



Disputatio juridica inauguralis de mutuo

<https://hdl.handle.net/1874/343308>

DISPUTATIO JURIDICA
INAUGURALIS,
DE

MULTUM,

QUAM

FAVENTE DEO TER OPT. MAX.

Ex Auctoritate Magnifici D. Rectoris,

JOANNIS GEORGII GRAEVII

Politices, Eloquentiæ, & Historiarum Professo-
ris Ordinarii,

NEC NON

*Amplissimi Senatûs Academici consensu, Nobilissimeque
Facultatis JURIDICÆ Decreto,*

PRO GRADU DOCTORATUS

Summisque in UTROQUE JURE Honoribus & Privilegiis
ritè ac legitimè consequendis,

Eruditorum examini subjicit

ANDREAS vander MIEDEN, Alcm. Batav.

Ad diem 9. Februarii hora locoque solitis.



TRAJECTI ad RHENUM,

Ex Officina FRANCISCI HALMA, Academiae
Typographi, clō lōc xci.

OMNIBUS
JURISPRUDENTIÆ
FAUTORIBUS.

Eo quo par est animo

Hæc Theses Inaugurales

D. D. D.

ANDR. vander MIEDEN.

A. & Def.

DISPUTATIO JURIDICA

INAUGURALIS

DE

M U T U O .

T H E S I S I .



Utuum ita dictum est, quod ex meo fiat tuum, ut Ictus Paulus vult in *l. 2. §. 2. ff. de reb. cred.*, & imperator Justinianus in *pr. inst. quib. mod. re contr. obl.*, quod tamen magis bella allusio, quam ipsa vocis etymologia videtur, quare cum Cujaciolib. *11. obs. 37.* & aliis verius existimo, hoc Vocabulum originem suam trahere à mutuando, quod mutuetur hoc genere pecunia cum pecuniâ; dum par quantitas accipitur, & redditur: quo etiam alludere videtur Cicero *F. lib. 5. epist. ad famil. ep. 2. ad q. Metellum*, his verbis: *quod autem scribis PROMUTUO INTERNOS ANIMO; quid tu existimes esse in amicitia Mutuum, nescio; equidem hoc arbitror cum parooluntas accipitur, & redditur.*

I I .

Mutum in Jure Varias recipit significationes, aliquando accipitur pro ipso contractu, aliquando pro re Mutuo data ut in *l. 2. ff. de reb. cred.*, aliquando etiam pro credito, stricte sumpto vocabulo, nam crediti appellatio latius patet quam mutui *d. l. 2. & gloss. ibid.*

I I I .

Acturi de mutuo illud priore sensu accipiemus, ac dicimus, ut describamus, *Mutum* est contractus juris gentium, nominatus, stricti juris, re constans, quores fungibilis alteri ita datur ut ejus fiat, eâ lege, ut is quandoque tantundem ejusdem bonitatis in genere restituat de singulis quæ in hac definitione obveniunt latius videbimus.

I V .

Est contractus. Conventio quæ est duorum vel plurium in idem placitum

citum consensus de re danda facienda vel præstanda *l. 1. §. 2. ff. de pact.*
 si consideretur ut genus, duas habet species, pactum scilicet & contractum; ex pacto nudo nulla datur actio sed tantum exceptio, & ideo contractui opponitur, quia ex illo semper competit actio; nam sicuti nullus invenitur magistratus, quin ideo quod sit magistratus habeat jurisdictionem, nullaque jurisdictio sine mixto imperio, sic etiam nullus est contractus, qui vi suæ naturæ non habeat, & pariat obligationem actionemque ad agendum efficacem sine aliquo juris adminiculo, ut in pacto legitimo: sed posset quæri an mutuum, quia ab utraque parte non est obligatorium, propriè sit talis contractus? nam *labeo* in *l. 19. ff. de verb. sign.* Contractum definit esse negotium, unde ultro citroque nascitur obligatio, & mutuum unâ cum stipulatione expressè à contractu distinguit: sed Mutuum tamen propriè esse contractum nullus dubito, cum, (præterquam quod substantia contractus in eo non consistat, ut ultro citroque obliget) non minus propriè, si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventionione obligentur, contracta dicitur obligatio, & negotium ipsum vocatur, & est contractus *Vinn. ad §. ult. inst. de oblig.* insuper hac in parte mihi assentitur *d. §. ult.*, ubi imperator Justinianus obligationes distinguit in quatuor species, aut enim, inquit, ex contractu sunt, aut ex quasi contractu, aut ex maleficio, aut ex quasi maleficio; deinde eas, quæ ex contractu nascuntur rursus distinguit in quatuor species scilicet quod vel re, vel verbis, vel litteris, vel consensu contrahantur; unde quoque idem Justinianus in *pr. inst. de obl. qua ex quasi contr. nasc.* post genera contractuum enumerata, dispiciamus, inquit, etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur; in quibus verbis evidenter præsupponit obligationes superius enumeratas ex contractu propriè nasci. Præterea ad probandam hanc sententiam, aliam mihi rationem suppeditat argumentum à simili deductum; nam in *d. l. 19. ff. de V. S.* stipulatio cum mutuo à contractu distinguitur, & in *l. 1. §. 3. ff. de pact.*, & *l. 7. C. de his qua vi mensuræ caus.*, stipulatio propriè dicitur contractus, & tamen ultro citroque non parit obligationem, sed promissorem tantum obstringit, veluti mutuum accipientem; unde constat *d. l. 19.* non refragari huic sententiæ, quia illic non est vera & perfecta definitio contractus, sed strictissima significatio: Varias enim habet contractus significaciones, nam vel accipitur strictè ut in *d. l. 19.*, & contractus ab una parte obligantes

gantes non comprehendit, sed tantum qui ab utraque parte obligant, vel accipitur latè, ita ut etiam quasi contractum contineat, ut in *l. 20. ff. de Jud. l. 16. ff. de neg. gest. l. 49. ff. de obl. & act.*, vel aliis accipitur modis: igitur hæc consequentia, contractus strictè dicitur qui est ultro citroque obligatorius, mutuum ita non est, ergo mutuum non est propriè contractus, non valet, quoniam idem verbum potest habere latam & angustam significationem, & utramque propriam *dec. conf. 5. no. 4. & conf. 534. no. 5. crav. conf. 118. no. 12. mant. de tac. & amb. conv. l. 1. T. 3. no. 7. Vinn. ad §. ult. de oblig.*

V.

Juris gentium. Mutuum dicitur contractus juris gentium quia, ut & fere omnes alii contractus, ex jure gentium introductum *§. 2. inst. de jur. nat. gent. & civ.*, & propter communem utilitatem tacito consensu ab omnibus gentibus, & ubique receptum est, adeo ut præter approbationem & modum nihil à jure civili habeat.

V I.

Nominatus. Quia certum nomen accepit, & ideo non stat in generali suo nomine, sed transit in proprium nomen contractus *l. 7. ff. de pact.*, & obligationem actionemque producit certo jure nomini suo convenientem, nempe conditionem certi ex mutuo, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens, sed vel propter utilitatem commercii, vel quia ob frequentiore usum ex ipso nomine etiam si nihil specialiter dictum sit, vis ac natura hujus contractus satis intelligi possit *Grot. de jur. bell. & pac. l. 2. c. 12. no. 3.*, & hoc primam differentiam constituit inter contractum nominatum, & innominatum. Secunda est quod in nominatis regulariter, nam contrarium obtinet in contractu societatis, mandati, & depositi *§. 4. inst. de societ. & §. 9. de mand. l. 1. in fin. ff. de pos.* non est locus pœnitentiæ, quamquam res adhuc sit integra, quia statim in his oritur obligatio, quæ efficit, ut pœnitentia locum non habeat; ab initio autem libera potestas est habendi, vel non habendi contractum, sed renunciare semel constitutæ obligationi adversario non consentiente nemo potest *l. 5. C. de obl. & act. l. 17. §. 3. ff. commod.*, & sic quæ ab initio sunt voluntatis, ex post facto fiunt necessitatis *d. l. 17. §. 3.*; in contractibus vero innominatis re integra pœnitere, & altero etiam invito à contractu recedere licet *l. 1. post. pr. ff. de cond. caus. dat.*

VII.

Stricti Juris. Contractus alii sunt bonæ fidei, alii stricti Juris, alii arbitrarii: qui stricti juris sunt, strictam habent regulam, quâ omnia Arithmeticâ proportionem ad æqualitatem eorum, quæ data sunt, exiguntur l. 3. ff. de reb. cred., ita ut neque plus, neque minus reddatur quam acceptum est l. 11. §. 1. eod. & ita iudicis potestas formulæ ad stricta est, ut ultra quod petitum, judicare non possit, ideoque quod verbis inter contrahentes non fuerit expressum, benignâ juris interpretatione non possit intelligi l. 99. ff. de verb. oblig., quâ de causâ nec iudici in actione stricti juris dato, nomen arbitri convenit, nec iudicio nomen arbitrii, quæ in contractibus, & actionibus bonæ fidei contraria sunt l. 24. ff. de pos. l. 43. l. ult. ff. & l. 15. & 17. C. fam. ercisc. l. 38. ff. pro soc. Quod discrimen respiciens Seneca lib. 3. de benef. melior, inquit, videtur conditio causæ bonæ, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittatur: quia illum formulæ includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: hujus libera, & nullis constricta vinculis religio est. idem Seneca, lib. 2. de clement. ad hanc iudiciorum differentiam alludens; Clementia, inquit, liberum arbitrium habet, nec sub formulâ, sed ex bono & æquo iudicat. Ratio autem ob quam prætor iudici in quibusdam liberam potestatem dedit, clausulamque illam bonâ fide adiecit, in aliis vero iudicem formulæ adstrinxit, petenda videtur à naturâ, & conditione ipsorum contractuum: quoniam quidam contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem iudici potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris generis sunt, contractus mutue præstationis in quibus uterque contrahentium & obligatur, & obligatur. Posterioris, ubi unus tantum obligatur, & unus obligatur. Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid linguâ nuncupatum sit, quam quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, putâ, ut etiam quid præstetur, de quo non expresse convenit aut quod natura contractus non continetur, ex definitione l. 99. ff. de verb. obl. & l. 3. ff. de reb. cred. Vid. Vinn. ad §. 28. inst. de act. unde recte dicitur in l. 7. ff. de neg. gest. in bonæ fidei iudiciis tantundem officium iudicis valere, quantum in stricti juris expressam alicujus rei stipulationem. Mutuum autem esse contractum stricti juris, vel ex eo apparet, quod non connumeretur inter

eos qui sunt bonæ fidei §. 28. *inst. de act.*, vel quod adjectione loci fiat arbitrium *l. 6. ff. de eo quod certo loco*, cum hoc in contractibus bonæ fidei locum non habeat *l. 7. ff. eod. in pr.* Hinc jam sequitur regulariter sine stipulatione nec ex mora, nec etiam ex pacto usuras in stricti juris judiciis, nec ideo ex mutuo, deberi *l. 3. C. de usur.*, & ne quidem earum obligationem litis contestatione induci, ut *Corsasius lib. 2. Miscell. c. 7.* arbitratur; Verum est, sunt quidam casus, quibus hoc cessat, & ex nudo pacto usuræ debentur, veluti si civitas alicui mutuam pecuniam dederit *l. 30. ff. de usur.* item si frumentum vel alia ejusmodi species credita sit *l. 12. C. de usur.*, sic etiam in mutuo pecuniæ trajetitiæ *l. 5. in fin. & l. 7. ff. de naut. fenor.*; sed in his speciale quid est, & id non ex eo fit, quod incontinenti hæc pacta adjecta, & proinde mutuo in sint, (nam hoc non in contractibus stricti juris, sed bonæ fidei obtinet *l. 7. §. 5. ff. de pact.*) sed quia speciatim, & nominatim jure civili confirmata sunt pacta legitima *l. 6. ff. de pactis, Vinn. ad §. ult. inst. de obl. n. 8.*, & ab imperatore Justiniano argentariis tale Privilegium concessum est, ut possint citra stipulationem, imo citra ullum pactum usuras exigere *Nov. 136. c. 5.* ergo talia specialia generali regulæ non obstant.

V I I I.

Re constans. Mutuum re constare dicitur non per oppositionem quasi consensus non requireretur, nam nullus contractus sine eo celebrari potest *l. 1. §. pen. ff. de pact.*, & quidem adeo necessarius est, ut etiam si omnia substantialia ad contrahendum mutuum interveniant, tamen si animus contrahentium, sive eorum consensus deficiat, mutuum intelligi non possit *l. 18. & 19. ff. de reb. cred.* sed eo sensu quod præter consensum accedere debeat ipsa rei traditio *l. 2. §. 3. ff. de reb. cred.*, & quod nudo consensu, re non interveniente, mutuum contrahi nequeat; sola enim conventio de mutuo ipsum contractum mutui non efficit *l. 30. ff. eod.* sed aliud genus contractus. Contractus autem vel re, verbis, litteris, vel consensu ineuntur, in his præter consensum, nihil, in illis vel res, vel verba, vel litteræ desiderantur *l. 2. ff. de obl. & act.* sed quæret forsitan aliquis, cum consensus in mutuo contrahendo sit necessarius, cur re contrahi dicatur? nam denominatio debet fieri à digniori, neque in dubium venit, quin consensus, qui ab animo pendet, quacunque re sit præstantior *l. 44. ff. de adit. edict. l. 2. ff. de statu hom. & §. 37. inst. de rer. divis.* huic responderetur, quod mu-

tuum

tuum non dicitur consensu contrahi, quia ille communis est cum omnibus aliis contractibus *l. 1. §. 3. ff. de pact.* sed re magis contrahi dicitur, quia hæc est propria mutui forma, ut sine rei interventu nullo modo contrahi possit, nam re obligamur, cum res ipsa intercedit *l. 52. ff. de oblig. & act.*

I X.

Quo res fungibilis. Materia mutui, sive res circa quas mutuum versatur, variè, tum genera, tum quantitates, tunc iterum res fungibiles vocantur, id est, quæ ex certo numero, pondere & mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata; non autem res omnes quæ appendi, numerari, & ad mensurari possunt, alioqui nihil fere esset, in quo mutuum non consisteret: aliud scilicet est pondus, numerum mensuram habere, aliud ex pondere, numero, & mensura constare *Vinn. in pr. inst. quib. mod. re contr. obl.*, Hinc mutuum dici non potest, cum equi, boves, libri ad numerum, vel pondus dantur, qui propria quadam, partim naturæ, partim artis vi, & qualitate constant, quæ ab aliis equis, bobus, libris ita differunt, ut quamvis in pari numero, ac pari pondere dentur, ejusdem tamen pretii, & bonitatis non sint, nam in ea affectus cadit, aliud alio præstantius est, & alterum alterius vicem non sustinet: ratio autem quare in rebus fungibilibus tantum, mutui datio consistat, est, quoniam illæ in genere suo functionem sive permutationem recipiunt per solutionem magis quam in specie, *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.*, hoc est, quia hæc res natura ita comparatæ sunt, ut earum quantitas, vis ac valor magis inspiciatur, quam corpus, & sic aliæ aliarum vice fungantur, adeoque si loco speciei mutuo datæ genus solvas, idem solvis: in cæteris vero rebus ideo in creditum ire, id est, Mutuum contrahere *l. 19. §. 5. ff. ad SCrum Vellej.* non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* & functionem etiam in eodem genere non recipiunt.

X.

Alteri ita datur, ut ejus fiat. Ut hic contractus rectè ineatur, requiritur ut mutuans sit dominus rei mutuandæ, aut habeatur loco domini, ut servus & filiusfamilias respectu pecuniæ peculiaris *l. 2. §. 4. ff. de reb. cred.* nam forma mutui propria est ipsa rei datio, sive domini rerum in accipientem translatio; dare autem hic significat dominium trans-

transferre §. 14. *inst. de act. & l. 75. §. ult. ff. de verb. obl.*, sed quid? an mutuum cum cæteris contractibus re constantibus rei traditionem non communem habet? Maxime; sed tamen in eo à reliquis secernitur, quod in illis res non ita tradatur, ut accipientis fiat §. 2. *inst. quib. mod. re contr. obl.* & dominium transferatur, sed ad alium finem, ut in commodato ad certum usum, in deposito ad custodiam, in pignore ad securitatem, at in mutuo res ita datur accipienti, ut ejus fiat *pr. inst. eod.*, idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo accepisse videatur, quod de meo fiat tuum *l. 2. §. 2. ff. de reb. cred.*, ideo quoque est quod in mutuo omne periculum transeat in accipientem *l. 1. §. 4. ff. de obl. & act.*, & is ne casu quidem fortuito liberetur, sed tamen obligatus maneat §. 2. *inst. quib. mod. re contr. obl.* quod in nullo alio contractu obtinere, notissimi juris est, hinc creditori non vindicatio, quæ solis dominis competit, sed tantum conditio mutuatæ pecuniæ datur; nemo autem rem suam condicit, aut sibi dari oportere intendit, quia quod jam alicujus est, id amplius ejus fieri non possit §. 14. *inst. de action.*, nam quod nobis debetur, quod est in credito, proprie nostrum non est *l. 27. §. 2. l. 34. pr. ff. de aur. arg. leg.*, & Boët. in *top. lib. 2. pecunia in nominibus debita, non est nostra, sed debitorum*, & ita in *l. 1. ff. de liber. leg. & l. 15. ff. de reb. cred.*, quare non male mutuum à Cujacio definitur, alienatio pecuniæ sub lege reddendæ quantitatis ejusdem *parat. C. si cert. petat.* dantem ergo dominum esse oportet, quoniam non dominus rei alienæ dominium transferre nequit; unde fur pecuniam quam furatus est mutuo dans, citra voluntatem domini, creditam non facit numeratione *l. 13. ff. de reb. cred.* similiter socius dans mutuo de pecunia communi, non potest constituere mutuum nisi cæteri socii consentiant, quia suæ partis tantum alienationem habet *l. 16. ff. eod.* sed videamus rationem cur in mutuo dominium transferatur, nimirum, quia mutuum consistit in rebus fungibilibus, quæ usu consumuntur, seu quarum usus consistit in abusu, id est, consumptione *l. 5. §. 1. & 2. ff. usufr. ear. rer. que usu conf.* quibus ne uti quidem liceret, nisi eâ lege darentur, quoniam usus earum sine consumptione plane nullus est.

X I.

Eâ lege, ut is quandoque. Si certum solutionis tempus contractui adjectum sit, hoc ab utraque parte observari debet; sed si nihil inter contrahentes de tempore conventum, licet, quoties in obligationibus dies non ponitur, præsentis die pecunia debeatur *l. 41. §. 1. ff. de verb. obl.*,

B

tamen

tamen non statim debet creditor cum sacco, ut ajunt, venire paratus, quoniam puræ obligationes non eo cum rigore explicantur, ut ipso momento debitorem urgendi jus tribuant *l. 105. ff. de solut.* quippe adjuvari nos, non decipi beneficio oportet, & non ferendus est talis onerosus creditor *l. 17. §. 3. ff. comm.* sed spacium aliquod modicum relinquendum est debitori *l. 11. §. 1. ff. de constit. pecun.* intra quod re commodè utatur & rem, quæ non est in expedito, quæsitum eat, & tradat; nam pertinet etiam ad causam mutui finalem, eo animo dari & accipi, ut aliquandiu re creditâ fruatur debitor *d. l. 17. §. 3.*

XII.

Tantundem. In mutuo simul & semel, cum particularem solutionem five per partes factam creditor invitus non tenetur admittere *l. 41. §. 1. ff. de usur. l. 6. C. de solut.*, nec obstat *l. 21. ff. de reb. cred.* cum in illâ lege pars debiti liquida, pars illiquida esset, tantum reddendum quantum acceptum est, & nullo pacto effici potest, ut pro decem reddantur undecim, nam re non potest contrahi obligatio, nisi quatenus datum sit *l. 17. ff. de pact. l. 11. §. 1. ff. de reb. cred.*, qua propter si nihilominus ita inter contrahentes convenerit, exigi non potest ut fors, cum non sit in sorte; non ut usura, quia usura pecuniæ creditæ ex pacto absque stipulationis vinculo regulariter non debetur *l. 3. C. de usur.*; non ut donatio, quia ea nunquam præsumitur *l. 7. ff. de donat. junct. l. 15. ff. de prob.*, & sic debitor semper liberatur reddendo tantundem: at verò è diverso rectè convenire potest, ut in minorem quantitatem quam data sit contrahatur obligatio, putâ, ut pro decem novem reddantur. *l. 11. §. 1. ff. de reb. cred.*

XIII.

Ejusdem bonitatis. Restituenda est in mutuo res ejusdem bonitatis, licet nihil de eo cautum sit, nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intelligitur quod res ejusdem bonitatis solvatur, qua datum, quoniam hoc naturâ mutui continetur *l. 3. ff. de reb. cred.*, ideo vinum novum scilicet si deterius sit, pro vetere non rectè redditur *d. l. 3.*, deterius vel minus bonum solvendo, aliud pro alio solvitur, quod invito creditori (volenti autem, & consentienti quæcunque res in solutum dari potest *l. 17. & pen. C. de solut.*) fieri nequit *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Hinc quæritur, an pecunia in alia moneta possit solvi? & quare affirmativam non amplecterer non video, præsertim si ex tali solutione creditor nullum patiaturn damnum *l. 99. ff. de solut.*

solut. aut expresse in contrarium non convenerit, nam nummi præbent usum in quantitate, & non tam ex materia æstimantur, quam ex hominum instituto, seu valore impositio, id est, in nummis non tam inspicitur corpus, materia, numerus, vel qualitas, quam quidem potestas, valor, seu æstimatio *l. 1. ff. de contrab. empt. l. 65. ff. de verb. obl. Vinn. pr. inst. quib. mod. re contrab. obl. n. 11.* unde in *l. 159. ff. de verb. sign.*, aurei continentur sub æris appellatione, sic etiam accipiendum illud Senecæ *6. de benef. c. 5. pecuniam dicimur reddidisse quamvis numeravimus pro argenteis aureos*: quare non adversatur huic sententiæ, quod aliud pro alio non solvatur invito creditori, quia non videtur aliud solvi pro alio aut pecunia deterior quam erat credita, quoniam idem valor qui datus restituitur *Perez. in Cod. ad tit. sicert. per. n. 23.*

Vehemens etiam est quæstio, & acriter inter D. D. agitata, cujus temporis ratio habenda, si valor Monetæ mutatus sit intra tempus restitutioni præscriptum, utrum contractus, an vero solutionis? Varii variè sentiunt, alii tempus initi contractus inspiciendum, & omnem mutationem periculo, & commodo debitoris cedere certant, inter quos sunt *Car. Molin. tract. de usur. n. 693. & seqq. Donell. ad l. 3. ff. de reb. cred. n. 10. & 11. Perez. in cod. eod. loc. n. 24. Voët. in suo Comp. nd. eod. loc. n. 10.*, alii tempus solutionis spectandum esse censent ut *Barc. in l. 101. ff. de sol. Bald. in l. 41. ff. de jur. dot.*; alii iterum distinguendum putant intra mutationem Monetæ intrinsecam, vel extrinsecam, & priori casu contractus, posteriori solutionis tempus admittunt ut *Vinn. pr. inst. quib. mod. re contr. obl. n. 12.* & authores ibi allegati; mihi tamen, dissentium argumentis non obstantibus, priorum sententia verior & solidissimis fundamentis inniti videtur, præcipue cum ex pluribus monetæ speciebus, una tantum mutata sit, reliquis in suo statu manentibus, quia ut modo dictum est, pecunia in alia Moneta potest solvi, non corpora, sed quantitates in pecuniâ spectentur, & æstimatio statim ab initio substantiam capit neque ex post facto mutari potest *l. 94. §. 1. ff. de solut. l. 1. ff. de contrab. empr. l. 69 ff. eod. l. 3. ff. de reb. cred. l. 3. §. ult. ff. de act. empr.* Aliud tamen obtinet, in vino, oleo, & frumento, in quibus tempus solutionis inspicitur, ita ut æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat, sed & auctæ commodum, & diminutæ incommodum pertineat ad creditorem *per l. 22. ff. de reb. cred.*, quippe æstimatio in his extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quam bonitate *Donell. ad l. 3. ff. de reb. cred. n. 5. & seqq.*

In principio hujus theseos dixi natura Mutui quidem contineri, ut res ejusdem bonitatis restituatur; sed de ejus substantia sive essentia tamen non est: nam bonitas est tantum quædam qualitas, quæ, si commutetur, speciem non mutat, quæ autem de Naturâ contractus sunt Mutari possunt, quia nihil de substantia detrahitur *Vinn. pr. inst. quib. mod. re contr. obl. No. 13.* sic Ex. gr. de naturâ emptionis, & venditionis est, ut venditor evictionem præstare debeat *l. 11. §. 2. ff. de act. empt.* sed potest conveniri ut venditor de evictione non teneatur, & tamen emptio & venditio substitit *gloss. in l. 72. ff. de contrab. empr.* quia nihil de substantia ejus detractum; ideo etiam salvo manente Mutuo per pactum mutari potest, ne res ejusdem bonitatis reddatur.

X I V.

In genere, non in specie restituat. Præmittendum censeo longe aliter hæc verba Genus & speciem apud JCTos, quam apud philosophos accipi; nam quod ab his individuum, ab illis species vocatur, & quod philosophis species, id JCTis genus est.

In contrahendo mutuo, de ejus substantia sive natura immutabili est, ut solutio fiat in genere, & ideo hoc pacto mutari nequit, nam substantia contractus, dicitur principalis ipsius essentia, quâ submotâ nullius est momenti. *l. 8. §. 17. ff. de transact.* Licet autem contrahentes ab initio possint, quem velint contractum celebrare, tamen non possunt formam ipsorum contractuum à legibus constitutam immutare, & ideo contractus donec est in fieri ex voluntate contrahentium quam libet formam potest suscipere, sed si unam speciem elegerint, illius formam à lege traditam debent observare, nec possunt eam immutare *Mant. de tac. & amb. conv. l. 8. r. 4. No. 21.* si ergo inter contrahentes ab initio convenerit, ut eadem res sive species, quæ data est, restituatur, mutuum non contrahitur, sed vel depositum, commodatum, vel alius contractus. *l. 2. in pr. ff. de reb. cred. & l. 1. §. 1. ff. de obl. & act.* sed postquam mutuum jam est contractum, non adversatur Mutuo, neque quicquam impedit, quo minus eadem res reddi possit, si fortè non sit consumpta aut deterior facta, cum mutuum per restitutionem non contrahitur, sed distrahitur. *§. 1. inst. quib. Mod. re contr. obl.* & creditor nullum exinde damnum patitur. *l. 101. ff. de solut.* quod autem mihi prodest, & alteri non nocet facile concedendum est. *l. 1. §. 11. ff. de aq. & aq. plu. arc.* non solum concedendum, sed & invito creditore hoc fieri potest, nam cum obligatio

Mutui

Mutui exigat ut res ejusdem generis & bonitatis reddatur, non dubium est, quin sit in potestate debitoris, quam speciem ex eodem genere velit solvere, quia in obligatione generis, debitoris est electio, & sic ipsius rei acceptæ solutione, vel maxime rem ejusdem generis, & bonitatis reddit. *Vinn. pr. inst. quib. mod. re contr. obl. No. 8.*

Regulariter ipsares in genere est restituenda, non autem rei æstimatio, quia illa credita non est, & prore credita invito creditori obtrudi non potest arg. *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. l. 1. ff. de rer. permut.* nisi res æstimata data fuerit; quod si tamen eveniat, & necesse sit condemnationem fieri in rei petitiæ æstimationem, quia fortè res præstari non possit, vel mutuantis inter sit ob moram factam, easdem res in genere non reddi, quaritur ad quod tempus æstimatio referenda sit, an ad tempus quo res data, an litis contestatæ an vero sententiæ? & *Sabinus* respondet in *l. 22. ff. de reb. cred.* si dies certus sit adjectus quo mutuum reddendum est, æstimationem fieri, quanti eo die res plurimi fuit *l. ult. ff. de cond. tritic.* si autem de die nihil convenit, tunc quanti res plurimi fuit à tempore moræ usque ad tempus litis contestatæ *l. 3. §. 2. ff. Commod.*, quia hic versamur in contractu stricti juris; nam aliàs terminus, à quo incipiat rei æstimatio in contractibus bonæ fidei, est mora, & terminus ad quem, est tempus rei judicatæ *d. l. 3. §. 2.* si autem his casibus locus solutionis sit adjectus, sumitur æstimatio ejus loci ubi dari debuit, si non, tunc spectatur æstimatio loci ubi petitur. *l. ult. ff. de cond. tritic.*

X V.

Quamvis traditio ad hujus contractus perfectionem desideretur, non tamen præcise veram intervenire necesse est, sed & ficta sufficit, ideo etiam mutuum potest dividi in ordinarium sive verum, & in singulare, vel fictum. Mutuum ordinarium sive verum est, quod fit per actualem præstationem, quando scilicet mea pecunia, à me tibi ita datur, ut tua fiat *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Mutuum singulare sive fictum est, quando lex fingit intervenire, quæ non intervenerunt, & hoc fit variis modis. 1. per consumptionem rei alienæ *l. 11. §. ult. l. 12. & 13. ff. cod.* 2. si furiosus alicui mutuam pecuniam dederit, eaque consumpta fuerit *l. 12. ff. cod.* vel per fictionem brevis manus, cum æquitate suadente occultatur actus qui alias intervenire debuisset, & sic quidem triplici modo. 1. cum pecunia, quæ ex unâ causâ debetur, in causam mutui convertatur *l. 5. ff. cod.* nam jure singu-

lari fingitur pecunia ex unâ causâ mihi debita, prius à te mihi numerata, & deinde à me tibi reddita, cum autem præsens sis, facile mihi pecuniam dare potuisti, & ego illam tibi reddere, & sic non adversatur *l. 34. ff. Mand.* quia illic hæc fictio locum habere non potuit, cum ibi dominus habitaret in alio loco, & etiam procurator ut manifeste patet *ex d. l. 34. 2.* si debitorem meum jussero, tibi, mutuam pecuniam à me petenti, solvere *l. 15. ff. de reb. cred.* 3. cum res vendenda traditur, ut pecunia inde redacta sit mutua *l. 11. in pr. ff. eod.* Mutuum etiam est vel purum, vel conditionale. Purum est quando statim dominium transit in accipientem cum obligatione restituendi tantundem in genere. Conditionale est, quando mutui datio pendet, & ex post facto confirmatur, veluti si dem tibi mutuos nummos, ut si conditio aliqua extiterit tui fiant, sisque mihi obligatus *l. 8. & 10. ff. eod.* nam omnia quæ inferi stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ, & ideo & conditiones *l. 7. ff. eod. §. 2. inst. de verb. oblig.*

X V I.

Hucusque vidimus quid sit mutuum, quænam ejus natura, requisita, & effecta, circa quas res versetur, & quotuplex sit, restat ut videamus, quinam mutuum dare & accipere possint & nequeant, quænamque tandem ex mutuo detur actio.

X V I I.

Mutuum dare possunt non tantum omnes qui domini sunt, & liberam rerum suarum administrationem habent (nam non sufficit mutuanti esse dominum, sed oportet eum quoque habere potestatem pecuniæ alienandæ, quare pupillus sine tutoris auctoritate mutuum neque dare, neque accipere potest *l. 19. §. 1. ff. de reb. cred.*) sed & alii qui loco domini habentur, ut servi, & filii familias, qui peculiare nummos mutuo dantes actiones acquirunt domino, vel patri *l. 2. §. 4. ff. eod.* licet autem pecuniæ peculiaris domini non sint, tamen voluntate viceque patris, & domini istas pecunias mutuas facere intelliguntur: interdum etiam qui dominus non est, sed mandatum habet à domino, nomine domini potest mutuo dare pecuniam, & sic ei obligationem acquirere *l. 26. ff. Eod. l. 126. §. 2. ff. de verb. obl.* potest & hoc facere procurator sine mandato, sive negotiorum gestor sed tunc domino liberum est id nomen vel mutuum reprobare, cessis tamen actio-

actionibus negotiorum gestori, cui etiam sine cessione utilis actio datur *l. 4. c. si cert. per.* Verum è diametro his obstare videtur §. 5. *inst. per quas person. cuiq. acq. & l. 1. C. eod.* ubi dicitur, per liberas personas in potestate nostra non constitutas, possessionis causâ exceptâ, nihil nobis acquiri posse earum rerum, quæ civiliter, id est, ex contractu à jure civili approbato vel invento, acquiruntur, nimirum obligationes, & actiones personales *l. 53. ff. de acq. rer. dom.* & hoc quidem esse indubitati Juris; nam culpa est se immiscere rebus alienis *l. 36. ff. de Reg. Jur.* & jus civile ita comparatum est, ideoque stipulationes inventæ, ut sibi quis, non alteri acquirat *l. 38. §. 17. ff. de verb. obl.* quo fit ut nec stipulari quisquam alteri possit §. 18. *inst. de inuit. stipul.* nec obligationem actionemve acquirere, quia obligatio, nisi ex nostro contractu vel personâ originem habeat, actum ipso jure nullum efficit *l. 11. ff. de obl. & act.* nihilominus propter promiscuum commercium utilitatis & negotiorum expediendorum ratione suadente, singulariter in Mutuo contrarium receptum est, adeo ut per procuratorem, & alios, domino absenti, imo & ignoranti actio creditæ pecuniæ sive conditio certi ex mutuo acquiri possit, si videlicet pecunia nomine domini mutuo data sit *l. 9. §. pen. ff. de reb. cred. l. 2. c. per quas pers. nob. acq.* & quidem ita, ut cessio actionis non requiratur, sed supervacua sit *d. l. 2.* omnibus ergo, quibus à lege non est interdictum licet pecuniam mutuo dare arg. *l. 28. §. 2. ff. ex quib. caus. Major. & l. 1. §. 1. ff. de testib.*

X V I I I.

Mutuam pecuniam dare non possunt. 1. furiosus, quia cum non habet consensum, nullum negotium potest contrahere *l. 1. §. 12. ff. de obl. & act.* nam consensus in omni contractu, ideoque etiam in mutuo requiritur neque dominium sine consensu domini potest in alium transferri *l. 55. ff. eod.* & mutuum non contrahitur nisi res accipientis fiat *l. 2. ff. de reb. cred.* si tamen furiosus mutuam alicui pecuniam dederit eaque consumpta fuerit, mutuum ex juris interpretatione convalescit *l. 12. ff. eod. & gloss. ibid.* vel, ut quidam putant, conditio sine causâ datur per *l. 11. §. fin. l. 12. in fin. l. 13. in pr. ff. eod. & l. 56. §. 2. ff. de fide juss.* 2. prodigus cui bonis est interdictum *l. 1. ff. de curat. furios. l. 6. ff. de verb. oblig.* 3. pupillus; quia sine tutoris auctoritate conditionem suam deteriolem facere nequit *l. 9. ff. de amb. tut.* ideoque si absque ea auctoritate pecuniam mutuam dederit, non contrahit

trahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis, vindicari igitur possunt nummi sicubi extant; si malâ fide ab eo qui accepit, consumpti, ad exhibendum de his agi potest; si bonâ fide, condictio- nem habet §. 2. *inst. quib. alien. licet vel non*, idque non alia ratione, quam quod factio ejus intelligitur ad eum qui accepit, pervenisse *l. 19. §. 1. ff. de reb. cred.* 4. prohibentur præfides provinciæ *l. 33. ff. eod.* durante officio, vel per se, vel per interpositas personas in sua provin- cia mutuo dare *l. 3. c. si cert. pet. & perez. in cod. add. tit. No. 5.* red- dit rationem, scilicet ne illi ob potentiam vel gratiam quâ pollent, à provincialibus aliquid vi extorqueant, & quæstus studio à curâ provin- ciæ administrandæ avocentur. 5. is qui in provincia quasi emptor le- gum atque provinciæ versatur, prohibetur judici fenebrem pecuniam mutuare sub pœna exilii, tam danti quam accipienti imposita *l. 16. C. si cert. pet.* ne ita obærato mutuanti iudice, per eum, leges, jura atque provinciam nundinetur; quod non fieri creditur ab eo qui est alterius provinciæ, & nihil negotii habet apud illum iudicem, cui proinde mu- tuare non prohibetur *d. l. 16.* 6. prohibentur collectarii pecuniam cre- dere judici, honorem potestatemque ambienti, ut eâ magistratum eme- ret, etiam sub pœna exilii *d. l. 16.* quinam sint collectarii videre est in *gloss. add. l. & alciat. lib. 4. de verb. sign.*

X I X.

Mutuuum accipere possunt omnes, qui & efficaciter obligari, etiam civitas, cum utatur jure privatorum *l. 16. ff. de verb. sign.* per suos administratores; ita tamen ut civitas non obligetur ex Mutuo per eos accepto, nisi probetur mutuuum in rem civitatis esse versum, alioquin ipsi potius administratores suo nomine essent conveniendi *l. 27. ff. de reb. cred.* & hæc probatio videretur incumbere creditori per *gloss. in d. l. 27. l. unic. C. de sol. & lib. deb. civit. & aurb. hoc jus porrectum C. de sacro sanct. eccles.* sunt tamen casus quibus hoc fallit, & non necesse est probare mutuam pecuniam in utilitatem civitatis fuisse versam; ut si civitatis administrator, vel syndicus qui mutuam pecuniam accepit, mandatum speciale ad id habeat *arg. l. 13. ff. de instit. act.* vel si syn- dicus sine mandato speciali nomine civitatis mutuuum acceperit, & po- stea generale concilium civitatis id ratum habuerit, quia rati habitio re- trotrahitur, & æquiparatur. Mandato *l. ult. C. ad scutum Maced.* idem ut de civitate, dicendum est de universitatibus, ecclesiis, & aliis ve- nerabilibus locis *Nov. 7. C. 3.*

Procurator autem privati qui speciale habet mandatum, vel generale cum libera administratione etiam potest, & accipiendo mutuam pecuniam nomine domini, dominum obligat, quia quod quis per alium facit ipse fecisse videtur, licet pecuniam in rem ipsius domini non vertat nam sufficit mandatum; quod vel in domino patet, qui si convenitur actione quod jussu ex contractu servi, non requiritur, id quod petitur in rem domini fuisse versum, quia quodammodo cum eo contrahitur qui jubet *l. 1. in pr. ff. quod Jussus.*

Servus, quamquam efficaciter obligari, aut ex contractu conveniri nequeat *l. 6. C. de Judic. §. 6. inst. de inur. stipul. l. 14. ff. de obl. & act.* tamen mutuam pecuniam accipere potest, & si acceperit, non est dubium quin dominus exinde teneatur, & obligetur de peculio, & si non minus in peculio sit, quam creditor persequitur, insolidum; si vero minus inveniatur, eatenus tenetur, quatenus in peculio est *§. 36. inst. de act.* & si pecunia à servo in rem domini versa sit, datur creditori contra dominum actio de in rem verso, quæ perpetua est, & per quam solidum consequitur, *§. 4. inst. quod cum eo qui in alien. potest. l. 7. C. eod. l. 1. ff. de in rem verso;* sed videtur validè huic sententiæ posse objici, quod jure Civili nemo ex contractu alterius obligetur *l. 1. C. ne ux. pro mar. l. 1. C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in alien. potest:* ne is quidem qui contrahentem in potestate habet, *§. 10. inst. de act.* nam etsi jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem, & actionem acquirant, non efficit tamen ex contrario, ut pater, & dominus ex contractu filii, aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos acquiratur: prætori tamen æquum visum est ex contractu servi, aut filii patrem & dominum ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hætenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium filio, aut servo concessum, pateretur, ne scilicet qui bonâ fide cum servis & filiis contraherent, quos peculium habere scirent, circumvenirentur *§. 10. inst. de Act. & Vinn. ad eund. §.*

Præfides provinciæ licet pecuniam mutuam dare non possint *l. 33. ff. de reb. cred.* eandem tamen sumere non prohibentur, & ideo etiam illis licet *l. 34. ff. eod. in fin.*

X X.

Mutuam pecuniam accipere non possunt, qui nec obligari, ut 1. Furiosus qui non obligatur, quia non intelligit quid agit, & sine consensu

consensu nulla ex mutuo contrahitur obligatio §. 8. *inst. de inst. stipul.* l. 19. ff. de reb. cred. in pr. 2. Prodigus cui bonorum administratio interdicta est, talis enim furioso comparatur, & ideo neque ex mutuo, neque ex alio contractu obligari potest. 3. Pupillus, si infans est, id est, qui septem annos nondum implevit l. 18. C. de jur. delib. l. 14. ff. de sponso, vel infantia proximus, id est, qui infans nuper esse desit, mutuam pecuniam accipiendo nec quidem naturaliter obligatur l. 59. ff. de obl. & act. c. m. gloss. hi namque non multum à furioso distant, quoniam nullam habent intellectum §. 9. *inst. de inst. stipul.* 4. Pupilli pubertati proximi etiam accipiendo mutuam pecuniam non obligantur, scilicet sine tutoris autoritate, quia sine eâ neque ex mutuo neque ex aliis causis obligari possunt §. 9. pr. *inst. de aut. tut.* nisi quatenus facti sine locupletiores, si nempe pecuniam bene inpradia, aut emptionem rerum necessariorum collacaverint l. 3. §. 4. ff. de neg. gest. naturam enim æquum est, neminem cum alterius damno locupletari l. 14. ff. de cond. indeb. l. 209. ff. de reg. jur. 5. Adolescens luxuriosus, quia quod tali creditur, perdituro creditur. l. 12. §. 11. ff. mand. l. 24. §. 4. ff. de minor. scilicet si mutuans eum talem esse non ignoraverit. 6. Judex, & is qui honorem ambit prohibentur eo modo, ut in thesi præcedenti dictum est. 7. Prohibetur quoque mulier si intercedendi animo fiat, nam tali casu tuta est beneficio SCri Vellejani, quo cautum, ne fæminæ pro alio intercedant *tot. tit. ff. & C. ad SCrum Vellej.* hoc casu excepto mulier & dare, & mutuum accipere potest l. 4. §. 1. ff. ad SCr. Vell.

Servus uti expræmissis constat, mutuum dare, & accipere potest, & in eo melioris est conditionis quam filiusfamilias, nam licet ille ex contractu suo & ipse obligatur l. 39. ff. de obl. & act. & patrem obligat de peculio §. 10. *inst. de act. l. 3. §. 5. & seqq. ff. de pecul.* & sic creditor duos sibi habet obligatos debitores; una tamen causa excipitur, ex qua placet nec ipsum filium, nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit, quod effectum est SCto Maced: quia sæpe filiosfam. onerati ere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur §. 7. *inst. quod cum eo qui in al. pot.* quare si tamen filiosfam. mutuam pecuniam acceperit, cum effectu non obligatur, quia semper se tueri potest exceptione SCti Maced. (unde colligi potest ipso jure eum tamen esse obligatum, quod etiam patet ex l. 10. ff. ad SCr. Maced. cum non opposita exceptione sequatur

sequatur condemnatio); & danti quidem post mortem patris filiisfam. repetitio, & adversus filiumfam. heredesve ejus, patrem, sivejussos & mandatores, quia hæc exceptio realis est, l. 7. §. 1. ff. de except. actio denegatur l. 9. §. 3. ff. eod., & l. 1. ff. eod. in pr. ratio subjungitur, ut scilicet scirent, qui pessimo exemplo scenerent, nullius posse filiisfam. bonum nomen vel expectata patris morte fieri: nam filiusfam. non est idoneus pecuniæ mutæ debitor, & sic filiosfam. credere, propriè est perdere ut *Gloss. addit in d. l. 1.*; & hoc extenditur de filiis ad omnes qui in potestate parentum sunt, sine discrimine sexus aut gradus l. 9. §. 2. & l. 14. ff. eod., quare emancipati huc non pertinent l. 3. §. ult. ff. eod., nec qui quoquam alio modo in patria potestate esse desierunt. Sed quomodo hæc cohærent, filiusfamilias exceptione se tueri potest, & mutuanti in turpem scilicet causam actio denegatur? nam exceptio præsupponit actionem & si nulla esset actio, non daretur etiam exceptio; respondeo, quod distinguendum sit, utrum statim, & incontinenti constet pecuniam esse datam & consumptam in turpem causam, an vero res altioris sit indagationis: priori casu non datur actio, ergo nec exceptio: posteriori casu datur quidem actio, sed per exceptionem eliditur. arg. l. 9. ff. de jurejur.

Hoc SCtum non prohibet alios contractus cum filiisfam., ut venditionem, locationem, societatem, sed tantum mutui dationem, neque etiam cujusvis rei mutationem, ut vini, olei, frumenti, nisi hoc fiat in fraudem SCti, veluti si, qui filiosfam. credere non potest, ei vendit, ut ille rei præteritium habeat in mutui vicem l. 3. §. pen. ff. ad SCt. Maced., sed tantum pecuniæ numeratæ d. l. 3. §. pen., ubi ratio redditur, nempe quia pecuniæ datio pernitiosa eorum parentibus visa est; in gratiam igitur parentum non filiorum, in utilitatem publicam & in odium feneratorum hoc SCtum introductum est, quare etiam filius huic SCto validè renunciare non potest, nam unusquisque juri quidem suo, non vero alterius aut publico rectè renunciat l. pen. C. & l. 38. ff. de pact., neque me movet in contrarium quod mulier SCto Vellejano renunciare possit l. ult. §. pen. ff. de SCto Vell., & quod in l. 11. ff. de SCto Maced. hæc duo SCta æquiparentur, nam illa comparatio eatenus tantum illic fit, quatenus utraque exceptio & Vellejani & Macedoniani possit opponi etiam post sententiam & in ipsa executione, (in transitu notandum existimo omnes exceptiones regu-

lariter esse opponendas vel ante, vel post litem contestatam, tamen ante sententiam, sed hoc in quatuor casibus non ita procedere, quibus etiam post sententiam contra actionem rei judicatæ opponi posse constat ut 1. Exceptio S^Cti Macedi, l. 11. ff. *ibid.* 2. Vellejani, d. l. 11. 3. Doli, l. 5. §. *fin.* ff. *de del. Mal. & met. except.* 4. Compensatio l. 7. ff. *de comp.*), quæ autem conveniunt In aliquo tertio, non statim conveniunt in omnibus, & ideo ex d. l. 11. nullum argumentum ad renuntiationem S^Cti Macedoniani inferri potest.

Quamquam ex auctoritate dicti S^Cti prohibitum est filiisfam. mutuum pecuniam dare, tamen varii inveniuntur casus quibus hoc cessat licet pecunia mutuo data sit, idque quidem triplici modo, 1. Vel Ratione patris, 2. Vel ratione filii, vel 3. ratione causæ; & ideo ab instituto meo non plane alienum fore puto si quosdam, saltem horum casuum præcipuos enumerem.

Ratione patris cessat hoc S^Ctum, 1. Si filiusfam. citra patris voluntatem, jussionem vel mandatum creditas pecunias acceperit, postea autem pater contractum ratum habuerit, quia rati habitio æquiparatur mandato l. 7. C. *de S^Cto Maced.* unde sequitur S^Ctum locum non habere, si patris voluntate vel jussu fecerit l. 2. C. *ead.* nec si pater solvere ceperit, quod filius ex mutuo debebat, quia quasi ratum habet, & solutione partis, sive ejus approbatione totum approbare videtur. l. 7. §. 15. ff. *ead.* præsertim si sine protestatione hoc fecerit. 2. Si filiusfam. fuit institor à patre constitutus, & ideo mutuum accepit l. 7. §. 11. ff. *ead.*

Ratione filii cessat, 1. Si filiusfam. miles sit, quia tunc habetur pro paterfam., & ex præsumptione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere, & expendere, nisi in causas castrenses l. ult. in *fin.* C. *ead.* 2. Si filiusfam. publicè paterfam. videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur l. 3. in *pr.* ff. *ead.* 3. Si filiusfam. habet peculium castrense, quasi castrense, & plenum adventitium l. 2. ff. *ead.*, nam eorum respectu patris vice fungitur. 4. Si se patremfam. dixerit, & sic creditorem deceperit l. 1. C. *ead.* 5. Si paterfam. factus debitum agnovit, solvendo vel alio modo l. 2. C. *ead.*

Sed quæritur si filius debitum solverit expeculio profectitio, an patri non competat repetitio si nummi adhuc extant, & conditio si consumpti sunt, quod affirmandum videtur per l. 9. §. 1. in *fin.* ff. *ead.*,
sed

sed tunc è diametro obstat *l. 14. ff. de reb. cred.* ubi evidens, ejusdem Jcti Ulpiani, antinomia occurrere videtur, quare ad conciliationem harum legum cum aliis malle divinatoriam distinctionem admittere, quam antimoniam agnoscere, & proinde dicere, patri repetitionem non competere si consumptio sit facta bonafide, secus si malâ fide.

Illud quoque paucis expediendum est, an filius, si sui juris factus, partem debiti solverit, teneatur & reliquam partem solvere? affirmativam sententiam amplecti non vereor, per *l. 7. §. 16. ad SCt. maced.*, neque ab eâ me dimovet *l. 9. pr. ff. cod.*, quia à separatis non recte fit illatio, cum aliud sit dare pignus, aliud dare pecuniam vel solvere.

Ratione causæ cessat, 1. si filiusfam. studiorum vel legationis causa alibi degat, & ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret, mutuo acceperit *l. 5. C. cod. l. 7. §. 13. ff. cod.* 2. Si pecuniam quam mutuo accepit, in rem patris vertat; patri enim non sibi accipit *l. 7. §. 12. ff. cod.* licet ab initio sic non accepit *d. l. & §.* 3. Si in id accepit pecuniam, ut pro sorore in dotem daret *l. 17. ff. cod.* 4. Si pecuniam acceperit, ut solveret alii creditori, qui si peteret, nullâ exceptione summoverti posset *l. 7. §. 14. ff. cod.* 5. Si minor credit filiosfam. majori, & minor restituitur in integrum *l. 11. §. 7. ff. de minor.* nam magis ratio ætatis quam SCti habetur.

Sufficiat hos casus generaliter enumerasse, nam varii adhuc supersunt, & quidem tam multi, ut vix dicere verear, totam hanc prohibitionem totumque hoc SCtum solummodo esse inventum, & introductum nullamque aliam respicere causam quam mutuum turpe, ut ita non solum creditores à mutui datione abstinerent, sed ut & filiosfam. materia ad omnem luxuriam, simul & ad contrahendum æs alienum præscinderetur.

X X I.

Reliquum est, & ordo me jam deducit ad actionem quæ oritur ex mutuo. Hæc actio vocatur condictio certi, & est personalis, rei persecutoria, perpetua, stricti juris, daturque ei qui mutuum dedit ejusque heredibus adversus eum qui mutuum accepit, ejusque heredes in solidum, ad id ut restituatur tantum quantum datum est *l. 9. & 2. ff. de reb. cred.* si tamen in datione convenerit, ut minus reddatur, obstarat tantundem repetenti exceptio *arg. l. 11. §. 1. ff. cod. & l. 48. ff. de pact.*

Condictio in genere est omnis actio personalis vindicationi opposita

§. 15. *inst. de act. l. 25. ff. de obl. & act.* Certum est, cujus species vel quantitas quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut eâ demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur *l. 6. ff. de reb. cred.* conditio certi ita considerata, competit ex omni causa, & ex omni obligatione, ex quâ certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto, dummodo præsens sit obligatio, si vero sit in diem, vel sub conditione, ante diem, vel conditionis eventum agi non potest *l. 9. l. 24. ff. cod. l. 5. §. 3. ff. de obl. & act.* competit etiam ex variis aliis causis *d. l. 9. §. 1.* ut ex legati causâ, ex lege aquilia, & ex causâ furtivâ, nam generalis est, & specialem adhuc ex mutuo dari multi interpretes diversis argumentis contendunt, ut videre est apud *Andr. Fachin. contro. lib. 2. cap. 90.*, & quoniam superiori thesi §. me demonstrasse censeo ex contractu nominato certam, & specialem produci actionem, ideo etiam eorum sententia mihi admodum probabilis videtur.

Personalis dicitur hæc actio, quia provenit ex obligatione, quæ actionem in personam parit: persona autem hic convenitur propter se; quia se obligavit, non propter rem petitam; quod tamen non sic accipiendum est, quasi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta est, consequatur, sed sic, quod actione in personam quisque tenetur ob hoc solum, quod V. C. promissit se daturum esse, & hoc sive rem habeat, sive non habeat *Vinn. §. 1. inst. de act.*; actio personalis igitur est, quâ cum eo agimus qui nobis obligatus est ad faciendum, dandum, vel aliquid præstandum, & semper adversus eundem locum habet *l. 25. ff. de obl. & act.* nam obligatio debitorem sequitur ut lepra leprosum.

Rei persecutoria. Illæ actiones rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest *l. 35. ff. cod.* sive nostrum sit, sive nobis debeatur; in specie res dicitur abesse ex patrimonio quatuor modis; 1. Quod est in patrimonio nostro, sed ab aliis tenetur. 2. Quod in patrimonio esse desiit, sed ex obligatione restituendum est, ut pecunia alteri mutuo data. 3. Quod nobis debetur ex contractu, sive nostrum sit, sive non. 4. Quodcunque ejus quod nobis abest æstimationem continet, quo etiam referenda pœna ex conventionne ptomissa §. *ult. inst. de verb. oblig.* Actiones in rem omnes sine ullâ exceptione sunt rei persecutoriæ, quia in his nihil aliud persequimur, quam quod nobis abest, sic etiam fere omnes actiones quæ ex contractu

Et nascuntur, & quidem in specie hæc conditio certi ex mutuo §. 17. *inst. de act.* ubi etiam ratio videri potest quare additur particula *ferè*, nempe propter actionem depositi miserabilis, quam ipse imperator mox mixtam, id est, rei & pænæ persecutoriam vocat; quia autem actio de qua hic agitur tantum rei persecutionem continet, ideo quoque datur heredibus, & in heredes; nam omnes actiones siue civiles sint, ipsoque jure, id est, jure civili competant, siue prætorix, quæ ex rei persecutione oriuntur, dantur heredibus, & in heredes, & quidem in solidum l. 157. §. ult. ff. de reg. jur. l. 12. & 49. ff. de obl. & act., l. 7. §. 1. ff. de pos., & ratio est 1. quia hæ actiones descendunt ex contractibus, in contractibus autem non sibi solum contrahens, sed & suis heredibus prospicere censetur, 2. quia heres succedit in omne jus defuncti l. 59. ff. de reg. jur. æquum igitur est, ut & illud quod defuncto debebatur, exigat, & quod ille rursus aliis debebat, exsolvat.

Perpetua. Actiones civiles olim erant perpetuæ & poterant quacunque quis vellet tempore in iudicio institui, sed postea publicæ utilitatis causa hoc sublatum, & constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores, & debitores securi forent *arg. l. 1. ff. de usucap.*, ut spatio triginta annorum finirent, & quamvis ita hac ratione tempus certo annorum numero definitum sit, nihilominus tamen hæ actiones (licet abusivè quia nihil perpetuum dici potest, quod finitur) dicuntur perpetuæ, respectu aliarum quæ annuæ tantum sunt, ut prætorix, & sic tunc verba secundum subjectam materiam sunt intelligenda.

Stricti juris hæ actio est, nimirum quia contractus ex quo descendit stricti juris est, qualis autem causa, talis quoque debet esse effectus & finis; & ut ego etiam ad finem mei instituti perveniam, hoc tantum addam: Quod si plures mutuam pecuniam dederint, unus eorum eam totam repetere non potest, sed suam solum portionem l. 9. C. si cert. pet. & similiter quod si plures acceperint, singuli non in solidum, sed pro sua portione quisque conveniri debet, nisi expresse in contrarium convenierit, sicuti & plures heredes ejusdem debitoris hac actione tenentur proportionibus hereditariis, ut scilicet non habeatur ratio quantum quisque commodi ex hereditate acceperit, sed pro quotâ parte sit heres. l. 1. C. eod.

ADDITAMENTA.

I.

Actiones suâ naturâ mixta id est in rem & in personam, nondantur.

II.

Matrimonium non potest contrahi eâ lege, ut copula carnalis non intercedat.

III.

Canis non est quadrupes.

IV.

Si quis vitiatam pro Virgine duxerit, nuptia subsistunt.

V.

Liberi in conditione positi, non censentur vocati ex dispositione.

VI.

Per substitutionem pupillarem excluduntur omnes heredes legitimi, etiam mater quoad ipsam legitimam.

F I N I S.