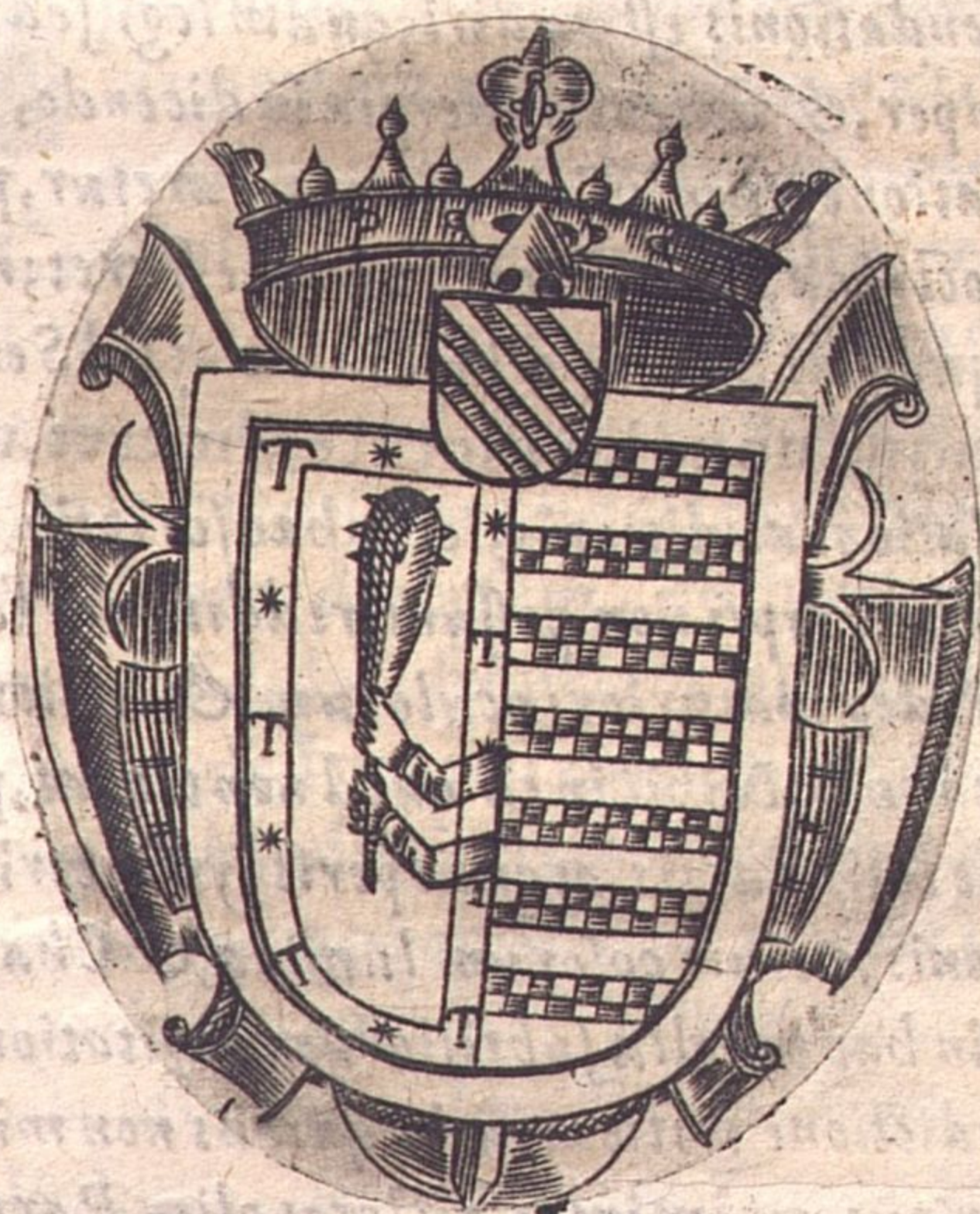


EXTEMPORANEA INTER-  
pretatio text. in l fundum Cornelia-  
num 28. ff. de nouationibus, in acade-  
mico certamine, pro Cæsarea  
vespertinorum ca-  
thedra.

1229

Anno



1644.

NUNCVPATVR ILLVSTRIS. ATQVE  
Excellentis. Principi D. D. IOANNI CHVMACERO, &  
CARRILLO, in Supremo Hispaniarum Se-  
natu, Præsidi desideratissimo.

AUTHORE D. D. IOSEPH NVÑEZ  
Zamora, Salmanticensis Curia perpetuo  
Consiliario.

SALMANT, APVD ROALES;

UVA. BHSC. LEG 16-1- n°1229



**D. FRANCISCI RAMOS DEL MANZANO I. C. PRIMARIE**  
in Salmantinâ Scholaiuris Cæsarum antecessoris, sacrique in  
causis fidei Senatus, Consultoris, censura.



**ELEGANTE** Cl. & Rev. D. D. Ludovico Venegas de Figueroa, Conf  
liario Regio, & Scholæ nostræ Cancellario, eruditam hanc Papiniani com  
mentationem dictam primùm ex suggesta, & tempore, ab Academico can  
didato, & professore clarissimo D. D. Iosepho Nuñez de Zamora, & ab  
eo deinde prelo destinatam, legimus perlibenter, ut quod de se ipso Ambrosius, censere  
mus, non solum auribus, sed etiam oculis. Et vero non mediocriter verendū fuit,  
ne non, laudibus auditionis, & plausibus, lecta eadem responderet, non tantū, qua por  
tione plerisque maioris commendationis est audiri, quàm legi, sed vel maximè, quia in  
ter paucos hic noster, viua semper, & valentis energia in dicendo, presentisque animi,  
& ingenij, nihil in hac dissertatione, cum è Cathedra profaretur, passus est otiosi esse; ni  
hil, quod non sua acuminis, doctrina, & orationis virtute staret; nihil, in quo auditor,  
sine damno aliud ageret; & quod de Severo olim Gallio apud Senecam, cum dice  
ret, rerum potiretur, nemoque non, illo dicente, timeret, ne desineret. Sed vel  
ita respondet, fama, & expectationi auditionis, lecta hæc scriptio, & quas pronuntiatio  
nis dotes, & veneres representare typij non possunt, reddit cum fenore doctrinae & glo  
rie, subiecta, morosiori, atque ideo maturiori oculorum, & lectionis examini, speciosa  
hæc melioris iuris prudentia tabula. Nihil in ea quod non teneat, pascatque dulciter, in  
diciosa inspectionis aciem, siue totius artis, atque operis symmetriam, maiestatem, &  
paraturam spectes, siue orationis, veluti colorum lumina, & Charites, siue denique in  
genij veluti penicillo ductas in hac tabellâ subtiliorum cogitationum lineas, atque in  
primis extremas illas de conditione vitæ variâ, in quibus non minorem fortassè laudē  
hic inter nostros hodie promeritus, quàm inter pictores olim Parrhasius, confessione  
artificum, in lineis extremis palmam adeptus. Vt proinde dolendum non imme  
ritò sit, acri, & alacri genio dicentis, ne pleraque alia iuris arcana lustrando illustra  
ret, obstitisse Academici horarij metas, campumque defuisse, non cursum; sicut eidem,  
cum edit, cura fuit, causam potius implere, quàm paginam. Quamquam, & do  
lendum omnino magis, tot dextris petitionibus, levam toties fuisse fortunam, & dilata  
scholasticæ doctrinae premia, quæ concessa discentium bono cederent, & scholæ splendo  
ri. Verùm hæc alterius loci, & querelæ. Nostri interim petitoris, vel gloria, vel solatio  
suffecerit, antecessuræ lauream, quam mordere hactenus Apollo non dedit, virtute cer  
tè, & meritis iam diu libasse, & in litterarijs tot certaminibus, abiectum sæpius potius,  
quàm victum, semperque in armis, & statione paratum, spartano more, & animo, pal  
mam non tradidisse, sed perdidisse. Nostri itidem muneris satis iam sit, semel serioque  
effari, commutationem hanc Papiniani, dignam Papinianistis lectoribus, cultoribus  
que (quales olim Papiniani nomini, & scriptis deuotos Iustinianus noster describit) nō  
modo edi in publicum posse, sed & abigendis morumque damno, sed & debere in iuris  
scientiæ, sæculi, & scholæ decus, & ut est proverbio grecanico τα καλὰ τρεπεῖν ἐξω.  
Ita censeo, & scripsi, Salm. 5. Kal. Aug. Anno Christiano 1644.

# ILLVSTRISSIMO, ATQVE

Excellentissimo Principi D. D. IOANNI CHVMACRO  
CARRILLO, in supremo Hispaniarum Senatu,  
Præsidi desideratissimo.



ANTIQVIVS Votum est. Illustriss. atque  
Excellentissime Princeps, te nō solum auri-  
tum, sed etiam oculatum studiorum meorum  
testem facere. Est enim cogitationis, atque  
sermonis nostri, supernè ingenerata certa fa-  
cies; quam vel plausum extollere, vel liborē  
corrumpere ex æquo promptum est, nisi spe-  
cularis obiecta Crystallus, sincerius de lite censeat. Subindē  
præsentis iudicij tui, acre speculum ambit extemporaria hæc  
oratio, vt sententiam aliquando subeat, non ex vicario testimo-  
nio, sed ex oculorum plenissima fide. Inter quę tantum plerun-  
que refert, quantum inter deterfam, obductam vè Crystallum.  
Causaberis fortean Cādidiati fidutiam quem satius foret mode-  
stius reuereri, non magis Imperij tui, quam tuæ sapientiæ fas-  
ces. Quis enim impunè iudicium tuum subibit, præsertim laces-  
situm? Sed intētionis meæ propositum excuses oportet: Litem  
contestor nuncupationis ambitu: prætextata mea ad iudicem  
supræmum prouocatio est: Idcirco te adire censei cum pura  
nuncupantis religione, tum integra fronte litigantis. Certè  
quos premit obsequium spiritus mihi causa facit. Iam vero fas-  
ces tuos operà nostra adorat Papinianus Præfectus quondā Pre-  
torio, vt tandem Romani Imperij, atque sapientiæ summittat ti-  
bi fastigium: vsque adeò dedicatio mea, eius debotio est. Equidē  
redemi, tam locuplete præde superuiam inscriptionis: quæ fo-  
ret alioquin ad virum verè Principem, atque mundi negotijs  
occupatum, vel imprudentiæ, vel ambitionis rea. Quod autem  
ad me spectat illa subest spes, te non sententiam de interprete,  
sed interpretem potius de sentētia æstimaturū. Quæ si impræ-  
sentiarum tibi probabitur, erit (spondeo) auspicata prolusio ad  
sotias obseruationes; quæ iam dudum lucem timent, ne tenebras  
denuò ex postgesto patiantur propter infelicem authorem;  
Inte-

Interim Illustrissime, atque Excelentissime Domine ad æter-  
nam Reipublicæ salutem diutissimè vale, vt tecum floreat sine  
senectâ Hispaniarum Imperium.

**Excel. T. perpetua fide colens.**

**Doctor D. Ioseph Nuñez,  
Zamora.**

Ex temporaria interpretatio textus,  
in leg. fundum Cornelianum 28 ff.  
de nouationibus in academico certa-  
mine, pro Cæsarea vesperti-  
norum Cathedra.

Papinian. lib. 2. definitionum.



**V**NDVM Cornelianum sti-  
pulatus, quanti fundus est postea stipulor: si non  
nouandi animo secunda stipulatio facta est, ces-  
sat nouatio, secunda verò stipulatio tenet, ex qua  
non fundus, sed pecunia debetur, itaque si reus  
promittendi fundum soluat, secunda stipulatio iu-  
re non tollitur, nec si litem actor ex prima con-  
testetur: denique meliore, vel deteriore facto si-

ue culpa debitoris postea fundo, præsens æstimatio fundo petito rectè consi-  
deretur; in altera verò æstimatio venit, quæ secunda stipulationis tem-  
pore fuit.

Iure consulti sententia constat ex hac specie. Primum sti-  
pulatus sum, fundum Cornelianum mihi dari, deinde ex inter-  
uallo, vel incontinentèr, stipulor, quanti fundus est, id est, veram  
atque præsentem fundi Corneliani æstimationem, quam secundam sti-  
pulationem interposui, sine animo nouandi prioris. Triplex est  
quæstio præambula: Primum, utrum posterior obligatio æstimatio-  
nis, faciat prioris nouationem, sine expressa voluntate nouan-  
di. Secundum, utrum saltèr fundo petito, & lite contestata ex  
prima stipulatione spiret posterior obligatio æstimationis. Po-  
stremum, utrum fundo Corneliano soluto prioris stipulationis  
potestate, censeatur extincta posterior, quæ continet eiusdem  
fundi pretium. Negat Papinianus è vestigio: quia nec posterior  
stipulatio æstimationis facit nouationem prioris, nisi expressa

intercedat voluntas, nec litis contestatio ex prima, extinguit  
posteriores, nec denique, fundi Corneliani solutio iure tollit  
obligationem pretij debiti ex posteriori stipulatione. Quia prop-  
ter etiam petito, soluto vè fundo Corneliano ex prima stipula-  
tione, adhuc pecunia ex secunda peti potest. Ea tamen differen-  
tia, quod est vniuersæ definitionis momentum, vt fundo in iudi-  
cium deducto, atque per sententiam æstimato, litis contestatæ  
tempus duntaxat spectetur ad ineundam fundi æstimationem,  
non tempus contractus, non rei iudicatæ, modo pretiosior, mo-  
do deterior reperiatur petitionis tempore, *præsens æstimatio fundo  
petito rectè consideretur*, inquit Iureconsultus, idest, pretium il-  
lud quo estimari debet, cum petitur per litis contestationem. Se-  
cus atque eiusdem fundi pretio in iudicium deducto ex poste-  
riori stipulatione, *quantifundus est*. Quandoquidem ad ineundum  
pretium fundi per sententiam iudicis, posterioris obligationis  
potestate, non consideratur præsens fundi æstimatio, tempore  
litis contestatæ, sed præterita æstimatio, cum contractus cele-  
brabatur.

Atque in primis, vt Papinianum exploremus, illud comper-  
tum est. Vtrumque rectè peti, fundum atque æstimationem, spe-  
ciem, & pretium ex prima, atque secunda stipulatione. Simpli-  
cior ratio est, quia in celebratione posterioris, non intercesit ani-  
mus nouandi priorem, nouatio autem sine voluntate non est, l.  
2. l. sticū 8. §. 2. & §. vlt. hoc tit. l. si rē 31. §. 1. ff. de nouationi-  
bus, l. qui vsum fructum 58. ff. de verb. oblig. §. præterea 4. vers.  
sed cum hoc instituta, quibus modis tollitur obligatio, Donell.  
lib. 16. comm. cap. 20. Anto. Fab. lib. 3. conu. cap. 3 & lib. 5. cap.  
3. Petrus Grego. lib. 2. sintagm. iur. cap. 2. Brissonius, lib. 2. de so-  
lut. tractatu de nouationibus, Parlador. lib. 2. rerum quotidia-  
narum, cap. fina. limitatione 6. nu. 46. Rationis ratio illa mihi,  
& verior, & speciosior visa est. Quia creditor qui sibi cauet, per  
secundam stipulationem, magis firmare primam, quam infirma-  
re censetur, corrouorare, non derogare creditur, exemplo fide-  
iussionis, quæ non extinguit, immò confirmat principalis rei  
obligationem, quamuis sit eiusdem rei altera verborum obliga-  
tio: certè in ciuile foret, promissionem inductam ad vnum effe-  
ctum contrarium operari, Bartolus in l. si se 4. §. si ex conuen-

tione, ff. de re iudicata, & in leg. certi conditio 9. §. si nummos,  
 ff. de rebus creditis, idem Bartolus, in nostra l. fundum Cornel.  
 ff. de nouationibus, Donell. lib. 15. comm. cap. 2. & ibi Osuald.  
 littera G. Cuiac. lib. 54. digestorum Iuliani, in l. qui usumfructu  
 58. ff. de verb. oblig. atque in solemnitate ad textum in  
 leg. rescriptum 10. §. 1. ff. de pactis. Quamuis enim contentio-  
 nis fuerit inter ipsos Iureconsultos, utrum prior obligatio cen-  
 seatur nouata per posteriorem, inquam deducimus, vel pretium  
 rei, vel poenam rei non præstitæ, vel subiectam personam, quæ  
 obligationem suscipiat, argum. text. in l. obligationum 44. §. si  
 nauē, ff. de obligationibus, & actionibus iuncta leg. 3. C. de noua-  
 tionibus, & delegationibus. Hanc tamen rixam compescuit  
 Iustinianus, in leg. ult. C. eodem tit. Quo loci sanxit, nusquam  
 nouationem fieri, vel persona subiecta, vel pretio, vel poena de-  
 ductis, in secundam stipulationem, nisi expressa intercedat  
 nouandi voluntas. Excipiunt Doctores causam pecuniæ credi-  
 tæ, quam stipulor incontinenter, quippè mutuum confestim  
 transit in stipulatū, l. si ita 6. §. 1. cum l. sequenti, ff. de nouatio-  
 nibus, l. certi 9. §. numeravi, ff. de rebus creditis. Ratio est, quia  
 ut veteres ipsi arbitrabantur, ista species vnus, duntaxat contra-  
 ctus censebatur, mutuo dissimulato. Quapropter, nec regulæ  
 quidem exceptio est, Donell. vbi supra.

Rursus sicut prior obligatio, per posteriorem non tollitur:  
 ita neque posterior perit, etiam si actor litem contestetur ex pri-  
 ma, ut loquitur Papinianus. Quod quidem erat exploratius.  
 Quamuis enim alioquin litis contestatio credatur necessaria no-  
 uatio vulgata leg. 3. §. idem scribit, ff. de peculio, leg. delegare  
 11. §. 1. ff. de nouationibus, quippè in iudicio noua contrahitur,  
 iudicati obligatio. Verum tamen posterior æstimationis obliga-  
 tio non perit, ne illud incidamus absurdum, ut actoris conditio-  
 nem faciamus deteriore per contestationem litis, quod certè  
 contingeret, extincta posteriore obligatione, quæ securiorem  
 facit causam creditoris, ut fere argumentatur Paulus in leg. aliã  
 29. ff. de nouationibus: Fit planè in iudicio necessaria nouatio,  
 quod eo spectat, ut species alioquin debita, atque in iudicium  
 deducta, transeat in obligationem æstimationis sui, quippè iu-  
 dex qui de causa cognoscit, speciei debitorem, ad pecuniam nu-

meratam præcisè condemnat, l. 4. §. ait prætor, ff. de re iudica. l. dominus 36. ff. de liberali causa, l. vlt. C. de usuris rei iudicatæ, Anto. Faber de erroribus pragmati, decade 85. ab errore 2. ad errorem usque 10. Ioannes vetus glossator aduersus Martinū, veterem glossatorem, quantumuis refragetur Cui. lib. 1. sententiarum Pauli, tit. 13. §. 4. Couarruias lib. 2. variarum resolutionum, cap. 19. Cæterum ista necessaria nouatio non perimit posteriorem obligationem, quæ securiorē facit causam creditoris.

Comperimus per litis contestationem ex prima stipulatione fundi Corneliani, non extingui posteriorem, *quanti fundus est.* Comperimus præterea, nec priorem per posteriorem nouari, quæ eiusdem fundi continet pretium. Quibus succidaneum est, nec per extraiudicialem quidem fundi Corneliani præstationē, iure tolli secundam obligationem. Vtique si nouatio non intercessit, secunda stipulatio iure tenet, vt loquitur Iureconsultus. Quā obrem vniuersa se sistit disputatio, in eo quod postremū, & grauius est in nostra definitione, videlicet fundi petiti æstimationem a iudice faciendam in sententia, sumendam esse a pretio, quo iustè æstimari debet tempore litis contestatæ, modo preciosior, modo deterior existat, non consideratis, contractus celebrati, aut rei iudicatæ temporibus.

Huius definitionis proximior ratio dubitandi desumitur ex sententia Pauli, in leg. si sterilis 21. §. si per venditorem, ff. de actionibus empti. Quo loci probatur æstimationem fundi in eundam esse, à pretio quo iustè æstimari debuit tempore cōtractus, non litis cōtestatæ Verba sic habent. *Omnis utilitas aëtoris in æstimationem venit, quæ modo circa ipsam rem consistit, & merito, quia siue datum esset haberet emptor; siue non, quia saltè hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit.* Ex quibus sic argumentor. Omnis utilitas aëtoris in æstimationem venit, adeo vt vel confestim, incōtinēter ad contractum, soluendum est frumentum, soluendus est fū-dus, quem hodie habeat emptor, cum lis contestatur, vel saltè hodie cum lis contestatur, præstandum est id, quod iam olim dari oportuit cum contraheretur, ergò æstimatio fundi per sentētia n faciendam, sumenda est a pretio frumenti, vel fundi, eo tempore, quo celebrabatur contractus, alioquin si duntaxat confi-



llus vendi, aut fundum esse deterioſem; nec omnis utilitas ve-  
 niet, neque id præſtabitur hodie, quod iam dari olim dari oportuit cum contraheretur: quippè ſi datum foret, hodie haberet emptor, vel forte an diſtraxiſſet pretioſius frumentum, & pretioſiorem fundum, ſicuti Paulus proſequitur. Nihil eſt ſpecioſius; nihil noſtræ quæſtioni proximius, illuſtrat Cui. lib. 33. Pauli ad ædictum in d. l. ſi ſterilis, §. 3. Anton. Faber de erroribus pragmati, decade 88. errore 9. latiffime Gaſpar Schifordegeirus, lib. 1. tractat. 21. quæſtione 1. aduerſus Donell. in l. vinũ 22. ff. de rebus creditis.

Præterea inquit Papinianus, ſecũs omninò contingere in ſecunda ſtipulatione, *quanti fundus eſt*, quippè ad condemnationẽ pecuniæ compræhenſæ in hac ſtipulatione, non eſt confideranda fundi æſtimatio tempore litis conteſtatæ, ſed potius tempore contractus celebrati, quãuis melior, aut vilior fundus extiterit. Cuius ſecundæ ſententiæ immediatiſſima, atq; germana ratio dubitandi eſt; quod ſi præteritũ fundi confideremus, ad ineũdã æſtimationẽ, cõpreheſam in hac ſtipulatione, *quanti fundus eſt*, fateamur neceſſe eſt, eandem ſpeciem, in eodem tempore diuerſas, immò contrarias ſubire æſtimationes. Quippè fundo ex prima ſtipulatione, atque pecunia ex poſteriore petitis in eodem libello, ſi contingat fundum eſſe pretioſiorem tempore vtriuſque petitionis, maiori pecunia æſtimabitur ex prima ſtipulatione fundi, quam ea eſt, quæ deducitur in poſteriorẽ, pretij nomine. Rurſus ſi contingat fundum eſſe deterioſem, minori pecunia æſtimabitur ex prima ſtipulatione fundi, quam ea eſt, quæ continetur in poſteriori, eiufdem fundi nomine. Porrò abſurdum eſſe cenſeo eandem ſpeciem, fundum eundem, æſtimationes ſubire differentes, eodem petitionis tempore; quod nec iniuſta, immodicaquẽ dominorum affectione ad tenta contingere poterat, argumento text. in l. pretia rerum 63. ff. ad leg. falcidiam, l. ſi ſeruum 33. ff. ad leg. Aquil. nec dum per ſententiam iudicis, quæ rerum naturam, & conditionem æſtimat poſt habitis affectionibus. Quo argumẽtandi genere, quod peræque ſpeciem, atque pondus habet, grauiter Antonium Fabrum redarguit, illuſtiſſimus, atque excellẽtiſſimus Princeps D. D. Ioannes Chumacero Carrillo, Hispaniarum facile Papinianus, & mu-

nerè Præfecturæ, & sapientiæ laude, atque orationis germana  
maiestate in disputatione 6.n.6. Dodecadis selectarū iuris dis-  
putationum (Pro verius decretorum dodecas!) quo loci decreto-  
riè decernis Illustrissime, atque Excellētissime Princeps, æsti-  
mationem rei furtivæ in iudicium deductæ ineundam esse colla-  
to pretio, quo rem æstimari oportuit, vel tempore admitti deli-  
cti, vel tempore quo res plurimi fuit, modo actor, per actionem  
furti, vel per conditionem furtivam experiatur, ne alioquin si  
eodem libello, atque eodem tempore, res eadem furtiva peti-  
tur per actionem furti, & conditionem furtivam diversa fiat æsti-  
matio, propter actionem quidem furti, à tempore delicti, vel eo  
quo plurimi fuit: propter conditionem autem furtivam à tem-  
pore litis contestatæ. Cuius contrarium evidenter probat  
textus in leg. in re furtiva 8. §. 1. & text. in l. ex argēto 13. ff. de  
conditione furtiva. Virges præterea argumentum: etiam de p-  
ta furtiva conditione, in sola actione pœnali furti, nec manifesti.  
In qua oportebat secundum Fabri opinionem, aliam fieri æsti-  
mationem consideratione simpli, cui inest rei persecutio, aliam  
consideratione dupli, cui inest persecutio pœnæ. Concludis  
tandem sapienter Fabrum fefellisse text. in leg. 2. §. quæ situm, ff.  
de priuatis delictis.

De causis quæstionis diutius, nō laboro, germanas insinua-  
se satius est: quibus me non remorantibus, consentio Papinia-  
no, docenti fundi Corneliani æstimationem sumendam esse à  
pretio, quo iuste æstimari debet tempore litis contestatæ, non  
contractus, nō rei iudicatæ: Ratio duplex est ex iurisprudētia  
meditullio desumpta: primum quia Iureconsultus loquitur de  
fundo, specieque petita, per actionem stricti iuris ex stipulatu,  
vel per conditionem certi, quæ nascatur ex stipulatu, quam-  
uis dissentiat Cuiatius qui credit Papinianū agere de conditio-  
ne triticaria: porro perpetuum est in actionibus stricti iuris, pe-  
titam rem æstimari secundum præsentem æstimationem, quam  
importare debet, tempore iudicialis petitionis, per contesta-  
tionem litis: ad differentiam actionum bonæ fidei, in quibus,  
litigiosa res æstimatur considerato tempore rei iudicatæ, tex-  
tus sunt omnino diferti, in leg. 3. §. in hac actione, ff. commoda-  
ti, tex. in leg. hominem 37. ff. mandati, tex. in l. 2. ff. de usuris

4

tex. in l. si fundum 31. ff. de rebus creditis, tex. in l. si Kalendis 11. ff. de re iudicata. Bartolus in l. vinum 22. ff. de rebus creditis, & in l. 3. §. in hac actione, ff. commodati, ibi Iason Cuiat. tract. 8. ad African. in l. hominem 37. ff. mandati, & tract. 7. in l. traiectionis 23. ff. de oblig. & actibus. Donellus lib. 26. comment. iuris cap. 5. & ibi Osual. L. A. Ioannes Garcia de expensis cap. 24. Antonius Faber lib. 16. coniect. cap. 2. & cap. 9. idem Faber de erroribus pragmati. decade 88. errore 9. idem Faber, in Codice Sabaudico, ad titulum Codice si certum petatur. Enim vero differentiae ratio, quae intercedit inter stricti iuris, & bonae fidei iudicia, quatenus concernunt rerum deductarum aestimationem obscura certe est, quaerenda tamen a Papiniano nostro in l. 2. ff. de usuris. *Receptum est inquit, ut quamuis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale quid est cum petitur tale dari debet, id est ut cum Cuiatio interpretor lib. 6. quaestionum Papiniani, qualis est iusta rei aestimatio tempore litis contestatae, talis facienda est per iudicis sententiam condemnatoriam, ut qualis est cum petitur talis reddi videatur. Quae sententia strictim concernit actiones stricti iuris. Cum enim in formula actionum stricti iuris, desideretur clausula, ex bono, & equo, quod aequius & melius est, quam solemniter adiciebat Praetor in formula bonae fidei actionum argumento textus in leg. penul. §. ultimo ff. solut. matri. in leg. si cum Cornelius 82. ff. de solutionibus, in l. & si quis 14. §. haec actio, ff. de religiosis, & sumptibus funerum Tullius lib. 3. de officijs. Revardus de autoritate prudentum cap. 7. Cuiat. 8. ad Africanum ad l. deposui 38. §. 1. ff. de peculio, atque in recitatione solemnii ad textum in leg. cum ab uno 63. ff. de leg. 2. Idem Cuiat. in l. vnica §. primum 4. Cod. de rei uxoriae actione Antonius Fab. de erroribus pragmati. decade 89. erro. 4. inde proficiscitur, ut in actiones stricti iuris, non veniant vberiores praestationes, nec charius pretium, nec pretiosior actoris utilitas, quae omnia perpetuo veniunt in actiones bonae fidei propter adiectam clausulam praetoris, modo ista sumantur a tempore rei iudicatae l. 3. §. in hac actione ff. comoda. modo a tempore contractus celebrati l. si sterilis §. si per venditorem ff. de actionibus empti. modo a tempore mo-*

**ræ contractæ per interpellationem etiã extra iudicialem, l. 8. §. ultimo ff. eodem titulo, quinimmo in actiones stricti iuris post habitis æquitatis rationibus, talis res venit, qualis est cum petitur. Quo circa speciei petitæ æstimatio facienda est, eiusdẽ pretio considerato eo tempore, quæ deducitur in iudicium. Vti que maiorem actoris utilitatem inspicere, charius pretium cõsiderare, vberiores præstationes ad tendere, æquius certè, & melius est. Verumtamen ista tanquam peculiaria actionum bonæ fidei, easdem actiones maneãt, non stricti iuris actiones, in quibus, quia non magnopere de æquitate curamus, qualis est res cum petitur talis præstanda est, qualis est presens æstimatio talis facienda est. Nõ moror Cuiat. tract. 3. ad Africa. qui aliam rationem, nec planè in elegantem excogitavit ad l. hominem 37. ff. mandati.**

Secunda ratio omnino subtilior desumitur ex Celso Iure Consulto in leg. si Kalendis 11. ff. de reiudicata, *in facienda, inquit, æstimatione rei, quæ certo tempore dari debuit illius temporis consideratur æstimatio, quo nouissimè dari debuit.* Porro postremum, nouissimumque tempus, in quo rem dari oportet, per stipulatum petitam, litis contestatæ tempus est. Quandoquidem lite iam contestata fit nouatio, atque noua contrahitur obligatio iudicati l. 3. §. idem scribit, ff. de peculio l. delegare 11. §. 1. ff. de nouationibus. In quam non diutius res ipsa venit, sed pecunia, atque æstimatio l. 4. §. ait prætor, ff. de reiudicata, l. si quis ab alio 13. §. ultimo ff. eodem tit. Ant. Faber de erroribus pragmat. decade 85. & 86. per totum pro Ioanne aduersus Martinum Cuiatium, & Didacum Couarruias, immo aduersus se ipsum lib. 6. coniect. cap. 17. infestius aduersus Bartolum errore 1. & 2. decadis 84. Adnotaret tamen ni Bartolum insectaretur, hunc docere etiam in obligatione dandi ad æstimationem ferri sententiam in l. vinum 22. ff. de rebus creditis, num. 15. & 18. Fabro consentit Schifordegeirus, lib. 1. tract. 20. quæst. 5. ad dictam leg. si Kalendis 11. ff. de reiudicata. Cuius denuò rei ratio illa verior est: ne alioquin si reus cõdemnatus cogatur per sententiam ad præstationẽ speciei, atque obligationem faciendi contractam per iudicatum, in præiõ facto præstandi tradendi, & numerãdi, eius libertas deprimi videatur, quod in ciuile est,

nec ut ego censeo, facti rigorem lenibis, si respondeas factum præstationis, atque numerationis contractum per sententiam esse momentaneum. Superfedeo, quia res est liberioris contemplationis, atque oportunioris indaginis, dixisse satis est æstimationis præstationem non esse peculiarem, in obligatione faciendi duntaxat, ut disputant DD. ad l. stipulationes 71. & l. si infulam 84. ff. de verb. oblig. & leg. eum qui 43. ff. de iudicijs. Quinimmo præstatio æstimationis omnium actionum propria est, modo prætorie modo civiles sint, etiam noxaliũ: Nã quod in actionibus noxalibus caput noxium dedi possit ad excusandam litis æstimationẽ, non tam est ex conditione noxalis actionis, quam ex beneficio legis duodecim tabul. l. miles §. 1. ff. de rei iudicata, l. 1. ff. de noxalibus actionibus, §. 2. instituta de officio iudicis. Equidem præcipuum est in obligationibus faciendi, ut actionis intentione æstimatio duntaxat petatur, non factum. Cæterũ reliquarum actionum proprium est, speciem ipsam petere, aut æstimationem speciei, quarum intentio per condemnationem, ad pecuniam resolvitur numeratam. Vnde prætor in ea parte ædicti, quæ loquitur de sententijs exequendis, ita aiebat, *condemnatus ni pecuniam solvat pignora capiantur*, l. 4. §. ait prætor, ff. de rei iudicata, non dixit, *ni speciem solvat*, *ni fundum Cornelianum solvat*. Quia certe condemnatio, in æstimationẽ resolvitur. Quo loci illud amplius animaduersum velim, nec ad numerationem pecuniæ præcise condemnari, quippe coactio ad factum, soluendi, & numerandi, faceret impressionem libertati, Satius enim est, ni sponte solvat, pignora capi: quæ distrahat. Prætor satisfactorius victori, quod per puram patientiam condemnati sit, sine impressione, aut coactione, de qua re videndi sunt Bartolus conf. 82. colum. 2. Alexander conf. 72. num. 5. Menoquius de arbitrarijs lib. 1. quæst. 31. & consilio 509. nu. 14. Faquin. lib. 11. controuer. cap. 17. Pinelus in l. 2. Cod. de rescindenda venditione. Nõ moror textus in l. vltima Cod. de fideicommissarijs libertatibus, nec textum in leg. qui restituere 68. ff. de rei vindicatione. Vtique nihil fuisset præoptius quã Tribonianum incusare, qui violentiã adhiuet manus militaris, ni species ipsa restituatur: Quod quam in ciuile sit, si radi Minerua textus capiatur, ex eo aparet, quod Vlpianus ibi loquitur

tur de rei vindicatione: actione prorsus arbitraria. Porro arbitrariorum actionum illud perpetuum est, ut tandem ad pecuniam numeratam reus condēnetur, ni velit parere arbitrio, rei restituendæ, quod præcedit sententiã; ad pecuniã in quã numeratã pro conditione actionis, duplum, quadruplum, aut veram rei æstimationem continentis, l. item si cum exceptione 14. §. hæc autem actio, ff. quod metus causa, l. arbitrio 18. ff. de dolo, l. harũ 7. ff. si seruitus vindicetur, leg. redibitoria 45. ff. de ædilitio ædict. §. præterea instituta de actionibus. Iam vero, si quod magis est perentoria sententia actionis arbitrariæ, quæ fertur in inuitum: resoluitur, ad pecuniam dūtaxat numeratam? qua si õte dicemus: lene arbitrium rei ipsius restituendæ, quod præcedit condemnationem, ad instar persuasionis, boni viri violentiã adhibere manus militaris? Certe idem Vlpianus, hanc manus militaris violentiam alibi detestatur in eadem specie vindicationis arbitrariæ, qui existimat reum impune reniti aduersus arbitrium rei restituendæ, dummodo patiatur definitiuam sententiam, ad æstimationem in pecunia numerata, l. vnica §. 1. ff. si quis ius dicenti non obtemperauerit, conspirat Paulus in l. eius rei 46. iuncta leg. sequenti, ff. de rei vindicatione, sapiẽter Faber de erroribus pragmaticorum, decade 89. erro. 4. & decade 91. erro. 7. Itaque condemnatio ad pecuniam numeratam propria est omnis actionis ciuilis, vel prætorix; etiã noxalis. Quod ita sentire oportet, vel propter, ciuilis libertatis immunitatem, vel propter faciliorem iudicati executionem; Quod postremũ fortean verius est, quia inficiari non possumus, præsentio rem, atque promptiorem esse iudicati executionem, si condemnatio fiat in pecunia numerata. De qua celeberrima iuris quæstione consulendus est, diligentissimus planè, atque præstantissimij iudicij vir D. D. D. Melchior de Valentia, in Granatensi Prætorio Senator integerrimus, quem in Cæsareo Salmanticensiu Gymnasio, Primarium Doctorem, atque Magistrum me habuisse magnificè iactat. Cõsulendus inquam, tom. 2. Illustr. tractatum, lib. 2. tract. 2. cap. 44. Quo loci nouam, atque indubiè elegantem adstruit sententiam à num. 22. vsque ad finem.

Iam vero premo vela discursus, ut cum Papiniano concludam fundi Corneliani in iudicium deducti æstimationem su-

5

mendam esse à tempore litis contestatæ: vel quia hoc tempus nouissimum est, quo fundus dari debuit si celso credimus, vel quia qualis est res cum petitur talis præstanda est, si Papiniano potius credere velimus. Tandem postrema Iureconsulti sententia docentis, non considerari præsentem statum fundi Cornelianum ad faciendam condemnationem pecuniæ numeratæ, quæ venit in iudicium posterioris stipulationis potestate, *quanti fundus est*, illam rationem habet: quia hæc stipulatio, *quanti fundus est*, incontinenter, ad primam celebrata, expressam, atque manifestam facit relationem eius temporis, quo celebratur, ut sensus sit, *promittis mihi quanti fundus est hodie*, textus est omnino disertus in leg. scribit 34. §. Idem scribit, ff. de auro, & argento legato. Quo loci ita scribit Pōponius. *Articulus est presentis temporis demonstrationem habet*, id est, ut ego interpretor: illius temporis, quo profertur demonstrationem habet. Ergo hæc stipulatio, *quanti fundus est*, illius temporis habet demonstrationem, quo interponebatur incontinenter ad stipulationem fundi. Cui rei consentaneum est æstimationem sumi prædictæ stipulationis potestate ab eo tempore, cuius demonstrationem habet articulus est. Porro hoc tempus, non est litis contestatæ, sed contractus celebrati. Cuius, lib. 2. definitionum Papiniani, in nostra leg. 28. ff. de nouationibus. Idem Cuius. ad l. 6. ff. delegatis 1. Dō Ioannes de Castillo tractatu de usufructu, cap. 29. Adiuuatur, hæc ratio ex consideratione sequenti, quæ præterquam quod mea peculiariter est, ciuilior est idem, aut fallor. Articulus est, in hac stipulatione, *quanti fundus est*, illius temporis demonstrationem habet quo celebratur, quod nequaquam egreditur. Quippe stipulationes quæ circūscripta cludunt tempora illa non egrediuntur, l. 1. ff. de eo quod certo loco, l. 1. §. editiones. ff. de edendo: ergo si noui temporis fieret æstimatio, vel in ore, vel litis contestatæ, vel rei iudicatæ, æstimatio hæc peti non posset actione directa ex stipulatu, qui non egreditur tempora circūscripta, sed actione speciali arbitraria de eo quod certo loco dari oportet; quæ subrogetur in locum actionis, ex stipulatu, l. 1. l. quod si ephesi 4. ff. de eo quod certo loco dari oportet. Atqui Papinianus loquitur de æstimatione petenda actione, ex stipulatu directa, quæ demonstrationem habet cer

temporis. Ergo ab illo tempore sumenda est æstimatio, alioquin desidereretur actio utilis arbitraria specialis prætoria, de eo quod certo loco dari oportet. Quæ etiam protenditur ad certum tempus, ex sententia Cuiatij ad l. centum capuæ. 8. ff. de eo quod certo loco, quamuis resistat Faber in rationali ad l. quod Ephesi 4. ff. de eo quod certo loco. Atque de erroribus pragmaticorum decade 91. errore 2. Quo loci retractat sententiam in quam iuerat decade 84. errore 5.

Ex quibus decidendi rationibus, ad utramque Papiniani sententiã: in promptu est respondere rationibus dubitandi. Atque ut à postrema capiam exordium dicendum arbitror absurdum, non esse eandem speciem diuersas subire æstimationes, quarum quælibet demonstrationem, & relationem habeat temporis diuersi. Esset quidem inconueniens eandem speciem eodem tempore considerato habere æstimationes differentes, verumtamen eandem diuerso modo æstimari, viliores vel pretiosiores factam, ex tractu temporis, & ciuile, & naturale est: vel argumento textus in leg. pretia rerum, ff. ad l. Falcidiam, l. si seruum 33. ff. ad l. Aquilia m. 7. Cod. Theodosiano de Suarijs. Quid? Num lethalius homo vulneratus ad instar sani æstimabitur? Immo in lege Aquilia idcirco retrocedit æstimatio ad mensem, vel annum, quia aliud est cadaueris, aliud uiuentis pretium, alia vulnerati alia sani hominis æstimatio. Verumtamen hæc temporum, æstimationumque discreta consideratio; quatenus prior, posteriorue stipulatio concernitur; nunquam efficiet, ut nec lato vngue recedam à tua decretoria Sanctione Illustrissime, atque Excellentissime Princeps. Nimirum, quod in actionem furti, atque conditionem furtiuam, eadem veniat temporis consideratio, quatenus simpli, dupli, vel quadrupli æstimatio initur: illam præcipuam rationem habet, quod furis manifesti, aut nec manifesti moram punire, perpetuò oporteat, sicut autem mora confestim contrahitur, ab ipso fraudulentiæ contrectationis instanti, quo fur, *vel pœnitentia ductus, vel iudicio adactus* (ut tuis verbis utar) *rem debuit restituere*, l. in re 8. §. 1. ff. de conditione furtiua: Ita non minus contrahitur ab illo tempore, quo res nondum restituta pretiosior cœsetur, arg. tex. in l. in furti 50. & l. inficiando 67. §. infans ff. de furtis. Qua propter siue per actionem furti, siue per condi-



6

ationem furtivam, rei persecutoriam actor experiatur facienda est æstimatio, vel à tempore delicti, si deterior, viliorque (ut Fabri non improbabilem distinctionem complectar, inter deterius, & vilius) res modo inveniatur, vel à tempore quo pretiosior extitit: ut æstimatio quanti plurimi veniat in cōdemnationem: dicta l. 8. ff. de cōditione furtiva. Tua verba sic habent, num. 5. supradictæ 6. disputationis. *Cum pretia rerum, per singula momenta, & augmentum recipiant, & decrementum, iniquum est longioris furis moram in re detinenda non puniri gravius, quam si vel statim pœnitentia ductus, vel iudicio adactus restituisse, maxime (prosequeris infra) cum furtiva cōditio aliqua ex parte pœnalis sit.* Nunquid responderet certius ex cortina Delphicus? Iuravi in verba tua Illustrissime, atque Excelentissime Princeps, si de actione furti, atque furtiva cōditione loquamur, in quibus perpetua mora est. Ergo per textus in l. si servum 9 1. §. sequitur, & l. si ex legati 2 3. ff. de verb. oblig. Secus si illam speciem tractemus cum Papiniano (nec inficias ibi) in qua duplex est stipulatio, quarum quælibet diversorum temporum demonstrationem habet, ex præscripta ratione iuris, vel verborum propria significatione. Ad id sum præsumo tuum Illustrissime, atque Excelentissime Princeps, quippe perspicua est differentia.

Ad secundam rationem dubitandi. Respondeo brebiter certè ita est. *Omnis utilitas actoris in æstimationem venit, & merito, quia siue datum esset haberet emptor, vel saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit.* Verum tamen ista vera sunt in iudicio bonæ fidei ex empto, de quo loquitur Paulus in d. l. si sterilis, §. si per venditorem, quia actio ex empto bonæ fidei est, l. bona fides 50. ff. de actionibus empti cum vulgatis, in quam veniunt vberiores præstationes, atque chariores actoris utilitates à tempore contractus ad rem vique iudicatam, quia æquius, & melius est hodie dari, quod iam olim dari oportuit, namque si datum esset haberet emptor, ut argumentatur Paulus. Unde proficiscitur uti iam dudum inter meas observationes adnotavi, ut in faciendâ æstimatione in iudicijs bonæ fidei consideremus tempus rei iudicatæ, l. 3. §. in hac actione, ff. cōmodati, quod tempus, tanquam postremum, atque novissimum breviora tempora comprehendit, contractus, moræ, litis contestatæ, ea in

tionē, vt ab eo tempore supremo, quod breuiora comprehendat facile regrediamur, ad ineundam pretiosiore æstimationem, sumenda n vel à contractu, vel à mora, vel à lite contestata: argumento textus in leg. 3. §. vltimo ff. de actionibus empti. Non enim Pomponius, in leg. 3. §. in hac actione, ff. commodati desiderauit tempus rei iudicatæ in actionibus bonæ fidei, vt reliqua breuiora tempora excluderet, alioquin contrarius esset Vlpianus in d. l. 3. §. vltimo, ff. de actionibus empti, vbi docet æstimationem ineundam esse, vel à contractu, vel à mora, vel à litè contestata, vt tandem fiat æstimatio quanti plurimi, sumpta à tempore charioris speciei. Præterea contrarius esset, Paullus in d. l. 21. §. 3. vbi æstimationem iniit, à tempore contractus, quo præsertim tempore dari res debuit. Quinimmo credendum est, idcirco Pomponium postremum rei iudicatæ tempus adsumpsisse, vt ab illo tanquam nouissimo facile regrediamur ad breuiora: quia hoc æquius, & melius est. Quando quidem hodiè dandum est, *quod iam olim dari oportuit*. Vbi adueruium *olim* non circumscribitur, ad tempus contractus, vt ego censeo, sed ad quodcunque, dummodo breuius sit, atque in nouissimo comprehensum. Cui considerationi ex peculiari penu depromptæ, vt perpetuam conciliem authoritatem tuam testor irrefragabilem. Illustr. atque Excellent. Princeps, in num. 3. & 4. prædictæ disputationis 6. dodecadis aureæ. Vbi sancis, in actione furti, sumendam esse æstimationem, ab eo tempore quod actori sit commodius propter perpetuam furis moram; Quãuis enim hæc civilis actio furti, nec bonæ fidei, nec stricti iuris sit, sed arbitraria saltē: argumento textus in l. 6. §. quod iussu, iuncto eiusdē textus, ppo. ff. de ijs qui notantur infamia, quia ni reus pareat arbitrio quod sententiã *antistat* (agnoscis, & hoc castrense verbū, tuū) condēnatur definitiue: tamen ratio moræ nunquā impunitæ facit, vt à pretiosiore oportunitate æstimatio sumatur. Vnde infante (inquis) subrepto, qui apud furem adoleuit, non solum infantis, sed etiam adulti pretium consideratur, l. ex argumento 13. ff. de cōdictione furti. l. inficiando 67. §. infans, ff. de furtis: *nam quid tam ridiculum esset, vt cum Celso loquar, quam meliorem furis conditionem esse, propter furti continuationem?* Immo si Vlpiano credere par est; per singula nomena furtum quoadatenus

8

Multiplicatur, illis præsertim quibus res furtiva augetur, l. in furti § 0. in fine principij, l. quamuis 6. ff. de furtis. Præterea quid dicemus de argento, apud furem coelato? Num quid coelaturam dissimulabimus, ad præcium ineundum infectæ tantum materiæ, quam rudem fur contrectauit? Nequaquam profecto, quoniam & coelatura in æstimationem venit, quæ adauxit argenti pretium, d. l. ex argento, ff. de conditione furtiua. Quibus exemplis, tuam adstruis, meamque sententiam: Namque si ratio moræ euincit, vt in actione furti arbitraria, pretiosior æstimetur actoris utilitas, sumenda vel à tempore delicti, vel ab eo quo res furtiua plurimi fuit. Quid ni, & bonæ fidei ratio eandem extorqueat æquitatem cum Pomponio, & Paulo? Cæterum in actione stricti iuris ex stipulatu, vel certi conditione ex stipulatu de quibus loquitur Papinianus: qualis est res cum petitur talis præstanda est, l. quidquid, ff. de v. obl. l. tantundē 7. ff. de negotijs gestis. Nec cæteras æquitatis rationes magnopere curamus, vt in actione bonæ fidei ex empto, nec debitoris moram punimus, vt in actione arbitraria furti.

Superst duntaxat, ex Papiniano dupplicem conclusionem impræsentiarum elicere. Prima est: per posteriorem verborum obligationem, in quam deducimus æstimationem rei alioquin promissæ in prima æstipulatione non fit nouatio, nisi expressa intercedat nouandi voluntas. Hanc probant textus omnino disertissimi in l. 2. & l. Sticum 8. §. 2. & §. vltimo, l. si rem 31. §. 1. ff. de nouationibus, textus in l. qui vsumfructū 58. ff. de ver. obli. Bartolus in nostro textu, & in l. certi conditio 9. §. si nummos, ff. si certum petatur. Idem Bartolus in l. si se, §. ex conuentione, ff. de re iudicata Cuiuslibet. 22. obser. cap. 6. idem Cuiuslibet. 52. digestor. Iuliani in l. eum qui 56. §. si à te, ff. de v. oblig. Gedæus de contrahenda stipulatione, cap. 5. conclusione 7. num. 54. Antonius Faber in rationali ad l. 10. §. 1. ff. de pactis, Iason in l. miles 6. §. iudicati, ff. de re iudicata, & in l. singularia 15. ff. de rebus creditis,

Secunda conclusio est, æstimationem rei in iudicium deducæ stipulationis, aut stricti iuris actionis potestate ineundam esse à pretio quo res æstimari iustè debet tempore litis contestatæ: non contractus, non rei iudicatæ. Hanc probant textus

in l. 3. §. in hac actione, ff. commodati, textus in l. hominem 37.  
ff. mandati textus in l. 2. ff. de usuris, textus in l. si fundum 31.  
& l. vinum 22. ff. de rebus creditis. Ducit Præterea conspiran-  
tium Doctorum agmen Princeps antesignanus Illustris. at-  
que Excellentissim. D. D. Ioannes Chumacero Carrillo, in su-  
premo Hispaniarum Senatu Præsul meritissimus. Dodecadis  
sellectarū, disputatione 6. n. 3. Hugo Donellus tractatu de rebus  
creditis, ad dictā l. 22. num. 22. Idem Donellus, lib. 26. comen-  
tarior. iuris cap. 5. Antonius Faber. lib. 16. coiect. 17. atque de  
erroribus pragmati. vbi supra. Schifordegeirus, lib. 1. tract. 21.  
ferè per totum. Andreas Kohl. exercitatione legali 10. Ge-  
dæus de contrahen. stipulat, cap. 11. cōclus. 10. Cuiat. tracta-  
tu 8. ad Africanum in l. 37. ff. mandati. Idem Cuiat. tracta. 3.  
ad Afric. in l. centum Capuæ, ff. de eo quod certo loco, & lib. 29  
defini. Papi. & lib. 6. quæstionum ad l. 2. ff. de usuri.

Atque imprimis, vt à prima conclusione breue faciam exor-  
dium, textum seligo interpretandum, qui vniuersæ quæstionis  
intrat substantiam in l. actionū 44. §. vltimo ff. de obl. & actio.  
Ea intentione ne prorsus videar prætermisisse tractatum noua-  
tionum: conscius alioquin, vniuersum definitionis pondus ad  
secundam conclusionem inclinare: sed breue faciam, migratu-  
rus confestim. Stipulor nauem mihi fieri: incontinenter stipu-  
lor centum, si nauis non fiat, nomine poenæ, vel æstimationis  
nauis non factæ. Æstimationis inquam, quod sapienter notauit  
Faber in rationali ad textum in leg. rescriptum 10. §. 1. ff. de pa-  
ctis: tanquam, non tam videatur cōcepta poenalis æstipulatio,  
quam certa summa compræhensa pro taxatione nauis non fa-  
ctæ. Quærit Paullus vtrum in posteriore obligationem pæcu-  
niæ numeratæ transfussa videatur prima stipulatio nauis faciē-  
dæ? Affirmat, *quasi nouatione facta*, quamuis expressa non inter-  
cessit nouandi voluntas. Quæ sentētia. Papiniani definitionē  
vehementer impugnat. Arbitratur hic per posteriore stipula-  
tionem inquam venit æstimatio rei per primam promissæ noua-  
tionem non fieri, nisi hoc agatur manifestō, l. 2. l. Sticum 8. §. 2.  
& §. vltimo, ff. hoc titulo Bartolus in l. prædia 28. ff. de actioni-  
bus empti. Atque in leg. si cum dotem, §. si mulier, ff. soluto ma-  
trimonio. Sed vt vniuersa iura mutuò contraria vno verbo cō-

9

ponā. Distingo brebiter, aut posterior stipulatio æstimationis subijcitur obligationi faciendi: aut subijcitur obligationi dandi, tradendive. Si posterior obligatio æstimationis subijcitur obligationi faciendi, etiam sine expressa voluntate censebatur celebrata novatio saltem iure digestorum. Si vero posterior obligatio subijciebatur obligationi dandi, tradendive expressus desiderabatur animus novandi, ut prior transfunderetur obligatio. Ratio differentię anterior stipulatio navis faciendę, v.g. cui subijcitur obligatio æstimationis, aut pœnę; non continet factum ipsum præcisè, nec strictim importat opus fabricę, sed æstimationem duntaxat cludit incertam, navis non factę. Alioquin si importaret strictim factum ipsum, civilem libertatem deprimeret, quod certe servitutis speciem præferret. Ut sapienter disputat Bartolus, ex Dino, & Ioanne, in leg. stipulationes 71. de v. obl. Donellus, lib. 15. coment. cap. 3. Cui. in recit. solem. ad tex. in l. cum quid ff. de vrb. obl. & lib. 74. Paulli ad ædictum in l. 84. ff. eodem titulo; idcirco subiecta stipulatio æstimationis, & pœnę non importat rem distinctam, quin potius incertam, & dubiam facti æstimationem deductã prioris obligationis intentione, taxat & circumscribit ad certam eiusdem facti æstimationem. Textus sunt omnino deserti in l. vltima, ff. de prætorijs stipulationibus, & §. vltimo instituta de v. obl. utique si prior continet incertam quantitatem, quam posterior taxat: hæc potius prioris interpretatio, quam distincta censebitur obligatio. Neque infrequens est, ut posterior scriptura, magis prioris interpretatio, quam nova censeatur. Celebris quippe est illa institutio. *Quem codicillis scripsero hæres esto*, quæ summo iure subsistit, l. asse 77. ff. de heredibus institu. l. instituto 10. ff. de conditio. insti. utique, non codicillis data censeatur hæreditas, sed potius videtur in codicillis declaratus heres, qui erat adhuc incertus, ex scriptura testamenti. Donellus lib. 7. coment. cap. 19. & lib. 6. cap. 21. Osualdus vbique. Ita æstimationis stipulatio, quæ subijcitur obligationi faciendi, non tam, vobis obligatio, quam prioris taxatio est. Cui rei consequens est, primam navis faciendi stipulationem in posteriorem transferri quasi novatione facta, ut loquitur Paulus. Cæterum si posterior obligatio æstimationis subijciatur stipulationi dandi, ut in no-

C

stra

stra definitione, prior non transfertur, nisi expressa interponatur voluntas. Quando quidem res omnino distinctæ, speciesque importantur differentes, fundus ex prima, pretium ex secunda. Qua propter contrariam facere interpretationem fatius est; ve credamus creditorem, qui sibi cavit per posteriorem pretij stipulationem corroborare: potius quam infirmare primam voluisse. Quid? num fideiussio interimit principalis rei obligationem quamuis sit eiusdem rei altera verborum obligatio? Certe de constituto exploratum est, securiorem facere, primam obligationem quamuis eiusdem rei sit altera obligatio. Anto. Faber lib. 5. coniectu. cap. 3. & lib. 15. cap. 5. Donellus lib. 15. cap. 2. & lib. 16. cap. 20. Iason ad Rubricam, ff. de v. obl. Bartolus ad autent. præsens cod. de fideiussoribus. Cuiatius, lib. 29. Pauli ad ædictum in leg. sed et si 4. ff. de constituta pecunia. Ex qua distinctione parumper deflexa exinuarem, textus in l. predia 28. ff. de actionibus empti, & textum in l. si ita 115. §. ultimo, & l. qui Romæ 122. §. Flavius ff. de v. obl. tex. in leg. si quis à socio 41. cum leg. sequenti, ff. pro socio. Videndus interim est Donellus vbi supra, & ibi Osualdus, lit. G. Grangianus paradoxorum n. cap. 33. Succidanea erat de coniecturis disputatio per quas iure veteri nouatio coniectauatur, sine expressa voluntate videndus Brofonius de solutionibus titulo de nouationibus ad textus in l. 4. §. 7. ff. de doli exceptione. Superfedeo tamen, quia ad grauiorem disputationem festinat oratio.

Secunda conclusio, fuit æstimationem rei in iudicium deductæ, stipulationis, aut stricti iuris actionis potestate ineundam esse à pretio, quo res æstimari iustè debet tempore petitionis, non contractus, non condemnationis. Ex qua venit explicandus textus in leg. in hac actione 3. ff. de conditione triticaria. Per conditionem triticariam petebatur merx debita ex mutuo, vel stipulatu. Quaritur de tempore mercis æstimandæ. Respondet Vlpianus ex Seruio Iurisconsulto æstimationem sumendam esse à pretio vulgari mercis tempore condemnationis, quamuis charius, aut vilius tunc vendatur: Cæterum si per conditionem triticariam homo petatur, qui post litis contestationem moriatur, vulneratus lethali ter æstimari debere a tempore mortis: cum tractu tamen, ne si ab illo instanti sumatur pretium, quod

peræ què inclinat ad vitam & mortem, quod supremum spirantis est ad exiguam, aut fere nullam æstimationem hominem reducamus. Huius sententiæ difficultas inde apparet, quod conditio triticaria, ex mutuo nascitur, aut stipulatu, aut faltem ipsa triticaria rerum æstimatoria stricti iuris est, sicut & omnes conditiones modo oriantur ex nominatis, modo ex innominatis contractibus, excepta indebiti conditione Faber de erroribus pragma. decade 84. erro. 3. & 4. Cuius rei inditium faciunt interpretes, ex eo quod in proluxa illa actionum bonæ fidei enarratione, quas recenset Tribonianus in §. actionum instituta de actionibus nusquam est conditionum commemoratio. Et tamen de iudicio stricto conditionis triticariæ sentit Vlpianus mercis petitiæ æstimationem ineundam esse à tempore condemnationis, post habitis contractus, aut cōtestationis temporibus, cum congruentius esset in iudicio actionis stricti iuris, talem mercem dari qualis est cum petitur. Illudque pretium inire, quod vulgatus est tempore contestationis. Urget Vlpianus sententiæ hominis comparatione, cuius æstimatio fit non à tempore litis contestatæ quo pretiosorem fuisse oportet, sed à tempore mortis, quo vilior est. Quippe cum morte, pretij iacturam fecit. Ex qua sententia grabiter impugnatur Papinianus cum quo censemus in iudicijs strictis, actionis, ex stipulatu, aut certi conditionis specialis, aut generalis, speciei petitiæ æstimationem sumi debere à tempore petitionis, vt talis reddi censeatur qualis est cum peritur, quamuis vilior, aut harior reperiat. Tandem augetur difficultas, ex leg. sequenti. Idest, ex l. vltima, ff. de conditione triticaria, quo loci Gaius docet in conditione triticaria, æstimationem mercis sumi debere, vel à tempore quo dari; oportuit si de tempore conuenit, vel à loco si pactum est de loco; vel à tempore iudicij suscepti, & litis contestatæ, si nec de tempore, nec de loco conuenit. Quod non solum eodem sensu, verum etiam eadem verborum conceptione docuit Iulianus, ex Sabino in leg. vinum 22. ff. de rebus creditis, docet Cuius iat. lib. 8. ad Africanum in l. hominem 37. ff. mandati Antonius Faber passim decade 84. Conspirant idem Iulianus, & Vlpianus in leg. quoties 59. cum leg. sequenti, ff. de v. obl. Quid dicemus? Num vicinæ legis inimicitias fouent? sciunt certè sapientes,

tes, raras esse in iure sententias fortiores. Tractauit hanc Faber lib. 16. coniecturarum, cap. 17. retractauit se de erroribus pragmaticorum, vbi supra, quo loci fatetur se, non magis alienos, quam propterea errores emendare.

Postrema Fabri sententia est, conditionem triticariam eius esse naturæ, & conditionis, vt actionis potestate, atque intentione actoris in eam non veniat mercis petitiæ æstimation, quin potius actionis, atq; actoris intentione in eam venire mercem ipsam debitam ex mutuo, vel stipulatu. Quo circa non species, aut æstimation, sed strictim species, & merx ipsissima deducitur in iudicium: Vnde reus conuentus libertatem habet, soluendi mercem ipsam, ad tempus vsque rei iudicatæ, si velit excusare condemnationem in pecunia numerata. Nimirum quamuis actionis potestate merx ipsa petatur: condemnatio tamen fit ad æstimationem, vel propter faciliorem iudicati executionem, vel propter ciuilibus libertatis immunitatem, vti iam supra discusimus. Hinc infertur in iudicio stricto conditionis triticariæ æstimationem sumi debere à pretio mercis tempore condemnationis, & rei iudicatæ, quamuis charius, aut vilius vendatur illa non ineleganti ratione. Nam si reus conuentus potest soluere mercem ipsam petitam ad tempus vsque rei iudicatæ, si velit excusare condemnationem in pecunia numerata: oportet identidem iudicem, qui eum condemnat nisi soluat mercem ipsam: æstimationem mercis inire ab illo tempore, quo si merx ipsa solueretur liberaret reum. Porro merce soluta ante condemnationis momentum liberaretur reus. Ergo ab illo tempore incunda est æstimation, quandoquidem ad illud vsque tempus durat libertas mercis soluendæ, tanquam actionis potestate non fiat nouatio mercis per litem contestationem; ne alioquin deterior fiat actoris conditio, argum. text. in l. aliam 29. ff. de nouationibus. Secus omnino inquit, atque in iudicio conditionis certi. Cuius illa est conditio actoris intentione, vt in ipsa litem contestatione, petat quidem alternativè mercem, aut æstimationem, ita tamen vt lite iam contestata spiret libertas mercis soluendæ propter necessariam nouationem, quæ fit in iudicio, quæ mercem transfert in pecuniam numeratam, & æstimationem sui, namque in iudicio noua contrahitur iudicati obligatio, Quo circa conditio certi est actio æstimatoria mercis se-



cundum locum, & tempus, quibus dari oportuit, l. vinum 22. ff. de rebus creditis, l. quoties 59. cum leg. sequent, ff. de verb. obl. Nec profecto de utilitate loci, & temporis æstimanda agi potest nisi per conditionem certi petatur mercis æstimatio. Ex quibus respondet ad objectionem legis 3. ff. de conditione triticaria. Nimirum quod in iudicio conditionis triticariæ sumatur æstimatio mercis à tempore rei iudicatæ ex eo est, quia ad tempus usque rei iudicatæ durat libertas soluendi mercem ipsam, conditionis triticariæ intentione, & potestate: Oportet autem ab eo tempore æstimationem fieri per iudicis sententiam, quod res vere dari potest, ita ut liberetur reus: Adiubatur præterea hæc ratio; Ab eo tempore sumenda est æstimatio mercis, quo novissime merx dari potest, l. si Kalendis 11. ff. de re iudicata, atque tempus postremum, atque novissimum, quo species petita dari potest, est monumentum quod præcedit rem iudicatam. Ergo ab illo tempore sumenda est æstimatio. Tandem concludit idcirco hominis per triticariam petiti, & post litis contestationem mortui æstimationem sumi à tempore mortis, quia ad mortem usque durat libertas hominis soluendi: nam post mortem cadaver solui non potest, l. si homo 69. ff. de verb. ob. Utique pretium initur à novissimo tempore quo dari oportuit, porro mortis novissimum tempus est, instans illud supremum spirantis, quod & vitæ adscribimus, l. ultima, ff. de conditionibus institutionum, quia qui moritur animam agit viuendo.

Nec obstat Fabro text. in leg. ultima, ff. de conditione triticaria, quo loci æstimatio sumitur, vel à tempore, & loco si de illis conuenit, vel à lite contestata, si nec tempus, nec locus adijciantur: nam respondet textum illum esse peregrinum, nec ad titulum spectare de conditione triticaria, sed magis ad titulum de conditione certi, argum. text. in leg. vinum 22. ff. si certum petatur, cuius eadem est sententia, eadem oratio; idemque fere cõtextus. Sicut autem dubitari non potest, textum in d. l. vinum loqui de conditione certi, non de triticaria: inditio rubricæ, cui subiacet, ff. si certum petatur, ita nec dubitari potest, text. in d. l. ultima. Cuius oratio atque sententia eadem est, peregrinum esse, loqui quæ de conditione certi, non de triticaria. Unde mirum non est æstimationem; inire Celsum à lite contestata, nam

quæ

II  
quæ in conditione certi, per quam petimus mercedem, aut æstimationem fit nouatio necessaria in iudicio, atque species petita confestim transfertur in pecuniam numeratam, ita vt diutius merx solui non possit, facienda est igitur æstimatio à nouissimo tempore, quod est litis contestatæ tempus. Hæc est noua Fabri sententia, per innumera errorum, atque coniecturarum capita sparsa, ad quam adegit eum Vlpiani durities, in leg. 3. ff. de conditione triticaria. Sed ne ingrata cunctatione, prolixam faciam disputationem: hanc sententiam elegantem quidem vnico telo conficiam. **Conditio triticaria** ea est, inquam actoris intentione, atque actionis potestate merx venit ipsa, cuius soluendæ libertas durat ad tempus vsque rei iudicatæ, cuius in iudicio nouatio non fit necessaria. Ergo per conditionem triticariam potest peti pecunia numerata; quia vt pecunia numerata veniat in quamcunque actionem satis est ipsam pecuniam peti, corpusq; nûmorum non eius æstimationem, quæ nulla est, l. 3. ff. de in litem iurando. Vtique pecunia res omnes æstimat corporales, & incorporales: ipsa non æstimatur, aurum non æstimat aurum. At qui pecunia numerata non venit in conditionem triticariam, leg. 1. ff. de conditione triticaria, ergo ex eo est, quia conditio triticaria non ea est, in quam species ipsa venit, immo ea inquam mercis æstimatio venit, alioquin veniret pecunia numerata, **Velim certè mihi responderet Faber.**

Iam verò ne contrariarum actionũ officia miscere, aut quod durius est transferre videamur, è vestigio contra est. **Conditio triticaria** quinimmo illa est, in quam actionis, actorisquæ intentione deducitur mercis, aut speciei æstimatio, loco tamen, & tempore in consilium adductis, vt iusta æstimatio fiat, adeo vt profus triticaria cesset, nisi loci, vel temporis fiat commemoratio, textus sunt omino disertis, in l. vltima, ff. de conditione triticaria, textus in l. quoties 59. ff. de verb. ob. text. in leg. vinum, ff. de rebus creditis. Neque obstat hunc tex. quem de triticaria interpretamur subiacere Rubricæ, ff. si certum petatur; nõ enim inde strictim inferendum est, loqui de certi conditione. Nec profecto est ratio ob quam non peregrinari quadantenus videatur? **Cur enim tex. in l. vlt. de conditione triticaria peregrinabitur magis quam tex. in l. vin. ff. si certum petatur? cum potius**

iuris ratio persuadeat, tēx. in l. vinum, pertinere ad Rubricam de conditione triticaria, rerum æstimatoria, leg. 1. & toto vic. ff. eodem. Agitur enim in dicta l. vinum, de vino vel frumento æstimando. Ad hæc conditio certi, illa actio est in quam non æstimatio, sed merx ipsa, atque species ipsa deducitur vini vel frumenti, debiti, l. certum 6. ff. si certum petatur, quod adeo strictim acceptum volumus, vt nec loci, nec temporis æstimatio veniat in conditionem certi. Quippe loci utilitas dūtaxat venit; vel in actiones arbitrarias de eo, quod certo loco l. 1. ff. de eo quod certo loco: vel in conditionem triticariam, ex allegatis iuribus, diuerso tamen modo. Qua propter cum per conditionem certi species ipsa petatur, detracta æstimationis mentione, vt satis insinuat certi conditionis nomenclatura, oportet speciei soluendæ libertatem durare ad tempus, vsque rariu-  
dicatæ, nec nouari per litis contestationem: præcipuè si loquamur de conditione certi generali, quæ nascatur ex conditione triticaria, l. certi conditio 9. ff. de rebus creditis, vt infra videbimus. Itaque libertas perseuerat soluendi mercem si reus velit excusare condemnationem in pecunia numerata, propter faciliorem iudicati executionem. Quæ sententia Cuiat. est in l. centum capuæ, ff. de eo quod certo loco, atque in paratitlis ad titulum Cod. si certum petatur. Consentit Andreas Kohl ex exercitatione legali 10. & sequenti. Quem, doctissimum alioquin infestius insectantur Faber de erroribus pragmati decade 84. errore 5. atque eius discipulus Schifordegeirus, lib. 1. tra. 21. & 22. per totum. Verum, vt perpetuum est de insectationis imbidia, gloria prodit famosior: Tandem aduerto ex conditione triticaria oriri recte posse hanc certi conditionem, quæ ideo prodita est, vt ex quocunque contractu, vel obligatione eam proponat creditor, ex mutuo, ex Stipulatu, ex legato, ex sent. conf. Trebeliano, ex leg. Aquilia l. certi conditio 9. in principio, & §. 1. ff. si certum petatur. Sapientissime Bartolus, ibi, quamuis Faber minutias captet decade 84. errore 1. 2. & 3.

Quibus de conditione certi, atque triticaria verissime suppositis, Vlpiani quæstio, eo spectat, vt triticariæ conditionis utilitatem, atque exercitium proponat. Factum tale est. Ad Kalendas Augusti proximas, v. g. debebantur mihi ex mutuo;

fru-

frumentū modij centum: elapsæ sunt Kalendæ, nec interpellauit  
iudicialiter, nec extra iudicialiter. (Quæ interpellationes quan-  
tum differant huius inspectionis non est) cæterum ad sequen-  
tes Septembris Kalendas agere proposui. Hoc primum apud  
me explorabo, quid magis expediat, an triticaria, an certi con-  
dictione experiri? Et quidem si Kalendis Septembris, charius  
frumentum est, ommissa triticaria, experiar utilius per certi  
condictionem sine temporis commemoratione. Qua ratione  
plus consequar sine dubio, scilicet; vel frumentum ipsum quod  
charius est; cuius soluendi libertatem habet reus conuentus ad  
tempus, vsque rei iudicatæ; si velit excusare condemnationem  
in pecunia numerata; vel æstimationem frumenti chariorem,  
quam inibit iudex à tempore rei iudicatæ; & quia ad illud vs-  
que tempus potest reus se liberare frumenti solutione; & quia à  
nouissimo tempore quo frumentum dari oportet, sumenda æsti-  
matio est. Verum si frumenti pretium exploratus comperero,  
vilius vendi, Kalendis Septembris; ommissa condictione certi,  
experiar per triticariam facta commemoratione temporis quo  
dari oportuit, scilicet mentione facta Kalendarū Augusti. Qua  
ratione plus saltem consequar, scilicet chariorem præteritam  
æstimationem, qua vulgo æstimabatur frumentum præteritis  
Augusti Kalendis, quibus dari oportuit. Quippe in conditio-  
nē triticariam, non venit frumentum, quod modo vilius est sed  
æstimatio, cum relatione temporis, ex allegatis uribus. Idem  
actionis exercitium seruandum est in homine: nam si copia, ser-  
uorum eos fecit viliiores in Augusti Kalēdis, petendus homo est,  
per condictionem certi, in Kalendis Septembris; cæterū si ino-  
pia eos fecit pretiosiores, agendū est triticaria. Ex quibus Vl-  
piani sententia, atque triticariæ exercitiū apparet. Quippe, à tē-  
pore condemnationis, sumenda est æstimatio, vt inquit Vlpia-  
nus. Quod nō est strictim accipiendum, de condictione tritica-  
ria inquam solum venit pretium, ex loco, & tempore, sed de cō-  
dictione certi, quæ specialiter oriatur, ex condictione tritica-  
ria. Quandoquidem ad hoc vt dictæ legis tertiæ sententia spe-  
ctet ad titulum de condictione triticaria, affatim, & abunde est  
loqui de condictione certi, quæ oriatur ex condictione tritica-  
ria, per quam condictionis triticariæ utilitas præcipua, atque

exercitium demonstratur. Vtique nisi triticaria adiuuetur per conditionem certi. Actum est, non solum de gratia: verum etiam de pondere totius conditionis triticariae. Plane haec promiscua sunt. Vt lex vinum pertineat ad Rubricam si certum petatur satis est loqui de conditione certi, quamuis haec oriatur ex triticaria, ergo vt tex. in l. 3. pertinet ad triticariam abunde est loqui de exercitio triticariae, quod elucet, per conditionem certi.

Iam vero nequid relinquam inausum in hac tractatione illud animaduerto, videlicet, cautum, atque diligentem actorem recte experiri per conditionem certi, si fortea Septembris Kalendis charius frumentum est. Caeterum cautum, & diligentem reum si moram ipse non fecerit, in solutione frumenti sua die, recte excipere posse. *Si per me non steterit quo minus, soluerem praeteritis Augusti Kalendis.* Cuius exceptionis ea est potestas, vt conditionem certi faciat triticariam, adiecta commemoratione loci, & temporis per modum exceptionis. Qua ratione minori pecunia condemnabitur, ea videlicet, qua frumentum aestimabatur praeteritis Augusti Kalendis: quibus dari oportuit. Nec nouum certe est, vt altera actio in alteram desinat exceptionis vigore: namque quod fortius est actio stricti iuris, fit bonae fidei actio, virtute exceptionis doli mali, l. Seia 42. ff. de mortis causa donationibus. Cuius pro Doroteo lib. 3. obser. cap. 17. & lib. 8. cap. 16. quamuis renitatur Faber lib. 14. coniecturatum, cap. 18. Praeterea actio ex stipulatu, actio ex mutuo, actio ex testamento (quae origine sua stricti iuris est, leg. alias 6. ff. de in litem iurando) frequentissime desinunt in arbitrarias speciales, l. l. si heres 5. l. aut mutua 6. de eo quod certo loco dari oportet. Arbitrariae autem nec bonae fidei, nec stricti iuris actiones sunt, tex. est omnino disertus in l. 3. §. 1. ff. de usuris sapienter Faber in rationali, ad tex. in l. 1. & l. si heres 6. ff. de eo quod certo loco. Illud tamen necessario desideramus, vt reus expressè exceptionem opponat: alioquin non sicut insunt exceptiones bonae fidei iudicij, ita & strictis, l. 3. ff. de rescinden. vendi. l. huiusmodi 84. §. 5. ff. de leg. 1. l. in bonae fidei 36. ff. de peculio: facit tex. in l. 4. §. hoc iudicium 8. ff. de damno infecto. Brissonius de solutio. tit. de nouationibus, Donellus lib. 16. omme. c. 13.

& ibi, Osual. lit. H. Idē Donellus lib. 22. cap. 2. & Illigerus, lit. L. Cui. lib. 16. quæst. Papin. in l. Papinianus 14. ff. de publiciana in rem actione. Ex qua postrema animaduersione, explicanda est vltima Vlpiani oratio in dict. l. 3. ff. de conditione triticaria. Vbi docet, ex Marcello iniuditijs strictis conditionis triticariæ, sumendam esse æstimationem à tempore moræ contractæ, quando deterior species vel homo factus sit. Cuius sententiæ non ille sensus est, vt à tempore moræ contractæ per lapsum diei sumatur æstimatio rei deterioris factæ, si actor experiatur per conditionem certi generalem, quæ nascatur ex triticaria: quinimmo sensus hic est, à tempore moræ contractæ per lapsum diei sumi æstimationem, si vel actor experiatur per ipsam triticariam directam, vel reus excipiat de mora per creditorem commissa: ne sua frustratio ei proffit, l. hominem 37. ff. mandati.

Illud proculdubio me male diutissimè habuit in hoc dicendi genere: arbitramur nimirum æstimationem speciei petitiæ per conditionem certi, quæ oriatur ex triticaria incundam esse à pretio vulgari, quo speciem taxari oportuit tempore condemnationis. Quod si verum est quid respondebimus rogo ad leg. vlt. ff. de conditione tritica, & l. vinum 22. ff. si certum petatur? Quibus locis semel & iterum docent Celsus, atque Iulianus æstimationem speciei petitiæ per conditionem certi, sumendam esse à tempore litis contestatæ, si neque de tempore, neque de loco conuenit, nulla rei iudicatæ facta mentione. Hic est nodus quēPLICANT omnes, soluit nullus. Hæc illa difficultas, quæ ad iustissima creuit volumina apud Donellū de rebus creditis, in d. l. 22. Apud Fabrum lib. coniecturarum 26. fere per totum, apud Andream Kohl. in legalibus exercitationibus. Inter quos contentiosum ducere funem: erit gloria deinceps. Distinguo tamen brebiter inter conditionem certi, quæ oriatur ex mutuo simpliciter dato, nec loco, nec die adiectis; & conditionem certi, quæ oriatur ex mutuo cum adiectione diei & loci: & conditionem denique, quæ oriatur ex stipulatu, vel simplici, vel cū adiectione temporis, & loci. Et quidē conditiones istas plurimum differre probo ferè euidēter collatio cōditionibus, ex mutuo, atque stipulatu (mutuo, scilicet, atque stipulatu) quibus locus adie

adiectus sit. Nāque ad agendū cōditione ex mutuo, extraneo loco in quo dari non conuenit, necesse non est descendere, ad actiones vtilis arbitrarias de eo quod certo loco dari oportet, singularis textus, ita omnino intelligendus in l. hæres absens 19. §. vlt. ff. de iuditijs cum Fabro de erroribus pragm. decade 9 r. erro. 6. & 8. & ibi Bartolus. Ad agēdum autem cōditione, ex stipulatu extraneo loco, in quo dari non cōuenit: necesse est omnino descendere ad arbitrarias vtilis de eo quod certo loco: ratio differentia. Mutuū contrahitur ex reali traditione, nō ex pacto, non ex cōuentione, l. 2. ff. de rebus creditis. Qua propter loci, & temporis adiectio non intrat substantiā mutui: quāuis alioquin parere possit, vel exceptionem, vel actionem præscriptis verbis l. cum mora 6. cod. de transactionibus: Vnde cū nec locus, nec tempus mutui partes sint, recte vbique agitur cōditione ex mutuo, quod tantum desiderat realem traditionem non desideratis, actionibus arbitrarijs, vt extraneo loco vel tempore agatur: Caterum locus, & tempus partes sunt stipulationis, non minus quam species compræhensa l. 1. §. editiones, ff. de edendo. Cū enim vniuersa obligatio constet ex verbis, non inferior certè est stipulationis pars locus adiectus, quam species debita. Vnde quia stipulatio, nec tempus, nec locum egreditur descendendum est, ad arbitrarias, si extraneo loco agatur per cōditionem certi ex stipulatu, leg. 1. ff. de eo quod cer. loc. Nec me mouet tex. in l. ex mutua 6. ff. eodem tit. quippe reponit rectissimè Faber ibi, stipulationem esse celebratam incontinenter ad mutuū. decad. 84. errore 5. Ergo per tex. in l. 5. §. vlt. cum l. seq. ff. de nouationibus. Iam vero si tam manifesta discretio est inter cōditionem certi, ex mutuo, & cōditionem certi ex stipulatu. Mirabimur ne vehementer, cōditionem certi ex triticaria differre à cōditione ex mutuo simpliciter dato: atque à cōditione ex stipulatu, cui adijciatur, vel detrahatur dies certa, certusque locus? Porro huius cōditionis specialis natura est, vt species petita non transeat in causam iudicati per litis contestationem, nec eius obligatio transfundatur in pecuniam numeratam per susceptionem iudicij, vt hac ratione iudex faciat æstimationem à tempore cōdemnationis, quod nouissimum erit mercis soluendæ. Specialitatis ratio est quia

conditionem certi ex triticaria, ipsam triticariam, conditionem ex æquo sapere, & civile & naturale est, quoniam subrogatum, principalis sapit naturam, l. si quis 10. §. qui iniuriarum, ff. si quis cautionibus, l. in duobus 28. §. exceptio, ff. de iure iurando. At qui conditionis triticariæ perpetuum est, maiorem actoris utilitatem inspicere sumendam ex loco, & tempore l. vinum, ff. si certum petatur, l. quoties 59. ff. de v. oblig. Ergo si ex re atque negotio actoris fuerit maiorem affectare utilitatem, prætermis-  
sa loci, & temporis opportunitate, forte quia iam post lapsum diei charius frumentum est, consulendum ei est per eam actionem, cui insit utilitas desiderata, ex alio tempore capienda; videlicet ex tempore rei iudicatæ: ne alioquin elangueat triticariæ conditionis intentio, cuius proprium est maiorem actoris utilitatem inspicere, captandam ex tempore opportuniore.

Quæ ratio (si nihil urgentius me remoraretur) peræquè probat in iudicio conditionis certi ex triticaria, speciei æstimationem sumi à tempore condemnationis, si hoc opportunum est, vel à tempore litis contestatæ, si opportunius hoc est. Quæ via satis probabiliter conciliarem Vlpianum, qui tempus desiderat condemnationis, si opportunum est, & Celsum qui cum Iuliano, & Sabino desiderat tempus accepti iudicii, si hoc opportunius est. Exemplo actionum bonæ fidei, diuersa tamen ratione; nempe in iudicijs bonæ fidei, quia æquius, & melius est omnem actoris utilitatem in æstimationem venire, adsumimus cum Pomponio supremum tempus rei iudicatæ, ut facile regrediamur ad tempora breuiora, contractus, moræ, litis denique contestatæ. Hic verò adsumimus cum Vlpiano ex Seruio supremum tempus condemnationis, ut facile regrediamur cum Celso, Iuliano, atque Sabino, ad litis contestatæ tempus; non quia æquius, & melius est omnem actoris utilitatem in æstimationem adducere. Quinimò, quia strictum, & rigorosum est conditionem certi nascentem ex triticaria actori resarcire maiorem utilitatem capiendam ex tempore, quæ iam non venit in triticariam directam, propter utilitatem speciei, eo tempore quo dari oportuit. Neque hoc spectat ad rei iniuriam: Conqueratur enim de se ipso, si moram ipse contraxit, aut excipiat, *si per me non steterit, quominus sua die soluerem, mora per creditorem contracta.* Illud saltem inficiabitur



bitur nemò comparationem hanc, strictissimam habere rationis analogiam. Verumtamen quominus hic subsistam, incuntanter illa ratio facit, quod Celsus, atque Iulianus mentionem facientes conditionis certi in allegatis iuribus, non loquuntur de conditione certi ex triticaria, sed de conditione certi ex mutuo simpliciter dato. Patet ex verbis utriusque, *si de die nihil conuenit* inquit Celsus, *quanti tunc est cum iudicium acciperetur* Iulianus, *si dictum est, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si non quanti nunc cum petitum est*. Iam verò si nihil de loco, & tempore conuenit, cessat triticaria rerum æstimatoria ex loco, & tempore, atque certi itidem cōdictio ex illa. Ergo Iure consulti mentionem facientes conditionis certi, non loquuntur de conditione certi ex triticaria, immò illam omninò distinguunt. Quod sapienter notauit Faber, aduersus Cuiacium, & Andream Kohl. decade 84. erro. 4. in fine. Qua propter satius est dicere condemnationis dū taxat tempus considerandum esse, propter supra dictam rationem: si loquamur strictim de conditione certi ex triticaria cum Vlpiano in d. l. 3. ad differentiam certi ex mutuo simpliciter dato, vel ex stipulatu simpliciter contracto, ut loquitur Papinianus in nostra leg. fundum 28. ff. de nouationibus. In qua idcirco consideratur tempus litis contestatæ ad incundam fundi Cornelianæ æstimationem, quia noster Papinianus loquitur de conditione certi ex stipulatu simpliciter contracto, vel de actione directa ex stipulatu. Quātumuis dissentiat Cuiatius, qui arbitrat Iureconsultum loqui de conditione triticaria, in quam fundus etiam venit, quod falsum esse puto, quia nulla est apud Papianum loci, vel temporis commemoratio.

Non ea mihi est ingenij fidutia, ut credam difficilem scopulum me traiecisse, naue non impacta; in quem rarus est Doctorum, qui non naufragetur, propter conditionis triticariæ naturam, altam certè, atque in libris digestorum sincerè obscuram Peccauerim: esto: nouitatis veniam exoro, largiendam facile, & quia rei familiaris inopia, librorum copiã non suppeditat, vnde meliora sumantur, & quia bicenarũ horarum angustia nouilissimam disputationem ægerrimè capiunt.



*UVA. BHSC. LEG 16-1- n°1229*

HTCA  
U/Bc LEG 16-1 n<sup>o</sup>1229



5>0 0 0 0 5 8 2 0 2 8

*UVA. BHSC. LEG 16-1- n<sup>o</sup>1229*