

propter prædictam rationem denuntandi; tamen postea capit restringi prædicta acceptio ad eas tantum actiones in personam, quibus nobis dari, aut fieri petimus; id est ad eas, per quas persequimur, quod nostrum non est, sed debetur nobis; quod enim nobis debetur, non est nostrum. *leg. 1. de liberat. legata.* quarum formula erat, **SI PARET L. TITIVM DARE FACERE OPORTERE &c.** *l. 5. §. si quis absens. de obligat. & act. §. 1. inst. quib. mod. re contrahitur obligat.* cum aliis, quæ cumulauit vir ad miraculum sedulus B. Brisson. *d. lib. 3. de formul. circa princ.* Quare Iustinianus non dicit indistincte omnes actiones in personam appellari conditiones, sed illas tantum, quibus dare facere oportere intenditur, sic enim sunt eius verba, *in d. §. appellamus 15. APPELLAMVS eas actiones, quibus dare facere oportere intenditur, conditiones &c.* Vbi relatiuum quibus non est dubium, quia restringat indefinitam significationem præcedentis verbi actiones, ut in *l. omnes populi 9. de instit. & iure in l. actus 77. de regul. iuris.* Nemo itaque hodie dicet, actionem, quæ nascitur ex de-

posito, vel commodato, conditionem esse, sed actionem restituto-riam; quoniam dominus rem suam condicere, nisi à fure, non potest. *§. sic itaq; discretis. 14. inst. de actionib. l. ultima ff. ususfructuar. quomadmodum caueat.* docent eleganter Cujac. *in summa tit. C. de condi. di. in arbitri, & de conditione fur-tiva.* Ant. Faber. *in l. certi condi-ctio 9. litt. C. de reb. creditis, & in-nuit satis Olual. ad Donell. lib. 21. cap. 2. litt. L.* Licet perperam inter actiones in personam, & conditiones non distinguant Pichard. noster *in d. §. appellamus, & Gifan. in d. l. actionum 25.* qui tamē contrarium non docuerunt. Quod ego breuiter ita soleo complecti: omnis conditio est actio in personam; sed non omnis actio in personam est conditio, quia ab specie ad genus procedit argumentum, sed non econtrā. Ex his longe petitis manet, actionem præscriptis verbis esse conditionem, quando per eam nobis dari, aut fieri intendimus: actionem verò in personam esse, quando petimus rem aliquam nobis restitui. De quo seq. cap. latius agendum est.



CAPVT.

CAPVT IX:

De effectu actionis præscriptis verbis,
an sit certi, vel incerti
iuris

ARGVMENTVM.

Actio præscriptis verbis ad incertum competit, quādo ad factum intenditur; qui à ad. interesse succedit condemnatio. Exponuntur l. naturalis 5. §. pen. de præscr. verbis. l. cum nota 6. C. de trāfactionib. Verbum tradere ad factum refertur, dare ad ius. Explicantur. l. insuiam 6. l. ob eam causam. 9. de præscriptis verbis Precarium possessionis est, vel usus rei. Pro precario possessionis competit condictio incerti. Exposita l. si duo 19. §. ult. de precario. Pro precario usus actio præscriptis verbis restitutoria. Declaratur l. 2. §. 2. eod. tit. & Paulus lib. 5. sent. tit. 6. §. 10. Quatenus distet condictio certi ab interdicto de precario? Vbi autem apparet, quid, quale, quantumq; petatur, actio præscriptis verbis, est condictio certi. Exponitur l. certi condictio 9. de reb. cred. l. 3. §. quinimo de cond. causs. non sequit. l. si dominus 8. de præscriptis verbis.

Communiser omnes Classici in locis relatis. Paulus Castrens. in l. hereditatem. de donation. Costa lib. 1. select. cap. 23. num. 3. A Gomez to. 2. variat. cap. 10. ex n. 21. Dozell. lib. 15. comment. cap. 3. ubi Oswald. Ant. Fab. in iurisprud. tit. 3. priac. z. illat. 10. & tit. 5. prin. z. illat. 19. & in rat. ad l. 3. de let. uis exportand. Menchaca lib. 1. illustr. c. 25. ex n. 23. & cap. 29. n. 6. & seq. Pich. in §. ult. de offic. iud. c. 12. D. Valentia lib. 2. illustr. c. 4. ex n. 32.



NUNC est videndum, quid actor per hanc actionem persequatur; & sanè certum est persequi id, quod eius interest ex parte rei impletum non fuisse, si ob non factum agatur; puta si feci, ut faceres; vel dedi, ut faceres; & postea nolis facere, nec ex parte tua implere, competit actio præscriptis verbis ad in-

certum; quoniam omnes actiones, quæ ad factum dantur, siue oriuntur ex contractibus nominatis, siue ex innominatis, persequuntur id quod interest: quoniam factum ipsum præcisè exigere non potest, leg. si quis ab alio 13. §. 1. de re iud. l. stipulationes non diuiduntur 72. vers. Celsus. de V. O. Ut obseruarunt, & exposuerunt iam plenius Interpretes nostri. I id uero, quod interest, incertum est, quoniam ex arbitrio iudicis pendet l. vntc. C. de sent. quæ pro eo quod inter-

interest proferuntur. l. ubi autem 75. de V. O. l. quatenus 24. de regul. iur. Itaque quoties per hanc actionem id quod interest, persequimur, incerti est. Quomodo exponendus est text. in *l. naturalis 5. §. pen. de præscriptis verbis*. Vbi ex his contractibus actio incerti, aut incerta nascitur, quoniam ad factum agebatur. Exponitur etiam inde alter in *l. cum nota 6. C. de transactionibus*. cuius hæc est species: Scilicet testamentum patris inofficiosum accusabat: scriptus heres maiuit litem decidere, quam litigare: transactio ergo inita fuit cum Seia, ut suscepta parte bonorum hereditariorum a lite discederet. Decessit Seia; duo illius filij sopitam controversiam suscitare volebant, eo prætextu, quod ex parte scripti heredis impletum non fuisset, nec portio bonorum sibi, aut matri suæ esset tradita. Negat Alex. eo prætextu demortuam litem posse suscitari, quoniam alia remedia suppetant filiis. Aut enim transactio subnixa fuit stipulatione, & actio ex stipulatu competit, ut heres scriptus impleat, vel non fuit adiecta stipulatio, & cum Seia ex parte sua fecisset, id est discelsisset a lite; competit actio *præscriptis verbis* in id quod interest, portionem bonorum traditam non fuisse. Ratio propter quã incerti est in ea specie actio *præscriptis verbis*, est quoniam non competit ad dandum, sed ad faciendum: ita quippe facta fuit transactio, *discedo a lite, ut partem bonorum mihi tradas*, qui est contractus, *facio ut facias*, quia tradere non consistit in dando, sed in faciendo, & incertæ quantitatibus ideo est contractus, qui ad tradendum concipitur, *leg. ubi autem 75. §. qui id 7. de verb. obligat.* Nec potest dici in *dict. leg. cum nota 6.* accipiendum esse

abusivè tradendi verbum; quia neque; lex transactionis, de qua ibi agitur, hanc acceptionem admittit. Pactus enim fuit heres scriptus tradere bonorum hereditariorum partem: At verò bona hereditaria sunt, non tantum quæ fuerant in dominio defuncti, sed & aliena: puta bona fide possessæ res, vel oppignoratæ: continenturque sub hereditarium bonorum appellatione iura, & actiones, *leg. bonorum de Verbor. Signific.* Quoniam hec omnia in hereditate manent, sicut apud defunctum fuerunt, *leg. nihil est aliud. de V. S. leg. hereditas de R. I.* Quæ dari non possunt, sed possunt tradi; dare enim importat dominium transferre. *leg. ubi autem 75. §. ult. de V. O. §. sic itaque discretis 14. de actionib.* Rei enim non suæ nemo potest dominium transferre, *leg. traditio 20. de adquir. rerum dom. leg. nemo plus iuris de R. I.* Atque omnino inconsulta fuisset promissio dandi, cum illarum rerum dominium absolute transferri non posset: promisit itaque tradere, id est cum sua causa partem bonorum in Seiam transferre, & facere ut ad eam perveniret, *dict. leg. ubi autem 75. §. id quod. de V. O.* quare si heres tradere, & facere recuset, cum ad factum compelli non possit, succedit obligatio ad interesse, ut recte exponunt Alciatus, & Donellus, in *dict. leg. cum nota 6. Cod. de transact.*

2 Non alium intellectum habet text. Neratij in *leg. insulam 6. de præscriptis verbis*. ubi hoc modo contractus celebratus fuit: vendo tibi insulam illam, quæ in illa regione est, ut mihi aliam repares tuis sumptibus. Constat non esse venditionem, quoniam certum precium assignatum non fuit, §. *item pressu in §. de emp. & vend.* si ageretur de incerta venditione expressè, & loco præ-

Ddd

cij

cij res daretur esset emptio & venditio, quannis pecunia numerata deficeret: quoniam res cedit pro precio, ut dixi *sup. c. 5. n. 8.* sed in proposita specie nec est rescerta, nec pecunia; quare venditionis verbū non potuit efficere emptionem illud negotium; manet itaque interminis contractus innominati. Nunc quaeritur, si insulam tibi dedi, nec meā fasseris, qua actio ne mihi tenearis? Respondet Neratius, teneri mihi actione incerti id est actione *prescriptis verbis*, quæ competit in incertum; cum detur ad factum, & succedat ad interesse.

3 Idem dicendum est in specie text. in *l. ob eā causam 9. de prescriptis verbis*. vbi Seius acceptum tulit Titio, quod sibi debebat, ob eam causam, ut scilicet sibi delegaret debitoris nomen. Hoc est negotium: dimitto te, ut mihi submittas debitore tuum. *facio ut facias*. Tu postea implere distulisti. Respondet Papinianus remissionem acceptionem stipulationem non esse instaurandam; sed incerti actione agendum, ut adimpleas delegando: id est facias; vel condemnatio ad interesse sequatur. Omnis enim actio, aut conditio, quæ ad acceptionem faciendam, vel ad delegationem, vel generaliter ad exigendam, aut tollendam obligationem competit, est incerta, quoniam competit ad factum, scilicet acceptum ferendi, delegandi, aut obligandi, quod est incertum, siue incerti exitus, & estimationis. *l. si quis delegauerit 12. ff. de nouat. l. licet 43. §. 1. de iure dotium*. secundum quas accipiendus est difficilis Vlpiani locus in *l. cum hic status 32. §. si nē autem 23. de donat. inter vir. & uxor*.

4 Non licet immorari in singulis textibus, & propositionibus, in quibus actio *prescriptis verbis* ad incertum competit, quo-

niam ex proxime exposita doctrina facile explicari possunt, nonnulli exstant in *l. si tibi 7. l. si dominus, 8. l. permisi 16. de prescriptis verbis, l. si conuenerit 23. communi diuidendo*. Illud tamen prætermittere non licet, cur actio, quæ ex precario competit, *conditio* dicatur, & incerta sit in *l. si duo 19. §. ult. de precario*. Quod ut dextrè forsan exponam, nam diu est, quo ille text. me torquet, obseruo, precarium nonnūquam transferre possessionem in illum, qui rogauit, nonnūquam non transferre. Transfert possessionem, quando specialiter possessio ipsa rogata, concessa que fuit. Non trasfert vero, quando tantum concessus fuit usus rei, quod relinquo animaduersum *superiore lib. cap. 13.* Deinde obseruo momentum, seu estimationem possessionis esse incertam, non enim ut res certam estimationem habet, ita habet illius possessio; quia nescitur quanti intersit possidere, vel non possidere: hæc est ratio, quare cum condicenda est possessio, condicetur conditione incerti, *l. in area 33. l. qui exceptionem 40. §. si pars domus. de conditione indebiti*. text. elegans, & obseruandus in *l. heres 21. ff. ad S. C. Trebell.* Itaque in *d. l. si duo 19. §. ult. de precario*, supponendum est concessam fuisse precario possessionem, quam incerti conditione merito repetere potest is, qui concessit.

5 Sed ut nihil dissimulem, si vera sunt quæ dixi *sup. cap. 8. n. 7.* neminem posse rem suam condicere nisi a fure, quomodo is, qui precario concessit, uti potest conditione, cum dominus maneat? Respondeo, illa uti non respectu proprietatis, quæ eius manet sed respectu possessionis, quæ alienata fuit; nec tunc intendere illa formula vulgari conditionū, de qua dixi *d. n. 7. SI PARET MIHI DARI &c.*

Sed

Sed ita: si apparet mihi facere oportere. Ut proponitur formula dare facere in l. si scripisset 46. de leg. 2. l. cum ita 19. de liber. legata, l. si a epiono 89. de V. O. l. Emptor 27. de novationib. l. & uno 18. §. 1. de acceptil. l. cum rem 11. ff. rem pupilli saluam fore cum aliis, quas cōgessit Brils. d. n. 7. relatus. Licet enim ita formula conditionis conciperetur, si paret mihi dare facere oportere, sufficiebat alterutrum ex his probare, quia disiuncta erant, quauis coniunctiue proferretur, l. saepe 53. vers. cum verò, de V. S. Itaque sub illo membro facere possessione condicebatur, quæ tota facti est, l. dentque 19. ex quib. causis maior. iunctis quæ dixi superiore lib. cap. 12. Hæc ergo ratio condicendæ possessionis, de qua vide Osuald. ad Donell. lib. 21. cōment. cap. 2. litt. L. Cujac. lib. 9. obseruat. cap. 31. & ex eo iterum Osuald. ad Donell. lib. 4. cap. 33. litt. I. Broxii in §. certè de rer. diuis.

6. Ergo si usus tantum fuit precario concessus, non competet conditio, sed actio restitutoria præscriptis verbis, qua is, qui concessit, petat, sibi rem restitui; de qua fortè actione, & specie precarij accipiendus est text. in l. 2. §. & naturalè de precario. Non potest enim esse cōditio, cū nec proprietas, nec possessio illo casu alienatæ sint. Quod mihi singulariter probat Pauli locus lib. 5. sentent. tit. 6. §. 10. his verbis: *Redditur interdicti actio, qua proponitur, ut quis, quod precario habet, restituat: nam & civilis actio huius rei, sicut commodati competet; eo maxime, quod ex beneficio suo iniuriam quis pati non debet.* Ecce ubi actio præscriptis verbis dicitur civilis sicut commodati, id est ad instar, ad similitudinem actionis commodati. Ergo cum nemo possit dicere commodati actionem esse conditionem; nec poterit

dicere esse in hoc casu actionem præscriptis verbis conditionem; sed restitutoriam.

7. Sed & illud non omitte; quavis ab interpretibus discutitur: si ad precarium, seu rem precario concessam repetendam, competit actio Civilis præscriptis verbis d. l. 2. §. 2. quæ cōditio incerti solet esse, d. l. si duo 19. §. 1. quomodo potest verum esse quod dicitur in l. interdictum 14. de precario, l. l. cum qui 14. §. is qui precario 11. de furt. ideo eo nomine interdictum DE PRECARIO reddi, quod nulla civilis actio competat. Late disputat contra Accursium, & Bartolum Antōd. Faber de errorib. Pragmaticor. de ead. 77. err. 3. & seqq. Sed quavis maximum sit huius interpretis acumen; mihi sententia eius non placet; magis probatur Cujacius, qui lib. 4. obseruat. cap. 7. dixit eo nomine, id est ex precario, siue ex illo liberalitatis genere, nullam actionem nasci, sed ex equitate, & ex bona fide, quæ postulat, ut quod alteri dedi, mihi restituitur. Competit ergo ad possessionem recuperandam interdictum de precario, & actio præscriptis verbis; & utrinque non idem est effectus, seu litigandi modus, quoniam per interdictum summarie agitur, & momentarie causa possessionis discutitur; per actionem vero agitur plenarie, & controuertitur de iure rei, & ipsius possessionis, ut in l. 2. de condic. triticaria, docent Sarmientus lib. 1. de redditibus Ecclesiasticis cap. 4. num. 12. Osuald. ad Donell. lib. 21. c. 2. lit. L. Ultra quæ remedia ad proprietatem, domino etiam competit ad persequendam rem suam, quæ precario concesserat, actio in rem, siue rei vindicatio, l. 3. C. de pactis inter emptorem & vend. iunct. l. in rem 23. de rei vind. eritque in electione eius hoc vel illo remedio uti, utrum facilius, vel expeditius fuerit.

8 In his, & similibus casibus ad incertum competit hæc actio; & incerti appellatur; quando vero ad certum datur, certi conditio est, quæ nō minus nascitur ex nominatis, quæ ex innominatis contractibus, *l. certi conditio 9. de rebus creditis*. Qui est expressus locus in hæc verba: *Quæ si conditio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, siue ex certo contractu, siue ex INCERTO*. Finge inter me, & te conuenisse, ut Ego, qui nō eram solitus operas locare, Romam ire, & tu mihi centum dares; nō est locatio, & conductio, sed contractus innominatus, *de ut factas*, si à datio ne incipit; vel *facto ut des*, si conuentio incipit à facto, *l. si pecuniā 5. de condic. caus. data. l. naturalis 5. §. 2. de præscriptis verb.* Ergo vero impleui ex parte mea, quid Romam iui: tu nō impleuisti; agam sane tecum certi condicione; quia à paret, quid, quale, quantumque sit, quod peto, *d. l. certi conditio 9. l. stipulationum 74. §. 1. de verbor. obligat.*

9 Potest etiam pro eadē sententia expendi text. in *l. 3. §. quini mo. de condic. caus. data caus. nō sequit.* ubi hæc proponitur species: Conuenit inter Nos, ut Ego manumitterem Styckum, Tu Mihi decem dares; & dies præstitutus fuit manumissioni, finge, ut manumitterem ante Kalendas Iulias. Antee diē, & per consequens ante moram meam, Styckus perit. Si de actionibus quaeritur, Ego Tibi ex nullo capite obligatus sum, quia non fui in mora. Quod alibi latius exposui. Tu verō mihi teneris condicione, ut decem des, quæ promissisti. Quænam erit hæc conditio, *an causa data causa non sequuta*, de qua agitur in illo titulo? Minimè quoniam hæc conditio est rei ipsius datæ, & competit, quādo id, propter quod dedi, sequutum non fuit, *l. damus 52. l. in sum*

ma 65. §. quod ob rem. 4. de cōdict. in debiti. Ego vero nihil dedi, nec fuit, quod possem ea condicione reperere. Erit nunquid *ex capite poenitentia*? Sed nec dici potest hanc esse, quæ etiam illi competit, qui dedit, ut id repetat, si eum poenituerit, dedisse, *l. si pecuniam 5. de cond. caus. dat. caus. non sequit.* Ergo quæstio est de condicione præscriptis verbis, utrum Ego, qui non manumissi, in Te possem agere, ut decem Mihi des? Et quia per me non stetit, respondet Ulpianus posse me decem condicere. Quænam obsecro potest esse conditio, aut qualis, per quam decem petuntur, quæ certum quid sunt, nisi certi conditio? Ut agnouit Castrensi. in *d. l. 3. §. si tibi. n. 7.* nec enim competit, ab id quod interest, ut existimauit Fulgosius *ibidem n. 5.* qui in eo consentiant, quod prædictam condicionem præscriptis verbis esse rectissime docent. Sunt, qui cum intelligere non possent, cur ibi daretur actio, cum seruus manumissus non fuisset, maluerunt cum Accursio supponere, interuenisse stipulationem in eo textu; sed non indiget hac suppositione; quoniam adest negotij causa, & adimplementum ex parte mea, ex eo solum, quod per me non stetit, quominus ante diem mortuum seruum manumitterem, ut non insubtiliter probaui *b. lib. cap. 4.* & innuunt Battol. Fulgos. & Castrensi, quauis Ant. Faber textum hunc Triboniano adscribat.

10 Hanc nostram sententiam tuentur Cuiacius quamuis strictim in *l. stipulationum 74. de V. O.* Borholt. *de pact. cap. 6. n. 4.* Vvesembek. *ad tit. de præscriptis verb. n. 16.* Ant. Fab. in *d. l. certi conditio & de errorib. Pragmatic. deca de 83. errore 7.* & videtur huius fuisse sententiæ Accursi. *ibidem*, ubi verbum incerti contractus accepit de innominatis, quauis non satis firmi-

freniter, vt nec Iaffo *ad eandē legē*, n. 34. Ceteri Veteres, quos consului, procul sunt à vero sensu text. Cōtrariam tamen sententiam immerito, sed mordicus defendunt Donell. *in d. l. certi conditio num. 12.* & post Vultesium Trentlerus *vol. 1. sect. disput. 20. thesi 10.*

11 Nō obitat text. *in l. si dominus 8. de præsriptis verb.* Ex quo Cujac. ipse *lib. 27. qq. Papin. & Fab. d. err. 7. & 8.* quauis à nobis fient, probari putant certā pecuniā, condici incerti condictione ex contractu inominato: hæc est species. Dominus, cū seruus furti argueretur, dedit ei, qui arguebat, quæstionis habēdæ causā, vt de eo quæstionē sumeret; vt illū interrogaret tormentis, vt in specie text. *in l. pen. de cond. caus. si data 1.* Dedit autē æstimatū in hūc modū; si de eo nihil cōpertum sit, vt mihi reddas centum aureos, quibus seruus æstimari potest. Quod sollemniter receptū fuisse constat *ex l. certo 13. de quæstionib.* Si seruus in admissio deprehensus fuit, & punitus, vel pro noxa adiudicatus ei, cui nocuit, non tenetur domino; quinimo si iam dedisset ei pecuniā, *condictione sine causā* repetere posset, *l. 1. de cond. sine causā.* vt docet Cujac. ad hunc text. Quod si in flagitio deprehensus non fuit, si in tormentis negauit interrogata, dominus pro eo potest pecuniā pactā eligere. Querit Papinianus, qua actione pecunia persequenda sit? Et responder, si adiecta fuit stipulatio, actione ex hoc contractu peti posse: quod si interposita non fuit agēdum *præsriptis verbis.* Ex quo itā inferūt; ecce vbi pecunia certa petitur a actione *præsriptis verbis*, & tamen dicitur esse incerti; Ergo incerti est, quauis ad certam quantitatem competat. Mirum est, quantum se torqueat subtilis Antonius *d. decade 83. err. 7. & 8.* vt componat, quomodo inter se cōuenire possint, vt actio *præsrip-*

tis verbis sit incerti conditio, & certum petat; maxime quia paucis antea lineis confessus fuerat, esse certi condictionem, cum ex ea certum petitur. Ego facillimē, nescio an certō, ab his scopulis euado; in hoc enim text. existimo actionem dici *incerti*, non quia sit incerti iuris, seu interesse; sed quia est incerti contractus, vt notari per syncopem animaduerti *suprà cap. 1. & cap. anteced.* & postea obseruatum animaduerti à Cujacio, *in d. l. stipulationē 74.* Quoniam cum Papinianus quæreret, quenam actio ex negotio illo competeret, & supposuisset, cum interposita fuit stipulatio ex eo cōtractu agēdū esse; ex consequēti decidit, si deesset stipulatio *præsriptis verbis* incerti contractus debere intendi; nec enim erat oppositio de condictione certi ad condictionem incerti; sed de certo contractu, qualis est stipulatio, ad incertum, inominatumque.

12 Opponi etiam solet text. *in l. 1. §. ult. de rer. permut. & in l. naturalis 5. §. 1. de præsript. verbis.* In quibus agitur ad rem certam, scilicet detur aliquid, & tamen in id quod interest, agi dicitur. Ergo adhuc cum res aliqua danda petitur, ad interesse intenditur. Sed huius difficultatis solutio petenda est ex natura actionis *præsriptis verbis*, quæ ex rerum permutatione oritur, in qua venit accessio ex mora. Et

de euictione actio, vt in iudicio ex empto, de quo agam *in cap. seq. (?)*



Ecc

CAPVT.

CAPVT. X.

Actionem præscriptis verbis, quæ ex rerum permutatione oritur, habere effectus actionis exempto.

ARGVMENTVM.

In hac actione crescit interesse ex mora, & tunc fit actio incerti. Exponuntur l. i. §. ult. de rer. permut. l. naturalis §. §. i. de præscript. verb. Veterum Interpretum differentia circa actiones provenientes ex nominatis, seu innominatis contractibus exploditur. Inest etiam eidem actioni euictio, & redhibitio, ut actioni ex empto. Proponitur nobilissima ANTI-NOMIA, quæ videtur exstare in l. iurisgentium 7. §. & ideò. de pactis, cum lege Naturalis §. §. at cum do, vers. Sed si dedi. de præscriptis verb. Variæ solutiones, & cum cura referuntur. Præbetur etiam nova, ex noua coniectura.



ON, inquam, urget difficultas, quam in fine superioris capit. expendi ex l. i. §. ult. de rer. permutat. & ex l. naturalis §. §.

i. de præscriptis verb. In quibus dicitur, si rem dedi, ut alius mihi rem daret, nec velit ex parte sua adimplere, posse me agere *præscriptis verbis* in id, quod mea interest, rem mihi datam non fuisse. Ergo conditio, aut actio *præscriptis verbis*, quæ ad certam rem competit, incerti est, non certi, cum competat ad id, quod interest. Sed ut respondeâ breuiter difficultati, quæ nostros interpretes superauit, obseruo, post moram alterius competere actionem *præscriptis verbis*, quæ ex rerum per-

mutatione oritur, in id, quod interest eius; qui adimpleuit, quoniam cum bonæ fidei sit §. *actionum* 28. *inst. de actionib.* crescit æstimatio actionis ex mora, quemadmodum si merx, quæ venit, suo tempore non tradatur, emptor in id, quod ipsius interfuit, rem si bi traditam non fuisse agit. l. 3. §. ult. de act. empti. Nō tamen ideo dici potest, actionem ex empto esse incerti conditionem, quanuis ex accidenti ad incertum soleat competere, scilicet propter moram, quoniam ut nostri deducere solent non malè ex l. 3. §. i. de tutel. Id solet, debetque attendi, quod naturale est cuiusque rei, non quod accidentale. In ea ergo opinione sum, ut existimem in præcitaris locis, dixisse actionem *præscriptis verbis*, quæ ex rerum permutatione oritur, ad id quod interest competere, non

non habito respectu ad illum, qui nondum in mora fuit adimplendi, sed qui iam erat in mora. Expendo illud verbum *d. §. ult. si alter nō NOLIT tradere*. Id est si interpellatus congruo tempore & loco, vè dicitur in *l. ob signatione 9. C. de solutionibus*, renuerit, nolueritquē adimplere; alioquin Consultus dixisset, *si alter non tradat. ut video explicuisse rectissimè Paulum Castrense magni iudicii interpretem; in d. l. 1. n. 9.* At vero quod in *d. l. 5. §. 1.* dicitur; proponitur regula, & generalis doctrina, vsque quō possit actio præscriptis verbis ex contractu *de ut des* peruenire; atque; ut eius naturam, & laxitatem denotaret, in id, quod interest, agendum esse dicit; de quo posset magis dubitari; sed cum non adest causa; propter quam crescat æstimatio, quia alter in mora non fuit, ad rem ipsam competit, estque cōdictio certi *l. cum precibus 4. l. ult. C. de rer. permut.*

2 Nec placet sententia Baldi in *l. naturalis 5. in pr. n. 2.* Bartoli. in *§. 1. eiusdem l. n. 4.* & 5. Raphaelis Fulgosi *n. 3.* Pauli Castrensi. *n. 5.* & 6. eiusdem Bart. in *l. stipulationes non diuiduntur, 72. quæst. 12. de V. O.* & prius fuerat Cyni in *l. 1. C. de sent. quæ pro eo quod interest proferuntur*, & aliorum Veterum existimantium contractus innominatos ab nominatis in eo differre, quod in his potest quis præcisè cogi ad tradendum, rem, quæ ex illis debetur, *l. si seruus 91. §. ult. de V. O. l. promissor Styebi. de constitua pecunia*: In illis vero non potest, quod etiam in innominatis contractibus supponit Faber *d. decad. 83. error. 3. cum seqq. ad quod vtuntur dict. l. 1. §. ult. & dict. l. 5. §. 1.* Sed non rectè, quoniam in his contractibus præcisè quis ad dandum compellitur, ut placiti fidem impleat, ut dicitur

in *dict. l. cum precibus 4. & dict. l. ult. C. de rer. permut.* quæ alio modo citra vim exponi non possent: Rursus quia nulla ratio differentię inter utrosque posset assignari: Quoniam Bart. & Ceteri asserunt, inde provenire, quia debiliores sunt innominati contractus, quam nominati: quod non est certum, cum ex æquo civilem obligationem pariāt, postquam adest causa obligandi: *l. iuris gent. 7. §. 1. de pactis*. Fulgosi autem contra existimabat; scilicet, quia fortiores erant innominati contractus, quam sint nominati. Quod etiam non potest placere; quoniam cum utriusque à iure confirmati sint; & habeant suum effectum producendæ obligationis quæ est vis contractuum; quomodo dici potest hos, quam illos fortiores vel debiliores esse. Maneat ergo in hac re, ut in alijs multis non esse differentiam in effectu actionis præscriptis verbis, ab ea, quæ ex contractibus nominatis nascitur.

3 Habet etiam aliam affinitatem cum actione ex empto actio præscriptis verbis, quæ ex rerum permutatione oritur. Ut enim actioni ex empto inest naturaliter actio de euictione, in id quod interest, rem emptam, euictam non fuisse emptori. *l. ex empto 11. §. 1. & seqq. de actionib. empti*. Ita etiam in permutatione, si res, quæ aliunde data fuit, euincatur, naturaliter actioni præscriptis verbis inest actio de euictione, in id quod interest eius, qui ex parte sua dedit, *l. 1. §. unde 1. rer. perm. l. 1. §. 2. C. eod. tit. l. si permutationis 29. Cod. de euictionib.* Item ut emptioni inest redhibitio, si animal venditum morbosum, vitiosumve appareat. *l. ex empto 11. §. animalium 4. ff. de actionib. empti*. Ita eadem redhibitio inest actioni præscriptis verbis, quæ ex rerum permutatione nascitur. *l. 2. de rer. permut. l. 4. tit. 6. part. 5.*

Ex

4 Ex quo non sine ambiguitate inter veteres iuris Professo- res hæc controuersia agitari cœpit. Dedi tibi Stychū, vt Pamphylum manumitteres: manumisti Pamphylum, & Stychus euictus fuit, quem alienum tibi dederam. Quæritur, an huic contractui euictio in- sit? Negatq; in esse Iulianus, quia cum sit incertus contractus, *do ut facias*; quoniam manumittere est facere, & datum fuit, vt manumitteres; est cōtractus stricti iuris; nec continet ex natura sua euictionem, vt cōtinent emptio, & permutatio, qui sunt contractus bonæ fidei. Sed quoniam æquum est, Te, qui manu- misisti Pamphylum indemnem seruari, existimauit, actionem in fa- ctum à prætorè dandam esse, quæ competit, cum nulla suppetit ciui- lis, qua possit intendi. *l. quoties 21. de præscriptis verb.* ad quam recur- rere plerumque est necessarium, cum actionum plenus numerus non sit, *l. quia actionum 11. eod. tit.* Quæ Iuliani sententia refertur ab Vlp. in *l. iuris gent. 7. §. 1. vers. & ideo. de pact.* Reprehēditur varo a Iunio Mauriciano *ibidē* relato, qui rectius aseruit, nō esse opus actione in fa- ctū prætorìa, siue extraordinaria; cū supersit actio ciuilis *præscrip. ver- bis*. siue vt ipse loquitur *incerti*: est enim hic cōtractus, quē Aristot. *συντάλλαγμα* dicit, & vltro citroq; obligationē parit. Ergo cū darem, vt faceres; fecerisq; tu quia ego de- di; id est, manumisti, quia seruum meum Tibi dederam: qui postea euictus fuit, nec datus intelligitur: perinde haberi debet, ac si datus nō fuisset; poteris ergo ideo in me ex- periri, quasi minime impleuissem; quia cum effectu non adimpleui. Hæc Mauriciani sententia placuit Vlpiano.

5 Opponitur vero illi Pau- li text. in *l. naturalis 5. §. at cum do 1. vers. sed si dedi. de præscrip.*

verbis in quo non tam oppugnatur Vlpiani sententia, quam fides; sed cum duos proponat casus, vtrunq; percurram. Dedi tibi seruum meū, vt seruum tuum manumitteres; ma- numisti, & is, quem tibi dedi, cui- ctus fuit. In qua specie ita distin- guit Paulus ex eodem Iuliano: si sciens alienū esse, dedi, nulla actio oritur, & sic de dolo teneor. Ratio est, quid ex natura teneor dare, vt manumittas. Dare autem est do- minium transferre. *§. sic itaque dis- cretis 14. inst. de action. l. ubi au- tem 75. §. vlt. de V. O.* cum autem rem alienam sciēs do, animum con- trahendi non videor habere, sed de- cipiendi, ideoq; ex parte mea ge- stus contractus non videtur. arg. ex *l. 1. de rer. permutat.* Hic est pri- mus casus, à Iuliano tractatus, decisisq; quem probat Paulus, nec improbat Mauricianus; quia de illo non egit. Itaque cum sciens dedi seruum alienum tāquam meū, vt tuum manumitteres; tam Iulia- nus, quam Mauricianus; & tam Vlpianus, quam Paulus nullam ex hoc negotio ciuilem actionem oriri re- ctiſsimē, & concorditer putarunt.

4 Agamus de secundo ca- su, cum ignorans alienum esse ser- uum dedi; quo casu constat, me ha- buisse animum contrahendi: igitur si postea seruus euictus fuit, actio- nem in factum ciuilem dandam esse in hoc casu Iulianus dicebat, vt al- ter me implere compellat, cū euicto seruo, reuera non impleſſe ex parte mea videar. Quam sententiam Iu- liani, tanquam eius, refert, compro- batq; Paulus in *dict. §. at cum do. vers. Sed si dedi.* Ergo non dissen- serunt Iulianus & Mauricianus, cū vterq; in hoc casu ciuilem actionem dedisset. Ergo vel Paulus *hic*, vel Vlpianus *ibi*, falsitatis arguuntur; dum vel hic, vel ille imponit Iu- liano, aut Mauriciano dissentium, vel consensum in hoc articulo.

Ve

5 Ut dissoluâ contrarietate hâc, primum noto, non esse verum, quod Antiquiores interpretes putant apud Mendozam *lib. 3. disputat. de pactis cap. 4. ex n. 19.* aliud esse actionem *prescriptis verbis*, quam in casu ignorantie dabat Mauritianus, aliam *in factum civilem*, quâ in eodem casu concessit Iulianus: verius enim est, utranque eâdem esse, quia omnis actio *prescriptis verbis* est civilis in factum; quanvis non omnis actio civilis in factum sit *prescriptis verbis*, ut supra probavi *cap. 6.* Itaque perstitimus in eadē sententia, nullam contrarietatem esse inter utrumq; locum, nisi quod Paulus ait dedisse Iulianum actionem civilem, cum Vlpianus nō laudaret eius auctore Iulianum, sed Mauritianum, ipsum potius eo nomine reprehēdētē, quod cōfessus est Duaren. cū iudicio in d. *l. iuris g. 7. §. Quid eo puto.* Forcatol. *dialo. 97. in Necromat. n. 5. & 6. Conan. lib. 7. comment. iuris civil. cap. 15.*

6 His suppositis libet referre magis receptas solutiones, aut concordias. Omisissis Accurs. nonnullis solutionibus, & aliorū Veterum, qui hæc parum solent curare. Duar. *vbi proxime* putat Tribonianum, cum Iuliani sententiam referret, quia actionem in factum dabat; & vidisset contrariam Mauritiani obtinere, qui dabat in factum civilem; adieçisse textui, & testimonio Pauli verbum *civilem*, ut ita concordaret utrumq; locum, nec curavit relationem testimonij esset ne huius, aut alius Consulti. In effectu non distat a solutione Duareni, Ant. Goueanus, *lib. 2. v. 2. riar. c. 27.* Ant. Fab; & Iacob. Cuj. in d. *l. iuris gent. 7. §. sed & si in aliis* vers. *Iul. scribit.* Ægidius Harter. in d. *l. naturalis 5. §. sed si dedi.* VVesemb. in *comm. ad tit. de pactis num. 9. propè finem* Iul. Pacius *lib. 1. conciliat. quæst. 87.* Alij

relati a Treutlero *vol. j. select. disp. 30. th. 9.* Pich. *d. quæst. 27. n. 54.* Hæc euasione futiliter rejicit Ludovicus Charondas *lib. 2. verosimilitum cap. 7.* quoniam, aiebat, nō erat adeo otiosus Tribonianus, ut relatas ab aliis opiniones corrigere voluerit. Sed non debuit hæc causare Charondas, imo in rimâdis, corrigēdis, supplēdis veterū iuris. Auctorū scriptis ad miraculū fuit sedulo Tribon. quē penitissimā iuris noticiā habuisse, & magnam huius artis comprehensionem, quotidie cerno, & miror. Ergo cū ex Paulo tractare vellet materiam contractuum innominatorum, ne iterū indigeret adieçire textui eius (qui forsitan contra Vlpian. Iulian. approbaverat, cū ille Mauritianum probasset) notam Mauritiani, Vlpiani; vafre & sollester supplevit, adieciens de suo verbum *civile*, quo loco actionem fecit *pres. verb.* cum Iulianus de actione in factum sensisset, scripsisset quē. Hoc non debuit appellari oscitantia, sed cura: nec facinus, sed benefactū; nec audacter debuerunt Interpretes ita Tribonianum carpere; sed sanè culpa est etatis, in qua cōiitijs in hūc Cōpositorē certatur. Hanc etiā euasione multis argumētis labefactare conatus fuit D. Ferdinand. de Mendoza *d. cap. 4. n. 22.* sed non sunt tati ponderis, ut opus sit referre, aut rejicere, nec aliæ Donelli in *tractatu de pres. ver. c. 19.*

7 Aliomodo cōciliavit Eguinari. Baro in *l. iuris gent. 7. de pactis in d. §. 1.* qui etiam agnovit, nō dissentire Responso, sed male sententiam Iuliani referri a Paulo. Inquit ergo Mauritianum notam ad Iulianum fecisse; & Vlpianum maiori cura, & sedulitate retulisse utriusque doctrinam circa hunc articulum; quippe retulit opinionē Iuliani, & animadversionē notatoris; Paulū verò absq; notis adduxisse Iulianū, id est notam ad illum factam

Fff

a Mau

a Mauritiano pro doctrina Iuliani ipsius retulisse. Vt si hodie Nos referremus pro doctrina Papiniani, quæ traditur *in l. 1. de officio eius cui mand. est iurisfct.* nulla facta mentione notæ Pauli, quæ ei adscripta est in illo textu. No etiam distat hæc conciliatio a superiore in effectu. Nec mihi valde displicet.

8 Ludouicus Charond. *n. 6.* relatus existimauit Mauritianum non percepiſſe doctrinam Iuliani; quippe cum hic diceret actionem in factum dandam esse, existimauit ille, de prætoriam sentisse, cum sentiret de civili, quare male intellectum reprehendisse. Minus placet hæc doctoris istius sententia, quia Vlpianus ita refert Iuliani verba, vt inde liquere possit, de prætoriam, nõ de civili actione cogitasse.

9 Benedictus Pinellus *lib. 2. selectar. cap. 17. ex num. 13.* Respondet, Iulianum fuisse approbatum a Paulo, dum dicebat, cõpetere actionem in factum: tacite tamen reprobatur, dum prætoriam esse putabat, & non civilem. Itaque partim approbatur, partim reprobatur a Paulo, argum. *ex l. si tibi 13. §. Iulianus ad finem. de præscriptis verb.* ibi. *In factum putat actionem Iulianus dandam, id est præscriptis verbis.* Vbi Vlpianus dum probat Iulianum in concedenda actione in factum; forſan in alio tacite reprehendit, cum illam non prætoriam interpretatur, sed præscriptis verbis, id est civilem. Accutahæc est, nec improbabilis coniectura. Cui non adquiescens ingenioſus Luſitanus aliam excogitauit *num. 17.* docetque *in dict. vers. sed si dedi.* Iulianum approbari a Paulo in casu, quo Ego seruum alienum pro meo dedi, sciens, prudensq; quo casu actio de dolo datur: illis verbis, *Sed si dedi Tibi seruum ut seruum tuum manumiteres, & manumisti, & is, quem de-*

di, euictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit; de qua re nec Mauritianus, nec Vlpianus egerunt. Itaq; in hoc primo membro Iulianum refert, & approbat: in secundo vero Iuliani non meminit, sed ex sua propria peno, & sententia dicit, *si ignorans dedi, in factum civilem dandam esse.* Hæc scripsit Benedictus anno 1613. quatuor vero ante annis, quibus ad manus eius liber peruenire potuit, scripserat, & excogitauerat, vt ex calchographiæ fide cõstat præposita vtrique libro, meus Mœcenæ, & sapientissimus Anceſſor scholæ nostræ lumen, ac columen D. Chumazero in disput. selectis suis, *disput. 8. n. 6.* cuius sensum non melius exprimam, quam si illius verba retulero. Ita inquit: Nec contrarium ex Iuliano retulisse Paulum suspicor *in d. vers. sed si dedi,* cuius explicandi ratio, si aliqua conueniens excogitari potest, certe ea est, vt intelligamus Iuliani sententiam ad vtriusq; casus speciem non pertinere, sed ad antecedentem tantummodo, post quem immediate allegatur; non ad sequentem, in quo contrarium respondiſſe ex Vlpiano constat. Vnde non sine causa Iuliani auctoritas media iacet, quæ Paulus primam suæ sententiæ partem confirmat, secundam vero, quia in ea Iulianus a iuris regulis discessit, separatim enuntiat. Hactenus D. Chumazero, quo nihil subtilius, certius nihil ad loci istius intellectum potest excogitari.

10 Ego verò, & si facile huic postremæ adquiescam, aliam nouam coniecturam meam proponere non verebor, quam duodecim ab hinc annis feci circa interpretationem vtriusque loci, cum plene cæperam pubescere. Quam ex Madrito, vbi degens cogitaueram, Salmanticam miſi conſulturus Præceptorem meum charissimum D.

D. D. D. *Franciscum Ramos del Manzano*, tunc Iuris Civilis acclamatissimum Primarium, nunc, quod iam ante dixi; in Supremo Senatu Italiae Spectabilissimum Regentē. Legit Vir ad miraculum iuris, & cuiusque disciplinae melioris sapiens; & rescripsit, nescit blandiri, magnas grates deberi ingenio meo vel hoc solo nomine, quod viam inueniret, ubi tot caliginose cespitant. Adhuc in gratæ memoriæ MNE MOSINON, & coniecturæ nostræ fidē; epistolam seruo sed non communico in hac pagina, quia materno stylo, & idiomate scripta est, in probationem magis, quam in censuram. Sed iam coniecturam propono.

ii. Contendebam; alium, & dissimilem esse casum, in quo Mauritanus reprehendit Iulianum, & in quo illius opinionem Paulus sequutus fuit. Recolamus breuiter casus, quos tractauit Iulianus. Sunt, nifallor, tres: Primus est, cum sciens, alienum esse seruum, dedi: in hoc utriusque I. Consulto conuenit, uterque enim confessus fuit, actionem de dolo dandam esse, non *prescriptis verbis*. Hunc casum Iulianus decidit, Mauritanus non improbat; sed tacite sequutus fuit, & cum eo Vlpianus. Agamus de secundo, qui est, cum ignorans seruum alienum esse dedi: in quo subtiliter ex verbis utriusque text. distinguendi sunt duo casus, vel dedi seruū, pone Erotē, cum de illo dando nominatim non conuenisset, sed de dando seruo meo indistincte; & dedi illam, cum possem aliū dare. Vel dedi, & pepigi de dādo nominatim Stycho. Primus in casu seruū do, quoniam licet nō possē dare nisi vnū, tamē nō do illū; quia specialiter tenebar dare; sed quia seruum dare ex meis pepigi. Secundo casu do Stychem tanquā Stychem, de quo conuenerat, quia nec alium dare poteram, ut pacti fidem implem. Ergo Iulianus hanc itā cō-

siderabat subtiliter, & verumque negotium distinguebat: nempe si dādo indistincte seruo meo conuenit, & dedi aliquem, qui euictus fuit; actionem in factum civilem, id est *prescriptis verbis* dandam esse existimabat. Hanc speciem, & sententiam refert, comprobaturque Paulus in d. §. *at cum do*, vers. *sed si dedi*. Sed nec improbat Mauritanus, aut Vlpianus, imō nec tangit in d. §. *ideo 2*. De secundo negotio aliter censebat Iulianus, si Stychem dare placuit, & nō alium, sed illum nominatim, dedique & postmodum euictus fuit; putabat non nasci actionē ex negotio, sed in factum à prætorē dandam esse. Hanc extremam partem notauit Mauritanus, & dixit etiam in hoc casu in factum civilem incerti nasci; ut in primo senserat Iulianus. Cuius sententia placuit, omīssā subtili distinctione Iuliani. Hanc partem non tetigit Paulus, sed priorem: ideoque quam Paulus probauit, probauit etiam; nec tetigit Mauritanus; quam improbauit Mauritanus, non tetigit Paulus, nec comprobauit. Nec deerat Iuliano aliqua suæ subtilitatis ratio: quippē cum dedi vnum ex seruis meis, nullam videbar habere affectionem specialiter ad eum; quo euicto, aut si scirem alienum esse, proculdubio promississem, aut dedissem aliū ex meis, ut seruum tuum manumitteres. Cum verō conuenit, ut Styclus daretur, & Styclus specialiter datus à me fuit pro manumissione tui serui; & is euictus fuit, fortē defuit animus alius dandi, & per consequens contrahendi; quid enim si dedi, quia erat veterator, erro, ignauus, nequamve; ceteri verō familia mea erant industrii, & quos ego pro Stycho non facile commutarem? Sentiebat Iulianus hęc synallagma, siue negotium deesse, & ad actionem prætoriam in factum fore recurrendum. Mauritano hęc subti-

subtilitas non probatur, quoniam qui vult seruum dare, ut alter manu mittatur, & videt manumitti, per cōsequens vult, ut dominus precium serui non perdat; ergo si sciret alienum esse, haberet animum vel dandi alium seruum, vel soluendi interesse domino interceptum propter manumissionem; quare negotium in hoc etiā casu superesse defendit, ex quo posset oriri actio *præscriptis verbis*.

APPENDIX A D

C A P. SUPERIVS.

Animaduersione ad text. in l.

si locuples egenti 57. de manumissis testam. & in l. cum hereditas 5. §. 1. ff. qui & à quib. manumissi. vbi agitur de alio imputato Iuliano dissidio.

AT TEXAM superiori capitulo aliam simile cōciliationem, non tractationem materię, sed dissensu eidem Iuliano imputato, & culpa iniecta Triboniano, quā illum vindicabo, si vires suppetant. Lex Ælia Sentia libertates impedivit, ne competere, quę in fraudem creditorum dabantur, id est si manu missor habuit animum fraudandi creditores suos, & fraudis euentus cū effectu lequutus fuit. §. *in fraudem inst. quib. ex caus. manumitt. non licet, l. in fraudem 10. ff. qui & à quib. manumissi liberi non fiant, l. ult. C. qui manumittere non poss.* Quod idem prator exigit in edictis suis fraudatoris, veluti in eo, quo prohibet alienationem in fraudem patroni, l. 1. §. & alijs videamus, ff. *si quid in fraudem patroni*. Et in

edicto creditorum. l. *si quis cum haberet. 15. ff. quę in fraud. creditor.* Quoniam fraudis interpretatio in iure civili, id est in lege Ælia Sentia, & edictis fraudatoris (quę & portio iuris civilis sunt §. *pratorum quęque edicta inst. de iure natur. gent. aut civili.*) Ex consilio, & euentu simul consideratur, l. *fraudis 79. de regul. iur.*

13 Hinc agitata fuit illustris quaestio inter veteres iuris auctores Iulianum, Caiumque: utrum si egenti defuncto locuples heres existeret, heredis substantia confirmetur libertates in fraudem creditorum in testamento datae? Siquidem aucta hereditas post testatoris mortem proficit libertatibus. l. *si mortis 18. ff. qui & à quib. manumissi.* Nec probo Cuiacium, qui in recitationibus ad Iulianum docebat, tempus mortis inspicere in lege Ælia Sentia; ecce enim vbi post mortem testatoris auctum patrimonium proficit libertatibus. His non obstantibus Gaius negat, existente locuplete herede egenti testatori confirmari libertates l. *si locuples egenti 57. de manumissis testam.* Ratio, uti Ego existimo, est; quia quod dicimus, quia libertates à defuncto, non ab herede debebāt competere: & ideo non facultates heredis; sed defuncti facultates inspiciuntur. Cum Caio Iulianus consensit in l. *cum hereditas 5. ff. qui & à quib. manumissi,* & cum utroque Alexander Imperator. in l. *in fraudem 5. C. de testament. manumiss.*

14 Sed opus est referre verba Caij in d. l. 57. verbi. *quam sententiam, inquit. Quam sententiam Iulianus adeo sequitur, ut existimet, ne cum quidem libertatem cōsequaturum, quem is, qui soluendo non esset, ita liberum esse iussisset, CVM AES ALIENVM SOLVTVM ERIT, Stichus liber esto.* Adhuc enim existimabat Iulianus, verum esse,

esse, defunctum decessisse non solvendo, licet satisfaceret creditoribus de re heredis. Sed hæc argucia merito à Caio notatur ex Calsij Sabinique sententia; quoniam qui ita præstitit servis suis libertates, non potest ei habere animum fraudandi creditores, quod sufficit, ut libertas competat.

15 Verum meritò quis possit de Caij fide ambigere, cum Iulianus ipse lib. 64. Digestor. relatus in l. cum hereditas 5. §. 1. ff. qui & à quib. manumissi. contrarium asserat, & cum Gaio conveniat. Inquit Iulianus: *Si is, qui solvendo non est, hoc modo libertates dederit: SI CREDITORIBVS MEIS SOLVENDVM SOLVTVM FVERIT, Stychnus liber esto: nō potest videri fraudandorum creditorum causa libertatis esse iussisse.* Ergo non distat à Gaio Iulianus, & in utraque lege idem dicitur, quid igitur ille in hoc culpat, aut reprehendit? Ex his, quos vidi, pauci, imo nullus est, qui in hunc scrupulum animaduertat, vno excepto Antonio Fabro, qui in *Papin. tit. 6. princip. 2. illat. 2.* manum Tribonianum in d. §. 1. agnouit, qui, inquit, verba, Iuliani immutauit, ut utrumque fragmentum concors redderet, immemor Caium pro contraria sententia Iulianum laudasse: fecisse tamen pro suo Compositoris officio, ut nihil contrarium in corpore iuris remaneret. Ferrem id sanè, qui multoties factum animaduerto; nec enim aliter in concordiam, vnamque consonantiam & discordantia ingenia reduci possent. Illud sanè ægrè fero, miserum Tribonianum pro Nobis nauatà diligentia opera (ita censeo) tam acriter frequenter infectari cōtumeliosis verbis leuissima etiam arrepta occasio ne, qualis hæc erat.

16 Aptius foret dicere sine culpa mutasse Tribonianum; vel reprehensum meritò suam sententiam

ipsum Iulianum in posterioribus mutasse; vel retulisse Tribonianum sententiam Iuliani, & Caij notam; sine nomine Caij, tantum Iuliano laudato, ut dixi Optimos iuris interpretes non malè, nec insipienter superiorem antimoniam composuisse.

17 Ego vero, ut in superioribus textibus, sic in istis, contendo non esse eandem sententiam Iuliani, quæ reprehonditur à Caio in d. l. si locuples egenti 57. & quæ ex ipso refertur in d. l. si hereditas 5. §. 1. Quod patebit apertius, si expectè illustrauerimus singulas quæstiones. Senserat Iulianus non confirmari libertates in fraudem creditorum datas, & si locuples egenti heredes extitisset; consensit in hoc cum Iuliano Caius, nec controuersia in eo fuit, aut dissensio. Item sensit Iulianus, si libertas data fuit sub conditione, ita: *SI satisfactum sit creditoribus meis*, valere libertatis dationem; quoniam in eum casum datur, quo nulla fraus creditoribus fieri intelligitur. Sed cum de hac specie Caius non disputaret, eam non potest videri improbasse; ergo neque in hac dissensio fuit inter verumque Iuris Consultum. Rursus disputauit Iulianus de alia specie, scilicet, cum voluntatem suam non enuntiabat testator sub cōditione, sed in tēpus, *CVM as alienum solutum erit*. In hac specie Iulianus negabat libertatem valere; Caius contrà sensit; cuius sententia obtinuit, quæ prius fuerat Sabini, & Calsij. Itaque alius est casus, in quo à Caio reprehenditur Iulianus; alius, quem ipse disputauit, deciditque in d. l. 5. §. 1. Quoniam in ea agit de conditionali libertatis datione; ille vero erat de libertate data in tempus satisfactionis creditorum.

18 Sed operæpretium erit inquirere, quamnam rationem habuisset Iulianus, ut tam subtiliter duos

G g g

casus

casus illos distingueret; & sane aliqua fuit, nec minus levis. Aduer-
bium enim CVM tempus denotat,
S I conditionem inducit, vt vulgo
nostri Interpretes notant. Ergo *in*
d. l. 5. §. 1. data fuit libertas sub condi-
tione; at vero *in d. l. 57.* dilata fuit
in tempus, vt docent Græci Inter-
pretes *ad lib. 48. Basilicar. tit. 7.*
Dilata autem in tempus, statim va-
lent, licet ante diei aduentum non
præstentur: sed conditionalia vsque
ad aduentum conditionis suspendun-
tur, eaque impletæ valere incipiunt.
Quæ differentia colligitur ex *l. si dei*
commissa 11. §. hoc autem de leg. iij.
l. centesimis 46. §. si ita. de V. O.
Existimabat ergo Iulianus, liberta-
tem sub hac conditione datam, *si sa-*
tisfactum sit meis creditoribus, vale-
re, si locuples egenti heres extitisset,
qui creditoribus satisfacere posset;
quæ non statim competere testator
voluit, sed si satisfactum fuisset cre-
ditoribus, qui est conditionis euen-
tus, in quo decipi creditores non po-
terant. At vero cum in tempus satis-
factionis distulit, vt de secundo ca-
su dicam, quia pura est dispositio, *l.*
si post diem 5. ff. quando dies legati
cedat. l. cedere 223. de V. S. ab adi-
ta hereditate deberi libertatē for-
tè existimabat, quæ tunc compete-
re minimè poterat; quoniam adhuc
satisfactum non erat creditoribus.
Hac, aut alia nimis subtili differen-

tia ratione, vtrunque casum distin-
guebat Iulianus, scilicet libertatis
datæ sub hac verborum conceptio-
ne S I, & sub hac CVM. In primò
Casu non dissensit ab eius sententia
Caius, & reuertur, probaturq; *in d.*
l. 5. §. 1. In secundo dissensit *in d. l.*
57. quia verum est, cum debitor cre-
ditoribus voluisset prospicere, nun-
quam animum habuisse eorum frau-
dandorum. Manet ergo ex Iuliano,
Caioque tam *in d. l. 5.* quam *in d. l.*
57. vtroque casu libertatem valere,
siue ita relicta sit, *S I satisfactum*
sit creditoribus meis; siue ita. *CVM*
satisfactum, &c.

16 Sed quæres forsàn, ex quo
tempore libertas cõpetitura sit ser-
uis, quibus data fuit, *CVM satisfa-*
ctum sit creditoribus. Et sanè tunc
libertas competit, quando, si ita le-
gatum esset, præstandum foret: nec
enim aliud est competere libertatē,
quam præstari legata: quare Iauole-
nus ex Labeonis, Ofilijque senten-
tia, non esse liberos futuros respon-
dit prius, quàm creditores pecuniâ,
aut satis ab heredibus accepissent,
l. Stichum 39. §. 1. de statul. quo-
niam libertas in eum modum datæ
in tempus dilata videatur, nec ante
competit, quam tempus, casusque
ille aduenerit, vt docent Græci In-
terpretes *ad d. lib. 48. Basilicar.*
tit. 3. themat. 57. & Pet. Faber *in*
l. generaliter 78. de R. I.



CAPVT.

CAPVT XI.

De actione, quæ nascitur ex contractu, facio
ut des; & vtrum sit præscriptis
verbis?

ARGVMENTVM.

*Contractus facio ut des similis est locationi, ut contractus
do ut facias: quare vterque eandem actionem debet producere.
Vterque fere idem negotium continet. Nascitur ergo ex
vtroq; actio præscriptis verbis, nisi dolus interuenisse ar-
guatur. Exponuntur l. solent i 5. de præscriptis verbis.
l. cum proponas 4. C. de dolo. l. cum mota 6. C. de
transact. l. inter 26. §. conuenit 3. de pactis dotalibus.
Agitur ex professo de intellectu text. in l. naturalis 5. §.
quod si faciam. de præscriptis verbis. Nonnulla inter-
pretationes referuntur, & reijciuntur. Proponitur noua quæ-
dam. Facilius dolus præsumitur, & committi intelligitur in
contractu facio ut des, quam in ceteris innominatis. Sed ta-
men semel dolo probato, quod de eo dicitur, de alijs etiam intel-
ligi debet, cum omnium par sit ratio.*

I



*contra facio ut des, nascatur a-
ctio civilis præscriptis verbis, ut ex
ceteris nascitur, quam adeo ex æ
prosequutus fuit Hugo Donell. in
tractatu de præscriptis verbis, ut
fere nihil, nisi hoc in illo libro ege-
rit. Qui tandem post Raphaelem*

*VÆ supe-
rest contro-
uersia gra-
uior, & dif-
ficilior for-
tè est, quam
sit alia in to-
to hoc tra-
ctatu; an ex*

*Fulgosium censuit non minus ex
hoc contractu, quam ex ceteris tri-
bus similibus actionem civilem da-
ri, quam sententiam comprobant
multis Ferdinan. Mendoza lib. 3.
de pactis cap. 4. num. 16. Treutle-
rus volm. j. select. disput. 30. the-
si 10. Contrariam sententiam tuen-
tur Azo. in summa C. de rerum. per-
mut. Accurs. Bartol. Baldus, Ca-
strensis, & Iasso. in l. naturalis 5.
§. quod si faciam. de præscriptis
verbis. vbi etiam Cujac. & Faber.
Alciat. in. l. Labeo 19. §. contra-
ctum. de de V. S. & lib. 5. paradox.
cap. 7. Anton. Gouenus lib. 2. var.
cap.*

cap. 18. Forcatulus in *Cupidine* c.
3. Ant. Concius lib. 1. succis. cap.
13. Horman. in *disput. de pact.*
Corral. lib. 2. *miscellanear. cap. 10.*
n. 9. Conanus lib. 7. *comment. cap.*
15. num. 8. Iulius Pacius in *me-*
thodis ad l. 7. §. 2. de pactis. ubi
etiam Duaren. VVesembek. *ad*
tit. de praescriptis verb. & alijs, quos
laudat Treutlerus *ubi proxima,* quā
uis dissentiat ipse. Sequitur etiam
communem sententiam vnus pro
cunctis D. Chumazero in *dodeca-*
de select. disputat. 3. n. 8.

2 Sed adhuc in priorem sen
tentiam procliuor sum, ex sequen
tibus; primò quia contractus *facio*
ut des, est similis locationi, ut cōtra
ctus *do ut facias,* quod late, satis
q; probaui *sup. cap. 6.* Sed ideo ex
cōtractu *do ut facias* nascitur actio
civilis incerti, siue *utiles praescrip-*
verbis, quia ad instar est contra
ctus nominati. Ergo eadem ratio
ne debet competere eadē actio ex
prædicto cōtractu *facio ut des.* Qua
ratiocinatione labefactatur præci
puum fundamentum Auctorum cō
trariæ sententiæ, qui nullam aliam
rationem assignare poterant, qua
rè ex eo contractu actio civilis non
nasceretur, quam quia cum nullo cer
to, & nominato affinitatem habere
existimabant.

3 Deinde quia hæc actio def
cendit ex negotio, quod in his cō
tractibus geritur, quod Græci vo
cant *synallagma;* id est vtro citro
que obligatione, quæ resultat ex
caussa, quæ his inest, veluti quia
ex vna parte datum fuit, vel factū.
l. iuris gent. 7. §. 1. & seq. de pact.
Sed eadem causa obligandi inest,
si facio Ego, ut Tu des, quam *si Tu*
dederis, ut Ego faciam. Ut pater,
quoniam nunquam animaduerte
re potui, quid inter hos casus pos
set considerari differentia. Ergo si
ex cæteris contractibus competit
actio *praescriptis verbis,* compete

etiam ex hoc contractu.

4 Confirmari etiam solet hæc
sententia primo ex *l. solent. 15. de*
praescriptis verbis, ubi aperte ex
contractu *facio ut des* dicitur *praes-*
criptis verbis actio dari. Hæc est
elegans species, aut verius sententia.
Supponit Paulus eos, qui nonerūt
seruos fugitiuos alicubi celari, siue
occultari, indicare dominis seruo
rum solere, ubi celentur: quæ res fa
cit, ut non sint fures, alioquin si sci
rent, & paterentur occultari, po
nis furium, & receptatorum tenerē
tur *l. 1. de fugitiuis. l. seruos 12. C.*
de agricol. & censit. lib. xj. cum
alijs, quas retuli, exposuiq; breui
ter *lib. 2. de interd. & re legat.*
ad l. interdum 11. Hic est sensus
illorum Pauli verborum: *Quæ res*
non facit eos fures, id est, hæc est
ratio, aut causa, quare fures non
sint, scilicet si dominis indicaue
riat, ubi celentur, ne cum recep
toribus videantur cōsentire. Sup
ponit etiam, ut pergam, solere ali
quā mercedē 1 ob indicandū reci
pere: quod nō est illicitū lucrū, nec
caussa improba accipiēdi, sed iusta,
remuneratoria laboris indicandi; ut
proxeneta ob interuentum, & me
diationem iuste aliquid accipit mer
cedis nomine. *l. 1. de proxenetis.*
Ergo cum iusta sit accipiendi caus
sa, non timebit is, qui accepit, ut
se pecunia repetatur, condicaturq;
condictione *ob turpem causam,* vel
condictione *sine causa,* de quibus
condictionibus agitur in *tit. de ed.*
dict. sine caus. & de cond. ob tur-
pem caus. His suppositis quaerit,
vtrum si pecuniam sibi dari pacifica
tur ob indicium, possit illam ali
qua actione petere; veluti si ita ini
tum negotium est, *si indicauero,*

appre
mollis, formosus nomine Gyton. si quis eum reddere, aut
demonstrare velit, accipiet numos mille. Adde Laurent. Fig
norum de seruis pag. 14. cum seqq. Pet. Colum. Apuleium
pagina mihi 78.

Hæc merces dicitur
a Paulo in hac l.
indicium, & in l.
4. §. si tibi de cod.
ob turpem cau
sam, & HEVRE
TER græcè in l.
falsus 47. §. pro
inde §. quid
ergo 9. de fure.
ubi Gothofredus, &
in d. l. solent. 15.
laudat Iacobum
Cujacium, & Ant.
Contum. De Edi
ctis, quæ solebant
proponi, ut retra
herentur, restitue
renturq; fugitiui
pro illustratione
text. in d. §. proin
de 8. ad Apuleiū
in lepida præco
cinatione Mercurij
lib. 6. de asino.
adeundus etiam Cu
rius Fortunatianus
lib. 1. artis Rhe
tor. ubi ita inquit
Cuius seruus tu
gerat, libello pro
posito, vel pec
conem nū
tians dixit, daru
rū se decem mil
lia ei, qui ad se
seruum perduxit
set. Propertius lib
3. eleg. 22.
I puer, & citius
hæc aliqua pro
pone columnæ
Et dominium Es
quilis scribe ha
bitare meum.
Et apud Petro
nium in latyrico
sic fugitiuus Gyton
predicatur. Puer
in balneo paulo
ante aberrauit an
norum circa sex
decim, crispus,

apprehenderoquæ fugitiuū, certum aliquid mihi dari. Et videbatur dicendum nullam actionem compe-tere; quoniam ex pacto actio non nascitur iure civili. *l. inrisgent. §. sed cum nulla vers. igitur nuda pactio. de pactis.* Pactum nudum videtur hoc, *si indicauero, mihi dabis.* Nihilominus respondet, non esse pactum, sed negotium, cui subest causa, postquam indicauit, & apprehendit fugitiuum; nec enim in terminis nudæ conuen- tionis manet. Sed propter causam, id est propter indicationem, capit esse negotium, ut post Classicos recte considerat Gregorius Lopez Madera *lib. singulari animadu- uer. cap. 9. num. 2.* Ex quo nasci- tur actio civilis, id est *prescriptis verbis.* Hoc genus negotij aliud esse non potest, nisi *facio, ut des;* scilicet apprehendo seruum fugi- tiuum, ut mihi certam pecuniam des. Nec potest dici e conuerso esse *do ut facias.* Do certam pecu- niam, ut apprehendas seruum fu- gitiuum: quoniam conuentio a fa- ciendo incipit, ut constat ex illis verbis textus: *ut si indicasset, ap- prehensusq; esset fugitiuus, cer- tum aliquid daretur.* Facies au- tem contractus ex conuentione re- sultat, ut in superioribus admo- nui. Imo & obligandi causa a fa- cto incipit, id est ab indicando seruum fugitiuum. Ergo ex con- tractu *facio ut des* civilis actio nas- citur, non de dolo. Vno sane ca- su ex illo negotio actionem de do- lo nasci Paulus scribit, scilicet si dolus aliquis arguatur in promit- tenda iudicij mercede: quoniam cum in his contractibus innomi- natis actio nascatur ex causa, & ex bona fide negotij gesti, ut in aliis speciebus obligandi ex facto, Cu- jacius, *lib. 4. observation. cap. 7.* quare merito in illis obtinuit, ut cõsensus dolo extortus, datusq; qui

initiu dedit cõtractui, illū viciet, ut viciat bonæ fidei contractus omnes; *l. & eleganter 7. in princ. & §. 1. de dolo l. si dolo 5. iuxta vulgarem intellectum. Cod. de rescind. vend.* Nec licebat ita argumentari, nas- citur in his omnibus contractibus ex iuxta causa, & ex bona fide ac- tio; ergo est actio bonæ fidei; quo- niam nasci ex bona fide descendit ex æquitate conuentionis; esse ve- rò bonæ fidei, ex formulæ concep- tione, & ex alio diuersissimo capi- te, ut iam obseruatum relinquo. Itaque hac esse diuersa, nasci ac- tionem ex bona fide, & esse con- tractum bonæ fidei, iā scitè obser- uauit Cui. d. c. 7. quidquid nō recte dissenserit Anton. Fab. *de errorib. Pragmaticor. de ad. 83. error. 7.*

5 Eodem modo, & iuxta eandem distinctionem accipienda est alia Diocletiani, & Maximia- ni species, quæ exstat in *l. cū pro- ponas 4. C. de dolo.* quæ talis est. Titius ancillam habebat; eam Se- ius contubernio sibi adiunxit, desy- derabat Seius uxorem ducere ancil- lam; & serui conditione impe- ditus non poterat (de quo dixi *lib. 1. de interd. & reugat. cap. 4.*) Ita- que, ut posset, placuit, uti dominus ancillam manumitteret, siue daret manumittendam; & Seius pro ea aliud mancipium daret. Dominus ex parte sua impleuit, id est ma- numisit, vel dedit manumittendā Se- io. Seius verò implere recusabat. espōdet in hac quæstione Cæsa. om- posse litiū ancillam à se manumittā rouocare in seruitutem, quod pla- num est: posse tamen ut placiti fi- des impleatur agere actione de do- lo in Seium. Cur autem non at- git *prescriptis verbis*? quoniam supponendum est dolum ex par- te Seij aduuisse in initio contra- ctus: alioquin enim ut quid in il- lo titulo collocaretur lex illa? quod etiam supponunt Auctores supra

H h h

pro

pro nostra sententia laudati. Vel nisi dicam⁹ ex eo manifesto indicio dolum perspicui, quia Seius spectauit manumitti ancillam, & postquam manumissa fuit, noluisse ex parte sua adimplere; cum cerneret, amplius à domino retractari non posse semel datam libertatem, quod videtur sensisse Donell. *lib. 14. comment. cap. 35.* quanuis aliter acceperint, & pro sua sententia illum textum expenderint, qui contrariam defendunt.

6 Expendi etiam pro eadem sententia solet text. *in l. cum mota 6. C. de transact.* quem in superioribus abunde explicatum relinquo, quare *hic* leuiter perstringam. Pactum ita fuit interpositum, ut discederetur à lite, & portio bonorum daretur. Discessum fuit, nec portio bonorum tradebatur. Quærebatur, quam actione agendum esset, & fides placiti impleretur. Et respondet Alexand. Imperator actionem *prescriptis verbis* competere. Ex quo text. sic argumentum conficiunt Interpretes nostri: Ecce ubi proponitur contractus *facio ut des*, scilicet discedo a lite, ut mihi des partem bonorum: Et ex eo competit civilis actio. Ergo falsum est dari actionem de dolo. Sed Ego ex bona fide uti non possum hoc argumento, quoniam ex Alciato, & Donello *sup. cap. 9.* censui forsan verè non agi *in dict. leg. cum mota 6. Cod. de transact.* de contractu, *facio ut des*, sed de contractu *facio ut facias*.

7 Meliori fide uti possum alio non vulgari argumento Amici mei sæpè laudati (sunt enim omnia amicorum communia) qui pro hac nostra, quam tutamur, sententia expendit electè textum *in l. inter 26. §. conuenit 3. de pactis dotalibus*, ubi hanc questionem tractat Papinianus. Conuenit in-

ter virum, & uxorem, ut mulier quocunq; iret, sumptibus Viri veheretur. Postmodum cum a marito literas euocatorias accepisset, petiit prouinciam, in qua ille Centurionis officio merebat stipendia. Maritus non seruauit fidem conuentionis nec mulieri rependit impensas, quas in itinere fecerat. Quoniam iudicio illas posset exigere, seruareq; quærebatur? & respondet Papinianus, nullam directam actionem eo nomine uxori competere; quoniam licet factas non posset vir repetere, imò uxor iure illas valeret retinere, ut supposuerat *eodem lib. idem Papin. ab Vlpiano relatus in l. si quis pro uxore 21. de donat. inter vir. & uxor.* Tamen ad exigendas, quas de suo ipsa fecit, nulla est certa, directaq; actio; quoniam nullus est certus, nominatusque contractus, ex quo oriri possit. Sed cum conuentio aliqua præcessisset, & post illam profectio, & sumptus itineris succederet, quæ est iusta obligandi causa; merito dixit utilem actionem in factum uxori in virum competere. Quæ actio proprie est *prescriptis verbis*, quæ utilis in factum appellatur, ut *supra* admonui *cap. 8.* Nec nascitur ex pacto, conuento, ut Accursius, & Veteres sentiunt, a quibus non videtur dissentire Cuiacius *lib. 4. RR. Papiniani in dict. l. 26.* Sed ex contractu innominato *facio ut des*, id est, eo ad virum, ubi cunque sit, ut impensas vecturæ, & itineris mihi refundat. Incipit enim conuentionis initium ab uxore: quoniam ipsa principaliter ad virum ire pepigit, deinde placuit inter eos, ut vir sumptus daret, siue de suo solueret.

8 Aduersus hæc omnia opponitur textus, qui contrariæ parti expressè fauere videtur, *in l. naturalis 5. §. quod si faciam. de prescriptis verb.* ubi hæc verba habentur:

Quod

Quod si faciam vt des, & postquam fecit, cesses dare; nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur. Quo in hac tractatione fortè difficilior locus non exstat. Nos verò aliquot huius text. intellectus referemus; non vt aliorum dicta carpamus, à quo liuore procul sumus; sed vt propositione, & oppugnatione opinionum veritas elucescat: Franciscus Curtius in d. §. *quod si faciam*. Ad diuersa vtramque actionē cōpetere existimabat; scilicet actionē de dolo, loco cōditionis *ob causā dati*, ad repetendum id, quod interfuit ius, qui impleuit; qualiter, qui dare tenebatur, diferebat dare. Actionē verò præscriptis verbis, ad cōpellēdū eū, qui tenebatur implere, nec impleuit. Quæ sentētia videtur habere rationē, quoniā cū facta infecta fieri non possint, vt dicitur in l. *in bello* 12. §. *facti. de captiuis & postlim. reuers.* Si nulla actio, nisi civilis, ad adimplementum contractus competeret; nec competeret aliqua, quā quodammodo repetere, & condicere posset, quod fecit, is, qui prius adimpleuerat; pauciora tē media ex hoc negotio competērēt, quam ex ceteris; nec enim ex eo suppetebat conditio *ob causā datorum*. Deinde hac modo, & iure ordinario dari non potest; cum ad id repetendum detur, quod ab adimplente datum fuit: sed illud repeti non valet, cum sit factum; ergo hoc nomine nulla civilis actio cōpetit; quare ad subsidiariam recurritur; & cum dolo faciat, qui non vult ex parte sua adimplere, cum videat alterum iam fecisse, id est adimpleuisse; ad actionem de dolo descendere æquum est. Huius auctoris vestigiis inhæret multis Donell. in d. tract. *de præscr. verb. & lib. 14. commentar. cap. 35. & lib. 15. cap. 41. vers. tertia species.*

9 Sed ne quid dissimulemus, hæc interpretatio ex eo non potest

placere, quoniam Paulus adeo generaliter negat, nullam actionem civilem ex contractu *facio vt des* cōpetere; vt eius sententia restringi nō possit commodè ad conditionem *ob causā datorum*. Nec enim asserit tantum, eam conditionem deesse; sed nullam actionem dari; ergo neque datur actio *præscriptis verbis*. Deinde quia cum actio *præscriptis verbis* omne interesse contineat eius, qui impleuit, possitque illud periequi prædicta actione postquam semel ex parte sua satisfecit; non indiget illa conditione; quæ tantum locum habet in duobus articulis contractuum innominatorum *do vt des, & do vt facias*; cum is, qui dedit, repetere vult, quod dederat. Quare in contracta *facio vt facias*, non præstatur actio de dolo, quæ præstanda foret; si prædicta vera essent.

10 Alia fuit sententia Christophori de Castellion, qui vocatus fuit subtilitatum Princeps, existimantis actionem *præscriptis verbis* ex contractu *facio vt des* prouenientem concurrere cum actione de dolo, non ad diuersa, sed ad idem, vt vtrique & alterutra contineatur, quantum actoris inter est, ex parte rei impletum non fuisse. Hanc sententiam sequitur Duaren. in l. *jurisgent.* 7. §. *sed & si in alium.* veri. & *laco. de pact.* & Mendozz lib. 3. *de pactis cap. 4. à num. 6.* Sed appetit est contra iuris ratione in ex utroque mēbro, aut latere: cū quia de dolo actio subsidiaria est, nec datur, vbi alia competit. l. 1. §. 1. cū plurimus, *de dolo*: tum deinde quia etiam actio *præscriptis verbis* non potest cum alia concurrere, l. 2. *de præscript. verbis*. Deinde quoniam Paulus ait, ideo competere actionē de dolo, quia nulla actio civilis eo nomine competit: ergo falsum est dicere, competere actionem *præscriptis verbis*, quæ civilis est, vt dixi

supra

suprà cap. 8. Quibus, & aliis fundamentis hanc sententiam merito refellit Ioannes Corrañus *lib. 2. miscellanear. cap. 10.* Alias, quis confutare nimis otiosum esset, recenseret, refellitque aude more suo Mendoza ubi proximè.

11 Nobis autè prior illa sententia adhuc sedet; non aliter agi posse de dolo in hoc contractu *facio ut des*, & similibus, quam si dolus interuenisse in contractu arguatur, *d. l. solent 15. de præscr. verb.* iuxta quam accipiendus est text. *in d. l. naturalis 5. §. quod si faciam. cod. tit.* quo casu actio *præscriptis verbis*, non competit, cum verò sine dolo initus est contractus, datur actio *præscriptis verbis*, non vero de dolo. Quæ fuit sententia Accursij *in l. quoties 21. de præscript. verb.* Corrañi *d. lib. 2. Miscell. cap. 10. n. 9.* Guidonis Pancirolæ *lib. 2. thesauri variar. cap. 46.* Ant. Contij *lib. 1. disput. cap. 14.* Tum quia utraque actio concurrere cum alia non possit, quia utraque competit, cum omnis actio deficit; tum quia ubi dolo initus est contractus, nullum superest negotiū, siue Synallagma, ex quo civilis actio oriri possit; quam utraque rationem præbuerūt Corrañus, Pancirola, & Contius. Deest enim consensus, & animus obligandi, ubi adest dolus in contrahendo, *l. iurisperit. 7. §. si ob maleficiū 3. §. dolo malo 9. h. tit. authentica Sacramenta puberum. C. si aduers. vendit.* Ergo supponendum est *in d. l. 5. §. quod si faciam* agi de contractu *facio ut des*, cui de dolo initium dolus.

12 Sed non levis scrupulus manet adhuc. Cum enim hæc doctrina æquè vera sit in contractibus cæteris *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias*; cur Paulus eam limitate proposuit in contractu *facio ut des*? Ioannes Corrañus ubi *sup.* existimabat, in hoc contractu facilius quam in

cæteris dolum committi, præsumiturque. Quoniam is, qui dare tenebatur, & spectauit, ut alter faceret; & postquam fecit, nolit dare, cum possit, postquam scit alterum factum suum emisisse, imo amisisse, aduersus quod restituere non potest, nec illud condicere, aut repetere: in magno dolo est, & facile creditur ita ab initio contraxisse, ut alterum deciperet. Quod in cæteris contractibus non ita facile potest considerari, si enim alter dedit, potest facile, quod dedit, repetere conditione obcausam datorum, tanquam si non dedisset. Imo nec potest ita facile considerari dolus in contractu *facio ut facias*, quoniam fortè alter non adimplet factum suum, quia non potest iam implere, & magis in mora est, quam in dolo; & denique quia facilius est dare, quam facere; & ideo non tam facile præsumitur dolus. Ità Corrañus licet non ita plene quibus satisfic his, quæ possent in contrarium considerari.

13 Adhuc instabis, cur Paulus non expressit *in d. §. quod si faciam*, doctrinam, quam Nos in superioribus exposuimus; id est, cur non dixit ultra actionem de dolo, quæ datur, cum dolus arguitur, dari etiam, ex negotio actionem *præscriptis verbis*, sed reticuit: & cur in cæteris contractibus innominatis eandem annotationem non fecit, de danda actione de dolo, cum aliquis dolus arguitur. Placuit, ut ab his spinetis euadam, sententiæ Amici mei, & muneris docendi collega D. Laurentij Santos de San Pedro sæpe iam laudari acumè, opinantis, ideo omisisse, Paulum aut Tribonianum late disputare de actione civili, quæ nascitur ex contractu *facio ut des*; quia cum sit eiusdem fere naturæ, & formæ, ac contractus *do ut facias*, & utriusque eadem sit ferme censura, nisi in propositione negotij ad concipiendam formam.

formulam; cum vterque sit similis cōtractui locationis & conductionis: merito quod dixit in §. *at cum do*, de actione, quæ illo contractu nascitur, repetitū existimauit satis in d. §. *quod si faciam*: qui est quasi subnotatio precedentium, vt indicat illud quod §. Itaque si vterque locus conferatur, componaturque hic sensus ex vtroque erit. Ex contractibus *do vt facias*, vel *facio vt des*, qui vterque tantum in conuentionis forma distant, non in substantia negotij; nascitur actio *prescriptis verbis* ex negotio gesto: quod si dolus aliquis arguatur, de dolo agendum est, quoniam nulla civilis actio tunc eo nomine restat. Illud vero ambos textus reddidit difficiles, quod in precedenti, cum de actione *prescriptis verbis* ageret, solius contractus

do vt facias meminit: in sequenti vero, cum tractaret de actione de dolo, meminit etiam solius contractus *facio vt des*: cum singuli loci ob identitatem rationis de vtroque pariter contractu accipiendi sint. Itaque quod Paulus de actione de dolo adiecit in l. §. *quod si faciam*, non adiecit, quod illud speciale putauit in eo contractu; sed quia breuitati cōsulens, sufficere existimauit ad cōtius questionis expositionem, si id explicuerit in illo contractu, vnde ad ceteros sumi posset; cum omnium par causa sit, nec dissimilis ratio possit considerari. Nisi quod citius dolus presumitur in contractu *facio vt des*, quam in ceteris: semel autē dolo probato, nulla est ratio, quare in omnibus non dicatur idem.

CAPVT. XII.

Vtrum actio *prescriptis verbis* detur, cum alia actio competit?

ARGVMENTVM.

Hæc actio non datur, vbi alia suppetit. Exponitur l. si quis adfirmavit 9, §. Labeo 3. de dolo. Quæ sit depositum sequæstrarium, & quando ex eo competat actio sequæstraria? Tentatur utilem ex quocunque contractu cum actione prescriptis verbis concurrere posse. Explicatur l. si apud te 18 de prescr. verb. Quæ sit depositi simplicis, quæ depositi sequæstrarij; & quæ mandati natura? l. ult. ff. eod. tit. discutitur qualitas propria commodati. Cum res est dubia, nec perspicere facile potest, quo genere actionis experiendū sit, tutius putabant Veteres prescriptis verbis agere. Dictum de nouo iure post impetrationem formularum sublatam immutatā fuisse iudiciorum sollemnitatem, sed non naturam actionum.



IUPEREST sola hæc inspectio, ut ad aliam sectionem pergamus; utrum actio *prescriptis verbis* detur, cum alia ex negotio competat? Quæ profligata in superioribus manet; cum enim actio hæc ideo competat, quod deficiunt vulgaria, atque tollennia actionum nomina *l. 1. §. ult. l. 2. de prescript. verbis*. Consequens est, ut cum alia concurrere non possit. Quod deduci potest ex disputatione Vlpiani in *l. 1. de æstimatoria act. l. cum nota 6. C. de transact.* Et ex alijs, quas latè relinquimus expositas in hoc tractatu. Quam sententiam, doctrinamque latius explicat, & tractat Bart. & ceteri Classici ad *tit. de prescript. verb.* Donnell. in eod. tractatu *c. 2. Conan. lib. 7. comment. cap. 15. à num. 10. Médoza lib. 3. de pact. cap. 4. à num. 6. P. Barbosa in l. si cum dotem 23. in princ. n. 12. ff. solut. matrim. Ant. Faber de error. Pragm. dec. de 83. errore 6. Treutlerus volum. 1. selectar. disput. 30. thes. 1.*

2 Undè exponi facile potest *tex. in l. si quis adfirmavit 9. §. La bro. in fine de dolo.* ubi hæc proponitur species. Titius defendebat oleum tuum, quasi suum proprium: tu vero, qui olei dominus eras, illud apud Seium deposuisti, ut is illud videret, ne forte corrumpetur, & precium inde redactum servaret, donec inter utrumque lis indicaretur. Dixit Vlpian. *si Titius oleum tuum, quasi suum defendat, id est, si contendat suum esse oleum, quod tuum erat.* Prosequamur speciem. Titius, qui ex adverso contendebat, nolebat iudiciū accipere; quare lis non decidebatur; Ergo lite non decisa, quaesitum fuit quamnam actione Seius esset cōveniendus, utrum mandati? Et negat Consultus mandati in eū agi posse; quo-

niam non animo mandandi, ut rem venderet, sed potius animo deponendi, cōmendata fuit: Aliquid habuit mandati illud negotium, quatenus iussus fuit Seius oleum vendere; sed præpōderabat causa depositionis: mens enim principaliter tua, fuit deponere; & ne forte oleum in specie servatum corrumpetur, insisti, ut commodioris custodiæ causa videretur, & redacta ex eo pecunia custodiretur. Ergo in hac specie plenus depositum est, habens mādātū legē, ut in *l. 1. §. quod si rem 12. ff. depositi*: plenus est mādātum habens legem depositi. Deinde quaerit, an sequastraria actione depositi possit Titius in Seium agere, qua tenetur is, apud quē res iudicij, aut cōtroversię causa deposita fuit, *l. et apud quē 5. §. 1. l. si in Asia 12. §. cum sequesire, ff. depositi*? Et adhuc negat Vlpianus hac actione posse cōveniri; redditque suæ sententiæ elegantē rationē: quia nec dñ impleta erat conditio depositionis. Conditio depositi sequastrarij est, ut sequaster reddat rem ei, qui in iudicio, vel cōtroverſia vicit; si igitur non adest victoria, non est adimpleta depositio- nis conditio. *l. servus 33. ff. depositi. l. is penes quem 6. C. eod. tit. l. si apud te 18. de prescript. verb. l. si cum dotem 22. §. si autem 8. ff. solut. matrim. l. postquam 5. §. 1. ut legat. nomine caseat. l. Impp. 21. §. ult. ff. de appellat. l. 1. §. 1. C. de adfertione tollend. l. ult. C. quib. ad libert. proclamare non licet. l. ult. C. de ordin. cognit. toto tit. C. de probibi. sequastrat. pecunia, c. 1. & in tit. de sequastrat. possess. & fructuum in Decretalib. Gregorij. Paulus lib. 5. sent. tit. 39. §. 1. & 2. l. 1. in fine tit. 3. part. 5.* Cū itaque etiā sequastraria actio deficiat, *prescriptis verbis* agendū in Seium dicit, vel si is soluendo non sit, de dolo in Titium. Hanc postremā partē omitto; in prima noto, tunc deveniri ad actionem

neui

nem *præscriptis verbis*, cum nulla superest actio. Ita exponunt Bartol. Fulgosius, & Cuiacius in *ead. leg.* & facit doctrina Baldi in *l. ult. C. de bonis auctorit. iud. possia. circa finē*, ubi docet ante finitū iudiciū sequestrum exigī nō posse. Accurs. tamen, quem Fulgō ius sequitur, etiam dari vtilem sequestrariam existimat; quoniam cum sit per Titium, quominus lis decidatur, pro decila, finitāq; haberi debet, bit. arg. ex *l. iure civili 24. de condit. & demonst. leg. iure civili de R. I.* Dari autem vtrāq; putant, & non male; quia *præscriptis verbis* actio est utilis ad exemplum actionum contractuum nominatorū, ut dixi *sup. cap. 8.* Igitur cum quacūq; utili poterit concurrere; de quo adhuc nihil certum ausim affirmare.

3 Inde etiam exponendus est alius eiusdem Vlpiani locus in *l. si apud te 18. de præscriptis verbis*, ubi proponitur deposuisse me apud Te quamdiū pecuniæ quātitatem non simpliciter, sed sub hoc pacto, *ut dares Titio, si fugitivum meum reduxisset.* Prima facies huius contractus est depositi; sed nō est propriissime depositum, quoniam non dedi ut custodires mihi, sed ut redderes fugitivario (ita dicitur qui inuestigat, & reddit dominis fugitivos. Cuiac. *lib. 5. observat. cap. 8.* Gothofr. in *dist. leg. 18.*) Non est vero depositum nisi de custodia conventum sit, ut ex Otualdo, & Pichardo docet amantissimus Collega, & Præceptor noster, Decretorum apud Noltrates Doctor proprietarius meritisimus D. D. Antonius Graña Nieto ad *cap. 1. extr. de deposito num. 4.* Habet etiam aliquam speciem, aut specimē sequestræ; sed neque est sequestræ, quoniam illud fit, cum deponitur a duobus in iudicio, vel extra iudiciū contendentibus, ut Consultus ipse

docet in illis verbis: *non enim ambo pecuniam, Ego & fugitivarius deposuimus, ut quasi apud sequestrum sit depositum.* Habet colorem mandati; sed non est proprie mandatum; quia primum negotium fuit depositio, & id est, quod debet attendi *l. 1. §. idem Pomponius 13. ff. de positi.* Est itaq; quoddam innominatum negotium, quod frequenter contrahitur, cum is, cui mercedem præbemus, minus de nobis confidit, & postulat, ut apud Tertiam aliquem pecunia deponatur, qui sibi reddat. Ergo cum ita genus negotium fuisset, & fugitivarius servum non reduxerit, atq; mihi reddenda pecunia sit, queritur, qua actione in eum possim experiri? Et cum nec ex mandato, nec ex deposito simplici, nec ex sequestrario actio competat, nec vlla alia cetera ex certo, & nominato contractu, ad actionem *præscriptis verbis* esse recurrendum Consultus ait. Quod prædictam rationem habet.

4 Posset etiam hic exponi, & illustrari alius locus eiusdē Consulti in *l. si gratuita 17. §. si quis sponsionis 5. eod. tit. de præscriptis verbis.* Sed iam expositus, & illustratus manet *sup. cap. 7. ex num. 6. usque ad finem*, quæ ibi dicta sunt possunt hic repeti.

5 Exponi etiam potest ex eodem principio, text. in *l. ult. ff. eod. tit. de præscriptis verbis.* ubi proponitur me tibi scyphos dedisse, ut eosdem mihi redderes; ait Pōpon. in hoc casu commodati esse actionem, quippe hoc proprie commodatum est, cum res aliqua utenda datur, ut eadem ipsa reddatur commodatū. *l. 1. & tota tit. ff. commodati. §. is quoq; in §. quibus mod. re contrah. obligatio.* Quod si convenit, ut pro scyphis argentum redderetur, vel argentum, aut scyphi; id est convenit ita, ut non præcisè reddenda

reddendi essent scyphi, sed vel ipsi, vel argenti pro eis: non est species commodati, quia non redditur eadem res, quæ est vnum ex substantialibus commodati. Ergo *prescriptis verbis* agendum erit, iuxta superius dicta.

6 Solent nostri inquirere an pro pactis in continenti adiectis, competant simul actio ex contractu, & actio *prescriptis verbis*? Quam inspectionem non omittimus Nos, sed intermittimus, quoniam in 4. parte huius lib. latissimè, si Deus averterit, de pactis in continenti adiectis sumus acturi.

7 Multoties vero, cum in dubio erat ad quem contractum magis propenderet negotium, & quæ formula agendum esset; ne malæ electionis actor damnum sentiret, & causa caderet, cum ita esset ius civile constitutum, ut qui caderet a syllaba, a causa caderet, ut notatur ex Cicerone & alijs in §. item si qui agens 33. inst. de actionibus. I. Consulti suadebant, melius & tutius esse prætori factum conventionis, proponere & *pres. verb.* actio nem impetrare, in quo nullum erat errandi periculum. Quare ita solebant respondere, *melius est agere pres. verbis.* ut in l. apud te 18. de *prescriptis verb.* vel *tutius est agere* & c. l. Titius 24. in fine. eod. tit. & in alijs multis locis. Tunc proprie quidem non deerat alia actio, sed quia de ea prudentes dubitabant, propè erat, ut deesse videretur, ut notant vulgo Interpretes nostri.

8 Hæ fuerunt iuris Civilis Romanorum deliciae, subtilitatesque quas, qui non nouerit, frustra ius civile nouisse se iactet. Nouiore vero iuris prudentia, qua formularum, actionumque impetratio sublata fuit, l. 1. & 2. C. de formulis & impetrat. act. sublati, & omnia iudicia extraordinaria effecta fuerunt, ut Iustinianus ait in §. ult. inst. de

interd. Omnes actiones non male *prescriptis verbis* possunt appellari; iam enim necesse non est exprimere, quo genere actionis experiamur; sed solum in libello factum narrare, ex quo ius resultat, & petere, ut secundum id Iustitia partibus exhibeatur. Ex factio enim resultat an sit actio ex vendito, locati, mandati, utilis, directa, *prescriptis verbis*, certi, incerti, condictio, restitutoria, in rem, in personam, prætoriana, civilis, pœnalis, rei persequutoria, & cætera. Denique libelli portio speciem hodie futurae litis demonstrat. l. unic. C. de libelli oblatione. cap. ult. Extra eod. tit. cap. 1. extr. de mutuis petit. ut olim demonstrabat litis speciem editio actionis l. edita actio 3. C. de edendo, quæ Severi & Antonini est, & ad ius verus referenda. Imo hodie apud Nos ex leg. 10. tit. 17. lib. 4. Recopil. & si ineptè, & perperâ concipiatur libellus, iudex attenta, & perspecta veritate, æquitatèque causæ iudicare debet, nec in apicibus iuris inhaerere. Docent vulgo Doctores iuris Canonici in cap. dilecti extr. de iudic. & nostri in l. 1. ff. de edendo. Iasso in §. omnium num. 157. inst. de actionibus, & multis alijs relatis, quibus volumus paginam onerare Paz in praxi 3. part. in initio n. 6. & seqq. Pichard. in §. sic itaq; discretis 14. num. 33. cū seqq. inst. de actionibus. Osual. ad Donell. lib. 19. cap. 1. litt. D. columnas, qui rectè docet, sublati formulis actionum, & scrupulosis præscriptionibus, earum qualitates nihilominus mansisse; ne aliquis putaret, parui hodie prodesse scire, an ex negotio nascatur actio bonæ fidei, an actio stricti iuris. Ergo quod dixi, omnes actiones *pres. verb.* posse appellari, ad modum, & formam agendi referendum est, non ad substantiā, seu naturam actionum.

SECTIO.

SECTIO II.

DE CONDICTIONE CAVSSA

DATA CAVSSA NON SEQVUTA
quæ dicitur, OB CAVSSAM
DATORVM.

CAPVT. I.

Quid sit hæc conditio, & in quibus contract.
habeat locum.

ARGVMENTVM.

Cui competat conditio dati ob causam? Ex quibus innominatis contractibus non nascatur? Non competit, quando, is qui implevit, non dedit, sed fecit: nisi factum vicem dationis, sortiatur, ut est, acceptilatio. Exponitur l. si ob eam causam. 9. de præscriptis verbis. Accepta lata obligatione condicetur pecunia, non vetus obligatio; nisi ex causa dotis accepta lata sit, nec nuptiæ sequantur. Explicatur l. licet 43. in princ. de iure dot. vel pecunia, si eam malit uxor. l. si mulier 10. hoc tit. In contractibus nominatis non habet locum hæc conditio, sed ad implementum agitur; quod si resoluti sint contrario consensu, id quod penes alterum mansit, repeti potest hac conditione, vel sine causa. Exposita l. exempto 11. §. is qui vina, de act. empt. Arrharum datio est portio contractus, propter quem dantur, non innominatus contractus. Competit hæc conditio in donatione ob causam causa non sequuta, l. 2. §. ult. cum l. seq. de donat. Cessat in transactione. Exponuntur, l. siue 28. l. si pro fundo 33. Cod. de transact. l. cum proponas 21. C. de de pact. l. 3. ff. hoc tit.

K K K

SVCCEDIT

I



V C CEDIT
secunda ac-
tio secum-
dum reme-
dium, quod
ex his con-
tractibus pro-
uenit, quæ
est conditio causa data, *causa
non sequuta*, quæ etiam dicitur
conditio ob causam datorum, ut
apparet ex utroque tit. ff. & Cod. in
quibus utroque modo appellatur.
Esset hic operæ precium aliqua de
conditionis, & condicendi verbo dis-
serere; sed abstineo, quia satis de il-
lo egi sup. sec. c. 8. Est igitur hoc suc-
cedaneum, seu secundum remedium, quod
ei tribuitur, qui ex parte sua imple-
uit; distat autem ab actione *prescr. verb.*
quoniam actio competit, ut is, qui non
impleuit, satisfaciatur, vel quanti eius,
qui impleuit, interfuit, condemnetur.
Conditio vero ob causam da-
torum, in id conceditur, ut qui de-
dit, repetere possit, quod à se datum
fuit, si alter adhuc non dedit, vel fe-
cit, vel dare, aut facere non potest.
Itaque qui adimpleuit, eligere po-
test, vel agere *prescr. verbis*, ut alter
quoque compellatur implere, vel quanti
sua interest condemnatur: aut repetere
quod dedit, nostra condictione. l. 1. & toto tit. ff. de cond. causa data
causs. non sequit. l. 1. & per totum etiam
tit. C. de condit. ob causam dat. l. da-
mus 52. l. in summa 65. §. id quoque;
2. de condit. indeb. l. 1. §. ult. de
rer. permut. l. cum presibus 4. C. eod.
tit. l. naturalis 5. §. at cum do. 2. de
prescr. verb. l. 41. tit. 14. part. 5. Do-
cent, & prosequuntur late hanc ma-
teriam. Acurf. Bart. Alber. Fulgos.
Cast. Ant. Faber. & Duar. ad hunc
tit. de cond. causam data & alij vulgo
Clas. ad C. sub eod. tit. Alciat. Don.
& alij ad l. si profundo 33. C. de trā-
sact. Gifan. in l. sine apud acta. C.
eod. tit. idem Donel. lib. 14. comm. c.
20. ubi Osual. & in lib. de prescr. verb.

e. 7. Ant. Fab. de error. dec. 45. er-
ror. 8. & 9. Hieron. Treutl. select.
vol. 1. d. 22. th. 1. litt. E. F. G. &
thesi 2. per totam Vaz. Mēch. usufru-
quætit. c. 59. ex n. 20 Ant. Gomez.
lib. 2. varia. cap. 8. num. 3. Pa-
dilla Menesius, in l. naturalis 5. §.
1. à num. 17. de prescr. verb. ubi Cu-
jacijs, Pichard. in §. actionum 28.
quæst. 27. a n. 20. ubi alios refert.

2 Sed quanuis dixerimus con-
ditionem dati ex contractibus in-
nominatis competere, non tamen
generaliter ex omnibus intelligen-
dum est. Quoniam in contractibus,
in quibus is, qui impleuit, non de-
dit, sed fecit; potest quidem agere
prescr. verb. ut alter impleat; sed
uti conditione ob causam non se-
quutam non potest; non ratione con-
tractus, sed ratione rei; quoniam fa-
ctum renocari, aut repeti non potest,
postquam factum semel fuit. Itaque
in hac specie, vel *prescriptis verb.*
vel de dolo agam. l. cum proponas
4. C. de dolo, quam explicui *sect.*
superiore cap. 11. cessat vero prædi-
cta ratione repetitio, ut dixi, & ele-
ganter ex iuris ratione apud Nos
probat in l. ult. tit. 6. part. 5. l.
45. tit. 14. eadem Partita, quæ ex-
pressius, meliusque id probant, quā
alij iuris civilis loci, ut ibi notat
Greg. Ergo ad id, quod interest, al-
terum non impleuisse, agi oportet. l.
naturalis 5. §. pen. de prescr. verb.

5 Vno sane casu, qui fecit, re-
petere potest; scilicet quando factum
in vim dationis cessit. Finge me ti-
bi centum accepta tulisse, quæ mihi
debebas: acceptum ferre, est facti,
quemadmodum stipulari, & contra-
here, l. consilio 8. §. ult. de curat fu-
riosi, tuli, inquā, accepta centum, quæ
mihi debebas, ut delegares mihi no-
mē debitoris tui, vel ut mihi expromis-
sorē dares, vel ut mihi nuberes.
Postmodum non delegabas, dabasve
expromissorē, aut nubebas: possum
conditione dati experiri, quia hoc
factum

factū simile est dationi, *nihil enim interest, an ex numeratione, pecunia ad eū sine causa; an per acceptilationē peruenit, ut dicitur in leg. si quis accepto 4. l. si mulier 10. de cōd. caus. dat.* Unde non condicatur obligatio vetus, sed pecunia, quasi data fuisset: quippe acceptilatio ita tim sortitur effectum cum conditio nem, aut dilationē spectare non pos sit, *l. actus 77. de R. I.* Repetamus, quod dixi, non esse veterem obliga tionem condicendam, sed pecuniā, quæ remissa fuit per acceptilationē. Vel *prescriptis verbis* agendū est, ut alter impleat, si id eligat actor, *l. ob eā causam 9. de prescript. verb.* Itaque hæc verba *d. l. 9. l. v. d. i. c. i. s. officio non obligatio restaurabitur, sed promissa præstabitur, aut con demnatio sequatur.* Non alium sen sum habent; neque enim negat Pa pin. absolutē conditionem *dati ob causam* competere, sed negat in id competere, ut sublata obligatio sus citetur: hæc enim semel sublata, nun quam suscitatur, nec potest, *l. inter stipulantem 83. §. sacram. de V. O. l. qui res 98. §. aream, ff. de solut.* Quo modo Clasicis non sine ratione im pugnatis illum textum subtiliter, & vere expoluit Ant. Faber, *in ratio nali.*

4 Excipiendus autem est casus dotis, scilicet si vxor acceptum tulit, nec nuptiæ fuerunt; sive Seium Titæ centum debuisse; cum illam duceret, dotemque acciperet; Titiam Seio centum accepta tulisse dotis causa; postea matrimonium sequutum non fuisse. Hoc in casu vetus obligatio exoritur, eaque Seius teneri incipit, tanquam si nunquam liberatus fuisset, *l. licet 43. in princ. de iure dotium.* Itaque in præ senti specie causa non sequuta, obligatio ipsa condicatur. Ratio elegans est, quia promissum, remissumve dotis nomine, sub nuptiarum tacita cō ditione promissum, remissumve cen

setur, *l. 3. l. stipulationem 21. de iure dot. & acceptilatio, quæ expres sam conditionem non posset recipere, tacitam recipit ex natura actus, l. actus 77. ver. nonnunquam de R. I.* nec aliter perdere actionem mulier intelligitur, quam nuptiis se quutis, *l. non enim 37. de iure dot.* Quod si mulier non obligationem ipsam veterem, sed pecuniam repe tere malit conditione *ob causam dati*, recte poterit, *l. si mulier 10. ff. de hoc tit.* siue quoniam tacite libera tioni mariti consentiendo acceptila tionem præcedentem confirmat, ut sentit Accurs., quem sequuntur vete res, & Ant. Fab. *in d. l. si quis accep to 4.* siue quoniam conditio *sine causa, aut causa non sequuta*, recte concurre cum alia quavis actione, quando per illam condicimus pecu niam, aut rem, quæ sine causa ma net penes aliquem, ut in proposita specie mansura erat, quando nuptiæ sequutæ non fuerunt.

5 In contractibus nominatis, quos certos dicimus, hæc conditio locum non habet. Ut post alios ad uertunt Menchaca *vsus frequent. de rap. 59. num. 20.* Gomez. & Padilla *ubi proxime*, quoniam in istis necessario experiendum est, ut adimpleat aduersarius, nec qui semel de dit, impleuitve, amplius repetere potest, *l. venditi 6. C. de actionib. empti.* Sunt enim perfecti, ex quo cōsensu internenit, vel res, vel verba, vel scriptura: incerti verò con tractus, quanuis obligare incipiant, ex quo vna pars impleuit siue alter ex contrahentibus; non tamen vnquam perficiuntur, donec vtræque pars implet, quare eodem instanti & perfici, & resolui, possunt dici, ut ad monui *sup. sect. cap. 3. ad finem.* In contractibus verò imperfectis, si al ter non impleat, licebit rem repe tere, tanquam si ab initio non fuisset data: in contractibus perfectis non licebit; quia ab initio voluntas

tis sunt, postmodum necessitatis, *l. si ab emptione* 58. *de pactis*, *l. sicut* 5. *C. de obligat. & actionib.*

6 Potest autem opponi textus in *l. ex empto* 11. §. *is qui vina de actionib. Empti*. ubi nascitur hæc conditio ex contractu certo emptionis, & venditionis: hæc est species. Titius vina emit, & arrhæ nomine certam summam dedit. Quando pro arrha certa summa datur, cedit in partem precij, id est sufficit reliquum precij soluere, *l. ult. de lego commissoria*; *l. ult. C. quando liceat ab emptione discedere*: arrharum tamen datio non implet contractum emptionis, & venditionis; sed illum derelinquit in eodem statu, in quo fuisset consensu dato, *d. l. ult. C. quando liceat ab empt. disced.* Ideo cum postea placuisset, ut ab emptione discederetur, dissoluta fuit emptio & venditio contrario consensu, *l. 1. C. eod. tit. l. ab emptione* 58. *de pactis*. *l. 2. ff. de rescind. vend.* Nunc ergo videndum est, quam actione experiundum sit, ut arrha restituatur? Iulianus respondet utile in hoc casu esse actionem ex empto. Utilem dixit, id est efficacem, quoniam revera directa actio competit; cum actio ex empto non minus nascatur ad dissolvendum contractum, quam ad implendum, *l. ex empto* 11. §. *is qui virginem*, *ff. de actionib. empti*, qua etiam petuntur, quæ post dissolutum contractum supersunt, quare hæc etiam actione arrha repetitur, *l. 2. C. quando liceat ab emptione discedere*, quæ dicitur personalis actio ex pacto arrhali, *l. ex arrhali* 3. *C. de act. empti*:

7 Hæc vera sunt in arrha, quæ in pecunia numerata datur; sed aliquando datur in certa aliqua specie, veluti cum arrhæ nomine dantur annuli *l. cuicumque* 5. §. *item si institor*. 15. *de institor. actione*, tunc autem in partem precij non cedit, cum non aliter, quam in pecunia numera-

ta consistat, *l. 2. de contrab. empt. ni* hilominus tamen tanquam accessio venditionis petitur arrha, ut Vlpianus asserit in *d. §. is qui vina*. quod suadet adhuc in hac specie vigere emptionis & venditionis contractum, cum aliter ex contractu illo nasci actio non posset; & nihilominus responderet Consultus dari etiam, seu competere condictionem, quasi re data, causa non secuta, quæ est nostra conditio *ob causam dati*; vel competere etiam condictionem sine causa, quia causa propter quam data fuit, scilicet emptio, secuta non fuit, & arrhæ apud venditoris coeperunt manere sine causa. *l. 1. §. siue autem de condit. sine causa*. Ergo ex certo contractu, qualis est emptio, & venditio nascitur etiam hæc conditio. Sed ut respondeam, tradam regulam generalem, quæ non minus subserviet huic speciei, & difficultati; quam aliis plurimis, quæ possunt occurrere: petitur ergo arrha actione ex contractu, quatenus est portio emptionis & venditionis: petitur vero condictione sine causa, quatenus resoluta venditione, sine causa, manet arrha penes venditorem: petitur denique condictione *causa data causa non secuta*, quia verum est causam, propter quam arrha data fuit, non fuisse quædam, scilicet emptio, & venditio. Quæ omnes actiones ex eodem facto nascuntur, scilicet ex datione arrhæ, sed diversis rationibus, & respectibus, concurrere enim possunt hæc condictiones cum aliis remediis, ut exponam latius infra *sect. 3. de cond. ex cap. penitentia cap. ult.* Ex quo apparet, non recte existimasse Azonem, Bartolum, Fulgosium, & Antonium Fabrum ideò condictionem *causa data* in illa specie competiisse, quia arrharum datio contractus innominatus est, & dissimilis ab emptione, & venditione, in quam rem abutuntur text. in *l. contractus* 17. *C. de fide instrum.* qui

nihil

nihil tale probat, cum verius sit portionem esse illius contractus, propter quem datur; alioquin enim nunquam actione ex empto arrha peti posset.

8 Ex his tan longe disputatis manet, ex certis & nominatis contractibus non nasci conditionem *dati ob causam*, ad hoc ut possit is, qui contraxit, agere ut sibi precium restituatur, vel ut res tradita emptori, sibi reddatur, inuito altero, cum quo contraxit; sed si contractus dissolutus fuit contrahentium voluntate, & aliter de facto, vel iure sit recisus; poterit res, quæ penes alterum remansit, repeti, condicique vel cōdictione *sine causa*, vel cōdictione *caussa data causa non sequit̃*. Quia existente adhuc, perfectoque contractu, defunctæ causæ condicendi: resolutio vero utraque causa oritur.

9 De donatione ob causam videndum est, an in illa hæc cōdictio locum habeat? Pone donasse me tibi centum, ut aliquid faceres, vel non faceres: si causa sequuta non sit, poterō nunquid centum donata repetere? Et proculdubio causa non sequuta datum posse repeti dicendum est, utique si causa propter quam data fuit, sit finalis; id est, ideo donatum fuit, ut illa res fieret; aliterque non donaretur, l. 2. §. ult. cum leg. seq. ff. de donationib. ubi huius principij plana explicatio extat, faciunt quoque inde facile explicandi text. in l. 3. §. sed si quasi statuliber 6. de cōdict. caus. dat. caus. non sequit̃. l. si repetendi 7. C. eodem tit. l. damus 52. in fine. l. in summa 65. §. id quod 2. de cōdict. indebiti. l. si ego 9. de iure doti. l. 1. C. de donat. quæ sub modo. docet Bartol. Cuman. Castrenf. & Gifan. in d. l. 2. §. ult. & Clalsici vulgò ad tit. C. de donat. quæ sub modo. Iiraquell. in tractatu cessante caus. limitat. 1. Couarrub.

lib. 1. var. cap. 14. num. 1. Molina lib. 3. de Hispaner. primog. cap. 12. fere per totum. Donell. lib. 14. comment. cap. 10. ubi Osuald. ult. C. Anro. Faber de errorib. Pragmat. decade 43. errore 9. Treutlerus Selectar. volum. 1. disput. 19. thesi 8.

10 Disquiramus etiam, utrum cum trāsactio sit per innominatum contractum, veluti discedo à lite, ut aliquid mihi des, iuxta ea, quæ notavi *superiore sect. cap. 5.* habeat locum cōdictio *dati ob causam* in illa? Finge me tibi rē dedisse, ut à lite discederes; qua accepta discessisti; id est litē remisisti, ita in actis, vel testimoniis attestatus: postmodum euietam à te fuisse rem, quam tibi dedi; nunquid poteris repetere litem, instaurare litem, quam remisisti? In hoc casu repetitionem *dati ob causam* cessare, & minime demortuam litem suscitari traditur in l. si profundo 33. l. quauis 39. C. de transact. Cessat ergo cōdictio *dati ob causam* in transactione, odio litium, ne demortuæ instaurentur, & ut aliquis earum finis sit, cui valde ius studet. l. ult. ff. pro suo; vel econverso, conuenit inter nos, ut tibi decem, vel fundum darem; & tu à lite discederes; discessisti, nec ego impleo; non poteris ex causa pœnitentiæ iterum ad litem redire. d. l. quauis 39. Vel pone dedisse me, te verò non remisisse litē, non tulisse acceptā obligationē, quæ aduersum me habebas; vel monuisse denuo litem, adhuc dicendum est, non permitti mihi, repetere, quod dedi, sed proposita exceptione urgere te ad fidem transactionis adimplendam. Id est, cū aduersus me agas, debeo excipere de pacto inito super transactione, & te cogere exceptione opposita, ut pactum illud adimpleas, non itaque mihi licet, datum repetere, ne lis demortua semel, oriatur, susciteturque iterum, l. cum proponas 21. C. de pact. In

summa quoties aliquod remedium superest ei, qui ex parte sua implevit, ut pacti, transactionisque fides seruetur, non potest vetus actio institui, aut demortua lis suscitari; nec quod datum fuit, repeti. Ita docent Omnes Clatici in d. l. si profundo 33. usque ad Alciat. numero 5. & Donell. num. 4. Gifan. in l. siue 28. prope finem C. eodem titulo. Accurs. Bart. & Ant. Faber. in l. dedi 3. in princip. hoc titulo.

11 Quod si nullum super sit remedium, quo urgeri transigens possit ad fidem contractus implendam, vetus actio institui debet, ut ita vel aliter impleat, vel soluat, quod debet; alioquin iniquum foret, amittere actionem, litemve, qui illam institueret, & peragere poterat; alterum vero ex parte tua non satisfacere, nec ad id posse cogi. Quomodo accipiendus ex text. in l. siue apud 28. C. de transact. ubi hec species proponitur. Proponit primo regulam, servare convenire transactionem, siue apud acta fieret, siue sine actis, siue in scripta redigeretur, siue celebraretur sine scriptura; deinde subiicit, Sapparitam, cum vindicationem prosequeretur contra Seium, cum eo pactum iniisse, ut certum quid ei daret, & ipse a lite vindicationis discederet: quod pactum non fuit subnixum stipulatione, quare non potuit actionem ex stipulatu producere; deinde ex neutra parte impletum fuit; quoniam nec Sapparita remissionem actionis fecit. Nec Seius ex parte sua dedit certum illud, quod Sapparita dare tenebatur. Quoniam si ex altera parte impletum fuisset, subesset causa, & actio *prescriptis verbis* nasceretur, l. iuris gent. 7. §. 2. de pactis, qua ad fidem implendam alterum cogere posset, d. l. si profundo 33. C. de transact. Itaque in puris terminis nudæ conventionis remansit transactio; ergo Sapparita in Seium, ut ipse impleveret, agere non pote-

rit, d. l. iuris gent. 7. §. sed et nulla vers. igitur nuda, de pactis. Quid ergo erit remedii, aut cautionis? Respondent Cels. prosequi Sapparitam posse pendentem vindicationem; quod si Seius pacti, & transactionis exceptionem opponat; replicare poterit vel de dolo, vel saltem in factum, cum per eum sitit, quominus lis decisa non sit; per quam replicationem urget aduersarium suum, scilicet Seium, ut fidem placitorum sernet, vel patiatur rem a se vindicari. Non vero veterem institueret actionem ipsam permetteretur, si haberet ex stipulatu actionem, vel *prescriptis verbis*, quibus ad fidem implendam aduersarium compellere posset, ut docent post alios Alciat. & Gifan. in d. l. 28.

12 Non obstat superioribus text. in l. 3. in princip. hoc tit. ubi proponitur, me tibi centum dedisse, ne ad iudicem iretur: supponiturque Consultus per hanc conventionem, quasi decisi, id est, quasi transigi: non est proprie transactio, tamen ita censeat Accurs. Bartolus, Castrensis; sed est quasi transactio, & improprie potest transactio dici, ut sentit & recte Fulgosius numero 5. Querit Ulpianus, an condicere possum id, quod dedi, si mihi per te non caveatur, ad iudicem non iri. Respondetque vel ita convenit, ne ad iudicem iretur; vel ita ut repromittatur mihi ad iudicem non iri: primo casu non possum condicere, quando alter non it ad iudicem, quia non eundo implet, quod facere tenebatur, nec potest dici causa non secuta: secundo casu possum condicere, nisi repromittas, caveasque mihi de non adeundo iudice, quia dedi propter illud, nec impleo. Ex quo sic potest aliquis arguere: ecce ubi dedi, ut a lite discederes; & ex parte mea implevi, & possum te compellere, ut mihi re-

promi-

promittas actione *prescriptis verbis*, l. si ob eam causam 9. de *prescriptis verbis*. docet plenè Bart. in l. ubi pactum 40. C. de *transact.* Ergo lite decisa, cum alter ad fidem placiti implendam cogi potest, cõperit cõdictio *dati ob causã* in transactionibus. Sed recte omisis Antiquioribus respondet Ant. Faber; negotium, de quo agitur in d. l. 3. *hoc tit.* instar transactionis esse, sed non esse propriè transactione; quoniam cum inspicenda sit forma cõtrahendi leg. si *procuratorem* 8. ff. *mandati*, & transactionis conventio semper incipiat à dimittenda actione, & decidenda lite; per contrarium in proposita specie pecuniã data fuit, ne ad iudicem iretur; quare placitum hoc non est ex utroque latere perfectum, sed ex parte eius, qui dedit: nec est transactio, quia à datione incipit, non à pacto decidendi litem; nec ita convenit, ut extingueretur, sed quasi extingueretur, per conventionem de non aduendo iudice. Quauis autem transactio quandoq; fiat per innominatos contractus, tamèn aliter celebratur, quam in illa specie: scilicet, quando de finienda lite, accepta re aliqua, convenit, & mox vel remissa actio fuit, vel res data, ut in *dict. leg. si pro fundo* 33. C. de *transact.* Alia, quæ de pacto nudo transactionis docet Faber, non probo, sed nec reiicio, quia ad præsentem inspectionem non attinent, & quia ex superioribus satis reiecta maneat.

APPENDIX, SIVE AVCTARIVM SUPERIORIS CAP.

Vbi Disquiritur, in quibus
casibus vetus actio du-
ret, in quibus noua com-

petat? explicanturq; text:
in leg. 1. Cod. de *rerum permutat.* l. si *prædium* 4. C. de *cuius actionib.* l. libera 8. C. de *sent. & interloq. omnium iud.* l. si quis *aliam* 46. ff. de *solutionib.* recipitur, & explicatur litera, & sententia Vlpian: in leg. & *elegantèr* 24. de *pign. actione*.

13 Sed inculcandum est; quod dixi *superiore capite* veterem sublatam obligationem non posse suscitari, l. *inter stipulantem* 83. §. *sacram. de V. O. l. qui res* 98. §. *aream. de solutionib.* quoniam multoties accidit, ut veteri actione agatur; multoties ut noua detur, quod non rectè videtur percepisse subtilis Antonius Faber in *ratione ad leg. & elegantèr* 24. de *pign. action.* & ideo forsàn nimis violentè in textum illum irruit, carpitq; acriter miserum Tribonianum. Nos hanc regulam in ipso limine præfinimus. Si nouo negotio primum, & ex eo nata obligatio sublata fuit, nõ potest amplius durare vetus actio. Nec eà experiundum est, sed noua, quæ ex nouo negotio nata fuit: si verò non fuit sublata vetus obligatio, non noua, sed veteri actione agendum est. Ad hæc duo capita, aut articulos reducere facile possum textus, qui in hac quaestione mouerunt Interpretibus nostris aliquam difficultatem.

14 Primus locus exstat in l. si *prædium* 4. Cod. de *cuius actionib.* ubi tollitur vetus causa, & ideo noua actione agitur. Species est hæc: Seius decem Georgio debebat pro debito in solutum fundum illi dedit; qui fundus erat à Seio prius obligatus alijs creditoribus; datione verò

in solutum non fuit sublata causa obligationis pristina; alienatio enim ex quacunque causa fiat, fit cum causa rei leg. alienatio 66. ff. de contrab. empt. & ideo durat adhuc pignoris persecutio post rem alienatam. leg. 1. §. cum pradium ff. de pignoribus. l. iusto 44. §. non mutatur. de usufructu. Itaque fundus, qui ante erat obligatus, manet etiam post dationem insolutum obligatus iisdem creditoribus. Unus ex eis egit hypothecaria adversus Georgium, cui in solutum datus erat fundus, illi; Georgio abstulit per iudicis sententiam. Querebatur, an Georgio in proposita specie vetus actio restituatur: nec est quaestio superuacua, nempe propter accessiones pristinae obligationis; quippe si vetus obligatio manet, manebunt, pignora, & fideiussores, qui illi accesserant; si vero sublata fuit, tollentur etiam accessiones, nec mox restituentur, si nova actione agendum est. l. ult. ff. de pactis Respondet autem Antonianus, actionem utilem ex empto Georgio competere in eum, qui sibi in solutum fundum dedit, quoniam datione in solutum species emptionis & venditionis contrahitur. Posui in hac specie debita fuisse decem, id est quantitatem; & amplius ponendum est, fuisse fundum datum aestimatum in decem debitis, quod negotium simile merito dicitur emptioni & venditioni, ut statim dicam. Nec sufficeret dari fundum simpliciter in solutum, nisi daretur aestimatus in illis decem. Datio enim in solutum non est similis emptioni, & venditioni; nisi res pro pecunia detur aestimata, quod admonuit subtiliter Cumanus in l. si quis aliam. 46. num. 5. de solutionibus. Cuius doctrinae ecce elegantem, & notandum effectum: qui in solutum dat fundum non facta eius aestimatione ad quantitatem debitam, non liberatur, nisi illum faciat creditor;

quoniam non aliter liberatio contingit, quam si res fiat eius, cui soluitur, l. cum quis 38. §. 1. & §. qui hominem, de solutionibus. imò non aliter contingit liberatio, quam si res plene, & perfecte fiat creditoris, ita ut nullo casu ab eo auelli possit, l. si rem meam 20. ff. eod. tit. Secundum quare re in solutum simpliciter data, non inita aestimatione debiti, non tollitur vetus obligatio per dationem in solutum, quando res plene, & perfecte non fuit facta creditoris. Quod si facta debiti aestimatione fuit in solutum res data, statim per contractum emptionis sublata fuit vetus causa obligationis, licet facta non fuisset res accipietis, quoniam, qui vendit, non tenetur rem facere emptoris, sed tradere, & tantum de evictione cavere l. ex empto 11. §. 1. de action. empti, ut dixi superiore sect. cap. 2.

15 Ex hac distinctione exponendus est text. in l. libera 8. C. de sentent. & interloq. omnium iudic. ubi Cum Scio decem deberentur, pro illis Theodora data fuit, vel emptionis causa, vel in solutum; id est, ut mihi exponendum videtur, data fuit Theod. vel facta debiti aestimatione, vel simpliciter in solutum; primo casu ex casu emptionis dari dicitur; secundo dari in solutum Postmodum libera pronuntiata fuit. Inquiunt Cass. citra provocationis auxilium sententiam pro libertate datam recindi non posse. Ante quam ad decisionem perveniā nonnulla necessaria notabo ad illustrationem huius rescripti. Primum est, eum, qui emit, si victus sit in iudicio evictionis, teneri appellare, nec causam appellationis deferere, aut perfunctorie prosequi, alioquin non vitio causae, sed negligentia saperatus censetur, nec adversus emptorem regressum habebit. l. Herennius 63. §. ult. de evictione. Imò si ut servus venditus fuit, qui post

postmodum proclamat ad libertatem, quannus emptor sciat liberum esse, tenetur suscipere liberale iudicium *l. qui ex libertate 26. de liberali causa. l. si quis de libertate 12. ff. de iniur. g.* Rursus noto, sententiam pro libertate dictam, restitutione postulata reuocari non posse, *l. 1. C. si aduers. libert. posse tamen rescindi interposita appellatione. l. ult. C. cod. tit. l. illud sciendum 9. ff. de appellat.* Quoniam licet idem effectus sit restitutionis, & appellationis, *l. praeses 42. ff. de minorib. praestat tamen diuerso modo; nanque appellatio suspendit sententiam, ac impedit interim competere libertatem.* Restitutio vero illam postulat infringi, postquam competijt, quod fieri iure prohibetur; ideoque appellatio aduersus sententiam pro libertate dictam admittitur; restitutio vero non conceditur, *l. ex causa 9. §. ult. de minor. vbi Classici, & Antius Faber praecipue, qui differentiationem hanc rectissime exposuit.* Prosequamur speciem *a. l. libera 8.* Supponunt Imp. per appellationis iudicem, priorem sententiam confirmatam fuisse; processisseque ordine iudicatum. Quaesitum ab illis fuit, quam actionem Seius, cui data in solutum fuit Theodora, sibi cauere posset: & subtiliter ita distinguunt: primo casu quando facta ad debitum estimatione ancilla data fuit, per nouam venditionem sublata fuit veteris causa obligationis; & ideo veteris actione non agitur, sed noua ex empto. Secundo casu quando simpliciter in solutum data fuit, non fuit sublata obligatio, quoniam non potuit ancilla fieri accipietis, quare veteris actione seruare posse sibi debitum rectissime respondet. Quae esse verum huius text. intelleximus existimo.

16 Rursus alia distinctio praestanda est, cum res in solutum datur; nanque vel pro summa debita datur, vel pro specie: veluti si

seruum tibi debebam, & volenti in solutum dedi equum; hoc enim in casu non potest contrahi emptio, quoniam non debetur pecunia; sed contrahitur quaedam permutatio, res enim pro re datur: quare si quae in solutum datur, res aliena sit, nec a veteris causa obligationis disceditur, nec noua actio oriri potest: ex datione in solutum, quoniam placuit, re aliena data permutationem non contrahi. *l. 1. §. 1. de rer. permutat. vt late exposui d. superiorem sect. cap. 2.* quoniam vt permutatio sit, res danda est, id est transferenda in dominium eius, qui accepit, *l. ult. ff. hoc tit.* quam differentiationem agnoscunt Accurs. Bartol. Cumanus, Castrenf. & alij in d. *l. si quis aliam 46. de solut. Cujac. lib. 19. obseruat. cap. 38. & nouella 4. prope medium, & tractatu 8. ad Africa. in l. si duos 47. de extinctione.*

17 Ex his facile exponitur text. in d. *leg. si quis aliam 46. de solutionib. vbi supponitur debitorem, qui rem debebat, aliam rem pro debita volenti creditori soluisse: supponitur, inquam volenti fuisse solutam, quia innito creditori aliud pro alio solui non posset, l. 2. §. manus datio. de reb. cred. quod si volenti solvatur, liberatio contingit, l. si non sortem 26. §. centum. de cond. dict. indeb. l. manifesti. C. de solutionib.* Res autem, quam in solutum debitor, dedit vel in totum, vel pro parte euicta fuit, quoniam erat aliena: quaesitum fuit, quo remedio sibi consulere posset creditor, cui euicta res fuit? Et dissertis verbis respondet Martianus pristinam obligationem manere. Quod praedictam rationem habet, scilicet, quia nulla fuit in solutum datio, aut permutatio, quae per illam contrahitur, cum res aliena data fuisset: ideoque nec a veteris obligationis causa recessum fuit, nec illa sublata, quare pristina actio durat.

Mum

18. Nec

18 Nec huic postremæ parti obstat text. in l. 1. C. de rer. permut. cuius hæc est elegans species: Scius vanalem fundum habebat, id est vanaui expositum, quærebatque emptorem. Titius præcij nomine alium fundum dedit pro fundo illo vanaui, dedit autem non taxata quantitate; sed quantum expresse fundi venditi taxata quantitas non fuisset, fuit tacite taxata; possessio enim vanaui exposita, pro qua precium destinandum erat, satis taxauit quantitatem fundi in locum præcij dati, ut animaduertunt Paulus Cast. in l. 1. ff. eod. tit. n. 10. Ant. Fab. lib. 6. coniect. cap. 6. num. 8. & 9. In hac ergo specie propter hanc rationem emptio & venditio celebrata fuit saltem utiliter, vel per proximam similitudinem. Euicto fundo dato pro precio, siue loco præcij, quærebat, quanam actio domino fundi vanaui competere? an posset illum repetere conditione *causæ data causæ non sequuta*, siquidem inutiliter secunda datio processit. Quod negat Imperator Gordianus, quia cum emptio & venditio contracta fuisset, iure valuit, quantum species pro precio data non fieret venditoris: quoniam quod dicimus precium debere fieri venditoris d. l. ex empto l. 1. §. 1. de action. empti, toties verum est, quoties in pecunia consistit, quæ facile fieri accipientis potest, ut dixi d. cap. 2. Non vero quoties loco pecuniæ res datur, & nominatim conuenit, ut loco præcij sit, iuxta notata eadem sect. cap. 5. n. 8. ut ex hac l. 1. colligitur, quæ est elegans huius doctrinæ limitatio & valde memoriæ commendanda, quoniam non vidi ab Interpretibus nostris notari. Igitur cum iure emptio & venditio processisset, euicta re, actio ad exemplum, siue utilis ex empto competit, ut per eam dominus vanaui possessionis persequatur, quantum sua interesse potest,

rem euictam non fuisse. Hæc hypothesis sic decisa, de alia quaestio etiam interuenit, nempe quid esset dicendum, si possessio, pro qua alter fundus datus fuit, minimè esset vanaui, id est non esset exposita vanaui? Ad quam respondent, re pro re data permutationem contractam fuisse, l. 1. de rer. permut. l. naturalis 5. §. 1. de præscript. verbis. Vnde cum res ab aduersario data euicta sit, poterit alter eligere, vel repetendo prædium à se datum conditione *causæ data causæ non sequuta*, vel agendo actione *præscriptis verbis* in id, quod sua interfuit, quoniam actioni, quæ ex rerum permutatione nascitur, inest de euictione actio, ut actioni ex empto, iuxta ea, quæ dixi superiore sect. cap. 10. num. 3. Non dixit Gordianus utraque actione posse experiri eum, à quo fundus euictus fuit; sed tantum posse, si hoc elegerit, petere ut sibi fundus suus reddatur, restituaturque: scilicet per nostram conditionem. Quantum tamen actionis præscript. verb. non meminerit expresse, meminere tacite, cum dixit electionem habere eum, à quo fundus euictus fuit: si enim habet electionem, habet inter plura remedia, quæ vnū; vniuscuique non est electio. Igitur si sunt multa remedia, quæ ex rerum permutatione ei competunt, erunt prædicta conditio, & actio *præscript. verb.* Suppleo itaque locum Gordiani ex alio Vlp. in l. 1. §. ult. ff. eod. tit. de rer. permut. & Pauli. in l. naturalis 5. §. 1. de præscript. verb. In quibus ei, qui ex parte sua impleuit contractum permutationis, datur electio, vel repetendi rem, quæ dedit, causæ non sequuta per conditionem dati, vel agendi, quanti sua interest actione *præscriptis verbis*.

19 Aliqua adhuc notanda sunt in d. l. 1. C. de rer. permut. ante quam hic abeamus; primum est ex ea probari, non posse simul competere actionem ex prima obligatione, & ex nouo negotio

lior

tio: quoniam casu in quo per æstimationem fudi dari utilis emptio contrahita fuit non competit vindicatio vanalis fundi, nec vetera remedia, quæ domino minus haberet ad illam persequendum; sed utilis actio ex empto ex nouo negotio. In secundo verò casu, quædo permutatio inutiliter celebrata fuit, dominium non fuit amissum, & vetera remedia manent: arg. ex l. qui sibi 33. l. qui res 98. in princ. de solut. quoniam dominus vel petere rem potest actione in rem, ut sibi restituatur; vel condicere causam data causam non sequentem, vel conditione sine causa; quæ conditiones cum quocumque remedio concurrere possunt, ut supra dixi in hoc ipso capite, & dicam sect. seq. cap. ult. Tunc verò cum ex inutili permutatione dominium non sit translatum, non erit conditio dominij, sed tantum possessionis, ut notavi, etiã superiore sect. cap. 9. num. 5. Ex his non possum sequi sententiam Brissoni, qui lib. 1. de solutionibus paulo post medij existimauit; post alios Veteres nonnullos, tam in hac l. 1. quam in cæteris, quas explicatas relinquo, nouum remedium cum pristino concurrere; quoniam nihil commune habet, contingere liberationem, ex quo nouum remedium nascitur; & nihil agi, ex quo resultat, ut remaneat vetus: quare ab hac sententia non immerito recessit Cujac. d. lib. 19. obseruat. cap. 38.

20 Deinde in ead. l. noto illa verba: non iniuria iudicis, nec patris tui culpa euictum est. Quæ denotant non nasci actionem de euictione contra venditorem, si emptor non propter malam causam, sed propter ipsius negligentiam, vel perfordes, aut iniuriam iudicis condemnatus fuit. l. seruum 25. l. si dictum 56. §. si compromiserò. l. Herennius 63. §. ult. de euiction.

21 Rursus noto, si res æstimata data sit pro debito, siue in solu-

tum, emptionem & venditionem similitudinariam contrahi; quoniam æstimatio similis est emptioni, cuiusque naturam, & qualitatem trahit: l. se d. §. si 7. §. 1. de publiciana in rem actione. l. si ut certo 5. §. 1. ff. commodati. l. 1. de æstimatoria actione. l. si pro re 22. de euictionib. l. 1. §. 3. ff. pro emptore.

22 Ex quibus principiis facile iam exponendus est Vlpiani locus, qui male torquet viuidissimum Antonij Fabri acumen, in l. ex eleganter 24. ff. de pignorat. act. cuius hæc est species. Creditor, cui decem sub pignore debebantur, à Cæsare impetrauit; ut sibi liceret iure dominij pignus possidere pro credito; ut sibi ita de credito satisfaceret. Pignus post impetrationem euictum fuit; cum esset alienum, non debitoris, qui illud obligauit. Nec potest quis existimare ex eo creditorem secure pignus possidere, quia impetrauit à principe: Princeps enim nemini iniuriam facit, nec dominium vero domino aufert. l. nec auus 3. C. de emancipat. liberor. l. ex facto 43. ff. de vulgari. Nota etiam ius dominij ut hodiè, ita olim à principe impetrari solere. l. 2. l. 3. §. si autem. C. de iure dominij impetrando. Itaque quantum fuit, re euicta, quæ etiam actio creditori competere? Videbatur autem dicendum, veterem ex precedenti causa competituram; quoniam cum pignus nullum sit rei alienæ. l. si rem alienam. §. l. tutor 16. §. 1. l. cum debitore 32. de pignor. l. 1. §. tot. tit. C. si res aliena pign. data sit. Impetratio etiam inutilis, nullaque futura esse videbatur. Ergo pignoratitia danda erat. Sed nihilominus Vlpianus respondet, utilem ex empto actionem ex nouo negotio, non pignoratitiam veterem dandam esse. Finita enim fuit causa veteris obligationis per impetrationem dominij. Est enim impetratio

tio dominij quædam datio in solutū, quæ à Principe fit: fit verò certa æstimatione, quia quantitate debiti res pignorat licetur. Ergo hac ratione dominij impetratio similis est emptioni, cum non aliter concedatur à principe, quam prævia æstimatione pignoris, quam facit magistratus. l. 3. §. ultim. C. de iure dominij impetrando. Ergo per impetrationem recessum fuit à primo negotio; quare sublata pristina pignoratitia, actio utilis ex empto redditur. In quo non video, quid possit culpæ Anton. Faber, cuius rationibus satisfactum manet his principiis. Culpæ etiam Tribonianum quasi male Latinum, quædam in eius dictione taxat: primo quod

dixit, *eleganter apud me quasitum est*. Sed immerito, quia eodem modo legitur in l. 1. §. *eleganter* 33. ff. de positi. Eleganter apud Iulianum quæritum fuisse. Rursus culpæ, quod dixit: *creditor à principe impetrauit, ut pignus possideret*. Immerito quoque, quia elegans est, & brevis loquutio, quæ sic supplenda est, *ut possideret iure dominij*. quemadmodum in l. iubere 4. ff. de iurisdic. idem Ulpianus ait, *iubere possidere esse imperij*, ubi memini Cuiacium eleganter etiam supplere, *iubere possidere. & in possessione esse*.

Alias minutias carpit Anto. Faber, quas insuper habeo, quia parvi sunt momenti.

CAPVT. II.

Quid sit condictio causa data, causa non secuta;
quid sit, & qualis causa, ob
quam competit?

ARGVMENTVM.

Quid sit res, quid causa? Hæc vel est in præteritum, vel in futurum. De postrema agitur in nostro titulo. Quare dicatur condictio causa data causa non secuta. Et ob causam datorum? Condictio ob turpem causam specialior est ad quadam negotia. Non habet locum, cum utriusque tam dantis, quam accipientis turpitudine versatur. Exponitur. l. 4. §. sed quod meretrici. de condict. ob turp. causam. Quæ sit intentio nostræ conductionis, & in quo differat ab actione præscriptis verbis? Cessat, cum causa non exprimitur, sed in mente retinetur. Explicantur. l. si repetendi 7. C. hoc tit. l. 3. §. sed si seruus 7. eod. tit. Et cum causa solius accipientis fauorem, commodumque respicit. Non verò si etiam

etiam contineat affectionem peculiarem dantis. Exponitur,
l. Titio centum 71. in princip. de condit. & demon-
strationibus.



Ed vt ex diuer-
ticulo non inne-
cessario, nec ma-
teria nostræ in-
utili tractatum
nostrum repeta-
mus; quostquam
vidimus in quibus negotiis condi-
ctio *dati ob causam* competat;
videamus quid sit ob causam ali-
quid dare, quando habeat locum
hæc conditio, & quare, quibusque
modis denominetur. Dicitur au-
tem conditio *ob causam*, id est
ob finem, vt recte exponit Cujac.
*ad l. 1. C. de condit. ob caus. da-
tor.* quoniam per illam repetitur
id, quod ob aliquem finem datum
fuit, sine non sequuto. Causa
enim licet plerunque ad præteri-
tum referatur, veluti quia nego-
tia mea curasti. l. si ita legatum 12.
de cōditionib. & demonstrationib.
quia diligentia tuâ me meliorem
reddidisti. l. Aquilius 27. *de dona-
tionibus*; tamen cum generalis sig-
nificatus sit, etiam in futurum sig-
nificat. Veluti do, vt aliquid fa-
cias; dicitur verò *causa*, quoniam
propter illam datur, alioquin enim
qui dedit, minime dedisset, nisi
vt illud fieret, propter quod de-
dit. l. 2. §. ultimo cum l. sequent.
de donationib. Hanc causam In-
terprætes in d. §. ultimo & in l.
cum tale 72. §. falsam causam. *de
conditionib. & demonstrationibus*
appellant *finale*, vt ita signifi-
cent voluntatem eius, qui dedit,
eam esse, vt non foret daturus, nisi
ob illam finem.

2 Itaque conditio *causa da-
ta*, *causa non sequuta* nihil aliud
est, quam repetitio dati ob ali-

quam causam, illa non impleta;
defectave: dicitur vero *causa da-
ta*, pro adiecta, seu apposta ne-
gotio, quod gestum fuit, vt dicitur
in l. penultima C. si manci-
pium ita fuerit alienatum. dare
legem contractui emptionis & ven-
ditionis, pro apponere illi ali-
quod pactum, docet Donell. in
rubric. C. hoc titulo. Dicitur ma-
gis propriè *dari ob rem*, quod dat-
tur ob causam in futurum l. 1. §. si
ob rem. de cōdit. ob rem causam.
l. damus 52. in fine. l. in sum-
ma 85. §. id quod. *de conditione
indebiti*. Et per consequens con-
ditio dicitur *ob rem dati* in illis
textibus, quia per illam, vt di-
ctum manet, repetitur, quod ob
rem datum fuit, re non sequuta. l.
Senatus 35. §. ergo 3. *de mortis
causa donationibus*. Eodem sen-
su in titulo Codicis legitur, *de con-
ditione ob causam datorum*. Non
etiam male, quia causa pro re ac-
cipitur, seu pro fine, cum in fu-
tutum confertur, vt dixi. Hæc-
tenus de significatione verborum, bre-
uiterque disserruisse sufficiat: nunc
verò videamus de causis, ex qui-
bus non sequutis hæc conditio nasci-
tur.

2 Omne, quod datur, vt Vi-
pianus ait, in l. 1. *de cond. ob tur-
pem causam*, aut ob rem datur, aut
ob causam: ob rem, id est futuram;
ob causam, id est præteritâ: ob rem,
siue ob causam futuram datur, ita
vt filium tuum emancipes, l. 1. ff.
hoc titulo, vt Romam eas l. si pe-
cuniam 5. eod. titulo, vt filium
naturalem meum, qui tibi seruit,
manumittas, l. naturalis 5. *de
prescriptis verbis*, vt debitoribus
Naa meis

meis satisfacias. l. 2. C. hoc titulo
nē ad iudicem eas. l. 3. ff. cod. tit. vt
causā meā patrocineris. l. 46. tit.
14. part. 5.

4. Definit vero causā sequi,
vel quia is, qui facere tenebatur, im-
plere noluit; vel quia non potuit,
vel quia ab initio impossibile fuit
id, propter quod dabatur; vel quia
datum fuit ob turpem causā. In
quibus omnibus casibus verum est,
rem sequutam non fuisse, & compe-
tit nostra conditio; in hoc postre-
mo vero datur quādam magis spe-
cialis nominis, quā dicitur *ob tur-
pem causā*, de qua agitur in
titulo ff. & C. de condictione *ob
turpem causā*, cui adnumera-
tur conditio ob iniustā causā.
l. perpetuo 6. cum l. seq. ff. cod. tit.
Vno plane calucessat ob turpem,
vel iniustā causā repetitio, si
vtriusque turpitudine versetur in da-
tione, veluti si pecunia detur, vt
male iudicetur, turpiter enim facit,
qui dat, & turpiter etiam facit, qui
accipit. l. 3. l. 4. l. si ob turpem. 8.
ff. cod. tit. de qua re agunt Duaren.
post ceteros Ciacios *ad tit. de cō-
dict. ob turpem causā*. Donell.
lib. 14. commentar. capit. 25. vbi
Osuald. Cujac. lib. 3. qq. Pauli in
l. penult. cod. tit. & ad Cod. & tra-
ctatu 2. ad African. in l. si cū 23.
de reb. creditis. Menochius de ar-
bitrariis casu 310. num. 1. & 4.
Covarrub. in regula peccatum 2.
parte 9. 2. Menchaca lib. 1. illustr.
cap. 48. num. 3. 4. & 5. Treutle-
rus multos referens. *Selectar. vo-
lum. 1. disput. 22. thes. 3.* Pichar.
in §. quod si ex turpi. inst. de inu-
tilib. stipulat. & in §. item 27. n.
15. & seqq. de actionib. Vnde con-
stitit, datum meretrici ob quæstum
corporis, repeti non posse, cum quia
si turpitudine aliqua versaretur, vtri-
usque turpitudine versaretur, tam dan-
tis ob rem illicitam, quam accipien-
tis; tum quia verius est ex parte me-

retricis turpitudine nō versari; quorū
nam licet ipsa turpiter faciat in me-
reticando, vt nostri aiūt, siue quod
sit meretrix, l. palā 44. de ritu nup-
tiar. l. probum 42. de V. S. non ta-
men turpiter accipit, cum sit mere-
trix, mereatque precium subactio-
nis, prostrata pudicitia, & delecta-
tionis, quam facit concubanti. l. idē
4. §. sed quod meretrici. ff. de cond.
ob turp. causis. docent, & exponunt
accuratius Covarr. Menchaca, &
Treutlerus *ubi supra* Ant. Gomez
in l. 62. Taurin. 3. Ioānes Srichard.
in l. ea quæ 5. C. de donatio. ante
nupt. n. 6. Magister Marquez vir
omni laude dignus, in suo *Guberna-
tore lib. 1. cap. 25.* Ioannes Gutier-
rez lib. 2. *Canonical. quæst. cap. 10.*
Osuald. lib. 14. ad Donell. cap. 25.
lit. F.

5. Intentio, siue effectus huius
cōditionis est, vt si is, qui dedit ob
causā, cum videat, causā non se-
qui, velit repetere, quod dedit, pos-
sit quidem: si vero eligat actionem
prescriptis verbis, possit in aduersa-
rium agere, quanti sua interfuit, non
fuisse ex aduerso impletū, siue causā
sequutam, l. 1. §. ult. de rerum
permutatione, l. naturales 5. §. 1. de
prescriptis verbis. vbi vulgō nota-
tur, & docet eleganter *Gifanius in l.*
2. C. de condict. ob causā dator.
Duar. *ad hunc tit. c. 2.* & dixi Ego
superiore sect. c. 10. quod non vide-
tur rectē cōprehēdisse Donell. in d.
l. 2. Alia etiā causā est, siue alia ra-
tio propter quā detur nostra condi-
tio, scilicet si eū, qui dederat, re in-
tegra pœnituerit, dedisse: nō est alia
cōditio, sed eadē, nascitur verō ex
diuerso capite; quoniam hæc nasci-
tur ex eo, quod causā sequuta non
fuit: illa vero ex capite pœnitentiæ
eius, qui dederat. De qua sum actus
ex actē infra *sequenti sectione*, qua
re in præsentī de illa agere superse-
deo.

6. Ita verō datio ob causā
parit

parit conditionem; si causa, propter quam res data fuit, exprimatur nominatim in ipsa datione; alioquin si is, qui dedit, ideo dedit, ut sibi magis amicum redderet accipientem; ut liberalitate eum adigeret ad aliquod sibi faciendum beneficium; ut ita illum prouocaret ad fouenda, curandaque negotia eius: licet ab accipiente nihil prorsus recipiat, ut sperauit, non potest repetere *l. 3 §. sed si seruus 7. ff. b. t. l. si repetendi 7. C. hoc tit. l. 46. tit. 14. part. 5.* quoniam qui nullam rationem in donatione exprimit, libere donasse intelligitur, non verò sub modo, ut censuit Rex noster Alphonsus *in d. l. 46. Partita.* Debitor enim beneficii, ut dicitur *in l. si pignore 54. §. 1. de furt.* pudoris vinculo, non iuris oneratur, quæ dicitur antidotalis obligatio *in l. sed & si 25. §. cōsuluit. de hered. petit.* Quoniam, ut recordor in Seneca legisse; pro beneficijs ex syngrapha agi nō potest. id est ex iuris formula, & præscripto agendi.

7 Idem dicendum est, si modus expressus est, sed tantum respicit, fauorem, & utilitatem eius, cui res data fuit, non illius, qui dedit: veluti si dedi, ut tibi domum illam comparares; vel familiaræ tuæ monumentum construeres. Pono nihil mea interesse; sed tantum tua. In hoc casu, quauis non compares, nec construas monumentum, nego repetitionem locum habere, *leg. Titio centum 71. in princ. ff. de cond. & demonstrat. tacit. tex. in leg. 2. ff. mandati, §. tua tantum gratia, inst. eod. tit.* quia ut Veteres deducunt ex *d. leg. Titio centum* & omnes post Bartolum prosequuntur *in l. quibus diebus 40. §. Termitus. de cona. & demonstrat.* causa, aut modus insertus gratia solius accipientis, ex quo nulla utilitas danti resultat, non facit actum causalem, seu modalem; sed remanet actus liber, & purus.

8 Dixi, & inculcaui, si nihil dantis interit, cessare repetitionem; quoniam eo in casu non præsumitur illa finalis causa dandi, sed aliquatenus impulsiva, quæ non causat repetitionem, ut Bartolus, & ceteri nostri dicunt *in d. l. 2. §. ult. & l. 3. de donationib.* Ceterum si aliquomodo dantis interit, quia illo modo prospectum voluit accipienti, quem nouerat esse minus industriū, & qui facile dissiparet pecuniam, nisi illam collocaret; habebit locum repetitio, ut docet eleganter idem Bart. *in d. §. Termitus, num. 17.* quæ omnes merito sequuntur. Dedit enim propter illam causam nec daret aliter, qua ratione nascitur conditio, *d. l. 2. §. ult.*

9 Ad hanc doctrinam omnes veteres apud lationem ibi expendant. *d. l. Titio centum 71. in princ.* quam tamen non recte exponunt, ideoque libet illam breuiter explicare. Testator Titio alumno suo, & fratris sui filio centum legauit, ut fundum emeret: Queritur an legatum hoc sit modale, & teneatur legatarius cauere de modo implendo, ut tenentur ij, quibus sub modo aliquid relictum est. *l. si tibi 19. de legat. 3. l. quibus diebus 40. §. Termitus. leg. eas causas 86. de condition. & demonstrat.* Sextus Cæcilius Africanus negabat & recte hunc legatarum debere cauere, quia modus in fauorem suum adiectus, non habetur pro modo, & legatum reuera purum est, ut proxime dixi. Proponit postea eodem retento themate, legasse eidem Titio alumno suo parum indotrio eadem decem, ut fundum compararet. In hoc casu eleganter Africanus, & ex eo Papinianus conijciunt, legatam vere esse modale, & sub causa necessario implenda relictū; quoniam testator nō aliter alumno dissipatori pecuniam relinqueret, nisi ut ex ea fundus compararetur. Imò

facile

Alebantur, educabanturque olim apud patruos fratrum filij, ne ex materna, paternaque indulgentia remissos mores traherent. *Pers. saty. 1.* Cum sapiamus patruos. *Ne sis mihi patruus. Virg. de Cornutum. Brocensem & Casaubonum. & Erasmus in suis adagijs.*

tacite in hunc modum insit, uti fundus ex pecunia comparatus, non alienaretur. Hic est sensus huius loci, quem Bartolus, & alij post Accursium male expresserunt, existimantes Titium non fuisse eundem alumnū fratris filium; nec alumnū fuisse legatarium, sed alium, cui fuerat iniunctum, ut fratris filio compararet. Melius verò acceperunt Cumanus, & Cujacius ibi lib. 17. qq. Papin. & Costa subtilis, & magni iudicii Auctor lib. 2. *selectarum*, cap. 20.

30 Sed quavis Accursii & Bart. interpretationem non probem, valde tamen probo regulā, quam ex inde deducebant: modum insertum in favorem Tertii efficere actum modalem, nec aliter præstandum esse legatum, quam sub cautione adimplendi modi, ne Tertii illius utilitas deferatur: leg. 1. l. 3. C. de donat. qua sub modo. Quod in dict. leg. 3. latissime tractant interpretes, & ultra illos noster Couarr. lib. 1. va-

riar. cap. 14. num. 2. 3. & 11. ubi alios refert eius adnotator Ioannes VVeselius, Molina. de primogen. lib. 3. cap. 12. ex num. 2. ubi Addionatores. Donellus, lib. 15. comm. cap. 44. Petrus Faber, in leg. quod tutela 73. §. ult. in princ. de R. I. Anton. Faber. de errorib. Pragmaticorum, decade 44. errore 10. Deduci etiam solet & recte ex dict. leg. Titio cæstum 71. in princ. quavis si prohibeatur alienatio solo fideicommissarii favore, nudum præceptum sit, nec teneat: leg. filiusfam. 115. §. Diui 14. de legat. j. tamen si testator inhibuit alienationem, prospiciens pupilli utilitatibus, ne dissipet bona, valere; nec posse eo casu fideicommissarium favorem illi renuntiare docent Bart. in dict. §. Diui num. 2. Decius, & Surdus apud D. Valent. lib. 3. illustrium. tractatu 2. delegatis. cap. 2. num. 20.
(i)

CAPVT. III.

Casus, in quibus ob causam tacitam, & quæ virtualiter inest, competit conditio
dati.

ARGUMENTVM.

Ob causam, quæ necessario subintelligitur, competit nostra conditio. Etio. Veluti si res detur in dotem, nec nuptiæ sequantur. Exponitur l. si extraneus 6. hoc tit. Quid sit dos receptitia, & in quibus casibus videatur recepta? exposita l. si sic 56. soluto matr. l. cum quærebatur 240. de V. S. Dos est donatio ob causam matrimonij. declaratur, l. si mulier 59. §. 1. de iure dot. Extraneus, qui pro muliere dotem dedit, & sibi reddi omni

omni casu soluti matrimonij pactus fuit, eo non sequuto condit-
cit, nisi mulier ostenderit, eo casu animum habuisse sibi donandi.
Explicatur l. si donaturus 9. hoc tit. In hoc casu aliquando
competit vindicatio, non conditio l. dotis 7. §. ult. l. si ego
9. de iure dot. Tunc vero datum repeti potest, quando, nup-
tia non possunt sequi. lex. Nam & Seruius 8. h. t. dicitur,
de nuptijs impuberum. Agitur de dote promissa, sub his distin-
ctionibus, vel promittit verus debitor, vel falsus: vel nuptia
sequestraverunt, vel non fuerunt sequutæ. Exponuntur. l. qui
se debere 7. per totam. l. si donaturus 9. §. 1. per totum
hoc tit.



NON VN-
quam tamē
reperitio, &
cōditio de
qua in no-
stro titulo a-
gitur, datur
causa nō ex-
pressa, quando illa subintelligitur
necessario, nec res aliter daretur, ni-
si ut ea sequeretur. Primus ex his
casibus exstat in l. si extraneus 6.
hoc tit. quam exponam. Extraneus
pro muliere dotem dedit, & sibi
reddi soluto matrimonio pactus
fuit. Extraneus dicitur in tracta-
tu de dotibus, quicumque non ha-
bet filiam in potestate leg. unic. §.
accedit. 3. C. de rei uxoria actione.
Dos verò, quā itā extraneus dat si
pactis sit, ut sibi reddatur soluto ma-
trimonio, dicitur receptitia Vlp. lib.
regul. tit. 6. §. receptit. l. mortis 31.
§. sed & dos ff. de mortis causa dona-
tionib. eodem fere sensu receptitius
seruus dicitur apud Cato. apud Plau-
tū, venditis ædibus recipere possi-
culum, quos ciet Agellius lib. 17.
noct. Attic. c. 6. Sed solum videtur
dos ab extraneo excepta, recepta
ve in casu, quo nominatim sibi red-
di cauit; veluti si in casum mortis;
in illum tantum casum, non in ca-

sum diuortij; vel si recepit in casu
sum diuortij, non intelligitur re-
cepisse in casum mortis, leg. inter
focerum 26. §. cum inter patrem.
de pact. dotalib. l. si cū dotem 22. ff.
soluto matrimonio. Ideo plerun-
que generalis clausula adiungeba-
tur, si quo casu Titia tibi nupta es-
se defuerit, dotem dabis; vel ita ex
imperatoris decreto sufficebat sti-
pulari, soluto matrimonio dotē da-
bis l. si sic stipuletur 56 ff. solut. ma-
trimon. l. cū quærebatur 240. de V.
§. quas exposui, lib. 1. de interd. &
relegatis. cap. 5. Sed repetamus spe-
ciem nostræ leg. si extraneus 6. Ex-
traneus, qui pro muliere dotem de-
dit, sibi reddi stipulatus fuit, quo-
cunque casu solutum esset matri-
monium: quod præsum adeo est
efficax, ut si maritus neglecta con-
ventionione, post diuortium uxori
dotem soluerit, non liberetur, sed
teneatur extraneo; tanquam dote
non soluta, cum male soluisset;
leg. quoties 29. §. 1. ff. soluto
matrim. quæ desumitur ex eodem
Vlpiani loco, ex quo etiam de-
sumpta fuit nostra lex. si extraneus
6. scilicet ex lib. 3. Dispu-
rationum, quæ res indicat ibi omnes
istas dote receptitia questiones dis-
putasse Consultum.

Ooo

a Quæstio

2 Quæstio inde agitata fuit, an si matrimonium sequutum non fuisset, extraneus seruare sibi posset dotem, quam pro muliere dedit. Ratio dubitandi est in præceptu, scilicet huc sibi dotem recepisse in casum dissoluti matrimonij, sed matrimonium, quod sequutum, siue contractum non fuit, dissolui non potest, *l. nam & si 5. vers. post defectum. de iniuriis rupto. l. decem 116. de verb. obligat.* Ergo casus in receptione dotis comprehensus, non potuit hunc includere. Sed, ut præstem decidendi rationem, quanuis in pacto hic casus non sequuti matrimonij expressus non fuisset, nec virtute pacti extraneus agere posset; tamen quia dedit nomine dotis, nec aliter a se voluit pecuniam abdicare, nisi ut dotalis esset; nec possit esse dotalis, nisi sequuto matrimonio, merito condicere potest *causam non sequuta*, quoniam propter illum finem data fuit. Tacite enim, & ut ita loquar, virtualiter exprimere voluit causam matrimonij, cum pro dote dedit; cum non sit dos, si deficit matrimonium: ita videtur sentire Castrensis *in illo tex.* Petrus Barbosa *in leg. si cum dote 23. in princ. ex n. 49. S. M.*

3 Est quippe dos donatio ob causam, quia licet non exprimat, semper inest causa matrimonij, *l. ut quia 4. §. huius rei ff. de pactis. leg. quod seruus 8. hoc tit. l. videamus 38. §. 1. de usuris. l. 3. l. stipulationem 2. l. promittendo 41. l. licet 43. de iure dot. l. 3. vers. mas si el matrimonio se parte esse tit. 11. par.*

4. Ergo datio istius pecuniæ ante matrimonium naturam dotis sortita non fuit, quare conditio hæc nihil habet commune cum actione de dote. Quod hætenus diximus de extraneo, prosequitur Vlpianus etiã in patre, qui pro filia, quam in potestate habebat, dotem didit: docetq; etiam illi hanc conditionem com-

petere, ad quod vititur testimonio Vlpij Marcelli; quod in pandectis non exstare, nisi in hoc textu animaduertit Antonius Fab. possum tamen facile suspicari, fuisse ex *lib. 7. Digestorum* illius Consulti, propter aliud eiusdem fere tractationis, quod inuenitur relatum *in l. si mulier 9. §. ult. ff. de iure dotum*, ubi hæc proponitur species. Titius dedit decem in dotem, nomine mulieris illius, quam liberã esse putabat; postea ancilliam esse apparuit, nec matrimonium sequi potuit populi Romani institutis, de quo dixi *lib. 1. de intera. & relegat. cap. 5.* Respondit Marcellus, dotem condici posse, quemadmodum cõdicitur, cū pro libera muliere datur, & postea nuptiæ sequutæ non fuerunt, qui est nostri text. casus, forsantq; idem Marcellus casum de patre in illo loco prosequutus fuit, sed amputarunt compositores, ne toties superuacuo repeterent.

4 Verum hæc omnia ita procedunt, nisi manifestissimis probationibus mulier docere valuerit, extraneum animum habuisse donandi sibi pecuniam illam, quo casu matrimonium sequutum non fuit, ut *in l. si donaturus 9. ff. hoc tit.* tunc enim fictione quadã brevis manus, præsumitur ab extraneo mulieri pecuniam donatam fuisse, & ab illa viro in dotem datam, *l. licet 43. §. 1. de iure dot.* Quæ exceptio iusta est, & quæ à iurisperitis frequentissimè assolet fieri, ut passim obseruare poterit, qui tractet materiam legatorum genetis, rei alienæ, & rei obligatæ, in quibus semper excipitur, nisi alia mens fuerit testatoris. Nec est causa, cur hoc nomine tam acriter Tribon. carpat suo more Ant. Fab. *in d. l. 6.* qui in toto hoc titulo vix munere Interpretis fungitur, sed reprehensoris, quæ fuit præcipua ratio, quare hunc laborẽ suscipere: non animo, aut studio cõcertandi cū subtilis.

tilissimo Doctore, quoniā hoc facere non capior: sciunt, qui me norant, procū me esse à rixis, & promocationibus; Sed ut ab eius impugnationibus hos textus defendam; quoniam non video ab aliquo id esse adhuc factum. Si id pienē non praestitero, non impedio, quo minus alter per eundem circum currat ad palmam; nec tantus mihi videor, ut victoriam de Fabro reportare sperē.

5 Sed & antequam hinc ab eam, animadvertere oportet, quod diximus, nuptiis non sequutis, repeti, posse pecuniam conditione ob causam datorum: sic accipiendum esse, si extraneus, paterve, aut mulier ipsa dedit itā, ut statim nummi fierent accipientis, confirmato irrevocabiliter dominio, cum nuptiæ sequerentur. Ceterum si non aliter voluerunt facere nummos accipientis, quam si nuptiæ sequerentur, & quasi sub illa conditione dederunt, ut eius fierent post contractum matrimonium; nuptiis non sequutis, nummi manent dantis, & ideo vindicari poterunt *l. dotis 7. §. ult. iunct. l. si ego 9. de iure dotium*. Ergo cum vindicatio domino competit. *l. in rem actio 23. de R. V.* conditio verō ei, qui dominus non est, ut saepe admonitum relinquo; quo casu vindicatione agi potest, condici res non poterit.

6 Ut autem condici possit pecunia dotis nomine data, non sufficit nuptias non sequi; sed non posse sequi necessarium: quoniam quando nuptiæ sperantur, non est verū causam defecisse, siue sequutam non fuisse. In hunc verō sensum accipendus est text. in *l. quod Servius 8. ff. hoc tit.* ubi Impubes cum foemina non dum viri potente in matrimonium coniunctæ nuptiæ sunt illegitimæ, quia inter eas personas contrahuntur, inter quas secundum legunt præcepta contrahi non possunt. *princip. Instit. de nuptiis*. Dos

in hoc casu data fuit, nomine immaturum, illicitique matrimonij. Quæritur an statim condici, repetique possit, quæ causa non sequuta, neque enim matrimonium est. Servius Sulpitius (qui librum *de dotibus* scripsit teste Agellio *lib. 4. noctium Atticar. cap. 4.* ubi prædictum librum laudat, & Festus Pompeius, si bene meminimus) dicebat posse dotem repeti Neratius Priscus vero ut moderate Sexum corrigeret, & reuerenter, notavit prædictam sententiā veram esse, si diuortium inter coniuges intercessit, priusquam uterque ad legitimam perveniret ætatem. Dixit, si diuortium interuenit, improprie, & abusive; quoniam non potest esse diuortium, ubi non est verum matrimonium. *l. inter diuortium 191. de V. S.* nisi dicamus esse repudium, quoniam illa coniunctio, quæ nuptias non faciat, facit sponsalia, si de sponsalibus etiam contrahendis convenit. *l. minorē 4. de ritu nupt. l. cum hic status 32. §. si quis sponsam 27. de donat. inter vir. & uxorem*. Itaque sentit Neratius, quando coniuges in habitu matrimonij voluerint perseverare, dotem condici non posse; quia non defecit causa, nec potest dici non sequuta, quando sequi potest; siquidem si perseverent in eadem voluntate, in eodem habitu matrimonij, ut significanter Consultus dicit, usque ad legitimam ætatem, contrahitur exinde verum, & iustum matrimonium. *d. l. minorē 4. de ritu nupt.* Imò iure Canonico non iote interim censentur sponsalia de futuro *cap. unico, §. idem quoque. de desponsation. impub. lib. 6. decretal.* & nostro separtito iure eadem sententia approbatur in *l. 6. tit. 1. part. 4. de qua re videndi sunt Didacus Couarrub. desponsalibus, & matrimo. 1. part. cap. 3.* Thomas Sanchez, & multi, quos cumulat Augustinus Barbosa diligenter, in *collectaneis ad d. §.*

Id. §. idem quoque. Hanc sententiā, & distinctionem confirmat Neratius eleganti, & appositissimo exemplo; fingit enim, sponsam sponso dotis nomine pecuniam dedisse: data intelligi debet in tempus matrimonij, quoniam dos ob matrimonium datur, non ob sponsalia. *d. l. stipulationem* 21. ponē autem, antequā in matrimonium coirent, adhuc per seuerantibus in voluntate sponsalium, & ante repudium; voluisse sponsam dotem condicere: hoc in casu verum est, conditioni locum non esse, quoniam cum causa sequi possit, non potest dici non sequuta. Aliud enim est, causam deficere; aliud non peruenire. Defectā causā competit conditio *dati ob causam*: nondum perueniente, non competit. Antonius Faber, qui ferē hęc omnia agnouit, tentabat aliquid Tribonianī manus in hoc Neratij responso reperire, auidus magis quā certus: sed ex his firmari, & explicari potest eius sententia.

7 Hucusque egimus de dote data matrimonio non sequuto: restat nunc agere, de dote promissa, si postea matrimonium non sequatur, quomodo, aut qualiter succurrendum sit ei, qui promissit. Et duo casus in proposita questione distinguendi sunt: aut promissit is, qui verus debitor erat mulieris; aut qui se debitorem esse putabat. Incipiam ab hoc casu, tanquam à magis difficili. Si is, qui debitor se esse existimabat, iussu mulieris dotis nomine

¶ Fortē est nouū
verbum *Tribonia-
ni*, cum legeretur
ante dixit quia an
riqnoritu debitor
dotem dicebat *Plu-
t.* respondet Iulianus ex *Neru-
pian.* tit. 6. de do-
tib. *que etiam mu-
tatio obseruari po-
test* in l. debitor
36. cum vir 53. de
us. dot.

terius soluisse, is condiceret pecuniam, pro quo soluit, non ipse, qui soluit, *l. dominus 53. de condict. in debiti.* Videtur enim fictione quadam brevis manus prius ad verum debitorem peruenire pecunia, & ille pro se ipso exsoluere. Idem dicendum est de eo debitore, qui mero iure mulieri pecuniam debebat, sed tutus erat exceptione perpetua, qua agentem illam posset repellere, igitur si hic pro muliere dotis nomine pecuniam promisit, nec nuptiæ sequuntur fuerunt, ipse repetet ab eo, cui se obligauerat, & cui soluerat, quoniam etiā suo nomine visus fuit soluisse. Nec enim minus indebitū promittit, soluitque, qui exceptione tutus perpetua soluit, quam qui soluit, cū omninō non deberet; & ideo indebiti etiam repetitio competit. *l. si non sortem 26. §. indebitum. l. qui exceptionem 40. de condict. in debiti. l. qui hominem 34. §. ult. de solutionib.* quoniam ex his causis indebiti repetitio competit, ex quibus vel nulla, vel inefficax superest obligatio. *l. ex omnibus 54. de conditione indebiti.* nisi fortē sciebat, se tutum esse exceptione, & adhuc soluit; tunc enim non repetit. *l. 1. l. quod quis sciens 50. de condict. in debiti. l. indebitum 9. C. eod. tit. l. cuius per errorem de R. I. l. Campanus 47. de operis libert. l. si quis delegauerit 12. de nouationib.* videtur ergō, si scierit, mulieri donasse, & ipsa condicere poterit. arg. ex *l. vnic. §. accedit. C. de rei uxoria act.* cum nuptiæ sequuntur non fuissent. *l. 3. l. stipulationem 21. de iure dotium.*

8 Videamus, quid dicendum sit, si in matrimonium conveniant vir, & mulier, pro qua dotem dixit, seu promissit debitor, qui ei minimè tenebatur? Hoc in casu non potest nasci conditio *causa data, causa non secuta*, quoniam reuera causa matrimonij secuta fuit, propter quam

quam promissio obligationis fuit facta. Ergo si marito pecuniam soluit promissor, condictione in eum uti potest. Imò si non exsoluit, & maritus promissum petat, non potest promissor uti exceptione aduersus eum, quoniam deciperetur, si illi non exsolueretur, quod promissum fuerat nomine dotis; utitur itaque suo iure, nec potest ei per promissorem impediri solutio debiti, *l. si donaturus 9. §. 1. hoc tit. l. in fundo 78. §. ult. de iure dotum*. Hoc ita verum indistinctè est, siue pater pro filia, quod non debebat, promittat, *l. quemadmodum 46. §. ult. eod. tit.* Siue extraneus sit, qui promittat, *l. pure 5. §. si in eum 5. de doli mali metusque exceptione*. Exceptio enim, quæ poterat opponi ei, cuius iussu falsus debitor pecuniam promissit, non potest deinceps opponi ei, cui promissum fuit, *l. doli 19. denovationibus*. Et sic exceptio, quæ aduersum mulierem comparata erat, non poterit aduersum maritum opponi.

9 Pecunia verò soluta creditori, id est marito; qui soluit à muliere condicit, quæ erat vetus creditor, *d. l. si donaturus 9. §. 1. vers. itaque. hoc tit. l. 1. §. si aut. & §. quod si ff. quarum rer. actio non datur*. Competit verò condictio aduersus mulierem in id, ut ab ea promissor liberetur ab obligatione, si non dum soluit; vel ad repetendam pecuniam, si exsoluit. Maritus ergò nihil de dote sua amittet, & promissori per mulierem consulatur. Prima condictio, cum repetit, siue condicit obligationem, est in certi; secunda vero est certi, *l. si quis delegaverit 12. vers. sed & si. denovationibus*. Itaque quod non potuit debitor conlequi directè in maritum excipiens, agens contra mulierem consequitur; nec maritus decipitur, quò casu liberet per acceptilationem debitorem iussu mulieris, in quam ille

egit, ut liberaretur: quoniam sibi ab vxore fatiscit, exsoluiturque de proprio, quantum remisit promissori, argum. ex *l. Titia 62. de iure dotum*.

10 Pone vero, ne quid omit-
tamus, falsum debitorem, vel qui perpetua exceptione tueri se posset, pro muliere pecuniam dotis nomine promississe, ut hucusque supposuimus: matrimonium vero diuortio, vel vxoris morte dissolutum fuisse: & adhuc cum dos penes virum remanere non deberet, petere à promissore pecuniam. Eo in casu, verum est defectam fuisse causam ex postfacto. Ergo si soluit, repetere pecuniam poterit: si non soluit, exceptione tueri se poterit. Hic est sensus illorum verborum, *in eo dumtaxat exceptionem obflare, quod mulier receptura esset*. Quæ exstant in *d. l. si donaturus 9. §. 1. in fine*. Id est, tunc aduersus maritum condictione, & exceptione uti potest, quam aduersus mulierem haberet; quando dos non est remansura ex pacto, vel ex iuris dispositione apud maritum; quoniam si apud illum remansura est, idem dicendum est soluto matrimonio, ac dicetur matrimonio còstante. Cæterum si maritus dotè restitutus est, vel mulieri, vel mulieris heredibus; tunc debitor falsus, qui promissit, poterit ab eo repetere pecuniã, quã exsoluit, ut à muliere ipsa posset: igitur si condictionem habet solutæ pecuniæ, multo magis exceptionem habebit, ut retineat, nec soluat. Quoniam cui damus actionem, eidem & exceptio facilius cõpetit, *l. nec non 28. §. ult. ex quib. caus. maiores, d. l. si donaturus 9. §. 1. in fine*.

11 SUPEREST SECUNDVS CASVS, scilicet, si verus debitor pecuniam pro muliere promississet, exsoluissetque futuro marito nomine dotis, nec nuptiæ postea sequantur? Iulianus in hac spe-

P p p

cie

cie responder, debitori conditionem competere. *d. l. qui se debere 7. versicul. qui autem. hoc tit.* Quoniam, qui dotis nomine promittit marito, sub quadam conditione videtur promittere, scilicet si nuptiæ sequantur; nec enim aliter ex soluere vel promittere marito vxor iuberet, quam ob spem nuptiarum, *l. non enim 37. de iure dotium.* Ergo cum debitor à mulieris obligatione non liberetur, condicere poterit à marito, siue ab eo, qui futurus erat maritus: quoniam solutio, quæ non proficit ad liberationem, ad repetitionem proficere constat. *l. cum is 32. §. 1. & ult. de condition. indebiti.* Igitur cum debitor liberatus non fuisset, causa debiti integra manebit mulieri aduersus eum, vt prius manebat; quod necessariò sequitur, & Iulianus testatur proxime relatus. Sed quoniam debitor habuit iustam causam parendi creditrici, quæ iubebat, vt futuro marito pro se responderet, cui nec poterat recusare; ideò placuit, vt debitor satisfaceret, si mulieri

cederet conditione quam aduersus maritum habebat. *d. l. qui se debere 7. in fine.* Hæc possunt colligi ex his, quæ ad hæc loca notant ordinarij Interpretes post Accursi, & Bart. Cujac. lib. 16. *ffr. Iuliani in d. l. 7.* Duaren. *ad hunc tit. cap. 5.* Donell. lib. 14. *comment. cap. 12. in principio.* P. Faber in *l. quod iussu 180. de R. I.* & Antonius Faber in *rationalibus*, qui tamèn non rectè putat totum versic. *sis autem* esse ab inscitia Triboniani, cum optimè, quod est mirandum, prius illum exposuisset, iuxta communem, & verum intellectum, quem Nos sequi mur: eius rationibus, quæ vis dissimulatè, in superioribus satisfeci, quem existimo esse meliorem, & breuiorem modum respondendi, alioquin longum esset respondere singulis Ant. Fabri objectionibus; aliqua enim ex leuioribus relinquere volumus, quæ acumini suo debeat studio.

Ius Lector,



CAPVT.

CAPV T. III.

Alius casus causæ non expressæ, sed sub intellectæ; de pecunia falso procuratori soluta, domini non sequuta rati habicione.

ARGVMENTVM.

De pecunia à non debitore soluta, vel soluta à debitore falso procuratori. Exponitur l. si procuratori 14. hoc tit. Distinguntur sex casus. Primus est de pecunia à debitore soluta vero procuratori. l. vero procuratori 12. l. si quis offerenti 58. de solut. Secundus de vero debitore solvente non vero procuratori, d. l. 12. §. ult. leg. si vendidero 80. §. si Titius. de furtis. Tertius de vero debitore solvente falso procuratori: l. creditoris 8. Cod. de cond. indebi. l. si hominem 34. §. si nullo l. cum quis 38. §. 1. de solut. l. falsus 43. §. 1. de furt. l. falsus 19. C. eod. tit. Quartus de non vero debitore solvente vero procuratori. l. procurator 6. §. Celsus. l. cum indebitum 57. §. 1. de cond. indebiti. l. si indebitum 16. l. si sine 22. §. quod si procurator ff. rem ratam haberi. Quintus de non vero debitore solvente non vero procuratori. l. si quis negotia 23. de cond. indeb. l. quod si forte 14. de solut. Sextus de non vero debitore solvente falso procuratori.



SEQUITUR
alius casus
causæ subin-
tellectæ taci-
tæ, in quo cõ-
petit condi-
ctio nostra,
qui exstat in
l. si procuratori 14. hoc tit. quam
similiter exponam. Proponitur in
ea, quid dicendum sit, si procurato-
ri falso pecunia à debitore soluta

sit? Et Paulus ex Iuliani sententiâ ita
distinguit: vel dominus ratum habuit,
vel non habuit? Si dominus ratum ha-
buit, ipse dominus tenetur cõdictio-
ne. Si non habuit ratum dominus; tene-
tur cõditione procurator, cui fuit
solutum, non tantum cum indebi-
ta pecunia soluitur, ut in primo ca-
su; sed etiam cum soluitur pecunia
debita: primo illo casu competere
cõdictio indebiti; in hoc secundo
verò competit cõdictio *causæ data*
causæ

caussa non sequuta, quoniam data fuit propter liberationem, nec illa contigit, cum falso procuratori pecunia soluta esset, non subsequuta rati habitatione. Quod si falsus procurator pecuniam accepit contrectandi animo, non tantum hac conditione tenebitur, sed furti actione, & conditione furtiva. Hæc est nostri textus sententia, cuius materia dilucidè explicabitur, si sequentes propositiones elucidaverimus. Prima est de vero procuratore, cui à vero debitore soluitur: secunda, de non vero procuratore, cui soluitur à vero debitore: tertia est, de falso procuratore, cui itidem à vero debitore soluitur. Per contrariū quarta est, quando non verus debitor soluit vero procuratori: quinta est, quando non verus debitor soluit non vero procuratori: sexta est, quando non verus debitor soluit falso procuratori. Quæ tractatio subtilis, & perplexa est; tractaturq; intricate ab Interpretibus nostris; Nos verò ita putamus facile expediri posse, si breviter, & sine concertatione exposuerimus, quid sentiendum putemus in singulis questionibus.

2 Agamus de prima, quæ est facillima, scilicet cum verus debitor soluit vero procuratori: verus procurator est, qui habet domini mandatum, *l. 1. in princ. de procurat. §. 1. inst. de his per quos agere possumus*. Verus autem debitor est, qui reverà pecuniam alicui debet, cui solvere iure obligatus est, *l. creditoribus 10 l. seq. de V. S.* Igitur si verus debitor, pecuniam, quam creditori debet, solvat eius procuratori, liberatur, *l. vero procuratori 12. l. si quis offerenti 58. de solutionibus, l. quod iussu 180. de R. I.*

3 Secunda quæstio est, quando verus debitor soluit non vero procuratori. Non verus procurator, minus est, quam esse falsus procurator: sicut minus est non dicere

veritatem, quam mentiri. Falsus procurator est, qui mentitur se esse procuratorem: non verus est, qui mandatum quidem non habet, sed putat se habere: in illo est mendacium; in hoc vero error, & bona fides. Quare signanter non verus procurator dicitur *in d. l. vero 12. §. ult. de solutionib.* Aliquando tamen non verus procuratur appellatur falsus, ut falsus tutor dicitur, qui pro tutore negotia gerit *in titulo ff. quod falso tutore auctore gestum est*, ut notat Cujacius infra referendus. Igitur si non vero procuratori à vero debitore pecunia soluta fuit; sic est distinguendum: aut dominus ex postfacto ratam habuit solutionem, aut non habuit: si dominus ratam habuit solutionem, liberatur debitor, quare cum ei liberatio contingat, amplius in procuratorem agere non potest, *dict. l. vero 12. §. ult. de solut. l. invito 12. Cod. eod. tit. l. si vendidero 80. §. si Titius, de furtis*, quoniam idem est ex postfacto ratam habere, quam ab initio mandatum exigendi pecuniam dare, *leg. ult. C. ad Sen. Cons. Macedon. l. semper 60. l. hoc iure 152. §. de j. cit. de R. I.* Imo rati habitio constituit personam legitimam, quæ prius non erat. *l. procuratorem 65. de procuratoribus*, nisi interveniat tempore inhabili, ut in specie, quam Africanus tractat *in l. ult. §. 1. ff. rem ratam haberi*. Aut dominus ratam solutionem non habuit, quo casu debitori liberatio non contingit, *leg. quod si forte 14. l. qui hominem 34. §. si nullo. de solutionib.* Itaque ad eo condici pecunia potest, qui solutam accepit, *l. creditori 8. Cod. de cond. indebiti*, quæ licet de falso procuratore loquatur, tamen de non vero accipienda est, qui etiam falsus dicitur, ut proximè notavi, alioqui enim non conditione indebiti; sed furtiva, & furti actione teneretur, ut statim notabo. Itaque non est
necesse

neceſſe illam legem intelligere de de procuratore in rem ſuam dato, ut volebat Caſtrenſis in noſtra l. ſi procuratori num. 4. hoc tit. Non verus autem procurator dupliciter poteſt conſiderari; vel is, qui nunquam habuit mandatum, & ſe habere exiſtimabat, vel qui aliquando habuit, & cum dominus reuocaret, neſciuit reuocationem. Superest, ut agamus de hoc poſtremo caſu, nam de primo ſatis egimus: ſi cum ille ignoraret reuocationem, & ignoraret etiam creditor, qui illi ſoluit, pecunia ſoluta fuit, propter bonam fidem ſoluentis, & accipientis liberatio obligationis contingit. l. eius qui in prouincia, 41. de reb. credit. leg. ſi qui ſeruo 18. de ſolutionib. Imo & ſi procurator ſciſſet reuocationem mandati, debitor vero ignorauit, datur ignorantie creditori, ut illi contigat liberatio, l. vero 12. §. ſed & ſi quis. d. l. ſi qui ſeruo 18. de ſolut. in qua l. Vlpianus indiſtincte aſſerit, debitorem liberari, modus vero, per quem à iure liberatio contingit, ibi non exponitur: diſtinctius vero explicatur, & ſubtilius more ſuo ab Africano in l. cum quis 38. §. 1. de ſolutionibus, cum enim procurator mala fide nūmos accepſſet, furtum illorum fecit, & debitoris per conſequens manſerunt, ideoq; nec liberatio ipſo iure contingere potuit: ſed quoniam ſi debitor paratus eſt, conſiſtione cedere creditori, quam aduerſus procuratorem habebat, competeret illi in creditorem exceptio, qua ab eius obligatione tutus manet: ideo effectum reſpiciens Vlpianus reſpondet, quaſi circuitibus, ambagibusque amplitatis, propter bonam fidem liberari debitorem. Quo modo vterque locus accipiendus eſt cum Cujacio in ſuis ad Africanum tractatibus, quibus nec elegantia ſtyli, nec doctrina puritate, nec facilitate expoſitionis, nec Cujacius ipſe

ſe & quales edidit, nec alius, quod ſine inuidia dixerim, iuris interpretatum.

4 Agamus de tertia quaſtione, ſcilicet quando verus debitor falſo procuratori ſoluit, qui nunquam habuerat mandatum, & qui ſe mentiebatur procuratorem. Huic ſi ſoluatur, liberationem non contingere conſtat, l. creditoris 8. C. de condict. indebiti, leg. qui hominem 34. §. ſi nulle ff. de ſolutionibus. Committitur enim furtum peniæ à ſe acceptæ, l. ſi vendidero 80. §. falſus autem de furtis. Ergo cum pecunia ſurrepta non fiat accipientis, nec debitor liberatur, diſt. l. cum quis 38. §. 1. de ſolutionibus. Falſus vero procurator remanet obſtriſtus debitori actione furti, & conſiſtione furtiua l. falſus 43. §. 1. l. ſi inſu 44. leg. ſi vendidero 80. §. ſi Titius ff. eodem titulo, de furt. Parui autem refert, ſi malo animo accipiat, id eſt animo lucrificandi, an numeratam pecuniam accipiat, an in ſacculo, & non numeratam, nam utroq; pariter modo furtum facit, ut mihi probat text. in l. falſus 19. C. de furt. ibi. Vel depoſitum accipiendo, vel as alienum exigendo. Hæc ita ſunt, ſi malo animo falſus procurator pecuniam accepit: cæterum ſi animo ad dominum pecuniam deferendi accepit, non tam falſus dici poteſt, quam nō verus, ideoq; dicenda ſunt in hac ſpecie, quæ in ſuperiore proxima dicebam.

5 Nunc per contrarium agendum eſt de aliis tribus ſequentibus quaſtionibus, in quibus non verus debitor ſoluit; quarum prima eſt, ſi ſoluit non verus debitor vero procurator id eſt ei, qui ad exigendam pecuniam mandatum habebat: quo caſu dominus, qui mandauit, vel qui ratam habuit ſolutionem conſiſtione indebiti tenetur, l. procurator 6. §. Celf. l. cum indebitum 57. §. 1. de condict. indebiti, l. ſi indebit. 16. l. ſi ſine 22. §.

quod si procurator. ff. rem ratā habere. Dicit forsan aliquis in presenti specie nō posse dominū ratū habere, cum nullum negotium sit, quod ipsum tangat, siquidem supponimus, indebitam pecuniam exactam fuisse, quod nō magis est negotiū suum, quam alienum; sed facile respondetur, ratihabitionem, vel mandatum, constituere negotium meum, quod antea meum non erat, l. pupilli 6. §. item quaritur. de negot. gestis, quoniam quod iussu domini soluitur procuratori, perinde est, ac si ipsi domino solutum esset, l. quod iussu. 180. de reg. iuris, quæ ad hanc speciem rectissimè refertur à P. Fabio, quare dominus ratū habens eximit procuratorem ab obligatione, & ipse indebiti conditione tenetur, vt dixi.

6 Secunda, sive quinta species est, quando non verus debitor soluit non vero etiam procuratori, id est ei qui speciale mandatum ad illam pecuniam exigendam non habebat; sed generale forsan ad exigenda alia debita. Quo casu procurator ipse conditione tenetur, si dominus solutionem ratam habere nō vult. *leg. si quis negotia 23. de negotiis gestis, dict. leg. si procurator 6. §. Gelsus. de condict. indebiti*, quinimo si cum domino decem deberentur, procurator quindecim exegit; ipse tenetur conditione indebiti, quia dominus mādasse creditur, in quantum sibi debeat, non iam maiorem pecuniæ quantitatem, *leg. cum indebitum 57. §. 1. de condict. indebiti*. Tenetur itaque procurator conditione indebiti, si indebita pecunia soluta fuit, vt constat ex legib. proxime citatis: quod si non verò procuratori pecunia à vero debitor soluta fuit, nec dominus ratā voluit habere solutionem, tenetur procurator ipse conditione *causa data, causa non sequuta*. Data enim fuit pecunia, vt liberatio sequeretur,

quæ cum sequuta non sit, merito conditio illa redditur, *l. si procuratori 14. hoc tit.* qua dominus releuare posset procuratorem, si mandando, vel ratam solutionem habendo, vellet in hoc casu solutæ debitæ pecuniæ, facere, vt liberatio contingeret, *l. quod si forte 14. in princ. l. si si quis offerenti 58. de solutionibus*.

7 Postremus casus est, quando non debitor falso procuratori soluit, id est ei, qui se procuratorem esse mentitus fuit: in hac specie procurator ipse actione furti, & conditione furtiua tenetur, si malo animo pecuniam accepit. Cæterum si accepit, vt ad dominum, quem existimabat creditore, reportaret, tenetur isdē conditionibus, quibus nō verum procuratorem teneri diximus. Quare cū nihil sit in hoc casu, quod nouiter possimus disputare, satis erit lectorem referre ad ea, quæ n. 4. & seq. q. notata inueniunt. Quibus sex distinctionibus subtilem hanc tractationem comprehendere non obsecro; de qua late agunt Omnes Classici in *l. si procuratori 14. h. tit.* & in *l. vero procuratori, 12. l. si quis offerenti 58. de solutionibus*, & in aliis locis suprà relatis, de ea etiam agitur apud Nos in *l. 5. 6. & 7. tit. 14. part. 5. vbi Gregorius, Cuiacius tractatu 6. ad Afric. in l. ult. §. 1. ff. rem ratam haberi. & tractatu 7. in l. cum quis 38. §. 1. de solut. P. Fab. in l. quod iussu 180. de R. I. Brillon. lib. 1. de solution. vers. De illo nunc videndum est. Pyrrhus Maurus in eodem tractatu cap. 5. Galpar Schifordegherus ad Ant. Fabrum lib. 2. tractatu 16. quæst. 5. Treutlerus selectar. volum 2. disp. 29. thesi 3. Apud quos latior exstat de hac disputatio, & plura congesta loca, sed nō ita distinctæ species, seu principia, ad quæ possunt reduci.*

CAPVT.

CAPVT. V.

Alius casus causæ subintellectæ, qua non sequuta
condictio competit, & de repetitione
mortis causa donati.

ARGVMENTVM.

De donatione causa mortis, & quibus casibus reuocetur, summa-
rie dictum. Quo remedio donator repetere possit rem donatam
reuocata donatione? Distinguitur an donauerit, ut statim res
fieret donatarij, quo casu competit condictio causa data caus-
sa non sequuta, vel actio in factum, vel utilis vindica-
tio. Exponuntur l. cum quis 12. hoc tit. l. non omnis 19.
de reb. cred. l. mortis 18. §. 1. l. quod debitoris 24. l.
Senatus 35. §. ergo. de mort. causa donat. Vel an ita do-
netur, ut dominus maneat penes donatorem, quo casu dire-
cta vindicatio datur. declarantur l. si mortis 14. & 29.
eod. tit. Quid dicendum sit de promissione dotis vel stipula-
tione mortis causa facta ad text. in l. si pater 76. de iure
dot. l. si vir 52. §. 1. l. si quod 56. de donat. inter.

RESTAT
alius casus
causæ non
expressæ,
sed subin-
tellectæ, in
quo condi-
ctio nostra
non compe-
tit minus,
quàm si causæ expressa esset; scilicet
donationis causæ mortis. Donatio
causæ mortis est, cum quis habere se
mauit, quam eum, cui donat; & eum,
cui donat, quàm heredem suum. l. 1. l.
Senatus 35. §. sed mortis 2. de mor-
tis causa donationibus, veluti cum
ita donatur, si mihi aliquid humanum

contigerit, ut tibi habeas. §. 1. in ff.
de donat. De quo genere donandi
agitur in integris titulis ff. & C. de
mortis causæ donat. & apud Pau-
lum lib. 3. sent. tit. 7. l. ult. tit. 4.
partit. 5. Agunt communiter Clasi-
fici in prædictis iuribus. Couarru.
in rub. de testament. 3. parte. An-
tonius Faber de error. decade 43.
& multis seqq. Fachinæus lib. 5.
controuers. cap. 60. cum duob. seqq.
Menochius, lib. 3. præsumptio. 34.
cum duob. seqq. Donell. lib. 14.
comment. capt. 33. ubi latissime
Hilligerus. Gregor. Lopez. Made-
ra lib. sing. animaduers. cap. 19.
Trentlerus, qui multos etiam recen-
set, Select. volum. 2. disputat. 19.
lib. 1.

theſi. 9. Molina de primog. lib. 4. cap. 2. num. 40. & ſeqq.

2 Mortis cauſa donatio tribus modis reuocatur: ſi conualuerit donator, ſi donatarius prædeceſſerit, ſi pœnituerit donator. *l. 2. l. mortis 16. l. ubi ita 27. l. ſi mortis 29. §. ult. cum l. ſeq. l. Senatus 35. §. ſed mortis cum ſeqq. cod. tit. d. §. 1. inſt. de donationib.* Nec intereſt, ubi donatorem pœnituit, decedat ſine herede, necne; pœnitenti enim reuocatur donatio indiſtinctè omni in caſu, vt docet poſt multos antiquiores, Covarrub. *d. part. 3. rub. de teſtam. num. 24. Fachin. lib. 5. controuerſ. cap. 63.* Adde etiam alios relatos ab Oſualdo *d. cap. 33. litt. K.*

2 Poſt reuocationē donationis pertinet ad inſpectionem noſtram tractare, quoniam remedio repeti, condicique poſſit, quod donatum fuit? Ad cuius declarationem, diſtinguendi ſunt tres modi; quibus hac donatio fieri adſolet. Primus eſt, cum quis nullo præſentis periculi metu, ſed ſola cogitatione mortalitatis donat: qui ad Nos nihil attinet. Alter eſt, cum quis imminenti periculo motus ita donat, vt ſtatim rem faciat accipientis. Poſtremus eſt, cum quis mortis periculo motus non ſic donat, vt ſtatim rem accipientis faciat, ſed tunc quidem cū mors inſequuta ſit, interim retento penes ſe dominio. *l. 2. de mortis cauſa donationib.* Nota ſecundo caſu dominium ſtatim transferri in donatarium, quanuis transferatur reuocabilitè: tertio caſu non transfertur prorsus dominium, ſed remanet penes donatorem.

4 Ex hac diſtinctione, ſeparandi etiam ſunt caſus conditionis, & vindicationis: quippè reuocata donatione, ſi dominium priùs translatum fuerat in donatarium, condici debet res donata: quæ conditio ex ſententia Sabini, & Caſij, quæ obtri-

nuit eſt cauſa data, cauſa non ſequuta; quoniam cauſa mortis, propter quam res donata fuit, non fuit ſequuta. *l. Senatus 35. §. ergo 3. de mortis cauſa donationibus.* Qui §. licet conditionem competere indiſtinctè aſſerat, tamen accipiendus eſt iuxta ſuperiorem diſtinctionem, ſcilicet de eo caſu, quo dominium in donatarium translatum fuit. Quomodo etiam accipiendi ſunt textus, qui de hac conditione loquuntur, in *l. ſiqui cū mortis 12. hoc tit. & in l. videamus 38. §. idemque eſt 3. de uſuris. l. ſi alienam 13. l. ſi filio 23. de mort. cauſa donat.* Ergo ſi mortis cauſa creditor delegauit nomen debitoris ſui Titio, ita: tibi de lego nomen, cedoque actione, quam habeo in debitorem meum, ſi ab hoc periculo mortis non euasero; & poſt modum pœnitentia, vel alio modo delegatio hac reuocetur, competit pro nomine delegato, & actione ceſſa conditio eadē cauſa data, cauſa non ſequuta, quæ erit incerti, cum competat ad factum, ſcilicet vt donatarius iterum deleget, vel cedat donatori. *l. quemadmodum 45. in fine principij de iure dotium. l. ſi quis delegauerit 12. de nouationib.* In qua ſpecie, etiam competere ad repetendam obligationem, actionem in factum docet Cōſultus in *l. mortis 18. §. 1. l. quod debitori 24. ff. de mortis cauſa donationibus.* quæ in cæteris quoque ſpeciebus donationum reuocatarum locum habere poteſt, vti Ego exiſtimo. Quoniam ſubeſtatica, & ſufficiens cauſa obligandi in omni donatione cauſa mortis, cum is, qui donat, eo animo ſit, vt velit reuocata donatione ſibi re reddi; & ſub illo quaſi pacto, & tacita conuentione accipiat donatarius. *l. non omnis 19. de reb. creditis.* Ex quo factum, negotioque actio in factum naſci poteſt, vt ſatis admonitum manet ſuperiore ſect. cap. 6.

5 Exſtat etiam alius elegans
con-

condictionis casus in *l. si pater* 76. *de iure dotium*. Vbi regulam proponit Tryphoninus, valere dotis promissionem causa mortis factam; valer enim stipulatio etiam facta causa mortis: *l. Senatus* 35. §. *ultimo de mortis causa donationibus*. Veluti si ita stipuler, promittis mihi decem, si ex prelio non euaseris, si tibi aliquid humanitus contigerit? Hæc est promissio facta causa mortis, de qua, eiusque natura ultra ordinarios repetentes ibidem, agit Gregorius Lopez Madera *lib. singul. animaduers. capit. 19. ex numero 4.* Itaque dotis promissio causa mortis facta talis erit: centum tibi nomine dotis promitto, si quid mihi humanum contingat: hæc promissio iure valida est, quod elegantiori exemplo confirmat Tryphoninus, nam & si promissa sit dos in tempus mortis promittentis, obligatio inde nasceretur: ergo & tenebit promissio causa mortis facta: quoniam inter verumque casum, quoad tempus soluendæ dotis nulla est differentia, cum tam in hoc, quam in illo soluenda sit post mortem promissoris, in eo tamen uterque casus distat, quod ubi mortis causa dos promittitur, potest promissio renocari vel præcoci donatarii morte, vel si conualuerit donator, vel penitentia; ut ceteræ donationes, quas subsequuta fuit traditio. At verò cum promittitur in tempus mortis, obligatio statim nascitur, quæ renocari, aut dissolui vilo modo non potest, & tantum solutio in tempus dilata est: arg. *ex l. centesimis* 46. *de V. O.* Sed in casu promissionis factæ causa mortis, cum supponat posse renocari, quaerit qualiter condici promissio ita facta possit? Responderetque ut est repetitio rei, aut pecuniæ mortis causa donatæ, ita esse obligationis condictionem, quæ erit conditio in-

cerri, ut accepta feratur obligatio, vel aliter sollemniter remittatur. *d. l. si quis delegauerit* 12. *de nouat. in d. l. si quod* 56. *de donat. inter vir. & vxor. l. si vir* 52. §. 1. *codem tit.* Denique, ne hoc prætermittamus, quaerit; an mulier ipsa, quæ nubet, suæ ipsius mortis causa dotem promittere possit? Et negat hanc dotis promissionem valere; redditque rationem, quoniam dos ita promissa, cum præstanda sit post mortem mulieris, & per consequens soluto matrimonio, non potest oneribus matrimonij seruire: ac dos, quæ oneribus matrimonij non seruit, nulla est, utpote contra causam, propter quam datur. *l. pro oneribus. C. de iure dot.*

6 In his, & similibus casibus conditio comperit: cum verò dominium in donatarium translatum non fuit, sed remansit apud donatorem, rem rem condicere non potest, sed vindicare; quoniam nemo rem suam nisi a iure condicit, ut probauimus *superiore sectione cap. 8.* Quod Ulpianus differtis verbis explicat in *l. si mortis* 29. *de mortis causa donationibus*. docet enim, si mortis causa res donata est, & conualuit is, qui donauit, vel alio modo donatio renocata fuit, siquidem ita donatio facta fuit, *ut si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est*, sine dubio rem posse donatorem vindicare. Ratio est, quia res donata non transiit in dominium donatarii, quare recte à donatore vindicari potest. Sed difficile videtur, quod subiicitur in §. 1. *eiusdem l.* ubi proponitur ita rem fuisse donatam, *ut tunc nunc haberet donatarium redderet verò si conualuisset, vel de prelio, vel peregre rediisset donator.* Et quaeritur, quænam actio competat? Responderetque interm actionem in rem competere donatario, quia in eum fuit dominium translatum. *l. in rem actio* 23. *de rei vind.* quod

Rrg

si ali-

si aliquo casu reuocaretur donatio, veluti quia eorum aliquid contigisset, in rem etiam actionem ad repetendam donationem competere donatori. Quod contrarietatem inuoluit, si enim ideo competit actio in rem donatario, quia per traditionem dominus factus fuit; quomodo potest donator, tanquam dominus eandem rem vindicare? Antiquiores existimabant, dominium ex presenti traditione transferri in legatarium, postea vero reuocata donatione reuerti in donatorem, quam sententiam sequuntur Coudarrubias, d. 3. part. rubrica de testament. à num. 23. Anton. Gomezius lib. 2. variar. cap. 4. num. 20. Mozzius, & Zasius relati ab Osualdo ad Donell. d. lib. 14. cap. 33. litt. M. Hæc tamen sententia nobis non placet, quoniam ex euentu solo conditionis non valet in aliquem transferri, aut mutari dominium, ut probat Antonius Faber de error. decad. 44. errore 10. deinde quia verba illa, quæ scribit Vlpianus in d. l. 29. §. 1. **P O T E S T defendi**, satis innuunt non dari donatori actionem hanc ratione dominij, ut semper datur actio in rem; sed aliqua æquitatis ratione. Consentio itaque existimantibus actionem in rem, quæ in hac specie datur, non esse directam, sed utilem, quæ solet fauorabiliter cõcedi illis, qui vel rerum suarum dominium amiserunt, vel non sunt perfecte adepti, ut multa exempla suppetunt ex l. 1. C. de donat. quæ sub modo. l. Pomponius 5. §. de arbore. de rei vind. l. si duo 13. §. 1. de iureiurando. l. quæ res 52. de iure dotiũ. Itaque utilis actio in rem actione dominij amissi competit donatori, quæ etiam concurrere potest cum nostra conditione, ut dicitur in l. qui mortis 30. de mort. causa donat. cum hæc ratione causæ non sequuta degur, illa ex æquitate

dominij amissi sine causa post reuocatam donationem. docent Cuiac. tractat. 2. ad African. in l. si filio 23. eodem titulo. Donell. d. cap. 33. & ibi Osuald. litt. M. Antonius Faber. d. decad. 44. errore 10. Gifanius in d. l. si mortis 29. Treutlerus Select. volum. 2. disput. 29. thesi ult. litt. G.

7 Potest etiam sub eadem distinctione accipi text. in l. si mortis 14. ff. eodem tit. de donat. causa mort. vbi si fundus donatus sit mortis causa, & à donatario necessaria impensæ in eum factæ sint, reuoceturque postea donatio; vindictæ fundi repelluntur doli mali exceptione, nisi parati sint precium illarum soluere. Dicit Consultus vindicantes; ergo supponi debet ita donatum fuisse fundum, ut dominium penes donatorem remaneret. Aliter exposuit Cuiacius in d. l. 23. scilicet de utili vindicatione. Aliter lib. 18. Digestor. Iuliani in d. l. 14. de re aliena donata, & postea à vero domino vindicata, aduersus quem exceptione opposita potest bonæ fidei possessor per retentionem seruare impensas. l. sumptus 37. de rei vindic. l. si quis sciens. C. eod. titulo, l. in hoc iudicium, 14. §. 1. ff. communi diuid. l. generali 32. §. Lucius Titius. de usufruct. legato. l. sed si vir 31. §. si vir uxori. de donat. inter vir. uxor. l. si in area 33. de cond. indebiti. l. cum vir. 10 l. Paulus 14. de doli mali metusque exceptione. Omnibus his modis recte exponitur textus in d. l. si mortis 14. de mort. causa donat. quoniam in eo tantum desideramus casum supponere, in quo verificari possit, fundum iure vindicatum fuisse; de eius vero principali decisione nihil mutatur, quod iuxta hanc, vel illam suppositionem accipiat: ut cum semper verum sit, impensas à bonæ fidei possessore factas per retentionem seruandas esse, de quo omnes Classici ad illum

illum text. agunt, & in d. leg. si in
area 33. de cond. indebiti, & in 9.
certè ubi noster Pichardus, inst. de
rer. divis. Donell. lib. 4. comment.
cap. 32. ubi Olual. litt. H. & I.
Cujac. lib. 19 obseruat. cap. 1. Ant.
Fab. lib. 2. coniect. cap. 1. Treutle-
rus, qui alios refert, selectar. volum
2. disputat. 20. thesi 6. litt. A. B.
& C.

8 Sub eadem etiam distinctio

ne accipiendi sunt text. in l. fructus
7. §. ult. l. seq. l. si ego Scia 9. de
iure dot. quas, quia exposui breui-
tèr sane, sed satis sup. cap. 3. num 5.
non repeto in præsent. De Tribon-
ianismo vero, quem Anton. Faber
accusat, de erro. Pragmat. decad.

45. err. 3. & decad. 48.

err. 4. alibi latius, &

opportuniùs

agam.

CAPVT. VI.

Alius casus causæ subintellectæ; de eo, qui pecuniam
accipit, ad faciendum, quod facere
iussus fuit à testatore, si non
fecerit.

ARGVMENTVM.

De eo, qui non fecit, quod iussus erat testamento facere, postquam
pecuniam accipit. Exponitur l. si heres 11. ff. hoc tit. Qui
eligitur nudus minister, non lucratur pecuniam, quam non ero-
gat, sed heredi, aut domino restituit. explicatur l. Lucius 88.
§. 1. de legat. 2. De officio, potestate, & foro commissario-
rum, siue exequutorum testamenti dicitur remissive. Libertis
cura olim iniungebatur sepulchri, & construendi monumenti:
nec ultra præfixtam summam aliquid impendere poterant. l.
liberti 31. §. liberos 4. de negot. gest. Sibi monumentum
inscribere non poterant, quoniam fraus præsumebatur, ideoq; mo-
numentorum inscriptiones alijs ius sepulchri tribuebant, sed nõ
libertis. nouiter exponuntur l. monumentorum 6. Cod. de
religios. l. vel quod 6. §. 1. ff. eodem tit. Incidebantq;
in pœnam eorum, qui sibi manu propria aliquid scribebant in
aliorum testamentis. Alij casus indicati causæ subintellectæ
l. 1. §. 1. l. 2. hoc tit.

ALIVS



L I V S casus
caussa subintel
lecta exstat in
l. si heres 11.
ff. hoc tit. de eo.
qui nō fecit id,
ad quod facien
dū ab herede ac
ceperat pecuniam: casus talis est. Te
stator iussit, uti heres arbitrari liber
ti faceret sibi monumentum; quod
frequenter præcipiebatur, l. multa
6. l. quibus diebus 40. §. ult. de ed
dit. & demonstr. l. si quis arbitra
tu 42. l. seq. l. cum stipulatus 113.
de verb. obligat. Heres potest ad
hibere libertum, & ipse facere; vel
potest pecuniam liberto præstare, ut
is construat monumentum; exactā
ab eo cautione, de construendo, nec
aliter tenetur illi præbere pecuniam
d. l. quibus diebus 40. §. ult. Pone
autem, cum iussus esset heres, non
iple facere, sed liberto præstare pe
cuniam, ut ille construeret monu
mentum, præstitisse certam pecu
niam, nec curasse cautionem exige
re. libertum vero accepta pecunia,
non fecisse monumentum; vel totā
in monumento non erogasse. Cer
tum est, non posse libertum retinere
pecuniam, quam non erogavit, quā
est mandatarius, nudus minister, leg.
si quis Titio 17. de legat. 2. vel ut
nostri dicunt, commissarius; quare
eius lucro nihil cedere debet, sed he
redi, aut domino tenetur restituere
quidquid, non impenderit, l. cre
ditur 60. §. si inter 3. ff. mandati,
leg. sponsus sponsa 5. §. Marcellus
17. ubi notatur, ff. de donat. inter.
Ergo & commissarius iste, vel nu
dus minister construendi monumē
ti tenebitur restituere heredi, vel ei,
cuius interest, quidquid ex pecunia
non impendit, l. Lucius 88. §. de re
peto 1. de legat. 2. Dixi, quod ex
pensum non fuit, restituendum esse
heredi, vel ei, cuius interest, nonnun
quam enim non heredi, sed legata

rio, aut fideicommissario restituitur;
apud quos commodum remanet. De
quo agam latius in notis Claudij ad
l. ult. de his, quib. ut indign. Itaq;
ut ad nostram speciem redeamus, cū
libertus monumentum non fecerit,
& ad heredem spectet pecunia non
expensa, quæritur, quam actione
id possit repetere, & Consultus res
pondit, repetendam esse condicio
ne causa data, causa non sequenda.
Verum est enim causam propter
quam pecunia data fuit, sequentem
non fuisse: id est constructionem mo
numenti. Igitur, si heres sibi pro
spexit interposita stipulatione, po
test in libertum ex stipulatu agere,
siue actione, quæ ex contractu illo
nata fuit; si non prospexit sibi eo
modo, habet nostram conditionē,
quæ datur, ubi deficit causa finalis
ob quam, pecunia data fuit.

2 Occasione nostra l. late dis
putat Baldus de iure, & potestate
commissariorum; quando res possint
vendere, pecuniam dispendere, &
an reddere rationes comissi sibi ne
gotii, possint compelli. Has verō
forēses questionēs ex proposito exa
minare, non est animi, aut instituti
nostri, adeundi tamen sunt post ve
tustiores, Covarrub. in cap. Ioannes
ex num. 3. extra de testamentis.
Auendanius de exequend. mandat.
1. p. cap. 2. num. 8. Gregorius Lo
pez in l. 7. §. 8. tit. 10. part. 7. Ioan
nes Matienzus in l. 14. tit. 4. lib. 5.
recopilat. abunde de exequutore te
stamentario tractans noster Spino
in speculo testam. gloss. 28. per totā,
ubi in princ. innumeros refert. El
cobar de ratiocinijs cap. 3. n. 18.
& 19. & cap. 27. fere per totum. ma
xime ex num. 45. Menoch. de præ
sumpt. lib. 3. præsumpt. 54. num. 3.
& lib. 4. præsumpt. 154. ex num.
116. ubi agit de potestate, quam ha
bet exequutor testamenti in eligen
dis pauperibus inter quos erogari
bona sua testator iussit de qua quæ
stione

atione vindēdi Crassus in *6. exequutores quæst.* 10. D. Solorzanus de *Indiar. iure & gubernat.* 2. *tomo, lib. 2. cap. 2. num. 3.* & in *Politica* nouissimè *lib. 3. cap. 8. circa princ.* De foro exequutoris testamenti, quando laicus est, vel Ecclesiasticus ipse, vel testator, late agūt Marta de *iurisdic. 4. part. cent. 2. casu 184.* & alijs, & se relato in opere Latino, idem Solorzanus in *Politica lib. 5. cap. 7. vers. lo tercero.* P. Gregorius *lib. 49. syntagmat. cap. 7. num. 14.* P. Rebuffus in *tractatu de sent. prauudicial. in prefat. n. 8.* Iacob. Cujacius *lib. 6. qq. Papin. in l. hereditas 50. de hered. petit. & ibi Ant. Fab. Ofual. ad Donnell. lib. 8. cap. 25. litt. E.* alijs, quos sedula colligit manu Amicus meus, quondam studiorum Comes, & apud nostros Sexti, quam dicunt, cathedræ proprietarius Antecessor meritisissimus, nunc in Auditorio Granatensi fisci regij patronus D. D. Sebastianus Infante in allegatione, quam nuper ad me transmisit, de exequutione legati cuiusdem pij sane amplissimi. Cæteras autē quæstiones de exequutore, aut commissario testamenti; non libet, imò tædet indicare, obuię enim sunt valdè, & parum subtiles; & Auctores, qui alphabeticò ordine digerunt, cuius ad manū sunt prompti, Nos verò in alijs difficilioribus cupimus immerari.

3 Noto rursus ex hoc textu, quæ expono, curam extruendi monumenti libertò fuisse commissam; quod fuisse frequens apud Romanos, non ignorauit, qui aliquam impendit in euoluendis veteribus titulis sepulchrorum, in quibus ferè omnibus reperitur, *libertus fecit*, aut *posuit*. Multa congerunt Brillon. *lib. 5. de formul.* Gruterus. Smet. seu Lips. & Guther. in opere de iure manũ Patet Raderus ad *lib. 1. Mart. epigr. pen.* Ex quibus aliqua dedi in Epita-

phijs meis illustratis num. 18. vbi & quedam ex iure nostro fragmenta obseruari, ex quibus hic mos colligi valeat, existant autem in *l. libertis 18. §. ult. de alimentis, & cibarijs legatis. l. Titio centum 71. §. Titio 2. de cond. & demonst. l. Maui 44. de manumiss. test.* & ex eleganti alio, & parum 1 noto in *l. liberti 31. §. libertos 4. de negot. gestis.* Vbi iungitur cura libertò, cum præfinitione quantitatē extruendi monumentum, ut in nostro text. Et Cōsul tus, respondet nihil amplius erogare potuisse, quod si erogauit, nihil repetiturum ab herede, nec nomine fideicommissi, nec negotiorum gestorum, cum fines mandati obseruare debuerit arg. ex *l. diligenter 5. ff. mandati.* Ex quo tunc audebam cōiectari, hanc fuisse rationem, quare monumentorum inscriptiones libertis ius sepulchri olim non tribuisset, cū cæteris tribueret. *l. vel quod 6. §. 1. ff. de religio. & sumptibus funer. l. monumentorum 6. C. cod. tit.* scilicet, quia dolus præsumebatur in libertò, qui plerunque aderat incidēdis litteris in marmore sepulchrali: ad quod videtur alludere vetus inscriptio sepulchralis apud Cujacium in *l. vnic. §. 1. C. de rei ux. act. DO LV S MALVS ABEST IN HOC MONUMENTO IVS ADITVS AMBITVS QVE PATEAT LIBERTIS LIBERTAVS QVE MEIS.* Imo plus ausus fui, asserui enim libertos, qui sibi titulū sepulchri scribebāt, incidere in pœnā S. C. Libon. de his, qui sibi aliquid in testamēto scribunt, siue in pœnā edicti Claudij, cuius sit mētio apud Sueton. in *Nerone c. 17.* & in *l. Diuus 15. ff. ad leg. Cornel. de fals. alijsq; multis locis, quæ adduco lib. sing. qq. Scæu. publicè tractata. ad l. hæc actio 65. ff. solut. matrimonio,* est enim quoddā testamentū sepulchralis inscriptio, in qua dispositio testamentaria referebatur, ut probant in iisdē epitaph. *n. 15.* Qua

Ob quam obseruationē magno elogio modestiam nostram oneravit, Amicus & condiscipulus quondam noster, ben. immaturo facto arreptus foro, & schola Vallisolanorum, ubi Clementinarū Cathedralē meruerat. D. Martinus Sarabia in disputatione de humanę naturę dignitate num. 12.

rè non potest videri nimis absurdū, ut quod de testamēto dicitur ad mōnumētorū titulos referatur, quanuis lapideos; cū nihil intersit, in qua materia scribatur testamentum, l. 1. §. 4. ff. de bonor. posses. secund. tab. l. quoniam indignum 5. C. de test. §. nihil autem 12. inst. eod. tit. Sed hæc omnia tentamus potius, quam firmamus; reducamus verò discursum ad nostram tractationem, nam paulum à lineis abimus, dum in d. leg. si heres 11. ff. hoc tit. immoramur.

4. Alius casus causæ, subintellectæ, ob quam competit nostra cōdictio *causæ non sequuta* exstat in l. si filius 13. ff. hoc tit. cuius talis est species: filius, quasi successurus patri suo, quædam contulit patri; postea non agnovit bonorum possessionem, paternam repudiavit hereditatem. Non est dubium, quin possit, quæ dedit, repetere; ad quod ei nostra cōdictio datur: dedit quippe propter illum finem, aut

causam finalem, ut heres patri existeret, & cum fratre paternam hereditatem diuideret; quæ cū sequuta non fuisset, merito facit locum prædi & cōditioni. Similia sunt exempla, quæ proponuntur in l. 1. §. 1. l. 2. ff. hoc eod. tit. de eo qui dedit cōditionis adimplendæ gratia, & mox hereditatem repudiavit; vel sine scelere eius, qui dedit, in officiosum, aut falsum testamentum accusatum fuit, ita ut ex eo adiri nō possit hereditas. De quibus speciebus latius acturus sum *infra sectione sequ. capit. 2.* quare in præsentī missas facimus, desinimusq; casus subintellectæ, & expressæ causæ, ob cuius defectum competit nostra cōdictio, de quibus egerunt, sed minore cura, Duar. ad hunc tit. cap. 2. Donell. lib. 14. comm. cap. 20. & ad tit. de præscr. verb. cap. 7. Treutlerus volum. 1. select. disp. 22.

thesi 1. & alii Classici
in præcitatīs
locis.



CAPVT.

CAPVT. VII.

Quando habeat locum nostra conditio, siue, quid
sit causam sequutam
non fuisse.

ARGVMENTVM.

*Quid sit causam non sequi? Differentia inter obsequium con-
temptum, & desertam utilitatem nouiter excogitata. Per quē
non stat, quominus pareat, obtemperare dicitur, sed non dicitur
dare. Propositus casus, in quo datum, ob causam repeti non po-
test ab eo, qui dedit, quanuis alter non fecisset; & ab hoc exigi
potest, quod promissum fuit, licet non fecisset, quia aliunde imple-
uit. Defenditur recepta sententia Vlpiani in l. 3. §. quini-
mo. ff. hoc tit. & Tribonianus defenditur. Cur in hoc loco
de actione præscriptis verbis agatur. Distinctio, sub qua com-
petit, & vel denegatur conditio propter obsequium desertum. Ex-
plicatur l. pen. C. hoc eod. tit. l. vlt. ff. hoc tit.*



Ostquam de
causis egi-
mus, ob qua-
rum defec-
tū succedit
cōditio no-
stra; sequi-
tur, vt videa-
mus, quando dicatur causā non
sequuta, quæ est altera pars nostri
tractatus, & veluti secunda condi-
tio huius conditionis; quoniam pri-
ma est, vt quod datum fuit daretur.
propter causam finalem; secunda,
vt causā illa finalis sequuta nō sit.
Vt probatur ex rubro nostri tit. ff.
de conditione causa data causa
non sequuta. Et in multis locis,
quos nuncupatim afferre non est
opus, & ex l. militem. 7. l. penul. &

ult. C. eod. tit. l. 1. §. ult. de rerū
permutat. l. naturalis 5. §. at cum
do. de præscript. verb. Itaque, vt in
initio huius sectionis dixi, si is, cui
datum fuit, ex aduerso suæ obli-
gationi non satisfaciat; is, qui
impleuit, potest agere triplici re-
medio, vel actione præscriptis ver-
bis, vt aduersarius impleat, vel quā-
ti ipsius interest, condemnatur: vel
conditione ob causam dati, vt non
sequuta causā, quod dedit, repetat;
vel ante defectum causæ, si pœni-
tuerit eum, qui dedit, dedisse, & in-
tegro negotio datum velit repe-
re. De conditione ex capite, vt di-
citur, pœnitentiæ, sequenti sectio-
ne acturus sum, nunc agam de causā
non sequuta.

2 Et quanuis sub tractata de
incer.

incertis contractibus *superiore section. cap. 4. num. 6. & 7. & cap. 9. num. 9.* animaduertim, distinguendum esse inter eum, qui iussus erat seruum manumittere, & eum, qui dare tenebatur, ubi strictim, prout res postulabat, exposui *text. in l. 3. §. quinimo. ff. hoc tit.* tamen in presenti inculcabo, exactiusque exponam, quid intersit inter obsequium neglectum, & desertam utilitatem, quoad tractationem nostram de causa non sequuta. Id est, inter illum, qui non fecit, quod facere tenebatur ex lege contractus: & qui non dedit, quod pactus fuerat dare. Constabit autem distinctio, & doctrina, quam nouiter excogitavi ex specie *d. §. quinimo*, quæ talis est. Conuenit inter Nos, ut Ego manumittere Stychem, Tu mihi decem dares: & dies præstitutus fuit manumissioni, finge, ut manumitterem Kalendis Iulius. Stychns periit ante diem, & per consequens ante moram meam. Ego tibi ex nullo capite obligatus maneo, quia non fui in mora; Tu vero Mihi teneris conditione, ut decem des, quæ promiseras. Hanc conditionem non esse *causa data, causa non sequuta*, sed incerti contractus, quæ dicitur certi cōdictio *prescriptis verbis*, dixi *d. cap. 9. num. 9.* & inferius explanabo, cur de illa in hoc titulo agatur. Ingens tamen visa fuit difficultas, cur is, qui non manumisit, agere possit *prescriptis verbis*, cum videatur non adimpluisse, & certum sit, eum, qui non implet, illā actione experiri non posse, *l. ex placito 3. C. de rer. permutat.* Imo si alter dedisset, ut Ego aliquid facerem, nec feci; repetere posset à me, quod dederat. *l. ult. hoc tit.* Ergo si habet repetitionem, exactionemque, multo magis habebit exceptionem. *l. necnon 28. §. ult. ff. ex quibus causis maior.* Dissolui autem difficultatem hanc *d. cap. 4. num. 7.* quoniam distinguendam existimo,

inter eum, qui tenetur facere alia quod factum, ex quo mihi utilitas resultat, veluti fulcire domum, ire Romam, & similia: & qui tenetur facere, ex quo nihil commodi pecuniarum reporto, veluti seruum manumittere. In primo casu quæro utilitatem, & propter utilitatem do; in secundo, quæro obsequium, ut pareatur voluntati meæ, & ea de causa do. In primo casu si alter non faciat insulam, vel Romam non eat; siue ire, siue fulcire desinat dolo, mora, aut casu; semper verum est, causam propter quam dedi, sequutam non fuisse; quia deficit mihi utilitas, quæ resultare debebat ex illo facto: & ideo competit cōdictio *causa data causa non sequuta*. In secundo autem, cum per Me non steterit, quominus manumitterem, de me quæri non potest, quia parui, quantum potui voluntati tuæ, quia imperium tuum non contempsimus; quare frustra diceres causam defectam fuisse. Nego enim fuisse solam causam dandi manumissionem, aut libertatem Stychi; sed imperium tuum, ut Ego tibi obtemperans illum manumitterem: itaque quantumvis verum sit, seruum manumissum non fuisse; verum etiam est, me semper tibi obsecundasse, neque præceptum tuum neglexisse: eritque falsum dicere, causam, propter quam data, aut promissa pecunia fuit, sequutam non fuisse, imò sequuta fuit, quia semper paratus fui seruum manumittere, nec per me stetit, quominus manumitterem. arg. ex *l. qua subcōditione 8. §. mortuo. de cond. institutionum.* Hac est mea coniectura, quam non esse sine ratione existimo, ex ea noto, eum qui non fuit in mora manumittendi videri adimpluisse, & eo nomine *prescriptis verbis* agere posse. Ergo si saltem dederit, multo minus repetere poterit. Per contractum, qui facere tenebatur id ex quo resultatura erat aliqua utilitas pecuniarum.

cuniaria, si non fecit, non videtur impieuisse: causaque effecta fuit, siue non sequuta: ergo nec agere *prescriptis verbis* poterit, & quod illi datum fuit, poterit condici, ab eo, qui dedit. Procedunt enim ex æquo hæc regulæ; qui agere potest *prescriptis verbis*; non potest condictione *causa data causa non sequuta* teneri; qui tenetur condicio ne *causa data causa non sequuta*, non potest agere *prescriptis verbis*.

3 Sed Antonius Faber, cuius subtilitati parum debet noster titulus, totum hunc §. defendi non posse existimat, Tribonianumque acerue acculat, quasi obtentu cerebrinæ æquitatis, aperte legibus, & iuri scripto illudat. Discutiam vero rationes Fabri, & illis satisfacere conabor, ut Vlpiani sanctam auctoritatem reddam, & Tribonianum defendam, quem nunquam malum esse iurisperitum audebo dicere, imo suæ ætatis admiraculum nostræ disciplinæ sapientem, qui comperi, serio persuadere vellem Iurisprudentiæ studiosis.

4 Contractus innominati, inquit Antonius, tunc producunt iuris viaculum, cum illis in est Synallagma, id est, cum ex altera parte impletum est. *l. iurisgent. 7. §. 1. de pact.* id est, cum alter dedit, vel fecit, quoniam ex solo placito non nascitur actio. *l. ex placito 3. C. de rerum permutacion.* Faciam enim ut des, vel dabo ut facias, non est contractus, sed nuda conventio. Sed in hoc casu negotium in nudis terminis conventionis manet, quoniam nec Ego manumisi, nec tu dedisti. Ergo ex eo actio oriri non potuit. Simplex enim illud abnutium, per me non stare, quominus manumittam, non sufficit, ut Ego possim dici adimplenisse, quia revera nihil feci; quantumvis enim vellem, & maxime vellem, Stychum manumitte-

tere, verum est, me non manumisisse. Hæc est, ni fallor ratiocinatio Fabri ad pauca verba contracta, *aliquo detrimento magnitudinis, nullo dispendio veritatis*, ut ait Aug. son. *in actione gratiarum.*

5 Sed ut satisfacere incipiam, primo concedo Fabri, non aliter nasci ex innominatis contractibus actionem *prescriptis verbis*, quam si ex altera parte impletum sit. Sed nego in proposita specie, non fuisse adimpletum à me, qui Kalendis Iuliis Stychum tenebar manumittere. Quod nunc *mero 2.* satis differtè probavi: sed nunc ex ipso Fabri, contra ipsum, sic evincam. Concedit Faber, si mihi pecunia data fuisset à te, ut servum meum Kalendis Iuliis manumitterem, & ante Kalendas decessisset, reperti amplius pecuniam non posse ex distinctione text. *in d. l. 3. §. sed si tibi. verum liculo sed si Stychus, hoc tit. Quod tota hæc conditio non datur, nisi ex causa implementi non sequenti.* Ut sunt verba Antonij Fabri ipsius. Ergo confitetur Antonius, sequutum fuisse implementum, quod impediatur condictionem, si servus ante diem manumissionis moriatur. Sed implemento sequuto, nascitur ei, qui implevit actio *prescriptis verbis* in adversarium, ut constat. Ergo mortuo servo ante mortem meam, & per consequens implemento sequuto, actio *prescriptis verbis* in te mihi nascitur. Ergo si fuit causa sequuta, ut à me pecuniam datam repetere non possis condictione *causa data*, erit sequuta, ut in te agere possim actione *prescriptis verbis*, quoniam implementum, quod impedit condictionem, est, quod parit illam actionem, ut proximè dixi. Deinde quod Antonius Faber dicebat, simplex illud abnutium, per me non stare quominus servum manu-

Itt pntes

mitterem, non esse causam affirmativam, positivam, & legitimam: non est verum, quia satis est simplex illud abnuntium, ut non possit dici contempsisse me tuum preceptum, & per consequens implevisse ex parte mea, quod tenebar implere. Deinde quoque, quia si simplex illud abnuntium non potest dici adimplementum causae; esset causa non sequata; sed ipse Antonius confitetur, pecuniam à te mihi datam ob manumissionem servi, condici non posse, si servus ante diem moriatur; ergo sentit Faber simplici illo abnuntio causam sequi, ut denegetur repetitio.

6 Actio, qua Ego pecuniam à te pro manumissione Stychi promissam exigere possum, est actio *prescriptis verbis*, ut nuper dicebam, & ex sententia Fulgosit, Castrensis, & Cujacii. in *l. naturalis* 5. §. *at cum do. de prescript. verb.* admonui d. cap. 9. num. 9. *super. sect.* Nec est mirandum sub hoc titulo egisse Vlpianum de illa actione, quoniam hic §. excidit ei ex occasione eorum, quae in superioribus disputauerat. Egerat enim de pecunia data, ut servus in certa tempus manumitteretur; quasi-uitque utrum seruo ante diem mortuo, repetitio competeret? quae est propria, & peculiaris quaestio huius tituli: igitur ne aliquid omitteret, quasiuit etiam, si pecunia data non fuit, sed promissa pro manumissione servi: an posset exigi, quae accepta repeti non posset? Et ex iisdem principiis docuit, nec repeti posse acceptam, & exigi posse promissam; in repetitione, de conditione *caussa data* agebat; in petitione necessario acturus fuit de actione *prescriptis verbis*. Licet ridiculos appellet Antonius, qui ita sentiunt.

7 Sed quae dicta manent accipienda sunt, iuxta distinctionem Iuliani in *l. 2. §. ult. de l. seq. de donationib.* Scilicet si pecuniam dedi,

ut servum manumitteres, sub hac causa finali, & conditione, aliterque daturus non fuisset: at verum non fuit causa conditionaliter enunciata, seu, quod idem est, finalis; sed impulsiva: quanvis servum non manumiseris, pecuniam repetere non possum, de quo satis dixi in superioribus.

8 Dixi quoque nuper, cum datum est, vel faciendum, quod respicit utilitatem nostram; si datum, aut factum non sit, competere condictionem, ut reddatur, restitaturque id, quod datum fuit, siue *prescriptis verbis* actionem, qua compellatur implere, vel condemnari, quanti nostra interfuit, ex adverso implem non fuisse: quod etiam admittit elegantem distinctionem, quippe si casu aliquo, & sine culpa illius, qui erat daturus, vel facturum, causa sequuta non fuit, competit quidem nostra conditio, quia verum est causam sequutam non fuisse: non vero tunc competit actio *prescriptis verbis*, ad interesse; quia non debet condemnari is, qui extra culpam est, ut condemnatur, qui est in culpa, vel in mora. *l. naturalis* 5. §. *at cum do. de prescript. verb.*

9 Contra quam partem acriter opponi solet text. in *l. si pecuniam* 10. C. de cond. ob causam datam. ubi indistincte aiunt Celsi. minime repeti posse pecuniam pro causa data, si casu aliquo fortuito causa sequuta non fuit. Ergo siue ex causa, propter quam pecunia data fuit, sequatur, aut resulet commodum pecuniarium; siue tantum queratur ob sequi, semper & indistincte verum erit, non dari conditionem nostram, si sine culpa causa non fuit sequuta. Quod illo textu adacti existimant Iasso, Zafius, & Vultei, quos refert, & sequitur Treutlerus *select. volu. 1. disp. 22. tit. 2.* Duaren. ad *buc. tit. c. 3. circa finem.* Osuald. ad *Donell. lib. 1. cap. 9. tit. 1.* A, qui refert

fert alios. Et prius fuerat sententia Bartoli in d. l. si pecuniam 10. dū dicitur, hoc in casu nō cōpetere condictionē *causa data, causa nō sequuta*, sed tamē cōpetere dati repetitio nē ex capite pōnitētiæ, quē sequi videtur Cuiacius in l. 1. C. de condict. ob causā. dator: & aliis relatis expresse huic sententiæ accedit Treuclerus ubi proxime litt. D. Contrariam sententiam tuentur post Baldum in l. dictum 8. n. 12. & 13. C. de cond. ob causam dator: Donell. q. lib. 14. colum. cap. 21. Ant. Fab. de erro. Pragmat. decad. 43. errore 9. Quæ habet rationem, & mihi magis placet, primò quia, ut Bald. ait, qui dat ob causam, aliter non daret, nisi ut causa sequeretur; quæ causa finalis est, & tanti ponderis, ut eius defectus faciat in dante deficere consequens: ergo repetere poterit, quod dedit. Deinde, quoniam si non dedisset, defecta causa propter quancunque rationē, non posset ad dandum compelli; ergo si dedit, repetere poterit, absurdum enim foret, deterioris esse conditionis eum, qui implevit, quam si omnino non impleuisset, ut consyderat magno cum iudicio Anton. Faber. lib. 6. consuet. cap. 9. Tandem quia illa Bartoli, Cuiaciq; distinctio, ut non competat conditio *causa data*, sed ex capite pōnitētiæ, est inanis, & ut dicitur legē verbis imponit, non rebus: quoniam utraque conditio eadem est, & tantum differunt, quod ex diversis capitibus nascuntur: altera enim nascitur ex eo, quod res, aut causa, propter quam data fuit, defecit; altera verò ex eo, quod pōnituit eū, qui dedit, nec voluit spectare implementum causæ: in utraque tamen pariter verificatur, causam sequutam non fuisse, siue quoniam reuera defecit; siue quoniam is, qui dedit, ante quam impleretur, mutavit voluntatem. Ergo si concedatur, de-

fecta causa fortuito, posse repeti pecuniam ex capite pōnitētiæ: cur non concedunt etiam repeti posse ex capite causæ non sequutæ: maxime cum verum sit, causam sequutam non fuisse. Nec refert, defecisse propter casum fortuitum; quoniam causa finalis pro condictione habetur quoad effectum, ut ex ea pendeat valor actus, l. 2. §. ult. l. seq. de donationib. in p. l. cum tale 72. §. falsam causam. de cond. & de m. s. Sed conditio, quæ deficit, æque irritat actum, siue culpa siue casu, aut natura deficiat, ut est notum. Ergo idem de casu dicendum est.

10 Postquam hanc partem satis, superq; fundauimus, superest, ut respondeamus d. leg. pecuniam 10. quæ adeo torfit Donell. ut d. lib. 14. c. 21. & in tractatu de prescript. verb. c. 7. ut partim ex libris Ruffardi, partem ex cerebro repetito loco eius contextum emendauerit. Cum enim ita vulgariter circumferatur: *Pecuniam a te datam, si hanc causam pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est sequuta; mihi me repeti posse, certum est.* Ita legit, licet causa &c. Et inferius, *mihi nimum repeti.* ut sit sensus, si causa sequuta non fuit, licet deficiat casu fortuito, non culpa accipientis, minimum repeti potest, id est tota summa usq; ad minimum quadrantem, ut dicere vulgo solemus. Quæ solutio audax est, quia inuertit litteram, & quia non est vsitatus modus loquendi, quem Cesaribus imputat Donell.

11 Aliter post antiquiores respondet Ant. Fab. de errorib. Pragmatic. decad. 43. error. 9. docetq; supponendum esse in d. l. pecuniam 10. non agi causam finali, sed impulsivam, cuius defectus non efficit, ut denegetur repetitio l. 2. §. ult. cum l. seq. ff. de donationibus, nisi quo casu deficit causa factio illius, per quæ fiat, quominus impleveretur. Verum hoc

hoc ultimum, quod supponit Faber, non est verum; quoniam causa impulsiva, non est causa verè, & proprie, quia per illam nō mouemur ad faciendum, vel præstandum; cum alioquin & sine ea faceremus, vel daremus; quæ est differentia inter hanc causam, & finalem; quare frequentior, & certior est sententia existimantium, quomocumque deficiat causa impulsiva, actum non corrumpere, ut notatur, in *dict. l. 2. §. ult. in l. cum tale 72. §. falsam. de condit. & demonstr. & in §. longe magis 31. inst. de legat.* ubi Pichard. & faciunt, quæ dixi *hac eadem sect. cap. 1.* Deinde, quia diuinat etiam, dum supponit Cass. loquutos fuisse magis de causa impulsiva, quam de causa finali, cum neutrius mentio fiat in *d. l. pecuniam 10.*

12 Ego licet diffusus posse eundem scopulum, ad quem tot, tantiq; interpretes impegunt, audeo existimare, Impp. in *prædicta l.* non decidisse casum generalem, siue regulam generalem non proposuisse; sed tantum respondisse ad hypothese[m] sibi consultam, id est, de qua interrogabantur, ut mihi indicant, imò probant hæc verba, *si hæc causa, quæ in d. l. pecuniam 10. leguntur, & denotant ad hanc, vel illam causam specialiter respondisse, alioquin generaliter dicerent, si causa.* Igitur querendus est casus, in quo regulis nostræ Artis inspectis, cesset repetitio, si casu aliquo non sequatur causa propter quam datum fuit, quod non erit diuinare, sed necessariò casum supponere, cui Cass. decisio possit adaptari. Finge igitur, Canonianam, quæ consultatio[n]em fecit, centum dedisse Titio, ut pro Seio Romam iret; id est dedisse ob rem, siue ob negotium cuius emolumentum ad illam non spectabat; nec ex eo aliquid lucrum sperabat, sed solū, ut præcepto suo obtemperaretur; finge etiam, cum pa-

ratus fuisset Titius Romam proficisci, aliquo casu fortuito impeditum fuisse, nec proficisci potuisse; in hoc casu, Canoniana repetere pecuniam non potuit, quoniam sequuta fuit causa, propter quam datum fuit, scilicet obtemperatio præcepti eius iuxta proxime dicta.

13 Alio modo explicat *hanc legem*, siue eius hypothese[m] fingit Bald. cuius doctrina non videtur displicere Cujacio in *l. 1. C. de cond. ob caus. dator.* scilicet de illo, qui pro curatione infirmi medico certam pecuniam forte; quo casu si moriatur infirmus casu, vel vi agritudinis, medicus conditionem non tenetur, quoniam licet defecisset causa, propter quam pecunia data fuit; tamen non defecit culpa accipientis, sed casu, quæ res non facit locum conditioni. Quod idem dici posse, existimat Baldus, de aduocato iuxta text. sic intelligendum in *l. ult. C. de condit. ob caus. dator.* Sed magnorum virorum pace, non videntur mihi recte percepisse doctrinam hanc, quæ quanuis vera sit, præsentī casui non conuenit. Medico enim, aut aduocato, non datur salarium pro sanatione infirmi, aut victoria causæ, sed pro curatione, & defensione; esset enim stolidum ab aduocato præcise victoriam exigere, ut sunt stolidi aduocati, qui facile solent clientibus promittere secundam sententiam, quæ multoties non in iure consistit, sed in mero indicantium libitu: deinde quia hodiernum ius, cū sit multiplex, & variū, etiā prudētissimos fallere solet, cōtra quod dicebat Consul. in *l. 2. de iuris & facti ignorantia.* Quod multo magis de medico dicendū est, qui salutē promittere infirmo nisi ridiculè nō potest, quare estatum, aut humanę nature imbecillitas minime imputatur. *illicitas. 6. §. sicuti. de officio præsidis, præclare Quid. lib. 1. de Ponto elegia ad Rufinum.*

Non

*Non est in medico, semper re-
leuetur ut ager;*

*Interdum docta plus valet
arte malum.*

Ergo pro opera, studio, & sedu-
litate honorarium accipit, quæ si
præster, non potest, dici defecisse
causâ, propter quam ei datum fuit;
transcribam elegantem Quintiliani
locum *ex lib. 1. institut. orator. c.*
18. propè medium, qui ad hanc rem
eximie facit: *Tendit quidem ad vi-*
ctoriam, qui dicit, sed cum bene di-
xit, etiam si non vicerit, id, quod in
arte continetur efficit. Nam &
gubernator vult saluam naue in por-
tum peruenire, si tamen tempestate
fuerit abreptus, non ideo minus
erit gubernator, dicet quæ notum il-
lud DVM CLAVVM RECTVM TE-
NEAM. Et medicus sanitatem ægri
petit, si tamen aut valetudinis vi,
aut intemperantia ægri, aliove quo
casu summa Voti, non contigit,
dum ipse omnia secundum rationem
fecerit, medicinae sine non excidit.
Nec nisi propter imperitiam, & cul-
pam puniri medici solent. *leg. qua*
actione 7. §. ultimo. leg. ex plagis
52. ad leg. Aquil. Paulus lib. 5.
sententia. tit. 23. §. ultim. l. 9. ti-
tul. 15. part. 7. §. item si medi-
cus. 4. inst. de leg. Aquil. vbi Pi-
chardus, num. 51. & 94. cum se-
quentibus, & post Classicos ad d.
leg. qui illicitas 6. §. sicuti. de offic.
præsidis. Suarez de Mendoza ad l.
Aquil. lib. 3. cap. 6. sect. 2. à princ.
P. Fab. in l. imperitia 132. de reg.
jur. Menoch. de arbitrar. casu 581.
Oswald. ad Donell. lib. 15. cap. 27.
litt. H. Ex quibus constat merce-
dem, siue honorarium non præbe-
ri medicis pro sanatione, sed pro
curatione ægrotantis, ergo si cu-
rauerit, licet fato arripiatur, non
desinit facere id, propter quod
mercedem accepit, nec potest di-
ci causâ non secuta. Quam do-
ctrinam melius quam alii interpre-

tes, tradidit Glossa *in capite, qui*
studet 21. verbo sanitatis, l. quæst.

1. Quæ est ratio quare medicus nõ
teneatur restituere salariũ, imò pos-
sit illum exigere, & si eger moriatur.
Barbaria *volũ. 4. cõst. 46. in princ.*
iunctis his quæ notarunt de salario
etiam non promisso exigendo Bald.
in leg. 1. Cod. mandati. Oswald.
ad Donell. lib. 12. cõm. cap. 14. litt.
G. & H. Parlador. in sesquicet. disse-
rent. diff. 130. §. 1. & §. 5. ex text.
in leg. 1. §. 1. cum seqq. de varijs &
extraordin. cognit. & post multos
doctæ Bobadilla *lib. 3. politica cap.*
14. num. 63. Vnde cauendum est à
Francisco Viuio, qui *lib. 2. cõmun.*
opinionẽ 176. docet medico, qui de
communi salarium non habet, non
posse illud ab infirmis recipere, nisi
postquam eos curauerit, & sanaue-
rit, ut ab ipsis ægrotis recipiat mer-
cedem in fine curationis. Sed quan-
uis in sententiæ istius confirmatio-
nem multos laudet, tamen nec ve-
ra, nec rationabilis mihi videtur,
quam certo scio usu forensi non ob-
seruari, quinimò nec id ita docent
Auctores, quos allegat; sed singu-
lorum dicta, & opiniones exami-
nare, non licet nobis, imò nec li-
bet. Noto verò ob eandem ratio-
nem, quam nupè assignavi, de-
beri aduocato, sep medico salarium
pro singulis annis constitutum, &
si aliquo anno, nullus ægrotave-
rit, aut causâ non fuerit; quia ab
illis tantum exigitur, ut diligentes,
præstoque sint, cum res accide-
rit, & ideo non minus implent mi-
nisterium suum, quam si reuera mul-
tos curauerint, aut defenderint, ut
docet Bobadilla *ubi proxime*; qui
tamen existimat, si omnino nulla
causâ, aut lra fuisset; aut nullus
infirmus; posse à iudice taxari sa-
larium, prout immoderata pro-
missa medicis, aut aduocatis sala-
ria taxari a iudice possunt, Sarmien-
to *lib. 1. sect. 3. r. c. 1. n. 9.* Sed hæc

V l v

Bobadilla

¶ *non suppleo in*
Quint.

Bobadiillæ doctrinam tunc veram esse puto, cum aduocatus pro anno multarum litium, & medicus multorum infirmorum, petiit vt sibi maius salarium præberetur : quod si nihil petiit, semperq; contentus fuit salario ei assignato, vel paratus est, nihil petere, nam hoc satis mihi videtur; non debet iudex moderari salarium, arg. eorum, quæ notant Doctores Canonistæ in cap. propter. de locato.

APENDIX AD CAP. SUPERIVS.

De eo, quod ob causam finalem datur in contractib. nominatis ad leg. ex conducto 15. alias in vno 16. §. item cum quidam. 6. ff. locati, componitur cum l. pen. §. nauem. eod. tit. & alia ad hanc materiam pertinentes exponuntur.

14 Ex proxime dictis expositurus sum nonnulla iuris loca, in quibus ambigi solet, an in contractibus nominatis, qualis est emptio, locatio, & similes, habeat locum conditio nostra. Sane Bald. in l. dictam 8. num. 18. C. de condict. ob causam datorum, existimat etiam in his contractibus esse locum conditioni. Quæ etiam videtur fuisse doctrina Bartoli in l. si vno 17. libi §. ita cum quidem num. 5 in fine, & 6. quanuis non disserte loquatur. Sed merito displicet Antonio Fabro de erro. Pragmat. decad. 45. error. 9. nec enim idē dici potest de contractibus nominatis, ac de ignominatis in hac parte; cum nostra conditio cōpetat ratione negotij nō per-

fecti, ei qui ex parte sua impleuit, contra illum, qui nō impleuit. Quod in negotijs, quæ nomen habent, dici non potest, cum statim vnūquodque suo modo perficiatur, nec generatur propter causam, ita vt ad perfectionem desideret causam sequi; sed ad complementum, & distractionem obligationis, leg. si quis 46. ff. de actionibus empt. quando verō contractus nominatus aliqua ratione rescinditur, is qui rem eo nomine dederat, vt eam repetat, multa remedia habet; namque ex negotio habet actionem, & diuersis respectibus conditiones habet ex bono, & æquo introductas; veluti sine causa, quia verum est, iam rem sine causa penes alterum remanere: causa data, causa non secuta, non quia ex contractu nascitur, sed potius contraria suppositione; videlicet hæc, quasi datum fuisset, vt contractus procederet, nec processit, vt meminimus me latius exposuisse sup. hæc eadem sect. cap. 1. num. 4. & sequ. vbi egi de interpretatione text. in leg. ex empto 11. §. is qui vna de actionibus empti. quæ omnia possent repeti in præfati, sed indicasse sufficit, vt inde petantur.

15 Inde facile explicari potest text. in leg. ex conducto 15. §. item cum quidam 6. ff. locati & conducti. vbi in persona procuratoris Caesaris proponit Vlpianus conduxisse nauem, ad publicas species transvehendas, & ve dux mercedem in ante cessum exsoluisse, vt loquitur Seneca; Nos dicimus idiotismo nostro pagar adelantado, Vlpianus verò in dicto §. item cum quidam 6. dixit pecuniam pro mutua accipere eleganter, vt per hæc verba significaret, ante euectionem acceptam pecuniam non haberi pro mercede, sed pro mutua, vt post P. Pithanum, quem laudat, exposuit Cujacius lib. 3. obseruat. cap. 1. eodem sensu in

titulo.

Halo andrinis libris legitur *præma* pecuniam datam fuisse, quæ est etiam elegans littera, & quam Nos imitamur, cum dicimus, *de ante mano*: sed ad rem. Postquam nauta pecuniam acceperat, naue amisit, merces transuectæ non fuerunt; quærebatur, an procurator Cæsaris posset repetere, quod dedit? Et respondet Ulpianus rescriptum fuisse ab Antonio Augusto posse. Quod etiam in cæteris priuatis personis obseruari scribit ibidem Consultus, nec enim in hoc casu aliquid speciale habet Fiscus, cum ex iuris ratione, & dispositione sententia procedat. Ecce casum, in quo propter casum fortuitum non fuit impletus locationis contractus, & merces data repetitur, ut etiam in *l. habitatores 27. l. si fundus 33. versic. nam si colonus. l. insulam 58. in princ. ff. locati. l. ade 3. C. eod. tit.* Ergo in omnibus contractibus verum est, deficiente re, propter quâ alter dedit aliquid, posse illud repetere. Si de remediis quæras, habes sententiam meam *superiore numero* expositam; poterit enim agi actione ex contractu, quaerens præcessit: vel conditione *sine causa*, vel *causa data, causa non sequuta*.

16 Hærent Interpretes omnes in præsentî, dum quærunt, an idẽ dicendum sit in contractibus inno-
matis, veluti si dedi, ut aliquid faceres, nec fecisti aliquo casu fortuito impeditus. Et sanè quauis subtiles rationes differentiarum excogitent, nunquam mihi illam poterunt persuadere. Si enim ideo possum repetere pecuniam, quoniam dedi propter conductionem; cur etiam repetere non potero, cû do propter aliud factum, vel negotium, quod æquæ utilitatem meam continet, ut con-
ductio? Si dicis, cum Castrensi, & Fabio non esse æquò corresponden-
tationem cum datione, aut factum cum datione; ut est merces cum lo-

catione: inaniter argutaris, quoniã licet non sint corresponden-
tationes, tamen æquè verum est, me non aliter datum fuisse, quam ut fieret; quemadmodum nec dedissem nisi propter locationem. Deinde quia si ponamus me pecuniã dedisse pro facto, quod non solet locari; & dedisse etiam pecuniã pro facto, quod locari solet; ecce ubi pro factis æquè pecuniam do: sed in primo casu non est locatio, est verò in secundo. *l. naturalis 5. §. at cum do. de præf. verbis.* ponamus etiam utrunquæ casum fortuito impeditum fuisse; quis audebit dicere in altero repetitionem esse, in altero non esse? esset enim mera iuris subtilitas, & cauillum, excogitare prædictam differentiam, cum utrobique eadem æquitas versetur, & legem verbis imponere, non rebus, contra quod Iustinianus asserit in *l. 2. C. communia de legatis*. Sed huic interpretum errori causam dedit, non distinxisse inter obsequium, & emolumentum, ut Nos primi distinximas, quæ distinctio, si proba est, aut probabilis, proculdubio has omnes difficultates componit.

17 Opponitur etiam non doctrinæ nostræ, sed prædictæ decisioni text. in *l. pen. §. nauem. ff. locati*. ubi proponitur etiam nauis conductæ, ut certa mercede ex Cyrenensi provincia Aquileiam veheretur merces: quæ nauis onusta mercibus, nouem mensibus detenta fuit, & merces sublatae fuerunt propter commissum, quia erant illicitæ. Quærebatur, an mercedem vecturæ nauta posse à conductore exigere, secundum placitum conductionis? Et Scæuola respondet, posse. Sed facilius est solutio, quoniam ut ex facto resultat, nauis detenta fuit, non culpa nautæ, aut casu fortuito; sed culpa vectoris, qui illicitas merces imposuerunt; quare, cum per eum factum fuisset, quominus nauis nauigaret, quid mirum si mercedem præstare

stare teneatur: vt teneretur locator mercedem restituere, & quanti conductoris interesset condemnari; si per eum stetit; *l. si fundus 33. inñt. l. ex conducto 15. §. planè 8. ff. locati.* Vt exponunt Bart. Castrenf. Faber, & Ceteri *in d. §. item cum quidam 6. & Cujac. d. lib. 3. obseruat. cap. 1.*

18 Opponietiam solet eidem doctrinæ text. *in l. sed ad des 19. §. penult. & ult. l. quis operas 38. ff. locati.* vbi dicitur, cum, qui operas suas locauit, debere accipere mercedem totius temporis, si per eum non stetit, quominus operas præstet; subinfertque aduocatos, per quos non stetit, quominus patrocinarentur, non debere cogi honoraria reddere. Modo eo tempore ipsi præbere operas essent parati, nec interim aliis easdem operas locassent. Ex quo potest deduci, non posse pensionem repeti, si locatio impedita fuit casu fortuito. Sed respondetur etiã rectissime ab interpretibus nuper laudatis, & Cujacio *lib. 4. respons. Papiniani in l. diem functo 4. ff. de officio assessor.* non satis esse, vt qui locauit operas mercedem exigere possit, non fuisse præstitas aliquo casu fortuito; sed debere casum fortuitum enenire, in persona conductoris, veluti si decessit, si coactus fuit abesse, & similibus, de quorum aliquibus agitur *in d. l. sed ad des 19. §. pen.* quo casu per conductorem quodammodo stare videtur, vt in superiore specie, & ideo ad mercedem tenetur.

19 Posset iuxta hanc doctrinam accipi rescriptum Imp. Seneri, quod exstat *in l. 1. §. Diuus 13. de variis, & extraord. cognitionibus.* vbi Imperator vetuit repeti salariũ, quod aduocatus acceperat, eo mortuo, antequam causam perageret; quoniam per eum non stetit, quominus ministerium suũ implect. Posset, inquam ita accipi, si prius per

dominium causæ stetit, quominus peracta fuisset, quod video aliquos ex Antiquioribus sensisse. Melius verò accipietur, si cum Bartulo, Castrensi, & Antonio Fabro *in dicto §. item cum quidam*, dixerimus, continere aduocatorum fanorem, honoremque artis; vt quod ipsi propter patrocinium acceperunt, reddere non teneantur heredes eorum, si morte præuerti præstare non poterunt. Aliud verò dicendũ est, de salario non exacto, quod pro rata exigere poterunt heredes, sed non solidum, vt considerat, & recte Cujac. *d. lib. 4. RR. Pap. in d. l. diem functo 4.* quod non ita acceperunt Antiquiores, sed mihi Cujacij sententia placet. Idem de lectoribus, seu rectoribus Cathedralium cõset post alios Fulgosius *in d. §. item cum quidam*, vt non teneantur reddere heredes salarium, quod acceperunt, si propter mortem lectionem non peregerunt, vel usque ad finem non perduxerunt; sed parum obseruari ait hanc doctrinam, quam iure communĩ inspecto, de quo *in d. l. 4. de officio assessor.* veram esse existimo in retentione salarii accepti, non in exactione, vt censebat Cujacius, licet minus distinctè loquatur Fulgosius. Sed apud Nos Salmanticenses, ex Almaz, Iaclytræque Vniuersitatis (cui par est nihil, & nihil secundum) statuto, quod exstat *tit. 42. §. 1.* cauetur, vt Antecessores propriarii, qui ante impletos octo menses lectionis, quos singulis annis legere tenentur, decesserint; lucrentur pro rata grossam, quã residuũ dicimus: quod statutum est ab eximio illo, & nõquam sine laude nominando, Didaco Conarubias, cum ante ex Martini V. constitutione, nemo posset lucrari residuum, nisi per octo menses legisset singulis annis; quod durum erat, sed ita erat scriptum, vt Consultus ait *in l. prospexit 12. ff. qui ex d. quib.* Quod statum ita moribus

ribus maiorum acceptum est, ut idē dicatur de retentione, ac de peritione, si fortē, ut multoties accidit, aliquid in antecessum porrectum est ab auctore redditurum vniuersitatis. Alias oppositiones, & distinctiones

prosequuntur Classici in d. §. Item cum quidam, & in aliis textibus præalegatis, quæ longe abeunt à nostra tractatione, quare eas libenter omitimus, ut disputationem captam prosequamur.

CAPVT. VIII.

De causa impossibili ab initio, & vtrum eo casu competat nostra conditio.

ARGVMENTVM.

Causa ab initio impossibilis est, veluti cum datur, ut manumittatur aliquis, qui est liber homo. Exponitur l. 3. §. qui liber homo §. ff. hoc tit. Differentia inter id, quod datur, ut fides contractus impleatur, & conditionis adimplenda gratia. l. mulier 20. §. 1. de cond. instit. Valet conditio, qua heres iubetur nummos in mare prouincere; sed non reliquias defuncti. l. Mauius §. de cond. & demonstr. Testamentum Lycurgi. Iustinus illustratus. Tumulus Alarici Visigoronum regis. Condicuntur nummi ob manumissionem dati ab eo, qui liber est, si suos proprios dederit. Idem dicitur, si seruo libertas data fuit in testamento, adempta codicillis conditione. Qui decem dare, & liber esse iussus est, adimplet, si de peculio dederit. Qui putans alienos esse, suos nummos dar, non transfert dominium, cum eraret. Explicantur sequentes §§. nostræ l. 3.



Cum in superiore capite egerim de causa, quæ ex post facto defecit, sequitur, ut videamus de illa, quæ ab initio impossibilis erat, qua propter

nec vnquam impleri potuit. Casus huius inspectionis exstat in l. 3. §. qui liber homo §. ff. hoc tit. talisque est. Liber homo, qui mihi bona fide seruiebat, cum putaret, se esse seruum, pecuniam dedit, ut illum manumitteret. Certum est hanc causam sequi non posse, cum homini libero dari libertas non possit. l. manumissio.

XXX

nes

nes 4. de iust. & iure. §. ult. in §. de ingenuis, princ. Inst. de liberti-
nis. Ego cum existimarem etiam,
seruum meum esse, dedi illi liberta-
tem: dedi, inquam, de facto, cum illi
vindictam imposuissem; quoniam his
verbis in homine libero non ius, sed
factum significatur. Ergo manumis-
sio mea inanis fuit, quare I. Consul-
tus respondet, competere homini li-
bero conditionem nummorum: par-
vi enim refert, ex post facto cautam
adimpletam uon fuisse, cum ab initio
impleri posset; vel non posse unquam
impleri: utroque enim casu verum est,
datum fuisse propter causam, & illa
sequeutam non fuisse.

2 Contra quam doctrinā pos-
set opponi in hunc modum: quantum
in me fuit, feci, quod facere tenebar,
quoniam manumisi eum, qui mihi
pro manumissione pecuniam dede-
rat: igitur non possum conditione
teneri, cum in his rebus factum potius,
quam effectus soleat inspicere. Nec
enim minus verum est, manumissum
esse seruum, cum inaniter, & dicis
causā manumittitur, quam cum ex
manumissione libertatem consequi-
tur; quod constat ex eleganti specie
text. in l. mulier 20. §. 1. de cond.
institut. quæ in hunc modum se ha-
bet. Titius fuit heres institutus sub
conditione, si hereditarium seruum
manumitteret. In qua conditione
innenitur manifesta terminorum im-
plicatio, quia si non manumittit, non
potest heres esse, cum deficiat con-
ditionis adimplementum: deinde
seruum hereditarium, quandiu he-
res non est, manumittere non pos-
set, cum non sit dominus. l. 1. C. de
his, qui à non domino manumissi
sunt. Et tamen, ut heres possit ef-
se, Labeo respondit, sufficere si de
facto, & inaniter vindictam heredi-
tario seruo imponat Titius, quan-
vis minimè illi possit competere li-
bertas ex manumissione. ut post Bar-
tol. Cumanum, & Castrenf. in d. §.

1. considerat Iacob. Cujacius lib.
27. qq. Papinianus in l. cum seruus
54. §. 1. ff. mandati. Verum tamen
est, ne id omittamus, si adierit he-
res, competere seruo libertatem, ex
anteacta manumissione. ut docent
Cumanus, & Castrensis supra relata.
Eccè ubi, qui tenebatur ex præ-
cepto testatoris manumittere ser-
uum, implet conditionem, si tan-
tùm de facto manumittat: ergo &
dici debet, qui de facto manumisit,
impleuisse, quantum facere teneba-
tur, ut non sit locus repetitioni.

3 Verum hæc dissimilia sunt,
quoniam conditionibus parendum
est ex testatoris voluntate, quæ in
illis primum locum habet l. in con-
ditionibus 19. de condit. & demon-
strat. iunct. l. Paulus respondit id.
3. de reb. dub. & cum non possunt
de iure impleri, sufficit, si implean-
tur de facto. l. Mausus 55. de con-
dit. & demonstr. quod accurate ex-
ponunt Accurs. Bar. Cuman. Ca-
str. & Classici in d. l. mulier 20. §.
1. & in l. quidam cum filium 134.
de V. O. In contrahiendis vero non
minus incertis, quam certis, inspi-
cienda est mens contrahentium. l.
semper in stipulationibus de regul.
iuris. Quæ inspecta dubitari non
posset; quin mihi alter pro sua liber-
tate pecuniam non daret, si scilicet,
liberum esse. Itaque aliter imple-
nda est conditio, quam impleri testa-
tor iubet; aliter implendum id, prop-
ter quod datum fuit: sufficit enim
quandoque inaniter impleri condi-
tionem, quam testator apposuit: sed
non sufficit inaniter impleri id, prop-
ter quod datum fuit aliquid, quia
nec potest videri aliquis dedisse pro
inani facto.

4 Sed quanvis interrumpam
tantillum disputationem, libet per-
currere quaestionem à I. Consulto
exagitatam in d. l. Mausus 55. de
cond. & demonstr. utrum is, quæ he-
res institutus fuit sub conditione,
si Ca-

si Callimacho (cum quo testamenti factione non habebat, quia erat deportatus forte, vel peregrinus, de quo dixi *sup. lib. 1. cap. 22. n. 7. & seqq.*) decem dedisset; teneatur nummos Callimacho dare, licet illos accipientis non faciat; quoniam is, qui ex testamento capere non potest, nec potest mortis causa capere. *l. omnibus 9. de mortis causa donationib.* quod vero conditionis adimplendae causa capitur, mortis causa capi dicitur. *l. si quis sub conditione 8. ff. si quis omnia causa, test. vbi notatur & a Cuija. nouell. 1. circa princ.* Done llo *lib. 8. com. c. 8. prope fin.* Quærit itaque, utrum ei, qui testamenti factionem non habebat, legatarius teneatur decem dare? Et respondet Labeo teneri, quauis ea accipientis non faciat; hæc enim conditio dandorum decem relata ad incapacem, merum factum continet, & per traditionem nudam impletur, nec merum traditionis factum potest ad legum prohibitionem spectare; deportatus enim, qui nihil iuris ex testamento capere potest, non est incapax eorum, quæ in factis consistunt. *l. ex facto 17. §. si quis rogatus 6. ad S. C. Trebell.* Sed in presenti quæritur Interpretes, an quod deportato traditum fuit conditionis adimplendae gratia, cum apud eum remanere non possit, ad fiscum pertineat? Et ad fiscum pertinere existimant Castrensis in *l. omnibus 9. de mort. causa donat.* Donell. *lib. 8. comment. cap. 32. circa fin.* Pichard. in *lectur. Salmantic. ad tit. de adquir. hered. cap. 3. n. 3.* quasi bona vacantia, quæ ad fiscum pertinent, *l. bona vacantia 4. C. de bon. vacantibus lib. 10.* quæ etiam fuit omnium ferè Antiquorum sententia *d. l. Manius 55.* Contrà tamen existimant subtilis noster Primarius Emanuel Costa in *§. & quid si tantum. §. parte ex n. 14.* Eleganti, & docta ratione, quæ admodum mihi probatur; quo-

niã si ad fiscum res peruertura erat, erat peruertura per deportatũ, sed ad deportatũ non peruenit; igitur nec per eũ ad fiscũ potest peruenire. Nõ peruenisse ad deportatũ Labeo ipse supponit in *d. l. Manius 55.* Non posse ad fiscũ peruenire, quæ in capaci nõ adquirũtur, docemur in *l. 3. de his quæ pro nõ script. habent.* Quibus Costæ ratio fundatur, Deinde nõ potest dici, esse nũmos vacantes, cũ apud legatariũ mansissent; siquidẽ, quæ translati nõ fuerunt in accipientẽ, remanẽt penes dantẽ; nec aliter recedit a tradente dominiũ, quã si in accipientẽ translatus fuit *l. 3. §. pen. & ult. de donat. inter. l. cum quis 38. §. 1. de solutionib.* Itaque cum manserint dantis, poterit illos vindicare, vel si cõsumpti sunt mala fide, poterit ad exhibendũ agere, aut si cõsumpti sunt bona fide, poterit cõdicere sine causa; quoniã sine causa sunt penes Callimachũ, cũ testamenti factione non haberet, argumento eorũ, quæ traduntur in *§. nũc admonendi.* cum similibus. in *§. qui bus alienare licet vel non.*

5 Ut doctrinam suam confirmaret Labeo, de conditione implenda in persona deportati, adduxit duo notabilia ex culpa conditionum, quæ de facto implentur, non de iure. Primum est, si quis acceperit legatum sub conditione, si pecuniam in aliquo loco posuerit: tenetur enim pecuniam ibi ponere, vbi iussus fuit; nec aliter legatum capere poterit. Secundum est, si iubeatur pecuniam in mare proicere, tenebitur quoque hanc conditionem adimplere. Sed sanè audacia alicui videri possunt hæc exempla: quoniam, licet deportatus capere non possit pecuniam a legatario dandam conditionis adimplendae causa; potest illam accipere; idest non potest capere perfectè, ut eius fiat; sed potest accipere, ut illa utatur arg.

ex l. aliud est capere. de V. S. quia illa uti non prohibebitur, saltem ex ea se alat: arg. ex l. 3. de aliment, & cibariis legatis l. cum Vlpianus 16. ubi dixi, de interd. & relegat. & ideo aliquem effectum habere poterit conditio, non ut nummi fiant deportati, sed ut illis utatur, ita ut teneatur legatario, aut eius heredibus restituere; quomodo potest accipi doctrina Duareni ad tit. de cond. inst. c. de effectu ear. cōd. quæ utiles sunt. versic. ultimo. quem sequitur Osuald. ad Donell. d. lib. 8. cap. 32. litt. S. At vero dux illæ conditiones ponendi in aliquo loco, aut proiciendi pecuniam, non videntur posse habere aliquem rationabilem effectum, & ideo videbantur reiciendæ, ut reicitur omnis inepta voluntas. l. seruo alieno 113. §. ult. de leg. 1. l. ult. §. ult. de auro & arg. legato, iunctis his, quæ circa ineptas voluntates non implendas docent, notantque Osuald. ad Donell. d. cap. 32. litt. P. Gothofred. ad leges xij. tab. lib. 1. tit. de religiosis. versic. ut vni liceat. Pater Magister Marquez in suo Gubernatore lib. 2. cap. ultim. pag. mibi 387. Henricus Spondanus in Cœmeteriis sacris 1. p. lib. 1. cap. 9. Ruard. lib. 1. consuet. cap. 14. Quod adeo sensit Albericus Gentilis lib. 4. lect. cap. 2. quem sequitur Osuald. nuper laudatus, ut existimauerit, hanc conditionem, si pecuniam in mare proiecerit, non debere impleri, & ad d. l. Manius 55. respondet illa verba, quid enim interest, utrum tali persona dare iubeatur, an aliquo loco ponere vel in mare deijcere? accipienda esse in hunc sensum, id est multum interest. quasi prima conditio implenda sit, cæteræ non sint implendæ, ut in l. 1. de legat. 2. Sed hæc acceptio, siue interpretatio vim facit verbis, & comparationi illius textus, in quo infert proculdubio Labeo à

duobus posterioribus exemplis apriorius, quod proposuerat, ut clarè colligitur ex eius littera, si tota rectè consideretur; cum in fine concludat, licet videatur inutile, quod iubetur, dari deportato; nihilominus implendum esse ut voluntati testatoris satisfiat: ergo necesse fuit, ut l. Consultus ab inanibus, & inutilibus etiam dispositionibus argueret, atque illas in exemplum afferret, ut rectè censent communiter interpretes. Placet itaque doctrina Costæ iam relati, ineptas voluntates, ex quibus damnum resultat, quia aliquid perdendum est, veluti ut sepeliatur cum vestibus preciosis, vel vniionibus, aut auro; item turpes conditiones, reici; ne voluntas testatoris cum turpitudine, aut detrimento adimpleatur: inanes vero, & eas ex quibus, nihil incommodi speratur, adimplendas esse, ne facile contemnatur imperium testatoris, quod custodiri publice interest. l. vel de negare 6. ff. quemadmodum testam. aperiant. Vnde rectè deducitur, non esse cogendum heredem ita pecuniam proicere in mare, ut illa amittat; sed satisfacere, si ponat, in loco, ex quo possit illam detrahere; alioquin esset damnoſa, ineptaque voluntas, nec adimplenda, ut nuper dicebam. Nisi à principe impetrauerit inanis illius conditionis remissionem, quod facere poterit, ut censet idem Costa; cui cōsentio. Discedo verò à Castrèsi distinguente conditionem à modo, & à dispositione inepta; ut conditio inepta reiciatur, modus ineptus non reiciatur; veluti si testator dixerit, si me cum syntesi serica sepeliat, dispositio inutilis sit; quod si dixerit, ut me cum syntesi serica sepeliat dispositio sit utilis: sed hæc doctrina, & distinctio merito reicitur ab Osualdo. d. cap. 32. litt. S. quoniam, ut mihi videtur est distinctio de verbis, non de rebus.

6 Aliud dicendum est de hac conditione, si reliquias meas in mare proiecerit: quoniam hæc turpis est, irreligiosa, & nō observanda. *l. quidā 27. de cond. institut.* Reliquiæ sunt cineres, & quod superest ex corpore mortuo. *l. pater 38. §. Iulius Agrippa delegat. iij.* quæ Græcè dicuntur *TA LEIPANA. l. quid ergo 53. §. sed & si animal, de legat. i.* Imò loco gravissimæ pœnæ succedebat cineres mari mergi. Suet. in Domitian. c. 8. *AT NE qua religio Deū impunè cōtaminaretur, monumentum, quod libertus eius e lapidibus tēpla Capitolini Iovis designatis, filio cōstruxerat, diruit per milites: ossaq; & reliquias, quæ inerāt MARI MERGIT.* Aliquādo vero nō sine bono cōfilio id aliqui iusserūt, ut fecit Lycurgus Sparthanorū legisiator, qui cū iureiurādo suos obstrinxisset, nihil de ipsius legibus imputaturos fore, priusquā reuertetur; siquidissetq; se ad Delphicū oraculū proficisci, ut cōsuleret, quid de trahendū, quidve addēdū legibus videretur: migravit Cretā, ibiq; perpetuū exilium egit: abiectique in mare ossa sua iussit mergi, ne relictis Lacademonia, solos se Spartani religione iurisiurandi in dissoluēdis legibus arbitrarentur, ut sunt Iustini verba lib. 3. *epistolæ sua historiariū Trogi Pōpeij.* Aliquādo superbū visum fuit toto mari obtegi loco vrnæ, ut Latrones illi apud Apuleiū lib. 4. *Milesiar. siue de asino. TUNC Nos magnanimitatis vigore venerato, corpus reliquū veste lineæ diligēter cōvolutū, MARI CELANDVM qdmissimus; & nūc iacet noster Lamachus elemēto toto sepultus.* Nec alio referri potest mos Gothorū, factūve potius in condendo Rege Alarico. Is cū vellet Africā traicere, morte extinctus fuit, quæ nimia dilectione prosequerentur: ne ergo ductoris sui corpus post mortem iniuriis violabile pateret, Varentinum amnem iuxta Conien-

sentiam fluētē ab alueo deflectūq; ubi cum multis opibus, quas ab Italia diripuerant, obruunt Regis corpus, & amnem ad alueum veterem reducentes, ut qua fluxit, deinceps flueret, sepulchrum toto fluuio figurarunt, ut narrat Ionandes in *epitome de rebus Gepidarum. cap. 54.* In cæteris verò causis communiter receptū fuit, ut esset cōditio turpis abiiciendi in mare ossa; quoniam ei; qui mari mergebatur, iusta perfolui non poterant more, carimonisq; Romanorum, de quibus eleganter agit Cujac. lib. 2. *qq. Patin. in l. ultima §. ultimo, de his, qui notant infam.* quæ excursus gratia dixisse sufficiat.

7 Tempus verò est, ut ad disputationem incæptam nostra reuertatur oratio. Dixi, si liber homo, qui bona fide seruiebat, mihi pro manumissione dederit pecuniam; posse illā condicere: sed quod iudistincte hic asserit Vlpianus, accipiendū est cū distinctione, quā præbet I. Cōsultus in *l. ult. ff. de cōdict. indebitis*; namque si ex pecunia sua homo liber dedit, ipse condicet; si vero dedit ex pecunia domini, veluti ex peculio profecticio, vel ex re, quam ex operis suis parauit, non condicet *l. si procuratorem 8. §. si liber §. ff. mādatis.* Meos enim nummos accipi, qui à me reperi minime possunt. *l. vnic. C. si seruus exterosc emi mandauerit. l. seruos 7. C. de act. empt. l. si mādauero 22. §. si mandauerim 8. l. cum seruus 54. §. 1. ff. mādatis.*

8 Eadem dicēda sunt de illo, qui reuera seruus ante erat, deditque libertatis consequendæ gratia nummos, cū illam sine datione consequi posset, veluti si e dir, cum putaret se libertatē accepisse sub cōditione dātorū decē; cōsequutusque fuisset purē. Nāque licet verū sit, de disse ob libertatē cōsequendā, & cū effectu illam fuisset consequutus, tamen falsum est, libertatem prop-

ter dationem competiisse, cum etiā nihil dato deberet competere. *l. 3. §. si quis quasi statuliber 6. ff. hoc tit.* Imō si libertatem accepit in testamento sub conditione dandi decem, ademptraque fuit in codicillis conditio; & prolato testamento, seruus dedisset decem, poterit illa repetere. *d. l. 3. §. sed si seruus.* quoniā superuacuū dedit, cum conditio in nouissima scriptura ademptra fuisset, quæ sola attenditur. *l. quod traditum 78. de cond. & demonstrat. iuncta l. 2. §. codicillorum. de iure codic.*

9. In qua specie Celsus pater non competere, seruo repetitionem existimabat; mouebaturque hac comparatione: cum quis dat, aliqua causa adductus, veluti ut aliquem amiciorē sibi reddat, vel ut tecum aliquis proficisceretur ob acceptū beneficium, non expressa pactione iuncta de proficiscendo; sed ut adigere eum ad proficiscendum; licet alter sibi amicior non fiat, vel re accepta nolit proficisci, tamen dati repetitio non competit, quod certum est, & sancitum existat in *l. si repetenda 7. C. de condit. ob caus. dator.* Ergo eodem modo, qui falsa opinione ductus pro consequenda libertate aliquid dedit, illamque cum effectu consequutus fuit, repetere non poterit. Ita arguebat Celsus pater. Contra putauit Iulentiū Celsus filius, quoniam, qui sciens, prudensque se nihil debere, & huius opinionis certus dedit alicuius promerendi gratia, propriè vereque donat, *d. l. si repetenda 7. iuncta l. 2. §. ult. l. 3. de donationib.* qui si postea decipitur, non decipitur in causa donandi, sed in effectu donationis, quem prouidere potuit, quare sibi imputet, si non fuit cautior, aut diligentior. Ille vero qui ignorans dat, quod à se debitum putabat, errore labitur; nec enim daret, nisi ut causa illa sequeretur; nec tam in effectu

donationis decipitur, quam in ipsa donandi causa. Alioquin si Celsi patris sententia vera esset, omnis conditio causa data, vel sine causa aboleretur; possemus enim dicere si bi imputare debere qui opinione falsus dedit; quod quam sit a bona Iuris prudentia alienum, nemo non videt. Hæc ita aduersus patrem suum Celsus filius sentit, sed ea, quæ patri filius exhibere tenetur, reuerentia, optimis verbis illum reprehendit, & cum fallam opinionem patris non fuisset ausus dicere, ne eius memoriam asperere sugillaret; maluit rigorem appellare; nec contra ius dicere, ne hoc ignorantia matellium patri obrederet; sed contra æquitatem. Nonnulli ita Amicos, Magistros, & quoscūque de se optime meritos solent notare, ut admonitis cū iudicio sane Iacob. Ruard. in *l. cō tractus 23. de regul. iur.* Nonnulli contra, qui sibi non satis sapere videntur, nisi acervis, & pungentibus verbis, scriptorum errores traducat, erada illa intonantes errat, negauit principia aperta, delendus totus, & simile, quod à duro pectore manat. Isti nobis nō placēt, sed primi; nullus est liber, nullus est auctor, quæ acervine hucusque sum inlectatus; discedo ab hoc, sequor illū, nō semper, quoniam in nullius verba iuro, sed eū iudicio meo applaudit eius sententia; Denique, ut de me cū Martiali profitear in *epistola prefixa lib. 1. epigrammaton*, Scio me sequutum esse tale temperamentū in libellis meis, ut de illis querere possit, quisquis de se bene senserit. Quod monstro nonnunquam errores, non est malus animus, quoniam neminem lædit, qui vitandos scopulos manifestat; prodesse cupit, qui foueat præmonstrat, ut sunt verba amici mei amantissimi, pariterque sapientissimi patris Andree Pinci Ramirez de Societate Iesu in *Spicilegio sacro. tract. 1. cap. 5 l. 6.* ubi hoc ipsum cap.

pe. di

pendi auctores argumentum dextere, & pie versat; quem consulat, qui in preceps abire non vult. His manet sententia, & mens Celsi filij patrem reprehendentis perspecta, & indicata; quare non est, cur diutius immoremur cum Ant. Fabro in perquirenda ratione æquitatis; quoniã si verum amamus, non tam ex bono & æquo, quam subtili ratione, & eleganti argumento, licet dissimulato, illum notavit; Celsi autem filij sententia vera est, ut Vlpianus probat.

10 Cum itaque Vlpianus ex Celsi filij sententia, pecuniam datam ab eo, qui se esse putabat statuliberum, rapeti posse diceret, subiecit *in §. subtilius 8. eiusdem l. 3.* differentiam, distinctionemque sub qua nummi, vel condicendi sint, vel vindicandi ab statulibero. Quoniam si nummos fecit accipientis, illos vindicare non potest, sed conducere; quod si manserunt dantis, vindicandi sunt, non condicendi, ut *in l. si ego 9. de iure dotium. l. si mortis 29. de mort. causa donation.* & aliis, quas exposui *in hac ipse §. cap. 5.* Hæc quaestio, aut distinctio de vindicatione, & conditione, & alia elegantia principia, quæ adnectit Celsus superiori responso, non sunt propriæ summa huius tituli, aut tractationis, sed tantum affinia, & non possent sine culpa omitti, ut ex hoc facilius persuadere possim lectori, quod notavi *sup. hac ipse §. cap. 7. num. 2.* multa *in hac leg. 3.* exitare, quæ ad conditionem *caussa data* tantum non spectant, sed disputantur ex occasione. Videamus autem, quando nummi non fiant accipientis, & quando fiant cum ipso Celso.

11 Finge servum, qui se sub conditione manumissum putavit, si heredi decem dedisset, cum ei adempta fuisset conditio in codicillis; dedisset nummos suos, scilicet illos, quos adquisierat post libertatem sibi ex testamento competentem. Sed de-

disse, quod esse heredis putabat; pone enim existimasse esse peculiatres: itaque dedit suos proprios, tanquam alienos, in hoc casu, non amittit dominium, quia nemo errans rem suam amittit. *l. si procurator 35. de acquir. rer. dominio.* Nec potuit transferre nummorum dominium in heredem, cui illos tanquam iam domino dedit, ut redderet, restitueretque magis, quam ut daret, & ideo hæc etiam ratione dominium nummorum in heredem non transiit. Hæc ita dicenda sunt, si heredi dedit; ceterum si dedit extraneo, cui se iustum esse dare putabat; nummos accipientis fecit: si peculiatres dedit, quia hoc illi permittitur, ut inferius dicam: si dedit proprios, quia ut proprios voluit dare, & illorum transferre dominium. Igitur vel heres, vel ipse nummos condicere poterunt. *l. 3. §. subtilius, vel l. quid ergo hoc tibi iunct. l. ult. de cond. indebiti.* Sed si alienos nummos extraneo dedisset, id est, nec peculiatres, non fecisset eos accipientis, & per consequens eos vindicare posset, argum. ex *l. si decem 17. de statulib.*

12 Sed cum Vlpianus post Celsum hæc disputasset de eo, qui iustus erat pecuniam dare conditionis adimplendæ causa, vel se iustum esse dare putabat; supposuissetque potuisse, qui pecuniam dare iubetur, dare de peculio: ne in materia ignota, aut ignorata procederet, *in §. ult. eiusdem l. 3.* supponit, primo, quoniam peculium non sit proprium servi *§. actiones 11. inst. de peculio.* Nec manumissum sequatur, nisi ei legatur nominatim. *l. unic. C. de peculio etus, qui testam. libertatem meruit. §. peculium. 20. verfic. peculium. inst. de legatis.* tamen benigna ratione receptum fuisse, ut posset servus, sub conditione dandi liber esse iustus, illam implere de peculio dando. *l. filia 20. §. ult. ff. famil. Eriscund. l. 3. §. 2. l. si decem 17. de statu.*

statuliberis. l. si seruus 61. §. ult. de furs. l. in bello 12. §. quid ergo 11. de captiuis & postlim. reuers. siue heredi ipsi dare iussus sit, siue extraneo. *d. l. 3. §. 1. de statulib.* adeo ut licet ignorante, & inuito herede det extraneo, nummos peculiares accipientis faciat, & ad libertatem perueniat. *l. si peculium 20. §. 1. ff. cod. tit.* Hoc ita, si ignorauit, in quo adimplenda conditio est, non vero si sciat, nummos peculiares si bi dari dominis reuētibus; eo enim casu, dominium nummorum non cōsequitur, imo illos pro possessore, & sine titulo possidet, cum sciens inuito domino eos detineat. *l. etiā inuitis 110. de cond. & demonstrat.* De quo nec quæri poterat seruus, nec is, in quo erat adimplenda conditio; non seruus, quia ille ad libertatem peruenit, cum per eum non stet, quominus pareat cōditioni. *l. iure ciuili 24. de cond. & demonstrat. l. iure ciuili 161. de regul. iur.* non is, in quo adimplenda est cōditio; quia fauore libertatis, & serui introductū est, ut de peculio dando pareat conditioni; non vero fauore illius, in quo adimplenda est. Hæc est rigoroſa iuris disputatio in hoc articulo, quam exposuit etiam Vlpianus in *d. l. 3. §. ult. hoc tit.* Ex qua resultat, nullū ordinariū remedium su-

peresse ei, qui cōditionis adimplendæ gratia erat accepturus ab statulibero, ut posset cogere heredē, ad cōsentendum, ut sibi de pecunia statuliber pecuniam daret. Verum ex præsumpta testatoris voluntate, qui dari extraneo pecuniā iusserat, ne alio heredis impune contemneretur, habereturque insuper conditio dandi extraneo; placuit, ut ille in heredē agere possit actione in factū (quæ proculdubio est prætoria illa, quæ datur ubi nullum aliud remedium suppetit, de qua dixi *super. sect. cap. 6.*) ut sinat pareri defuncti voluntati. In quam doctrinam singularis est, & notabilis hic locus, nec forte alibi in iure hæc æquitas expressa inuenitur. Sed nō ideo minus cōmendanda est & obseruanda. Ius tunc iustum est, cum ad utilitatem, æquitatēque deflectit. Horat. in Art.

Atque ipsa utilitas inſi propiā mater, & æqui.

Quare nō placet Antonij Fabri subtilitas, qui *lib. 8. coniect. cap. 7. & in ration. ad d. §. ult.* Tribonianū esse hunc §. propter hanc æquitatē putauit; quasi ex quo Vlpianus non sit iuris, & æquitatis Consultus? Mihi contrarium videtur, scilicet hanc æquitatem obseruari debere, & ex hoc loco esse interpretandos ceteros, quos proximē retuli.



CAPVT.

CAPVT. IX.

De scientia, siuè ignorantia impossibilitatis causæ,
quando non impeditur
condictio?

ARGVMENTVM.

*Distinctio, sub qua condictur datum ob causam impossibilem, lo-
cum non habet in accipiente. Paris libertus Domitiæ: Et ami-
ta, non filia Neronis. Datum militi; ut procuret pro alio ob
causam impossibilem non datur. Explicantur, l. 1. l. si militē
5. l. dictam 8. C. hoc titul. Differentia inter causam, &
condictionem. Sed datum ob illegitimum matrimonium, nup-
tus non sequentis, condictur: quia magis sub conditione, quam
ob causam datum censetur. Si incestum sequatur, dos caduca
fit. Cum auunculo Digestorum iure matrimonium prohibeba-
tur, non cum patruo. Exponitur, l. ult. de conditione sine
caussa. Notantur Gaius, & Papinianus veteres Iuriscon-
sulti, & illius opinioni præfertur sententia Diui Thomæ.*



T siquidem
ob causam,
que existere
nō poterat,
pecunia da-
ta fuit, con-
dicitur indi-
citionē, siue
scierit, siuè ignorauerit is, cui pecu-
nia dabatur, non posse causam se-
qui. *d. l. 3. §. si liber. 5. vers. Nera-
tius, hoc sit.* Quod exemplo ab hi-
storia petito confirmat, est vero ta-
le. Domitia accipiens ab eo ob ma-
nussionē pecuniam, Paridē pau-
tominum manumisit; cum autem li-
ber fuisset præiudicio, idest liberali
iudicio, pronunciatus; coacta fuit
Domitia restituere Paridi pecuniā,

quam ob manumissionem accepe-
rat. In quo iudicio non fuit quæ-
tum, an Domitia sciens, vel ignoras
Paridem manumisisset, quia nabi in-
tererat, cum conditionis scientia in
eo, qui accepit, nō exigatur. De hoc
liberali Paridis iudicio, cuius memi-
nit Vlpianus in præfenti, audi Iaci-
tum *lib. 13. Nec multò postreptus
amita libertus Paris, quasi iure ci-
uili, non sine infamia Principis, cu-
ius iussa perpetratum ingenuitatis
iudicium erat.* Duo hinc notanda
sunt, ex ambicioso decreto, bonam
consequentiam deduxisse Vlpianū;
iniuria enim pronunciatus fuit inge-
nuus Paris; sed postquam ingenuus
sententia factus fuit. *l. ingenuum
25. de statu hem. l. ingenuum 207.*

Z z z

de

de R. I. iunctis, quæ notat P. Fab. & Ruard. in d. l. 297. Briffon. de iure connub. pag. mibi 255. Ant. Fab. in Iurisp. tit. 4. princ. 2. illat. 1. noster Valët. lib. 2. illustr. tract. 2. cap. 8. per totum. postquam, dico, ingenuus sententia pronuntiatus fuit Paris, merito Domitia iussa fuit illi restituere, quidquid ob preciũ libertatis acceperat. Alterum est, Domitiam non fuisse filiam, sed amitã Neronis, ut ex Tacito, & fide Historica constat, quannus contrarium asserat in præfenti Vlpianus, si non est exscriptorũ error in quod sũ procliuor. Dissonantiã notarũt iam duo illi magni Iacobus Cujac. lib. 18 obseruat. cap. 23. & Iust. Lipsius ad lib. 13 annal. Tacit. annotat. 87.

2 In eo verò, qui dedit, distinguendus est casus ignorantie à casu scientie; qui enim sciens, prudensq; causam, propter quam dat, esse impossibilem, aut illicitam, dat; donatse intelligitur, quia sciuit, vel scire debuit, dare se ob causam, quæ sequi non potuit. l. qui contra 4. C. de incestis nupti iunctis, quæ de conditione ob turpen causam notauit sup. hac sectione cap. 2. num. 4. Quare in l. 1. C. de condit. ob caus. dator. Supponendum est eam, quæ dotem dedit, ob illicitum matrimonium, ignorasse causam impedimenti, cũ rescribat Antonius, conditione repeti posse, quod in dotẽ datum fuit. ut supponunt Bart. & Bald. in de l. 1. & Donell. lib. 14. comment. cap. 23. Nec veram puto sententiam Cuiacii existimantis, si dos propter speratum, pactumque matrimonium illicitum data sit, cum scilco adhuc non sit locus, quia nuptiæ sequutæ non fuerunt d. l. qui contra 4. posse repeti ab ea, quæ dederit: quoniam, cũ par sit turpido dantis, & accipientis, cessat repetitio, ut dixi d. cap. 2. n. 4. quare non consistit ratio decidendi in sequutione, vel non sequutione matrimonij; sed potius in scientia,

vel ignorantia mulieris. De quo dicam latius inferius in explicatione text. in l. ult. de cond. sine causa. Quærun Interpretes post Accurs. quare detur in d. l. 1. conditio causa data, causa non sequuta, cum melius posset dari conditio sine causa? Respondent etiam rectè Baldus & Cuiacius conditionum esse promiscuũ vñ, & nũc hanc, nũc illã cõpetere, propter diuerfos respectus, Ecce enim, quatenus mulier dedit ob causam, quam sperabat matrimonij; eo non sequuto, quia sequi non potuit, competit conditio causa data, causa non sequuta. Quatenus verò constat, sine causa datum penes accipientem remanere, competit conditio sine causa. Conditio sine causa generalior est conditio sine causa data, concurrir verò cum illa, cum causa, propter quam datum fuit, deficit. l. 1. §. 1. & 2. de condit. sine causa l. excepto 11. §. is qui vna §. vel. ego illud de action. empti. l. quæ sũdũ 50. Re iure dotũ, concurrir cum conditione indebiti ut docet Cujac. in l. 2. C. de cond. ob causam dator. ex text. in l. 2. de cond. sine causa; concurrir etiam cum actione pignoratitia in d. l. quæ fundum 50. §. 1. & cum actione commodati in l. rem 21. ff. commodati. Denique, cum res, pecunia, aut chirographum meum ad te peruenit sine vlla causa, aut in iusta, aut turpi, siue aliud remedium suppetat, siue deficiat, hoc competit l. si me & Titium 32. de reb. cred. Cuius rei multa exempla extant in tex. qui ponuntur sub tit. de cond. sine causa tam in Digestis, quam in Codice. Adde Duarenum, cap. 1. & 2. vbi V. Veseembex & Ancon. Perez nam. 4. & 5. casus quæ in quibus nulla conditio competit sed sola hæc conditio sine causa, recensent Cuiac. in paratit. Vulceius in Iurisp. lib. 2. tit. 8. n. 15. quos sequitur, refert quæ Treutlerus sele. 3. volum. 1. dist.

3. *disp. 22. thesi. 11.* adde etiā no-
strū Valent. *lib. 2. illustr. tracta-
tu 2. cap. 8. num. 11.*

3 Idē etiā supponendū est in l.
*cū ancillā 6. C. de cond. ob causā
dator.* vbi proponitur, Seiū ancillā
quādā dedisse Titio, vt manumitte-
ret mulierem, quā isti seruiebat, ille
vero putabat ancillā esse, filiāq; ip-
sius naturā ē, cū reuera libera esset:
quēscitū fuit, vtrū Seius repetere pos-
set ancillā, quam pro alterius ma-
numissione dederat? Et distinguit,
an dedisset donādi animo, cū sciret,
liberā esse eā, pro cuius manumis-
sione dabat, quo casu nō est repeti-
tio. arg. ex l. 1. *de cond. indeb.* vel
dedit ignorans pro manumissione
eius, quam liberā esse existimabat;
quo casu ob causā dedit, qua de-
ficiēte repetitioni locus est. l. 3. *li-
ber homo 5. de cōd. causa data, caus-
sa nō seq.* Primo casu perfectā do-
nationē esse dicir, id est factā sine
causā: quoniam qui sciēs liberā es-
se mulierē, dat, sine causā dat: secū-
do casu appellat dationē ob causā,
quoniam dedit propter manu-
missionē alius nō daturus. Quod re-
cte aduertit Interpretēs supra lau-
dati. Et Sarmient. *lib. 2. sel. 3. n. 11.*

4 Eodē modo solet explicari
tex. in l. *si militē 5. C. eod. tit. de
cond. ob causā datorū.* vbi proponi-
tur militi decē data fuisse, vt procu-
raret negotia Seii; & cū certū sit, mi-
litē nō posse alterius esse procurato-
rē. l. *filius 8. §. veterani de procura-
tor. l. militē 7. l. qui stipendia 9. C.
eod. tit. l. nemo militātū 6. C. i. theo-
dos. eod. tit.* videbantur decē prædi-
cta data ob impossibilē causā; &
per cōsequēs nō posse repeti. Sed ni-
hilominus Cels. respōdet, posse cō-
dici causā data, causā nō sequuta.
Que respōsio Interpretibus nostris
vila fuit valde difficilis, vt cōstat ex
his, quos refert, refellitq; longa se-
rie Franc. Sarmiento *lib. 2. sel. 3.
n. 8.* In quibus nō immorā-

mur. Vt respōdeant Accurs. Bart. &
Cujac. in d. l. 5. idē Bart. in l. *pecu-
niā 5. n. 13. ff. hoc tit.* supponebant
etiā in hac specie ignorantiam fuis-
se ex parte dantis, qui existimabat
paganū esse nō militē eū, cui ob pro-
curanda negotia pecuniā dedit. Hic
tamen intellectus nō immerito vide-
tur diuinatorius, & durus Francisco
Sarmiento *vbi proxime n. 11.* quo-
niā personā ignotā nūquā negotia
nostra cōmittimus, si dixeris potuis-
se nobis notā esse personā, & eius
industrialiam; sed ignorare professionē
militiæ; respondebo adhuc hac ex
prædicto textu nō cōstare, nec talē
suppositionē esse necessariā. Ipse
vero Sarmient. cum num. 13. præbet
huic l. verum, quem putat, intelle-
ctum, docet datum ob causā im-
possibilem tam in cōtractibus inno-
minatis, quam nominatis, posse repe-
ti, quia verū est, causā sequutā nō
fuisse, alioquin, inquit, claudicaret
contractus, ita qui hominē liberū,
qui rē sacrā ignorāter emit, nō amit-
tet prædium, quod dedit, ex eo, quod
impossibile sit, venditorē implere cō-
tractū. l. *liberi hominis. l. de sacrā
ff. de cōtrah. empt.* quod multo ma-
gis in innominatis contractibus lo-
cū habet, &c. Hæc sunt eius verba,
ex quibus cōflicto incidisse in ipsam
illā solutionē Accurs. Bartol. & Cu-
jaci, quam reprehenderat. Deinde,
quia licet doctrina Sarmienti ve-
rissima sit, quam late fundam. *supe-
riore cap.* tamen elegantem habet
limitationem ab scientia dantis: er-
go cum ipse nuper dixisset, non pos-
se citra diuinationis vitium suppo-
ni dantis ignorantiam in d. l. *si mi-
litē 5.* quodāmodo fateri videtur,
semper datū ob causā impossibilē
cōdici posse, siue is, qui dedit, sciuit,
siue ignorauit causā impossibilita-
tē: quod si sensit, non recte sensit, vt
admonui proxime. Quare mihi sem-
per visa fuit verior Donelli interpre-
tatio d. *lib. 14. cōm. 23.* docentis,
datum

datum militi ob causam procurandi negotia, non dari simpliciter ob causam impossibilem, siue datur ab sciente, siue ab ignorante: potest enim miles à iudicio arceri opposita procuratoria exceptione; quod si non opponatur, vel iero opponatur, adhuc reuitente iure causam miles poterit procurare alienam, & factum implere, propter quod pecuniam accepit. *l. ita demum 13. C. de procurat.* Itaque qui militi dedit ob procurandum, licet scisset militem esse, non est cur desperet, le factum procurationis à milite consequi posse; & ideo non possumus indante talem animū præsumere, qualem præsumus in eo, qui propter causam omnino impossibilem dat.

5 In hac etiam parte difficilis solet videri text. *in l. dictam 8. C. de condict. ob causam dator.* ubi proponitur Flavianum in sponsam suam contulisse res aliquas liberalitatis titulo, sed non simpliciter, quimpotius contulit, ob causā, cui sponsa potuit obtemperare, nec obtemperauit; & respondet Cass. iuris dicere disciplinam, conditioni locum esse, si causa impossibilis non fuit, & cum posset illam implere sponsa, non impleuit. Ex quo rescripto, duo difficilia elicere solent nostri Interpretes; primum est, datum ob causam impossibilem non posse repeti indistinctè. Secundum est, eum, qui causam, propter quam accepit, non impleuit, cum implere non posset, non teneri conditione. Sed ut ad utrumque respondeam, supponit Donell. *in d. cap. 23.* illa verba *d. l. 8. si non impossibilem contineat causam*, accipienda esse de eo, qui cum sciret impossibilem esse causam, propter eam nihilominus dedit, qui minimè repetere potest, ut saepe animaduerti, rectè quidem, quoniam si propter impossibilem causam dedit, non tam propter causam, quam mere liberaliter dedisse

intelligitur, quæ fuit etiam sententia Cujacii *in l. si militem 5. C. cod. tit.* ubi supponit *ex d. l. dictam 8.* causam impossibilem nō dici causam, siue pro non apposita, aut non scripta haberi. Opponunt etiam Interpretes, quod vulgo docemur, conditiones impossibiles facere inutiles contractus. *l. impossibilis 7. de verb. obligat.* Ergo debebat repeti datum ob causam impossibilem, rāquā sine negotio, & sine causa datū cum, adiecta impossibili causa, nihil actum videatur. Sed respondent Bart. & Baldus *num. 5. in d. l. 8.* & alij distinguendum esse inter conditionem impossibilem, & modū, aut causam impossibilem: illa enim vitiat negotia, cum non aliter contractum existimatur, quam post implendam conditionem. *l. qui heredi 44. §. ult. l. Mausius 55. de condi. & demonstr.* modus vero, aut causa impossibilis minimè vitiat negotia; quia hæc statim vires habent, & tantum remedium superest pro modi aut causæ implemento. *l. quibus actibus 40. §. Termus minor. cod. tit. l. Mauius 44. de manumiss. testam.* Itaque si modus, aut causa impossibilis est, negotium ipsum vitari nō potest, cum existencia eius à causa non pendeat; & tantum modus ipse, aut causa non erit adimplendus, quia impossibilitatem continet, ex parte eius, cui adiectus fuit. Sed quia deficit ex parte dantis consensus, cum deest causa, propter quam dedit, cum aliter non esset daturus, ut probaui *sup. cap. 7.* ideo nō agit ad implementum causæ, quod non sit possibile; sed repetit, quod dedit, quia dedit propter causam, quam sequi sperabat, aliter non daturus. Ex quo fit, ut cum sciuit, causam sequi nō posse, repetere vllō modo nequeat: quia non potest videri dedisse propter implementum causæ, qui sciuit impossibilem esse, nec sequi valere. Non etiā obitat, quod d

secundum

secundo opponunt, ex illis verbis *d. l. 8. nec huic illa, cum posset, paruit.* Ex quibus deducere volunt, nō posse, qui dedit, pecuniam ab eo repetere, qui causæ parere non potuit. Sed hoc satis, superque cōfutamus *d. cap. 7.* semper enī verum est, conditionem causā non sequuta competere, siue is, qui accepit, parere potuisset, siue non: quod amplius inculcari non expedit. Idque minime probant, prædicta verba, quoniam sunt accipienda iuxta subiectam materiam, de qua consulti fuerant Impp., scilicet de ea, quæ ob causam possibilem, & cui poterat parere, acceperat; respondentque indistincte conditione teneri, quæ non paruit, cum posset; ex quo frustra deducere tentant argumentum à contrariio sensu nostri Interpretes, in hūc modum, ergo si cum non posset parere, non paruit, conditione non tenebitur: quoniam hoc argumentum fallax est, nec in iure admittitur, quoties ex eo absurdum sequitur, ut solet notari *ad l. 1. de offitio eius cui mandata est iurisdictio.*

6 Est etiam in hoc articulo obscurus, & perdifficilis Papiniani locus *in l. ultima de conditio- ne sine causa.* maxime postquam supposui supra *in hoc cap.* illam conditionem cum nostra concurrere, & quod de altera dicitur, dici etiam posse de altera. Species est hæc. Sororis filia, quæ nubere volebat auunculo, ei certam pecuniam in dotem dedit: nuptiæ vero, ob quam causam dederat, sequutæ non fuerunt. Proposita ergo fuit quaestio Papiniano, an mulier repetere posset pecuniam, quam in dotem dederat, eius matrimonij nomine, quod minime sequi potuit? Et ut responderet, primo supposuit, cum utriusque, dantis, & accipientis turpitudine versatur, potiore esse causam possessoris *l. ubi autem 3. ff. de con-*

ditione ob turpem causā. l. 2. C. eodem titulo dixi d. cap. 2. num. 4. Ex quo videbatur concludendum, cum turpiter dedisset mulier, & turpiter accepisset auunculus, huius causā potiore fore, cum possideat, nec mulierem pecuniam repetere posse. Sed hanc rationem, quæ levis est, ab aliquo, qui perfunctoriè rem inspiceret, sequendam fortè esse, ait Papinianus; rectius enim defendi posse existimat, in proposita specie conditioni locum esse, posseque mulierem a se datam pecuniam repetere: redditque rationem, quia non tam turpis fuit causā dandi, quam nulla; cum pecunia nō fuisset data ob stuprū, sed ob matrimonij: matrimonium vero inter auunculum, & sororis filiam iure civili contrahi non posset.

7 Hactenus Papinianus, cuius ratio in hunc modum labefactari posse videtur. Causa turpis ab impossibili non distat, quoniam quod turpe est, nec posse nos facere creditur, ut Papinianus prudenter dixit *in l. filius 5. de condit. instit.* Sed hic repetitur, quod ob turpem causam datum fuit, cum sit turpis causā incesti *l. ultima de ritu nupt.* Ergo & quod ob impossibilem causam datur, repeti poterit: Ut hanc difficultatē cōponant Azo *in lūma C. de cond. ob causā dator. n. 3.* quæ sequuntur Accurs. Bar. xol. Fulgos. *n. 9 & 10. in d. l. ult.* & alij omnes antiquiores fere contra Placentinū, existimāt, errasse mulierē in iure siue civili, siue gentiū, cum nuptiis cum auunculo, aut eā primigno voluit cōtrahere. Quoniam si sciret, & nihilominus dedisset dotē ob causam matrimonij, quā sequi non debuit sperare, præcūl dubio de quaestione videretur, non minus, quam si ob impossibilem causam sciens dedisset. Ab hac sententia recedunt Antonius Faber *in rationali*, & Cujac. *lib. 11. qq. Pap. in d. l. ultima*

Aaaa

existe

existimantque non posse supponi ignorantiam in specie ibi proposita: primo quia Papinianus pro certo statuit, posse aliquam dicere, in dando, & accipiendo dotem, vtriusque turpitudinem versari; sed non posset dici, imò nec queri, an mulieris turpitudine versaretur, nisi data scientia illiciti, & illegitimi matrimonij: ergo potius supponendum est, scisse mulierem impedimentum. Deinde, quia quod Papinianus ait *in princ.* de muliere aunculo nuptura, inter quos impedimentum, & incestus est iure civili *l. si adulterium cum incestu* 38. §. 1. *ad leg. Iuliam de adulter.* postea in §. 1. dicit etiam, de nouerca, quæ nuptura prinigno illi dotem dedit: sed inter nouercam priuignumque incestum iure gent. committitur, cuius impedimentum ignorantiam mulier causare non potest. *d. l. si adulterium* 38. §. 1. Ergo vel ex hoc apparet frustra supponi ignorantiam in *d. l. ult.* Tandem, quia Papinianus si hinc posset petere rationem decidendi, non petisset aliunde; sed aliunde petit; ergo, &c. Quibus rationibus persuadeor; non posse dici ignorantiam mulieris efficere locum conditioni in *d. l. ult.* quod etiam agnoui, licet postea ab hac sententia discelsit. Fulgos. *in ea circa princ.*

8 Rationem decidendi subtiliter assignat Papinianus in *d. l. ult. in. in fine principij* his verbis: *Sed rectè defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse: cum pecunia, quæ daretur, in dotem conuertri nequirit. Non enim supri, sed matrimonij gratia data esse.* Itaque repeti potest dos, siue pecunia nomine dotis data; quia in dote non potuit conuertri, licet absente muliere data fuisset nomine prohiberi matrimonij. Si vrgeas adhuc, cur ergo donasse simpliciter non presumatur mulier hęc; ut donare presumatur, quicumque dat ob im-

possibile causam, iuxta ea, quæ notant vulgo omnes interpretes in *d. l. ult. & in l. dictam* 8. *C. de cond. ob causam dator.* Respondebo forsitan nouè, nec inlubriliter ad mentem Papinianam, aliud dicendum esse de eo, qui ob causam dat, quæ est impossibilis: hic enim vel dat ob causam, vel sine causa: si dat sine causa, dat simpliciter, quod est donare. *l. cum ancillam* 6. *C. de cond. ob causam dator.* Ergo cum det ob causam, quam certo scit, sequi non posse, purè liberaliterque dedisse censeatur; nec aliud potest esse datio illa, quam donatio, siquidem nullam aliam causam habet, quam liberalitatis. arg. ex *l. 2. §. circa de obli. mali, metusque except.* quare cum liberalitas illa sine vlla causa sit, pura, & perfecta est, nec facta villo iuris prætectu poterit reuocari. *l. 3. C. de donat. quæ sub mod. d. l. cum ancillam* 6. Quæ vero dat pecuniam in dotem, nunquam cogitat de alio, quam de danda dote; nec vult esse liberalis simpliciter, sed causa dotis; quare nec actus hic extendi debet ultra eius intentionem. *l. non omnis* 19. *de reb. creditis.* Secundum quod, si dotem dedit, licet pro illicito, aut non sequendo matrimonio dedisset; tamen nunquam poterit videri donare voluisse simpliciter, cum causam dotis, præ se tulisset. Ergo non potest induci præsumptio meræ, & simplicis donationis ex datione pecuniæ in dotem; quod hanc constatat de animo mulieris dantis pecuniam; & vbi de veritate constat, cessat præsumptio. *l. filium* 6. *de his qui sunt sui vel alien. iur. l. continuus* 137. §. *eum quidam de verb. obligat.* Ergo cum donatio præsumi nequeat in ea, quæ aperte in dotem dedit; nec dos esse possit, matrimonio non sequuto, *l. 3. l. stipulationem* 21. *de iure dotium.* Eleganter ait Papinianus pecuniam condici posse sine causa, quia cum in dotem conuertra non

non fuisset, sine vlla causâ manet pe-
nes virum. Si quaeris, cum non vi-
deatur turpis causâ dandi, siquidem
supponimus, mulierem dotem dedis-
se scientem prohibitionis, & illiciti
matrimonij? Respondebo cum Bar-
Fulgosio, & Fabio, proponi mulie-
rem nupturam, id est, quæ nubere vo-
lebat, & nondum nupit; quo casu
cedat turpitudine, & nota sceleris, cū
mulier ipsa, quæ contra leges nube-
re volebat, propositum animi sui re-
tractauerit. arg. ex l. Papinianus
8. §. meminisse. de inoff. testam. l.
qui cum maior 14. §. accusasse. l.
inseruitatem 16. §. petisse. ac bo-
nis inuerti l. qui falsum. 19. ad leg.
Cornel. de fals. Itaque si matrimo-
nium sequutum fuisset, turpitudō
proculdubio veniretur, nec ipsa dō-
tem repetere posset, imo nec illam
maritus posset retinere, sed hicus
auterret tanquam caducam. l. qui cō-
tra 4. l. si quis 6. C. de incestis &
inutib. nupt. l. in. est 52. l. dote
61. de ritu nupt. l. uxori maritus
27. de usufructu legato. Quod si de
illicito matrimonio contrahendo co-
gitauit, & dotem dedit, adhuc tur-
piter fecisse non videtur, quandiu
in matrimonium non coit, quoniam
verba legum cum effectu accipienda
sunt, l. 1. §. 1. de eop. quem factum
erit. maxime harum, quæ pœnam, &
odium continent, nec sunt interpreta-
tione amplianda, sed restringen-
da potius. l. tam quidam 19. de li-
ber. & posthum. cap. odia. de reg.
iur. lib. 6. Decretal. Cetera de dō-
te caduca, & alias quæstiones, quæ
propositum nostrum non spectant,
discutiunt Auctores relati, qui con-
suli possunt.

9 Ex hoc Papiniani textu no-
tō primō, & notari solent illa verba,
auunculo nuptura, ex quibus constat,
Digestorum iure nuptias prohi-
bitas fuisse inter auunculum, & foro-
ris filiam, non inter patrum & filiam
fratris. Quod Ulpianus probat dis-

serte lib. regul. tit. 3. §. ult. quam
differentiam habuisse originem à
Claudii Imperatoris libidine, seu
oscitantia potius, produnt Suet. in
eo cap. 26. Tacitus lib. 12. annal.
His verbis. *Ita fama amore illicito
firmabatur, nec cum celebrare sol-
lennia nuptiarum audebant, nullo
exemplo de aucta in domū fratris fi-
lia: quin in. est metuebatur, sed ille
illecebris Agrippinæ germani fratris
filix pellectus Senatum ingressus, de-
cretum postulauit, quo iuxta inter
patruos, fratrumque filias nuptiæ
in posterum haberentur.* Ex hoc de-
creto senatus temporibus, & libidi-
ne Claudii extorso potius, quam
dato, fluxit, ut nuptiæ prohiberentur
inter auunculum, & fratris filiam,
non inter patruum, & filiam fratris,
quomodo accipiendi sunt tex. in l.
adoptiuus 14. §. Seruiles. l. Soro-
ris 39. l. etiam si concubinam 56.
l. qui in prouincia 57. §. 1. de ritu
nupt. Papianus apud Liciniū Rufi-
nū in collat. legū Romanar. & Mo-
jascar. tit 6. in fine. Nec alia fuit
huius iuris cōmentitij ratio, ut ince-
stū cū filia fororis committeretur, si
adulterium 38. §. 1. ad leg. Iuliam
de adulter. Tacit. lib. 16. annal.
INDUXIT postea hoc vocabulo indi-
tum, qui Lepidam Cassi uxorem Si-
lani AMITAM incestum cum FRA-
TRIS FILIO configerent. non com-
mitteretur verō cū filia fratris; quia
satis habuerunt Senatores, a quibus
postulatum decretum fuit, si Clau-
dio indulgerent, quod ambiebat, po-
sse uxore ducere fratris filiam, man-
sue pudor, & reuentia sanguinis
in fororis filia, in amita, & marte-
tera, & cæteris, in quibus non maior
ratio erat; sed non fuit necessitas
dispensandi, ut ita loquar, cum Clau-
dus decretum extorquens illā non
indigisset. donec constitutionibus
differentia hæc malo exemplo intro-
ducta sublata fuit, quibus ex æquē
cauetur, uti nemini liceat uxore ducere

cere tam fratris, quā sororis filiam. *l. nemini* 17. *C. de nuptiis. l. ult. C. de incest. & inutilib. nuptiis.* Notarunt differentiam, & eius rationē reddiderūt Cujac. *lib. 8. obs. cap. 28. & lib. 13. cap. 16.* & ex eo hothofred. *in l. ult. C. de incest. nupt.* Gifanius eleganter *in l. nemini* 17. *C. de nupt.* Brisson. *lib. singul. de iure connub. pag. mibi 284.* Iustus Lipsius *ad Tacit. lib. 12. an mal. annotat* 13. & 15. Petrus Pithæus *in notis ad collat. tit. 6. in princ.* & nonnulli ex eruditionibus Institutionum inter prætes. Parum obstat locus Caii *in institutionibus lib. 4. tit. 4. §. 4.* ubi iadistinctē matrimonium prohiberi inter fratris, & sororis filiam, ait: quoniam, ut iam a multis observatum est, in libro illo multa inducta fuerunt, & sine observatione adiecta ab Anniano, dum ius, quod ibi prostat, reducere ad cōsuetudines novas tentavit; quale hoc est, quod de nuptiis prohibitis inter fratris, & sororis filiam dixit.

10. Secundo noto Papinianum *in d. l. ult. & in l. si adulterium* 38. §. *quart. ad leg. Iul. de adulter.* dixisse iure gentium iacestum committi inter priuignum, & nouercam, ut committitur inter matrem & filiū. Sed tamen forte probabilius potest dici, non esse eandem rationem naturalem incestus inter has personas; quanuis enim affinitatis veneratio ne inter huiusmodi personas a nuptiis abstinendum sit, quia sunt paren-
tum loco §. *affinitatis* 6. *inst. de*

nuptiis. Nihilominus non est inter nouercam & priuignum, talis prohibitionis ratio, qualis est inter matrem & filium; istorum enim est immediata cognatio, & coniunctio sanguinis, & seminis; illa verò non coniunguntur secundum se ipsas sed per ordinem ad affinitatis respectū, quare non habent tantam in coniunctionibus indecentiam. Ideo que Auctores nostri post Angelicani Præceptoris 2. 2. *quæst. 154. artic. 9. ad 3.* quos referunt sequunturque Pater Thomas Sanctius *de matrimonio. lib. 7. disput. 66. n. 7.* Antonius Diana 4. *pat. tract. 4. miscell. resolut. 93. vers. his tamen.* Fagundes *in quinque posteriora præcepta accalogi 2. tom. lib. 6. cap. 6. n. 11.* & amplissimus Preceptor meus Doctor Ramos *in consultatione de dispensatione in primo gradu affinitatis inter collateral. n. 13.* existimant, matrimonium contractum inter nouercam, vitricumque non esse irritum iure naturali, sed positivo, quidquid reluctetur Papiniani testamentum in presenti, quam sententiam libens amplector, nec irreligiosam esse puto, à doctrina Papiniani discedere, quoniam hæc naturalis prohibitionis principia melius percallent Doctores Christiani, præsertim Sancti Patres. Accedat licet Sententiæ Papiniani Brissonius *in lib. de iure connub. pag. mibi 277.* Sed hæc sufficiant, nec enim omnia licet disputare, ut ad tertiam sectionem transitum faciamus.



SECTIO.

SECTIO. III.

DE CONDICTIONE

EX CAPITE POENITENTIAE.

CAPVT. I.

Quid sit hæc conditio, & in quibus negotiis locum habeat?

ARGVMENTVM.

In negotiis nondum perfectis est locus pœnitentiæ, Vt in ultimis voluntatibus, & contractibus innominatis. Non verò in dotis datione, l. si ego 9 §. 1. de iure dot. In causis, & negotiis pijs etiam locus est pœnitentiæ, ut in libertatibus, siue in datis ob transmissionem. In transactione non licet pœnitere. Non est etiam locus pœnitentiæ in causis negatiuis veluti cum datur, ne aliquid fiat. Redditur etiam huius rei ratio. Nec in donatione ob causam locum habet hæc conditio. l. 3. C. hoc tit.



Xpovs i ha-
tenuis defe-
ctus causa-
rum propter
cessationem
eius, qui fa-
cere teneba-
tur, vel prop-
ter rei impossibilitatem, ex qua na-
scitur conditio *causa data, causa
non sequuta*, de qua hætenus dixi.
Sequitur ut dispuemus de altera
causa cōditionis, scilicet, cum pœ-
nituit eū, qui dedit, dedisse, re adhuc
integrā, id est ante quam alter ince-
perit ex parte sua implere; quo casu
locus est repetitioni. Quæ est con-

ditio ex capite, siue ex causa pœni-
tentiæ. Ad quod animaduerrere oportet, in omnibus negotiis, quæ adhuc
imperfecta sunt, licere iis, qui illa
inceperunt peragere, mutare volunta-
tem, & ab illis rescire, veluti in do-
nationibus causa mortis, quæ cum
spectent mortē donantis, ut cōfirmē-
tur, ut latè diximus *superiore sect.* in-
terim, qui donauit mutare volunta-
tē potest, & illas reuocare. l. *Sena-
sus 35. §. 1. de mort. caus. donat.*
iuncta l. *qui mortis 30. eod. tit.* Idē
dicendū est de legatis, fideicomis-
sis, & ceteris, quæ in testamētis dis-
ponuntur, quæ cū nō cōfirmantur an-
te mortē; possunt à testatoribus re-

Bbbb

uoca

uocari, & hoc est quod dici solet, esse ambulatōriā hominis volūtatem usque ad supremū vitæ exitū. *l. 3. §. ult. et l. seq. de adimend. legatis. l. cum hic status 32. §. pœnitentiam de donat. inter virum & uxorem.*

2 Par est contrattū innominatorū cōditio, qui nūquā perficiuntur, donec distrahi sunt, id est, donec ex utraq; parte impleatur, quoniam implementum ex vna parte, dat causā obligationi; & efficit synallagma, sed nō perficit negotiū. *l. i. iurif. gent. 7. §. 1. de pactis. de quo dixi superior. sect. c. 2. & sequent.* Ergo poterit, qui ex parte sua impleuit, si ipsum pœnituerit adimpleuisse, rem, quā dedit, cōdicere; nō quia causa sequuta nō fuit, cū nolisset implementū spectare, sed quia recessit ipse à cōtractu, siue quid ipsum pœnituit; utiq; si pœnituit re integra, cū adhuc alter nō incepisset implere. *l. si pecuniā 5. in princ. ff. b. t. de condit. causa data, caus. non sequūt.* Absurdū enim esset, deterioris esse cōditionis, qui impleuit, quā si non impleuisset. At suā rem haberet, nisi dedisset, ergo & postquā dedit, repetere poterit. Qui dedit enim, eo animo dedit; ut aliū sibi obligaret, nō ut se obligaret alij, nec enim potest magis obligari, qui implet, quā qui cōtrahit; sed qui contrahit, non posset obligari ad dandū ab altero, qui nō impleuit. *l. ex placito 3. C. de rer. permitt.* Ergo & repetere, quod dedit, poterit, antequam alter impleat. Docent, & prosequuntur Classici omnes in *l. si pecuniā 5. b. t.* Ant. Gomez *tomo 2. var. c. 8. n. 4.* Vazquez Méchaca *vsus frequent. c. 59. n. 12.* Padilla Menesius in *l. naturalis 5. n. 18 & seqq. de prescrip. verb. Parlad. lib. 2. rer. quotidian. c. 3. n. 32.* Pichar. in *rub. inst. de locato* à n. 11. & in *§. actionē 28. q. 27. à n. 24. inst. de action.* Azuned. in *l. 2. tit. 15. lib. 5. cōpil. n. 13.* Sarmiento *lib. 2. select. c. 3. n. 13.* Ioan. Gutier.

de iuram. confirmat. 1. part. c. 35. Duaren. *ad hunc tit. cap. 4.* Donnell. *lib. 14. cōmentar. cap. 22. per totum.* vbi Ouald. Antonius Faber. *de error. prag. decad. 45. error. 9. & decad. 84. err. 4.* Fachin. *lib. 11. controuers. cap. 8.* Hieronymus Treutlerus *select. volum. 1. disp. 22. thesi 2. tit. B. & C.* Qui alios referunt, qui ad manum sunt, sed nō sum ex his, qui longa productione Actorum Lectorem cupiunt lassare.

3 Si vero negotium perfectum est, vel res non integra, aut causā altrinsecus implera, non superest pœnitentiæ locus. *l. 3. §. 1. l. si pecuniā 5. hoc tit.* Ex quo Interpretes relati recte inferunt, in contrattibus nominatis non esse locum pœnitentiæ, *l. sicut ab initio 5. C. de obligat. & act. l. ab emptione 58. de pactis.* quoniam statim ac perfecti sunt, producunt iuris vinculum, id est obligationem, quā uterque ex contrahentibus tenetur, contractus verō innominati non producunt obligationum nisi ex parte eius, qui impleuit, qui dat obligationi causam. *l. i. iurif. gent. 7. §. 1. de pact.* Ergo non consistit ratio differentię in eo, quod nominati fortiores sint, debiliores verō innominati, quā iam supra cōfutaui; licet eam tradiderint Glossa, Cynus, Bart. & Castres. quos laudat sequiturq; Méchaca *d. cap. 59. num. 12.* Nisi innominati contractus vallati sint interposita stipulatione, quo casu semel consensu præstito, & verbis interuenientibus, neuter ex cōtrahentibus recedere poterit, & qui dedit, impleuitve ex sua parte, nō poterit datam repetere ex capite pœnitentiæ. ut docēt Antiquiores relati à Menchaca *vbi proximè,* & ab aliis *superiore num. laudatis.* Est enim stipulatio cōtractus, qui statim obligat. *l. 5. §. stipulatio. de verb. oblig.* & cū verūque adest causā obligandi, utrumque contrahentem necesse iuris vinculo

eulo *leg. 1. de hoc casu accipienda ff. de acceptilation. definitq; iam cōtractus innominatus obligare ex causa, siue ex datione, a qua obligare solet, dict. l. i. iuris gent. 7. §. 1. de pactis. & incipit obligare ex verborum formula; nec actionem præscriptis verbis amplius parit, sed ex cōtractu stipulationis l. Aristo 18. §. 1. ff. de donat. leg. ex placito 3. ubi notatur, Cod. de rerum permutat. Quare iam non est amplius merendus innominatus cōtractus, si adiecta illi sit stipulatio, regulis cōtractuum innominatorum, sed in omnibus pro stipulatione habendus est, in qua nullus superesse potest locus pœnitentiæ. Idem dicendum est, si adijciatur iuramentum, quo se obstringant contrahentes ad implendum id, de quo inter eos conuenit, tunc enim nec pœnitere licebit ei, qui dedit, ne sit iuramentum iniquitatis vinculum contra text. in cap. cum contingat, cum similib. extra de iureiurando docet Covarrub. lib. 1. variar. cap. 14. n. 10. Ioannes Gutierrez dict. 1. part. iuramento confirmatorio cap. 35. in princ. Parlador. dict. lib. 2. cap. 3. num. 34.*

4. Iecimus fundamenta totius nostre disputationis, ex quib; quid in vnaquaq; specie dicēdū sit, facile dignosci poterit. Et primo in datione nominē dotis, nō est loc; pœnitentiæ. Imo si decesserit is, qui dedit, heres eius cogitur consentire, nec potest datum repetere, l. si ego 9. §. 1. de iure dotium, & quādiu speratur matrimonium conditioni locus nō est, nisi postquam abrupta spes est, & missus nuntius, ita ut iā sequi non possit, l. quod Sernius 8. ff. hoc tit. quod magis cum cura exposui superiore scđ. cap. 3. Itaq; ut cōstat ex ibi disputatis, nō sequito matrimonio locus est conditioni causa data, causa nō sequuta; ante vero quā dissoluatur, nō potest esse locus pœ-

nitentiæ; quoniam si post dotē cōstitutam liceret pœnitere, aut cogere retur maritus non ducere, aut ductā alere, oneraq; matrimonij sustinere siue dotis leuamento, contra text. in l. pro oneribus 20. C. de iure dotis. Igitur dici nō potest tē esse integram, postquam semel dos constituta, dataque fuit; ut possit is, qui dedit, mutare voluntatem; semper enim deciperetur spes, votūq; nuptiarum, quod publicum fauorem cōtinet. l. 1. solut. matrim. l. hoc modo 64. §. 1. de condit. & demonstr. ubi autē eius, qui accepit, interest, non potest repeti, quod ei datum fuit, dict. l. si pecuniam 5. hoc tit. Hæc adhuc vera sunt, cum pecuniæ simpliciter in dotem datur; multo magis sunt vera, cum datur sub conditione, scilicet, ut fiat maritus, si nuptiæ sequantur; quemadmodum enim pendente cōditione nihil iuris habet maritus siue qui maritus futurus est, §. sub cōdit. 4. inst. de verb. oblig. ita spem habet iam quæsitam ex datione sub cōditione facta, quæ illi auferri nō potest, quoniam cōditione impleta, retro sua res fuisse intelligitur. l. necessario 8. de periculo & commodo rei vend. l. is cui sub cōditione 42. de obligat. & actionib. leg. conditionales 54. de verb. significat. Deniq; siue datum sit sub expressa nuptiarum cōditione, siue sub tacita, sub qua semper datum censetur, ut dixi in dict. cap. 3. nunquam is, qui dedit dotis nomine, mutare voluntatem potest, deciperetur enim votum, & spes nuptiarum, contra utilitatem publicam; quare statim desinit res esse integra, nec pœnitentiæ locus remanet, dict. leg. si pecuniam 5. Nec parō necessarium aliam rationem querere, quoniam hæc est genuina ratio differentiæ inter dationē ob causam dotis, & ob ceteras causas, ut in his sit locus pœnitentiæ, in illa verō non sit. Aliā exco-

gitauit

gitavit noster Didac. Couarr. *lib. 1. var. c. 14.* scilicet quia dotis datio contractus est nominatus id circūq; in ea non possit esse locus pœnitentiæ, ut nec est in cæteris, iuxta tradita superiore numero. Sed hanc doctrinam non exillimo veram esse, quia nulla est lex huius dationis in dotem, quæ efficere possit illam contractum nominatum, ut dixi requiri in his contractibus *sup. sect. 1. cap. 1. in princ.* Alij dicunt, in datione ob dotem, ideo non esse locum pœnitentiæ, quia dotis causa plena favoris est, *l. in ambiguis 70. de iure dot. leg. in ambiguis 85. de R. I.* Unde deducunt, in piis causis, & dationibus ob causam aliquam favorabilem, non esse locum pœnitentiæ. Quæ fuit sententia Bart. Fulgosi, Castrensis, Iassonis, Zatiij, & Gothofredi *in aut. leg. si pecuniam 5.* estque communis antiquioribus; sed mihi nunquam placere potuit bonarum venia: quoniam continet æquitatem nullo iuris testimonio, aut ratione subnixam. Quinimo *ex leg. 3. §. 1. & 2. leg. si pecuniam 5. §. 1. hoc tit.* aperte refellitur, ubi contra dationem libertatis locus est pœnitentiæ, veluti si dedi Tibi, ut Pamphylum manumitteres; possum re integra mutare voluntatem, atq; si me pœnituerit, repetere, quod dedi propter manumissionem. Ecce ubi in causa libertatis, quæ in iure favorabilissima est, *leg. generaliter 24. §. si quis seruo, de fideicommissar. libertatib. leg. libertas 122. de R. I.* ubi P. Faber, & cum religione in causa favoris comparatur, ut docet idem P. Faber admirandæ eruditionis Auctor *lib. 2. semestris. cap. 21.* & alia cumulans noster Amaya *lib. 3. observat. cap. 7.* qui alios adducit. Ecce, inquam, ubi in datione ob causam libertatis locus est pœnitentiæ; Ergo & licebit pœnitere in cæteris causis

piis, aut favorabilibus, ut censens contra opinionem communem interpretum noster Couarrub. *dist. cap. 14. num. 16.* Anton. Faber. *de errorib. Pragmaticor. decad. 49. errore 3.* Amaya *lib. 2. observation. cap. 4. n. 17.* Itaque non ob favorem dotis, cessat conditio ex capite pœnitentiæ in datione ob eius causam; sed ob specialiores illius naturam, ne spes, & votum matrimonij deciperentur, quod libenter repeto, & inculco.

5 Facile ergo ex supra traditis exponi potest text. *in d. leg. si ego 9. §. 1. de iure dotium.* Proponitur, Seium dedisse Titio rem aliquam, ut tunc eius fieret, si nuptiæ sequerentur, eo usque verò manere ut in dominio Seij. Seius autem decessit, antequam nuptiæ sequerentur, & per consequens antequam res Titij fieret: quaeritū ergo fuit, vtrum si post mortem Seij nuptiæ sequantur, possit res fieri ex post facto Titij, quasi impleta conditione. Et Ulpianus quasi dubitans, nutansque docet, non posse fieri ex post facto rem Titij; præbetq; subtilem rationem, quoniam vivente Seio res ab eius dominio recessit, & nec in Titium translata fuit: ergo post Seij mortem non poterit transferri dominium, quod eo vivo non fuit translatum. Statim enim capit res heredis esse, quare sine eius facto in aliū non potuit transferre. *leg. id quod non frum 11. de R. I.* nec a Seio defuncto dominium iam spectare Titius potest, quoniam debuit habere illud per mortem, & quod penes eum non remansit, in alium transferre non potuit. *l. traditio 20. de acquir. rer. dom. l. nemo plus iuris, de R. I.* Ergo stricta iuris ratio efficit, ut datio non sortiatur effectum mortuo Seio, licet nuptiæ postea sequantur, quia excurrit in tempus inhabile, scilicet post mortem dantis, quando iam nullo modo ex eius

eius dispositione dominium potest trāsferri, arg. ex leg. si res æstimata 12. de iure dotum. l. quod sponsa 4. ubi notatur. C. de donat. ante nupt. Non itaque est verum, quod docet ibi Fulgōsius, mortem Seij esse instar pœnitentiæ, quia per eam reuocatur datio; per penitentiam enim non reuocaretur, & per consequens nec per mortem, si nō maiorem vim haberet, quam pœnitentia. Sed cum hæc ita secundum iuris strictā rationem procedant, & mortuo Seio facile decipi posset Titius, qui fortē sine datione illa non contraheret matrimonium; ideo rigore iuris insuperhabito, Vlpianus æquitatem amplectens, concludit, cogen dum esse heredem consentire dationi defuncti auctoris sui, vel si distulerit, aut renuerit consentire, statim dominium legis potestate in Titium transferri, quod posse fieri, cum sit domina lex omnium rerum l. 2. de legibus, probat diserte Vlpianus in fragmentis lib. 19. de dominij & adquisit. rer. §. lege. Non est ergo cur culpeius æquitatem, secundum quam Vlpianus in hoc §. respondit, ut multoties videmus in iure æquitatem subtili ratione prælatā, ut docent multis P. Fab. in leg. in omnibus 90. de reg. iur. Donell. lib. 1. comm. cap. 13. Morla in empor. tit. de legib. quest. 11. Panciroli. lib. 2. thesauri var. cap. 1. Gothofred. in l. ita vulneratus 50. §. ult. litt. V. ad leg. Aquil. Antonius Faber in Iurispr. tit. 1. princ. 2. illat. 1. 2. 3. & 4. P. Rodius in Pandectis lib. 1. tit. 1. de iustitia & iure, cap. 15. Amaya lib. 2. obs. cap. 4. num. 38. Quare nec est, cur dicamus cum Antonio Fabro lib. 14. coniectur. cap. 20. & de errorib. secundo 43. error. 2. & decade 48. errore 4. vers. sed benignius d. l. si ego 9. §. 1. esse abstrahum, & æquitatem, quæ in eo sancitur esse Tribonianus, cum potius nihil iniquius statui posset, quam

quod ex stricto iure ibi responderet Vlpianus, siquidem indotata aliter manebat mulier, & spes nuptiarum decepta, ut iam cum iudicio aduersus Fabrum obseruauit noster Amaya lib. 2. obseruat. cap. 4. per totū, ubi late, & cum cura agit de expositione; & defensione prædicti text. quem consulere potest lector, si longiorē discursum ex postulat, inuenietq; relatos, & reiectos alios, qui totā hanc quæstionē de cōditione datorū nomine dotis, nō recte perceperūt; nobis autē ad eius locum dignū intendere, videtur satis esse.

6 Cessat etiam nostra cōdicio ex capite pœnitentiæ in transactionibus, quemadmodum cessare diximus conditionem causa data, causa non secuta, cum de illa agebamus superiore sect. cap. 1. n. 10. Finge, inter Nos conuenisse, ut tibi fundum, vel decem darem, ut à lite discederes: nec discelsisse potest; nūquid potero datum repetere & litē omīssam instaurare? minime, ut probat text. in l. quanuis 39. C. de transactionib. Pone magis, te, qui accepisti, litē aduersus me instituisse, & egisse causam, tanquam si nihil recepisses; nūquid potero tūc pecuniā, quā dedi, à te repetere; cū nō sim ego, qui litem instaurare cupio, sed tu, qui de facto illam instituis? adhuc dicendū est, quod dedi repetere me nō posse; l. cū proponas 21. C. de pactis, ubi dicitur, debere me opponere pacti exceptionem, ut pactioni steter. Itaq; in trāsactione neutri cōditioni locus est, ut ibidē dixi, odio litiū; quare in præsentī nō repeto. Alia ratio est, cur is, qui pecuniā dat, ne ad iudicē eatur, mutare voluntatē nō potest, postquā dedit, nec cōdicere ex capite pœnitentiæ, ut potest deduci ex l. dedi 3. hoc rit. scilicet, quia quādiū alter ad iudicē nō it, implet, quod ex parte sua facere tenebatur; & ideo cū res integra non sit, nec potest esse locus

Cccc

pœni-

pœnitentiæ. l. si pecuniâ 5. cod. tit. Cetera, quæ de transactionibus, in quibus non est locus pœnitentiæ, dici poterant, petenda sunt ex dict. cap. 1. num. 10. cum seqq.

7 Ex qua doctrina facile explicari potest tex in l. ea lege 3. C. de cōditione ob causam datorum, ubi proponitur ea lege, siue pactione fuisse in Aurelium, & Alexandrem collata n donationem, ut neutri alienanda sua portio nis facultas competeret; Respondent Cass. consulti de effectu illius pactionis, talem esse, ut donatori, vel eius heredibus facultas competeret, condicendi rē causa data causa nō sequuta, si alienaverit, nec legi donationis paruerint. Sed quæramus, utrum antequam alter, vel uterq; alienet, possit esse loc⁹ cōditioni ex capite pœnitentiæ, id est utrū donator mutare possit voluntatē? Et respondendum est, non posse, quia quandiu non est res alienata, causa impleta est, quoniam eius adimplementum in non alienando consistit. Ecce casum, in quo locus est primæ repetitioni, sed non secundæ.

8 Sed resumamus verba dict. leg. ea lege 3. C. de cond. ob caus. datorum. Inquiunt Cass. Id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet. Ergo pacto de non alienando effici potest, ne dominium alienetur. Sed hæc consequentia falsa est, quoniam alienatio valet quidem, nec impeditur dominij translatio, leg. sterilis 21. §. si tibi. de act. empt. leg. qui Roma 122. §. cohæredes leg. si ita quis 135. §. ea lege. de V. O. Sed ad interesse succedit obligatio, ut ex dict. leg. 1. constat, & ex leg. 43. tit. 5. part. 5. ubi Gregor. verbo non vale. Ratio est, quia obligatio, siue conventio de non alienando, est in factum cōcepta, quoniam facta negativa etiā facta sunt, leg. in facto 60. de cond. & demonstrationib, leg. 2. §. item

si in facto. de V. O. leg. facere 189. de Verbor. signific. facta vero intacta nulla ratione fieri possunt, leg. in bello 12. §. facti, de captivis, & postlim. reuerj. Ergo alienatio facta, non poterit fieri infecta; succedit vero obligatio ad interesse eius, qui rem alienare prohibuit, ut succedunt omnes obligationes faciendi leg. si quis ab alio 13. §. ult. de re iud. leg. stipulationes non diuiduntur 72. verl. Celsus de verb. obligat. iunct. leg. sterilis 21. §. si tibi. de actio. empti. cum alijs proxime allegatis. Secundum hæc principia accipiendus est tex. in d. l. 3. Cod. de cond. ob caus. dator. ubi non dicitur indistincte non posse dominium alienari, sed causariue; ita, ut si alienetur, competat conditio causa data, causa non sequuta. Notabilis est ergo differentia inter prohibitionem alienandi in testamento factam, & factam in contractu; testamento quippe si adest causa prohibendi alienationem, nec est nudum præceptum, impeditur dominij translatio, leg. si iusfam. 114. §. Dni 14. de leg. 1. sed non in contractibus; nisi prohibitio in contractu fiat, ab illo, qui post alienationem retinet aliquod ius reale in re; veluti si rem alienavi, quam mihi suæctam iuri pignoris reliqui, & apposui pactum de non alienando emptori, cui rem distraxi: hoc in casu, si pactioni non stetur, nulla & inutilis est alienatio. l. creditor 7. §. ult. ff. de distract. pignor. leg. ult. tituli. 5. part. 5. iuxta quos terminos accipiendus est text. in leg. ultim. Cod. de rebus alienis non alienand. Hæc sunt principia huius tractatus, breuiter potius iudicata, quam exposita, ubi nonnullæ differentie indicantur, & nullius ratio redditur, quoniam proprie ad inspectionem nostrā non pertinent, qui ex alijs discutere cupit adeat præter Cass. in dict.

dict. l. 3. & in d. l. creditor. 7. §. ult.
 Gomez in *l. 41. Tauri num. 18.* Ro-
 dericum Suarez *allegat. 9. num. 14.*
 & in *l. postrem iudicatam limita-*
tione t. n. l. 7. & 12. Ioannē Gu-
 tierrez in *leg. nemo 55. num. 28.*
deleg. 1. Gaspar. Rodriguez *de an-*
nuiis redditibus lib. 2. quæst. 9. nu-
mero 59. & seqq. Molina *de primog-*
en. lib. 1. cap. 12. num. 30. & seqq.
 Anton. Fabrū *de error. Pragmat.*
decad. 87. err. 3. 5. 7. & 8. nostros
 Antecessores Pichardum in *manu-*
duct. ad Praxim 2. parte præcepto
2. num. 13. & seqq. Valent. *lib. 3.*
illustr. tract. ult. cap. 20. dñ. 3. qui
 innumeros referunt.

9 Deinde alia ratione non est
 locus pœnitentiæ in donatione, quæ
 sub lege facta proponitur in *d. l. 3.*
C. de rord. ex lege. quoniam dona-
 tiones, quæ ob causam, vel sub mo-
 do fiunt, pendente causa non pos-
 sunt renocari: itaque si causa defi-
 ciat, locus est condictioni *causa da-*
ta, causa non sequitur; sed nondum
 defecta causa, non est locus pœni-
 tentiæ. ut ex *hac l. 3. l. si repetendi*
7. l. dictam 8. C. hoc tit. solent no-
 stri Interpretes rectè deducere.
 Plus ergo est in donatione ob causam,
 quam in datione ob causam: qui enim
 ob causam donat, ante defectum
 causæ non potest condicere ex capite
 pœnitentiæ; sed qui ob causam dat,
 si eum pœnituerit dedisse, condicere
 potest. *l. si pecuniâ 5. ff. hoc tit.* Non quod is, qui do-
 nat, magis dominium transferat,
 quam qui dat, cum verum sit, utrun-
 que dominium transferre, hoc enim
 importat dare §. sic itaque discretis
 inst. de actionib. l. vbi autem 75. §.
 ult. de V. O. sed quia is, qui dat
 ex causa donationis, & hoc amplius
 aliquam causam adicit prædictæ
 donationi, veluti ut aliquid fiat; du-
 plicem habet causam donandi, alte-
 ram præsentem, alteram futuram:
 Præsens causa est liberalitas dona-

toris; quæ cum pendeat ex solo ani-
 mo, & munificentia donantis, non
 potest videri defecta vnquam, vel
 non impleta, imò statim impletur,
 ac donatio facta fuit. Futura verò
 est, quæ pendet ex facto, & volunta-
 te donatarij, quæ idco potest imple-
 ri, vel non impleri. Hinc ergo fit, ut
 quemadmodum, si donatarius legē
 donationis implere nolit, danda est
 condictio *causa data, causa non se-*
quuta donatori, quoniam ex sola li-
 beralitate non fuerat donaturus: ita
 si donatarius paratus sit, implere,
 non est permittendum donatori, ut
 condicat, quia pendente implemen-
 to conditionis, legisve dictæ dona-
 tioni, subest alia causa præsens, &
 iam impleta, id est, liberalitas dona-
 toris, quæ nullum pœnitentiæ locum
 relinquit. Iam enim verum est dona-
 tum esse; & quanuis illud quoque ve-
 rum sit, donatum fuisse non simplici-
 ter, & absolute, sed ob causam; ta-
 men constat, adhuc durare præsen-
 tem liberalitatis causam, quæ non
 deficit, imò pura, & impleta est quæ-
 diu lex, aut modus, donationis non
 deficit. Ita hanc differentiæ ratio-
 nē subtiliter, & verè reddidit Ant.
 Faber *de error. Pragmaticor. dec.*
de 45. error. 9. quæ fuisse prius vi-
 detur Baldi in *l. dictam 8. num. 8.*
C. de condict. ob causam dator. &
 licet non ita expresse loquatur, in
 idem videtur incidere doctrina Sar-
 mienti *lib. 2. selectar. cap. 3. num.*
13. Antonium Fabram sequitur
 Osuald. *ad Donat. lib. 14. com.*
ment. cap. 23. litt. C. & Anteced.
 for noiter D. Larrea *decis.*

Granatens. 91.

num. 23.

(?)



CAPVT.

CAPVT. II.

De causis tacitis dationis, in quibus etiam com-
petit nostra conditio ex cap.
pœnitentiæ.

ARGVMENTVM.

*Etiam huic conditioni locus est in dato ob causam non expres-
sam. Puta, in dato conditionis adimplenda gratia. Vel facta
collatione à filio emancipato, si hereditas repudietur. Explican-
tur l. 1. §. 1. l. 2. l. si filius 13. hoc tit. Implementum conditio-
nis, non est pro herede gestio, sed actus purificatio: ideo post im-
pletam dandi, faciendi ve conditionem, hereditas potest repudia-
ri. Quæcunque conditio impedit hereditatis delationem. Condi-
tio, SI VOLET, extraneo frustra aducitur, in suo autem
cum effectu est. Cuius implementum ipso iure inducit immix-
tionem. Differentia hac in re inter legata, & institutiones ex-
traneorū. Conditio, SI IVRAVERIT, qualiter remitta-
tur? Eius adimplementum est etiam aditio. Suus ab extraneo
herede differt in tota hac disputatione. An suo heredi, qui im-
pletam conditione heres factus fuit, iure potestatis competat absten-
tionis beneficium? Exponuntur l. ei qui 13. de conditio-
nib. institut. l. is qui 13. l. Antistius 62. l. iam dubitari
86. §. ult. de acquirend. hered. l. conditionibus 5. de
condit. & demonstrat.*



*Et ut pro-
cedam eodē
ordine, & me-
thodo docē-
di, quo in su-
periore sec-
tione proces-
si, obseruo
etiam, quemadmodum locus est con-
ditioni causa data, causa non se-
quuta in illis dationibus, quæ fiunt*

*ob causam tacitam, siue subintelle-
ctam: ita etiam esse locum condi-
tioni nostræ in iisdem dationibus,
quævis causa tacite insit, nec ex-
pressa sit. Cuius rei exemplum existat
in l. 1. §. 1. l. 2. ff. hoc tit. ubi propo-
nitur, legatum mihi fuisse sub condi-
tione relatum, si decem heredi dedis-
sem: dedi illa heredi, & tacite dedi
animo consequendi legatum, siue ob
causam hanc tacitam. Postea testa-
men-*

mentū falſum accuſatū fuit, quo fuit effectū, vt minime conſequi poſſem legatū; igitur defeci cauſa propter quam dedit. Quo caſu Vipianus reſponder, me poſſe repetere, quæ dedi; quæ cōditio eſt, *cauſa data, cauſa non ſequuta*. Pone autem, non fuiſſe teſtamentum falſum accuſatum, ſed me poſt impletam conditionem, dataque decem, legatū repudiāſſe; poſſum hoc etiā caſu repudiationis, decē repetere, quæ eſt cōditio ex capite pœnitentiæ. Competit enim ex eo, quia me dediſſe pœnituiſe, ſiue quia repudiāui legatū, propter quod dederam. Eadem cauſa eſt filij emancipati, qui vt ſuccederet cū ſuo herede, eodēq; fratre in patris poteſtate retento; ex edicto prætoris, illi bona cōtulit: qui ſi poſtea bonorum poſſeſſionē repudiāuerit, condicet, quæ contulit ex capite pœnitentiæ. *l. ſi filius 13. ff. hoc tit.* Quid enim aliud eſt repudiare bonorū poſſeſſionē, quā mutare cōferendi voluntatē? Siue illū, qui cōtulit pœnitere? Vnde ſi de facto nō contulit, ſed de cōferēdo fratri cavit, ſtipulatione interpoſita; potexit, ſi hereditatem repudiāuerit, agētem ex ſtipulatione fratrem repellere exceptione pœnitentiæ; id eſt mutare voluntatis, & hereditatis repudiare. *l. 3. §. emancipatus. ff. de collatione bonor.*

2 Poſſet tamen dubitari circa propoſitam ſpeciem, in qua ſuppoſuimus, cum, qui decem dedit, conditionis adimplendæ gratia, & poſtea repudiāuit legatū: an is, qui conditionem implet, legatū poſſit repudiare? Cum impletio conditionis videri poſſet agnitio legatī, aut hereditatis aditio. Sed vt reſpondeam, obſeruo, actum qui ſub conditione ſuſpēditur, purum remanere impletā conditione, quæ ſi nunquam adiecta fuiſſet cōditio *l. vltima §. 1. de vulgari. l. novatio §. 1. de novation. l. vnic. §.*

ſi autem. C. caduc. tollend. Ergo voluntas, aut intentio illius, qui ſub cōditione legatū hereditatēve accipiens, illam adimplet, non progreditur ulterius, quam vt ſublata conditione, purum reddat actum: ergo poterit poſt impletam conditionem repudiare, quemadmodū poſſet, ſi purum legatū meruiſſet, vel ſi pure heres fuiſſet inſtitutus: imō & poſtquam dedit, fecitve, quod iuſſus erat ſub conditione dare, aut facere, non aliter heres erit, aut legatū habebit, quam ſi ſeparatim hoc agnouerit, aut hereditatem adierit. *l. et qui 13. l. pupillus 26. de condit. inſtit.*

3 Accidit aliquādo, vt heres ſub cōditione inſtitutus vno facto & conditionē impleat, & hereditatē agnoſcat; ſinge, ſuum heredem inſtitutum fuiſſe ſub conditione ſi heres eſſe voluerit; cōditio enim, *ſi voluit*, in extraneo fruſtra adiicitur, quoniam nō alio modo poteſt eſſe heres, quā ſi voluerit hereditatē adire. *l. furioſus 63. de adquir. hered. §. vlt. inſt. de hered. qualitate, & differentia.* In ſuo autē cōditionē facit, & illū de neceſſario reddit volūtariū. *l. hæc verba 12. de cond. inſtit. l. Cornelius 69. l. iā dubitari 86. de hered. inſtituend.* In qua re, vt ſuus ab extraneo ſeparatur, ita ſeparanda ſunt legata ab inſtitutionibus extraneorum: inſtitutiones quippē extraneorū, vt dixi, nō poſſūt fieri ſub cōditione *ſi voluerint*: legata vero ſub hac cōditione relicta cōditionalia ſūt, nec talis cōditio ſupernacua eſt in legatis. *l. ſi ita expreſſum 69. de conditionib. & demonſtrationibus.* Ratio differentię eſt plana, quoniam hereditas non aliter adquiri poteſt, quā ſi heres inſtitutus dixerit, velle ſe adire hereditatem, per hæc verba, *hereditatem adeo cernoque*, aut ſimilia; vel per geſtionē pro herede, quæ totz eſt etiā animi. *l. pro herede 20. gerit l. 38. de adquir. hered.* vt notatur in *§. vlt. inſtit. de hered.*

Dddd

dam

dū qualitate & differēt. Legata vero acquiruntur etiam ignoranti, nec per consequens indigent voluntate legatarij, vt illi acquirantur. *l. cum pater 77. §. furdo, delegat. 2.* Ergo qui adiecit conditionem, si *volet*, institutioni extranei, nihil plus adiecit, quam quod inest intrinsecus ipsi acquisitioni hereditatis, quare non poterit hoc facere actum conditionalem. argum. *Ex l. conditiones 99. de condit. & demonstrat.* Qui vero eam conditionem adiecit legato, aliquid adiecit, quod eius acquisitioni non inerat, & ideo conditionem important in institutione suorum, & in legatis etiam extraneorum, conferenda sunt, quæ notant Omnes Classici in præcitatis locis, & vltimè illos Donell. *lib. 7. cōment. c. 2. & lib. 15. c. 11. & c. 12. vers. quod seruatur.* Costa *lib. 2. select. c. 3.* Pichar. *princ. de vulgari n. 33. & in lectur. Salmanticens. ad tit. de adquir. hered. c. 12. n. 16. Valeria lib. 3. illustr. tract. 3. cap. 2. num. 32.*

4 Quibus parū refragatur text. *in l. is, qui heres 13. de adquirend. heredit.* Vbi postquam Vlpianus supponit hereditatem siue ex testamento siue ab intestato amitti repudiatione, quod est iuris nostri notissimū principium; docet, hoc ita procedere, si hereditas in ea causa sit, vt adiri possit, id est, si sit delata *l. 4. C. de repud. vel abstinenda her. l. delata 15 t. de V. S.* adde Donell. & Osuald. *lib. 7. cōmen. c. 4. Pich. in lect. ad tit. de adq. hered. c. 8. per totū:* exterū, inquit, heres sub cōditione institutus, si hereditatē ante existentia cōditionis repudiavit, nihil agit, quia pēdere cōditione, nō est hereditas delata. Cōcluditq; hoc ita procedere, *qualis qualis cōditio sit, etsi in arbitriū collata est.* Hic textus nō potest intelligi de suo herede, quoniā in suis nō est hereditatis delatio, quia statim à morte patris ei heredes existūt absq; yllō in

teruallo delationis, *l. in suis 11. de lib. & posth. §. 1. inst. de hered. qual. & differētia.* Docet Donell. *d. c. 2. Mench. lib. 2. de success. creat. §. 19. ex n. 30. Molina de primog. lib. 3. c. 13. n. 31. Pichar. in §. ita demū in sit. de hered. qual. & differ. & in præ l. ad leg. Gallus. c. 2. Valent. lib. 3. illustr. tract. 3. c. 1. & 2.* Ergo de extraneo intelligēdus est, quod omnes supponunt, magis quam docent ex protello, Pich. *d. c. 8. in lect. de adquir. her. n. 8. & Donell. d. c. 4.* Ergo conditio, in arbitrium collata, id est in volūtatē, si *voluerit*, efficit, vt nō deferatur extraneo hereditas, antequam illam impleat: ergo non est inanis, si institutioni extranei adiciatur. Non defuit ex antiquioribus, & ex neotericis alter, qui existimauerint, conditionem, de qua in hoc textu Vlpianus loquitur, esse si *volet*, atque hunc sensum esse, illorū verborum, *& si in arbitrium collata est*, putabat: sed immerito, quoniā illa conditio adposita institutioni extranei, nec actum suspenderet, nec hereditatis delationem impediret, vt diserte probant text. *in d. l. Cornelius 69. l. iam dubitari 86. de her. inst.* Ergo verius dicendum est cū Accurs. ibi *verbo in arbitrium*, accipienda esse prædicta verba de conditione potestatiua, quæ in tacitum arbitrium, tacitamque voluntatem heredis conferretur, veluti si in Capitolium ascenderit Titius heres esto. quæ multum distat ab illa, si *voluerit*, vel si *voluerit ascendere*, expressa enim quæ nocent, tacita non nocent *l. 1. delegat. 2. l. si ita expressum. 69. de cond. & demonstr. l. si quis Sempronium 68. de hered. inst.* Vt sit sensus, etiam illam conditionem, quæ a potestate, & facto heredis pendet, impedire hereditatis delationem, donec adimplentur. Dixit autē *qualis qualis conditio sit*, nō quia putaverit esse impropria cōditionē, sed pro qualicunque aut

aut quacunque conditione, quomodo prædictum verbum accipitur in l. qua actione 7. §. occisum, ad leg. Aquiliam. l. 1. §. non alias. ff. si is, qui testamento liber esse iussus est. leg. 1. ff. de bonis eor. qui ante sentent. Dixit deniq; arbitrium pro potestate. Qui est modus loquendi Ciceroni frequentissimus, lib. 11. epistol. familiar. epistola 20. MAXIMEQ; indignari, quod in Decemviris, neque Caesar. neq; Ego (Brutus loquebatur, cuius est epistola) habiti essemus, atq; omnia ad vestrū arbitrium essent collata. Et lib. 5. accusationis in Verrem non procul à principio. Notumq; omnibus, ut nemo tam rusticus homo L. Lucullo, & M. Cota Cos. Romam ex illo municipio vadimonij causa venerit, quin sciret iura omnia populi Romani nutu, atq; arbitrio Chelidonis meretricula gubernari. In quibus, & alijs locis arbitrij verbum pro potestate ponitur.

5 Ergo si legatum relictum fuit sub conditione, si volet; vel si heres suus institutus est sub eadem conditione; idem erit implementum conditionis, & agnitio legati, aut immisio in hereditate: quoniam non aliter illam implere possunt, quam si dixerint, vel se se agnoscere legatū, vel esse heredes, quod nihil aliud est, quam legatum agnoscere, vel se hereditati paternæ immiscere. Ex qua observatione explicanda est laule ni sententia, quæ est in l. Antistius 62. in princip. de adquir. heredit. ubi proponitur, fuisse quandam heredem institutum sub conditione, si iuraverit, hæc conditio à prætore remittitur leg. quæ sub conditione 8. de conndit. institut. quoniam aliqui sunt nimium timidi, nec iurare audent, sed si is, cui apponitur conditio, iurare voluerit; nihil prohibet, quominus possit implere conditionem, quoniam nihil turpe, aut contra bonos mores conti-

net, docent vulgò interpretæ in d. l. quæ sub conditione 8. Donell. lib. 8. comment. cap. 32. Molina de primo. lib. 3. cap. 12. à num. 44. Pacius legum concil. cent. 6. quæst. 46. Valent. lib. 1. illustr. tract. 2. cap. 15. num. 4. & 5. Gouean. in l. mancipibus 97. de cond. & demonstrat. Costa lib. 1. select. cap. 10. & in §. si arbitrata ampliat. 2. num. 1. & 2. Sarmientus, lib. 1. select. cap. 3. à num. 7. qui de remissione huius conditionis latè agunt. Ergo is, cui adiecta conditio fuit, iurare voluit; quærebatur, an statim heres foret? Labeo dicebat, non prius heredem futurū, quā aliquid pro herede gesserit, vel, quod id est, adierit hereditatē: quoniā iurando, magis videtur voluisse voluntatem suam declarare, quam hereditatem adquirere: itaque subtiliter Antistius Labeo distinguebat, inter declarare voluntatem, & adire hereditatem, quoniam, qui institutus est sub conditione, si voluerit, esse heres, & dicit se heredem esse velle, existimabat per hæc verba non adijisse hereditatem, sed patefecisse voluntatē suā, ex qua constaret, velle se heredem esse, sed nondum effectum fuisse heredem, donec illum actum ageret gerendi pro herede: distinguebat itaque affectum ab aditione: per adimplementum conditionis dicebat affectum demonstrari: per factum gerendi pro herede, adquiri hereditatem. Proculus vero, & Iavolenus contra putabant, quoniam nemo alio modo potest esse heres, quam dicendo se velle esse heredem, igitur si adimplendo conditionem dicit, se velle esse heredem, per consequens erit heres: quæ sententia merito obtinuit. Hæc rectissime accommodantur dict. l. Antistius 62. in qua iurisiurandi conditio proposita est, si iuraverit, se heredem esse velle, ut putat Cuiac. lib. 3. Digestor. Iuliani in dict. l.

ei qui 13. de condition. inst. quæ cōditio nec est insolita, nec sine effectu, ut perspicui potest ex l. cum patre 77. §. filius matrem 23. de legat. 2. ubi Cuiacius notat lib. 8. RR. Pap. leg. 3. de iure fisci. Alio modo exponit alii dict. l. Antistitius, sed non immoramur. Quoniam Cuiac. expositio satis nobis placet.

6 Ceteræ conditiones, quæ sunt in potestate heredis, sed non consistunt in expressa sed in tacita, & velata velutate si in Capitolium ascenderit, si Alexandriam ierit, si de cæ dederit; quandoque impleantur, non operantur acquisitionem hereditatis, sed tantum actus purificationem, ideoque postquam heres illis paruit, adire hereditatem debet, vel pro herede gerere ut heres sit, id est, ut hereditatem adquirat. Quod generaliter locum habet, siue in suis, siue in extraneis heredibus; in omnibus enim pariter verum est, aliud esse adimplendam conditionis factum, aliud acunda hereditatis. Sed in suis heredibus alia, atque dissimili ratione, si instituti sunt sub conditione potestativa, statim sui heredes patri existunt; cum suicitatis ius per dationem conditionis suspensus esset, l. 4. de hered. instit. leg. ult. ff. de condit. inst. nec effectus continuationis dominij producat, quandiu conditio pendet: ideo illa impleta, & eo quasi obice remeto, ius sui heredis se exerit statim, perindeque patri heres existit, ac existeret, si purè ab initio fuisset heres institutus. Hoc autem iure potestatis fit, non iure impleta conditionis l. conditionibus 5. de cond. & demonstrat. id est, quia implendo conditionem, non gessit pro herede, sed amovit obstaculum, quo amoro, ex iuris potestate heres extitit, l. 1. §. qui sunt in potestate cum similibus. ff. si quis omnia causa testamenti.

7 Ergo parendo voluntati,

per consequentiam hereditati se immiscet, quia per factum implendi conditionem, tollunt impedimentum, quod illis obstabat, quominus statim existeret sui heredes. Imò cum pareant conditioni volentes, volentes etiam faciunt, per quod se immisceant: unde deducit eleganter Marcianus in leg. iam dubitari 86. §. 1. in fine. de hered. instit. suos heredes, qui parent conditionibus potestativis, sub quibus sunt heredes instituti, sua sponte heredes existere, & per consequens ius abstinendi, quod prætor suis heredibus indulget, leg. necessarijs 57. adquirenda her. illis non esse concedendum, quoniam non est propositum prætori filios liberare ab oneribus hereditariis sponte susceptis, leg. filius 12. de vulgari & pupill. subst. quod eleganter notant, & exponunt Fulgosius in d. l. 1. §. 1. hoc tit. Costa lib. 2. sect. lect. cap. 3. num. 2. & 3. Itaque illud ipsum factum, quod in extraneo non inducit gestionem pro herede, inducit in suo voluntariam immixtionem contra regulam text. in leg. cum qui honis 87. de adquir. hereditate. Sed hoc per consequentiam potestatis fit, cui si impedimentum auferatur voluntarie, ius suum etiam exerit ex voluntate illius, qui impedimentum remouit, ut notat Cuiac. in dict. l. iam dubitari 86.

8 Sed ex hac ratione iuris deducta longa disputatione sic potest argui aduersus nostrum text. in dict. leg. 1. §. 1. hoc tit. Ut cunque enim eius decisio procedere posset in illo ex tranco, qui heres institutus sub conditione potestativa, illam impleuit, nec ideo videri potest adijisse hereditatem, alius, atque dissimilis sit actus ad eundem, & adimplendi conditionem: tamen procedere non potest in eo, qui sub conditione legatum meruit; ille enim cum scire debuerit, patri-

purificatum legatum statim suum fieri, & in eius dominium, etiam ignorantis transferri, sine cuiusq; facto, ut legata pura solent fieri legatariorum à morte testatoris directo, *l. legatum 80. de legat. 2. l. a Titio 64. de furtis*, cum, inquam, hoc scire debuerit, & conditionem implevit; videtur agnovisse legatum, cum id fecerit, per quod statim sibi legatum acquireretur; ut de suo herede nuper disputabamus. Ergo qui adimplevit conditionem, sub qua legatum accepit, non poterit illud repudiare. Sed subtilis est differentia inter continuationem iuris, & dominij paterni in suum heredem statim post mortem parentis, vel cum primum potest continuari; & inter acquisitionem legati; dominium enim in ipsum heredem continuatum, est purum, perfectum, & irrevocabile, quale erat apud patrem, cum vivebat. *l. in suis 11. de lib. & posth.* quare semel acquisitum repudiari non posset, nisi ex pratoris beneficio, imò tunc magis abstinere eo qualiter qualiter ius, quàm repudiare;

& heres, iureque stricto dominus manet, *l. cum quasi 30. §. sed & si suus 10. de defide. commiss. libertatib.* Dominium verò, quod acquiritur legatario, est revocabile, quod repudiari potest. *leg. legatum 7. de legat. 1.* cum alijs, in quibus agitur de repudiatione legati. Quare ius, qui implet conditionem potestativam, efficit ut sibi dominium adquiratur, quod repudiare non potest, cum irrevocabiler acquisitum sit; legatarius verò, qui eandem conditionem implevit, efficit, ut sibi acquireretur, siue deferretur legatum, & legatum ita acquisitum, delatumve, recte potest repudiari. Quam differentiam fortè primus excogitavi ad expositionem istorum iurium, indigebatq; maiori, ut dicunt, exornatione principiorum, quæ mea supponatur; sed exudito lector satis est indicasse; studioso vero à nobis sit fides, aliter enim finis non foret, si omnia, quæ dicenda sunt, in longum protraherentur semper.



Eccc

CAPVL

CAPVT. III.

De differentiis huius conditionis, & primæ, quæ
dicitur *caussa data, caussa non sequuta*;
an possint concurrere.

ARGVMENTVM.

Differentia inter conditiones ex capite pœnitentiæ, & causa non sequuta. Hæc cum actione præscriptis verbis, concurrat; illa nunquam. Hæc continet maiorem utilitatem, illa habet expeditiorem exitum. Potest illum pœnitere, qui capit implere, sed non omnino impleuit: sed tanquam causa non sequuta non potest condicere, nisi qui omnino ex parte sua satisfacit. Vbi vero locum non habet defecta iam causa, conditio causa non sequuta; nec locum habet conditio ex capite pœnitentiæ. Vbi commodum ex tuo facto mihi resultat, non sufficit voluisse te implere, nisi cum effectu impleris. Sed ubi pœnituit eum, qui dedit reputanda sunt, quæ alter in apparatus itineris consumpsit. Evanescitq; conditio, si plus expendit, quam acceperat. Defenditur Tribonianus, siue Ulpianus potius in lege si pecuniam 5. in princip. hoc tit.



X his, quæ hucusque dixi, apparet, eum, qui dedit, habere duas conditiones ad repetendum, quod dedit; & actionem *præs. verb.* ut adimpleat alter fidem contractus. Conditio *caussa data* competit, postquàm iam constat, causam propter quam datum fuit, omnino defecisse: conditio ex capite pœnitentiæ, competit eitam, antequam

constat, defectam fuisse causam, cum primum pœnituit eum, qui impleuit, impleuisse. Conditio *caussa data, caussa non sequuta* concurrere potest eum actione *præs. verbis*, donec alterutram eligat is, qui impleuit: cum sit utriusque eadem causa, scilicet, non fuisse impletum ab aduersario negotium, cum alter illud impleuisset, & utque ad perfectionem, impletumq; spectaret. Quo casu vel suum repetere potest, vel ad implemendum agere. l. 1. §. ult. de rer. permutat. l. naturalis 5. §. 1. de *præs. verbis*.
Con.

Conditio verò ex capite pœnitentia, cum actione *præscriptis verbis* cōcurrere nō potest, quoniā vtriusque remedij contraria est intentio. Is enim, qui agit *præscriptis verbis*, desiderat, vt contractus ab aduersario impleatur: qui vero rem repetit conditione ex capite pœnitentia, supponit, se velle à contractu resilire. Sed conditio vtraque rectè concurrir, vt is, qui defectu causæ potest condicere tanquam *causā non sequutā*: possit etiam condicere ex capite pœnitentia: quoniam licet sit diuersa intentio, non est contraria: cum possit dicere, postquam aduersarius implere non vult, se pœnitere adimpleuisse, cum posset etiam ante defectum causæ à contractu resilire, cur non poterit etiam resilire, & mutare voluntatem post defectum; imò multo magis. Ecce post defectum causæ competit conditio ex capite pœnitentia, & tūc certo certius est dari conditionem, *causā datā, causā non sequutā*. Ergo vtraque conditio concurrere potest, vt alterutram possit eligere is, qui impleuit. Quod nullo iuris ciuilis testimonio possum probare, sed elegantèr probatur nostro iure *ex l. 3. tit. 6. partit. 5. l. 4. tit. 14. eadem partit. 11a.*

2 Sed propter diuersam vtriusque conditionis causam, nunc expedit agere conditione *causā datā, causā non sequutā*, nunc conditione ex capite pœnitentia. Altera enim maiorem vtilitatem continet; altera habet minorem difficultatem. Conditio enim ex capite pœnitentia competit, licet adhuc aduersarius implere possit, quod promittit: quare siue causā deficiat, siue non deficiat adhuc; dum quis dicit, pœnitere se dedisse, & vult rem datam repetere: audiendus est: quoniam cōpetit nō ex defectu aduersarii, sed ex mutatione voluntatis illius, qui adimpleuit. Itaque hæc

conditio facillimè expeditur, cum solum exigat mutationem voluntatis. At verò in conditione *causā datā, causā non sequutā* necesse est probare, causam defecisse, nec amplius sequi posse, quod est maioris operis, & difficultatis.

3 Rursus mutare voluntatem potest, & condicere ex capite pœnitentia is, qui ex parte sua non omni nō satisfecit; veluti si pepigimus, vt Ego decem darem, Tu pro me Romanā ires; & Ego dedi quinque; & adhuc integra, id est, ante quam expenderes aliquid in apparatu itineris, pœnituit me quinque illa dedisse, possum illa condicere ex capite pœnitentia. Nanque quanto minus impleuissem contractum, tanto magis ab illo possum resilire: neq; enim obligari potest, qui dedit, magis quam si non dedisset, vt animaduerti *sup. hac ipsa sect. cap. 1.* At si nihil dedissem, impune à nuda conventionem possem discedere; *l. iurigent. 7. §. sed cum nulla. de pactis.* Ergo, cum aduersarius meus non impleuerit, Ego, qui dedi, repetere potero, quidquid dederam, si me penituerit dedisse. Aliud dicendum est, de conditione *causā datā, causā non sequutā*: frustra enim causam petero, causam sequutam non fuisse, & eo prætextu repetere, cum non impleuerim in totum, quidquid ex parte mea tenebar implere. Igitur nec *præscriptis verbis* agere poterit, qui pro parte tantum impleuit, & quinque dedit, qui decem dare tenebatur. arg. *ex l. Iulianus 13. §. off. ferri. ff. de actionib. empti.*

4 Illud commune habet vtriusque conditio, vt quando defecta iam re, propterquam datum fuit, nō habet locum conditio *causā datā, causā non sequutā*, nec locum habere possit altera ex capite pœnitentia. Veluti cum dedi, vt mihi obtemperarer, siue cū dedi, vt seruū tuum intra illas Kalendas manu-

mittere

mitteres, nec manumissisti, quia ante diem Ierus mortuus fuit. Cessat repetitio dati, quoniam licet dederim, ut manumitteres, nec manumissisti, tamen satis paritum fuit meæ voluntati, ex qua nihil spectavi, nisi ut mihi obsecundaretur; quoniam ex facto tuo manumissionis, nihil spectare poteram, nisi obsequium. Itaque cum non contempsisses præceptum meum, siquidem antequam manumittere posses: decelsit Ierus, condictione non potest teneri; quoniam licet res sequuta non fuisset, scilicet manumissio cum effectu; sequuta fuit causa, non contemptum videlicet, quod est obsequium sius obsecundatio præcepti mei, propter quam dedi. De quo dixi latius, & expressius *superiore lect. cap. 7. numero 9. & seqq.* ubi exposui l. 3. §. *quinimod. ff. de iur. tit. & l. pecuniam penult. C. de iur. tit.* ex quibus non recte intellectis auctores nostri, quos tibi laudavi, & Duaren. *ad hunc tit. cap. 4.* existimabant, non competere conditionem *causa data, causa non sequuta*, cum res delit sine culpa sequi; sed eo casu competere conditionem ex capite pœnitentiæ: verius est enim in illis speciebus neutri conditioni locum esse; quia causa sequuta fuit. Et sane frustra indistincte in aliis omnibus denegatur conditio; si quod repeti non valet *causa non sequuta*; posset repeti ex capite pœnitentiæ. Itaque consentio potius Antonio Fabro in *ration. ad l. si pecuniam §. ff. hoc tit.* qui docet, vbi denegatur post defectum rei conditio prima; denegari etiam secundam conditionem.

5 Non obstat text. in l. *si pecuniam §. ff. hoc tit. de condition. caus. data, causa non sequuta*. In qua proponitur Me tibi pecuniam dedisse, ut pro Me Capuam ires deinde cum paratus esses ad proficiscendum, temporis conditionem, vel valetudinem impedimento fuisse, quæ

minus eo proficisceris. Quæsitum fuit, an data pecunia repeti posset? Et Vipianus responder, cum per Te non steterit, quominus faceres, id est Capuam ires, repetitione cessare. Hactenus proculdubio loquutus fuerat Vipianus de conditione *causa data, causa non sequuta*, cum dixit, non posse Me rem, siue pecuniam datam condicere. Subiicit tamen, cum liceat pœnitere, posse eodici ex capite pœnitentiæ, quod ex prioris capite repeti non poterat. Et cum locus esse non potest primæ conditioni, est locus secundæ: & quod tanquam causa non sequuta repetere non possum; possum condicere ex capite pœnitentiæ; quia me pœnituit dedisse. Excelsit difficultas hæc viuidissimum alioqui Antonij Fabri acumen, & postquam ad præstendam solutionem aliqua experimenta ingenij fecisset, cum ex animo res non succederet, ausus fuit affirmare Vipianum in *d. l. si pecuniam §.* omnem ad eo casu conditionem negasse, eoque referenda esse verba principij ibi: *& cum per Te non steterit, potest dici, repetitionem cessare.* Quæ sequuntur verò, in quibus aperte docemur, competere conditionem ex capite pœnitentiæ, putat tollenda esse, & à textu expungenda, tanquam Tribonianum potius, quam Vipiani, quem malum l. Consultum, iniquum, impostoremque pluries, quam par esset, appellat; & miserum vocat Accursium, & Bartolum, qui decepti ab eo sunt, ut existimat, specie, facieque iuris petiti alicuius; quo quasi cæstro percitus, omnia huius legis verba discurrens, nihil inuenit, in quod non offendar; & post acerua scommata, hinc impropria, quæ in Tribonianum cumulat, in hæc verba longuissimum rationale desinit. *ex his apparet, quam verum sit, quod volumus, totam hanc ferè legem Triboniani esse potius, quam Vipiani; delevitque una litura, non explicare, debuisse;*

debuisset, nisi quidquid sub Prudentum nominibus in Pandectis scriptum est, pro totidem Iustinianensibus legibus ex ipsa Iustiniani constitutio ne accipi oporteret. Valeat igitur hæc lex, & vim legis habeat, tanquam Tribonianus, et non certè tanquam Vlpianus, si me iudicem ferre quis velit.

6 Nobis autem lenius est ergà Tribonianū cor, quem doctū, peritumque iuris fuisse, nec facilè ignorantia notandum, sæpè asseruimus, & vellem sane persuadere hac ætate, quando nonnihil auctoritatis iuris libri amiserunt, cum multi audent I. Consultis ipsis detrahere, hoc velamento, quasi quæ sub eorum nominibus prostant Triboniani sint. Age igitur expendamus rationes Fabri, simulque exponemus textum, quem nostri Classici non recte perceperunt, cum non aduertissent ad distinctionem quam præbuit *d. cap. 7. n. 2. & seqq.* Primo itaque suppono, in nostra l. 5. dedisse pecuniam me, ut Capuam proficisceris. Hoc non est præceptum, siue obsequij causa: sed potius factum, ex quo utilitatē sperabam. Igitur si causa sequuta non fuit, quæcunque ratione non sequeretur, conditio causa, data causa non sequuta locum habebit. Vt tibi admoneram. Quare ergo inquit Vlpianus, si paratus fuisti ire Capuam, nec iuisti morte, aut aliqua ratione detentus, cessare cōditionē? Sed fallitur, qui existimat, ita l. C. respondisse, asserit enim in proposita specie posse dici cessare repetitionem, sed non manet in hac sententia, quin potius in sequenti vers. persuadet, nō cessare repetitionē dati, elegantī dylēmata: inquit enim. Si postquā non iuisti, siue culpa, & negligentia tua non inueris, siue casu fortuito, licet pœnitere me, & hoc nomine pecuniā repetere, cur etiā tanquā causa data, causa non sequuta, repeti eadem pecunia non poterit? Aut quid po-

test interesse dicere, non posse pecuniā repeti prima conditione cū possit repeti secundā? Nisi dicamus in illa specie facilius recurri ad secundam conditionem; quia posset, qui accepit, dicere, siue causare, causam nondum defecisse; quanuis enim nō iuisset adhuc Capuam, paratum se esse proficisci: & per hoc cessare conditionem illam. Quod si fortè allegaret is, cui data pecunia fuit, inquit Vlpianus non deberi adhuc repetitionem impediri, quoniam licet pœnitere re integrā, & statim ac data pecunia fuit: ergo licebit multo magis post tēpus pœnitere, si nihil aliud repetitionē impediat; de quo postea acturus sum. Itaque illa verba, *potest dici repetitionem cessare*, non sunt decisiva, siue non continēt decisionem, sed tantum dubitationem, & sententiā, quam aliquis posset habere, nec ab Vlpiano ut sequenda proponitur. Sic & Papinianus supposuit in l. ult. de condit. sine causa, & Paulus in l. cum putarem 36. ff. famil. erisc. & mos est omnium I. Consultorū disputatium, ut perspicieret, qui libros quæstionum Iulij Pauli legerit; quod facilius crederet, qui animaduernerit, d. l. si pecuniam 5. de sumptis esse ex lib. 2. Disputationū Vlpiani, scietq; huius textum styllum ab aliis distinguere.

7 Hæc, quæ hucusque diximus de conditione ex capite pœnitentia, generaliter vera sunt; potest enim datum repeti, siue statim, siue postea condicatur. Habent verò elegantem, & propriissimam distinctionem, quam præbet Vlpianus in præsentī. Finge enim, eū, qui iturus erat Capuam, aliquid impedisse in apparatu itineris, quod minime impenderet, nisi ad proficiscendum paratus esset: eo sanè casu, non licebit illi, qui dedit pecuniam repetere, nisi refundat alteri sumptus necessarios ad apparatus itineris factos. Quoniam tam in hoc, quā

fff

in ccs

in ceteris contractibus, semperqui ex parte sua aliquid ratione negotij impedit, habet reputationes impensi in aduersarium. *l. furti 6. §. ultimo de his qui notant. infam. l. ei apud quem 5. ff. depositi.* Sed cum hoc negotium incertum sit, nec actionem contrariam producat, ut producant mandatum, depositum, commodatumque; ideo necesse est, ut si alter aduersus conditionem opponat de sumptu ad apparatus, res remperanda sit officio iudicis, si incertum sit, quid impendit, vel impendere debuisset; ut tantum minus restituat de pecunia accepta; vel si iam pecuniam restituit, actio in factum illi dabitur, quæ nascitur ex synallagmate, siue ex negotio inter utrumque gestum. arg. ex *l. iuris gent. 7. §. 1. de pact.* Denique, ut Vlpianus concludit, indemnitas præstabitur illi. Hunc vocat errorem Antonius Faber, atque utilius, & expeditius esse, uti quantitas consumpta, siue expensa in apparatu itineris, compensaretur cum accepta, & tantominus restitueret, quanto expenderat. Sed non animaduertit Faber, non posse compensari nisi debita, liquida, & quæ habent liquidam causam debendi. *l. ult. C. de compensat. §. in bona fidei 30. inst. de actionibus l. 21. tit. 14. part. 5.* docent Pichard. & innumeri ab eo relati in *d. §. in bona fidei.* præsertim ex *num. 11.* & à Parladorio *lib. 2. rer. quotidian. cap. ult. 5. part. 5. n. 30.* Phyrus Maurus *de solut. cap. 2. §. 5.* Treutlerus *select. volu. 1. disput. 25. thes. 8. litt. G.* ubi ex multis docet, debitum esse liquidum, quod sine latiore indagine in breui liquidari potest, ut utar Pragmaticorum verbo. Cum ergo in breui liquidari non possit, quantum in apparatum itineris alter impedit, quoniam hoc probationibus testium indiget; rursus quid potest, & debet fortè à iudice taxari, & moderari, quod

impeditum fuit; ideo meritò Vlpianus non meminit remedij compensationis, quod in præsentis specie non poterat habere locum; sed tantum indemnitatis præstandæ, quæ consequenda est remediis, quæ proxime proposui.

8 Igitur cum aliquid impendit in apparatu itineris, deliberatur, ut ita dicam, conditio, quia quod superest pecuniæ datæ repeti potest: cum vero tantum, quod accepit, in apparatu expendit, vel plus expendit, quam accepit; tunc omnino repetitio cessat, cum nihil sit; quod debeat, possitve restitui, siquidem totum expensum fuit. Imò ipse, quod plus impedit, petere poterit ab eo, qui pecuniam dedit, utique si iuste, & cum necessitate expendit. Id non negat Antonius Faber, sed ineptitudinem culpât Tribonianus, qui casus tractat, qui non possunt succedere. Primo enim ubi Vlpianus supponit, posse eius, qui accepit interesse, Capuam proficisci: quærit Faber, quisnam hic casus sit, aut ubi gentium possit succedere, ut qui pro altero proficiscebatur, prætereire possit, sua interesse. Sed Ego in his, quæ in facto consistunt, non soleo immorari; si non intersit, non erit locus decisioni Vlpiani, si interfuerit, locum habebit. Finge tamè, ut qualè qualè casum præbeamus, cum ad alterius negotia profecturus fuisset, quæ diu erant duratura, Capuæ hospitium cõduxisset, & ibi alia necessaria parafse: proculdubio rã eius interest proficisci. Alios casus quæret, qui sedulus sit, vel magis expertus, aut usus, experientiaque illos dabit. Rursus Faber in Tribonianum se inuehit, quoniam supponit, potuisse aliquem in apparatu itineris expendere vel totum, vel plus, quam accepit. Quis enim, inquit, totam pecuniam itineri, mansionique destinata in vrbe ante profectiõem consumeret? Sed respõdeo, id etiam ex facto pendere. Sed finge, non totam summam statim

statim fuisse representatam, sed quā
tulam in antecellum, *de ante mano*,
vbi assolet quotidie. Quam totam,
vel maiorem expendit, qui accepit.
Eccē vbi casus etiam huius suppo-
sitionis potest inueniri. Ait deinde
Faber, mancum, aut mutilum esse
respondum, cum in eo non declare-
tur, cui sint adiudicanda ea, quæ cō-
parata fuisse à proficiscente suppo-
nitur. Sed respondeo, cum ad of-
ficium iudicis spectet, illum indem-
nem seruare, & facere expensi repu-
tationes: iudicem ipsum de ea re
cognoscere, & decernere debere. A
dem ait, inconuenientia esse, & in-

consequentia illa verba: *manifeste
sit, te forte plus, quam accepisti, ero-
gasse*, si manifestum est, quod est
verbum assertiuum, cur postea dubi-
tat per verbum *forte*. Respondeo
manifestum esse te erogasse, sed non
esse quantitatem manifestam, forte
enim plus erogasti, quam accepisti;
forte minus. Vel si aliquid immu-
tandum est in textus recepta litte-
ra, legerem pro *forte* *Fere*: ita, *Ma-
nifestum sit, te fere plus &c.* Hac
satis sint pro expositione, & defen-
sione huius principij; percur-
ramus reliquam
legem.

CAPVT III.

Prosequitur expositio d. l. si pecuniam §. §. i. cum seqq.
usque ad finem l. & defensio Triboni-
aniani.

ARGVMENTVM.

Diversus stylus est disputationum, & caterorum tractatum. In
primo §. agitur de seruo dato, ut manumittatur, ad quem
casum pertinet constitutio D. Marci. Eum, qui seruum suum,
ut manumitteretur, dedit, potest pœnitere: seruumq; condice-
re. Quid si denuntiationibus contemptis, seruus ab accipiente
manumissus sit? Quando detur, vel non detur actio in manu-
missorem? Tradere, nonnunquam significat dominium trans-
ferre. Dare ex diuerso aliquando significat simpliciter tradere.
In quo differat negotiū hoc a mandato, & in quo à mortis caus-
sa donatione. In secundo §. datur pecunia, ut seruus alienus
redimatur, & manumittatur. Quo etiam casu locus potest es-
se pœnitentia, & quid condiscatur. In quo iterum hoc negotiū
distet à mandato? De cautione de persequendo seruo, qui