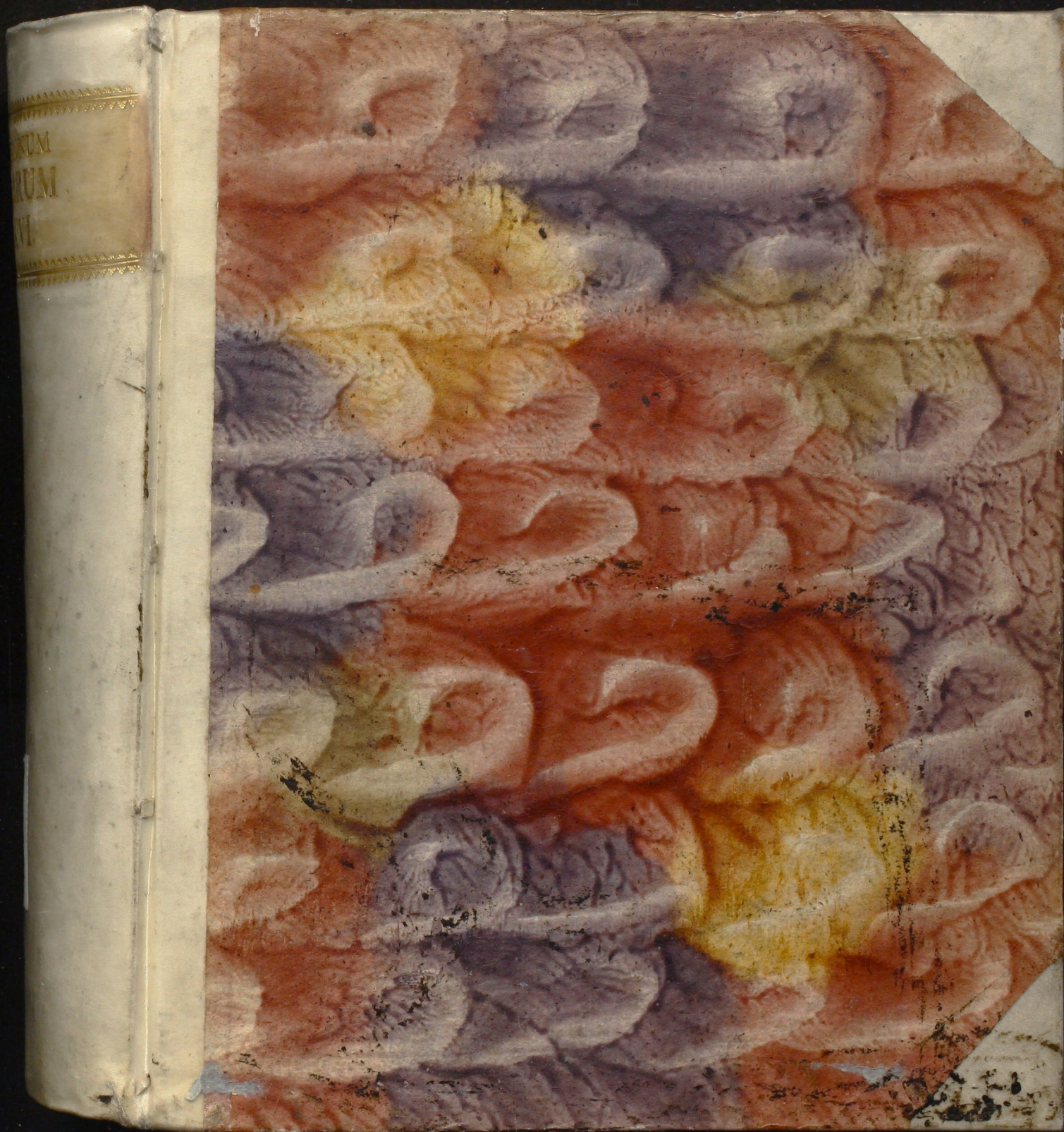
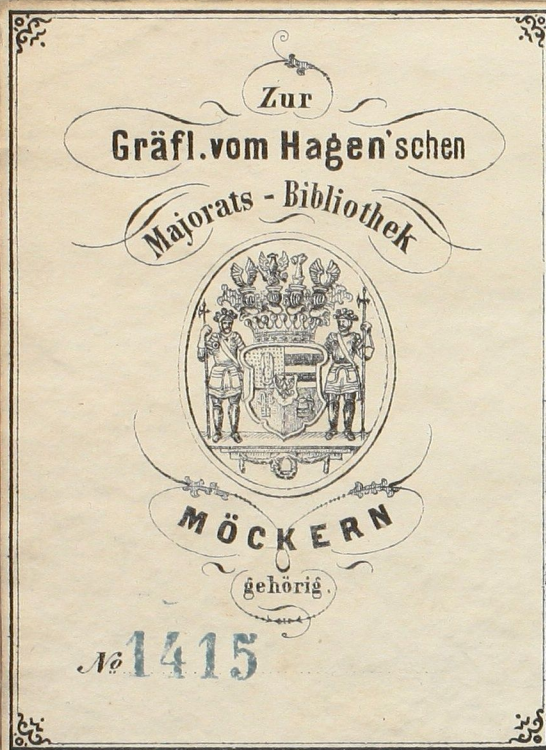






27
we

5

DE
VSV PRACTICO
ACTIONVM
BONAE FIDEI

ET
STRICTI IVRIS

DISPUTABIT

PRAESIDE

NICOLAO HIERONYMO GVND-
LINGIO ICT.

SERENISSIMO AC POTENTISSIMO BORVSSIAE

REGI A CONSILIIS INTIMIS ET ECCLESIASTICIS IV-
RIVM PROFESSORE ORDINARIO h. t.

DECANO

III NONAS OCTOBRIS CIO MDCC XXIV.

H. L. Q. C.

PRO PRIVILEGIIS DOCTORIS

CONSEQUENDIS

PHILIPPVS DANIEL ANDREAE

HERBORNA - NASSOVIVS.

HALÆ MAGDEBVRG.

TYPIS CHRISTIANI HENCKELII, ACAD. TYPOGR.

CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

CAP. I.

Theoria actionum bonæ fidei & stricti iuris.

§. I.

AB omni contractu abesse mala fides debet, quæ opponitur dolo. §. II. Hic bona fides non solum excludit dolum, sed in primis strictum, durum, directum: ita ut, quid sit præstandum uni ab altero, rite expendat iudex. §. III. Munus Prætoris ac iudicis. §. IV. Iudex factum circumspiciebat. §. V. Interdum libere; sedque explicatur, §. VI. Interdum adstrictè; quod iidem exponitur, §. VII. Formula: fide bona. §. VIII. §. IX. Cur stricti iuris actiones non appellantur malæ fidei? §. X. Iudex quare arbiter? §. XI. Non omnes actiones ex æquo & bono venientes sunt bonæ fidei. §. XII. Ut quædam illarum habent hanc qualitatem. §. XIII. §. XIV. Nec interpretatio ex bono & æquo arguit illico actionem bonæ fidei. Quod exemplis illustratur. §. XV. Æquitas opponitur verbis & litteris, item iuri. §. XVI. An Prætor semper inferere formulæ debuerit: bona fide? §. XVII. Arbitrariæ actiones non sunt bonæ fidei, §. XVIII. §. XIX. §. XX. §. XXI. Quod luculentius & per exempla docetur, §. XXII. Causa, quare Romani aliquas actiones in classem bonæ fidei, aliquas in stricti iuris compegerint, difficile indagatu. §. XXIII. Plebs novas cupiebat leges, metuebatque sibi a Patriciis. §. XXIV. Qui formulas actionum excogitabant: quæ tamen minime efficiebant, ut vel contractus, vel actio fieret stricti iuris: quod latius ostenditur

);(

ditur

CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

ditur. Habebant enim & bonæ fidei negotia suas formulas. Verum discrimen inter hæc dua iudicia. §. XXV. An omnes contractus primo iuris stricti? §. XXVI. Inhabebat plebs cum multis oratoribus tō p̄tō: aliqui equitatem commendabant: donec temperamentum inualesceret, ut quidam contractus bonæ fidei existimarentur, aliqui stricti iuris manerent. §. XXVII. Argumenta pro stricti iuris contractibus. §. XXVIII. De mutuo nonnulla. §. XXIX. Argumenta pro contractibus bonæ fidei, atque inde manantibus actionibus. §. XXX. Formula in actionibus strictis. §. XXXI. An dolo Romani sint patrocinati? §. XXXII. Qui ab hac labe defenduntur: utut populus pedetentim declinauit a bona fide. §. XXXIII. Hinc prætores contrahere fraudibus. Aquilius actionem doli inuenit; Cassius exceptionem. §. XXXIV. Qua in bonæ fidei negotiis opus hauderat. Formula in bonæ fidei actionibus. §. XXXV. Neutiquam tamen nomen contractuum & actionum bonæ fidei ab illa formula fluxit. Sed alia potius causa magis verisimilis e Tullio assertur: cuius locus ex lib. III. de officiis adductus exponitur clare & accurate, §. XXXVI. Quid iudicium sine lege? §. XXXVII. Fecit philosophia Stoicorum, ut latius propagaretur in contractibus bona fides. An omnia iudicia bonæ fidei potuerint effici? Respondetur distincte. §. XXXVIII. Nulla actio bonæ fidei dicenda, vel stricti iuris, nisi quæ profluat e contractu. §. XXXIX. Numerus actionum bonæ fidei a Iustiniano indicatus an accuratus? §. XL. Imperatoris mens declaratur. Cur actio finium regundorum non fuerit habita bonæ fidei? §. XLI. Difficultas circa hereditatis petitionem: Iustiniani decisis examinatur. §. XLII. §. XLIII. Eiusdem factum perpenditur, dum actionem rei uxoriæ in illam, quæ est ex stipulatu

CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

glatu transfudit. §. XLIV. Error Ictorum quorundam, numerum actionum bonæ fidei incertum mansisse existimantium. Quare non omnes contractus innominati sint bonæ fidei? §. XLV. Romani primario ad societatem & mutuas præstationes communi voto consilioque intentas respexere. §. XLVI. In obligationibus certis non permiscere iudici libertatem arbitrandi: sed præponebant incertas, ubi arbitrium foret necessarium. §. XLVII. An non contractus quidam innominati videantur potius unilaterales? §. XLVIII. Quam ob rem æstimatorius contractus bonæ fidei? §. XLIX. Effectus actionum bonæ fidei & stricti iuris deducuntur ex dictis. §. XL. Ac causa redditur quare (1) in strictis ultra petita non processerit iudex, §. LI. (2) iurandum in litem non admissum? §. LII. (3) exceptiones bonæ fidei iudiciis inhæserint, non autem strictis? §. LIII. (4) illæ omnium litis tempore opponi potuerint? §. LIV. (5) ob moram usuræ inceperintque? §. LV. (6) actio tolleretur ipso iure? Cuius phraseos sensus explicatur dilucide. §. LVI. Quædam de compensatione ex veteri Iurisprudencia & Iustiniana. §. LVII. Quæstio expenditur, an adiecta stipulatione contractus bonæ fidei fuerint transfusi in contractus stricti iuris, itemque literales redacti in scripturam? §. LVIII. Hinc clare docetur, quare emptionibus venditionibus ceterisque bonæ fidei contractibus apposta stipulatio? Qui inde resultauerint effectus? §. LIX. Emptio in scripturam traducta tam laxa & benigniter explicatur, ac si deessent literæ. Vulteius laudatur. §. LX. Aliud, si nouandi animo stipulatione usi sint contrahentes: qui non præsumitur, sed probatur. L. 71. ff. pro socio consideratur. Immo sæpe ob certum caput additur stipulatio; ac nihil accidit mutationis, sed vinculum adiicitur

);

vincu-

CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

vinculo. Laudatur Dominicus Aulissus, qui difficiles hosce nodos feliciter expediuit. §. LXI. Cuiacii opinio confutatur, ob clausulam dolum malum abfuturum stipulationes quoque, omnesque stricti iuris contractus fidei autumantis. Fundamentum erroris detegitur. §. LXII. Lex Seia 42. ff. mort. causs. donationibus in luce constituitur.

CAP. II.

Vfus practicus actionum bonæ fidei & stricti iuris nullus.

§. I. **N**on est necesse, ut quia formulæ desiere solennes, desisse etiam censeatur differentia actionum bonæ fidei & stricti iuris. §. II. Nec opus, ut ad ius canonicum prouocetur: de quo dubium, an sustulerit sæpe discrimen. §. III. §. IV. Error doctorum differentiam hanc ex iure naturali necessario deducunt. §. V. Potius commentum hic inuenitur Quiritium. Quod copiose probant. §. VI. Noua ratio, quare mutuam stricti iuris voluerint Romani; itemque gratuitum. §. VII. Quod non est secundum ius rationis. §. VIII. quemadmodum diuisiones contractuum Romanæ nequaquam ex iure gentium; sed inde potissimum ortæ sunt, quod pacta nuda non obligarent. §. IX. Laudantur Grotius, Puffendorffius, Thomafius. §. X. Teutones rationis præscriptionem hac parte sequuntur. Nec Principes agnoscunt ratione suorum contractuum illam differentiam bonæ fidei & stricti iuris. §. XI. Magistratus nostri de iure & facto cognoscunt: nesciunt Iudices pedaneos. §. XII.

CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

§. XII. Iustinianus, vtut euanuere iudices pedanei, illud discrimen in iuris arte radicatum non sustulit: Germani vero nunquam aliquid de illo audierunt, nec istud intellexerunt. Quod luculentius expenditur ac demonstratur. §. XIII. Germani naturam ac mores suos non deposuere vno momento. Ius Romanum non potuit vniuersim cum rebus nostris coniungi, aut instituta nostra immutare. §. XIV. Ineptum est, dicere, actiones bonæ fidei & stricti iuris in vso versari, quas paucissimi Ictozorum intelligunt, deque quibus grauissime altercantur. §. XV. Inconcinne loqui, qui hanc differentiam statuum per constitutiones Imperii obrogatum, quæ nunquam fuit ac multo minus obtinuit; nudumque latus aduersariis leguleios præbere. §. XVI. Adeoque causam bonam male defendere. Vera causa, cur in mutuo ob moram permissæ usura? Rabularum impudentia repressa in recessu deputationis a. 1600. atque æquitas ex more veteri reducta. §. XVII. Vnde in illa constitutione non inuenitur exceptio a regula. §. XVIII. Neque a nobis ea propter lex imperii extenditur: quia plane ignotum Germanis fuit hocce Romanorum inuentum. §. XIX. Etiam Galli & Belgæ istud non obseruant. In nulla lege Germanica aliquid de isto discrimine occurrit. §. XX. Ineptiæ doctorum deteguntur, qui ius Quiritium pro vniuersali iure venditant, & instituto Germanorum pro speciali. §. XXI. Nunquam istud receptum est absolute: mansere Teutonici mores. Ius ciuile commune dictum antequam nostri de eo cogitarunt. Ius Germanorum scriptum appellabatur: consuetudo: & quare? §. XXII. Hinc minus apposite, quæ de consuetudine tanquam iure non scripto afferuntur, huic questioni accommodantur. §. XXIII. Mutuum varia hodie pacta recipit, vnde actio nascitur. §. XXIV. Apud nos exceptio doli obiicitur in strictis iudiciis omni tempore etiam in ipsis executionis finibus: quod exemplo declaratur. §. XXV. Nec minus in illis iuratur in litem. Refelluntur dissentientes. §. XXVI. Officium nostrorum iudicum nobile est semper. Ostenditur

CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

ditur, quam non intelligant Practici naturam actionum bonæ fidei & stricti iuris. Goswinus ab Esbach insulse Carpzouio obloquitur; & ad decreta doctorum dissentientium prouocat; atque ex iis praxin vniuersalem in Germania impugnatur. §. XXVII. Reuincitur hæc methodus, simulatque euincitur, eadem ratione defendi posse, apud Germanos, nullam vim obligandi pactis nudis inesse. §. XXVIII. In ius Romanum sit ipsa ratio? Vincentius Grauius notatur. Iohannes Simlerus laudatur. Vox Chindasindi Gothorum Regis. §. XXIX. §. XXX. Opinio vana Doctorum existimantium, ius patrium non obtinere, quia aliter pronuntiarent ipsimet. Frustra in conditione indebiti Leguleii usuras negant ob moram. §. XXXI. Frustra, in donationibus & contractu facio ut des: præsertim, cum ea negotia in foris nostris considerentur ut pacta. Pacta sua Germani nunquam in bonæ fidei & stricti iuris diuiserunt: ignorant etiam illi pacta legitima. §. XXXII. Pudendum sphalma, actionem quod metus causa pertinuisse ad actiones bonæ fidei. §. XXXIII. §. XXXIV. ac multo maius, contractus ex metu initos adhuc consistere, & rescindendos, non autem ipsos iure nullos esse. Rationes ita somniantium Ictorum dispellantur. §. XXXV. Causa Romanæ iurisprudentiæ hac parte. §. XXXVI. Qui eam Germanis commendant, neuum illis obrudant: illustris Thomasius dependitur; eiusque doctrina de obligatione ex metu iure nullo vindicatur. Qua ratione sit intelligenda enunciatio: Pacta per se non producant obligationem in regno rationis. §. XXXVII. Teutones non indigent actione doti subsidiaria, aut prætoria. §. XXXVIII. Cambium non est contractus stricti iuris sensu Romano. §. XXXIX.

Conclusio.





DE
VSU PRACTICO
ACTIONVM BONAE FIDEI
ET
STRICTI IURIS
PROOEMIUM.



Vi de vsu practico actionum bonæ fidei & stricti iuris differere cupit, is *ἑκαστὴν* primum comprehendat oportet, quid fuerit actio bonæ fidei, quid itidem stricti iuris, ne Andabatarum more pugnetur, multa que misceantur, qua non pertinent ad rhombum, sed suis seorsum collocanda sunt

sunt locis. Quod vt obtineamus, faciendum est pro virili; sed ita tamen, ne in tractatum ex-
crescant, quæ sumus meditati.

CAPVT I.
THEORIA ACTIONVM BO-
NAE FIDEI ET STRICTI
IVRIS.

§. I.



Verum est, omnibus in actionibus re-
quiri bonam fidem; vnde inferendum
potius, totam differentiam actionum
bonæ fidei & stricti iuris videri commen-
titiam. Saltem ita rescribere Impera-
tores Diocletianus & Maximinianus l. 4. C. de V. O. BO-
NAM FIDEM *in contractibus considerari æquum est.* At
de eo non est quæstio. In adducta enim lege *bona fi-*
des opponitur dolo, & fraudi; estque exploratum, ab
omni conuentione & contractu dolum abesse debere.
Ex quo confit, FIDEM BONAM hoc loco aliud sona-
re, hoc est, nec fraudi opponi, nec astutiæ.

§. II.

Potius *bona fides*, excludit strictum, durum, dire-
ctum, asperum, simplex, quod nunquam quidquam ce-
dit, nec alteri plus concedit, quam est nuncupatum
verbis, expressum litteris, aut ex facto præstitum præ-
standumque rursus. Vnde altius repetenda res.

§. III.

§. III.

Prætor apud Romanos causas ipsemet non iudicabat, sed iudices petentibus dabat, simulque actiones largiebatur & exceptiones: quod significat sane, eum respondisse de iure, nempe, an qui petebat, agere possit, quomodo, quo tempore? item, an reo sit permittenda exceptio, quam aduersus actorem postulabat? De hoc in iure, id est, apud Prætorem & pro ipsius tribunali disceptabant partes præsentēs. Quæ res fecit, ut ius iudiciumque describantur tanquam diuersa: quoniam in postremo de facto solum disputabatur, quod unus negabat, alter adfirmabat; de iure vero nulla amplius erat signata contentio. Posset hoc explicari e multis Ciceronianis locis, nisi otium hac parte nobis fecissent Iurisconsulti humaniores fere omnes, Brissotius, Hottomannus, inque primis Iosephus Auerani *Interpret. Iur. lib. I. cap. XIV. n. 29.*

§. IV.

Factum circumspectitur vel liberius, vel adstrictius. Habet enim vnumquodque negotium suam naturam vel ex lege, vel definitione partium expressa.

§. V.

Qui libere iudicat, integra gesta & actitata, simul atque æquitatem ante oculos habet constitutam, non meram legem, non verba directa & simplicia: eoque laxat habenas ingenio in æquitatem prono, sententiamque fert, non prout lex suadet, aut iustitia, ut in verbis litterisque consistens obligatio, sed prout cum humanitas impellit, variamque *περίσταςιν* consideratio in regno rationis liberrimo positum inclinatur. Igitur

bona fide iudicat, id est, plene, exacte, accurate nullis inclusis cancellis a prætorè, exceptionesque REI ex ipsa actionis natura atque contractus elicit, & fulcit; sicuti & ACTOR i auxilio venit, non ex formula sola, sed ex natura negotii & actis, quoad æquius & melius.

§. VI.

Quod uti nullo negotio intelligitur; ita vicissim stricte iudicat, qui fines verborum simplicium egredi non audet, ac ne latum quidem vnguem a vocum sono recedit, aspera licet omnia sint, seque dolus immisceat, aut metus interueniat, aut pacta adiecta obseruentur: nisi quidem Prætor tanquam ex machina adueniat, & imploratus exceptiones impertiat, quas per se nec dat iudex, nec vlla ratione respicit.

§. VII.

Et ita vero formulam FIDE BONA esse exponendam, varia apud veteres auctores loca persuadent, quæ apud Florum, Quintilianum, Petronium, Senecam extant, atque in vnum collecta sunt a Iacobo Perizonio, (*) Petro Burmanno, (**) J. Freinshemio, (†) Carolo Andrea Duckero (††) viris clarissimis.

§. VIII.

Cuius generis obseruationibus præmissis variæ Doctorum quæstiones concidunt. Nunc enim inapte rogatur, quare actionibus bonæ fidei non opponantur actio-

(*) in animaduersionibus ad Sancti Mineruam.

(**) ad cap. XII. Petronii & ad Quintil. declam. XII.

(†) in indice ad Florum.

(††) in comment. ad Flor. Lib. II. cap. I. n. I.

actiones malæ fidei? num omnes actiones ex æquo & bono descendentes ad classem actionum bonæ fidei pertineant? An nulla sit eius commatis, nisi Prætor in formula scripserit dixeritque FIDE BONA? An arbitrariæ in omnibus similes sint? an distinguendæ ab istis?

§. IX.

Quippe monitum supra, non eam fuisse iurium auctoribus mentem, ut bonam fidem in iudiciis & contractibus dispiciendis sic distinguerent a fraude & mala fide. Tota potius nominis ratio ad libertatem iudicis referenda est, cuius arbitrio relinquuntur plura, quæ verbis & facto nude inspectis, non sunt determinata ac fixa: immo supplet ille, quæ videntur omissa, adeoque accurate vniuersa ponderat & æstimat, atque ex æquo & latere utroque arbitratur.

§. X.

Inde enim est, quod iudex *arbiter* dicitur, ac talia bonæ fidei iudicia arbitriorum & arbitrariarum actionum nomen ferunt: quod Franciscus Hottomannus passim ex Cicerone probat in comment. ad Orationem *pro Quintio cap. III.* ubi actio pro socio *arbitrium pro socio* nuncupatur. Et hæc libera iudicia Iurisconsulti demum actiones bonæ fidei frequentius nominarunt, quia ad æquum bonumue oculos conuertebat iudex, non solum nihil fraudis admittendo, sed quid *VNVSQVISQUE* contrahentium præstari sibi voluerit, luculenter expendendo.

§. XI.

Ex quo iterum elucet, non illico ea iudicia videri bonæ fidei, quæ ex æquo & bono descendunt. Multæ

actiones ex æquo & bono ortum suum habent, nec tamen istud elogium ferunt. Pleræque, quas inuenere passim Prætores, ex æquitatis latifundiis profluxere; & ineptus interea foret, qui actiones Prætorias tali appellatione censeret notandas. Vix enim in causam efficientem hic aciem ingenii intendimus, sed in finem & exitum, quem considerat iudex, dum *fide bona* accurate, & sapienti arbitrio pronuntiat, nec verba stricta duntaxat legumque & vorum rigorem sectatur; eratque magni iudicii ac prudentiæ, in hisce tenere modum, atque euitare frequenter occurrentia extrema: NIMIVM ET PARVM.

§. XII.

Interea vero nemo negat, potuisse actionem oriri ex æquo & bono; simulatque ratione finis & exitus esse bonæ fidei. Sumatur de re uxoria actio, & vtrumque animaduertetur; sicuti vicissim condictio indebiti æquum pro fundamento habet, vtut stricti semper iuris fuit, mansitque.

§. XIII.

Nec prætereundum, fallere illos & falli, qui interpretationem ex æquo & bono (*) iudiciis bonæ fidei veluti

(*) Æqui bonique voces hac in materia turbas dant. Ex æquo interpretari significat plene interpretari & interdum plus quam plene. Nemo dixerit, stipulationes non esse exponendas plene; sed plus quam plene interpretaretur, qui quod in illis *κατὰ τὸ ἐν τὸν* non inuenitur, adderet, aut detraheret. Postremum in liberaliori iudicio locum habet: prius in omnibus negotiis.

veluti mancipio addicunt. Vtraque istam participant; diuersissimam vtut retinentes naturam. Quod tanto magis imprimendum memoria, quanto plures inueniuntur inepte & superbissime simul ad hunc scopulum allidentes. Quis enim dixerit contractus stricti iuris exponendos esse inique, aut carptim abscisseque? Sunt illi vtique plene interpretandi, & bona fide ac sine fraude & secundum æquitatem iusto examine trutinandi: at in eo versatur *κρίνωμενον*, an quod in iis non deprehenditur, nec verbis expressum, nec litteris consignatum cerni-

tiis, & enunciationibus. Deinde æquitas fraudi opponitur. In omni interpretatione fraus exulat. Quin singuli libelli non respuunt interpretationem æquam & rei conuenientem, hoc est, vt, quid petatur, quidue condicatur consideret iudex. Sed cessat in adstrictis iudiciis *διάνοια*, puta, ratiocinatio propria, circum spiciens omnia & singula, quæ sibi præstari voluerunt partes, vtut nec verbis expressere, nec facto, & tacite, quoad satis, indicarunt. Vnde qui bona fide iudicat, nec verba sola, nec factum merum contuetur, sed actitata ex vtraque parte, & propositum contrahentium. Gesta vero & actitata non includunt merum factum, quantumuis ex factis & verbis quoque, & natura contractuum simul id, quod sui est officii, obseruent Iudices, caueantque prudenter, ne omissa noceant, nec, quæ sunt expressa, conventionum naturæ repugnent. Idque est respicere actitata: quod plus continet, quam contemplari verba, & factum: quanquam & hæc non negliguntur; & cogitata interea, & quæ commode atque in usu verum cogitari solent & mos atque consuetudo sic contrahentium secum fert, expenduntur.

cernitur, nec alioquin principaliter & primo obtutu in contractibus animo intenditur, supplendum sit ex æquo & vtrunque adiiciendum bona fide, adiudicandum *omnino*, tribuendumque partibus, post varias visiones & dimensiones, competenter? Rem vno alteroue exemplo declarabimus. Est numerata pecunia ex mensa, an domo, parum interest. Nihil adiectum de usuris: quid? quod abesseingas stipulationem & illis soluendis: adicias, in mora esse debitorem: nec enim ille soluit condito die: tergiuersatur, ac se quoque condictione certipatur compelli ad dissoluenda nomina. Non est dubium, quin iudex tanquam vir sapiens percipiat bene debitorem admodum agere iniuste. Fac amplius, creditorem facere damnum; aut saltem multis privari compendiis: quod nunc erit iudicis officium? an pronuntiabit de usuris? an de eo, quod interest arbitrabitur? Et non putem. Mutuum, dicit, est gratuitum sua natura, more, legeque Romana. Iura, perget, sunt vigilantibus scripta. Qui usurarum compendia anhelat, stipuletur illa sibi, ac solenni carmine faciat promitti. Quin vix erit satis, pacto creditorem sibi prospexisse. In mutuo non latent usurae: pacta non insunt illi: ac creditum, quia gratuitum, vix admittit pactionem quæ subruat gratuitum; ne dicam, pacta non obligare. Quocirca alio remedio opus erit, quod est adhibendum seorsum. In hoc stipulatio est prodita. Stipulatio deest, nec apparet. Ergo usuras negligit iudex. Habet illi solum mutui naturam ante oculos constitutam. Non auscultat is creditoris querimoniis multa de æquitate continentibus, varia de iniquitate, de damno sibi illato, de

de lucro intercepto complectentibus. Solum ille de quantitate numerata sententiam fert: cetera omittit, etsi perspicue intelligit, non fore iniquum, si & persoluerentur ob moram vsuræ, creditorque accipiat fructus civiles in solatium & redhostimentum illius, quod amisit, quoque acquirere ob debitoris moram ac obstinationem est impeditus. Quod etsi asperum, directum, & quodammodo simplex; ita est tamen, ita fuit, ut ne vsuræ deberentur, nisi in stipulationem deductæ. Neque enim illæ in stricta mutui forma insunt, ac pactum adiectum ex interuallo potius oppositum censetur, nec tanquam explicatio contractus considerari potest, aut declaratio, quia tale emolumentum non continet; idque intuitu contractus initi certo determinatum neutiquam inuenitur, sed iudicis demum officio certum fieri debet: quod repugnat strictæ mutui figuræ; adeoque cum nec in ipsa natura mutui inueniat vsuram, dum petitur certum, quid, quantum & quale; nec pactio, sicuti monitum, ex interuallo in primis addita, obligationem inducat; idcirco stipulatio utramque paginam conficiet, quæ per se consistit, & citra quantitatem acceptam præstitamque, expendenda est seorsum.

§. XIV.

E contrario quando emptio & venditio celebrata dicitur, multa sane non exprimuntur verbis: quæ inter ea in proposito contrahentium latitant. Non potest emptor re vendita frui, atque pretium non solvere. Sin igitur moras neccat, repenset necesse est per vsuras; quod ex condicto non præstitit. Mutua hic præ-

B

statio

statio occurrit animo & voto contrahentium comprehensa initio. Qui enim, aliquid pro pecunia sua exposcit, quod sibi arrideat magis, quam conuenta pretii summa: sicut vicissim pretium enixius desideratur a venditore, quam res venalis. Nunc statue, euinci rem emptam: de euictione silet contractus formula; & facile comprehenditur, Iudicem eo oculos suos dirigere omniaque ad æquitatis amissum exigere; quia nemo paciscentium æquius atque melius exclusit, sed emergentia *συμβεβηκότα* & præstationes mutuo consilio spectatas haud dubie iudicantium arbitrio reliquit uterque. Quod sane est non nuda, & verba simplicia circumspicere, aut factum in transcurfu contueri, sed acta & gesta integra accuratissime & ex æquo ponderare.

§. XV.

Cuiusmodi liberum iudicium propterea *æquitatem* aut *æquum bonumque* appellauere Romani veteres, quod verbis & litteris opponatur. Vnde scriptum sequi *calumniatoris* esse Cicero in oratione *pro Cecinna* ait, *BO-*
NIQUE IUDICIS, voluntatem scriptoris auctoritatemque
defendere. Vnde vix mirum, hanc æquitatem dictam *fidem bonam*, quæ ipsa est ratio naturalis aliterque iudicat, quam homines arbitrantur simplices, asperi & directi; sed potius *sincere*, prorsus ac Cæsar Lib. VII. de *B. G. c. 20.* dixit, *sincere* pronunciare, reuera & ex animi sententia *cordate* & *plene ex officio*, nec parum *prudenter*, sed *diligenter*, nullius iustiore voto neglecto. Non addam plura, nisi hunc e Quintiliano locum *Instit. Orat. Lib. X. cap. 3. p. 935. ed.*

Bur-

Burm. qui maxime ad rem nostram facit : *Neque enim se BONA FIDE in multa simul intendere animus totum potest, & quocunque respexerit, definit intueri, quod proposuerat.* Plura dabit doctissimus Petrus Faber *Semestr. Lib. I. c. 24. p. 160. f.*

§. XVI.

Ex quo patet, Prætores in hisce iudiciis dandis non male inseruisse formulæ : BONA FIDE : dummodo ne credas, ubi illam omisisset, stricti iuris euasisse actionem. Vix enim ille lubidini ita indulgebat suæ, nec, si indulgisset, Iudex, credo, peccasset, si ex bona fide, ut erat res ac postulabat æquitas, præter verba & scripturam pronunciaisset large, & explanatius esset arbitratus.

§. XVII.

DICO ARBITRATIVS. Igitur perquisitio est facienda, an arbitraria actio & bonæ fidei iudicium conuerint penitus? Sunt enim, qui sic argutantur, & summa imis miscent. At enim vero veritati congruit, omnem actionem bonæ fidei continere arbitrium, eoque recte appellari arbitrariam; nequaquam tamen adfirmandum inuicem; arbitrarium iudicium omne esse simul bonæ fidei. Discrimen in eo potissimum versatur, quod actio bonæ fidei statim sit talis a principio, intellige, quamprimum nascitur; cum vicissim reliquæ, quæ speciatim *arbitrariæ* dicuntur, ex post facto demum arbitrium admittant, neque semper hanc qualitatem adsumant, nisi dolus, aut contumacia rei interuenerit, aut ACTOR aliam actionem locumue elegerit, ubi iudicem arbitrari sane necesse est, quemadmodum ex æquo & bono

fatisfieri oporteat certantibus. Est hæc celeberrimi Bituricensis Icti FRANCISCI BROEI acuta obseruatio ad §. 28. *J. de Actionibus.*

§. XVIII.

Vnde inualuisse inter Doctores opinio videtur, quasdam actiones ex interuallo fieri bonæ fidei. Quæ locutio ita intelligi debet, vt ne existimetur, strictæ potestatis iudicia transire in bonæ fidei negotia, eorumque inducere naturam. Accidit hoc potius & ad contingentia refertur, vt ARBITRIO in stricti iuris negotiis fenestra aperiatur, an in rem sint, an in personam? Bonæ fidei iudicia vero semper in personam sunt, nunquam in rem. Arbitrariæ actiones etiam in rem sunt, quin aliquæ ex possessione, vel quasi possessione oriuntur: quædam in personam, vt actio de dolo, & de eo, quod certo loco. Immo quædam in rem non sunt, nec simpliciter in personam, sed in rem scriptæ, vt actio quod metus causa, & ad exhibendum; sicque alia est conditio arbitrariarum, quam bonæ fidei, partim ratione *iuris*, partim ratione *originis* & *initii*, ac partim denique ratione *substantiæ*, itemque *qualitatis*, quæ est sæpe aduentitia.

§. XIX.

Ad cuius rei meliorem intellectum, fac comparemus actiones arbitrarias cum bonæ fidei sumamusque hoc exemplum: *Primus* vendidit *Titio* emptori C. amphoras vini certo loco tradendas. Non venit in locum conuentum *Primus*. Itaque agit *Titius* emptor, agit ex ipso contractu emptionis & venditionis. Hæc actio non est strictè loquendo *arbitraria*, sed *bonæ fidei*, utpote

te ipso iure competens illi, cuius interest, rem eo loco non fuisse præstitam. Aquilius Iudex bonæ fide & plene & circumspēcte iudicat ac suo fungitur officio. Non est necesse, ut interueniat vox Prætoris, vel auxiliares manus actori porrigat honorificus Magistratus, aut condat edictum, & subueniat ex æquitate, quæ vel nondum, vel in albo erat significata. Suppeditat mutuum, immo potius emptoris ac venditoris consilium propositumque commune iudici sat argumenti, quare circumspiciat, quid intersit emptoris, contractum eo loco non inuenisse complementum; quin nec ita ille auertat a venditore oculos, ut ne huius quoque vtilitatem habeat pensi, cum vtriusque hic versetur commodum, ac mutua vtilitas.

§. XX.

Sed verte stilum, & rem certo loco traditum iri ex stipulatione fingas. Non fit, quod est promissum. Et exploratum habeo, haudquaquam per se æquitati locum futurum. Æquitas extra stipulationem est: *bona fides* & longa illa circumspēctio iudici non est indulta lege. Igitur Prætoris subsidio indiget actor, indiget quoque ex parte reus, nec prius ex animi sententia ad æquum bonumque peruidendum appellat animum ingeniumque iudex, quam iubebit, aut edixisse fingetur Prætor. Et ita vero arbitraria demum ex post facto orietur actio. Vltimum hoc refugium est, ac, licet bona fide iudicetur, nequaquam tamen bonæ fidei aderit iudicium vere & proprie tale in ipsa natura contractus & incunabulis eius latitans, sed aliunde proficiens, atque ex Prætoris ore auctoritateque permanans,

qui saepe obliquat sinus, & a directo, argumentis sat validis commotus, recedit. Iudex non accedit, quia in emptione & venditione nihil est asperi, nihil stricti, nihil verborum litterarumque tendiculis aut simplici facto alligatum: cum facultatem inspiciendi acta & gesta arbitrio suo habeat, & mutuum propositum ex more & lege contueatur, ac neutrum sine altero examinet; quare potius hoc loco est, quod *accedat*, quam quod a verbis *recedat*.

§. XXI.

Addo ex merito, arbitrarias actiones non semper illam aduentitiam qualitatem recipere, si pareat reus, atque ipsemet, quod sui est officii, faciat. Vix enim in quadruplum condemnabitur metum atrocem inferens, si restituat excussum violenter, ac reddat expressum maligne; sin contra, arbitrabitur profecto iudex, quadruplum debere restitui, tum ratione rei, tum ratione fructuum. Quibus attentis, vix certe opus erit, ut dicas, actiones arbitrarias magis esse bonæ fidei, quam quæ tale nomen per se gerunt. Subsidiariæ potius istæ sunt, & Prætoris auctoritati innixæ, venientes ex intervallo, nec innatæ contractibus, sed illatæ aliunde, pululantes ex edicto & ingenio prætoris, non iudicantis; qui vicissim in bonæ fidei iudiciis per lineamenta ingenii sui totum opus necit, ex quo nihil subduci sine ruina potest. Adeo tota inspicit, tota tractat, & ex animi sententia vere & prudenter huc, atque illuc animum versans decedit. Plura non subiicio. Sapienti sat!

§. XXII.

§. XXII.

At hic Rhodus, hic saltus ! Quid enim impulit, quæ res haud dubie, Iurisprudentiæ Romanæ architectos, ut has in bonæ fidei, alias in stricti iuris actionum circulos compingerent? Qui parum meditantur, legem, aiunt, ita scriptam, nec omnium dari posse rationem ingeminant. Ego vero aliter componere res meas soleo, nec qua igitur, sed qua eundem specto multo minus Harpocratis silentium hoc loco censeo affertandum. Alii multa mouent, plura fingunt, plurima conuassant, nec qua subsistendum, intelligunt. Vnde post habitis, quæ passim feruntur in medium, sic rationes subduco, opinorque.

§. XXIII.

Etenim Romani primum simplices erant parumper, & asperi, quod eis adhæreret semper aliquid ex illa colluie aduersarum nationum in vnum asylum confluentium. Ac quamuis nonnihil culturæ accederet sub Regibus, ac populus adolefceret; fecit tamen regiamanus, qua paullo licentia ac durius premebantur, ut Regibus expulsis in nouam Rempublicam transirent, Patrum nomine penes Nobiles residente, quibus infesta reddebatur plebs, variis suspicionibus agitata, ne in nouam seruitutem redigeretur sub specioso libertatis obtentu. Quocirca nouas hæce leges cupiebat, utpote incerto iure regnata. Cuius voti etsi particeps fiebat, leges tamen erant peregrinæ, cum parum fiduciæ collocaret in Magistratibus suis, sicque externos iri censeret quodammodo præferendos. Vbi vero lex, ibi actio; recteque rationes ineunt, qui actionibus

non

non fuisse destitutos credunt (*) Quirites, vtut formas actionum nondum haberent solennes, quas vocabant *legis actiones*.

§. XXIV.

Cum his caue confundas actiones stricti iuris. Non est fere actio bonæ fidei, quæ suam non habuisset formulam. Ipsæ emptiones & venditiones Iuriscultorum interuentu suspiciebantur, sique filia elocanda, ac dos dicenda illi consulti, monente iam Cicerone *Lib. I. de Oratore c. 56.* Quare si omnes formulariæ actiones stricti fuissent iuris, nulla sane bonæ fidei foret vnquam. Formulæ artificium spirabant; strictum ius rude erat, directum, sine ingenio, & fide bona, hoc est; æquitate supplente, quod deest, diminuente, quod superat. Quin nec efficiebat exquisitissima actionis figura, verborumque antiquorum & solennium delectus, vt ne iudex suo officio fungeretur, si res ferret, ac mite & moderatam posceret. Quod in errorem contra euntes induxit, hoc est. Animaduenterunt, in strictis iudiciis ludicem includi formulæ: igitur formularios contractus putarunt stricti iuris. Atat formula non semper sonat illud solenne. Formulæ omnes actiones vocabantur; quid? quod ipsi libelli speciem futuræ litis demonstrantes. Cognoscere formulam est cognoscere actionem. Ergo dum Seneca *Lib. I. de Benef. cap. VII.* FORMVLAE INCLVDI iudicem scribit, nequam eum syllabarum aucupio & vocum cantui additum,

(*) v. Schubartus *de fatis Iurisprudentiæ Romanæ p. 333. l.*

etum putat, sed potius ad verba formulæ directæ adstrictum : quod in bonæ fidei iudiciis non est, quamuis verborum catenis tendiculisque non destituantur. Libera quippe Iudici & nullis alligata vinculis religio relinquitur, vniuersaque ipsius prudentiæ committuntur. Potest aliquid detrahere, aliquid adicere, & sententiam suam, non prout lex, & summum ius, sed humanitas & paciscentium intentio flagitat, regere. Itaque regit, non regitur : libera voluntas dominatur, non seruit; secundum formulæ contenta iudicat provide, non *sub formula* : incerta determinat, nec de *certa duntaxat* pecunia pronuntiat. Quamobrem *arbiter* dicitur, non *iudex*. Solennes verborum cantus partes adhibebant, quibus includebant petita. Ad hæc respicere cogebatur Iudex, cum si bona fides locum inueniebat, tum si ius strictum. Solum id intererat, ut in hisce iudiciis ultra petita non procederet, in illis pro re nata aliquid adiceret, aliquid demereret. Ex quo intelligitur, quid sit apud Ciceronem pro *Roscio Comædo c. IV. deberi ad libellam*. Nullus hic teruncius addebatur. Stipulatio norma erat : conuentum, nuncupatumque præstabatur, ac præstandum iniungebatur. Ne latum vnguem quidem recedebat Iudex a petito bene interea intellecto; amittebatque actor aut totam litem, aut obtinebat. In altera vero specie neque nihil consequebatur, neque tantum læpius, quantum petatum, neque minus rursus, quam quantum æquius melius. In primo nullum ingenium singulare deliderabatur: in postremo magna prudentia opus erat. Istud simplex videbatur, hoc prouidentia & æquitate

tate plenum, nec lege, nec verbis, nec litteris, nec certa præstatione fixum terminatumque.

§. XXV.

Qua ratione propius ad veritatem nos confidimus accessuros. Quam diu enim Romani allium olebant ac cepas, acumine minus pollentes, verba illi & τὸ εἴητὸν vrgebant: æquitatem vero, quæ voluntatis omnes coniecturas liberaliori interpretatione admittit, nihil fere faciebant, a summo iure discedere nolentes. Quare haud male existimat Wesebecius, fuisse, qui contractus omnes cuperent strictos, indeque profluentes actiones iuris stricti. Nec est inficiandum, paucos initio patrocinium æquitatis suscepisse, plures defensionem verborum & iustitiæ; donec tandem medium placeret, ut nec omne ius strictum pelleretur foro, nec quoque bona fides, hoc est, plenioris interpretationis æquitas penitus negligeretur.

§. XXVI.

In primis autem plebei timebant homines, ne si τὸ εἴητὸν negligenter iudices, incertum haberent ius, & ab eorum arbitriis penderent fortunæ suæ omnes. Propterea, inquiebant, scribi ius, idque circo contrahi, ut, quod dictum scriptumue, servaretur; quod vero esset neglectum, negligeretur: expressa prodesse, non expressa nocere. Saltem talia in Ciceronis libello *de Oratore* leguntur, occurruntque veluti in aperto campo liberæ Romanorum disputationes, in utramque partem, puta, ut alter ex æquitate, alter rursus ex iustitia & iure controversas quæstiones decideret, donec tandem usu inualesceret, ut in contractibus cum maxime partim angu-

angusta verborum & factorum forma placeret ; partim iudicibus laxarentur habenæ , qui actitata inspicerent , & propositum in vnum conuenientium curatius pensitarent.

§. XXVII.

Vnde hæ Iurisperitorum rationes sunt auditæ. Qui verbis contrahit, in illa compingat animi sui sensa, quodue præter illa est, alienum censeatur, a quo contractu ac stipulatione remotum. Qui litteris obligare sese, aut alterum cupit, in litteris exprimat, quæ sibi vtilia, ac necessaria. Extra has nihil attendatur amplius. Nemo iudicium contempletur pactum, quod extra contractus schema occurrit. Ad illa ne dignetur quidem respicere, quæ non sunt signate exposita; quoniam exponere potuit, & voluisse exprimere præsumitur, qui stipulatur, ac per litteras obligari, alterumque desiderat obligatum. Si quid omisit, suo malo omisisse credatur. Nemo eum, ut scriberet, aut solenniter stipularetur, & responderet, impulit, aut coegit: ergo quoque nihil detrahatur, nec apponatur. Iustitiæ est, stare verbis, iustitiæ stare litteris: *hic τὸ ἐν λόγῳ*, simplex, vniforme, quod æquitatis tractatum respuit, non sine causa vrgeri. vid. Cl. Menardus ad orat. pro Roscio Comæd. cap. 4. p. 233.

§. XXVIII,

Ac quamlibet in mutuo nec verba requirantur solennia, nec stipulatio, nec litteræ per se; nemo tamen nescit, mutuum fieri certum per numerationem, appensionem, ad mensurationem. Quantitas rei ad vsum cum abusu concessa in puncto consistit; nec plus, nec mi-

nus est reddendum. Non hoc, quia donare nemo præsumitur, quando mutuum dat. Non plus, quia gratis conceditur rei fungibilis usus. Mora extra mutuum est. Qui pecuniam tœnori dare statuit, habet, unde desiderium expleat, & compendiis suis prospiciat. Mutuum ipsum eo non pertinet. Omissum nocet. Noceat igitur, cogitet iudex; immo ita iubetur cogitare. Qui moras necit, compellatur remediis, quæ suppeditat iustitia. Æquitas extra formulam est & negotium mutui, utpote in quo nullæ præstationes ultro occurrunt citroque, eoque in verbis, litteris, ac natura contractus consistitur.

§. XXIX.

Verum in contractibus, ubi mutua præstationes utrinque ex consilio flagitantur, ubi verba nuda omni forma destituta occurrunt, ubi fiducia, amicitia, mutua indigentia pro fundamento est, ubi proportio minimum geometrica mente depingitur, nec ob amicitiam, quæ proponitur, ita omnia ad viuum exprimuntur, nec ob breue sæpe temporis spatium, & festinationem exprimi commode queunt, ingenio suo, cum ad actionem devenitur, indulgeat iudex, quia partium voluntate incerta relicta sunt pura, ad certum redigenda interea, si trutinantur cum cura, quæ, si summa industria omnia perpendissent partes, expressissent haud dubie ipsæmet; indeque est quod bonæ fidei iudicium dicatur *pecuniæ incertæ*.

§. XXX.

In strictis verbis vanescit hæc præsumptio, quia scriptis sunt vsu verbis, aut saltem ad regulam compositis;

fitis & expressis, quam indicat ius; eoque summo iure uti diiudicarique negotia voluisse sua, haud vana capitur coniectura. Quidquid in iis paret, aut apparet, ad id unusquisque obstringitur & condemnatur. Hinc formula Prætoris: SI PARET CONDEMNARE. Quod non cernitur clare, pro non scripto, aut non nuncupato habetur. Hinc iudicium hoc est *pecuniæ certæ*.

§. XXXI.

Noli dicas: Sic malitiæ ac dolo fenestram esse apertam; ac simulationi, dissimulationi, & circumventionibus locum tribui, etiam cum stipulatio intercedit, cum litteræ interveniunt, cum mutuum initur, cum omne studium ac diligentia adhibetur; minimeque incognita peritioribus esse, quæ ex Horatii manaverint vena *Sermon. Lib. II. eclog. 3. v. 69.*

Scribe decem a Nerio: non est satis: adde Cicutæ

Nodosi tabulas, centum mille adde catenas;

Effugiet tamen hæc sceleratus vincula Proteus.

Cum rapies in ius malis ridentem alienis;

*Fiet aper, modo avis, modo saxum, &, cum volet,
arbor.*

§. XXXII.

Haud temere etenim animaduerto, voluisse Quirites a primis rei publicæ incunabulis, ne sui vlla ratione a fide desciscerent. Id Fauorinus Philosophus apud *Gellium* in defensionem legum patriarum adtulit, nullum peius in

C 3

Ro-

Romana ciuitate facinus habitum, quam in quotidiana vita atque officiorum vicibus alium fallere. Nec latet, Numam Regem ad religiosum cultum fidei nomen transtulisse, eique templum dedicasse. Ita enim sperabat fore, vt per spiramenta temporum ciues sui magis ac bona fide mitescerent, nec impia fraus, malitiæque ac litium perpetuus fomes totam urbem peruaderet. Non adscribamus Dionysii Halicarnassei verba in *libris Antiquitatum* passim obuia, in quibus iurisiurandi sanctioris loco FIDEM Romanis habitam indicatur. Ab ista veneratione vero multos declinasse demirari desinent, qui damnosum omnia imminuere diem intelligunt, & progeniem fieri vitiosiore, probe percipiunt. Proinde nihil noui dicitur, quando stricti iuris contractibus abusus quam plurimos pronuntiatur; cum sane ius non fuerit in caussa, sed nequior posteritas a veterum more & disciplina sese auellens. Ius enim Quiritium non merum ius est naturæ ac gentium: haud pauca e statu Reipublicæ & animorum diuersis motibus atque vtilitatum præsentibus rationibus profluxere, item a suspicionibus, vtut sæpe male cohærentibus, a disputatione fori atque Oratorum argumentis plebem hac atque illac impellentium; vsque dum diuisio contractuum bonæ fidei & stricti iuris ob munus Prætoris & iudicis distinctum in consuetudinem iret, vt & parte Reipublicæ malis medela adferretur. A qua differentia varia sunt repetenda, quæ nunc parum intelligentibus παραδόξα videntur.

§. XXXIII.

§. XXXIII.

Quo loco tamen vix omittendum, etiam Romanos inque primis Prætores in peius eunti mori obicem posuisse, ac partes quoq; contrahentes clausula sibi in strictis iudiciis consuluisse: *DOLVM MALVM ABVTVRVM*; atque *Aquilium* Prætozem demum actionem de dolo & *Cassium* exceptionem doli inuenisse, quarum primam *maliciarum omnium euerriculum* haud vane nominat Tullius. (*) Soli namque stricti iuris contractus remedio hocce amplius adhuc indigebant; siquidem omisissent contrahentes clausulam, nec de mora futura, nec de maliciarum omnium genere cogitassent. In ceteris iudiciis actio, vel exceptio Prætoria doli necessaria vix erat, quum esset, qui ex sui officii natura deceptis succurreret, atque ex animi sententia auxiliarem circumuentis dextram porrigeret.

§. XXXIV.

Apposita namque Quiritium disciplina cauit, ne in conuentionibus, vbi religioni, verecundiæ & amicitia paciscentium pleraque relinquebantur, nec verbis singula, nec litteris certo, nec lege determinata obseruabantur, mutuis interea præstationibus superantibus, benignior iudicis interpretatio deficeret, quæ remoueret iniqui, quæ adiiceret æqua, quæ suppleret non expressa & suis singula ponderibus exigendo vitiorum mederetur feruori, ac moræ & desidia & male suadæ auaritiæ vel vfuras soluendas, vel fructus imponeret pendendos, ac pro re nata ad id, quod interest præstandum adigeret igna-

(*) de N. D. lib. III. c. 10.

gnauos doloseque versantes prorsus, ac si omnia ista in stipulationem fuissent deducta. Idque est, quod Paulus affirmat *L. 7. ff. de negot. gest.* TANT VNDEM in bonæ fidei iudiciis valere iudicis officium, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. Vnde Prætoris vox in huiusmodi actione : SI PARET TITIVM EX VENDITO CENTVM SEIO DARE OPORTERE, CAUS IVDEX EX BONA FIDE CONDEMNET.

§. XXXV

Ex quo tamen neutiquam colligendum, inde bonæ fidei actionum nomen abscisse manasse. Habebat plus argumenti Prætor, quam obrem iussui suo eas adfueret voculas; idque prodit Cicero Lib. III. *de Officiis cap. 17.* cum auream illam, ut vocat, veterum formulam proposuisset, VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAVDATIONE. Sed, inquit, qui sint, boni & quid sit bene agi, magna questio est. Hinc pergit : Q. quidem Scævola Pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus in arbitris, in quibus additur ex fide bona; fideique bonæ nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiducia, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitæ societas continetur: in his magni esse IUDICII (*) statuere (præsertim cum in plerisque essent iudicia contraria) quid quemque præstare oporteret. Qui locus grauitur est expendendus

(*) Legunt fere omnes magni iudicis, ipseque Gronovius. Sed diu est, cum monuit Rittershusius legendum est magni iudicii, quem malo sequi, quam facere cum ceteris.

dendus. BONI sunt hic contrahentes. Inter eos oportet bene agier. Quod ita exponendum: Non omnia hisce in negotiis sigillatim exprimi solere, nec commode ac iuris sensu posse. In bonitate mutua vniuersos acquiescere, qua sine vitæ societas nequeat consistere; nec præstationes interea ab utroque latere signentur vniuersim. Itaque, uti boni debent, agere, circumspicit iudex, circumspicit in tutelis, perpendit in societatibus, *cetera*. Idque magni iudicii est. Nosse enim oportet finem contrahentium, scopumque huiusmodi negotiorum, vbi vix omnia queunt notari, multa que in incerto solent cubare redigenda ad certum iudicantium ac peritorum hominum prudentia, quid quemque oporteat præstare: etsi quæ ad *essentiam* vniuscuiusque contractus pertinent, conuentione sua fixa & certa efficiant, qui vendunt, emunt, locant, conducunt, reliqua; aut lex generatim doceat, quemadmodum se gerere tutores debeant, ac pupilli vicissim. Quapropter iudicis officio continetur, omnia hæc ut inspiciat accuratius sententiam ferat sapientia sua dignam.

§. XXXVI.

Dices? Ergone qui mutuum ineunt, stipulantur, ac promittunt, obligationem nominibus contrahunt, aut litteris, boni non sunt? Et ego bonos esse regero nec bonitate deficere; sed hoc loco boni sunt, qui ex æquo & bono ac mutua fide suas diiudicari conuentiones volunt: qui non omnia signate describunt, & ad viuum resecant, sed, ceu boni bonis, fidem sibi inuicem habent; & iudicem quoque ad mutuam bonitatem

D

ac

ac grauissimam liberalitatem, (vt Cicero vocat *bonitatem*) respicere cupiunt. Et talis vero bonitas in strictis contractibus, in quibus est mutuum, nequiquam inuenitur. Exactissime quippe partes sanciant, quid, quale, & quantum sit præstandum. Nihil hic inuenitur incerti, nihil bonæ fidei in genere ex utroque latere relictum: præcipue cum contractus stricti iuris, si non omnes, plurimi tamen *μονόπλευροι*, seu vnilaterales sint. Quæ res facit, vt reciproca *caussa*, seu præstatio in fumum abeat, nec mutuum, nec stipulatio interea in irritum cadat, tametsi in mora sint debitores, qui cogi de cetero ad officium facile possunt secundum contractus legem actionibus cuique negotio propriis ac certis, quia obligatio est certa, & promissi ac muneris immobilis ratio. Hinc tales actione iudicia audiunt simpliciter, ceteræ, in quibus bona fides, hoc est, liberalior potestas obtinet, iudicia sine LEGE, arbitria, *libera* iudicia. v. Cicero de officiis *Lib. III. cap. 15.*

§. XXXVII.

Cuius generis expositio, quam adtulit Scæuola Pontifex, quanquam vix displicet M. Tullio; non is tamen inducit animum, hisce iudiciis omnem fidem bonam absolui, aut nihil amplius desiderari a Philosophis posse. Ostendit ipsemet, quam sit processum longius in Ædilitiis edictis, vbi non solum abstinendum a malitia superaddita, verum etiam omnis vitiorum dissimulatio merito remouetur, quoniam ita nemo agere bonus potest, *vt ex alterius prædetur inscientia*. Olim autem tam seuerus ni fori tritura reperiebatur nullus, alioquin ædilium edictis non fuisset opus, si vitiorum dissimulatio

tio in iumentis ac feruis, aut aliis rebus vendendis pro fraude fuisset habita. Hinc coniectura capitur, bonam fidem longius esse ab Ædilibus hac parte propagatam: quod & Donello arridet in commentatione *ad ædilitium edictum*; estque simul inde adprobandum, celebre illud edictum Q. Mutii ætate vix innotuisse, deinde vero a Ictis quoque in progressu animaduersum, *redhibitionem etiam empti* IUDICIO CONTINERI *l. i. §. i. l. ii. ff. de act. empt.* Adeo limites bonæ fidei liberaque iudicandi facultas indies protendebantur, cum philosophiæ operam darent Iuris auctores, & ex Panætii schola, tanquam ex equo Troiano, prodiret præstantium Iurisconsultorum nobilis caterua. Quin inde deducas augmentum actionum bonæ fidei. Temporis quippe progressu in negotia humana, atque ipsam rerum naturam, quæ est iuris fons, & vsum rerum moremque penitus intuebantur Romuli nepotes & ad maiorem moderationem, ac culturam res suas traducebant. Errantque omnino, qui non alias actiones bonæ fidei admittunt, quam quas Cicero ex Q. Mutio commemorat. Rectius Hermannus Vulteius (*) calculos subducit, quum omnia stricti iuris iudicia in bonæ fidei potuisse mutari autumat. Saltem de iure gentium id verissimum est: quamlibet Iuris Romani circuli non ferrent, vt, quod diu inoleuit, aliisque pluribus superstructum fundamentis fuit inque iuris artem transiit, vno ictu exscinderetur. Quare man-

D 2

fit

(*) ad tit. C. *vbi conueniatur, qui certo loco dare promissit.*
p. 299. f.

fit distinctio inter strictos & bonæ fidei contractus eademque differentia duravit in actionibus

§. XXXVIII.

Prorsus enim opinor, non alias hoc nomen ferre, quam quæ ex contractu vel vero, vel etiam quasi descendunt. Reales, immo in rem scriptæ, ac possessoriaræ actiones & testamentariæ, quæ testamentariæ, quid? quod prætoriaræ omnes ad hoc stabulum minime pertinent, iique, qui contra sentiunt, arbitrarias, vel æquum bonumque in genere cum bonæ fidei actionibus confundunt: quam tamen commixtionem euitandam monuimus supra: quod luculentius pervinci Broeus in commentario ad *institutiones* supra dilaudato.

§. XXXIX.

Atque hinc etiam est, quod Iustinianus nullam, nisi quæ vel directe ex contractibus, vel indirecte, seu utiliter pullulat, in bonæ fidei classe reposuit, quasque non indicavit, tacite dicto sub nominatis modo comprehendit. *Bonæ fidei*, inquit Imperator, hæ sunt: *Ex empto, vendito, locato, conducto, negotiarum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutela, commodati, pignoratitia, familie herciscundæ, communi diuidundo, præscriptis verbis, quæ de æstimatione proponitur, & ea quæ ex permutatione competit, & hæreditatis petitio.*

§. XL.

Quocirca nemo dubitet, quin contraria iudicia in iis, quæ Iustinianus recenset, lateant. Ipse Q. Scævola contrariorum iudiciorum suo iam tempore mentionem iniicit, neque auditum est sane, bonæ fidei negotia in stricti iuris transisse vnquam & vsquam: licet statua-

statuatur, stricti quæ fuerant iudicii, quodammodo bonæ fidei esse effecta. Sed fallerentur iterum, qui hic nimis laxi, & benigni ac leuibus rationibus commoti admitterent alias, e. g. *finium regundorum*, propterea, quod actio familiæ herciscundæ, & communi diuidundo compareant hac in classe. Valde enim probabile est, extremam bonæ fidei haud esse, quia omissa. Vnde indaganda caussa: quæ illico sese aperiet, si pensitetur, in actione finium regundorum peti partim certum quod sit restituendum, partim etiam de delicto questionem esse, vbi *bona fides*, seu liberalior interpretatio locum non inuenit. Actio familiæ herciscundæ & communi diuidundo fere ex societate proueniunt, quia communio rerum & familiæ, seu hereditatis societati quodammodo similes sunt, in qua præstationes occurrunt incertæ. In finibus regundis vero nulla societas cernitur, nec fingi vlla potest. Interuenit hic delictum plerumque, siue verum, siue quasi: quia fines confusi sunt; vtut nondum intelligatur perspicue, quis confuderit. Propter hanc obscuritatem & arbiter, seu arbitrator interuenit, & mensor. Quin publicæ quoque rei vtilitas sese immiscet, adeo vt dicta finium regundorum actio magis fundo, quam personis competere videatur. l. 4 §. 5. *fin. regund.* licque in rem est certe, quatenus vterque *affinis*, quod est intra pedes quinque, sui dominii esse vindicat. Cui non obest, eam quoque in personam dici, & esse; haberique rationem eius, quod interest. Facile enim reponitur, id non intendi animo, quando finium regundorum actio instituitur. Nam aut ante litem contestatam fructus perce-

pit alteruter, aut post litem contestatam. Si bona fide ante iudicium, lucrabitur illos, qui consumsit: si mala oportet *condici*: hæcque conditio ad actionem finium regundorum non pertinet; quæ haud dubie mens est Pauli *l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* Quod autem post iudicium acceptum restituendum, id ad actionis primordia perperam refertur: nec sine delicto est, qui post litem contestatam, vel acceptum iudicium, aliquid commisit, aut fructus percepit mala constitutus in fide. De hisce restituendis aut refundendis arbitratur Iudex, idque officio eius continetur § 6. *f. de officio Iudicis*. Sed merito quæritur, an præstatio eius, quod interest, statim iure obligationis & actionis contineatur, nec arbitraria magis sit, quam bonæ fidei? Sæpe enim arbitrium iudicis interuenit in actionibus in rem, FINITO de re recuperanda IVRGIO: & istamen deciperetur admodum, qui actiones hæc sensu Quiritium appellaret bonæ fidei. Aliud ζήτημα occurrit, an potuisset fieri bonæ fidei, ceu hereditatis petitio? quod affirmant multi. Sed plus difficultatis hoc sese loco offert: quod indicatum copiose.

§. XLI.

Dum dico: plus difficultatis, illico patet, non caruisse rem omni difficultate, quando Iustinianus hereditatis petitionem bonæ fidei decreuit esse. Nam vtut personales in ea occurrunt præstationes; non illico tamen occurrunt mutue, seu reciproce, quemadmodum in communi diuidendo & familiæ heriscundæ negotio, qui cum societatis imago vel copulatur, vel copulari commode potest. Hæreditatis possessor

fessor vero nec contraxit cum herede vere, nec vlllo specie, aut imagine quasi contraxisse cum illo fingi potest. Ergo idea contractus faceffit. Vbi nullus contractus vel verus, vel quasi, ibi nulli actio bonæ fidei. Et tamen Iustinianus bonæ fidei voluit. Qui vult noue & præter ius vetustum, is aliquid nouasse merito creditur. Quid igitur nouauit? Hoc solum, vt vna actione includeretur possessoris hæreditatis contrarium ius, qui alioquin, iudicio |hæreditatis| finito, impensas in hæreditatem factas, non autem retentas condicere potuit, si bona fide in hæreditate institit, quasi pari & communi inter hæredem & possessorem causa. Itaque quasi contractum aut finxit simul, aut, si hic in mentem ei non venit, inepte decreuit. Simul. Nam veteri quoque iure negotiorum gestorum actio hæreditatis possessori dabatur seorsum, siquidem obligare hæredem voluit: cum alias non fuisset negotiorum gestor. Dabatur quoque condictio ex æquitate. Sed æquitas hæc nondum erat sufficiens, vt fieret actio bonæ fidei. Prudentes quidam in disputatione fori ita autumabant. Sed opinio quorundam nondum erat lex. Itaque Iustinianus superueniebat, & disputantibus interponebat sese. An vero is quasi contractum fingere & pro auctoritate fabricare potuerit, alia quæstio est, & indaginis altioris. Qui fingit naturæ rei fingat conuenienter; cum fictio imitetur naturam rei. Atqui natura contractuum vix patitur, vt fingatur consensisse, qui consentire nec voluit, nec potuit. Quomodo autem consentire voluit, aut potuit hæreditatis possessor, qui de alio hærede non cogitauit, nec, si in bona fide fuit, cogitare commode potuit, vt
 sibi

sibi restituantur impensæ? Negarrias: Imperator hoc voluit tanquam Legislator. Statim enim obuertitur in te, Legislatorem esse ratione præditum, qui sine ratione sufficienti faciam nequicquam. At sine huiusmodi ratione, inquis, fecit. Bene, aio, sed ita non orietur hac parte ius rationabile. Finxit, pergis, sic debuisse cogitare possessorem. Igitur bina finxit Imperator. In iure vero duplex fictio non solum est suspecta, sed & peregrina. Finxit ergo tua sententia, possessorem ita debuisse subducere rationes; ac deinde, etsi eo non subduxit pacto; tamen statuit, quasi contraxisset cum hærede, aut hæredem cum possessore: quod *παράδοξον*. Ceterum ferri potest, si aliter arguas, & iudici præcepisse Imperatorem dicas, vt simul iudicet de eo, quod hæreditatis possessor primum animo non intendit; etsi nunc ipsi hoc gratum est acceptumque. At tum habebis actionem bonæ fidei, quæ neque ex vero, neque ex quasi contractu venit. Et patior hoc: dummodo ne inferas, dari igitur actiones bonæ fidei, quæ sint in rem. Neque enim singularis Iustiniani voluntas illico omnes actiones in rem efficiet bonæ fidei: cum non sit Iustiniani, cogitare semper accurate, & bona fide; vt taceam, singularia neutiquam protendi. In finium regundorum iudicio vero, neque tam liberalis fuit in fingendo, neque, si ingenio suo indulisset, aut supercilio Imperatorio tantum tribuisset, sine insigniori stoliditate id sane potuisset comminisci.

§. XLII.

Quapropter de dote actio restat. In hanc enim, quæ est ex stipulatu, transfusa est actio rei vxoriæ, eo-
que

que actio stricti iuris bonæ fidei creditur facta. Quod quemadmodum sit præstitum, clarius enunciandum. Et erant vero mulieri duæ actiones repetenti dotem. Vna vocabatur rei vxoriæ, altera ex stipulatu. Illa ex natura negotii fluebat, altera ex stipulatione expressa. Res vxoria est matrimonium, non patrimonium, sicuti recte contra Hottomannum notat Giphanius, idque ex Plauto probat & Gellio; nec desunt plura veterum loca. Sed natura matrimonii vero poscebat, ut dos constaret, quamdiu matrimonium esset. Hoc sublato, vel soluto, dos consistere amplius non poterat. Quare illam a marito eiusque hæredibus vel mulier, vel pater coniunctim, vel solus repetebat actione rei vxoriæ ex regula. Nam exceptiones hoc loco vix contuemur. At habebat vicissim vir actionem contrariam de vtilibus, vel necessariis impensis in rem dotalem factis, periade ac sic inter virum & vxorem sic fuisset contractum. Nec deerat marito ius retinendi aliquid pro liberis, ob res donatas, ob mores inconditos: atque interea tamen non tota, si in rebus fungibilibus consisteret dos, simul, sed annua, bima, trima die, hoc est, tribus pensionibus, primo, secundo, tertio anno soluebatur: ut præteream, non plus potuisse exigia viro, quam facere poterat. Quæ cum mulieribus viderentur dura ac molesta, cœperunt illæ stipulatione sibi magis utili consulere de reddenda dote; eaque ratione minus frequentabatur rei vxoriæ actio. Qua denique per Iustinianum sublata, nomen quoque evanuit; cumque illa in eam, quæ est ex stipulatu, sit transfusa, atque hæc appellaretur actio de dote καὶ ἐξ ὧν mirum non est, iudi-

dicium rei vxoriæ latere nunc, & inueniri simul insertum in actionis de dote schemate. Quare restat excutiendum, quid mutauerit Imperator, quid non? Et adsentior Goeddeo, (*) non tam stipulationem bonæ fidei naturam induisse, quam rei vxoriæ actionem illi agglutinatam retinuisse, quam habuit, qualitatem, ita ut actio de dote nunc quasi sit composita, inque illa coniunctim inueniatur, quod pro mulierum favore olim erat in vtraque, inque neutra deprehendebatur integre, atque vniuersim. Ergo stipulatio occurrit hoc loco, vbi nihil sibi est stipulata vxor; vnoque anno soluitur, quod alioquin bima, trima die dissoluebatur; retentionibus pluribus fere sublatiis (**) actioneque in hæredes mulieris promiscue transeunte: sicuti rem totam effusa confusione (***) explicat ipse Imperator in *l. vn. Cod. de rei vxor. actione*. Ex quo interea claret, non ipsam stipulationem in bonæ fidei actionem transiisse, sed hoc potius beneficium a rei vxoriæ actione mansisse, venireque ex copula, ut, quod ceteroquin in stipulatione non est, actio rei vxoriæ impertiat illi, & quod deerat huic, suppleat vel vera, vel commentitia stipulatione.

(*) De contrahenda & committenda stipulatione p. 845. f.

(**) De his adiri debet Iacobus Gothofredus ad *Reg. 7. 73. §. 3.* vbi quam fuerit vxorius Imperator, breuiter, sed solide probat.

(***) Tahelagio Imperatorem maectat Franciscus Balduinus in *Iustiniano*. Nec pauca sunt, quæ reprehendit Wissenbachius in *comment. ad Codicem b. l.* itemque Dominicus Aulifius, Ictus Neapolitanus per acutus ad tit. *Soluto matrimonio quem. dos per.*

latio: atque vt matrimonium saepe communionem bonorum inducit; ita hac parte binas inter illas actiones, paucis relictis, contracta est societas, ac reciproca bonorum, seu beneficiorum omnium collatio, communicatioque: quanquam incognitum non est, vade defluerint singula, & iterum vniuersa,

§. XLIII.

In quo an sit recte ac sapienter versatus Imperator, aliquaestionis species est. Neque enim habebat is necesse, vt vnum instabulum concluderet diuersa, cumque Legislator esset, humano capiti ceruicem equinam iungeret: inprimis cum leui opera & paucioribus verbis potuisset statuere, quid in repetenda dote vtrunque in posterum foret obseruandum. Huiusmodi connubia iuridica enim non tam opitulantur languenti iuris arti, quam eam vexant; interque varias comparationes id tandem efficiunt, vt tantum non Oedipi sit, adsequi verum legis sensum. Sed ita erat ingenium Iustiniani comparatum, vt hercisceret coniuncta & rursus iungeret recta: addens aliquando non nihil de sua culina.

§. XLIV.

Ceterum ea mihi opinio sedet, plures actiones bonae fidei non esse, quam quae sunt relatae a Iustiniano, aut cum relatis arctissimo nexu iunctae, ceu utiles, & contrariae: etsi multos secus sentire constat, ita, vt actionum bonae fidei numerum figi non posse penitus habeant persuasum. Sed decipiunt eos aequi bonique voculae; nec non falsae de bonae fidei iudiciis, definitiones aliaque minus accurate perpenfa. Cape exemplum ab actionibus, quae dicuntur praescriptis verbis. Contendit *Aegy-*

dius Hortensius in *Comment. ad inst. b. i.* qui admodum liberalis est in admittendis bonæ fidei iudiciis, iurisconsultus ceteroquin acer & doctus, non solam æstimatoriam, aut quæ est ex permutatione, id nominis ferre; sed etiam reliquas, quæ ex contractibus do ut facias, facio ut facias, facio ut des permanant, eodem censu venire. Nec minori molimine Iurisconsultus Hispanus Hieronymus Oroscius, seu *Oroz* in *apicibus iuris Lib. III. cap. IX. n. 8.* persuadere hoc dissentientibus conatur, qui istas eo numero expellunt. Verum, si quid video, in eo labuntur Viri præclari, quod in contractibus innominatis ceteris *συνάλλαγμα* animaduertentes illico concludere: *Ergo sunt contractus bonæ fidei.* Et si namque *συνάλλαγμα* conventionem completitur & præstationem ultro citroque; non sunt tamen omnes contractus innominati ita comparati, ut mercimonii causam habeant & negotiandi formam, & vitæ societatem adtingant, & in conuenientium reciproca bonitate acquiescant, præstationes relinquendo incertas. Permutatio vero & æstimatorius contractus sicuti hisce requisitis non destituuntur, ita bonam fidem non solum & liberaliorem iudicis sententiam admittunt; sed & ad vitæ societatem propagandam aperte faciunt. Quæ vera ratio *Q. Scauolæ* est a *Cicerone* indicata, in qua latitant reliquæ rationes a Doctoribus adductæ ad vnam omnes.

§. XLV.

Propterea enim in formula Prætoria adhibebantur verba prorenata: *ex fide bona*, vel *ex æquo & bono*, vel *quod æquius melius*; obseruaturque porro, tam laxam interpretationem conuenire & con-

contractuum, & actionum naturæ, quia partes contrahentes non omnia ita signarunt abunde, sed pudori & verecundiæ relinquerunt, quæ sint secundum scopum & votum cuiusque præstanda vicissim; cum is minime bonus sit, qui facit nihil, nisi sui causa, inprimis ubi negotium occurrit *διπλευρον*, ad quod utrumque latus ut respiciat iudex, & quid & quantum alter alteri præstare debeat, iustus ponderibus exiget, æquum omnino est. Contraxerunt enim ceu amici & boni, ita, ut non solum noceatur nemini; sed etiam commodi ab unoquoque mente consignati honesta ratio habeatur. Atque hoc est, quod Cicero *lib. II. de offic. c. 12.* indicat: *Societatem tuebitur, qui ius suum cuique tribuit.* Unde pellucet, quare Scævola dixerit: in illis, quæ recensuit, bonæ fidei iudiciis, *societatem vitæ contineri.* Quo enim modo societatem tuebitur is, qui sibi vindicat aliena, qui datam fidem non servat, nec præstare vult, quæ mos & consuetudo civitatis & notissimi contractuum termini, ac votum utriusque paciscentis suadent præstanda? Pares hic sunt, qui in unum placitum mutuae utilitatis causa conveniunt. Ad utrasque præstationes igitur animum advertat iudex prudens itidemque bonus inter bonos.

§. XLVI.

Sed iam fac ostendas, quomodo arbitraturus sit iudex, si unius tantum occurrat obligatio, uti in mutuo, ac denique certa? Arbitrari significat trutinare, conferre, comparare obligationes inter se plures, ac dein illas exæquare ad iustitiæ & æquitatis libellam, ut ex illa

matura & plena collatione demum clarum fiat, quid præstare alterum oporteat alteri, nihil licet sit nuncupatum scriptumque. Igitur merito concluditur, in mutuo *iudicis* quidem, sed *arbitro* locum non esse: etsi centies clamites, in mutuo hominum indigentiae succurri, actum hic beneficium animaduerti, societati humanæ non inutilem. Neque enim hic mutuarum præstationum atque incertarum societas est.

§. XLVII,

Pari ratione in contractibus innominatis, ubi datur, ut facias, ubi facis, ut faciat, ubi facis, ut detur, ex vna duntaxat parte præstatio deest. Adest factum, nec deficit datio. Ergo ab hoc latere nihil superat, quod desiderari possit; perindeque nunc est, ac si contractus sit unilateralis, quod & Goeddeus agnouit (*). In unilaterali vero contractu bona fides, hoc est, comparatio obligationum & inde fluentium præstationum cessat; eoque nihil adiiciendum restat, nihilque detrahendum ex æquo. Accedit votum contrahentium, ut, dum tu das, alter faciat statim. Sin minus; adeoque imperfectus est contractus, vel pœnitentiæ locus relinquitur, vel conditioni causa dati causa non secuti, vel etiam actioni doli, vel præscriptis verbis, vel in factum. Quo circa iudex non plus potest, quam est scriptum, aut præscriptum, aut factum faciendumue simpliciter. Nec puto, aliud in permutatione futurum fuisse, nisi Cassius & Sabinus existimassent, permutatio-

(*) De Contrah. & committenda stipul. p. 35.

tione veram etiam emptionem & venditionem contrahi (*).

§. XLVIII.

Æstimatorius contractus vero sicuti peculiaris & distinctus non erat; aut saltem dubitatum apud veteres, utrum talis conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum; ita dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis æstimatoria, quam eo pacto adornabant agentes, prout negotium ad vnum ex illis contractibus accedebat propius: quod haud obscure monet Edmundus Merillius *observat. Lib. VIII. Cap. XV.* Cuiusmodi observationi addas licet, æstimatoriam, quamvis id genus contractus per se consistens esset, hoc est, conceptionem & definitionem haberet propriam, nihilominus mansuram bonæ fidei, quia dubitatum olim, utrum in causam emptionis venditionis, an locationis & conductionis incideret? quæ utraque bonæ erat fidei; (**) prorsus ac emphyteusis bonæ fidei contractus habetur, utut Zeno novam vim ei tribuit; eoque non tam eius naturam imminuit, quam auxit: quod similiter de actione rei uxoriæ animaduertimus supra (***).

§. XLIX.

Quæ cum ita sint, lubet nunc inuestigare effectus differentiæ; quæ est inter actiones strictæ formæ & iudicia

(*) Vid. Vinnius d. §. 28. l. de act.

(**) v. Vinnius l. c. §. 28.

(***) Conf. Donellum ad tit. de act. §. 28.

dicta bona fide discutienda : neque enim ambiguum habemus, quin ex dictis illi dignosci & sine negotio percipi possint.

§. L.

Propterea enim 1) in strictis formis Iudicis potestas ultra petita non protendebatur, quia ius eius, seu facultas certis limitibus erat vallata,isque verba simplicia & directa ante oculos habebat constituta, & factum, puta numerationem reapse præstitam, & ius scriptum, quod certam nonnullis contractibus formam dedit, ita ut nulla cogitatio ultra; eoque nec pactum adtenderetur, quia in illam formam angustam intrare nihil poterat, ceu de mutuo adfirmavimus haud temere; idque similiter de stipulatione, si operæ pretium, facile foret ostensu.

§. LI.

Similem ob causam in strictis iudiciis 2) nunquam ex regula iuratur in litem, in liberis autem, quæ non respuunt bonam fidem, iuratur utique. Quod enim *l. 5. pr. & §. ult. l. 6. 6 ff. de in litem iurando* occurrit, singulare est. Quomodo namque iurabitur in strictis ex affectu, eumque affectum ponderare poterit iudex, qui formulæ est inclusus, seu actioni alligatus, ac, præter verba nuncupata, aut scripta, nihil amplius intelligere cupit, vel expendere debet, ne dicam, arbitrare sollicitè?

§. LII.

Ex eodem fonte 3) manat, quod bonæ fidei iudiciis insit exceptio doli, causam dederit hic contractui, an minus? Neque enim cum clarissimo *Nodtio*, qui libel-

libellum singularem *de forma emendandi doli mali* conscripsit, distinguo. Saltem actio doli necessaria non est: quod latius ostendit Præses ad tit. Pandectarum *de dolo malo*; disiciens argumenta in Nodtium obuersa. In stricti contra est: non, quod dolus non repugnet stricti iuris contractibus, sed quod iudicis eo loco seruuum est officium. Quin perperam argumentari omnes & in ambiguis hære pronuntiamus, qui fidem bonam abundantiorē in bonæ fidei negotiis somniant, quam strictis. Potior Donelli (*) ratio videtur, fidem bonam manere eadem; atque aliunde procedere, quod iudex per se in angustiis illis contractibus auxilium dolose circumuentis deneget. Quare a Prætorē præsidium expectent, vel excipiendo tempestiue & pro tribunali, vel agendo conuenienter.

§. LIII.

Ergo igitur nec reus obstringitur (4) vt exceptiones statim & ante litis contestationem exponat. Sufficit, si id ante rem iudicatam facit, qua probata absoluetur is incunctanter. In strictæ potestatis iudiciis omnia contra se habent. Prætoris enim dextra hic opus est, qui, post acceptum iudicium, suo iuuamine reum amplius vix recreat.

§. LIV.

Simili modò certum est, (5) in bonæ fidei negotiis ob moram in pecunia deberi vsuras, tanquam accessiones, in ceteris rebus fructus; cum in strictis actionum figuris eo sese iudicis prouidentia neutiquam porrigat,

F

nisi

(*) ad tit. *de act.* §. 28.

nisi in stipulationem deductæ, aut seorsum illæ solen-
niterque sint promissæ. Quæ vero usuræ ante litem
contestatam nunquam cœpere, illæ nec post contesta-
tionem currunt, seu perseverant. In bonæ fidei iudi-
ciis autem & incipiunt a mora, & currunt, nec desi-
nunt post moram. Vigilat ibi iudex ex officio eam-
que vigilantiam continuat, nec ab illa rationabili sol-
licitudine desistit vnquam & vsquam.

§. LV.

Ex eadem libera iudicis potestate est, quod (6) in
bonæ fidei iudiciis actio tollitur ipso iure, cum e con-
trario in adstrictis ope exceptionis demum subruatur.
Eccur? Et constat, facere in hisce dolum, metum, pa-
ctum, iusiurandum, rem iudicatam tum initio, tum
postea, ut vanescat obligatio ipso iure, hoc est, iure ci-
uili; nec opus sit autoritate Prætoris, cuius est, per
exceptionem subuenire iis, quibus ius ipsum præfidi-
um negat. Insunt enim in bonæ fidei contractibus &
actionibus exceptiones; hoc est, ipso iure ciuili in-
sunt: adeoque nec dolum, nec metum, nec aliud quid-
quam, quod naturæ & vitæ obligationis est contrari-
um, *admittunt*: sicque absoluitur reus ipso iure, qui
non erat obligatus vilo iure. Dices: fieri non posse, ut
ipso iure tollatur obligatio & actio, nisi adducatur ex-
ceptio. Et recte, regeo, & dudum monuit Vinnius,
talem allegationem proprie exceptionem non videri,
vulgo licet ita appelletur. Vbi vera exceptio, ubi ius
est in confesso. In bonæ fidei actibus negatur ius omne
perque eam negationem intentio actoris omnimodo
repellitur, si allegetur solutio, acceptilatio, nouatio,
me-

metus, dolus, resiudicata. In strictis vero negotiis summum ius obest, quod remouendum prius; antequam securitas obtingat obligato: & hoc vero effici nequit, nisi Prætoris vox intonet, & a rigore iuris liberet constrictum debitorem. Idque tempestiue immo festinanter peragendum erat pro tribunali, in iure, apud Prætorem, vt sic defenderetur plus æquo pressus: cum e contrario in bonæ fidei iudiciis quæuis tempora idonea sint, ante executionem iudicati: quod luculentius probat, reum ipso iure tutum esse. Dubium, quod Doctores & discipulos male habuit, e modis loquendi ortum traxit: TOLLI IPSO IURE, EXCEPTI-
NEM *iudiciis liberalibus inesse.* Quomodo enim tollatur, inquebant, quod non est? Sed constat, *tolli* idem sonare, ac non nasci. Quod enim illico tollitur propter dolum, nunquam creatur, nec oritur. Quod non oritur, non videtur esse. Itaque ipso iure tolli significat, ipso iure non esse: efficitque nuda allegatio, vt nunquam fuisse obligatio, nunquam vixisse contractus censetur. Quod secus est in ceteris iudiciis, vbi sane nata est actio, genitumque ius, quod, sine nouo facto Prætoris & litigantium, neuquam vanescit, sed spirat; donec ei anhelitus interceptiatur, aut frangatur gula instrumentis a Prætoris petitis.

§. LVI.

Quibus animaduersis haud difficulter percipitur, quod de compensatione adfert Iustinianus §. 30. I. *de actionibus.* Ante M. Antoninum Philosophum enim ne quidem exceptio compensationis locum inuenisse videtur in strictis iudiciorum figuris. Et si enim de hoc

rescripto D. Marci aliunde nihil innotescit; id tamen repositum seruatur in Institutionum thesauro. At valide vereor, ut ante Marcum nulla sit tributa vis compensationi: cum compensare sit soluere. Apparet (nim ex l. 4. ff. de compensat. Neratium Priscum qui Traiano æqualis erat, existimasse, compensationem ipso iure imminuere actionem, aut impedire, aliis euntibus contra. Neque mihi dubium hæret, quin plures inuenerit affectas hic lctus, magno honore cultus a Traiano Imperatore. Igitur itum in partes; donec rescriberet M. Antonius, in strictis iudiciis compensationem ope exceptionis induci debere, eoque pacto mansit differentia inter bonæ fidei & strictarum actionum formulas. At neutiquam hic substituere in foro agentes. Placuit, ut ipso iure exspiraret obligatio, ubi mutui debiti & crediti contributio obseruaretur; idque quodammodo indicat l. 5. & 6. C. de compensationibus, quæ sunt Alexandri. Dolo enim petere non solum videbatur, quod mox esset restitutus; verum etiam absurdum prorsus existimabant Consulti quidam, stare, quod est dissolutum, ac compensatione, quæ sit solutio, plane sublatum. Saltem id discriminis aliquandiu mansit, ut in strictis ex dispari causa admitteretur compensatio, in libris iudiciis ex pari ac dispari: quod adnotatum est a Schultingio ad *Sententias Pauli Lib. II. tit. V. n. 3.* cui præiuit a Costa ad §. 39. I. de Act. Igitur minime mirum, Iustinianum tandem perspicue declarasse, ut compensatio in omnibus actionibus ipso iure minueret debitum, dummodo vicissim liquidum foret, quod debetur. Obseruat Nodtius ad rubricam Di-
ge-

gestorum *de Compensationibus*, ante Iustinianum non fuisse causam liquidi & illiquidi spectatam, nisi cum proponeretur compensatio aduersus fiscum. Faten- dumque, *ex lege 6. Alexandri C. de compensationibus* id fere pellucere: quod & Wissenbachius animaduertit. Quare quod fisci olim fuit & singulare, inualuit hoc modo vniuersim,

§. LVII.

Quæ quanquam ad theoriam de actionum bonæ fidei & stricti iuris differentiis sufficere videntur; non possum tamen omittere hoc loco quæstionem infrun- te a multis decisam: an videlicet adiecta stipulatione bonæ fidei contractus efficiatur stricti iuris; ita, vt em- ptio, venditio, locatio, conductio naturam illico omit- tant suam? & an idem dicendum, si in litteras redigan- tur contractus consensu constantes? Ac mirum est, istos se putare sapere ac gloriari interea, plus a se inuen- tum, quam quod pueri reperiunt in faba, dum adfirma- tissime respondent. Potius pueri sunt isti cum ad seclis suis in iuridicis rebus ac digni qui farre aqua macerato cum lolio victitent, ni destruans nidum hirundinum e quisquiliis & sordibus congestum, aut, si quid boni ex aliorum scriniis est, inde saltem pudibundi seiungant.

§. LVIII.

Quid enim? Stipulatio, quæ omnium obligatio- num erat firmamentum omnibusque accedere contra- ctibus poterat, tam mirificam inducat metamorphosin, vt dum emunt, vendunt, locant, conducunt, ceu solent boni, id amplius non velint, non faciant, quia adiecere stipulationem? Scilicet interpretes tali ingenio & iudi-

cio tam obtuso cadere nequeunt, quemadmodum & cur stipulationes interdum pluribus alii obligationibus accedant? Neque enim hoc partibus est propositum, ut locatio & conductio, emptio & venditio non amplius forent ex contractu; qui consensu perficiuntur, genere, aut suam naturam & substantiam amitterent; sed ut vnum, aut etiam alterum caput vel fieret firmius, vel constaret clarius. Exempli gratia: in emptione ac venditione saepe apponebatur stipulatio de quantitate pretii & re tradenda, ut sciret uterque evidentius, quid & quantum possit venditore ac emptore, atque emptor vicissim exigere a venditore. In ceteris manebat emptio-
nis natura, nec bona fides impediabatur. Finge enim, rem fuisse vitiosam, & venditorem, aut emptorem extitisse in mora; quis credat, sic sese ligatum existimasse iudicem, nihil ut de reliquis, quæ non adigit stipulatio, arbitraretur. Id verum, stipulationem omnium obligationum firmandarum causa videri inuentam; non autem illico tollendarum. Et tolleretur autem sine mora obligatio bonæ fidei mutua, si tam efficax effectus tribueretur stipulationi subiectæ. Fac porro, solum venditorem de pecunia illico representanda stipulatione sibi caviisse, an hæc propterea morabitur emptorem, ne petat, quæ hac in emptione voto & consilio suo est complexus; nempe, ut sibi officio iudicis obtingeret res illa cum ceteris præstationibus personarum? Qui talibus argutiis indulgent, iurium studiosis spectaculo non solum, sed & sale merito sunt defricandi. Ea enim ratione alter, qui est emptor, in deterius conditionem suam mutasset, si iudex intra angustos
can-

cancellos conclusus in præstationibus cæteris adiudicandis cogeretur obmutescere. Sed statue amplius, emptorem stipulatum sibi ornamenta equi, eaque non tradi a venditore. Nemo ambigit, quin iniuste agat & merito cogatur ex stipulatu ad tradendum. Sed turpiter se daret, qui venditorem porro tantum existimaret laturum compendii, nihil ut amplius fide bona circumspiceret iudex, quum de ornamentis pronuntiavit ex stipulatu. Acutius cernunt, qui pluribus actionibus frui emptorem scribunt, actione ex stipulatu ad ornamenta certo & facilius consequenda, manente interea actione empti in qua fides bona nunquam non intercurrit.

§. LIX.

Sed multo ineptius somnium videtur, emptionem ac venditionem similesque conventiones in litterarum contractus transire, si litteris comprehendantur. Perspicue enim ad vnum omnes cognoscunt, litteras melioris probationis causa adhiberi: nec, ubi litteræ, ibi illico nasci contractum litterarum, qui stricti iuris habetur, & ex vno latere vinculum iniicit. Vnde extra orbitam est, quod recitatur, saltem considerata videri, quæ litteris sunt expressa. Falsum hoc, & novus febricitantis & monstrosa parturientis ingenii abortus. Quis enim audiuit vnquam, in emptionis ac venditionis contractu, litteris licet consignato & vtriusque manu subscripto, non præstari euictionem, cuius mentionem interea non iniecere scribentes? Mirum, homines ea doctrinæ copia, omniumque litterarum thesauris & suppellectile nescire, aut non vltro reperire
po-

potuisse, quod omnes tenent. Sed neque vero dubium, quin Iurisconsulti cordati risuri albis dentibus sint, aut exhibilaturi tales cornices male collectis atque ad rem nihil facientibus plumis superbientes. Nam quum deprehenderent, fieri aliquando, ut, quod debetur ex empto, transfundatur in stipulationem, vel litterarum contractum; illico animum inducere, id igitur omnem adiectam stipulationem, aut scripturam efficere, tota ut emptionis ac venditionis natura cum libera Iudicis facultate in fumum abeat extemplo, & stricta oriatur iuris forma, quæ paullo ante fuit laxior nullisque vinculis impedita. Adeo igitur lyncei sunt, nec nisi sincerum spirant, pactum non pactum, emptio- nem non emptionem, ac stipulationem iterum emptio- nem, hanc chirographum dicentes. Sed hæc Iurispru- dentia haud dubie in Vtopia est recepta, vel ad Cauca- si radices enata, ubi tam solennes ampullantur nugæ Tartarici Iurisconsulti. Rectius Vulteius Iuri- um peritus de meliori luto loco supra adducto: *Ut autem actio aliqua, quæ est bonæ fidei, fiat stricti iuris, nullus est casus. Sane nouari potest obligatio, ut quod ex contractu bonæ fidei debetur, id postea debeatur ex contractu stricti iuris. At tunc obligatio ALIA est, non EADEM priori illa sublata; & ex consequenti actione agitur stricta, non actione bonæ fidei, quæ in actionem stricti iuris transferit.*

§. LX.

Igitur damus, si tota res in stipulationem animo nouandi est traducta, solam actionem ex stipulatu locum tuituram. At animus nouandi sicuti in dubio non præsumitur; ita absolum prorsus, bonæ fidei actio-

actionem coire in aliam, quæ est strictæ formæ, & transmutari contestim ceu Deucalionis & Pyrrhæ post terga reiectos lapides. Id vero propterea dissentientibus permittimus, quia *l. 71. ff. pro socio* quodammodo patrocinari illis videtur, in qua Alphenus, referente Paulo, respondet, stipulatio, post coalitam societatem, ita concepta sit, *hæc ita dari, fieri spondes, pro socio* agi non posse, si aliquid contra factum sit: quamquam alia suppetit causa, quamobrem ex stipulatu actionem concesserit laudatus Alphenus. Nec enim actio pro socio ad dissoluendum contractum datur. Et hoc loco iudicium communi diuidendo cessasse videtur, quia nihil dum in arcam communem erat illarum; socio interea ægre ferente, quod alter ab amicitiae lege resiliuerit statim post confectam muto consensu societatem. Sed hæc vtcunque sint, largior iterum, transfusa in stipulationem societate Alpheni definitionem se habere recte. Verum quid? si animus nouandi desit? quid? si ex certo capite stipulatio interposita? Ac bardus sit, qui hic mixturam vtriusque actionis admittat. Prima enim in specie, si quidem in continenti stipulatio adiecta, vnus tantum manebit contractus, nec vlla aderit nouatio. Stipulatio enim prohibet, ne actio ex contractu emptionis antecedente nascatur. Quocirca perinde erit, ac si de emptione contrahenda nunquam fuisset actum, sed sola stipulatio placuisset: quod colligitur quatenus ex *l. 6. §. 2. ff. de Nouationibus ac delegationibus*. In altero themate vero, vbi certum caput contractus in continenti in stipulationem deductum, vel vinculum vinculo addi-

G

tur,

tur, vel stipulatio adhibita fines suos non egreditur. Fac igitur, me *vacuam possessionem tradi* stipulari a venditore, vel rem dari, dubium non est, quin actio ex stipulatu competat: sed neutiquam venient fructus a die stipulationis, ut quos in illa non comprehendi. Itaque exempto agere licebit ad istos consequendos: inquam tanquam actionem bonæ fidei multa intrans ex æquo & bono, ut non expressa: idque est quod l. insinuat 3. §. 1. ff. de act. empti illis verbis: *Sed ex empto superesse ad fructuum prestationem.* ET SENSUS est, inquit Dominicus Alsius (*) Ictus Neapolitanus longe doctissimus, eum, qui ex stipulatu egit ad *vacuam possessionem tradendam*, consequi rem, non autem fructus, quia in stipulatione non sunt expressi; nec tamen fructus amittere, quos consequetur altera actione exempto. Ex quibus omnibus patet, nihil hic misceri, aut confundi in vnum grumulum, sed proprias vires retinere tum contractum priorem, tum adiectam stipulationem, quod iam dudum Alciatus in *parergis* suis deprehendit: eoque miserum Iurisprudentiæ fatum est, ut, quod in iam primi humaniores interpretes intellexerunt, multi nunc necapiant quidem, inque his vecors Doctorum turba, qui nil nisi Bartolum crepant, cuius sub interpretamentorum clitelis sudare ius nostrum cupiunt. Bartolus vero hac in causa haud parum turpiter se dedit, ac mentum suum tam vehementer ad saxum stultitiæ allisit, ut ne eos quidem errores effugerit, quos effugiunt alioquin tirones: castigatus propterea a Pichardo defæc-

tio-

(*) De Verbor. obligat. cap. III. p. 165.

tioris ingenii Hispana in comment. ad Inst. *quibus modis tollitur obligat.* Supra vero laudatus Dominicus Alifius rem omnem præclare animo est complexus, scriptor perspicuus & lectionis multæ, ac iudicio præditus nequaquam mediocri.

§. LXI.

Ceterum paullo tolerabiliores sunt, qui cum Cuiacio contractus stricti iuris fieri bonæ fidei per oppositam explicationem, vel replicationem doli mali causantur. Quamquam enim & hoc a vero abludit, tam immitte tamen non est, tam immoderatum & male sanum, quam antecedens pabulum ex pluribus satis congestum commixtumque: quando bonam fidem in strictum ius transfigurare, aut rudem ei ac sylvestrem habitum circumdare fategere. Cuiacius vero cumque eo plures mitigare e contrario illud ius seuerum contendunt; ac Dorotheum Græcum sequuntur, sed quam iam suo tempore depexum dedit Stephanus ni fallor, aut alius Græcus interpres. Cuiacium *Lib. III. obs. 17. l. Seia 42. ff. de mort. causa donat.* in errore confirmavit: qui interea in Virorum doctissimorum reprehensionem incurrit, ac Goeddeo cum maxime & Antonio Fabro pœnas dedit. Putarunt enim, hac ratione omnia in iure Romano confundi, perindeque futurum, bonæ fidei contractus dicatur, an stricti iuris? præsertim cum ex accidenti veniret, iudicium fieri strictum, vel contra. Quin caderent prorsus a Iurisconsultis & speciatim ab Ulpiano prodita, qui actiones, in quibus exceptio doli inest, distinxit ab alteris, in quibus non inest. Id extra dubitationem collocatur, non destitui

clausulam: *dolum malum abfuturum* suo effectu, quæ in fauorem rei est adiecta. Excluditur enim actio & condemnatio, aut minuitur per oppositam exceptionem: non autem mutatur forma actionis, vel formæ qualitas: ut taceam, semper agi conditione certi, vel ex stipulatu, quæ actiones non possunt non esse strictæ. Nec prætereundum, omni tempore atque in ipsa executione in bonæ fidei iudiciis exceptionem doli obici recte? cum vicissim in adstrictis illa sit opponenda tempestiue inque iure; istaque omissa iudex nunquam fiat arbiter. Adde, ipsam de dolo malo actionem a nemine nuncupari bonæ fidei: quod si esset, condemnari & reus posset in plus, minusue pro re nata. Cuiusmodi commentum nunquam in mentem venit veteris iuris conditoribus. Quare consequitur, ut Cuiacius bonæ fidei & strictarum actionum naturam minus sedulo perpenderit, multa que turbauerit. Facit enim in actionem bonæ fidei ex rei vindicatione, cui exceptio doli non inest: cum ceteroquin in bonæ fidei negotiis exceptio ipso iure inest, & latius eat verfereturque, quam clausula: *dolum malum abfuturum* indeque opposita exceptio, quæ cancellos suos non transiit; & actori tantum nocet, non reo. Quando autem iudex officio suo fretus iudicat ex æquitate, non solum ille dolum remouet, sed quidquid inæquale est, resecat, & ad æqualitatem reducit. Quod ut cernas coram, finge; Spopondit Titio Caius, tradi domum vacuum & Caius vicissim est stipulatus, ut repensentur sibi mercedes habitantium sine dolo malo. Agit Titius: opponitur ei exceptio a Caio. Verum est, facere

cere exceptionem, ne actio locum habeat, nisi pensauerit mercedes Titius: atque hæc est illa notissima vis, ut exceptio elidat actionem, aut saltem infirmet. Iam statue, mercedes esse repensas, aut cautionem interpositam, vel fidei iussores acceptos. Iudex quid? condemnabit is, credo nunc Caium ut fundum vacuum sistat. Quomodo? ex bona fide? respiciendo ad id, quod interest, Titii domum non esse vacuefactam? aut quodammodo tradi labefactam? Et nemo hoc dixerit. Potius olfacere potuisset Cuiacius cum iis, qui eum cæco impetu sequuntur, neutiquam hic occurrere actionem bonæ fidei proprietalem, cum ad utrumque latus sese vix porrigat iudicis potestas, sed inclusa maneat formulæ. Non is audiet Titium multa de mercedibus a Caio interea perceptis garrientem, de damno emergente & lucro sibi intercepto. Habeas, inquit, domum, quæ ex sponsu tradi debet, vacuum, amplius & maius nil habeat. In stipulatione expressum nihil est. Remotus est dolus. Qualis actio tua fuit ante exceptionem tibi obductam, talis est nunc quoque, postquam obducta, & satisfactum Caio.

§. LXII.

In lege *Seia 42. ff. de mortis causa donation.* aliud occurrit thema, quam Cuiacius comminiscitur. Donauit enim Seia mortis causa omnia sua bona Titio cognato & tradidit, retento sibi usufructu, eo pacto adiecto, ut, si Titius præmoreretur, proprietatem ad se reuerteret, donec ipso quoque exspiraret, & tunc bona sua transfirent ad liberos Titii. Obiit hic ante Seiam: vindicant filii Titii res singulas; itaque dolum obicit Se-

G 3

ia,

ia, quia donationis conditio nondum defecerat. Hætenus bene. Iam infert Cuiacius ex verbis sequentibus: *Bona fidei autem iudicio constitutio* per exceptionem doli oppositam rei vindicationem bonæ fidei esse effectam: quod est propterea absurdum, quia exceptio a Seia obuersa profuisset Titii filiis ad *hæitationem*, aut quæstionem fundandam: an Seia cauere illis de futura hæreditate obstringeretur? in bonæ fidei iudiciis namque non immerito securitas postulatur in futurum. Ne dicam, Prætorem constituere iudicium data formula, & addicendo Iudicem: non autem legi vsquam, exceptione constitui. Ergo nouum circumspectere thema prudentes, quod iam suppeditauerat glossa, existimans, bonæ fidei illud iudicium esse hæreditatis petitionem; adeoque Papinianum non *subiunctiue*, sed *aduersatiue* videri capiendum, hoc videlicet pacto: si autem filii Titii hæreditatis petitionem, instituisset, tum subnatura quæstionem: num Seia cauere iis in futurum deberet de accipienda hæreditate? quam cautionem Papinianus iis denegat. Neque enim ad cautionem de restituenda hæreditate obligatur quisquam, nisi cum dies cessit, ita ut hæreditas sit. Dies vero non cessit, estque in pacto, reuersuras res donatas Titio, eo præmortuo, ad Seiam. Hæc domina est, Nihil adhuc debet Titii filiis nec incipit debere. Expectent igitur, donec & ipsa vltimam vitæ lineam absoluerit. Atque hoc illud difficile est thema, in quo res tota eo redit, quid significet locutio: *bonæ fidei vero iudicio* CONSTITVTO. Cuiacius voculam *constitutum* sibi credit patrocinari adeoque glossam spernit exponentem de iudicio hæreditatis INSTI-

TV;

TVTO. Cuius generis effugium non est satis criticum. Vbi constitutio ibi simul institutio. *Constituere actionem alicuius rei* Ciceronis est in *Orat. pro A. Cæcinnac. 14.* Quibus bene perpensis non habeo, quod addam, aut quod imperitissimis amplius hominibus ac nugiuendulis commendem, quam tradita a Goëddeo de *contrahend. & committ. stipul. p. 847 seq.* itemque A. Fabro *Coniect. Lib. XIV, cap. 18. & 19.* reliqua ex pelui fulgura egregie dispellentia.

CAPVT II.

VSVS PRACTICVS ACTIONVM
BONÆ FIDEI ET STRICTI
IURIS NVLLVS.

§. I.

NEc vtemur vero eorum argumentis, qui hoc actionum discrimen propterea autumant sublatum, quod solennes cessant formulæ, earumque solennes impetrationes. Id enim si foret, iam ante Iustinianum omnis illa differentia evanuisset certe: quod interea veritati aduersatur, cum repetierit Imperator hanc diuisionem & confirmauerit, ac de suo adiecerit nonnulla, iubendo, definiendo, transfundendo, extendendo. Potius, aiunt, in hoc omnis vis, ex Iustiniani mente latitat, vt iudex non sit adeo exacte adstrictus ad formam libelli, & quantitatem petitam, iudicetque ex æquo & bono in iudiciis æquo ac bonæ fidei. Instrictis contra inhæretis summæ petitæ,

titæ, oculosque suos in forma libelli defigit, qui ex singulorum negotiorum & actionum medulla conficitur. De quo dein disputabimus copiosius.

§. II.

Similiter e iure Canonico nihil petemus præsidii, vtut Baldus & Iason iniecere scrupulum, quibus recentiores concinunt, ipseque Stryckius olim nostras. Sed sicuti Iason rursus a Baldo recessit, nec coniiciendum facile, vtriusque iuris symphoniam fuisse sublatam, nisi vbi clara rerum testimonia adsunt, ita cum hoc loco illa deficient, & argumenta potius in contrarium suppetant, merito subsistimus, & de abrogatione bonæ fidei & stricti iuris contractuum, qui causæ sunt actionum eodem nomine venientium, haud temere dubitamus. Aiunt quidem: Canonum iura naturam imitari; naturale autem ius nullas agnoscere inter contractus differentias, vt quæ prodiissent potius e fonte iuris ciuilis. Quod postremum etsi neutiquam nego, idque dein limpidius sum ostensurus; non est tamen veritati penitus conueniens, canonica decreta sic premere rationis vestigia, nihil vt cum stricto iure Quiritium ei commercii intercedat. Ac magis est, vt, quæ tradit ius Romanum; sæpissime æquum existiment Pontifices; rarissimeque ab eo recedant. Quod inde satis pellucet; quod, quamdiu probatum non est, eos nudis pactis vim obligandi tribuisse, vix etiam verisimile fiat, illam nobilem contractuum differentiam, quæ sese per totum ius Quiritium expandit, radicitus fuisse a nouis Flaminiibus Romanis euulsam. At quam falsum id sit; eruditissimi & veterrimi quoque Iuriscon-

sul-

sulti probatum iuerunt; cumque maxime Ianusa Costa *X. de Pactis p. 223.* vbi ea simul argumenta offendes contrita, quæ de discrimine contractuum bonæ fidei & stricti iuris extincto in medium ab aliis adducuntur. Certius videtur, ipsum ius Pontificium fere corroborare saepe nominatam differentiam *inc. 3. X. de caus. possess. & propr.* quod est Innocentii III. vbi nominatim in iudicium non deducta non etiam considerari strictæque respici ad petita pronuntiat. Erat enim hæsitatio, an ecclesiæ conuentuales ciuitatis Sutrinæ haberent ius eligendi Episcopum cum ecclesia cathedrali? Et proponebatur ab illis, conuentuales in possessione fuisse; deiure vero perspicue innuebant nihil. Vnde putabat Pontifex, tam in petitorio, quam possessorio merito pro cathedra eiusque Canonicis decidi: cetera impune negligi, cum nominatim ius suum, vndecunque etiam fluxerit, in iudicium non traduxerint contra euntes ecclesiæ conuentuales, eoque verba Vlpiani, quæ in *l. 60. ff. de iudiciis* leguntur, valere iussit; inprimis cum breuitas temporis impediret, ne præscriptionis beneficium iis prodesset. Non est nostrum, examinare hoc loco, an decisio Innocentii sit referenda inter iustissimas? Sat est, constare hinc, Pontificem ius strictum ante oculos habuisse constitutum: quamuis ex æquo & bono potuisset actoribus melioris probationis imponere onus.

§. III.

Quibus aliisque argumentis expensis, Wefenbe-
cius, & Gœddeus cum Mynsingero, Zasio, & Anto-

H

nio

nio Fabro (*) ridendos propinarunt Baldi adflectas : inque primis postremus Ictum pragmaticum Gallum *Imbertum* paullo acerbius reprehendit , quod iudicia stricti iuris christianæ repugnare religioni in *Enchiridio* suo scripsisset ; ignoscendo Theologis errore, non autem Iurisconsulto , qui in Romanorum scitis & iuris arte meliori ratione præsumitur instructus rectoraque edoctus. In quo etsi Fabro ceterisque accedendum censeo , qui Amesium Theologum Reformatum in Iurisconsultos detonantem pari ratione in viam reducere ; valde tamen iidem falluntur nouoque & contrario errore in Scyllam incidunt, quando illam distinctionem ex iuris naturalis fonte ita manare contendunt , vt ne tolli istam villo posse iure existiment , adeoque vel totam Iurisprudentiam sic peruertere , vel differentiam , quæ olim fuit, inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris, adhuc superesset.

§. IV.

Ego contra. Sed euidentioribus signis ac rationibus est vtendum. Et in oculos incurrit præsumptæ opinionis infirmissimum fulcrum , quod dissentientes obstringillandi & confutandi studio non animaduertente, eoque par in ceteris iudicandi felicitas neutiquam iis obtigit. Longe enim diuersa sunt, aliquid non aduersari naturæ legi , ac tanquam arbitrarium variis ex causis tolerari ; atque id statim iuris videri necessarii & vniuersalis, a quo nemo gentium sese bona fide auertat. At minime dubium habuere habentque adhuc

Iu-

(*) De erroribus Pragmat. *decad. IX. err. I.*

Iurisconsulti complures, illam contractuum Romanorum structuram non solum iuris gentium esse, hincque de illorum ortu mira commemorant; verum etiam naturam negotiorum non ferre, ut aliter ordinentur conuentionum figuræ, eoque *conditionem* naturæ hic occurrere; prorsus ac si omnibus communiter natura dixisset, bonæ fidei & stricti iuris contractus ab æterno iure proficisci. Adeo isti aguntur præcipites ac sese involuunt, ut ius quoque ciuile perturbent.

§. V.

Merum enim commentum Quiritium sapit tota, de qua disputamus, differentia. Quod enim impedit, quo minus Magistratus vndique sectetur æquum, & suppleat, quæ sunt omissa a contrahentibus, detrahatue, quæ sunt præter ius & morem admissa? Enimuero quum apud Romanos pacta nullius fere roboris essent, atque in stipulationibus verborum rigor inualesceret, inque litteris quoque variæ tendiculæ & aucupia in mores irreperent, arbitriis, quorum inuidiosa erat ob Regum tyrannidem memoria, spretis; simulatque Magistratus *πρόσωπον* a iudicis facie vultuque differret; hicque, post constitutum statâ cærimonia iudicium, sui amplius iuris non esset, quam pateretur ius in fori tritura receptum; quid mirum, non potuisse Romanos longo tempore ab illa rudi & agresti legum seueritate, sine publicæ quietis dispendio, sese auertere? Qui adhuc ambigit, is Romanorum rem iudiciariam strictamque legum seruandarum rationem nunquam solide & cum cura est contemplatus, quæ non ferebat, quemquam de iure ciuili directo aliquid mutare, ne quidem

H 2

Præ-

Pratorem, multo minus Iurisconsultum. Quin adeo odiosum erat in iure nostro, nouum ius facere, vt istud haberetur pro iniquo, eiusque repertor pro homine callido & nouarum rerum cupidissimo. Quæ res fecit, vt ne Principes quidem a veteri iure facile recederent, sed, cum fieret, euidentem vtilitatem prætererent; prorsus atque Prætores coloribus ac fictionibus vsi sunt & Iurisconsulti ad alia demum remedia animum cœperunt conuertere. Neque enim XII. Tabulæ aliud, quam obseruanda dictabant; earumque maiestas ac concinnitas neutiquam patiebatur, vt ad suasionem & præcepta deflexerent: præterquam quod hæc etiam a natura legis aliena erant; erudite id obseruante Henrico Brenkmanno (*). Quare ICI veluti boni & sapientes viri ad ratiocinia confugientes omnia ad *honestatem societatemque* referenda statuebant. Et supra vèro monuimus, societatem eiusque bonam causam ac fundamentum primum fuisse, quare numerus contractuum & actionum bonæ fidei cresceret; & strictæ conuentionum formæ atque inde fluentes actiones imminuerent: cum antea vince- rent reliqua numero, aut potius solæ essent, priusquam disputando, adnotando, differendo, docendo, orando, edicendo ab illo rigore populus paulatim ad mitiora flecteretur; & ICI denique vniuscuiusque contractus *græu* & naturam fixam efficerent certamque.

§. VI.

Ac non est diffidendum, veteres ICTos, vt ut necessi-
fita-

(*) Diatrib. de *Eurematicis Modestini* cap. I. n. 12. 13. sq.

fitate temporum ciuiliūque rerum motu fere coactos, subtili saepe animo rationes in finiēda conuentionum natura subduxisse. Nec enim aliam subesse causam puto, quare mutuum tam angustis limitibus sit circumscriptum, quam plebis in diuites vsuris capiundis deditos ferale odium, quæ interea inops ac plurium rerum fungibilium erat indigens; nec semper soluendo, eoque haud raro moram trahens, donec dissolueret contracta nomina. Idcirco gratuita mutui natura emergit; nec ratio habita moræ: nisi quidem stipulatione sibi sigillatim prospicerent contrahentes, simulque diem signarent, quo reddenda esset credita pecunia: idque temporis progressu in vsum demum venisse videtur. Ex quo vero haud difficulter percipitur, nullum eius rei in naturali iure vestigium inueniri, etsi Icti Romani hanc mutuo naturam adfixerint, ex ratione temporum ac status popularem inter & Aristocraticum fluctuantis. Cuiusmodi causæ atque alia euentu nisi intercurrissent, nulla ratio cogere Themidis sacerdotes videbatur, vt ne pro vsu pecuniæ suæ vel stipulari permitterent in antecessum aliquid compendii, aut mora interueniente soluendum statuerent plus, quam est datum acceptumque.

§. VII.

Ex quo confit, mutuum accepisse suam propriam naturam apud Quirites; quæ interea alias gentes nec stringat, nec ex rationis dictaminibus solide probetur, ceu optime demonstrat Hugo Grotius (*). Nec quis-

H 3

quam,

(*) In Commentar. ad Lucam cap. VI. v. 35.

quam, credo, statuit vnquam, stipulationum inuentum eius esse necessitatis, iurisprudencia vt corruat, si tollatur de medio, aut saltem pactis nudis similis efficiencia atque robur tribuatur. Immo aliunde innotescit, ortum ceterarum diuisionum omnium, in quas abeunt contractus Romani; inde potissimum deriuari, quod solus stipulationum nexus initio Quiritibus placeret; a quo rigore pedetentim iterum abscedentes reales tandem, litterales, consensuales, verbales, veros, quasi, nominatos innominatosque contractus fabricarunt; aliqua simul corroborantes pacta: cetera vero, quæ non essent illicita, prætoria auctoritate tuentes, ne videlicet sic paciscentes omni exceptionum solatio destituerentur.

§. VIII.

Quibus auxiliis & commentis neutiquam opus fuisset, si tantumdem semper valuissent pacta, quantum stipulationes & litteræ; inque sumum certo abiissent recensitæ contractuum species omnes, vnaque obligatio mansisset diuersis duntaxat modis & comparationibus varianda. Aliud enim propositum habemus cum commodamus, aliud cum mutuum inimus, cum vendimus & locamus, in societatem descendimus, mandamus, transigimus, reliqua: quæ proposita certis dein nominibus signantur signataque retinentur, quæ demum exponimus in scholis & secundum harum comparationum ac visionum differentias ambigua in iure themata resolvimus.

§. IX.

Ac possemus, si res posceret, per singulas ambulare

lare species, aut saltem contractuum genera, nisi viri docti, inque primis Grotius, Puffendorpius & illustris Thomafius noster alique, qui huius legunt vestigia, rem totam in claritate constituissent. Quorum luminibus ac beneficio id certe consecuti sumus, ut ius Romanum hac parte nemo sapiens, aut vir cordatus pro gentium iure amplius amplectatur, eamque machinam ARTE singulari constantem & per spiramenta temporum expolitam pro NATVRÆ opificio habeat; sed potius Quiritium mancipio & nexu propriam agnoscat.

§. X.

Iam vero ubi de practico usu actionum bonæ fidei & stricti iuris differendum, per se liquet, non de usu Romano verba fieri, sed qui ille sit in Germanorum iudiciis ac patrio foro. Et maiori autem auctoritate Magistratus nostri pollent, quam iudices pedanei: similis pactorum ac stipulationum vis est: non eadem, quæ Romanis de mutuo opinio, nobis sedet. Quæ vero æquitas iubet siue initio, siue ex post facto emergens, omnes circumspectant; neque hoc solius Prætoris munus est, aut noui Legislatoris, aut iudicis in certis tantum negotiis tam laxa potestate armati. Nemo illis coloribus indiget, quibus iuris Romani artifices sunt vsi, dum populum a rudi seueritate abducere sunt moliti: potius Teutones hac parte libertate vtuntur, atque ad naturæ dictamina propius accedunt. Quod inde appariturum certius confido, sicubi pensitetur, exhibilatum iri a Principibus fori tintinnabula, quæ in exponendis, aut diiudicandis eorum contractibus & fœderi-

deribus præsidium vel a bona fide, vel stricto iure petendum existimarent. Magis enim est, ut bona fide; hoc est, plene eorum pacta, fœdera, & petita, si iure agatur, librentur; nec attendatur, de mutuis præstationibus principio cogitauerint, an ex intervallo demum aliquid prodierit, quod sit pensandum, ex æquandum, tollendum, adiiciendum ex bono & æquo, sincere, atque ex animi sententia. Id autem si est, eo magis sane claret, totam illam differentiam ad ciuile ius Quiritium pertinere illamque ius naturæ ac gentium ignorare; probandumque omnino, eas contractuum diuisiones artificiales a Germanis esse receptas.

§. XI.

Quemadmodum vero ea, quæ iam de pactorum firmitate in medium tulimus, satis euincunt non potuisse diuisiones istas arridere ciuibus nostris; ac multo minus bonæ fidei & strictarum actionum discrimen, utpote quod ex causis singularibus pluribus ortum duxit; ita cum illæ omnes apud Teutones deficient, & cum maxime Magistratus nostri sine schematibus, ac commentis & fabulis Romanorum antiquis libere causas definiant, & tum de iure, tum etiam de facto pronuntient, palam fit, somniare omnes, qui in foris nostris de illa differentia in usu versante multa inaniter effundunt.

§. XII.

Cui vix obest, Iustinianum illa bonæ fidei & stricti iuris iudicia stabilivisse, etsi iudicum pedaneorum nomen munusque iam tum evanuit. Controversia quippè est, an Germanorum natio aliquid de illa differen-

ferentia rescuerit vnquam? Iustinianus autem eam in foro tempore suo inque Ictorum veterum voluminibus & constitutionibus Principum Antecessorum reperit, numerumque bonæ fidei actionum auxit, easque, ceu credebat, poliuuit. De quo nostri iterum nihil percepere vsquam, vtpote iuris Romani & Iustiniani prorsus ignari. Neque mihi dubium hæret, quin, sitam magnifica e Q. Mutii philosophia maiores nostri audiissent, illi vel obriguissent, vel quæsituri tandem fuissent: quare igitur in hisce tantum, quæ societatem promouent, negotiis bona fides versari debeat, in ceteris non item, quibus tamen societas humana carere itidem nequeat? Eccur intercurrere dolus in strictis possit, in reliquis minus? An vna perfidia sit magis perfidia? quam altera? aut an aliquando perfidia non sit perfidia? Teutones fide omnes mortales antecedere: hoc ipso confiteri Romanos; adeoque ineptum sibi prorsus videri, doli actionem, aut exceptionem excogitare, vbi breuiori liceret opera defungi. Quirites in circulum ire, ac dolum non impedire, sed vulnerata demum caussa remedium quærere. Quin nihil parere stultius, quam duplex statuere ius, ciuile vnum, Prætorium alterum: simulatque adfirmare, istud ad certas tantum caussas sese porrigere, & aueruncare in quibusdam dolum, atque obligationis vinculum penitus tollere, in aliis relinquere, donec Prætoris vel magistratus vox interueniat æquitate commoti, qui pessum det & rescindat illas stricti iuris catenas, atque ad statum ac simplicitatem rationis omnia iterum redigat. Suos iudices magistratus munere si-

I

mul

multungi, & de iure respondere, ac iudicare & arbitrari pro re nata. Suam iurisprudentiam vndique artem æqui bonique esse; atque absonum merito haberi, auferre demum per exceptionem, quod tutius non admitteretur; turpiusque sic eiici iniquitatem, quæ si nunquam fuisset hospitio excepta, nunquam sane debuisset expelli. Ab omni autem iustitia alienum merito censeretur, promittere solenni stipulatione, ac dein in mora versari, illamque abire nihilominus impune; item, pecunia, aut re aliena fungibili uti abusive, & lucrum Gaius intercipere; ac ne terentium de cetero in pensationem damni eiusque, quod interest, illi tribuere. Ac parum iuuari Romuli nepotes de ignavia contrahentium expositulantes. Facile enim usu venire, ut quis non nihil negligat, & omittat, aut eius obliuiscatur, quod utiliter adieciisset, adeoque conditionis humanæ transcendere infirmitatem, ut is, qui scriptis aut nuncupatis contrahere verbis cupit, nullius rei memoriam amittat, feratque propterea in re familiari obliuionis poenam, quæ sæpe euitari nequeat. Neque enim peritos rerum pacisci, ac stipulari semper: plures in ignoratione iuris tam ingeniosi versari, cum quibus tam seuerè neutiquam sit agendum, ut idcirco excidere formula omnique compendio debeant. Idque ipsos tandem Prætores perspexisse, multa remedia inuenientes paullatim, & stricto iuri intercipientes spiritum; nec ignorari eurenematica, quibus excogitandis ipsi Iurisconsulti dedissent operam: otiauri interea omnes, si germana illis simplicitas arrisisset initio, nec tot turbis & Demagogis agitati Quirites per varios anfra-

fractus & circuitus eniti tandem ad aliquam iuris artem habuissent necesse, quales turbæ Teutonicis populis essent ignotæ, eoquē clariorem philosophiam, & breuiorem iuris artem; ac pauciora etiam instituta olim moresque rectiores iis obtigisse, qui fecissent, ne tot legum reticulis, circulis ac vinculis indigerent.

§. XIII.

Quibus bene exploratis rogo te Lector, vt nunc demum deliberes & in te paullulum descendens sollicite perquiras, an sit verisimile, vno halitu conuersos fuisse Germanos, cum serperet ius Romanum, inque tribumalia nostra furtim irreperet, dein vero maiori impetu sese infundere inciperet? Et non putem, sic quem futurum lapideum, atque inscium historiæ penitus, vt lateret illum, quam difficulter & Diis hominibusque inuitis admissum demum sit ius peregrinum, nitentibus in contrarium moribus antiquis, quibus per tot sæcula res Teutonica, maioriq̃ felicitatis cumulo stetit beata. Est hoc tum a nobis alibi, tum etiam a viris doctis in historia iuris obseruatum, plura maiorum nostrorum instituta ex illo incendio euasisse paucioraque e Romanorum scena in nostram traducta orchestram. Adeo diuersa erant exotica & nostris dissimilia moribus, vt aptari & iungi, vt surrogari & subire in locum veterum legum & morum prorsus nequiuerint. In quibus & illa differentia actionum bonæ fidei strictique iuris fuit, quam ipsi non capiebant Glossarum confectores, a quibus ceteroquin Teutonici adolescentes Romanorum hausere iura, multa trahentes sordida, impura, falsa & puerilibus crepundiis consentanea: æquitate interim

in tribunalibus imperii aliisque iudiciis triumphante ; ita vt ad summum subsidiarius iuris exotici vñs fieret, & tum demum Delphos consultum irent Iudices & Magistratus, vbi nostra silerent statuta, & ope consilioque destitutos in ancipiti relinquerent. Quod quanquam doloris plenum est ; cum alioquin ratio in consilium adhiberetur in causis perplexis ; tamen ferendum hoc foret vtcunque : modo teneatur, a fallo proxime abesse, tricas illas de bonæ fidei ac stricti iuris negotiis in forum ac curias esse receptas, de quibus interea inter se digladiantur Doctores in scholis, quænam sint illæ ? quot demum ? quæ singulorum notæ, ac *γωγισματα*, qui effectus ? illis hæc, aliis ista tradentibus, & infarcientibus atque iterum rescindentibus: adeo vniuersa atque singula sunt conturbata, confuse & permiste dispersa, vt indecori prorsus videantur, ne dum stulti, qui hoc loco ius Romanum nobis obtrudunt, ac, ni pareatur, de tota iuris prudentia actum & conclamatum quiritant ; cum tamen vix centesimus lamentantium intelligat, quid indicauerit illa formula : FIDE BONA.

§. XIV.

Itaque ad se rediere nonnulli ac quasi expergefati somno statuerunt, illam differentiam per imperii constitutiones, quas vocamus recessus, esse iterum abrogatam. In quo id cubat inconcinni, Teutones ius Romanum vel habuisse, vel accepisse ; eiusque iniquitate cognita rursus expulisse foro. Sed ita vero nudum latus aduersariis suis hi præbuere Doctores ; imprimis cum ob moram ex mutuo vsuras soluendas probarent ex *Recessu Deput. a. 1600.* ac recentissimo *a. 1654.*

IV-

IVR A enim inquit nunc basiatores differentia dilau-
data, correctoria strictissime & prout littera iacet, accipien-
da veniunt, ut minus quam fieri possit, ius antea ledant.
Vnde statutum corrigens Ius commune in expresso non cense-
tur corrigere in casu non expresso, sed is remanet in DIS-
POSITIONE IURIS COMMVNIS ANTIQVI,
ut, in pluribus autoritatibus conualidat Alderan. Mascard.
in commun. conclus. de gener. statut. concl. 4. n. 50. 51.
& 57. communem eam conclusionem dicens, maxime quan-
do in casu omisso nulla est necessaria coherencia cum expresso, aut
in utroque casu quae praetenditur rationis similitudo non est ad-
aequata. Nemo non intelligit, quam praecipiti consi-
lio Iurisperiti, recte licet de non usu actionum bonae fi-
dei & stricti iuris sentientes, ad constitutiones im-
perii confugerint. Illico enim accipiunt utiliter Do-
ctores pragmaticis erroribus scatentes, ingeminantque,
usum igitur antecedenti saeculo XVI. in confesso versa-
ri; si quidem saeculo XVII. euenerit mutatio. Mu-
tationem vero nec praesumi, nec, si quid mutatum,
ultra cogitata Legislatorum fore dilatanda verba. De
usuris ex mutuo ob moram Iudicis officio aetori ad-
tribuendis sermonem fuisse: hanc quaestionem esse
decisam. Sed nimis liberales vero merito censer, qui
& reliquos, quos lex imperii non attingit, contractus
adstrictos in eundem alueum transferant & ex minima
mutatione conficiant maximam: quem in finem bro-
cardicorum imbre chartas suas madefaciunt, aucto-
rumque nubem cogentes horribilem tempestatem mi-
nantur. Verum tamen lauent parietes ac perpluant

tigna, effluat e vertice montis torrens, nec fundamenta tamen conuellentur.

§. XV

Tudic, auctores in Recessibus imperii præsidium quærentes bonam causam defendisse sat male : hinc tot lapidibus vrgentur totque telis impetuntur. Illi vero extra iactum sunt positi, qui nunquam Germanos tam artificiosæ iurisprudentiæ nauasse operam tradunt; nec aliquid hac de re rescivisse prius contendunt, quam cum rauca Italicorum & barbarorum magistrorum vox Germanos infatuaret, & quædam Romanæ iurisprudentiæ fragmina iis quam commendatissima reddere, confuso licet murmure, laboraret. Neque enim credibile est, illos glossarum propolas in arcanam actionum bonæ fidei & strictæ formæ doctrinam penetrasse vnquam. Testantur id eorum volumina : vapulantque apud castiores Iuris sacerdotes Bartolus, Baldus, Iason cum reliqua ignobili turba: estque exploratum, cacatis in eorum chartis nil sani hac parte inueniri, nihilque solidi offendi. Vnde multo minus veritati consonat, verum vsum differentiæ illarum actionum eo tempore, cum innotesceret ius exoticum, ab hisce Doctoribus idiotis in Teutoniæ fines esse profectum. Itaque pleno ore dicam, fecisse potius ineptias Aduocatorum nouaturientium & Romanis plumis sese ridicule conuestientium, vt Imperator cum imperii Senatu de vsuris ob moram in mutuo exsoluendis speciatim ediceret. Nequaquam enim improbabile habendum, fuisse quosdam, qui de mutuo tanquam stricti iuris contractu garrirent atque vsuras peten-

tentibus negarent in stipulationem non deductas. Sed qui vero fuerunt illi quidam? Rabulæ haud dubie impudentes, lura civilia & canonica agglomerantes, quibus propterea obuiam itum, sicque res est deducta ad pristinum morem, æquitasque probata. Æquum enim in dubia hac quæstione a Cæsare & ordinibus esse prælatum Romanis tricis, verba Recessus Spirensis a. 1600. §. 139. diserte indicant: So viel nun diesemnach, den zum Eingang ieszigen Abschieds angeregten Punkten mutui anlangen thut, haben sich der Churfürsten, deputirten Fürsten und Stände anwesende Rätthe und Gesandte erinnert, was derentwegen bey gehaltenen Deputations-Saa zu Worms im Jahr achtzig sechs der wenigern Zahl fürgegangen, unsre damahls anwesende Commissarien auch sich mit ihnen verglichen, daß nemlich in dem vorfallenden Streit, ob nicht in Contractibus mutui, damit die Partheyen in puncto liquidationis an unserm Kayserslichen Cammer-Gericht des langweiligen Proceß enthaben seyn möchten, auch ieszgemeldtes Cammer-Gericht damit nicht überladen, ein gewisses loco interesse a tempore moræ zu statuiren und zu setzen für **BEZUG** geachtet worden, wann der Schuldner in mora restituendi pecuniam mutuam ist, daß Er seinem Glaubiger von derselben Zeithero (der Vermuthung halben daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit an, anlegen, und zu gelassener Wense zum wenigsten vom hundert fünfß wol haben möge:) das Interesse zu entrichten und gut zu machen schuldig seye, welches wir uns auch gnädigst also gefallen laß

loffen: So ordnen und wollen wir nochmahls, daß solch Interesse a tempore moræ erstattet, und berentwegen den Creditorn fünfß Gulden von hundert bezahlet werden. Idque declaratur quadantenus in Re-cessu Imperii a. 1654. §. 174. Quidquid igitur alias pro stricto iure defendendo in medium afferri solebat, nunci est factum, nec vultures togati Romana & canonica iura pipantes sunt auditi: antiqua fide prævalente, ne exularet e foro, simulatque æquitate vincente, quam bonæ fidei adfigere contractibus satagebant iri fulsi ac madidi de recenti schola magistri.

§. XVI.

Quamobrem caue axiomatibus ludas, & exceptionem probare regulam somnies. Negamus namque regulam de bonæ fidei ac strictis iudiciis inualuisse inter Germanos vnquam: vtut nemo forte inficias ibit, incessisse cupiditatem, nescio, quos, qui tam bellas fabulas docere & auctoritate sua stabilire contenderent, præsertim cum dediscerent paullatim patria instituta, & plaustis testimoniorum certarent, suosque tractatus auctoritatibus Doctorum ornarent, aut potius onerarent. Quo circa magnam verborum iacturam faciunt, qui regulam fingunt omni æuo in vsu versantem: rectius facturi, si aliquot lustris, aut quinquaginta forsitan æstatibus contentionem inter patrii iuris defensores ceterosque exoticarum rerum proxenetas durasse adfirmassent, donec Imperatorio iussu ac statuum imperii concentu in viam reducerentur prurientes Consulti.

§ XVII.

§. XVII.

Ergo nihil noui parturiuit Germania, sed vetus retinuit; quod precariis ratiunculis subruere sunt conati patriæ iurisprudentiæ euerfores. Vnde non nisi caliginem obducunt, fumumque excitant, qui latiori interpretationi obsistunt, & singularia neutiquam posse protendi cum grauitate cantant. Vix enim extendit legem, qui morem ante pedes contrarium inuenit. Si qui in constitutionibus imperii abrogatam differentiam toties nominatam tueantur, suo id faciant periculo. Nos aliud iter elegimus, idque tutius, adseuerando: incognitum illud discrimen Allemannis fuisse, enatum utpote e distincto Prætoris ac Iudicis officio ac disputatione fori & motibus populi nunc ad iustitiam & τὸ πρῶτον atque nunc iterum ad æquitatem, lenitatem ac prolixam bonamque fidem inclinantis. Quæ omnia dilucide demonstrant, eos potius singularia ciuitatis Romanæ decreta, scita iuraque illepide pro vniuersalibus venditare, inque mores nostros inferre, quasi scilicet Romanæ vrbs pomœria vltra Alpes sint proferenda; Quiritiumque instituta peculiaria vel ipsa ratio forent, vel bonæ fidei ac stricti iuris negotia diuina essent lege distincta.

§. XVIII.

At bona fide totum illud discrimen ignorant Galli. Id *Imbertus*, *Marcilius*, *Vinnius* obseruant; nec Belgæ istud attendunt, quod *Gudelinus*, *Græneuegen* aliique commemorant: populi multo acutiores nostris ac Romanis olim permixti; eoque facilius fidem inuenturi essent, si qui Gallicanis tales contractuum atque actio-

K

num

num formas diuersas tribuere auderent, quam Germanis, quorum mores simpliciores visi sunt semper. Sed salua res est! Fecit enim Francorum præclara fides, ac victrix virtus itemque Caroli M. decantata æquitas, ne tam subtilis disputatio Francicarum & Germanicarum gentium tribunalia, atque *MALLA* circumstreperet: vnde nec vllæ leges municipales, nec ius Francorum, Saxonum, Allemannorumque, generalius eius rei mentionem faciunt, sed tanquam ignotum & extra verum vsum positum innoxio silentio transmittunt: commendantes contra in omnibus æquitatem præcipientesque, ne peregrini in iudiciis federent, sed legem a sapientibus populi resectam diligenter discerent, eamque in consuetudine haberent, vti loquitur magnus Carolus *cap. LXII. lib. I.* Ab hoc more nunquam in iudiciis ac fori tritura est descitum: quod tot decisiones in imperii conuentibus probant, ac leges breues & paucissimæ cum libera Magistratuum potestate in iudicando peruincunt.

§. XIX.

Quibus nihil obducitur, quam iura Romana *legitimo* ad nos *tramite* peruenisse: quo obscuro loquendi modo significare volunt, ita ius Romanum publica lege esse stabilitum, hoc vt considerandum nunc sit tanquam vniuersale; ac cetera vero tanquam statuta singularia, aut consuetudines speciales. Qua in re obstinatores redditi sunt, quum intelligerent, nostras leges consuetudinum nomen ferre; & has vero esse facti, eoque probandas.

§. XX.

Sed desinerent isti forte desipere, si bona fide perpen-

penderent, ius Romanum prorsus non esse receptum, nec recipi absolute potuisse. Quomodo enim receptum dici potest, quod ultimo demum loco admittitur, quando iura patria deficiunt? Itaque consistunt Germanicæ leges, iisque utimur, nec ad Quiritium decreta respicere quidem dignamur, sicubi lux affulgeat nostris moribus ac statutis. Ex quo confit, id censendum primum, quod respicitur primum, estque respiciendum omnino. Alterum vero secundarium videri penitus, quod sæpissime negligitur impune; ac tum demum aliquo loco habetur, quando neque *κατὰ τὸ ῥητὸν*, neque *κατὰ τὴν διάνοιαν* in nostri iuris latifundiis præsidium inuenitur. Vnde erroris conuinci leui opera possunt, qui ius Romanum pro vniuersaliori venditant, proque domina habent, quod sane est ancilla. Istud enim ancillari nobis merito dicitur, cuius operatum demum utimur, quando equi quadrigæque nostræ non videntur sufficere, ac volupe magistratibus est, decurrere ad corpus iuris vastum & formidabile sua mole. Isti vero admodum ad vulgi fabulas recipiendas proni sunt, qui, quod ciuile ius Romanum vocantur *commune*, ei aliquid prærogatiuæ, nominis decepti sono, tribuunt. Antequam enim Germani de Quiritium fabulis ac legibus inaudiuere quidquam, huiusmodi nomen ac titulus in Italia iuri ciuili adhæsit: quod Pancirollus *de claris legum interpretibus* docere imperitos potuisset. Quare si hæc appellatio aliquid roboris contineret, omnium Europæarum gentium, quæ iura Romana didicere, intuitu hæc certe pro vniuersalibus habenda essent; quod interea *ἀποκρον.*

K 2

Quan-

Quando autem statuta & iura Teutonum atque Francorum consuetudines vocantur, caue sis, eo id fieri sensu putes, quo alias Iurisperiti consuetudinis nomen accipiunt. Iam dudum enim Innocentius Cironius (*) monuit, factum hoc esse ratione corporis iuris, quod Iustinianus orbi Romano obtulit, immenso legum numero plenum; cum vicissim reliquæ gentes, quibus Romani non imperabant, paucioribus legibus regerentur, quarum vim & efficaciam addiscebant consuetudine, & diligenti rerum usu; ut ipsæ illæ leges erant scriptæ.

§. XXI.

Quod cum exploratum sit, liquido demum intelligitur, quam sint inepti homunculi, qui, quod de consuetudine, tanquam iure non scripto, memoriæ imprefserunt, sine iudicio ad Germanorum ius scriptum, quod alia plane significatione consuetudinis nomen tulit, applicant, atque in nos probationis onus deoluere gestiunt; ac si videlicet facti probandi foret, quod est notissimo more introductum, atque e contrario iuris, quod in corpore iuris scriptum. Et hi Idiotæ interea elato supercilio, caperata fronte, in censoriam gravitatem compositi leges imponere ceteris satagunt, eosque novatores nominant, qui tam illepidæ commenta leuiter duntaxat perstringunt. Tu maiori iure id genus ICTos veteratores dixeris, qui tam stolidæ persuadere adolescentibus eosque abducere a patriis laribus conantur, non habentes, quod suo obtendant incondito

fer-

(*) In Obseruat. Iuris Canon. L. V. c. 7.

sermoni, quam leges Romanas sapientissimas esse; easque vniuersim in Germania receptas, nisi consuetudo specialis, vel generalis in contrarium demonstretur. Ita eadem semper lyra oberrant, & mentiuntur, ius germanorum scriptum, quod ex accidenti consuetudo appellatur, esse extinctum protinus; in quo iis publicæ imperii leges perspicue aduersantur, patria instituta omnino iubentes seruari; proindeque per *ἀντίστοιχον* maiori veritatis specie adseueratur, eum videri ad probandum obstrictum, qui Teutonicas leges hac illaue parte iactat correctas. Ius enim commune eo sensu, quo barbari Doctores volunt, non est commune, sed ancillans, non vniuersale, sed speciale, quia in plurimis tantum subsidiarium est. Quod autem subsidiarium, nemo nisi qui cerebrum gerat in calcaneo, generale appellabit: cum sane adhibeatur rarius. Et rara vero ac specialia non præsumuntur, sed sensu tabellaque, vti Tullius loquitur, probantur.

§. XXII.

Ehodie igitur viri boni, crassoque sub aere nati! accedite ad hunc ignem propius, vt paullulum incalescat, ac melioribus argumentis confirmetis, quod frigidis quibusdam rationibus tueri hactenus laborastis. An igitur hodie permittit natura mutui, vt adiiciantur varia pacta, vnde nascatur actio? Et putem. Vos vero necessario id negabitis, quia ius Romanum tam diu stare præsumitur, donec contrarium doceatur. In stricti iuris contractum nullum intrare pactum potest; quia suis cancellis est finitus. Dicetis: Hodie id esse mutatum. Ego vero nihil, inquam, mutatum, nihil abrogatum scio:

K 3

cum

cum Germani non sint Romani, nobisque cum illis nunquam fuerit æqua factio, ac mores vicissim commerciumque linguæ & omnia diuersa. Si vero nihil abrogatum, vnde igitur strictæ formæ hodierno vsu completuntur pacta?

§. XXIII.

Faciatis porro: PRIMVM a SECVNDVO accepisse ccc. aureos Philippeos mutuo; atque eos interea aliqua parte fuisse Pseudo-Philippeos, ac fallacissime adulteratos. Adiciatis, agere SECVNDVM & repetere numeratam summam. De dolo nihil est dictum. In executionis finibus dum res versatur, opponit demum PRIMVS exceptionem doli, & probat. Admittetis ne hanc exceptionem? Si respondetis: admittimus, quæro, an Romanæ iurisprudentiæ sitis periti? Sin hoc, cur in contractu stricti iuris omni tempore atque paullo ante executionem iudicati illam defensionem recipitis, quæ erat opponenda in iure, atque apud nos minimum in primo termino? Ergo eam non audietis: vtut constitutio imperii aliquid circa mutuum nouauit. Idenim vestri coryphæi sine dubio approbabunt, quippe qui strictissime illam interpretandam iudicant; nec mutuum penitus bonæ fidei effectum multis verbis contendunt. Sed sunt tantum verba, quæ nobis nihil incommodi afferunt. Nam Iurisconsulti germana & antiqua fide ex alio capite & principiis solidioribus illam exceptionem non solum non negligent, sed ex parte PRIMVM absoluent, nec quanti ipsius interfuerit, Pseudo-Philippeos non accepisse, sine cura transmittent. Vti enim in bonæ fidei contractibus iudices Romani omni tempore

pore ante iudicati executionem ad exceptiones doli, metus, pacti, animum aduertebant, ita in contractibus *omnibus*, nullo excepto, apud nos merito audiuntur cum defensionibus suis excipientes rei, temporis ratione habita nequicquam. Et is vero risum excitatus esset certo, qui exceptionem respuendo ad actionem de dolo ablegaret reum. Quæ omnia iudicio sunt, Romanas hæc tricas nostris non conuenire rebus. Quod sibi dictum putent contra euntes, simulatque bene perpendant: admodum inficetam illam videri methodum, ac male coherentem, dum quædam pro arbitrio ex iure Romano recipiuntur, quædam iterum expelluntur; & dum rogantur id genus doctores, quare id faciant, vel obmutescunt illi, vel istud stultum ABROGATVM EST superbe ingeminant, quemadmodum e contrario istud πολυδούλητον CVR STARE PROHIBEATUR? pro lubricine repetunt.

§. XXIV.

Euge vero nouam aperiamus scenam. Quæstio est, an in stricti iuris iudiciis iuretur in litem? Carpzovius adfirmat, Stryckius consentit, Lauterbachius vix dissentit, ut ceteros omittam. Quid ad hæc dissidentes? Remanendum putant in via regia. Quod debetur ex stipulatu, ad id consequendum ius nascitur creditori, sed sine affectu. Similiter rationes in donatione subducunt. Cumque reponitur, promissorem, vel donatorem interea rem conuentam, aut donatam non præstitisse, qui dolus mereretur utique, ut si quidem res rara sit, præsentis affectionis habeatur ratio; tum parumper quidem subsistunt, præsertim,
cum

cum tot celebrium doctorum nomina vident, qui de pragmatico vsu adtestentur; sententiam tamen semel arreptam non mutant. Illico enim subiecta leguntur axiomata: *Doctori de praxi adtestanti non credi*, item, *consuetudinem ad summum videri specialem*, non autem vniuersalem; *pro iure Romano præsumi*, non autem pro consuetudine: alios doctores longe diuersa ratione pronunciaſſe, quam Carpzouium, Berlichium, Stryckium: quibus perlectis difficile est, Satyram non scribere.

§. XXV.

Itaque efferte huc scopas simulque arundinem, vt operam omnem aranearum perdamus, & texturam improbam, ceu Plautus loquitur in *Sticho*. Ipsimet enim Doctores sunt, & interea testimonium perhibent de vniuersali vsu iuris Romani. Igitur nihil istis credamus; præsertim cum id, quod assertur, non tam testimonium sit, quam fremitus & motus temerarius inconditæ & exoletæ factionis. Cuius asserta si valerent quidquam, ad summum probarent, esse quosdam magistros, qui tam ineptam adoptarunt opinionem, patrias decetero leges iurisque Romani artem ignorantes; aut qui saltem historiam Friderici III. & Maximiliani I. leuiter & per transennam inspexerunt: digni, qui a magistratus munere excludantur vniuersi, atque in album pedaneorum iudicum relictii nunquam arbitri fiant, nec proprio quidquam ingenio expendant, sed formularum laqueis constricti, ceu mediastini, seruiant. Vix enim demirari satis possumus, homines in cathedra sedentes nescire,

re, nostrorum iudicum officium non esse seruum, sed nobile; eorumque præsidium implorari, ac propriam prospicientiam, cum iudices Romani actionibus seruierint; nec auditum est vnquam, tum demum nobile officium appellari, quando actio est bonæ fidei. Potest id semper fieri, ac fit quoque, multisque in locis hæc clausula salutaris censetur adiecta, etsi in libello omissa. Vnde etiam perspicue falsum, in strictis iudiciis nostros Magistratus tantum libellum contueri, nec ingenio suo æquitati innixio indulgere quidquam. Id enim faciunt, qui oculos in dorso gestant, aut etiam in soccis. Quin immo nouo nunc experimento intelligitur, illam iuris peritorum, quos confutamus, concionem, disciplinam de bonæ fidei strictisque iudiciis infelicissime didicisse; quandoquidem vane sibi persuadent, fuisse aliquid differentiae istis in iudiciis ratione libelli expendendi, aut interpretandi. Iudicis enim facultas in bonæ fidei actionibus non pertinet ad interpretationem libelli; sed ad ea, quæ alterum alteri præstare oportet ex natura conventionis. In strictis libellus non minus expenditur, quam in alteris: sed erat iudex alligatus ad verba *contrahentium*; non, uti vulgus rem effert, *libellantium*: cum, si bonæ fidei iudicio agebatur, ex æquo & bono æstimatio fieret, isque ingenio indulgens suppleret ius omissum demptis superfluis & iniquis ex officio. Accutis dicas libellum confici ex actionum natura, hinc iudicem in illum oculos sollicitè coniecere. Nemo enim postremum negat, sed in hoc non versatur actionum, de quibus loquimur, discrimen. Vtrinque is simili dili-

L

gen-

gentia incedit. Quæstio est, unde intelligat, quid contrahentes inuicem debeant sibi præstare? an plus, quam nominatim petitus? an iudex in vsuras, fructus impensas, idque, quod interest, considerationem suam intendat? Id enim apud Romanos in strictis negotiis, folius muneris ratione, non poterat. Ideoque indaganter examinatur, an in nostris foris promiscue id liceat iudicantibus? an iusiurandum in litem vtrique in actionum specie locum habeat? an fructus ex stipulatu sint adiudicandi creditori? an vsuræ ex mora? Et hic enim crassa & inæquabili voce nobis ogganniunt dissentientes contradicuntque in os: quamlibet patria iura nihil vnamquam in contrarium præcipiant, nec Doctores iusiurandum in litem in strictis iudiciis respuant, Stryckius (*) speciem claram ante oculos constituat, & æquitas faueat, & integra consultorum collegia concinant. Ecce vero isti tam sunt feroces? Quia *Gosvino ab Esbach* (**) in mentem venit, non constare hinc tamen de integro totius Germaniæ consensu: etsi Berlichius, Carpzovius, ac plures alii conspirent. Quasi vero ita in concordiam redigi iurium periti possint, nemo ut dissentiat. Nisi certo scirem, *Gosvinum* fuisse Westphalum, crederem Polonum: adeo ille vnanimitia suffragia desiderat, atque faciunt Poloni, quorum conuentus regni vnus nobilis obstinatus ac pugnax animus vanaque contradictio sufflaminat. Ab eo alii videntur didicisse, Berlichii opinionem & Carpzovii niti consuetudine spe-

(*) In tit. ff. *de iure iurando in litem* §. 6.

(**) In notis & obseruat. ad Carpzovii definitiones forenses *par. I. const. XXIII. def. 19.*

speciali: prorsus ac si mos vnquam fuisset vniuersalis in contrarium, aut lex scripta in Teutonicarum ciuitatum tabulis, aut ius Romanum omnes Germaniæ angulos occupasset, eiecta veteri simplicitate. Tantam hi homines in ventre habent confidentiam; sed atram simul in venis arteriisque bilem, vt nobile officium nostrorum Magistratum nihili faciant; sed eos pro meris Ictis habeant, quos Prætor circumscribat, aut quod multo est insulsius, libellus, aut actionum Romanarum, vt aiunt, medulla vel feueriores efficiat, vel liberaliores vno momento reddat.

§. XXVI.

Itaque ad imperiosa decreta sua prouocant, atque pro edictionibus venditant, aliter sese pronuntiasse obrendentes: perinde, ac si eorum sententiæ ius stabilirent Quiritium, ac Diis hominibusque inuitis immutare patriæ iurisprudentiæ faciem aptæ forent; quam olim diuersam penitus fuisse cognoscunt; vel, si nesciant, Melibœo sane hac parte conueniunt, qui Romanam sibi semper similem existimauerat, aut etiam stolidiores eo sunt, dum Romanorum orbem cum Germanico confundunt, &, quod illis in oris familiare ac notum fuit, nostris quoque in locis ac versus septemtriones in vsu rerum obtinere absurdissime contendunt. Certe, si ea methodus comprobaretur, nullo negotio defenderem, pactis nudis apud nostrates nullam vim obligandi inesse. Sunt enim iuris Magistri, qui tam illepide cogitant, &, quod ante pedes est, non vident; nisi monumentis bubulis, vt Plauti verbis vtat, durum eorum ingenium commonefiat. Alibi,

dicerem, alia ratione pronunciant: mores, de quibus præcipiunt quidam, specialiter recepti sunt: vsus vniuersalis tantum abest, vt sit probatus, vt varii Doctores in transuersum secedant. Ius Romanum est introductum in fora, curias, academias: *cur prohibeatur stare?* Nec deessent forte, quibus insigniter probarem, quam vtile hoc fuerit inuentu, quam laudabile, ac toti orbi necessarium. Iure Quiritium sapientius esse nihil: esse illud ipsam rationem.

§. XXVII.

Et commodum ad aures meas accidit vox extrema, quam apud alios quoque me legisse memini ac, ni fallar, Vincentium Grauinam, qui magno Rufforum Imperatori leges Romanas magnificis propterea verbis ac singulari oratione commendauit, quod essent illæ ipsa recta ratio. Tales loquendi modos repetunt aduersarii hac in caussa: non habentes pensi, nullum ius arbitrium rationibus atque argumentis suis destitui, quam incultus etiam ac barbarus videatur populus. Nec ambigo, quin ipsum ius Moscouiticum certo sensu appellari ipsa ratio queat, ac multo sapientius sit, si contueamur Ruffos eorumque ingenium & mores comparemus, quam illud Romanum, quod Ruffis interea exquisitissimis verbis sua sit recipiendum Romanæ Academiæ Professor. Lubenter ita rem effero, cum IOSIAM SIMLERVM *de Republica Heluetiorum* paribus vsu rationibus deprehendam, quando de Heluetiis suis differens causam indicat, quare illi Quiritium iura non sint amplexi. Putat quippe, ius istud peregrinum nimis videri acutum, adeoque Heluetiis minus accom-

commodum, vt qui essent homines ingenii simplici-
ris, ac candidis moribus præditi: vnde etiam ipsis pla-
cuisset ius suum simplex antiqua fide munitum. Nec
abludam a scopo, si idem de Germanis nostris prædi-
cem, quibus ideo magis fuisset consultum, retinuisse
patria instituta integre, quam transiisse in Romano-
rum fundum, vbi quidem sollertia regnat, sed varia quo-
que subtilia inuenta intercurrent, quibus spes bona
fide agentium sæpissime eluditur: quod Chindasuin-
dus in Visigothorum legibus hoc modo enuntiat (*):
*Prohibemus ad negotiorum discussionem usum legum Roma-
narum; quæ quamuis eloquiis polleant, tamen difficultati-
bus hærent.*

§. XXVIII.

Et tamen multi ex doctoribus nostris sunt, qui
hasce Romanas telas omnes inferre in domos fatagunt,
atque inuita sæpe Minerua rebus nostris adplicant: im-
pense gratulati sibi, si tale commentum venati in suas
id infarcire sententias potuere, praxin iactitantes post-
hac, inque propria causa testificantes, in fori tritura a-
liud ius non obtinere.

§. XXIX.

Sic non ita pridem obseruavi, magnopere lata-
tum esse Ictum veteranum, se in conditione indebiti
vsuras ob moram etiam post litem contestatam petitas
tribus verendis decretis negasse, quod non existimasset,

L 3

libe-

(*) Paulo aliter leguntur hæc verba in Capitularibus p.
281. ed. Baluz, c. 348. abbreviataque sunt ex libro legis
Gothicæ.

liberalitatem constitutionum imperii latius esse porrigendam, quam ad verum mutuum, ad reddere detrectet debitor tergiuersator; in ceteris stricti iuris contractibus & actionibus regulam antiquam rectius seruari. At vellem, ne ita definitiones adornasset suas, sed rem maiori cura perpendens æquitatem in *Recessu Deputationis* consideratam simili ratione ante oculos sibi statuisset. Quid enim est condictio indebiti, quam repetitio promutui? Qui ignorans soluit, ac sine causa, nihil sane donat, eoque indebite accipiens nullum habet ius retinendi, quod nec accepit ex liberalitate dantis nec ex alio capite potuit exigere. Quin ponitur, indebita ratione accipientem tardasse, ac omnes moras interposuisse, ne solueret, ac, quod nullo iure acquirere potis erat, redderet. Et tamen iste Doctor animum induxit, cunctantem, etsi diu res esset per altercationem ducta, in vsuras condemnandum non videri. Non eum commouebat desidia, non etiam malitia morosissimi debitoris, non æquitas in imperii decreto circumspècta, non denique illa rationi congruens promutui idea; sed Stoico more, veluti immobilis ilex, in opinione sua persistens cunctatori potius, quam damnum facienti fauit, absolviendo illum ab vsuris præstandis, quia de condictione indebiti in dicta imperii sanctione nihil extaret diserte, eaque de cetero actio stricti iuris sit, in qua exigue & exiliter ad calculos vocanda forent omnia, atque illiberale potius facinus committendum, quam rigor deferendus Romanus, pertinacissime vndique seruandus. Sed ego vero iure, credo, consurrecturus in imperii conuentu Senato-

tores sapientes omnes, si tales decisiones librarent cum cura, dicturosque tandem: non tam Stoicas videri, quam Cynicas id genus definitiones: Professores in academiis nimis interdum indulgere ingenio melancholico: hinc tetricos esse haud raro, & ad seueras sententias ferendas admodum propensos. Absolum videri, eos tardare adhuc, & scrupulos iniicere, an æquitas a mutuo ad promutuum sit propaganda? an actiones stricti iuris ferant liberalius decretum? dum viui, videntes, scientes intelligunt, in Teutonia ea de re nunquam fuisse ab ingeniosioribus dubitatum, sed rabularum murmura in contrarium excitata flocci habita, & *æquitatem, æquitatem* durioribus Quiritium principiis antelatam. Sed ita superstitiosa peregrini iuris obseruantia in transuersum eos abripit, conscientia vt rationem habeant nullam, sed secum soli putent, contenti, si e sua familia inueniant ad sentatorem, & compilationes, quas conscribillant, barbaris nominibus referta, inter sexcenties repetita contra nouatores suspiria, de re futili excrescant.

§. XXX.

Et æquiori autem animo tam angusta in donationibus ac proxeneticis emissâ ac belle commendata decreta ferenda crederem, quam in causa conditionis indebiti, vbi de damno vitando certauit primum creditor, cuius reparationem etsi tandem post longam intercapedinem est indeptus, carere tamen interea re vel pecunia sua debuit, qua summa cum iniuria medio vsus est tempore eiusdem aduersarius minime probus. Verum tamen vix probo, in vsuras nec donatores, nec
pro-

promissores proxenetici esse condemnatos. Pro explorato enim accipio, eum, qui liberalis extitit, non dolo, non metu, non errore esse inductum, ut promitteret, sed proprio motu ac sponte sua certæ rationis munus destinasse clienti, vel amico suo; quo ex promisso ius hic acquisiuit certum, ac petendi causam iustam. Nec ambigitur, sed ponitur, nihil interuenisse argumenti, ex quo recedere a proposito & promissione perfecta potuisset debitor. Et is interea necit moras; nec vlla interpellatione mouetur, nec, dum pulsatur actione, ad mentem saniolem redit, sed obstinate detrectat implere, quod modo validissimo est pollicitus. Quæ igitur, quæso, ratio sapientem impellat iudicem, ut parcat homini contumaci & perfidiæ pleno, eumque absoluat ab usuris? Si seruasset fidem datam, & benigne promissa exsoluisset, dubium nullum est, quin uti frui illa pecunia licuisset creditori: cuius usura cum sit intercepta, atque donator retinuerit, cuius retinendi facultatem sibi met ipse ademit, perspicue consequitur, haud inique facturum iudicem, qui donatorem & promissorem cogat non solum, ut præstet reapse, ad quod se obstrinxit; verum etiam lucrum ei excutiat, aut saltem ob moras iniquas illum condemnet ad fructus civiles pendendos, seu interrufurium repræsentandum. Quidquid contra assertur, eo redit: donationem esse stricti iuris negotium, ac proxenetam vero ex contractu egisse innominato *facio ut des*: nullas igitur ad iudicandas usuras videri. In quo quam misere cæcutiant cumque gravitate errent, leui opera ostenditur. Hæc enim negotia hodie sine dubio in pacti causam inci-

cidunt. Pacta vero sine mora sunt effectui danda : hæc-
que obligatio, cum nostris moribus pro firmissima ha-
beat, credo, eos risu excipi non immerito, qui e
Teutonico foro ad Romanorum forum boarium sal-
tant, ac rectius sentientibus insultant. Noli reponas,
contractus innominatos a pactis discriminari. Con-
ceditur enim hoc tibi secundum Romani iuris elemen-
ta. At Germani contractus innominatos ignorant,
pactaque cognoscunt. Est ne vero probabile, pistores,
mercatores, opifices, aliosque, qui Romanas tricas bo-
na fide nesciunt, voluisse contrahere more, aut metho-
do Quiritium sibi ignota? Vereor, ne, qui sic argu-
unt, inargutissimi fiant & Germanos omnes auduisse
& didicisse doctrinam de contractibus innominatis
somniaent; de quorum maxima parte ex animi senten-
tia iurarem, incompertum iis esse & fuisse, ater ne sit
huiusmodi contractus, an albus? Magis verisimile est,
Stichum tuum dicturum, sibi esse pacto promissum:
neque nunc opus est, ut inter pacta legitima, & nuda
inficete distinguas aut conditionem ex moribus &
lege. Res eodem in terris nostris recidit. Quis aus-
tem legit unquam, Germanos pacta sua vel stricti iuris,
vel bonæ fidei existimasse? Et hi tamen vetustarum fa-
bularum præcones recentiores Ictos reprehен-
dunt, atque innominatos contractus & pacta legitima
media in simplicitate Teutonum mente depingunt,
Catonem imitati censorem, qui sicuti omnes alii de
emissos odores Romæ, ita eosdem illi in Alemannia se
sentire vanissime credunt.

M

§. XXXI.



§. XXXI.

Enimuero multis semper experimentis deprehendi, eos, qui maxime iura Romana in praxi laudant, illa tenuiter intelligere, ac pleraque peruerse capere: hinc tot solœcismos in iurisprudencia committunt, atque peregrinas leges stolidissime applicant: sicuti in transcursu deprehendi, Ictum, quem confutamus, ignorantia nouum specimen edidisse, quando in bonæ fidei contractibus actionem quod metus causa necessariam existimat fuisse, eaque adhuc nos indigere in foro audacter statuit. Quod indicio est, eum prorsus præterire, quid sit, exceptiones in bonæ fidei actionibus inesse? Id enim si cognouisset, nec oculi eius auresque peregrinarentur, nunquam, scio, tam mirifica ratione iniisset rationem. Habuere namque in hisce metu coacti ex iure ciuili remedium sat validum, quo consulere partim excipiendo, partim agendo sibi potuere. Tota enim actio quod metus causa ob angustii iuris formulas videtur inuenta; cum in bonæ fidei iudiciis ipso iure esset armatus iudex, ut nihili faceret huiusmodi promissiones, quibus aut metus causam dedit, aut in illa negotia incidit. Diserte Vlpianus *l. 116. ff. de R. l. quæ est ex eius lib. XII. ad edictum quod metus causa. NIHIL consensui tam contrarium est, qui ac bonæ fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare CONTRA BONOS mores est: cui Imperator Alexander l. 1. Cod. de rescindenda Venditione concinit. Quæ vero vis bonis moribus repugnat, ea ut comprobetur, a nemine sanæ mentis petitur, nec peti potest. Et iudex vero, qui ex æquo & bono pronuntiat, sui obli-*

obliuiscatur muneris & metu pressum & ad vendendum e. g. adactum condemnet? contra bonos mores? cum habeat facultatem circumspiciendi totum negotium? nec circulo sit inclusus a Prætoribus? & partes contraxerint ceu boni viri mutuae fidei beneuolentiaeque innixi? Et ita tamen patronus malae huius causae animum inducit ac iuris Romani peritiam insignem iactat. Id patior, valuisse summo iure stipulationem, acceptilationem, cetera, coactisque vix aliter, ob fori corruptionem, succurri potuisse largior, quam Prætoris tremenda rescissione, ac restitutionis in integrum notissimo præsidio, aut etiam exceptione nominatim actori obuertenda, ut ostendit, *l. 9 § 3. ff. quod metus causa*. Iam autem in negotio liberaliori talem consensum iusto metu, id est, non vano, sed qui constantem hominem terrefaciat, elicited finge; quis eum sustineri credat fide bona? adeoque tota emptio & venditio potius erat nulla; cum illa sine consensu nec sit, nec mente percipiatur. Idque est, quod Ulpianus *non sustineri* vocat, ac iuris naturae ac gentium peritissimi scriptores non aliis duntaxat verbis efferunt, quando metum adhibentem non habere ius acceptandi dicunt. Repugnat enim illi lex diuina, unde mores boni omnis tanquam ex liquidissima luce manant, qui interea neutiquam ferunt, ut quisquam id genus consensionem habeat prorata. Tantum id discriminis animaduertitur: ut in causis strictis, quae suam habebant certam in foro Romano formam, tantisper valeret, donec imploraretur prætoris munus, quo rescinderet improbe coalita. Iudex vero, qui iure ipso in bonae fidei actionibus suo officio funge-

batur, & metum atrocem iniectum obseruabat, non expectato alieno auxilio, propria auctoritate totam confessionem irritam pronuntiabat; quod non est restituere in integrum, nisi quidem insulsiſſime existiſſes, iudicem pedaneum restituisse in integrum. Hæc leguleii ex Nodtii ac Schultingii animaduersionibus dudum potuissent discere, quid? quod a Iacobo Gothofredo petere lumen in *collationibus* ad dictam iuris regulam.

§. XXXII.

Sed talium virorum scripta rarissime euoluunt, qui pragmaticæ scientiæ laureolam affectant, volitantes sine theoria, nec nisi graculorum conclamantium strepitum quærentes: vnde suadendum illis, vt, quæ *cap. I. §. LV.* de eo, quod tollitur ipso iure, & quod per exceptionem infirmatur, scripsimus, curatius meditentur. Forte deprehendent, vel oblitos sese talium in ludo, in quo tam diu fuerunt, vel plane nondum intellexisse, ita vt tota hæc doctrina auribus sit deuoranda noue. In quo sane sapientius versabantur, quam si thema de efficientia metus more suo examinent, ac Romanorum inuentum sapientissimum prædicent, solum vt habeant, quod in Pufendorfio, Thomasio, Titio reprehendant. Non est propositi mei, excutere paralogismos omnes; quia integrum requireretur volumen: solum figmenta adtingam nulla verisimilitudinis speciei sese commendantia.

§. XXXIII.

Quid? Romani, inquiunt, prouidentissime metu initos contractus non illico voluere nullos, ne prædones interficerent, aut peiori modo excruciant, quos suis copiis & pecunia emungunt per vim metumque; rati tan-

tantisper, se tuituros accepta, vel, si nondum secuta traditio, se indepturos promissa. Tam simplices & minime astutos isti fingunt aggressores hominesque violentos Romanos, ac si nesciissent ius publice dictum in foro, vbi aliquot millia Ictorum iudicumque circumcurfitabant. Quo auctore igitur, merito quæres, illa legis Romanæ ratio probabitur? Nullo: nisi fortean prudentibus & rerum suarum peritissimis Romanis commodatur Plauti sententia in Truculento *act. II. Sc. 2.* *VERVM ego illum, quanquam violentus est, spero, mutari potest.* At dolendum, ancillam, *Astaphium* dictam, quæ sic loquitur in scena, iurium fuisse ignarissimam. Ipsi Romani varia negotia, in quibus metus intercurrit, aut causam iis dedit, ipso iure infirma pronuntiarunt. Quod si est, quemadmodum ipsimet fatentur, qui tam mirificam rationem comminiscuntur, nihil sane erat, quod coercere seruos poterat manumissionem dominis extorquentes, aut etiam ceteros, sponsalia, dotem, matrimonium, & quæ hinc pendent, promissa ingratissimis exprimentes & inuitis. Ac, caue, regeras, factum id ob singularem rei ac personarum fauorem. Illico enim respondeo, precariam hanc videri beneuolentiam, ac fauorem minus propitiuma, si in vitæ periculum coniciantur, aut indignioribus modis tractentur eiusmodi priuilegio donati: quia, secundum aduersariorum mentem perspicue sic aggressores truculenti intelligunt, omnia inaniter peragi, seque hiantes & magnas diuitias anhelantes certissime iri delusum; eoque concludendum, in omne genus crudelitatis eos esse erupturos. Quare apage sis, quæso, in-

uentum tuum & sanioribus doctrinis ausculta, ne foccos, tunicam, pallium amittas, ac quasi vestitum, hoc est, nudum te tui conspiciant.

§. XXXIV.

Maiores enim ponderis est, quod viri præclarissimi obseruant. Quirites nondum bene coctos politosque externo verborum cortici adhæsisse; existimantes, consensisse interea metu ad promittendum compulsos; consentientes autem non videri ab omni obligatione immunes: præsertim cum stipulatio, acceptilatio, litteræ interuenere, variis vinculis munitæ, aut traditio accessit. Crimen vero, quale est impressio tam atrox, in ciuitate, vbi tuta omnia, non, inquiebant, præsumi. Audiendum existimabant igitur; quandoquidem summum ius agenti ac coniecturæ nonnullæ fauebant. Cumque iudicis officio consuleretur in bonæ fidei iudiciis metum passis; solæ restabant angustæ contractuum formæ, in quibus ob fori corruptelas deficiebat iudicis auxilium formulæ addicti. Vnde Prætor sese interponebat demum, qui, quæ extus videbantur firma, rescidit; ac rescindendo in integrum vniuersa restituit; ratum non habens ex post facto, quod pessime & contra bonos mores coaluit. Iudex vero extra formulam constitutus ac sua religioni relictus retro declarabat nullum, quod bona fides sustinuit nunquam; vnde nec restituebat in integrum, nec Prætoris interuentum expectabat, cum grauatos recreare ipsemet officiique sui partes bona fide & quantum æquius, melius, exsequi quam liberalissime posset.

§. XXXV.

§. XXXV.

Quod propterea adnoto, ut quos torpentes occupat somnus, cum illi depellant ab oculis ac nāuum iurisprudentiæ Romanæ agnoscant, quæ longo temporis interuallo metu iniusto compressis nullum fere impertire auxilium poterat, ob inolitam in foro differentiam contractuum bonæ fidei ac iuris stricti indeque manantium actionum. Quare in re apertissima cæcutiunt certe, qui in fora nostra labem hanc, nāuumque istum cupiunt reduci, iactantes vane, subtilitatem nouaturientium maiorem videri, quam Romanorum, dum illi naturalem in metu gestis obligationem agnoscunt nullam, hi vero aliquam, vtut rescindendam. At bona, quæso, verba! Quid enim simplicius est, obligationem non admittere, quam admissam ex ratione minus sufficienti, rursus expellere? Qui acquirere obligationem & indipisci ius flagitat, causam adducat oportet. Adducatur ergo, eaque cogens, ac pondere præstans. Consensum est, inquis. Nego. Coacta voluntas est voluntas: accipio: sed hæc voluntas nondum efficit consensionem. Bini requiruntur minimum, de quibus conspiratio in vnum placitum prædicetur; ac prædo vero non potest acceptare, quod promittitur, quodue datur: quocirca nulla adest consensio, cum hæc sine acceptione nequeat intelligi. Eamque DEVS impedit, qui legis naturalis est sanctissimus auctor; ita vt nihil obligationis acquirat metum incutiens, nihilque iuris accipiat sine causa legitima. Quod in errorem rapit extra orbitam vagantes, hoc est. Considerant illi vocem *consensus* grammaticæ, & in-

interea sensum iuridicum securi præteruehantur : rati, velle Caium prædonem stipulantem, ac velle quoque Sempronium ex metu respondentem : itaque amplius nihil requiri ad consensum integrum. Quod quam secundum litteram verum ; tamen falsum id est secundum iuris diuini limpidiorem cognitionem, quod non patitur, vt is aliquid acquirat iuris, qui ius spernit, & pedibus ferociter conculcat, nec causam habet iustificam vllam, quare vi, metu, malo in eam necessitatem adducat socium, aut saltem sibi æqualem, vt det, promittatur. Quocirca verba sunt ac mera putamina, sub quibus male sane latitant sophismata, ambiguitates & exerrationes. Quid enim hoc est, si non mere nugatorium est ? Lex, inquiunt, *caussa remota est*, contractus *caussa proxima* ; hinc labi omnes, qui leges creari obligationes & contractus ex nihilo credant. Scilicet talium mercium & distinctionum venditores isti sunt, qui varias inter intemperias tam leuia excogitant. Thomasi (*) quem oppugnant, sententia est : etsi daretur, in conuentionibus metu extortis inueniri pacta ; non hæc tamen per se obligare, sed a lege diuina eorum vim primariam venire, vt quæ iuberet pacta seruanda : & hac vero in specie, vbi vis interuenit, ac metus, sine temeritate id adseuerari non posse ; iubere igitur DEVM, vt ne eius generis seruetur pactum, aut delinquens ex illo aliquid commodi ferat. Nemo non intelligit, cauillari Grosippum, dum sic creari contractus infert. Versamur hic in regno rationis, vbi intelle-

ctu

(*) Iurisp. diu. *Lib. II. c. 7. §. 3.*

Et percipiunt omnes, homines affirmare, negare, his illisque consentire, ab alteris dissentire, ac pacisci demum, seu contrahere: sed observant simul, ex contractu nullo nasci obligationem solidam, nisi ille legi divinae congruat; causam remotam dicas, alia illam ratione circumscribas. Vtenim in conscientia obstringamur ad servanda promissa, Dei iussio efficit, quamvis verba hominum consensum exprimentia, aut facta eundem indicantia proxime interueniant, istaque nemo sapiens excludat. At finge, me nolle promissis pactisque stare: quo argumento, rogo te, me compelles, ne fidem datam infringam. Si pacta statuas servanda, nego; simulatque probationem adsertionis tuæ exigo. Iam ergo proba. Et nullum tibi praesidium supererit, nisi dicas, Deum id præcipere, inque eos animaduersurum graviter, qui perfidia sua hominum perturbent societatem atque odiis, iris, aliisque sceleribus aperiant fenestram. Ac puto, te nunc demum intellecturum, pacta obligare homines interueniente, vel, uti tu loqui amas, *mediante* lege; quæ si refragetur, nemo sane mortalium obligabitur; et si grammaticæ partes consenserint centies; neque e contrario ius obligationemque inde acquireret ullus. Mirum est, eos, qui alias leuilegorum sectæ sese addixere, non agnoscere, totam obligationis vim vanescere, si obstat lex civilis: quanquam perfectus dicitur contractus, quanquam mulier fideiussit, quanquam hæreditati renunciatum, aut de illa acquirenda solenniter conuentum. Ac si vero tantæ efficaciam est lex civilis; legi certe naturali minor adtribui virtus nequit. Igitur

N

tur

tur parum proderit garrulis, si proximam causam obligationis consensum paciscentium dictitent, ubi in contrarium præcipit, aut prohibet supremum Numen, ne quis sodalem per vim, turbulente, & per furorem malitiose cogat; immo eo ipso omnis obligationis acquisitio, seu ius acceptandi perimitur. Quæ insperguntur in contrarium, ad scopum non pertinent. Misera quippe argumentatio est: consistere iure civili nihilominus quasdam obligationes, etsi contra leges coagmentantur; nec matrimonia dissolui, aut nullius firmitatis esse; quamvis liberi sine Parentum consensu nuptias festinent. Multa enim ex aliis causis ac visionibus tolerant legislatores humani, quæ secundum rigorem sine robore forent. Deum autem in tam atroci scelere conniuere & nihilominus latroni ius obligationem acquirendi largiri, quod in statu naturæ stabilitatem vel momento consequeretur, inconcinnum videtur atque omnino absurdum: præsertim, dum metu ad actus promissum implere renuit, aut datum repetit. Aliud vero thema est, an ob certas rationes Romani potuerint tantisper sustinere, ac dein demum negotium totum abolere? Tum enim in effectu quidem parum intererit; sed omnes tamen ratione pollentes adfirmabunt indubie, eos longa circumitione præter necessitatem vsos id aboleuisse, aut *rescidiſſe* perperam, quod non fuit. Quæ veritas Antonio Schultingio Icto ac rerum Romanarum grauiſſimo interpreti ingenuam hancce confessionem (*) expressit: *Iure naturali*

(*) Ad ff. quod. metus causa gestum §. V.

ei, qui vim metumque alteri illicite intulit, non videtur verum aliquod ius adquiri, cum hic aliquis consenserit, non quia voluit, sed quia coactus est & debuit: ac sic vera & libera voluntas defuerit: & a parte eius, qui metum intulit, desit iusta obligationis acquirendae causa: quae sententia est etiam Viri præclari, Sam. Puffendorffii de iur. natur. & gent. Lib. III. cap. 6. §. 10. & Lib. IV. cap. 2. §. 8. ad quem videri potest Cl. Barbeyrac. Ac etiam longe hoc est simplicius, quam si dicamus, ius inde nasci: verum eum qui metum aut vim intulit, leso teneri ad restitutionem damni iniuria dati; quod putavit Vir summus, H. Grotius de iur. bell. ac pac. Lib. II, cap. 2. §. 7.

§. XXXVI.

*Istud vero cantherinum prorsus somnium est: sic omnes actiones futuras dativas, si legi tribuatur primaria obligationis producendae vis. Quis enim legi in specie tribuit obligationis procreationem? Pangant homines, consentiant in vnum placitum, contrahant: sunt enim συναλλάγματα hominum, non Dei, ciuium, non legistatorum. At contrahant legi conuenienter alioquin non contrahunt, non consentiunt, non acceptant, nihil iuris acquirunt: sicuti latro nihilex furore ac scelere suo compendii nanciscitur. Is cui vis illata, ne momento quidem fuit obligatus, non, si sacramento sese obstrinxisset, non, si mancipio & nexu res suas omnes tradidisset. Hoc, Grosippe, attento animo debuisses rimari, antequam sophistico ac temerario strepitu *Moralistas*, ceu tu eos appellas, addorirere, quorum doctrinas non intelligis, sed in glossarum ac definitionum vulgari-*

rium sex illab s numerandis consenuisti, nouum adole-
scentibus vendens farcimen, concisis adipibus, commi-
nutis pulmonibus, carnibus putrefactis, ac, nescio, qui-
bus aliis rebus nauci, commistum refertumque: quo si
vescantur, haud dubie eorum turbabitur venter, quia dif-
ficile digestu, nec, nisi longo ieiunio, aut ambulatione
peruigilioque vincendum conterendumue. Nos a te
doceri non cupimus: res tuas tibi habeto: modo teneas
& nostros scire, actiones nasci, nec ex nihilo per legem
creari: quamuis prohibente lege nihil nascatur iuris, sed
dum illa permittente, aut iubente pro re nata obli-
gationes oriantur & acquirantur, accedente hominum
artificio, aut iusto contrahentium consensu.

§. XXXVII.

Quæ donec cum cura animo reuoluas, ceteris quo-
que in transcurso respondemus, qui in contractibus stri-
cti iuris saltem, quibus dolus causam dedit, actionem
subsidiariam doli adhuc necessariam existimant. Hæ-
rent enim & illi eodem in luto, quando in foris nostris
differentiam contractuum stricti iuris & bonæ fidei
vigere persuasum habent: cum interea ad nauseam
vsque ostenderimus, bona fide omnia pacta sua contra-
ctusque adornare Germanos, nec in futurum emergen-
tia a iudicis rationabili arbitrio excludere. Statue
igitur, Curatorem transgisse cum Pomponio maiori
XXV. annis; totamque actionem administratæ curæ in
Aquilianam stipulationem deductam acceptilatione ex-
tinxisse; cui interea dolus curatoris causam dedit. Quæ-
stio nascitur, qua actione, quod sibi deest consequi queat
Pom-

Pomponius, præsertim cum actio curatela videretur extincta? Species hæc in l. 4. *C. de transactionibus* extat, mirumque non est, actionem doli subsidiariam ab Imperatore Alexandro roganti *Numidio* commendari: at nostris Doctoribus vicio merito vertitur, quod eadem hodiernum lyra oberrantes de actione doli subsidiaria in contractibus stricti iuris tam incondita effutunt. Totastipulatio aquiliana, & eam consequens acceptilatio ne quidem pili sit: actioque curatela nullo modo est extincta. Nihil enim remittit, cui dolus obiecit glaucoma. Romani aliter: sed Teutones illo prætorio non indigent auxilio: totum negotium pro nullo habetur; inque fumum abiit transactio, cui innititur dolosus curator. Istud autem valde peruulgatum & nullius eruditionis videtur, ciues nostros nunc vti iure Romano, & a prima simplicitate rationis descivisse. Quando enim descivere? Quis vtitur apud nos Aquiliana stipulatione? quis acceptilatione, solenni pristinam obligationem extinguit? Id ipsimet fatentur, pacto hodie, vt olim stipulatione, omnem obligationem dissolui, verbis, an alio modo fuerit contracta. Et tamen pactum hoc esse stricti iuris illiberaliter decernunt. Quid? quod facias, esse fungos, qui peregrinis Aquilianæ stipulationis instrumentis transmutarent obligationem ex consensu in verbalem, hancque dein acceptilatione deleant; non haberet tamen tota hæc machina plus roboris, quam pactum simplex, quod dolum non patitur, ac strophas, fucosque omnes excludit. Et quis vero contrahentium demum in Germania de Aquiliana sti-

pulatione cogitat, aut sibi persuadet vnquam, stipulationem, vel acceptilationem firmiteribus fulcris sustineri, quam pactum? Noli obloquaris, perinde interea videri, nullum dicatur negotium, an actione doli rescindatur? Qui enim talia deblaterat, in iuris disciplina exiguos fecisse progressus videtur. Doli actio Romana multa habet singularia. Est odiosa, durat biennium, est & exceptio doli tempestiue obicienda. De his nihil rescuere Teutones: durat illa tam diu, quam actiones in personam ceteræ; quamlibet mihi incognitum non sit, quam perperam hac etiam in causa I Cti de triuio sudent omni philosophia destituti. Quod si enim ea forent imbuti, totamque doctrinam de dolo malo ad rationis decempedam exegissent diligentius, deprehendissent certe, nihil inficetius posse cogitari, quam eum vlllo minimo momento cum firmitudine obstringi, qui fraude ac technis ad paciscendum contrahendumue est traductus. Quin nec ipsi Romani tam illepide vnquam rationes subduxissent, nisi verbis inhæsisent tam anxie, vt lubentius aliquid tolerarent malitiæ, quam negligerent το σπιντον, ac semel, vtut turbulente, stabilitas sententias: donec demum actionem doli inueniret Aquilius malitiarum omnium euerriculum. Sed hoc euericulo nostri profecto non egent; qui hac parte in simplicitate naturali acquievere, nec conditionem suam deteriore fecere vnquam. Quocirca in deterius mutant omnia; qui habitum Romanum ciuibus suis circumdant, atque interea magnopere sibi gratulantur, quando inueniunt Doctorem actionem doli subsidiari-
am

am sua auctoritate stabilientem, decretaque sua cum supercilio iactantem. Nos aliter pronuntiamus; nec dubium, quin, si rationibus certetur, & sapientiores audiantur, tandem aliquando illa futilis Pragmaticorum opinio foro sit cessura.

§. XXXVIII.

Plura non addo; sed ad finem dissertationis propero; modo ostenderim prius, nec cambium hodie ad stricti iuris contractus referendum, nec actiones inde oriundas: quanquam sunt, qui sic arguant. Primo enim tanquam certissimum sumo, non esse collybisticum, seu cambiale negotium Romano mori prorsus conueniens; deinde si forte *cambium manuale*, seu minutum ad contractum do ut des referri posset, constare puto, permutationem fuisse contractum bonæ fidei, aut, si cui arrideat idea *mutui* paratissima executione, aut sicut Paulus Ictus rem exprimit, numero habendi commodo muniti, iterum patebit, iudices nostros non sic esse adstrictos, ut, quæ debitor creditori, aut creditor vicissim debitori ex post facto & alia causa præstare debent, negligere cogantur. Quin si in mora fuerit debitor, in usuras notissimo iure condemnatur: nulla licet earum mentio in litteris facta. In locali cambio vero, quam laxa sit iudicis potestas, illi vix dubitant, qui aberrationes actorum & aduocatorum celeritatem litis impediētes iure eum & ex officio emendare norunt: ut præteream, nunquam etiam negligere iudices nostros exceptiones altioris indaginis

nis, dummodo nec retardetur citus litis ordo, atque in reconuentione eadem latius deducantur. Quæ omnia secus erant in strictis Romanorum iudiciis.

§. XXXIX.

Vnde concluditur demum, vanissime iactari vsum actionum bonæ fidei & stricti iuris, cumque quidam pragmatici ad præiudicia prouocant, aliud nequicquam probant, quam dari pragmaticos nonnullos patrii ac Romani iuris inscios, quibus cum ægrotare nolunt Hallenses, virique alii celeberrimi, qui iam dudum istas Romani fori corruptelas contempserunt: probe gnari, non aliter apud Germanos diiudicari contractus, quam pacta, quæ sicuti omnia sunt bonæ fidei; ita actiones inde fluentes alterius commatis esse neutiquam posse. Hæc breuibus: nec enim licuit tam densam excindere errorem syluam, quæ tot Prætorum occupat volumina. Tu vero qui resipiscis, cedo dextram, ut locii simus & coniunctim adoriatur veterum ineptiarum scrutarios, donec & hi nobiscum in gratiam redeant cumque Plauto exclamemus vniuersi: *Babæ, Tatæ, Papæ, Pas!*

TANTVM EST.

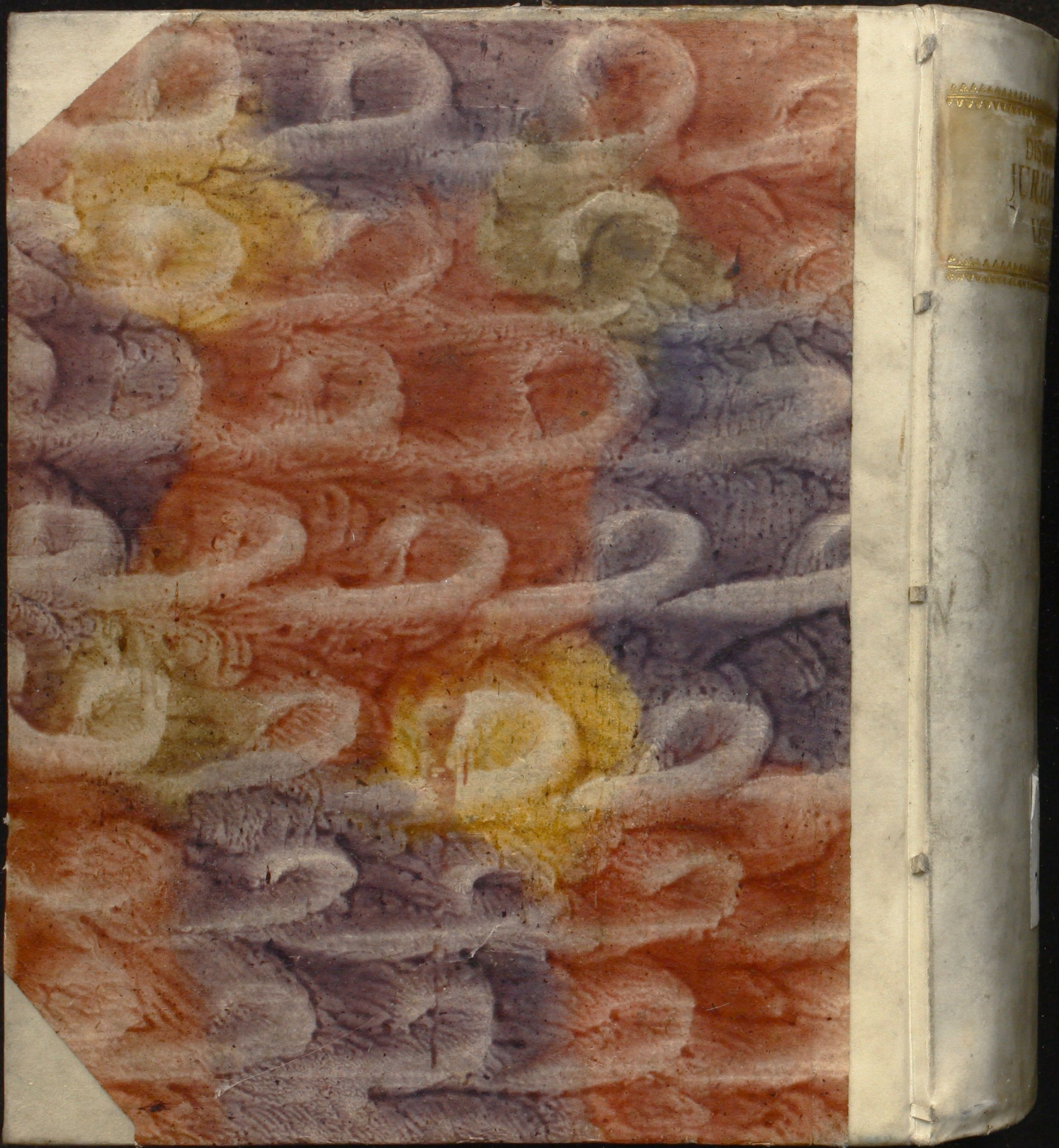


155053

8

AB 155053

KL 468 nd





B.I.G.

Farbkarte #13

5

DE
ACTICO
ONVM
E FIDEI
T
I IVRIS
TABIT
SIDE
ONYMO GVND-
O ICT.
NTISSIMO BORVSSIAE
S ET ECCLESIASTICIS IV-
ORDINARIO h. t.
ANO
IS CIO MDCC XXIV.
Q. C.
HIS DOCTORIS
VENDIS
IEL ANDREAE
NASSOVIVS.
GDEBVRG.
KELN, ACAD. TYPOGR.