu. 2. et lib. 3. cap. 1. num. 2. & c. 8. nu. 6. et c. 11. nu. 1. et c. 12. nu. 7.
 Emanuclis Costę opiniones refutan-

tur lib. 1. c. 5. nu. 49 et lib. 2. c. 2. nu. 2. et lib. 3. c. 9. nu. 41.
 Emphiteusis est contractus iuris gentium lib. 2. cap. 10. nu. 2. et lib. 3. ca. 1. num. 28.
 Emptio & reliqui contractus nominati non sunt conuentiones legitime lib. 2. c. 10. nu. 10. cum sequenti.
 Epistola Principis quid sit lib. 1. cap. 5. num. 15.
 Ephori apud Spartas quam potestatem habuerint lib. 1. c. 5. num. 21.
 Etymologiae duę sunt species, alia Philosophorum alia Grammaticorū. lib. 1. cap. 7. nu. 3.
 Exceptio doli mali quando competat lib. 1. cap. 4. num. 17.

F.

Fabri opiniones refutantur lib. 1. c. 7. num. 7. et lib. 2. cap. 4. num. 8. 18. 24. 26. 28. 31. 41. 61. & cap. 5. nu. 1. 5. et c. 6. nu. 2.
 Felini opiniones refutantur lib. 1. cap. 3. num. 14. 35. et cap. 4. num. 11. 54. et cap. 5. num. 37. 44. 54. 57. et lib. 2. cap. 4. num. 43. 50. 57. et lib. 3. c. 8. nu. 13. et c. 9. num. 42.
 Ferdinandi Menchacensis opiniones refutantur. lib. 3. c. 1. num. 4. 14. et c. 2. num. 18. 25. et cap. 8. num. 13. et cap. 9. nu. 4.
 Ferandi Aduensis opinio refutatur lib. 1. cap. 4. nu. 11.
 Ferreti opiniones refutantur lib. 1. ca. 4. num. 12. et lib. 3. cap. 11. num. 4.
 Fisiones à iure inducę, in animę iudicio, vbi sola veritas quęritur, locū non habent lib. 1. c. 4. nu. 42.
 Fidei prestitę violatio aliquando est periurium, aliquando non, sub distinctione de qua lib. 1. c. 6. nu. 7. cū sequentibus.
 Filius delinquens, patris oblatione à legis pœna non euadit lib. 1. cap. 3. num. 33.
 Fœdus ferire quid sit lib. 1. ca. 7. nu. 9.
 Fœderis apud Romanos tria genera lib. 2. c. 9. num. 11.

Fœd

H.

Fœderis ineundi formula ibidem.
 Forcatuli opinio refutatur lib. 3. cap. 2. num. 21.
 Fortunij opiniones refutantur lib. 1. cap. 4. num. 12. 16. 56. et ca. 5. num. 55. et cap. 8. num. 13. 14. et cap. 9. num. 1. 3. et cap. 11. num. 3. et 4. et lib. 2. ca. 1. num. 3. 4. et cap. 2. num. 6. et cap. 3. num. 1. et cap. 4. num. 2. 4. 8. 17. et cap. 5. num. 5. 6. 9. et ca. 9. num. 4. et cap. 10. num. 10. et lib. 3. cap. 1. num. 9. 22. et cap. 2. num. 3. et cap. 3. num. 1. 3. 4. 21. et capit. 4. num. 25. et cap. 9. num. 1. 2. 3. 4. 5. 30. et c. 10. num. 4.
 Francisci Ripę opiniones refutantur lib. 1. cap. 5. num. 61. et cap. 8. num. 10. et lib. 2. c. 4. nu. 26. 43. et lib. 3. ca. 9. num. 11.

G.

Galiaulę opinio refutatur lib. 1. capit. 4. num. 12.
 Gandini opiniones refutantur lib. 1. cap. 3. num. 35. et c. 4. num. 54.
 Gerere, et gestum quid significant lib. 1. cap. 4. num. 33.
 Georgij Natte opinio refutatur lib. 1. cap. 5. num. 51.
 Glossę canonicę opiniones refutatur lib. 1. cap. 3. num. 14. et cap. 4. num. 8. et lib. 2. cap. 4. num. 50. et lib. 3. cap. 1. num. 24.
 Goueani opinio refutatur lib. 3. cap. 4. num. 12.
 Gozadini opinio refutatur. lib. 7. cap. 5. num. 52.
 Gregori Lopez opiniones refutantur lib. 3. cap. 2. num. 19. et cap. 8. num. 13. et cap. 9. num. 37.
 Gregorij Tolosani opiniones refutantur lib. 1. cap. 5. nu. 23. et cap. 8. nu. 4. et lib. 3. cap. 8. num. 5.
 Guillelmi de Cuneo opiniones refutantur lib. 2. ca. 2. num. 2. et cap. 4. num. 33. et lib. 3. c. 7. nu. 21.

I.

Homagio fidem datam an qui violat sit periurus lib. 1. c. 6. nu. 4.
 Hostiensis opiniones refutantur lib. 1. cap. 5. num. 23. 25. 26. et capit. 8. num. 12. et cap. 12. num. 5. et lib. 3. ca. 3. num. 3. et c. 8. num. 11.
 Horomani opiniones refutantur lib. 1. cap. 4. num. 59. et cap. 7. num. 7. et cap. 8. num. 4. et lib. 2. cap. 1. nu. 1. et cap. 4. num. 8. et cap. 9. num. 4. 6. et lib. 3. cap. 1. num. 6. 16. et ca. 3. num. 5. et capit. 4. num. 14. 21. et lib. 3. ca. 12. num. 4.
 Hugonis Doneli opiniones refutatur lib. 1. cap. 12. num. 3. et lib. 2. cap. 4. num. 5. 14. 18. et ca. 5. nu. 3.
 Hyeronimi Gigantis opinio refutatur lib. 1. cap. 3. num. 24.
 Hyeronimi Veri opinio refutatur lib. 1. cap. 13. num. 8.
 Hypoliti de Marsilijs opiniones refutantur lib. 1. ca. 5. nu. 35. 54. et lib. 2. cap. 3. num. 5.
 Hypotheca quid sit, et quid differat à pignore. lib. 1. cap. 12. num. 14.
 Hypotheca legalis in inuectis an effectum habeat contra tertium possessorem lib. 2. cap. 5. num. 3.
 Iacobi de Arenis opiniones refutantur lib. 1. cap. 3. num. 13. et cap. 13. nu. 8. et lib. 2. cap. 4. num. 61.
 Iacobi de Bellouiso opinio refutatur lib. 1. ca. 1.
 Iasonis opiniones refutantur lib. 1. ca. 1. et cap. 3. num. 9. 12. 14. et capit. 4. num. 29. 45. et cap. 5. num. 2. 15. 23. 26. 44. 47. 48. 49. 57. 61. et cap. 8. nu. 5. 10. et cap. 9. num. 2. et cap. 12. nu. 17. et cap. 13. num. 10. et lib. 2. cap. 2. num. 2. 5. et cap. 3. num. 1. 2. et cap. 4. num. 8. 18. 24. 25. 28. 30. 5. 8. et ca. 5. num. 2. 3. 4. 8. et ca. 6. num. 2. 4. et

Bbb 5 lib. 3.

- lib. 3. cap. 1. num. 4. 21. & cap. 2. num. 10. et cap. 4. num. 8. et cap. 8. nu. 11. 13. 14. & cap. 9. num. 11.
- Ignorantia tollit voluntarium. lib. 2. cap. 4. num. 36.
- Imperator non potest disponere de rebus singulorum. lib. 1. c. 5. num. 25.
- Imperatores iudicij solebant præesse. lib. 1. cap. 5. num. 17.
- Imperator tenetur vi coactiva suæ legis. lib. 1. cap. 5. per totum.
- Indicia si non faciant plenam probationem, ad ordinariam vel extraordinariam poenā non sufficiunt. lib. 1. ca. 3. num. 40. 41.
- Indistinctè verbū, quid significet. lib. 1. cap. 4. num. 53.
- Induciæ à duobus sine speciali Principis mādato, iniri non possunt. lib. 2. cap. 8. num. 12.
- Inæqualitas in contractibus vitanda. lib. 1. cap. 5. num. 6.
- Inferior in superiorem non habet imperium. lib. 1. cap. 5. num. 12. & quomodo aliquando habere possit, ibidem.
- Inferiori iudici, non licet dubiam & ambiguanā legem interpretari. lib. 1. cap. 3. num. 25.
- Instrumenti redditio, liberationem præsumptam operatur. lib. 2. cap. 2. num. 6.
- Instrumenti vnus redditio ab eo qui plura habet & vnū retinet, operatur debiti remissionem. lib. 2. cap. 2. num. 4.
- Instrumenti renunciatio, idem quod redditio operatur. lib. 2. capite. 2. numer. 6.
- Instrumentum cancellatū penes quemcumque repertum, liberationem probat. lib. 2. capite. 3. nume. 12. 13. & 14.
- Inuecta & illata in prædium vrbānū, sunt tacitè hypothecata. lib. 2. c. 4. per totum, in prædium autem rusticum, non nisi sub distinctione, de qua, ibidem. num. 14.
- Inuecta & illata quæ dicantur, vt tacitè censcantur obligata. ibidem. numer. 18.
- Inuecta & illata etiam pro alio debito, possunt detineri. lib. 1. capit. 5. num. 4.
- Inuecta tam à primo quàm à secundo conductore, sunt pro pessione obligata. lib. 2. cap. 9. num. 2.
- Interdictum Saluianum, vnde dictum sit. lib. 2. c. 4. num. 27.
- Interdictum Saluianū, in quo ab actione Seruiana differat, ibidem num. 26.
- Innocentij opiniones refutantur. lib. 1. cap. 4. num. 11. & lib. 2. cap. 4. num. 54. & lib. 3. cap. 5. nu. 28.
- Ioannis Andreæ opiniones refutantur. lib. 1. capit. 5. num. 23. 47. & lib. 2. cap. 3. num. 2. & cap. 4. num. 31. 41. 50.
- Ioannis Fabri opiniones refutantur. lib. 1. cap. 7. num. 7. & lib. 2. cap. 4. num. 18. 24. 26. 28. 31. 41. 61. & cap. 5. num. 1. 5. et. c. 6. num. 2.
- Ioannis de Blenasco opinio refutatur. lib. 2. c. 4. num. 31.
- Ioannis Odofredi opiniones refutantur. lib. 1. cap. 11. num. 2. & lib. 2. ca. 2. num. 2. & cap. 3. num. 2. & lib. 3. cap. 4. num. 7.
- Ioannis de Roxas opiniones refutantur. lib. 1. c. 5. num. 2. & 35.
- Ioannis Imolæ opiniones refutantur. lib. 1. cap. 5. nume. 57. & lib. 2. cap. 4. num. 58.
- Ioannis Monachi opiniones refutantur. lib. 2. cap. 4. num. 41. 50.
- Iudicia apud Romanos, triplicia. lib. 3. cap. 1. num. 2.
- Iudicia priuata que, item publica & sacra. ibidem.
- Iudiciorum priuatorum formulæ, ibidem.
- Iudici non licet, poenam certam legis, aliqua ex causa, citra Principis concessionem, remittere vel mitigare. lib. 1. cap. 3. num. 37.
- Iuramentum promissorium, etiam de iure ciuili, producit actionē. lib. 1. cap. 4. num. 16. & sequentibus.

Iura-

- Iuramentum & simplex promissio, quatenus eiusdem & quatenus diuersæ sint rationis. libro. 1. capite. 4. numer. 15.
- Ius gentium quid sit. lib. 3. cap. 1. num. 3. et 4. id male diuidi in primum & secundarium. ibidem. num. 11.
- Ius gentium & naturale sunt idem. lib. 3. cap. 1. num. 10.
- Ius gentium & ciuile, quomodo differant. lib. 3. c. 1. nu. 16. et 28.
- Ius gentium et si materialiter et circumstantijs mutari possit, non tamen mutatur formaliter, ideoque ibi non definit esse ius gentium. lib. 3. ca. 1. num. 16.
- Ius naturale dupliciter considerari posse. lib. 1. cap. 4. num. 11.
- Iustitiæ duæ sunt species, quæ ibidem late explicantur. lib. 1. capite. 4. numero. 22.
- Iustitiæ actus, consistit in actu exteriori ad aliud. lib. 1. cap. 4. num. 4. & 5.
- L**
- Lapi opinio refutatur. lib. 1. cap. 5. num. 39.
- Laurentius Valla refutatur. lib. 1. cap. 12. num. 14.
- Lecti alia veres ad vsum familiæ necessariæ, pro pensione domus, detineri possunt, quando non est aliud ex quo soluatur. lib. 2. cap. 4. num. 29.
- Lex ciuilis, nec debet nec potest omnia ad summam exactamque iustitiam reducere. lib. 1. cap. 4. num. 19.
- Leges iustæ, etiam in animæ iudicio, obligant et sunt obseruandæ. lib. 1. ca. 4. num. 37.
- Leges ciuiles, potestatem habent annullandi contractus, & faciendi in habiles ipsos contrahentes ad obligationem, etiam naturalem. lib. 1. cap. 4. num. 2.
- Leges vnde sanctæ dictæ sint. lib. 1. c. 4. num. 44.
- Lex poenalis in Principe duplex esse potest, et quæ illum obliget. lib. 1. ca. 5. num. 31.
- Lex Voconia quæ fuerit. lib. 1. cap. 5. num. 32.
- Legislatores omnes, vi suarum constitutionum coactua tenentur. lib. 1. cap. 5. per totum.
- Legislatores, non omnia iusta et equa suis legibus decernunt. lib. 3. capit. 2. num. 18.
- Legitimatio concessa à Principe, alteri nec in querendo nec in quesito iure nocere potest. lib. 1. cap. 5. nu. 47. et 48.
- Libertati ingenuorum, conditio vel modus imponi non potest. lib. 1. c. 4. num. 10.
- Libri schalarium detineri possunt pro pensione domus. lib. 2. c. 4. num. 3.
- Libellus quid sit. lib. 1. cap. 5. num. 16.
- Locatione facta in alijs rebus quæ pecunia, non obligantur inuecta. lib. 2. cap. 5. num. 7.
- Ludouici Gomeßi opiniones refutantur. lib. 2. cap. 4. nu. 8. et 26. et. ca. 5. num. 7. et 8.
- Ludouici Carnutensis opinio refutatur. lib. 1. cap. 3. num. 13.
- M**
- Maioratum clausulas et condiciones, Rex sine causa mutare non potest. lib. 1. c. 5. nu. 37.
- Martini Abbatis opiniones refutantur. lib. 1. c. 12. num. 3. et lib. 2. cap. 5. num. 2. et lib. 3. cap. 8. num. 1.
- Manticæ opinio refutatur. lib. 1. ca. 5. num. 51.
- Martini Laudensis opiniones refutantur. lib. 1. cap. 5. nu. 2. et lib. 2. cap. 5. num. 2.
- Matrimonium clandestinum, nec naturalem producit obligationē. lib. 1. c. 4. num. 37.
- Mattresilani opinio refutatur. lib. 2. ca. 4. num. 57.
- Matthei de afflictis opiniones refutantur.

tur, lib. 1. c. 5. nu. 3. 50. et 54.
 Mendacium simplex, res grauior est
 omnium bonorum et vitæ iactura.
 lib. 1. c. 4. nu. 19.
 Minor bona sua vendere vel obligare,
 non potest. lib. 2. cap. 2. nu. 4. et 34.
 Mutus pacisci, matrimonium contra-
 here, testamentum & alia facere po-
 test, & quomodo illum ea fecisse, sit
 probandum, lib. 2. c. 6. nu. 1.
 Mutus semper dicitur tacite contrahe-
 re. lib. 2. c. 6. nu. 2.

N,

Naturalis obligatio, quomodo
 cognoscatur, lib. 1. c. 4. nu. 12.
 Natura & substantia rei, apud Iuriscō-
 sultos quomodo accipiantur, lib. 3.
 c. 2. nu. 14.
 Naturalia secundum materiam cui cō-
 guntur, considerari debent, lib. 1. c.
 3. nu. 44.
 Nauarri opiniones refutantur, lib. 3.
 c. 2. nu. 14. et c. 9. nu. 45.
 Necessitas non habet meritum nec de-
 meritum, quæ tamen duplex esse
 potest. lib. 1. c. 4. nu. 61.
 Nicolai Mozzi opinioni refutantur,
 lib. 1. c. 12. nu. 5. & lib. 2. cap. 4. nu.
 26. et lib. 3. cap. 1. nu. 4.
 Notarius exprimere debet in instru-
 mento signa quibus nuntius collectus
 est consensus, lib. 2. c. 6. nu. 2.
 Notæ quibus nominati cōtractus ab
 innominatis discernuntur, lib. 3. c.
 3. nu. 15.

O,

Obligatio restitutionis, oritur ex
 violatione distributiue vel com-
 mutatiue iustitiæ, lib. 1. cap. 4. nu-
 me. 21.
 Obligatio naturalis nulla sine consen-
 su, lib. 2. c. 4. nu. 36.
 Obligatio quæ nominibus fieri dice-

batur, quæ nam fuerit, lib. 1. c. 4. nu.
 57. cum sequentibus.
 Obligatio literarum, ante tempora
 Iustiniani fuit, lib. 1. cap. 4. nu. 58.
 Obligationes quæ nam dicantur cō-
 trahi, lib. 1. cap. 12. nu. 2.
 Offerens se post quinquennium à com-
 missio delicto legis pœnalis tempe-
 ramentum meretur & quare, lib. 1.
 capite. 3. nu. 34.
 Officium iudicis in petitione hoc tē-
 pore ab actione nihil differt, lib. 3.
 ca. 9. nu. 29.
 Oldraldi opinio refutatur, lib. 1. cap.
 11. nu. 2.

P.

Pacem seruare ad charitatem perti-
 net, lib. 1. c. 4. nu. 13.
 Pactum vnde dicatur, lib. 1. cap. 4. nu.
 34. et c. 7. nu. 1. cum sequentibus.
 Pactum quid sit, lib. 1. cap. 8. nu. 5.
 Pactum nudum quid sit, lib. 1. capite.
 4. nu. 1. et lib. 3. cap. 8. nu. 5. cum
 sequentibus.
 Pactum nudum in foro conscientie
 obligat, lib. 2. cap. 4. nu. 42. et lib.
 3. cap. 4.
 Pactum non requirit ad sui essentiã.
 scripturam, lib. 1. c. 4. nu. 60.
 Pactum nudum de iure ciuili, canoni-
 co & regio Castellæ, actione produ-
 cit, lib. 3. c. 9. nu. 34.
 Pactum nudum seruare, aliquando po-
 test esse solum actus fidelitatis, lib.
 1. cap. 4. nu. 4.
 Pactum cōuentum pars seu species est
 pacti nudi, lib. 1. capite. 8. nu. 2. et
 lib. 3. cap. 11.
 Pacta producentia actionem, impro-
 prie vestita dici, lib. 2. cap. 10. nu. 13.
 et lib. 3. cap. 8. nu. 9.
 Pactum vt malefium fiat, est nullum
 ipso iure, lib. 3. cap. 6. nu. 2.
 Pactum nudum qualiter & quãdo ori-
 ginem sumpserit, lib. 3. c. 9. nu. 7.
 Pactorum diuisio, li. 3. c. 1. in principio.
 Pactum

Pactum omne, est contractus, lib. 3. c.
 8. nu. 9.
 Papæ officium & potestas, lib. 1. capit.
 5. nu. 7.
 Papinianus ab Antonino Imperato-
 re occidi iustus, lib. 2. c. 10. nu. 8.
 Patrimonium suum & opes, quilibet
 detegere durum est, lib. 2. c. 4. nu. 8.
 Pauli Castrensis opiniones refutantur.
 lib. 1. cap. 4. nu. 29. et cap. 5. nu.
 15. 36. 38. 40. 47. 49. 50. 55. 58. et c.
 12. nu. 17. & lib. 2. cap. 1. nu. 1. et
 cap. 2. nu. 2. et cap. 3. nu. 1. et 2.
 et cap. 4. nu. 33. 57. et cap. 6. nu.
 2. et lib. 3. cap. 1. nu. 1. et cap. 2. nu.
 9. 11. et cap. 3. nu. 3. 13. et c. 8. nu.
 14. et c. 9. nu. 11.
 Parisij opiniones refutantur, lib. 1. ca.
 5. nu. 42. 43. 46. 61.
 Peccata esse inæqualia, pœnasq; pro
 delicti qualitate infligi, lib. 1. cap. 6.
 nu. 4.
 Periurium quid sit, lib. 1. c. 6. nu. 6.
 Permutatio est contractus innomina-
 tus, lib. 3. c. 3. nu. 2.
 Permutatio quid differat à contractu
 do vt des, lib. 3. cap. 2. nu. 2.
 Permutatio dicitur ante traditionem,
 & hoc siue res certa pro certa, vel in
 certa commutetur, lib. 3. cap. 3. nu.
 3. et 4.
 Philosophic moralis cognitio, neces-
 saria Iuriconsulto et Theologo,
 lib. 1. cap. 4. nu. 2.
 Pietas & obseruantia diuersæ sunt vir-
 tutes, et in quo distinguantur, lib. 1.
 cap. 4. nu. 15. & 22.
 Pignus vnde dicatur, lib. 1. c. 12. nu. 2.
 Pignus sola conuentione perfici, lib.
 1. c. 12. nu. 2.
 Pignus tam de immobilibus, quã mo-
 bilibus dicitur, lib. 1. c. 2. nu. 12.
 Pignoris contractus actionem ciuile
 producit, lib. 1. ca. 12. nu. 17.
 Pignus prætorium quid sit, et quomo-
 do differat à conuentionali, lib. 1.
 cap. 12. nu. 19.
 Pignus & hypotheca idem sunt pro-
 fus, lib. 1. c. 12. nu. 20.

Pignore reddito, cõsetur pignoris obli-
 gatio remissa, non tamen ipsum de-
 bitum et quare, lib. 2. c. 2. nu. 2.
 Placitum quid sit, lib. 1. c. 5. nu. 19.
 Pollicitatio quid sit, lib. 1. c. 8. n. 10. et
 quid à pacto differat, ibidem nu. 16.
 Pollicitatio ciuilem obligatione pro-
 ducit, lib. 1. cap. 4. nu. 62.
 Pollicitatio dotis, potius gratiosa quã
 onerosa cõferri debet, lib. 1. c. 8. n. 19.
 Præmissa in præfatione contractus, cõ-
 sentur postea reposita, lib. 2. c. 8. nu.
 1. & 2.
 Prætores cur et quando instituti, & cu-
 ius potestatis, lib. 1. cap. 2.
 Princeps potest ex publica causa, pri-
 uatorum iniurias remittere, lib. 2. c.
 9. nu. 10.
 Princeps nec in iure quesito vel querẽ-
 do, potest cuiquam sine causa præ-
 iudicare, lib. 1. c. 5. nu. 43.
 Princeps de plenitudine potestatis,
 nõ potest alteri re auferre, quamuis
 data cõpensatione, lib. 1. ca. 5. nu. 53.
 Princeps tenentur vi coactiua suarum
 legum, lib. 1. cap. 5. nu. 3.
 Princeps ecclesiasticus nõ potest plus
 circa leges ecclesiasticas, quã secula-
 ris circa seculares, lib. 1. c. 5. nu. 58.
 Princeps secundum leges suas, vel regi-
 ni debet testari, lib. 1. c. 5. nu. 56.
 Princeps contra distributiua iustitiã
 peccans, tenetur ad restitutionem,
 lib. 1. cap. 4. nu. 23.
 Principum potestas vnica est, & recte
 gubernandi ratione limitata, lib. 1.
 c. 5. nu. 35.
 Princeps in dispensatione semper ius-
 tite moris præsumitur, lib. 1. capit. 5.
 nu. 61.
 Princeps ob iustam causam à Papa po-
 test deponi, lib. 1. c. 5. nu. 21.
 Principis solius est dubiam legem in-
 terpretari, lib. 1. cap. 3. nu. 23.
 Priuilegium & beneficium, in quo di-
 stinguantur, lib. 1. cap. 5.
 Promissionis violatio, contra iustitiã
 est commutatiua, lib. 1. c. 4. nu. 27.
 Promissio de mutuando, obligatiõẽ
 pro-

producit & differt à mutuo. lib. 1. cap. 4. num. 26.
 Promissio quæ que simplex, si ignorantia vel errore facta nõ probetur, animo liberali facta præsumi debet. lib. 1. c. 4. num. 49. et 51.
 Promittens permutare, cogi potest ad traditionem, lib. 3. cap. 2. num. 22.
 Promittens factum, præstando interese, non liberatur, lib. 3. c. 2. nu. 11.
 Promissam rē, si legitime & commode quis nõ possit repetere, clam illā auferre potest, citra peccati reatum, lib. 1. c. 4. num. 66.
 Proportio Geometrica & Arithmetica quæ sint, ad utriusque iustitię explicationem, lib. 1. c. 4. num. 23.
 Punitio delictorum, ad iustitiam pertinet commutatiuā, lib. 1. c. 4. nu. 24.
 Punitio debet commensurari delicto, lib. 1. cap. 4. num. 15.

Q.

Qualitas personę, auget iniuriam, lib. 1. c. 4. num. 24.
 Quando duo copulatiuè requiruntur, alterum si desit, actus corrumpit, lib. 2. cap. 4. num. 36.
 Quando res aliena penes alium reperitur, furti indicium assumi potest, lib. 2. cap. 3. num. 1.
 Quando requiritur expressus consensus, non sufficit tacitus, lib. 2. cap. 4. num. 38.
 Quæ per accidens contingunt, non variant formalem rei rationem, lib. 1. cap. 4. num. 8.

R.

Rainerij opiniones refutantur, lib. 1. capite. 3. nume. 33. et lib. 2. cap. 4. num. 31. et lib. 3. cap. 1. num. 4. et c. 7. num. 2. et c. 8. num. 5.
 Rauardi opiniones refutantur, lib. 2. cap. 4. num. 41. & cap. 9. num. 3. 8. et

9. et lib. 3. c. 1. num. 22. et cap. 7. nu. 4. et c. 12. num. 6.
 Rerum publicarum tres sunt formæ, cuiusq; descriptio, lib. 1. c. 4. nu. 23.
 Res rusticæ sicut vrbane, obligari possunt, lib. 2. c. 4. num. 9.
 Res quamuis pretiosa vt gemme & reliqua, pro pessione detineri possunt, lib. 2. cap. 4. num. 28.
 Res alienæ si inuehantur, domino sciēte & tacente, obligantur, lib. 2. cap. 4. num. 37.
 Rex ad quid, creatus fuerit, & eius officium, lib. 1. c. 5. num. 10.
 Rex sua lege ciuilitur tenetur, li. 1. c. 5.
 Rex si publicam vtilitatem in administratione non respiciat, toto regno inferior est, ibidem, num. 12.
 Rex pœna legis corporalis, dum rex sit, puniri non potest, pecuniaria vè ro sic, lib. 1. cap. 5. num. 31.
 Rex tyrānus non efficitur ex vno actu, sed pluribus, ibidem, num. 22.
 Rex Franciæ excommunicari potest, lib. 1. c. 5. num. 59.
 Romani, omnes contractus, testamenta cæterosque actus celebrabant latinis verbis, lib. 1. c. 13. num. 10.

S.

Saliceti opiniones refutantur, lib. 1. cap. 3. num. 12. & cap. 4. num. 29. et cap. 5. num. 47. 48. & lib. 2. capite. 4. num. 18. 26. 31. 61. et cap. 5. num. 7. 11. & lib. 3. cap. 3. num. 17. & cap. 9. num. 28. & 32.
 Sanctio legum quid sit, & leges quare sanctæ dicantur, lib. 1. capite. 4. num. 44.
 Senatusconsultum AEmilianū, quo tempore factum, lib. 2. c. 7. num. 8.
 Sententia contra legis interpretationem lata, est ipso iure nulla, lib. 1. cap. 3. num. 22.
 Senectutis vel iuuentutis vel sexus foemenini causa, iudex inferior, legis temperamentum inducere nõ potest, lib. 1. cap. 3. num. 33.

Solue-

T.

Soluere legibus quid significet, & soluti legibus qui dicerentur, lib. 1. c. 5. num. 32.
 Soti opiniones refutantur, lib. 1. ca. 3. num. 24. & cap. 4. num. 28. & cap. 5. nu. 28. 30. & c. 6. nu. 8. et c. 7. nu. 7. & lib. 3. c. 1. num. 8. 23.
 Socini opiniones refutantur, lib. 1. ca. 4. nu. 12. 29. & c. 5. nu. 43. 52. et c. 8. nu. 10. et c. 13. nu. 8. 12. et lib. 2. c. 4. nu. 51. 53. et c. 5. nu. 7. et lib. 3. c. 2. nu. 11. et c. 8. nu. 11. & c. 9. nu. 11. 26. et 32.
 Speculatoris opinio refutatur, lib. 1. c. 5. num. 23.
 Sponsalia clandestina valida sunt, quoramen pacto inualida fiāt, traditur, lib. 1. c. 4. num. 62.
 Stipulatio vnde dicatur, lib. 1. c. 13. n. 5.
 Stipulatio est proprie contractus & contractus nominatus, lib. 1. capit. 13. num. 11. cum sequentibus.
 Stipulatio dotis, habet tacitam conditionem, si nuptiæ sequantur, lib. 3. cap. 7. num. 1.
 Stipulatio sine causæ adiectione, valet, lib. 1. c. 4. nu. 46. et quæ dicatur stipulatio in iure sine causa ibidem 47.
 Stipulatio adiecta alijs contractibus, propriam producit actionē, neque est locus pœnitentię, lib. 1. c. 13. n. 12.
 Stipulationibus nihil venit, nisi quod verbis exprimitur, lib. 2. c. 8. num. 2.
 Stipulatio non sequitur naturā contractus cui adiūgitur, lib. 1. c. 13. nu. 12.
 Stipulationum solennitatem sublata & obseruantiam nudi pacti, eodem tempore iuductam traditur, lib. 1. c. 9. num. 14. cum sequentibus.
 Stabulum quid sit, lib. 2. c. 4. nu. 15.
 Synallagma quid sit, lib. 3. c. 5. num. 5.

Taciturnitas quando operetur, et consentum vel non operetur, lib. 1. traditur, lib. 2. c. 4. num. 37. cum quibus.
 Titulus de cōditione sine causā, & doli mali & merus exceptione, quomodo differāt, lib. 1. c. 4. num. 47.
 Tiraquelli opiniones refutantur, lib. 1. cap. 3. num. 17. 35. 37. 39. 43. et c. 5. num. 44. 50.

V.

Vaconij opiniones refutantur, lib. 1. c. 4. nu. 12. et c. 8. nu. 15. et lib. 3. c. 1. nu. 6. et c. 9. num. 9.
 Venditio inter virum et vxorē, in fraudem legis facta, non valet, lib. 1. cap. 4. num. 39.
 Verba sunt passionū in animo notæ, lib. 3. cap. 8. num. 9.
 Verbum dare nõ significat semper domini translationē, lib. 3. c. 3. nu. 7.
 Viglij opiniones refutatur, lib. 3. c. 3. nu. 3. et c. 10. nu. 2. et c. 11. nu. 1. et 4.
 Virtutes distinguuntur per obiecta, lib. 1. c. 4. nu. 2. et 3.
 Vorum simplex et solenne quomodo differant, lib. 1. c. 4. num. 15.
 Vuesembecij opiniones refutantur, lib. 1. c. 4. nu. 63. et c. 7. num. 7. et c. 9. nu. 3. et lib. 2. c. 4. nu. 27. et lib. 3. c. 4. nu. 21. et c. 7. num. 4.

Z.

Zasij opiniones refutantur, lib. 1. cap. 5. nu. 61. et lib. 3. cap. 5. num. 1. et cap. 8. num. 5.

COMPLVTI.

Ex Typographia Ferdinandi Ramirez

Anno, 1586.

