

32
33

DE
NONVS
STIPVLATIONVM
VSVQVE
PACTORVM
IN FORIS GERMANIAE
COMMENTATIO
THEORETICO PRACTICA
AVCTORE
LAVRENTIO ANDREA HAMBERGERO D



I E N A E
APVD ERNESTVM CLAVDIVM BAILLIAR.
M DCC XIII

STEFANUS
NONUS
PACTORVM
IN FORIS GERMANIAE
COMMENTATIO
THEORETICO PRACTICA
AVCTORE
LAURENTIO ANDREA HAMBERGERO D



IN VITAE
MDCCLXIII



ARGVMENTVM CAPITIS SECVNDI
PRAEFATIO

Explicaturus pro iurili portione nonnullum stipulationum, nimirum pactorum, in Germania materiam non minus asperitate quorundam locorum difficilem, quam rerum varietate pulchram, et praesentissima utilitate commendatam, in animo habeo, principio dissertationis originem stipulationum, et in republica Romana frequentiam, inuestigandi, deinde de nomine, natura, diuisionibusque, et ceteris hinc pertinentibus, differendi. Non enim fieri potest, ut bene percipiamus ius usque necessarium, nondum probe cognito iure, quod minus necessarium iudicatur. Reliquam operis partem destinavi stipulationum in usum, et pactorum contra usum, in foris Germaniae nostrae demonstrando. Parerga, quae hinc inde inspergentur, non inseribam credito. Summas autem rerum, quae cuique capiti insunt, exposui hic uniuersas, ut iam statim declararetur, quid quouere in segmento quaeri, inueniriue, possit.

ARGVMENTVM CAPITIS PRIMI
 de origine, & frequentia, stipulationum apud Romanos

§ I, Ex pactis oriri iure naturali obligationem, § II, non autem iure Romano, § III, si pacta sint nuda. tale quoddam occurrere in l. 45 de pact. § IIII, an etiam in l. 30 de reb. credit. non uideri. explicata lex 99 de solut. § V non dari pacta uesita. pacta legitima, et contractibus adiecta, esse nuda. § VI, quae sit ratio huius iuris, quod ex pacto non detur actio, non conuenire inter

A

inser-

interpretes. § VII, ueram eius rationem a formularum ueterum usu petendam, § VIII eaque de causa stipulationes tandem inuentas esse, assiduo deinceps usu frequentatas

ARGUMENTVM CAPITIS SECVNDI
 de nomine, natura, et diuisionibus, stipulationum,
 ceterisque huc pertinentibus

§ I, Nomen stipulationis duci a stipulo. § II, substantiam eius absoluti serua interrogazione, et responsione, § III, congrua. § IIII, Eam congruentiam non esse positam in figura uerborum, § V, magis esse positam in circumstantiis, et rebus ipsis, quid fore kalendae quiprae in l. I. § 3, de uerb. obligat. § VI, requiri praeterea continuam contrahentium praesentiam, § VII, et duos minimum, inter quos res agatur. § VIII, Neminem alteri stipulari posse: rationem huius rei a solo usu deriuari debere. § VIII, Eam regulam pertinere ad omnes extraneos, § X, non autem ad eos, qui fictione iuris uidem nobis habentur. § XI, regulam cessare, si poena stipulationi subiiciatur. § XII, Stipulationes esse uel dandi, uel faciendi. § XIII, Non esse uerum, quod interpretes dicunt, in stipulationibus faciendi non factum, sed id, quod interest, deberi nonnunquam id, quod interest, praestari, si res aliter expediri nequeat. § XIII, Stipulationes, siue in dando, siue in faciendo, consistant, esse uel diuiduas, uel indiuiduas, intelligi hoc loco diuisionem fere ciuilem, raro naturalem. § XV, rursum alias esse praetorias, alias iudiciales, conuentionales alias, alias communes denique. male AEDILES intrudi in principium l. 5 de uerb. obligat. § XVI, stipulationem ualere etiam sine causa explicata l. II, § 3, de dol. mal. et mer. except. § XVII, declarata stipulationis Aquilianae necessitas, et § XVIII, natura fictae stipulationis, § XVIII, actionumque ex stipulatione ortarum, commemorati auctores, qui titulum de uerborum obligationibus illustrarunt

ARGV-

ARGVMENTVM CAPITIS TERTII
de non ulu stipulationum, uluque pactorum,
in foris Germaniae

§ I, Ex nudo pacto hodie actionem dari: id non esse tra-
ctum ex iure canonico, sed recentum ex moribus maiorum, indicata
sententia magnifici BRVCKNERI de lege 35. C. de donat. § II, A
pacto distingui debere nudos tractatus. § III, Nihil interesse, utrum
pactum simplex sit, et per se consistat, an futuro contractu aliquo
comitecur. ita olim, et hodie, iuriconsultos respondisse. § IIII, hinc
sequi, ut stipulatio tota sit inutilis, mutique etiam, et surdi, pacisci
possint. § V, Inusus stipulationum ostensus amplius, iniecta mentio-
ne de eurenatico magnifici BRVCKNERI. § VI, Guarandam Sax-
onicam non esse stipulationi similem. § VII, Alteri per alteram
posse hodie obligationem acquiri, prolatis tribus sententiis celeberr-
morum collegiorum. § VIII, Notarium alteri recte pacisci, id non
conuenire iuri Romano. § VIII, expensa singularis opinio Harp-
prechtii. § X, licere parentibus pro liberis suis pacisci, licere et li-
beris pro parentibus. § XI, Poenam hodie quoque utiliter pactis
adiici, ut leuemur onere probationis. § XII, diuisiones pactorum in
pacta dandi, et faciendi, diuidua, et indiuidua, esse ex ipsa natura
rerum desumptas, ideo carere iis Germaniam non posse. sed carere
pactis practoriis, et iudicialibus: his substituere conventiones uo-
luntarias, et necessarias. § XIII, Aquilianam stipulationem esse
superfluum. § XIII, quin et scilam Iustiniani, consensus illustris
VVILDVOGELII. conclusio

CAPVT PRIMVM

Optima omnium, atque aequissima, naturae lex est,
quae feruari conuentiones, et pacta, quaeque in-
ter duos, pluresue, placuerunt, sancte custodiri, iubet,
tum, ut nihil cuiquam desit, tum, ut ea, quae quisque
habet,

habet, perpetua sint, et aeterna. Cum enim pactionibus id unum cum primis agatur, ut et unus de duobus aliquid in alterum iuris transferat, et, quod translatum est, hic acquirat, sequitur sane, societatem, quam homini erga hominem natura ingenuit, nisi mutua fide, consistere non posse. Quocirca vitandi sunt scopuli, quibus Franciscus Connanus, *lib. V, comment. iur. civil. cap. I, n. 5*, impegit, hanc praecipue defendens sententiam, iure naturae, ac gentium, ea pacta, quae non habent *συνάλλαγμα*, nullam inducere obligationem: quam cum Hugo Grotius, *lib. II, de iur. bell. et pac. cap. XI, § 1*, et Samuel Pufendorfius, *lib. III, de iur. nat. et gent. cap. V, § 9*, iam pridem recte reiecerint, desinendum est tandem contra eam disputare. neque enim ad asserendam Connani opinionem satis est; cum Io. Georg. Kulpisio, *exercit. VI, colleg. Grot. pag. 76*, aut Andr. Ad. Hochstettero, *exercit. VII, colleg. Pufendorf. pag. 278*, dicere, aliud illum statuisse, hoc enim gratis affirmari, ipsa ostendunt Connani argumenta, & istam conciliandi rationem affatim retundunt. Hert. *ad Pufend. d. l. pag. 367*

II Defecerunt autem ab hac simplicitate iuris gentium leges, moresque, Romanorum: qui, non sine ratione reipublicae suae, satius esse duxerunt, nulla ut ex pacto nudo, serio licet, et deliberato, nasceretur ad producendam actionem ualida obligatio, si d, quasi nihil actum inter paciscentes foret, ita omnia irrita atque infirma haberentur. *l. VII, § 4, de pact. l. 45 eod. l. 15 de praeser. verb. l. 10, § 1. 21, C. de pact. l. 1. C. de pact. conuent. l. 27 C. de locat. Paul. lib. II, sentent. tit. 14, § 1, Senec. lib. II, de benefic. cap. 21.* Sed pactum nudum quod, et quale, sit,

fit, primum uidentum est, in iacobus enim Maestrius, *de iust. leg. Rom. lib. I, dubit. 31, et 33*. Henricus Cocceius, *uir illustris, de us. et differ. bod. pact. et stipul. sect. I, § 2*, denique Henricus Bodinus, antecessor Halensis, *uindict. pactor. iur. Rom. § 8, et 19*, pactum nudum esse, aiunt, nudos sermones, et propositiones singulorum, ex quibus de mente quidem eorum, et quid utrinque praestari placeat, minime autem de animo se sibi inuicem obligandi, constare possit. add. Hilliger. *Donell. enucleat. lib. XII, cap. 9, lit. C*. Comparata profecto ad tuendam iuris Romani aequitatem, et omnino amplectenda, sententia, si uero ad faciendam fidem probabili argumento confirmaretur: iam, quia uereres iurisperitos non modo non hanc, sed contrariam quoque, sententiam secutos fuisse, abunde liquet, quid aliud superest, quam, ut ab iis discessionem faciamus.

III. Sic autem habendum est, duas esse res, quarum unaquaeque, cum interuenit, facit, ut pactum non sit nudum. Sic enim Ulpianus ait, *l. VII, § 1, de pact.* si conuentiones in suo nomine non stent, sed transeant in proprium nomen contractus, parere actionem, ut emptionem, uenditionem, et ceteros similes contractus: non, si quod nominis proprii tanta uis, ac potestas sit, sed quod hoc arguat, subesse causam, conuentionemque esse utilem, et talem, qua homines carere uix, aut uix, ac ne uix quidem, possint. deinde subiicit, etsi in alium contractum res non transeat, si tamen subsit causa, hoc est, si praeter mutuum consensum, aliquid non turpiter, neque inhoneste, datum ab alterutro, uel factum sit, ut aliud quiddam detur, uel fiat, esse obligationem. Ex quo satis mea

sententia intelligitur, pactum nudum quodnam, aut quale sit, illud scilicet, quod neque alio nomine appellatur, quam pacti, neque causam, cur dare, aut facere debeas, ullam habeat praeter conventionem, licet deliberatam. uid. Duaren. *ad l. XII, § 4, de pact.* Cuiac. *lib. II, obseruat. cap. 15, Donell. lib. XII, comment. cap. 9, Charond. lib. I, uersimil. cap. 19.* Et talis sine dubio est ista conuentio, de qua est apud Hermogenianum, in *l. 45 de pact.* his uerbis: *diuisionis placitum, nisi traditione, uel stipulatione, sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit.* erat inter aliquos res quaedam communis, sed naturale uitium est, secundum Theodosium, in *l. 2 C. quand. et quib. quare. pars deb. negligi,* quod communiter possidetur. Placuit igitur inter eos rem communem, aequis fortasse ex partibus, diuidi, ut rem suam quisque, omni necessitate alienae attingendae exolutam, reciperet, libereque de ea statuere posset. omnia igitur serio acta sunt. Sed postea displicuit totum negotium alteri ex duobus, eamque ob rem a conditione et pacto resiluit. itaque cum is, cuius intererat, pactum seruari, ex Hermogeniano quaesiuisset, actio ne nata ex illa conuentione foret, an minus: respondit ille, nisi aut stipulatio, aut traditio, intercessisset, nudum pactum ad actionem ipsi non profuturum, a quo cuique recedere impune licuisse, ex Pediano quoque *proem. action. in Verr. cap. 6,* constat. *adde legem unam et uicesimam C. de pactis, cuius uerbis haeresis Frid. Greg. Lautensacci, iurisprud. otios. cap. II, § 11, destruitur, putantis, necessario d. l. 45 de pact. de inaequali diuisione intelligi debere.* alia, ne nimius sum, praetereo. nam si pactum nudum non est serium, absurdum.

absurde Romani exceptionem eius possidenti, prodesse uoluerunt. *l. VII, § 4, de pactis.*

III. Vnum diffiteri non debeo, uirum excellentissimum, Enn. Rud. Brenneysen, *de inutil. pact. iur. Rom. diuis. cap. III, § 3*, uideri errasse, cum huius opinionis probandae causa legem XXX *de rebus creditis* profert, in eaque se nudum, nulliusque obligationis, pactum reperisse putat. uerba legis ita iacent: *qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.* Iam hanc legem non de pacto, sed de ea obligatione, quae uerbis contrahitur, loqui, ex solemnī stipulationum formula, SPONDERE, cuius manifestum est. uid. Gell. *lib. III, noct. Attic. cap. 4*, Fest. *uerb. spondere, p. m. 150*, et § 1 *de uerb. oblig. l. 7 de uerb. signif. Brisson. de formul. lib. VI, pag. 561.* Obseruandum autem est, quid hic actum proponatur. qui pecuniam creditam accepturus erat, spondit creditori futuro, quid autem? illudne, accepturum se oblatam a creditore pecuniam? atqui eam ultro tunc accepturus erat, utique non coactus. quid igitur aliud, nisi se eam pecuniam, quanta dicta erat, redditurum. postea cum, interiecto aliquo tempore, stipulator pecuniam promissori offerret, accipere ille recusat. quaeritur itaque, an promissor ad eam accipiendam ex stipulatione obligetur. Et, ne obligetur, multis modis euenire potest. primum enim diferte Paulus in *l. 99 de solut.* respondit: *debitorem non esse cogendum in aliam formam numos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit.* quanquam enim libri basilici, uulgata, Haloandri, Hugonis a Porta, et ante Florentinam, editiones, nisi fallor, omnes, tum etiam Cuiacius, *ad l. 59*

de

de uerbor, oblig. et ad Paul. resp. lib. III, in b. l. 99, Ho-
romannus, quaest. illustr. 15, Giphanius, in epist. Muret.
lib. II, epist. 23, Cornelius van Eek, thes. iur. controuers.
part. I, thes. 227, et alii plures, uolunt ibi creditorem pro
debitorem legere, tamen non puto temere ab auctoritate
codicis Medicei recedendum esse: facile autem, ut ipse
agnouit Cuiacius, in debitore species poni et ad hanc le-
gem transferri potest. nam ecce, si stipulanti, aut etiam
simpliciter uoluntatem suam significanti, promiserit quis,
se ex mutui nomine numeraturum aureos Vngaricos cen-
tum, postea non cogitur stipulator in eam causam alios
numos, quam Vngaricos, accipere, si tanti eos, qui offe-
runtur, exponere, quanti Vngaricos, aut alio locorum mit-
tere nequeat, aut si quid his est simile. uid. Cornelium
uan Bynkerkhoek, lib. I, obseruat. iur. Rom. cap. 9. igitur,
si tale quid acciderit, non cogetur debitor in creditum
ire, et accipere pecuniam, quam obtulit foenerator, sed
id omne impune feret, non, quia nudo pacto res acta est,
ut uult Brenneysenius, sed quod ex pecunia alterius for-
mae, quam uellet, multum detrimenti passurus esset.
quoniam uero de eiusmodi debitori incommodo nullum
in lege nostra XXX de reb. cred. uestigium apparet, aliud
in ea necesse est agi. ait Paulus: debiturum in potestate
habere, ne accipiendo credendam pecuniam creditori fu-
turo se obstringat, etiamsi non modo pactum, sed et sti-
pulatio intercesserit. quare? quia palam est, hoc eum non
promississe. quaecumque enim hic est couentio, siue ea
pactum est, quod placet Brenneysenio, siue stipulatio, ut
ego interpretor, et uerba legis suadent, nihil ille, qui pe-
cuniam accepturus erat, amplius promisit, quam se eam
sum-

summam, de qua conuenerat, redditurum. accepturum autem se eam, de qua reddenda, si accepisset, sponde- rat, non promisit. iam igitur debitor, neque ut accipiat, cum de eo nihil expressum sit, neque ut reddat pecuniam, nondum acceptam, obligatum se putare debet, aut, si putat, cum ratione insanit. illa enim in promissione haec inerat tacita lex et conditio, si accepisset, tum se redditu- rum. Hert. *ad Pufendorf. libr. III, de iur. natur. et gent. cap. 2, § 14, lit. a.* quapropter perspicuum est, Brenney- senium, de qua re hic agatur, non animaduertisse. Donell. *ad d. l. 30 de reb. cred. n. 1*

V Sed de pactis nudis haec sufficiant. quod au- tem ex eo uulgo concludunt, si pacta quaedam nuda sint, sequi, ut alia quoque sint uestita, scilicet, quia nihil sit, quod in diuidendo aptius opponatur nudo, quam uesti- tum: id, siue rationem loquendi, siue rem ipsam, spectes, ab auctoritate iuris nostri alienum est. cur enim non si- militer cogitationem partiuntur in nudam, et uestitam. nam *lex V C. de iis, qui ad eccles. confug.* meminit cogi- tationis nudae, ut aliam, si diis placet, esse innuat, quae uestita sit. *Coras. lib. I, miscell. cap. 1.* aut quia pacta con- uenta nominantur in *l. 72 de contr. emt. uendit.* ideoque aliqua erunt non conuenta. quod profecto tam absurdum esset dicere, quam inconcinnum foret, ideo, quod medi- ci morborum aliquos acutos uocant, esse et quosdam obtusos, putare. ceterum, si uerum est, quod Hugo Gro- tius, *glossis ad scriptores Gothicos*, post illum Octavius Fer- rarius, *originibus linguae Italicae*, pag. 179, Schilterus, *exer- cit. VIII, § 4, lit. a.* et Georgius Schubartus, *de confirmat. pactor. cap. I, § 2*, aiunt, *uestire* non Latino significatu debere

B

debere

debere accipi, sed Germanico, *festen*/ confirmare, id est, ius alicuius solenniter affirmare, ut sine uitio possessionem adipisci possit, facile quis de uerbo transegerit: res ipsa semper in eodem luto haesitat. Scio proferri ad probandam hanc diuisionem multas leges, in quibus et pacti non nudi, et non nudae conuentionis mentio fit: arbitrator autem eas omnes tam prodesse huic sententiae, quam uita functis nenas. satis enim in illis legibus significatur, pacta, quae ibi dicuntur, non nuda, non tam pacta esse, quam contractus, quibus insunt pacta, et ex pactis istis dari actiones, non quidem ueluti ex pacto proprias, sed actiones ex ipso contractu. uid. Raenard. *libr. II, uarior. cap. 1.* ut ecce, in specie legis XV *de praescr. uerb.* cum nossem seruum tuum fugitiuum alicubi celari, pactio intercessit ob indicium, id est, ob *μηνυτρον*, ut, si indicassem, apprehensusque esset fugitiuus, certum aliquid daretur. *indicaui seruum, tu tergiuerfaris, nec dissoluis, quod debes.* quid autem Ulpianus in hac specie? ait, conuentionem istam non esse nudam: propterea neque dici hoc loco posse, ex pacto actionem non dari: praeter conuentionem aliquod aliud in se negotium, et causam, habere. ergo non iam pactum est, ut illi uolunt, uestitum, sed contractus, quanquam *ἀνόνοτος*, ex quo ciuilis actio oritur. Donell. *de praescript. uerb. cap. 12.* Cuiac. *ad African. tract. 8, ad l. 24. de praescr. uerb.* Borchholt. *de pact. cap. II, sect. 4.* Plane et ea pacta, quae contractibus in continenti adiiciuntur, licet afferant promittenti necessitatem, tamen non uestita, sed nuda, esse non obscure idem Ulpianus docet *in l. VII, § 5, de pact.* postquam enim ibi dixisset, nudam pactionem obligationem non parere,

parere, sed parere exceptionem, continuo subiicit, interdum formare ipsam actionem, siquidem ex continentibus subsequuta sit. ex quo loco, quia necessario haec uerba, *nuda pactio, ἀπὸ τοῦ νόμου* repetenda sunt, satis demonstratur, pacta, contractibus in continenti adiecta, adhuc nuda esse, actionem autem parere non per se, sed qua contractibus inserta pars eorum esse intelliguntur. uid. Rittershuf. *ad l. XXIII de reg. iur. c. 16*, Galuan. *de usu fruct. cap. XVI, n. 3*, et Lynckerus, uir illustris, *protribunal. pag. 46*. Idem traditum est de pactis legitimis. Paulus enim *l. 6 de pact.* scribit, interdum ex pacto actionem nasci, quotiens legitimum est. iam id, quod excipitur, regulae pars esse debet. regula autem de pacto nudo concipitur: consequens igitur est, pactum legitimum quoque, quoniam a regula excipitur, nudum esse. alioquin, si pactum legitimum foret, ut illis placet, uestitum, ridicule pacti uestiti exceptio regulae de pactis nudis subiuncta fuisset. uid. Cuiac. *ad d. l. 6 de pact. et ad Papin. lib. X quaest. in l. 77 de contr. emt. uend.* Hotomann. *libr. I, resp. amicab. cap. 2*. Si quis tamen uniuersam hanc de pactis uestitis controuersiam pro λογουαχία habere uelit, me non admodum repugnantem experietur.

VI Porro cum de ratione huius iuris, quod nulla nudo ex pacto nascatur actio, quaeritur, multum, ut solent, sed, ut opinor, sine causa, tumultuantur. Vaconius a Vacuna, *lib. V, nouar. declarat. iur. civil. cap. 67, n. 8*, actionem, ait, locum non habere, nisi, *ubi unus sit in lucro, alter in damno*, sed id in nudo pacto contingere non posse. Enimuero tales hallucinationes digito tantum monstrari, ut exsibilentur, non autem bonae in iis refu-

tandis horae perdi debent. an enim, ubi me quis uano, et inani, promisso lactauerit, fieri plane nequeat, ut inde aliquid in me redundet damni, in illum nonnihil commodi? utrum uero, si rem meam alter ussit, fregit, rupit, quia lucrum inde non percepit, ideo neque Aquilia agere potero? uereor, ut hoc dupondius aliquis profiteri audeat, nedum iurisconsultus. Alia uia aggressi sunt Franciscus Connanus, *lib. V, comment. iur. ciuil. cap. I, num. 5*, Arnoldus Vinnius, *de pact. cap. 3, et 6*, Caspar Zieglerus, *de clerico renitente, § I*, et sane perquam iustum fuisse aiunt, aliquid honestati cuiusque et liberalitati relinquere, non omnia ad necessitatem obligationis reuocare, et exigere. augeri enim probitatis in nobis, et constantiae studium, cum relinquatur, ubi uirtutes istae elucere possint, quod fieri uix possit, si promissa omnia omnes facere cogantur. Honestas oratio est, sed nimis diluta: certe ad eos magis pertinet, qui in republica Platonis, quam, qui in faece Romuli, uersantur. deinde, etiamsi pareret pactum actionem, tamen, qui liberalis esse uolet, adhuc satis amplam habet prouinciam, in qua excurrere possit, si occasionem, qua profit aliis, quaerat, et quorum uel uoluntatem, uel necessitatem intellexerit, eorum cuiusque desiderium sequatur, aut, quod melius est, occupet, et antecedit. Rursus aliam sententiam protulit Conradus Ritterhusius, *lib. III, different. iur. ciuil. et can. cap. 1*, aliam Schilterus, *exercit. VIII, § 3*, et alias fortasse alii plures, quas omnes et graue, nec admodum necessarium, sit enarrare

VII Mihi, ne longum faciam, sic uidetur. Cauere, ne decipiatur, uix quisquam satis potest: atque id praecipue

cipue in litibus. itaque Romani, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare posset, formulas de omnibus rebus constituerunt. Cic. *orat. pro P. Rosc. cap. 9.* earum formularum iurisconsultos principes, et tanquam architectos, fuisse, nemo nescit: ad quos olim et in foro ambulantes, et in folio sedentes, sic adibatur, non solum ut de iure civili ad eos, uerum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio, aut negotio, referretur. Id. *lib. III, de orator. c. 23.* quocirca quidam ueteri aeuo iurisconsultum per se nihil, nisi praeconem actionum, cantorem formularum, aucupemque syllabarum esse, existimabant. Id. *lib. I, de orat. cap. 55,* adeo, ut Quintilianus, *lib. XII, de institut. orat. cap. 3,* multos se, aiat, cognouisse, qui, taedio laboris, quem ferre tendentibus ad eloquentiam necesse est, confugerint ad haec diuerticula desidiae, sic enim appellat, ad albumque, et rubricas, se transtulerint, et formularii, uel, ut Cicero ait, leguleii quidam, esse maluerint. Hinc iurisconsultorum erat, libellos conficere de stillicidiorum, ac de parietum iure, et iudiciorum formulas componere. Cic. *de leg. lib. I, cap. 4.* hinc stipulationes, et restipulationes, quarum infinitae fuerunt formulae, Id. *top. cap. 8,* auctoribus iurisconsultis fiebant. Id. *Pro P. Rosc. cap. 13.* testamenta quoque soli studiosi iuris aut scribebant, aut dictabant. Id. *de orat. lib. II, c. 6, & de leg. lib. II, c. 21,* Sueton. *Neron. c. 32, l. LXXXVIII, § 17, de legat. 2.* nec in his tantum, sed in omnibus praeterea negotiis, iurisconsultos uersari solitos, diserte testatur Valerius Maximus, *lib. VI, cap. 2, n. 12,* cum scribit, Aulum Cascellium, uirum, tam iuris civilis scientia clarum, quam periculose

coup

B 3

contu-

contumacem, nullius aut gratia, aut auctoritate, compelli potuisse, ut de aliqua earum rerum, quas triumviri dederant, formulam componeret. Rupert. *ad enchirid. Pompon. libr. III, cap. II.* Ex hoc fonte deriuandae sunt Manilianae uenaliu uendendorum leges, de quibus est apud Ciceronem, *lib. I, de orat. cap. 58*, et Varronem *de re rust. lib. II, cap. 3, 5, 7*, id est, praescripta necessaria emtionis uenditionis recte contrahendae. uid. plura apud Brisson. *de formul. lib. V, et passim*, et Brenckmannum, *de eurement. Modest. cap. I, § 6, 10.* Quemadmodum autem aliis in rebus, quod exemplo fit, iure fieri putatur, sic longa, multisque annis sine intermissione continuata, formularum obseruatio tandem pro lege habita, et tacita uelut populi conuentione comprobata fuit, ut deinde, quod omnes non tam necessitate, quam patrio more, ducti custodiebant, id ab uno aliquo non crederetur tuto negligi posse. moribus igitur obtinuit, non obligari quenquam nuda conuentione, nisi et uerba concepta, certaeque inclusa formulae, accessissent: et obtinuit non uno tantum, alteroue, sed multis annis, immo ad interitum usque imperii Romani, cum omnino pluribus de caussis, quae moribus afferuntur, quam, quae imperantur legibus, sanctius seruari soleant. add. Bynkershoek. *de pact. adiect. cap. I.*

VIII Cum itaque nulla olim esset promissorum fides, nulla constantia, semperque liceret paciscentibus, re nondum tradita, uel facto nondum effecto, poenitere, neque tamen posset actutum id, de quo conuenerat, semper praestari, saepe autem eum, cui fidem dederant, homines improbi impune destituerent; excogitatum est, quod

quod huic malo mederetur, stipulationis uinculum, iuri naturali incognitum, proprium autem populi Romani, iurisque ciuilibus inuentum, ut recte censuit princeps glossographorum, Accursius, in § 1 de iur. nat. gent. et ciuil. et refutatis Ferreti, ad rubr. de uerb. oblig. num. 3, Vualtheri, libr. I, miscellan. cap. 11, atque Hotomanni, ad § 1 de iur. nat. gent. et ciu. contrariis sententiis, Giphanius, lect. Altorff. pag. 685, n. 16, 22, et Borcholtus, de uerb. obligat. cap. I, n. 65, amplius ostenderunt. quod et praeterea patet ex his, quae ante dicta sunt, et ab ipso Paulo significatum est, tum in l. CXXVI § 2, de uerb. obl. ubi diferte naturalem obligationem, et stipulationem distinguit, tum in l. XXVII, § 2 de pact. cum dicit, in stipulationibus ius contineri, in pactis factum uersari, nihil aliud uolens, quam, stipulationem iuris ciuilibus, pactum iuris naturalis esse, modo loquendi apud ueteres iuriconsultos usitato, quoties in eo, de quo quaeritur, nudum factum est, sine ullo iure, quod in pactis accidit, quae legibus Romanis non confirmantur, et ideo praeter factum nihil, quod ciuile sit, comprehendunt. uid. Duaren. ad tit. π. de cap. minut. pag. 124, Parlador. lib. II, rer. quotidian. cap. 3, n. 19, 20, Gerard. Noodt. de pactis, et transact. cap. 8, pag. 670. Porro haec nec alia causa est, quare stipulationum apud ueteres tanta et necessitas, et frequentia, fuerit, ut se in omnes fere uitae ciuilibus partes longe lateque diffunderet, l. CXXXIII, § 1, de uerb. obl. remouendisque litibus nullum aptius remedium haberetur. uid. Zas. ad l. I pr. de uerb. obl. n. 1 - 10. ideo solebant ueteres stipulationem pactis subiicere, Paul. lib. V, sent. tit. 7, et lib. II, tit. 22, § f. plerumque in nouissima pactorum parte, l. VII, § 12, de pact. id est, in fine instru-

strumentorum. Sic fideiussio non fiebat sine stipulatione: et ob id, si quis scripserit, se fideiussisse, uidebantur omnia solemniter acta, et sollemnis stipulatio intercessisse. *l. 30 de uerb. obl. l. 12 C. de fideiuss. § 8 de fideiuss.* pari modo ueteribus moris fuit, stipulari, et spondere, sibi uxores futuras. sponsalia enim a spondendo dicta sunt. *l. 2 de sponsal. Arnob. aduers. gent. lib. III, pag. 140, et ad eum Herald. pag. 168.* de donatione per stipulationem confirmata argumento est lex XXX *de donat. int. uir. et ux.* una cum aliis compluribus. de emtione uenditione dubitari poterat, quia pertinet ad eos contractus, qui praeter consensum nihil requirunt ad obligationem, non scripturam, non praesentiam contrahentium, aut uerba, ideo ne stipulationem quidem. *pr. inst. de oblig. ex conf.* contrarium tamen persuadet Pomponius, in *l. III, § 1, de act. emt.* et Paulus, *l. 3 de resc. uend.* etiam Seneca, *lib. III, de benefic. cap. 15,* cuius haec sunt uerba, de labefactata fide conquirentis: *utinam nulla stipulatio emtorem uenditori obligaret.* extant certe huius generis emtiones apud Plautum, *Epidic. act. III, scen. 4, uers. 35,* et Varronem, *lib. II, de re rust. cap. 2, 3.* iam, compromissa stipulatione poenali munita fuisse, nemo tam peregrinus est in iure nostro, qui nesciat. *l. 2 de recept. l. 6 C. cod.* quid dicam de transactione, in qua stipulationem interpositam esse, *l. 5 de transact.* adeo uerum est, ut imperatores Diocletianus et Maximianus, in *l. 21 C. de pact.* Eusebio cuidam rescripserint, nisi stipulatione sibi prospexisset, nullam ex transactione natam esse actionem. Noodt. *de pact. cap. 14, p. 707.* propterea si qui contra iuratas transactiones uenissent, cum nulla contra eos prodita foret actio, Borcholt. *de iureiur. cap. 8 n. 33,*

n. 33, tamen, ne impune iurisiurandi religionem uiolarent, infamia notati sunt. l. 41. C. de transact. uid. Beyer. ad π. de transact. posit. 8. uerum de origine, et necessitate, stipulationum satis. add. Molin. ad rubr. de uerb. oblig. n. 43, Guil. Grot. enchirid. iur. natural. cap. 18, § 2

CAPVT. SECVNDVM

NVnc aggrediamur ad ea, quae reliqua sunt, et primum, nomen stipulationis unde ductum sit, exquiramus. fecit autem nobis otium Iustinianus noster, qui *pr. inst. de u. o.* stipulationem hoc nomine inde uti docet, quod *stipulum* apud ueteres firmum appellatum sit, forte a *stipite* descendens. nisi tamen quis tam delicato sit stomacho, quam Philippus Beroaldus, *notis ad Apul. metamorph. lib. VIII, pag. 252*, et Catellianus Cotta, *in memorial. uoc. stipulum, pag. 827*, qui concoquere hoc interpretamentum ideo nequeunt, quod *stipulum* hac significatione apud receptae fidei auctores non uideantur inuenisse. his et auctoritatem Pauli, *lib. V, sent. tit. 7*, et Isidori, *lib. V, orig. cap. 24*, opponimus, qui idem affirmarunt, quibus, uideant, ne nimis inuerecundum sit, non assentiri. nam quod Varro, *lib. III, de ling. Lat. pag. 48*, mauult ex *stipe* deriuare, recte reprehensum esse a Salmasio Menagius, *amoen. iur. ciuil. cap. 39*, censuit, et falsum esse syllabae modulus arguit, in altero uerbo breuis, in altero longae. Est autem *stipulum*, secundum Salmasium, a Graeco *στυπυλον*: inde *stupulum*, et *stipulum* postea, et *stipulari*, firmare, unde porro haec, quae firmandarum obligationum gratia inducta est, *stipulatio*,

C

latio, nomen inuenit, add. Scip. Gentil. *origin. pag. 290*,
et Grot. *flor. sparf. ad pr. insit. de uerb. obl. pag. 58*

II Est autem stipulatio uerborum quaedam conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum, facturum uel se, quod interrogatus est, responderit. ita enim a Pomponio, *l. V, § 1, de uerb. oblig.* definitur. quae definitio, si recte exponatur, nihil in ea, quod ad summam rerum necesse sit, praetermissum, nec a Goeddeo, *de contrab. et committ. stipul. cap. I, n. 83*, recte reprehensam, esse apparebit. habeatur certe *ὑποσχεσις* loco, si non potest habere uim *ὑποσχεσις*, quod difficile est in arte iuris praestare. *l. 202 de reg. iur.* Ac in primis dicitur uerborum conceptio, ut intelligamus, stipulationem incognitam esse iure gentium, et a subtilitate iuris Romani deriuatam, cum non solo consensu, sed uerbis, fiat, utroque loquente, et inuicem audiente, proinde neque a muto, neque a surdo, neque ab infante, ne nutu quidem, immo nec ab absente. *l. 1 princ. et § 2, de uerb. obl.* comminus enim responderi stipulatio oportet. *l. 137 pr. eod.* hoc est, ut interpretatur Contius, *not. marginal. edit. 1571*, partibus ambabus in uno loco proxime inter se constitutis, tam breui spatio, quod requiritur, ut gladio pugnari possit. id enim est *comminus*, quasi *cum manus*. add. Elbert. Leonin. *libr. I, emendat. cap. 16, n. 8*, et Scip. Gentil. *append. not. Apul. n. 2*. itaque cum glossographi quaerunt, an literis stipulatio fieri non possit, iure quis idem illis respondeat, quod Domitio Celsus, *in l. 27 qui test. fac. poss.* si enim contractus uerborum, et literarum, forma differunt, iam neque stipulatio, qui est contractus uerborum, literis, neque literarum obligatio

gatio uerbis, perficietur. differunt autem. sequitur igitur, glossographorum sententiam iuri nostro contrariam esse. leges certe ita definiunt. uid. Connan. *lib. VI, comment. cap. I, num. 3.* Sed aliud sedet Henrico Cocceio, uiro illustri, *de us. et different. hod. pact. & stipulat. sect. 2, § 7,* cui fatiffecit is, quem supra laudau, Brenneysenius, *de mut. pact. iur. Rom. diuis. cap. III, § 12.* nempe, quia utilitatis causa interdum uel fingitur, uel praesumitur, stipulatio contracta esse, ubi tamen nulla uerba, tantum quaedam literae praecesserant, ex eo conclusit uir illustris, leges nemini obtare, qui aut sibi per epistolam stipulari, aut alteri spondere, uelit. ego contrarium potius inde collegerim. nulla quippe neque fictio, neque praesumptio, requireretur, si uera Cocceii sententia foret. Deinde non satis olim erat, uerba interuenisse, nisi et concepta fuissent, hoc est, certae formulae inclusa: quod imperator Leo in *l. 10 C. de contr. et commit. stipul.* mutauit, et quibuscunque uerbis, etiam non solemnibus, uel directis, consensu contrahentium, compositas stipulationes suam habere firmitatem iussit. Deinde in hac definitione obseruandum est id, quod proprium est stipulationis, quod positum est scilicet in interrogatione, et responsione. his enim duabus maxime constat hic contractus, his etiam a ceteris siue pactis, siue contractibus, potissimum distinguitur. Ioh. Robert. *lib. I, recept. lectio. cap. 4.* etenim et emptio uenditio, et locatio conductio, et reliqui omnium generum contractus, uix, aut saltem raro, sine uerbis fiunt, sine interrogatione autem, et responsione, fiunt. Pari modo in pactis nudis aequae, ac in contractibus, saepe quis alteri promittit, se quid daturum, aut facturum. in-

terrogari uero hunc, et alterum respondere, non adeo frequens est. quanquam, etsi hoc contingit, non ideo statim stipulatio erit, quae non aliter constat, nisi inter contrahentes id agatur. *Hopp. ad pr. inst. de uerb. obl. num. 1.* quapropter si per iocum forte ego tibi dixerō, *spondeo?* et tu responderis, *spondeo*, quia non est hoc animo stipulantium factum, nulla nascetur obligatio. *l. VII, § 12, de pact. l. III, § 2, de oblig. et act.* add. *Molin. ad rubr. de uerb. obl. num. XI*, *Scip. Gentil. lib. II, parerg. iur. ciuil. cap. 17, et not. ad Apul. apolog. num. 855*

III Neque uero satis est responderi, nisi et respondeatur congruenter. quod uerum est, etiam si a Paulo praeceptum non esset, *lib. II, sent. tit. 3.* natura enim rei non patitur, quenquam obligari, qui non consenserit: non potest autem, qui inepte respondit, uideri consensisse. quare dubitabatur olim, an in proposito stipulatio esset, si quis interrogatus ita dixerit: *arma, uirumque, cano: spondeo.* *l. 65, pr. de uerb. obl.* fuisse enim Virgilianum illud frequens in ore ueterum, ex Seneca, *epist. 113*, intelligi potest. uerba Senecae, quia plena sunt salis, et facietiarum; apposui: *prudens uersus, bonum est. bonum autem omnia animal est. uersus ergo animal est. ut aequae, arma uirumque cano, animal est, quod non possunt rotundum dicere, cum sex pedes habeat.* add. *Perf. satyr. I, uers. 96.* Puto autem uidendum esse, utrum mentem non habeat sanam, qui tam deridenda loquitur, an uero rei intentus, usu tantum; et consuetudine quadam, illa effuderit: quemadmodum Clodium Albinum, qui contra imperatorem Septimum Seuerum arma cepit, in scholis saepissime cantare inter pueros solum scripsit Capitolinus, *in uita eius, pag. 227, Arma*

Arma amens capio, nec sat rationis in armis, ex Virgilio, *libr. II, Aeneid. vers. 314.* Nam quia superflua non nocent, ut dicitur in *l. 17 C. de testam.* consequens igitur est, ut nihilominus stipulatio ualeat: et ita Florentinum in *d. l. 65* interpretor. ceterum, si cui mens ademta sit, et ablati omnium rerum intellectus, contra dicendum est, nihil uideri actum, et obligationem uitari. De stipulatione autem, quae passiuua forma in respondendo concepta est, non dubito, quin ualeat, cum, ex sententia Vlpiani, etiam respondens, *quid ni*, interroganti, *dabis?* obligetur. *l. I, § 2, de uerb. obl.* dudum hoc Alciatus, *lib. II, parergor. cap. 28,* et Raewardus, *lib. II, uarior. cap. 5,* disertius ostenderunt ex loco Plauti, in *Pseud. act. III, sc. 6, vers. 15, 16,* ubi Simo dicit, *uiginti minas dabim*, et Balio respondet, *dabuntur.* add. Perizon. *ad Mineru. Sanctii, lib. III, cap. 4, p. 452,* Stryk. *de caut. contr. sect. II. c. 5, § 4,* et Hopp. *de iur. impersonal. cap. 2.*

III Scio a ueteribus tractatum, si quis Latine interrogauerit, respondeatur ei Graece, an obligatio constituta sit. *l. I, § 6, de uerb. obl.* et de decretis quidem Tryphoninus scripsit, a praetoribus Latine interponi debuisse, *l. 48 de re iudicat.* non aliter. et quamuis imperatores in *l. 12 C. de sent. et interloc.* statuerint, iudices tam Latina, quam Graeca, lingua sententias proferre posse: tamen satis inter utramque legem conuenire, tam recte alii iam expediuerunt, ut uerbum non amplius addam. uid. Rittershuf. *libr. III, sacrar. lect. cap. 3,* Vualther. *libr. I, misc. iur. ciuil. cap. 18,* Donell. *lib. XXVII, comment. iur. ciuil. ad d. l. 48,* Giphani. *lect. Altorf. pag. 504, num. 58,* Raeward. *libr. III, uarior. cap. 2,* Duaren. *ad l. I, § 6, de uerb.*

uerb. obl. Sed hoc ad stipulationem ideo non trahendum est, quoniam illa tota est in arbitrio contrahentium posita, totaque ad rem priuatam, et familiarem, pertinet, quam ita quisque, ut uult, constituere potest. quorum igitur in potestate fuit contrahere stipulationem, illis non minus et hoc licere debet, ut eam quocunque sermone contrahant, siue is Graecus fuerit, siue Latinus, siue alius aliquis, ita tamen, ut uterque alterius linguam, aut per se, aut per uerum interpretem, intelligat. Elbert. Leonin. *lib. II, emend. iur. ciuil. cap. 4, et 5.* Reperio apud Liuium *lib. XXXX, cap. 43,* Cumanis petentibus permissum, ut publice Latine loquerentur, et praeconibus Latine uendendi ius esset. ex quo, si licet a consequentia rationis argumentum desumere, coniecere possis, non omnibus hoc fuisse concessum, ut Latine loquerentur. uerum publice. sed non propterea uetitum fuit, priuatim Latine loqui, in expediendis, transigendisque, negotiis propriis, dum ne id publice, iniussu Populi Romani, fieret

V Itaque quibus uerbis stipulatio perficiatur, nihil refert: magis est ad res, earumque attributiones, respiciendum, ut, ad tempus, ad locum, ad conditionem, et similia. Nam si quis, simpliciter interrogatus, responderit, *si illud factum erit, dabo*, non obligari eum constat: aut, si ita interrogatus, *intra kalendas quintas*, responderit, *dabo idibus, l. I, § 3, de uerb. obl.* quo loco non satis planum est, quatenam kalendae quintae sint. Franciscus Connanus, *lib. VI, comment. iur. ciuil. cap. 1, num. 5,* existimat, quintas kalendas appellasse Vlpianum Quintiles, id est Iulias. non recte, ut animaduertit Carolus

rolus Molinacus, *ad l. I, § 3, de verb. obl. num. 12.* Sebastianus Corradus, *in quaestur. pag. 24, 25, edit. Lugd.* putat, dies omnes, qui sunt a kalendis ad nonas, kalendas appellatos fuisse. igitur quintas kalendas quintum mensis diem indicare. sed et huius opinio uitiosa est. Primum Macrobius, *libr. I, saturnal. cap. 15,* diserte ait, primum cuiusque mensis diem placuisse kalendas uocari, non alios. deinde Varro, *lib. III, de ling. Latin. cap. 4,* et Censorinus, *de die natali, cap. 17,* aperte eos dies, quos kalendas appellatos Corradus credit, non kalendas, sed nonas, uocant. nunquam enim Romani a kalendis denominauerunt dies, qui sequuntur post kalendas, sed eos tantum, qui antecedunt, ut monuit Stephanus Baluzius, *ad Laët. de mort. persecut. c. II, p. 9.* denique lex XXXXVI *de verb. obl.* centesimas kalendas commemorat, centum autem dierum mensum nullum Romani habuerunt. ita tenemus Corradum, ut effugere non possit. quod enim Vdalicus Zasius, *de verb. obl. pag. 434,* et Aemilius Ferretus, *ad l. 41 de verb. obl.* singulis kalendis singulos annos significari putant, id totum ineptum est: nec id ipse diffitetur Zasius, ne potest quidem, cum non conueniat, quod de idibus subiicitur, quae mensium partes sunt, non annorum. malo igitur Andreae Alciato, *lib. II, parerg. c. 23,* et Francisco Duareno, *de verb. oblig. pag. 721,* assentiri, qui quintas kalendas interpretantur quintum mensum, quam interpretationem iuuat consuetudo loquendi ueterum, cum primis Martialis, apud quem *lib. I, epigr. 99,* ita scriptum est: *atque intra, puto, septimas kalendas, mortes hoc tibi quatuor dederunt,* id est, intra septimum mensum. *add. l. LVIII, § 6, de hered. instit.* Ceterum quod eiusmodi stipu-

stipulatio uitiatur, illud in causa est, quod non eodem modo, seu eadem forma obligationis seruata, responsum est. uid. Marcus Lyclama, *lib. V, membr. eclog. 13*

VI Praeterea sciendum est, continuum actum stipulantis, et promittentis esse debere, *l. 137 pr. de uerb. obl.* quemadmodum et uno contextu actus testari, § 3 *de testam. ordin. l. XXI, § 3, qui test. fac. poss.* et ceteros quoque contractus uno, eodemque, tempore fieri oportet. *l. 17 C. de fid. instrument. l. 8 C. de resc. uendit.* Est tamen huic rei adhibendum aliquod temperamentum, ne quis putet, assumpto interea catapotio, uel alui purgatione, stipulationem interrumpi, aut uitari, ut ridicule nimis existimauit Andreas Alciatus, *paradoxor. lib. I, cap. 3.* quod si enim hoc ne quidem in subtilissima causa testamtorum placuit, secundum *l. 28 C. de testament.* quid est, quaeso, quare id in stipulationibus recipere uelimus, *l. I, § 1, de uerb. oblig.* add. Vualther. *lib. II, miscell. iur. ciuil. cap. 21, 22,* cum praesertim et Venuleius *l. 137 pr. de uerb. obl.* scripserit, aliquod momentum naturae interuenire posse, modo si post interrogationem aliud non ceceperit. ita enim recte Cuiacius, et Donellus, *ad l. I, §. 1, de uerb. obl. num. 7,* post utrumque Bynckerfhoekitis, *lib. II, obseruat. 23, pag. 201,* legunt, pro eo, quod est Florentiae, *acceperit,* ut sit sensus, si modo aliud agere non inceperit, uel ut idem Venuleius *l. 12 de duobus reis* ait, si modo ad alia negotia non discesserit. Dicit aliquis non imperitus uir, uerbum *occipere* esse insolens, et obfoletum, non uideri talem uomitum Pacuuii Venuleio excidisse, magis sequendum esse libros uulgaros, et Noricos, in quibus, *aliud agere coeperit,* legatur. sed dicit praeter

praeter uerum, et sine ratione. nam primum iurisculti ueteres plerumque archaisimos affectarunt, eosque in deliciis habuerunt, quod constat ex innumerabilibus iuris nostri locis. uid. Schurzfleisch. *de formula dicis caussae*, § 6. deinde occipere uerbum probum est, et ab optimis linguae Latinae auctoribus crebro usurpatum, nominatum a Terentio, nouem distinctis temporibus, ut obseruauit Martinus Hayneccius, *indice Terentiano*, pag. 565, atque deinceps ab aliis, ut ex Nonio monuit Giphanius, *conlectan. in Lucret. pag. 385*. habet autem significationem incipiendi

VII Vix opus est moneri, sponte enim liquet, si non plures, saltem duos, esse oportere, si uerborum obligatio contrahenda est, quorum is, qui interrogat, an alter daturus sit, aut facturus, nec ne, dicitur *stipulari* sibi quid ab altero, quemadmodum et interrogatio pro stipulatione accipitur a Seneca, *libr. III, de benefic. cap. 15. ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit. qui autem respondet, se daturum, facturumue, dicitur promittere, item et spondere.* hinc stipulator et promissor ubique opposita: ubique stipulandi reus, et reus promittendi, etsi non etiam nusquam legitur, ut stipulari dicatur is, qui pollicetur, ut in *l. XXXVI, § 13, de condict. indeb. l. VII, § 1, de eo, quod cert. loc. l. XXXVIII, § 1, de contr. emt. uendit. l. V, § 2, de solut. l. 12 C. de contr. et committ. stipul.* quibus legibus refellitur sententia Francisci Connani, *lib. VI, comment. iur. ciuil. cap. I, num. 1, et 2*, Hugonis Donelli, *lib. XIII, comment. de iur. ciuil. cap. 36*, et auctorum lexici Fabriani, *hac uoce*, qui credunt, nunquam ista ita confundi in usu iuris, ut, qui promittit, stipulari dicatur,

D

quam-

quamdiu quidem stipulari actiue sumatur, ut fere semper. etenim in nulla earum legum, quas modo produxi, passiuè hoc dici inuenio, semper actiue, et tamen usurpatur de reo, qui dicitur *stipulari*, et *stipulatus*, pro eo, quod est, *promittere*, et *promittens*. add. Carol. Andr. Ducker. *ad opusc. de Latin. veter. iurisconsult. pag. 381.* Solus ex nostris, nam exterorum exempla Priscianus *lib. VIII* protulit, Pomponius passiuè usurpasse uidetur in *l. CXII, § 1, de uerb. oblig.* his uerbis: *si quis ita stipulatus fuerit, pro centum aureis satisfidabis? et reum dederit in istam summam.* hoc enim necessario sic accipiendum est, *si quis ita interrogatus fuerit, pro centum aureis satisfidabis?* ut sit hic *stipulatus* uerbum commune, sub passiuà significatione: cum appareat ex sequentibus, uerba haec referri ad promissorem, non ad stipulatorem, quia Pomponius hunc, qui pro centum stipulatus proponitur, subiicit, reum, id est fideiussorem, dedisse in uitam summam, quod certe promittentis est; utique non stipulantis.

VIII Ne praetereunda quidem silentio est sequens regula: *neminem stipulando acquirere alteri posse*, tradita in multis iuris nostri locis. § 4, et 18, *de inutil. stipular. l. XI de oblig. et act. l. XXXVIII, § 17, de uerb. oblig. l. CXXVI, § 2, eod. l. LXXIII, § 4, de reg. iur. l. 3 C. de inutil. stip. l. 1 C. per quas pers.* quae hanc habet sententiam, ut, si quis stipuletur alii dari, aut fieri, nihil agat, sitque omnino inutilis stipulatio. uid. Goedd. *de contrab. et commit. stipular. cap. X, conclus. 1.* Sed cur ius nostrum id non patiarur, non immerito quaeritur. nulla enim neque naturalis, neque ciuilis, ratio facit, quo minus id licere debeat. Stryk. *us. modern. ad tit. de pact. § 12.* non naturalis

ralis: quid enim magis est secundum naturam, quam alterum, alteri seruire, laborare, denique alterius conditionem quouis modo meliorem facere? sed neque ciuili: nam si placet, per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium, *l. XX, § 2, de acquir. rer. dom. l. XI, § 6, de pign. act. l. 2 C. de acquir. & retin. possess.* quaeso, quid causae est, quamobrem aliud esse in stipulatione credamus. an, quia possessio naturaliter acquiritur, stipulatio ciuilitur? quod uidetur uoluisse Modestinus in *l. 53, de adq. rer. dom.* atqui nec paciscendo alteri cauere possumus, ut est in *l. LXXIII, § 4, de reg. iur.* quanquam pactum tam sit iuris naturalis, quam possessio, quam dominium, et reliqua, ut demonstrauit, *cap. I, § 8.* an uero, quod inuentae sint eiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest, ceterum, ut alij detur, nihil nostra intersit? sic certe definit Vlpianus, *l. XXXVIII, § 17, de uerb. obligat.* et placet Antonio Fabro, *lib. XVIII, coniect. cap. 17,* etiam Ludouico Charondae, *scholiis ad d. l. p. m. 33,* qui praeterea superdixit: *hoc non ex proprio iure, aut moribus populi Romani, sed ex ipsa naturali aequitate, & communi quodam omnium gentium consensu ductum uideri. hinc ex eiusmodi stipulatione ne naturalem quidem obligationem sua opinione nasci.* sed uereor ut recte. sum sit enim Vlpianus ipsum illud, quod dubium erat, ad confirmandum. quod est genus probandi, si uerum dicere licet, nitiosissimum. etenim, cum quaerimus, cur alteri inutiliter stipulemur, quid est omnium, quod minus responderi debeat, quam, id eo fieri, quia stipulationes ad hoc inuentae sint, solum ut sibi quisque acquirat, non alteri

alteri? aut quisquamne est, qui non uideat hoc argumentum esse *αὐτὸ τὸ ἐπιδοῦναι ἀπ' ἀρχῆς*, hoc est, petere principium? Porro illud quoque, ut alii detur, nihil nostra interesse, non omnino uerum est. neminem enim fore arbitror, cui non prae Ulpiana definitione mirum in modum placeat Papiniani sententia, in l. 7. de seru. export. scribentis: beneficio affici hominem, interesse hominis. quod si hoc cuidam, Pufendorfium de iur. nat. & gent. lib. III, cap. 9, § 5, secuto, absurdum uidetur, dari alicui actionem ad beneficium alterius nomine petendum, quae ipsi illi, cuius nomine petitur, non daretur: aut si interesse hoc loco non sic accipimus, si quoquomodo interfit, sed si pecuniariter. puto uel maxime ad stipulantis commodum pecuniarium pertinere, alteri dari, quia, quicquid alteri ex ea stipulatione datum erit, id uel actione mandati, uel iudicio negotiorum gestorum, repetere ab eo stipulator potest. § 4 de inutil. stipul. Rursum aliam huius iuris rationem Paulus reddidit, l. 83 pr. de uerb. obl. his uerbis: *inter stipulantem, et promittentem, negotium contrahitur. itaque alius pro alio promittens, daturum, facturumue, cum, non obligatur.* eaque ratione Cuiacius, ad l. XXXVIII, § 17, de uerb. obl. et in Iul. Paul. ad d. l. 83, p. m. 166, contentos nos esse iubet. et recte quidem Paulus, cum in proposito illa ratione usus est: non recte Cuiacius, cum eam ad hanc nostram causam transfudit. Paulus hanc speciem tractat: si quis Titio promittat, Caium daturum, facturumue, possitne ex ea promissione aliqua ad producendam actionem ualida oriri obligatio? hoc negat Paulus, quia nemo alium, sed se tantum, obligare potest: ad quod probandum

dum optime prolata ratio ualet: negotium inter stipulantem, et promittentem, contrahi: inde sequi, ut ipsi quidem se inuicem ad aliquid siue dandum, siue faciendum, adstringere possint, alios, ad quos ea res nihil attingit, non possint. Nos autem longe aliud quaerimus, hoc scilicet, quare, si Maenius, uerbi causa, Titio promittat, se Caio daturum centum, eiuſ aedificaturum insulam, tamen inutilis haec promissio habeatur. Si nunc Cuiacius credit, superiorem rationem aliquid, ad hoc demonstrandum, habere momenti, nae oppido fallitur. nam, si uerum est, quod *in d. l. 83 pr. de uerb. obl.* dicitur, de se quemque promittere oportere, certe hic Maenius de se, et de sua pecunia, et de suo facto, promittit, suum ius, suam conditionem, hoc pacto deteriori constituit: quod ipsi, dum ne aliis obſit, cur non liceat, causae nihil est. *l. 46 de pact. l. 39 de negot. gest.* itaque, desperata quasi cognitione certi, diu enim, et multum, *ἀνα νότον περὶ βίου*, nihil explorare potui, sequar tantisper, dum meliorem inuenero, eam rationem, quam superiori dedi capite, § 7, cum denegatae ex pacto actionis causam inuestigaremus: Romanos nempe, ne caperentur improvidi, contrahendis negotiis iurisperitorum aliquem adhibuisse, ab eoque sibi formulam, secundum quam promissiones, repromissionesque, fierent, praescribi passos esse: hanc consuetudinem transiisse deinceps in ius certum, et, quod prius arbitrii fuerat, postea necessitatis factum esse, credentibus Romanis, uerba, nisi certis comprehensa formulis, ligare posse neminem. iam stipulationum formulas ita fuisse, ab initio compositas, ut stipulantis solum, et promittentis,

tis, mentio fieret, aliorum non item, cum, nondum, aucto Romanorum populo, sibi quisque, non aliis, caueret. quod licet, procedente tempore, ubi multis erant multarum rerum cum aliis commercia, pene necessarium foret, mutare tamen pristinum morem, et iam uetustate tritum, religioni duxisse. Hoc est, quod mihi in mentem uenit. quod, si cui uidebitur, a uero quam proxime abesse, probet: sin minus, repudiet: alterum opto, alterum non inuideo.

VIII. Ceterum haec regula, neminem alteri, extraneo scilicet, stipulari posse, adeo uera est, ut ab ea, nec propter naturalem personarum affectionem, cuius, alioquin intuitu multa contra ipsum ius recepta sunt, Cuiac. *lib. II, obseruat. cap. 38*, licuerit recedere. Scip. Gentil. *ad Apul. num. 902*. Sunt tamen ex interpretibus aliqui, in his praecipue uiri doctissimi, Iohannes Corasius, *ad l. XXXVIII, § 17, de uerb. obl. lit. a*, Petrus Faber, *ad l. LXXIII, § 4, de reg. iur. pag. 299*, et Benedictus Carpzouius, *part. II, constit. 29, def. 20, num. 15*, qui sibi persuadent, tributum hoc esse parentibus, etiamsi liberos iam non in potestate habeant, ut propter naturalem caritatem, et propter alias pietatis, et coniunctionis, causas, stipulari liberis suis, illisque acquirere actionem possint, si non directam, saltem utilem. igitur ut his satisfiat, operae pretium erit, quaestionem hanc paulo diligentius tractare. Equidem ego, si qua aequitas hanc acquisitionem ex aliorum stipulationibus admittit, utique non diffiteor, hoc praecipue aequum esse, ut possint matres, uerbi causa, quae magnitudinem fortunae suae utilitate liberorum metiuntur, illidem stipulari, uerum non iam quid aequum, sed quid iure



iure Romano cautum sit, inuestigamus. Iam primum omnium illud certum est, matrem in liberos nullam plane habere potestatem. *l. V C. de adopt. § 10 de adopt.* nullam dico: licet Vlpianus *l. III de curat. fur.* uideatur significare, aliquam civili iure esse matris in liberos potestatem, etsi non tantam, quanta est patris. uerba enim Vlpiani, *pietas parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debetur*, neminem mouere debent, in quibus figura est, non dissimilis illi, quae est in hoc Sallustiano, *mare Ponticum dulcius, quam cetera*, cum nullum dulce sit. uid. Seru. *ad libr. XII, Aeneid. num. 143.* his deinde consequens est, liberos omnes, quia in potestate matris haud sunt, ratione illius pro extraneis haberi. § 3 *de hered. qual. et differ.* si autem sunt extranei, hoc est, matris iuri non subiecti, plane ad eos in primis regula nostra pertinet, nec potest stipulari mater, aliquid illis uel dari, uel restitui. *l. 3 C. de inutil. stipul.* add. Rittershuf. *ad instit. pag. 443.* quid multa? cum habeamus disertam imperatoris Gordiani epistolam, V Id. Iun. Sabino, et Venusto, consulibus, hoc est, anno CCXXXI, ad Agathum quendam perscriptam: ex qua, non aliam, quam dixi, matris causam esse, satis intelligitur, *l. 4 C. de pact. conuent.* Nam cum mater proponeretur pacta esse, ut dos a se marito, constante matrimonio, data, hoc enim et fieri potuisse, ex *l. VII, § 3, de iur. dot. et § 3 de donat.* clarum est, et in hac specie factum esse, inde patet, quia, quo tempore dos dabatur, filii iam nati erant: haec igitur dos aduentitia, quae illo tempore penes maritum remanere debebat, Vlpian. *tit. 6,* ut filiis communibus, tum emancipatis, non enim attinebantur uinculis patriae pote-

potestatis, si ipsa in matrimonio decessisset, restitueretur, cum mater pacta esset, et conditione existente quaereretur, an filii ex eo pacto actionem ad dotem repetendam aduersus patrem habeant, respondet imperator, si minus intercessisset ex persona ipsorum legitima stipulatio, id est, nisi ipsimet stipulati essent a patre, dotem sibi eo casu restitutum iri, quod facere legitime poterant, maxime cum in eius potestate non essent: sed hoc neglecto, neque matrem illis potuisse actionem quaerere, neque se petitionem posse exequi. haec enim uera est huius legis species, et sententia, dudum exposita ab Accursio, et inde in glossas relata, nuper autem aduersus Muretum, qui eam *cap. VI obs. iur.* immodeste exploserat, modeste defensa a Gerardo Noodtio, *lib. II, obseruat. cap. 23,* notata simul Mureti *ἀνιστορία*, turpiter lapsi, quando credidit, Gordiani tempore cognitam fuisse legitimationem per subsequens matrimonium, quam primus introduxit Constantinus, et longo tempore post absoluit Iustinianus, de quo uid. Iacob. Gothofredus *ad l. I C. Theod. de nat. fil. tom. I, pag. 351 seqq.* et Christ. Thomasius, uir illustris, *de legitimat. cap. I, § 6 seqq.* Quod de matre dictum est in superiori specie, idem et in patre ius est, filiis emancipatis stipulante. ad id probandum non opus est argumentis longe quaesitis: sunt enim nobis praesto ipsa legis uerba, tam clara, tam perspicua, ut nihil possit esse magis. Si genero, aiunt *in l. 26 C. de iur. dot.* imperatores Diocletianus, et Maximianus, *dotem dando pro filia, pater communis eam reddi tibi, extraneo constituto,* emancipatum filium alloquuntur, is enim filius fit patri suo secundum *l. LV, § 1, de rit. nupt. extraneus, stipulatus est, nec sibi, cessante*

cessante uoluntate, nec tibi, prohibente iure, quaerere potuit actionem. uides uerba prorsus generalia, quibus proinde omnes quoque actiones generatim significari conuenientius est. *l. 23 pr. de seru. praed. urban.* ita se res habuit iure ueteri: nisi si quem turbat lex XXXV *solut. matrim.* ubi Seiae, cui Gaius Seius, auus maternus, dotem reddi stipulatus erat, utilem actionem Paulus permittit. sed nihil est, cur quis animum despondeat. ipse enim Paulus uiam superandae huius difficultatis commonstrat, cum *l. 14 de leg.* ait: *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.* nam, quia duo potissimum sunt, propter quae Paulus permittit, ut possit auus maternus stipulari, dotem reddi nepti suae, ut illi deinde utilis detur actio, fauor nuptiarum, ne commodo dotis defraudetur mulier, et intuitus summae affectionis auitae: hinc colligimus, non idem concedi aliis in causis, et neque solum fauorem nuptiarum, neque solam affectionem personarum, efficere, ut auus maternus sua stipulatione possit nepti suae utilem acquirere actionem, sed fauorem nuptiarum, cum affectione personarum coniunctum, in causa esse, quare in proposito a subtilitate iuris recedatur. Scip. Gentil. *not. ad apolog. Apul. num. 109.* Porro iure nouo et alius casus est, ubi utilis actio permittitur ei, cui alius cauerit, nempe si stipulans sibi prius adquirat actionem directam, *l. 7 C. pact. conuent. l. 8 C. ad exhibend. l. 3 C. de donat. quae sub mod.* de quo quia disputauit ex instituto Gerardus Noodtius, *de pact. et transf. act. cap. 25,* non agam actum, add. Anton. Faber, *lib. I, coniect. cap. 4, et lib. XVIII, cap. 17*

X Constituta est igitur satis regula si prior, extraneo stipulari non licere. quid, si stipulemur iis, quos in potestate habemus, aut nobis stipulentur ii, qui iuri nostro subiecti sunt, ut domino seruus, aut filius patri, et contra. eam stipulationem non inutilem esse, certi est, et indubitati iuris. uid. § 4 *in f. de inutil. stipul. l. 23 de pact. dotal. l. XXXVIII, § 17, et l. LVI, §. 2 et 3, et l. 130, de uerb. oblig. l. XXVIII, § 2, de stipul. seruor. l. LXXXV, § 5, de solut. l. 2 C. de contrab. et committ. stipulat.* add. Charond. lib. I, *uerisimil. cap. 9*, et Petrus de Toullieu, *dissertat. iuridic. II, § 6, seqq.* Caussam huius exceptionis si requirunt, ut existiment, id eo fieri, quod filius idem esse patri intelligatur, et omnes nostrae actiones parentum nostrorum opera uideri possint. at eam sententiam, etsi iam omnium calculis recipiatur, probari, ac retineri, in republica literaria, salua iuris ciuilis dignitate, non posse, putat uir illustris, Christianus Thomasius, *de usu pract. tit. Institut. de patria potestate, cap. 1, § 49.* quanquam eam ipse olim secutus est, *de sens. leg. decemuir. testam. § 17.* ait autem, rationem exceptionis potius hanc esse, quod olim, quidquid ad filios peruenisset, id parentibus adquisitum sit: et hoc ex Dionysio Halicarnasseo, *lib. VIII, cap. 91*, item ex Sexto Empirico, *Pyrrh. hypothef. lib. III, cap. 24*, addo etiam ex Seneca, *lib. VII, de benefic. cap. 4*, constare, fateri denique ipsum Iustinianum, § 1 *per quas pers.* qui, non contentus simplicitate ueterum, alterum illud, de quo dixi, excogitarit in § 4 *de inutil. stip.* et *l. XI C. de impub. et alius substitut.* Sed possit fortasse pro Iustiniano non inepte afferri, distinguere

guere eum ius, et eius causam. ius ita esse, ut, qui filius stipulatur sibi, non sibi, potius patri, acquirat, nemo negat. uerum cum quaeritur, cur hoc fiat, non uidetur profecto Iustinianus debuisse respondere hoc, quod filius patri omnia acquirit: ne, si id fecisset, reuolueretur eodem, afferens pro ratione id ipsum, de quo quaerebatur. deinde, si uel maxime ueram esse hanc rationem, largiremur, tamen ea, si quid iudico, tantum ad id demonstrandum ualeret, quod filius, sibi stipulatus, patri stipulatus esse credatur: quod autem pater, si filio stipulatur, sibi stipulatus intelligatur, cum ipse sibi stipulatus non est, ad hoc illa ratio non habet multum, ut opinor, momenti. non enim ex hoc, quod filius nihil sibi, omnia patri, acquirit, continuo sequitur, etiam patrem filio nihil, sed sibi tantum, acquirere posse. alterum enim iura patriae potestatis auget, alterum minuit: illud ad fauorem, hoc ad odium patris spectat. Illa uero communis, et ab unitate personarum desumpta, ratio statim utrumque efficit, et, ne filius alii, quam patri, et, ne pater alii, quam sibi ipsi, etiam cum filio stipulatur, acquirat. quam ne quis, tanquam nouam, et contra rationes iuris ueteris a Iustiniano recens confictam, illustrem illum uirum secutus, repudiet, producam testimonium Lactantii, qui auctor obiit longe ante, quam Iustinianus, nasceretur. uixit enim imperante Constantino M. illique istos praeclaros diuinarum institutionum libros inscripsit: quorum in quarto, cap. 29, haec, quae opinionis nostrae confirmandae causa subiecimus, leguntur: *cum quis habet filium, quem unice diligit, qui tamen sit in domo, et manu, patris, licet ei nomen domini, potestatemque, concedat, ciuili tamen iure et*

domus una, et unus dominus, nominatur. eadem de causa accidit, ut, si pater stipuletur filio non ius, sed factum, hoc est, eorum aliquid, quae solum conferuntur in personam filii, ueluti, ut tenere ei, uel ire agere liceat, nulla ex hac stipulatione competat actio, neque patri, neque filio. non patri, ut sibi ire agere liceat, quia, cum stipulatio contraheretur, non uoluit pater sibi, sed filio, ire agerelicere: rursus nec filio, quia si eius foret actio, esset et patris, propter unitatem personarum, quod patrem noluisse iam intelleximus. restat igitur, ut stipulatio tota sit inutilis, secundum *l. 130 de uerb. obl.* Quae de filiofamilias dicta sunt, multo magis in persona serui recipi debent. ipsi enim, qui in potestate alterius sunt, nihil suum habere possunt. *l. CXVIII de reg. iur.* §3 *per quas pers.* quibus consequens est, ut serui nostri, siue quid stipulentur, uel ex qualibet alia causa nanciscantur, id omne nobis adquirant. *l. X, § 1, et l. XXXII de adquir. rer. dom. l. LXII de uerb. oblig.* sed et de herede nostro res certa est, nos illi stipulando acquirere posse, adeo, ut, quicquid de nobis cauimus, id et ad heredes pertinere necesse sit, etiamsi contrahentes nullam heredum mentionem fecerint. *l. VIII, § 4, de pign. act. l. VIII de probat. merito:* et quidem secundum ipsam regulam superiorem iuris. Δουκὴ γὰρ τοῖς ἡμετέροις νόμοις, ἐν πῶς εἶναι πρὸς ὅσῳ πῶν τὸ πῦ κληρονόμου, καὶ τὸ τοῦ εἰς αὐτὸν παραπέμποντος τὸν κληρον, ut ait imperator, *nou. 48. pr.* et prolixè confirmat Antonius Gabrielius, *libr. VI, comm. conclus. tit. de reg. iur. conclus. XI.* atque hoc ideo praecipue, quia heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium, succedit. *l. VIII, § 1, de edend. l. 37 de adq. uel omitt. hered.* et propterea iure quoque eius uti debet.

l. 177 de reg. iur. excepto, si quis id, quod personae cohaereat, stipulatus fuerit, *l. XXXVIII, § 10, de uerb. oblig.* quod, extincta persona, pene impossibile sit, ad heredem transmitti. Nonnunquam et seruus publicus, quanquam is nullius priuati seruus est, plane sicuti nec ceterae res, quae ciuitatis sunt, aut reipublicae, dici possunt singulorum, *l. 1, pr. de diuis. rer. l. VII, § 1, quod cuiusq. uniuers. nom. Gouean. lib. II, uariar. lect. cap. 10,* alteri utiliter stipulatur, nempe pupillo, cui aliter consuli nequeat, qui uel absens sit, uel dari non possit, et praeterea non modo seruum ipse non habeat, sed cui nec sit, unde ematur: hoc, inquam, casu fauor infantis, et necessitas, extorsit singulare ius interponendae per seruum publicum stipulationis. cum hoc tamen temperamento, ut et praetoris accedat auctoritas, neque alia infanti, quam utilis actio, acquiratur. *l. 2, 3, 4, rem pupill. salu. fore.* add. Anton. Faber, *de error. pragmat. decad. XXXXVII, error. 2.* Est et aliud genus, quibus cauere possumus, eorum scilicet, quorum in rebus administrationem, potestatemue, aliquid gerendi, iure commissam habemus. sic, si tutor pupillo, uel curator furioso, uel adolescenti, dari stipuletur, utilitatis gratia puto dandam uel pupillo, uel furioso, uel adolescenti, utilem actionem. § 19 *de inutil. stipul. et arg. l. V, § 9, de pec. const.* de quo plenius egit Donellus, *lib. XII, comment. de iur. ciuil. cap. 17*

XI Hoc loco obseruandum est insigne remedium Vlpiani, quo non minus utiliter, quam solerter, fraudem facit regulae nostrae, et, quod est boni iurisconsulti, stipulantibus cauet, eosque consilio suo adiuuat aduersus iuris subtilitatem. id consilium est huiusmodi. *plane ait,*

E 3

l.

*l. XXXVIII, § 17, de verb. oblig. si uelim hoc ipsum facere, alteri nempe stipulari, poenam stipulari conueniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulatoris. add. § 7 de verb. oblig. Finge: stipulabar a te hoc modo, Titio quinque dabis? iam si Titius neque filius, neque seruus, meus est, haec stipulatio tota inutilis est. nam Titius agere contra te non potest, cum nihil tibi cum ipso fuerit negotii: me autem exceptione regulae superioris, neminem alteri stipulando acquirere posse, repelles. huic incommodo medetur adiectio poenae. nam, si sic stipulatus a te fuero, Titio quinque dabis? si Titio quinque non dederis, mihi poenae nomine decem dare spondes? *l. LXXXVIII, § 5, de solut.* aut hoc modo: Titio insulam facies? si Titio insulam non feceris, mihi centum dabis? facile consequar, ut Titio* aut decem illa dentur, aut insula aedificetur, metu poenae. quanquam enim ne sic quidem ulla Titio adquiratur actio, tamen, quia uerendum est, ne, si non dederis, aut feceris, quod promissum est, ego poenam exigam, males omnino, si sapis, priori stipulationi parere. add. Fr. Balduin. *de condit. cap. XI*, Strauch. *ad quinquag. decision. Iustim. exerc. VI, cap. I, num. 24, 25*, et Rittershuf. *diff. iur. civil. et canon. lib. III, cap. 15*. Sed probe uidentum est, si poena stipulationi adiicitur, quale sit id, quod praecipue debetur, quantitasne, id est, pecunia, an factum. Nam si factum priori stipulatione comprehensum, et, si id praestitum non esset, poena promissa sit, quantacunque demum ea fuerit, tanta facto non praestito debebi-*



debebitur. *l. 56 pr. de cuius.* nihil quippe fit in fraudem legum. certe quod *in § 21 de act.* dicitur, ultra quadruplum nullam actionem extendi, id pertinet tantum ad poenam legitimam, non autem ad conuentionalem, de qua loquimur. uid. Vinn. *ad d. § 21, Bachou. vol. II, ad Treutler. disp. XXIII, thes. 4, lit. b.* at pecunia si debetur, non debet quantitas poenae nimia esse, sed cauendum est, ne colore poenae dissimuletur auaritia foeneratorum, et legitimus usurarum modus excedatur, in fraudem legis, ut saluis uerbis eius sententia circumueniatur. *l. 29, et 30, de leg.* Nam cum lex usuras intra certum finem subsistere iubet, hoc agit, ne creditor praeter eas, et fortem, quidquam emolumenti, sub qualicunque praetextu, a debitore auferat. auferat autem plus, quam licet, qui non usuras, sed pro his aliud maius, poenae nomine, stipulatur, quod nemini concessum esse constat. *l. XIII, § 26, de act. emt. uend. l. 44 de usur. l. 15 C. de usur.* uid. Gerard. Noodt. *de foenor. et usur. lib. II, c. 13, Simon uan Leeuwen, censur. forens. lib. III, cap. 16, num. 12*

XII Venio ad diuisiones stipulationum, quarum haec prima est, quod quaedam stipulationes in dando consistunt, quaedam in faciendo. *l. 2 pr. de uerb. obl.* DARE proprie est dominium rei transferre. *§ 14 de action.* nisi aliud suadeat subiecta materia, ut cum dicimus pignus datum, pro tradito, *l. 1 C. de non numerat. pecun.* et similia similibus ex causis, ex quibus nequaquam dominium transfertur. quod si nihil eiusmodi adiunctum est, quod tradendi significationem habet, tum itaque stipulationes de dando conceptae hanc uim habent, ut dominium stipulatoris efficiatur, *l. LXXV, § 10, de uerb. oblig.*

neque

neque enim data uidentur, quae eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt. *l. CLXVII pr. de reg. iur.* ut si quis alienum soluerit, *l. LXX, § 5, et 6, de solut.* aut res, postquam data est, euicta sit. *l. 98 pr. eod.* datio enim sine acceptione nulla est, et, ut ait Cicero, *topic. cap. 8,* sine ea ne quidem intelligi potest. igitur unum qui ponit, alterum etiam ponat, necesse est, quia τὸν πρῶτον ita comparata natura est, ut nec alterum altero prius, nec alterum sine altero esse, aut intellectu percipi, queat. uerbum autem FACERE etfi generale est, et omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, soluendi, numerandi, iudicandi, ambulandi, *uid. l. 60 pr. de condit. et demonstrat. l. 218 de uerb. signific. et ad eam Alciatus, et Duarenus, lib. I, disputat. anniuers. cap. 90.* hic tamen angustius sumi, ex eo intelligimus, quod uerbo dandi opponitur, uti et saepe alias, praecipue in ueteri illa actionis in personam formula, DARE FACERE, § 1 *de act.* § 2 *quib. mod. oblig. toll. l. XV.III, § 1, de acceptilat. l. 18 comm. praed. l. 13 de inoff. test.* qua formula id, quod erat aliqua de causa siue dandum, siue faciendum, peti solebat. *l. 25 pr. de oblig. et act.* ita, ut dare et facere pro separatis haberentur, et alterutrum tantum deberetur. *l. 53 pr. de uerb. signif.* quibus conuenienter has duas stipulationum species ita interpretamur, ut, in quibus res, siue corporales, siue incorporeales, siue species, siue genera, uersantur, illae in dando consistere dicantur, illae in faciendo, quibus facta continentur, ut ire, agere, et alia. *uid. Brechaeus, ad l. LXXXVIII de uerb. signif. num. 13, seqq.* hac enim sententia dixit Iustinianus, § 7 *de uerb. obligat.* non solum res in stipulatum deduci posse, sed etiam facta, et hoc uerbum FACTA tam late

late patere innuit, ut etiam non facta comprehendat, cum hanc stipulationem, *aliquid fieri*, et illam alteram, *aliquid non fieri*, in pari causa statuit: quae posterior stipulatio et a Paulo, *l. II, § 5, de verb. obl.* in facto esse dicitur. omnino recte. nam hoc ipsum non facere, uerbi causa, dolum non admittere, non ire, non agere, facere est, quoniam in his omnibus, et aliis, quae sunt his similia, pluribus, qui non facit, sibi imperat, et se continet, ne faciat. quod clarissime confirmatur *in leg. 121 de reg. iur.* his omnino uerbis: *qui non facit, quod facere debet, uidetur facere aduersus ea, quae non facit: et qui facit, quod facere non debet, non uidetur facere id, quod facere iussus est.* add. *l. 50 pr. de verb. obl. l. 83. cod.* Elbert. Leonin. *lib. I, emendat. cap. 17, num. 3.* Praeter has meminit Iustinianus etiam stipulationis ex dando, et faciendo, mixtae, *in l. 13 C. de contr. et committ. stipul.* cuius generis est, si quis promittit, se rationes redditurum. ibi enim incipit quidem res a facto, peruenit autem ad pecuniam, *l. 82 de condit. et demonstrat.* debet nempe promissor legendas offerre, rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe, an improbe referantur, accepta recte relata sint, an non recte. et hoc est in facto. sed rationibus redditis, quia raras sunt pariaciones, quas uocat Scaeuola, *l. 67 de condit. indebit.* hoc est, quia raro paria expensa sunt acceptis, haec enim uis est huius uerbi *pariatio*, uid. Anton. Augustin. *lib. III, emendat. cap. 12, Steuuech. ad Arnob. aduers. gent. libr. VI, pag. 140, Schubart. de administrat. rer. ad ciuit. pertinent. § 51,* quoniam igitur plerumque reliqua trahuntur, superest, ut et illa solui debeant, quod totum in datione consistit. apparet
 F- ergo,

ergo, stipulationem de reddendis rationibus esse ex dando, et faciendo, mixtam

XIII Porro sunt hoc loco multi, et hi quidem egregie docti, iurisperiti, Zasius, Duarenus, Donellus, Giphanius, *ad l. 72 pr. de verb. oblig.* Goeddeus, *de contrah. et committ. stipulat. cap. VIII, concl. 4.* Franciscus Mantica, *de tacit. et ambig. conuent. libr. XIII, tit. 23.* Stephanus Gratianus, *discept. for. tom. V, discept. 495, num. 35.* Strykius, *de cautel. contract. sect. II, cap. 5, § 5.* Burchardus Bardili, *de faciend. obligat. thes. 69, sqq.* Cornelius Eckius, *thes. iur. controuers. part. II, thes. 454.* Iacobus Vuiffembachius, *ad π. de verb. oblig. thes. 8.* una cum aliis pluribus, qui sibi persuadent, proprium quoddam ius esse stipulationum dandi, et faciendi, sed plane diuersum, ita, ut in dandi stipulationibus ipsa res in obligationem ueniat, quae uerbis comprehensa est, nec quidquam petatur aliud: ex stipulatione autem faciendi non omnino factum, uerum id, quod interest, solum debeatur. Et de priori quidem nulla lis est, debere scilicet rem ab eo, qui eam dare pollicitus sit, et tradere, quanquam habeat, tamen nolit, auferri, etiam militari manu, *arg. l. 68 de rei uind.* add. Bynckershoek. *lib. III, obseru. cap. 14.* nec ipsi concedendum esse, ut liberetur praestando id, quod interest, cum aliud pro alio inuito creditori solui, et leges, *l. II, § 1, de reb. cred. l. 80 de solut. l. 16 C. eod.* et sana ratio, prohibeant. nam secundum definitionem obligationis in *pr. inst. de oblig.* adstringitur debitor necessitate eius rei soluendae, quam debet, fides quoque promissorum eo modo implenda est, quo conuentum est: hinc consequitur sua sponte, si debitori aliud, quam debet, aut promisit,

misit, soluere liceat, id totum repugnare naturae obligationis, nisi iustam causam adferat, cur utique praestare non possit, ut puta, si res perierit, si seruus debitus decesserit, quo casu necessitati parendum est, et uel aestimatio praestanda, uel si quid aliud debitor habet. *l. 8 de condict. furt. l. LXX, § 3, de legat. 1, l. XXXVIII, § 1, cod. l. LXXXII, § 1, de uerb. obligat. l. 91 pr. cod. auth. hoc nisi debitor C. de solut. Rittershuf. ad nouell. part. III, cap. 3, num. 4.* Tantum quaeritur de posteriori, qua ratione fiat, ut in obligatione quidem dandi res stipulatione comprehensa, fundus uerbi causa, non aliud debeatur: in stipulationibus autem faciendi fides impune falli posse, in locumque facti, quod promissum erat, obligatio ad id, quod interest, succedere, eius denique praestatione liberari debitor putetur. certe tam haec sententia a Corasio, *lib. II, miscellan. cap. 3,* Cuiacio, *ad l. II, § 5, de uerb. oblig. Vasquio, lib. I, illustr. controu. 25, num. 33, seqq. Pufendorfio, de iur. nat. et gent, lib. III, cap. 7, § 4,* Hubero, *praelect. ad instit. de uerb. oblig. posit. 5,* Thomasio, *de arrb. emtion. § 20, et de pret. affection. cap. II, § 4, 9,* aliisque fortiter repudiata, quam ab his, quos ante nominavi, studiosè defensa fuit, quod si enim ex stipulatione faciendi solum id, quod interest, siue pecunia, debetur, illud autem, quod fieri promissum est, non item: profecto non oportuit iurisconsultos dicere, alias stipulationes in dando, alias in faciendo, consistere, potius oportuit ingenue fateri, facta in nullam, res in omnes stipulationes deduci, cum sane pecuniam, quam deberi etiam in faciendi stipulatione dicunt, numero rerum eximere non possint. § 1 de reb. corpor. Ratio quidem tanti huius discriminis obligationum faciendi,

ciendi, et dandi, nondum a quoquam, si bene memini reddita est, utique non idonea. Nam, qui cum Duareno, ad l. XIII, § 1, de re iud. Vngbauero nostrate, exercit. Iustin. XI, qu. 2, et Hertio ad Pufendorf. de iur. nat. et gent. lib. III, cap. 7, § 4, hanc proferunt, ueteribus inciuile, et seruituti quodammodo simile, uisum fuisse, quenquam ad faciendum cogi, ubi possit data pecunia creditori satisfieri, si fingunt sibi ritum nescio cuius antiquitatis ex sese, nec tamen, quod uolunt, assequuntur. non inferior, scriptum esse in lege LXXI, § 2, de condit. et demonstrat. cui potissimum innituntur, si Titio centum relicta sint hac lege, ut a monumento legantis non recedat, non esse locum cautioni, Mutianae scilicet, ea quippe ad conditiones, quae in non faciendo conceptae sunt, pertinet. l. 7 pr. eod. nouell. XXII, cap. 43, Balduin. de condition. cap. 8, Brenkmann. de euemat. Modestini. cap. XII, § 2. idque ideo placuisse, quod hac ratione ius libertatis infringatur. immo lubens concedo, non debuisse in hac specie aliter pronunciari. nihil enim multum, ut ait Venuleius, l. 2 de bon. lib. exhib. a specie seruientium differunt, quibus facultas non datur recedendi: adeo, ut maximis saepe criminibus haec tanquam poena, quae barbaro uocabulo *confinatio* usurpatur, olim, et hodie, constituta sit. l. VII, § 19, de interd. et releg. l. 9 eod. et ad eam Brunnemann. P. H. G. D. art. 161, Harpprecht. uol. 1, respons. 14, num. 326, et Stryk. us. modern. lib. XXXXVIII, tit. 22, § 9. Sed quid hoc ad rem praesentem? an, si libertati contrarium est, homines sui iuris, sine causa, ab aliis retineri, continuo illicitum quoque erit alterum ad ea, quae facere promissit, praestanda cogi? quis non uideret inconsequentiam prolata argu-

argumenti? aut, si ita se res habet in obligationibus faciendi, similiter et in stipulationibus dandi libertas laedetur, si debitori iniungetur ipsam rem debitam tradere, si non integrum ipsi erit, praestando id, quod interest, aere alieno se exsoluere. ita quocunque se uertant, aut nullis praetextus conseruandae libertatis proderit, aut omnibus, hoc est, non iis modo, qui facere reculant, sed et his, qui dare: quae plane sententia euerriculum est omnis fidei, et iustitiae. Nam Ulpianus *l. IIII, § 10, de poen.* non modo non confirmat eorum opinionem, sed et refutat. ait, *iniciuiles esse poenas, inuitum hominem iubere facere, quod non potest, uerbi causa, negotiari.* bene. sed, si quis ipse non coactus facere promiserit, si facere queat, iam haec satis iusta uidetur eius ad hoc faciendum compellendi causa. Est igitur omnino haec lex, et natura stipulationis, ut, quod alius stipulatus sit, alius promiserit, id alterum alteri, promissorem scilicet stipulatori, praestare oporteat. § *f. de oblig. ex conf. § 9 de action. l. 7 de neg. gest. l. 99 de uerb. oblig.* ex hoc concludi debet, si quis sponderit, se facturum, opus uerbi causa, eum sese operis faciendi necessitate obstringere, nec, si paratus sit pecuniam dare, ut alius faciat, audiendum esse. *argum. l. XI, § 25, de legat. 3, l. 68 de rei uind. l. III, § 3, commodat.* inter artifices enim longa est differentia et ingenii, et naturae, et doctrinae, et institutionis, ut scribit Ulpianus *l. 31 de solut. et liberat.* Haec si uera sunt, sunt autem uerissima, quid igitur est, quod tam multis iuris nostri locis contrarium expressum est? ut, si quis facere promittat, et per eum stet, quo minus faciat, ob idque stipulatoris interit, pecuniam dare debeat, non

autem ipsum praestare factum. *l. XIII, § 1, de re iudic. l. 68, l. 72 pr. l. 81 pr. l. 84, l. CXII, § 1, de verb. obligat.* Nempe hoc ego neque creditoris, neque debitoris, contemplatione factum, sed ex ipsa rei natura eductum, esse credo: ut, si quis tam obstinato sit animo, tamque proposito sui tenax, nunquam ut facere velit, res tamen exitum habere possit. nam si quis facere, de quo conuenerat, nolit, si ius alteri suum tribuere recuset, nullum iam superest remedium, quo eum, non dicam stipulator, sed magistratus, ad factum cogere possit, ut recte monuit uir consultissimus, Georgius Beyerus, *ad tit. π. de oblig. et action. posit. XI, pag. 574.* Dices: posse frangi ceruices hominis multa, carcere: posse in uincula coniici, ad opus publicum tantisper damnari, dum ad praestandum promissum cogitationes suas conferat: nullam itaque necessitatem cogere, eius, quod interest, rationem haberi. sed parum proficis. saepe enim res adeo parui momenti est, ut nulla facile sit minoris. eiusne igitur rei causa tu libero homini compedes imponi, uel multam, iusseris? uereor, ne durius sit hoc remedium ipso malo. Saepe stipulationes in non faciendo conceptae sunt. quid igitur, si contra factum fuerit? quod nemo adhuc potuit, id tu efficies seueritate tua, factum infectum ut fiat? Taceo, quod saepe facta quoque sunt eiusmodi, ut amplius praestari non possint, puta, si quis mihi promiserit certam operam, comitari me in certo aliquo itinere, et similia. hic, si iam confectum sit iter, et magistratus grassetur eo modo, quo dixi, consequetur stipulator omnino nihil: multum contra, si agat ad pecuniam, quatenus si factum fuisset, damnnum non sensisset, lucrumue consecutus esset. Et quid tan-

randem? si debitor similis sit Leonidae illi Plautino, *Asin.*
act. III, scen. 2, u. 28, 29,

*qui saepe ad languorem sua duritia dederat octo
 ualidos lictores, ulmis affectos, lentis virgis*

talis igitur si sit debitor, nonne, tergi sui fiducia, iube-
 bit praetorem, qui ipsum aliquid facere uelit, haec alii
 canere? aut numquid ea re creditor suam conditionem
 putabit factam esse meliorem? immo ne digitum qui-
 dem eius causa, si sapit, porriget. Sic igitur circum-
 spectis omnibus nihil occurrit, quo magis uel perfidia
 debitoris coerceri, uel commodo creditoris consuli pos-
 sit, quam, si facto non praestito pecuniam dare oporteat,
 et agere in id, quod interest, liceat. Romanis certe
 adeo placuit haec opinio, ut debitor post elapsum tem-
 pus, facto praestitutum, et postquam litem creditor con-
 testatus est, ne quidem faciendo liberetur. *l. 84 de urb.*
oblig. credo, quod iam praesumatur, pluris interesse sti-
pulatoris, quam quanti factum nunc est, aut constat pro-
missori

XIII De sequenti diuisione, quae ad stipulationes
 diuiduas, et indiuiduas, pertinet, perplexa est, et uehe-
 mens disputatio, quam, ut facilius assequamur, consi-
 derandum est, res non solum corpore, et naturaliter, ue-
 rum etiam ciuilitate, et intellectu, diuidi solere. sunt enim
 quaedam res, quae si naturaliter diuiderentur, neutri
 prodessent, sed corrumperentur, et interirent. quod si-
 gnificatur illo Cascelliano, apud Quintil. *lib. VI, de in-*
stitut. orat. cap. 4, et Macrobi. *lib. II, saturnal. cap. 6, na-*
uem si diuidis, nec tu, nec socius, habebitis. et pertinet
 huc

huc illud uasre factum a Q. Fabio Labeone, si uera sunt, quae prodidit Valerius Maximus, *lib. VII, cap. 3, n. 7.* nam apud Liuium, optimum auctorem, *lib. XXXVIII, cap. 38,* talis de Fabio nulla suspicio est. Hinc autem apparet, quomodo sint explicandae leges, quae de partibus hominis debiti loquuntur, *l. II, § 1, et l. LIV pr. de uerb. obl. l. IX, § 1, de solut. l. XXIX eod.* nam diu meliora, quam, ut quenquam tam insipidum credamus, ut sibi carnificinam aliquam fingat, ubi liceat homines secare, et occidere, attributa cuique creditorum cadaueris parte: quae stulta crudelitas XII tabulis perpetram tribuitur. uid. Bynkerhoek. *lib. I, obseruat. cap. 1,* et Schubart. *de fat. iurisprud. exercit. II, § 47, 48.* nempe intelliguntur partes indiuisae, quae quanquam natura non sunt, tamen utilitatis causa distinguuntur mente tantum, et cogitatione, nec sunt aliae ab aliis separatae, sed inuicem confusae, nihil denique mutant, et, statu rei non minus, ac prius, integro manente, tantundem fructus, quantum discretas, atque etiam amplius, afferre nonnunquam possunt. ueluti seruus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indiuisis, ut intellectu magis partes habeant domini, quam corpore, et ideo si quid stipulatur, uel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent. *l. 5 de stipul. seruor.* naturalis contra diuisio multis urgetur incommodis, dominorumque, aut eorum, qui partes rei sibi habere uolunt, utilitati quam maxime aduersatur, propterea quod praeter eos, quae pondere, numero, et mensura constant, ubi non corpora, sed quantitas, spectantur,
l. XIII,

l. XIII, § 2, de reb. cred. l. LXXXIV, § 1, de solut. l. XVIII, § 2, de condict. indeb. praeter has, inquam, nullae omnino res secari in partes distinctas possunt, quin aut amittantur, aut deteriores fiant, aut certe, quae antea fuerant, diuisione esse desinant. animal, hominem, si diuidis, occides: nauem, aratrum, uehiculum, scyphum, si fecas, perdes: fundus, etsi regionibus facile diuiditur in partes, tamen solidus tum non manebit, sed quaeuis pars totum fiet, ac fundus appellabitur, *l. 25, et 60, de uerb. signif. et ad cam Brechacus, et Goeddeus.* itaque in usu iuris, ubi de rebus diuiduis, et indiuiduis, discribitur, plerumque partes indiuisas, raro diuisas, intelligimus. Secuti igitur ueterem glossographum, Petrum, Bellaperticensem opinor, narrante Bartolo, *ad l. 72 de uerb. oblig.* diuiduas res illas uocamus, quarum singulae partes, ciuilibiter acceptae, ceteris paribus, idem utenti commodum afferunt, quod totum, ut ager, ut fundus, ut uehiculum, et aliae res eiusdem generis. ex quo sequitur, quia contraria inter se opposita sunt, illas esse indiuiduas, quarum partes ipsae per se nullam, non tantam certe, quantam totum, utilitatem praestant, ut sunt seruitutes praediorum, non minus rusticorum, quam urbanorum, ut et usus, et habitatio, itemque operae seruorum. *l. II, § 1, et l. LXXII pr. de uerb. oblig.* uide Eguinarium Baronem, elegantissime de his exponentem, *lib. II, de diuid. et indiuid.* add. Molin. *labyrinth. de diuid. et indiuid. part. 3,* Horomann. *quaest. illustr. 18 --- 22,* Gomez. *tom. 2, uar. resolut. cap. 10.* Nam si quis, uerbi causa, ex seruitute itineris aliquid diminuerit, continuo tota seruitus peribit: nisi enim non in-

G

terru-

terrupte ex tuo ad meum perueniri possit, aut nisi, cum semel ingressus sum tuum fundum, mihi liceat inde egredi ad meos fundos, ad quos seruitus pertinet, quid proderit, ire ad dimidium iter, deinde consistere, denique rebus infectis domum redire. add. Scip. Gentil. *de donat. inter vir. et uxor. lib. I, cap. 13.* sic utum si diuidas, protinus inutilem efficies. usus enim significat cuiusque rei utilitatem, quae, nisi integra, nulla est, ut luminis in candela: uersatur in facto, nec post factum aliud quidpiam, quod diuidi possit, post se relinquit. solus usufructus, quippe non in facto solum consistens, diuiduus est, cum restent post factum etiam fructus, quos diuidi nihil impedit. itaque uti frui pro parte possumus: uti pro parte non possumus. uid. *l. 19 de us. et habitat.* Alciat. *libr. I, paradox. cap. 17,* Ludouicus Bologninus, *ad l. III, § 1, de uerb. oblig.* Schilter. *exercit. XXVIII, § 17, lit. A.* sed apparet, quae res diuiduae sint, quae non: de factis autem, quae in stipulationem deducuntur, tenendum est, ea quoque non minus ac res, uel diuidua, uel indiuidua, esse. ac diuidua quidem ea dicuntur, quae pro parte fieri possunt, pro parte possunt et non fieri. quae igitur tota, et in solidum fieri necesse est, illa indiuidua erunt. *l. III, § 1, de uerb. oblig.* utriusque generis plura reperire est in libris nostris exempla. Prioris est hoc: *amplius non agi,* puta condictione certi, uel depositi, uel comodat, uel alia quauis actione. qui enim promittit, se amplius eo nomine non petiturum, utique factum sponder, seu manus, non factum, quod generali factorum nomine contineri paulo ante diximus, § 12. Porro hoc factum diuiduum est. possum enim promittere, alteram me debiti partem

partem remissurum; alteram exacturum. add. Briffon. *lib. IV, formul. pag. 392, et lib. VI, pag. 573.* plane stipulatio quoque, *rem ratam haberi*, diuidua est. finge Titium promississe, se, heredemque suum, ratum habiturum, quod cum procuratore suo actum erit: procuratorem deinde nomine Titii egisse de certa specie, aut quantitate, et licet contra ipsum datam esse. inter haec Titium uita decedere, uni ex heredibus eius rem iudicatam displicere, agere denovo. quaesitum est, utrum tota hoc facto stipulatio, an eius tantum pars aliqua commissa sit? et puto, quia nonnisi partem petere heres ille potest, cum ipso iure ea, quae in nominibus sunt, in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum diuidantur, *l. 6 C. fam. erisc.* quia, inquam, factum diuiduum est, stipulationem tantum pro parte committi, hoc est, stipulatori quidem licere iam suo arbitratu agere contra hunc heredem, non autem contra coheredes reliquos, qui contra stipulationem non uenerint. Ad posterius autem genus, indiuiduorum nempe, pertinent haec, *iter fieri, habere licere, per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat. l. II, § 5, et l. III pr. et l. III § 1, et l. LXXII pr. de uerb. obligat.* Hardeuic. Dassel. *de diuid. et indiuid. stipulat. num. 101, seqq.* Laelius Taurellus, *ad Catonem et Paulum, p. m. 330.* Restat, ut differentia inter diuiduas, et indiuiduas, stipulationes explicetur: quam quia iam dudum eleganter, et accurate, tractarunt duo doctissimi uiri, Antonius Faber, *lib. III, coniect. cap. 7,* et Iohannes Strauchius, *dissertat. Iustin. XIII, aphor. 3, seqq,* nos eam breuiter, illorum magis, quam nostris, uerbis exponemus. Nempe, si diuidua in stipulationem deducta sunt, defuncto stipulatore, aut promissore, inter heredes ipso iure diuiduntur, siue in dando,

siue in faciendo, stipulatio concepta sit. sed de indiuiduis cum quaeritur, scire decet, aliud esse in dandi, aliud in faciendo, obligatione cautum. etenim si dari quid, quod indiuiduum sit, oportet, heredes promissoris in solidum singuli conueniuntur, nec pro parte soluendo liberantur. sed si quid fieri conuenit, distinguendum est inter heredes stipulatoris, et heredes promissoris. nam si promissor plures heredes reliquerit, et unus ex iis fecerit, quod non fieri oportuit, indistincte dici potest, ceteros quoque teneri, sed familiae exciscundae iudicio repetere posse, quod praestiterint, ab eo, cuius facto stipulatio in solidum commissa est. si uero stipulator pluribus heredibus relictis decesserit, uidendum est, an stipulationi poena aliqua adiecta sit, nec ne. poena enim non adiecta stipulatio non committitur, nisi pro parte eius, qui prohibitus, uerbi causa, fuit ire agere. ceterorum enim nihil interest. poena autem adiecta facit, ut in solidum committatur stipulatio, hoc est, ut quisque pro parte hereditaria ex stipulatu agere possit. ibi enim non iam, quid singulorum intersit, sed quantitas poenae inspicitur, item an extiterit conditio stipulationis. hactenus fere illi, cum quibus, ne quid desit, coniungi possunt, Franciscus Balduinus, *de diuis. stipul. pag. 293 - 325*, Aug. Hofmann. *de indiuiduitat. cap. III, sect. 2*, Eifenhart. *de iur. patrimon. diuid. et indiuid. cap. 3*, et Schilter. *ex. III, § 25, seqq*

XV. Atque ut tandem hunc de diuisione stipulationum locum absoluam, earum aliae sunt iudiciales, aliae praetoriae, aliae conuentionales, aliae communes, id est, nunc praetoriae, nunc iudiciales. *l. 5 pr. de uerb. oblig. et t. t. inst. de diuis. stipulat.* Haec diuisio ualde olim obscura fuit iis, qui officium praetoris a iudicio

ficio

ficio distinguere non norant: inde factum, ut glossographi nunquam sibi minus, quam hic, constarent, nihilque afferrent; praeter inspidas quasdam ariolationes, quae uel lenissimo commouere bilem queant. quod et accidit aliis, eos secutis, et in his, quod miror, Vdalrico Zafio, *ad d. l. 5 pr. de uerb. oblig. n. 4, p. m. 130*, Ioa- chimo Mynsingero, et Iohanni Schneideuino, *ad d. t. inst. n. 3*, qui, cum ad hunc locum perueniunt, ordiuntur longum et miserabile carmen de duplici praetore, altero uiuo, altero mortuo, deinde crepant nescio quid de utriusque muneribus, et edictis, denique dubium le- ctorem ipsi dubii dimitunt. uerum de illo diuerso praetoris, et iudicis, officio satis multa ex fontibus dixisse uidemus, *altera de incendiis disputatione, chart. III, sqq.* eius igitur rei interpretatio inde petenda est. add. Reinold. *ad Mercer. conciliat. not. 118*. Habet interim haec diuisio permagnam in iure utilitatem, utpote quae, si recte explicata fuerit, illud ostendit, non omnes stipulationes a conuentione reorum incipere, sed et quasdam esse necessarias, ad quas cogi certis de causis inuiti possint. Sunt autem stipulationes iudiciales, quae a mero iudicis officio proficiuntur: *d. l. 5 pr. de uerb. obl.* post acceptum scilicet iudicium, ubi demum iudici omnium rerum officium incumbit. nam ante litem contestatam nullam profus ille potestatem habet. *nou. LIII, cap. 4 pr.* et Donel. *l. add. l. V, n. 10*. talis praeter ceteras est cautio de dolo: quod Theophilus, Graecus interpres institutionum, *ad § 1 de diuis. stipulat.* tali demonstrat exemplo: si reus conueniatur actione noxali, ut aut seruum noxae dedat, aut damnum ab ipso datum resarciat. iam si damnum pluris

lit, quam seruus, alterum fieri fere non potest, quin illum actori ob noxam reus tradat: alterum fieri profecto potest, ut reus, alieno inuidens commodo, uenenum prius seruo bibendum offerat, quam eum actori obnoxium faciat. ne igitur seruo post finitum iudicium mortuo deterior esset actoris conditio, quam dudum, nam iterum agentem repellit exceptio rei iudicatae, *l. 13 C. de usur. l. 4 C. depof.* inuentum est huic malleo manubrium, cautio de dolo, qua, ut consulitur actori, ita rei malitiae fibula imponitur. Praetoriae stipulationes sunt, quae a mero praetoris officio profisciscuntur. *l. 5 pr. de uerb. obl.* merum autem nihil aliud est, quam solum. uid. Borcholt. *de uerb. obligation. cap. II, num. 150.* addit Pomponius, *d. l. 5 pr.* praetorias stipulationes sic exaudiri oportere, ut in his contineantur etiam aedilitiae. quare? quia et ipsae ab iurisdictione ueniant. ab iurisdictione, inquit: praetoris nempe. ita enim Iustinianus, § 2 *de diuis. stipul.* breuem Pomponii orationem supplet. uerum sunt eruditissimi quidam interpretes, Duarenus, Cuiacius, Donellus, Charondas, Giphanius, *ad d. l. 5 pr. de uerb. obligat.* Eguinarius Baro, Ruffardus, *ad d. § 2 de diu. stipul.* Borcholtus, *de uerb. obl. cap. II, num. 172,* et alii forte plures, qui non ferunt hic praetorem, sed expungendum nomen eius, aut aediles substituendos, censent. mouet eos, quod ita scripsit Theophilus, his uerbis: *τάς τας ἐν τῆς τῶν αἰδιλίῳ ἰουστίνιανος ἔχεν τὴν γένησιν συβόλων.* magnus auctor uidelicet, et dignus, cuius gratia Iustinianus deferratur: nisi forte ideo plus uiderit, quia Graece scripsit. mihi quidem praetoris non modo non superflua, sed et ualde necessaria, aedilium autem prorsus aliena ab hoc loco



loco mentio uidetur. nam cum Pomponius, et Iustinianus, docere uelint, qua de causa nomine stipulationum praetoriarum significantur etiam aedilitiae, nonne nugantur, si pro fundamento huius sententiae ponunt id, quod ueniant a iurisdictione aedilium. nam si ita est, non uenient a iurisdictione praetoris, ergo et sine dubio nec erunt praetoriae, nec appellatione praetoriarum continebuntur. uolo certe uidere, quomodo ex his laqueis explicentur illi, qui adeo uocem *praetoris* oderunt, tanquam alieno operi agnascantem: cum ea retenta, aut, ubi deest, intellecta, nihil sit, quod non facillime exponi queat. Licet enim aediles, quarum rerum iurisdictionem habebant, de his edicta quoque proposuerint, uid. Strauch. *dissert. aedilit.* I, cap. 1, § 3, et Euerard. Otto, *ad l. XXVII*, § 28, *ad leg. Aquil. thes.* 41, tamen, quia ministri tantum alterius potestatis, et magistratus, cum aliis in rebus, tum in iure dicundo fuerunt, Dionys. Halicarnass. *lib. VI*, quia item ius praetorium tam late patet, ut omnium magistratum iurisdictione eo nomine appelletur, quod docuit multis et rationibus, et exemplis Antonius Contius, *lib. II, subseciu. lection. cap. 19*, non iam immerito dicitur, stipulationes aedilitias in praetoriis contineri, quia ab iurisdictione praetoris ueniant, id est, causam inde originemque suam capiant, eique iurisdictioni ueluti subseruiant. uid. Scip. Gentil. *de iurisdictione. lib. I, cap. 31*, Ioh. Crispin. *ad § 2 de diuis. stipulat.* Ceterum tres illas praetoriarum stipulationum species, de quibus est *in l. 1 de stipul. praet.* lubens praetermitto, ut satis ab Antonio Fabro, *lib. III, coniectur. cap. 1, et de error. pragmat. decad. LXX, error. 6*, subiectis exemplis declaratas. Conuentionales sunt, quae

ex conuentione reorum, id est, utriusque partis contrahentium, fiunt. quarum totidem genera sunt, quot, pene dixerim, rerum contrahendarum, ut idem ait Pomponius *l. 5 princ. de verb. oblig.* itaque non necesse erit, aliquas illarum proponere. nemo enim temere tam incuriosus est rerum familiarium, qui non aliquos negotiorum, obligationumue contrahendarum, modos norit, ex quibus eligere, quos uolet, iisque illustrare hanc definitionem poterit. Communes denique stipulationes illae uocantur, non, quae eodem tempore iudiciales sint, et praetoriae, quod fieri non potest, cum distinctae sint partes praetoris, et iudicis, sed, quae nunc officio praetoris, nunc etiam officio iudicis, interponuntur, ueluti stipulatio *rem saluam fore pupilli.* nam et praetor iubet, rem saluam fore pupillo, caueri, et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest. praetor quidem iure ordinario curare debet, ne pupillorum negotia a tutoribus consumantur, uel diminuantur, et idcirco iubere, ut ante, quam eis tutela committatur, eo nomine satisfiant. *pr. de satisfd. tut.* interim tamen fit, ut tutor satisfactionem, quam debet, non interponat. *l. 5 C. de tutor. uel curat. qui satis non dedit,* cui deinde, ubi nomine pupilli experiri iudicio uoluerit, exceptio non praestitae satisfactionis opponi utiliter potest. ita enim tutoris comparata est ratio, ut, nisi pro tutelari officio cauerit, nullam obtineant, quae ab eo gesta sunt, firmitatem. *l. 3 C. d. t.* ergo aut deserenda lis, aut satisfidandum erit, eiusque rei cura, quia iam constitutum est iudicium, non ad praetorem, magis ad iudicem pertinebit. uid. Brisson. *lib. V de formul.* Eas postremo diuisiones, quae non sunt stipulationum propriae, sed illis cum

factis communes, non puto oportere exponi, ne, si id fiat, a proposito nimium aberremus, praecipue cum alia maiora supersint

§ XVI Nam scriptum apud plerosque inuenio, stipulationem, quae causam, quare dare, aut facere, debeas, adiectam non habeat, nullam esse: cuius sententiae auctores prolixo, ut solet, ordine laudauit Berlichius, *decis. 96*, et Engelbrecht. *de instrum. indiscret. sect. II, § 4.* illam enim summam iniquitatem putant, obligari me tibi ad dandum, uel faciendum, uerbis duntaxat, cum inter nos nihil praeterea rei sit. itaque, nisi ea uerba negotiis interueniant, nihil agi credunt, sed mihi non persuadent illi aut suam sententiam, aut aliquam iniquitatem. quin existimo potius, inter stipulationem, et contractus ceteros, esse nullam hac in parte differentiam, et quemadmodum hi non desiderant causam, aut obligationem, cui innitantur, antecedentem, ita stipulationem, ad quam consentiens utrinque uoluntas accesserit, ipsam in se satis habere negotii, nec aliud quippiam, ut consistere possit, extrinsecus accersi debere. argumento est, quod iurisconsulti, cum agunt de modis acquirendi rerum dominii, stipulationis mentionem identidem faciunt. *l. X, § 1, de acquir. rer. dom. § 3 per quas person.* uolunt igitur, etiamsi alia ratio promittendi non adsit, tamen acquiri dominium, tantum, quod stipulatio intercesserit. est ergo stipulatio, etiam sine causa, satis per se ualida. quid opus est uerbis? ipse horum pergit, ni fallor, Ulpianus, cum *in l. XFVIII, § 5, de donat.* quae est *ex lib. 76 ad edictum*, ait: *sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem.* eae igitur sti-

H

pula-

pulationes, quae ob nullam causam fiunt, donationem habebunt. dum enim ex duobus propositis unum negat, alterum tacendo concessit, ut inquit diuus Gregorius, *in cap. V, § 1, X de praesumpt.* et est hoc argumentum, desumptum a contrario, fortissimum, praefertim, quia nulla neque lex, neque ratio, repugnat, nihilque absurdi ex eo sequitur, ut tradunt interpretes *ad l. 15 C. de episc. et cler. add. l. 21, et l. 108, de verb. oblig.* et Scip. Gentil. *de de donat. inter uir. et uxor. lib. III, cap. 19.* sic mihi placeat, nec muto sententiam, licet Vlpianus *eodem libro 76 ad edictum, nempe in l. II, § 3, de dol. mal. et met. exception.* scripserit: *si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit,* quae lex interpretibus huius, quem dixi, erroris causam praebuit. Et sunt ea uerba calumniae obnoxia, si sola proferantur. ceterum, ubi quis totam legem, secundum monitum Celsi *l. 24 de leg.* perpexerit, aliter sentiet. non enim Vlpianus de ea stipulatione loquitur, ad quam sciens, prudensque, alter sine causa respondit. hanc ualere ipse non obscure *d. l. XVIII, § 5, de donat.* innuit. aliud igitur agat, necesse est. uoluit nempe docere, si quis stipulanti promiserit centum, putans fuisse causam, quamobrem debeat promittere, deinde postea resciscat, eam causam falsam esse, tum stipulatori, ex ea stipulatione experienti, doli mali exceptionem nocere. finge: Titio centum legata sunt testamento. ex his quinquaginta codicillis posterioribus adempta. codicilli latent. heres Titio stipulanti centum solida promittit, fidem testamenti secutus. hic si codicilli deinceps emergant, et legatarius ex ea stipulatione integra centum petat,

petat, summoueri eum doli mali exceptione posse, Vlpianus tenet. *l. 36 de uerb. oblig.* idemque intendit in *d. l. II, § 3, de dol. mal. et met. exception.* Constat igitur, stipulationem etiam nulla de causa contractam, ualidam esse, saltem uim donationis habere. uid. Hilliger. *ad Donell. lib. XXII, cap. 6, lit. K,* Bachou. *ad Treutler. disp. 27, thes. 1, lit. A,* Eck. *thes. iur. controuers. part. II, thes. 447*

§ XVII Non minus percreebit in iure nostro Aquiliana stipulatio, ab auctore, C. Aquilio Gallo, maximae apud populum auctoritatis uiro, *l. II, § 42, de orig. iur.* nomen adepti. Res ita habet. regula iuris Romani erat: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissoluere, quo colligatum est.* ideo uerborum obligatio uerbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissoluitur. *l. 35 de reg. iur.* hac regula quid contineatur, planum est. sed incidunt saepe tempora, quibus illi satisfieri non potest. ecce, cum re contrahimus, ueluti cum mutuum damus, re quoque liberari fides debet, secundum superiorem regulam, id est, tantundem pecuniae retro solui. *l. 80 de solut.* quid autem, si res eo rediit, ut reddi pecunia nequeat, debitorque ad aliud uel dandum, uel faciendum, se offerat? ueteri iure manebat obligatio. non enim erat eo modo soluta, quo quaesita, quod fieri oportuit. *l. 46 de adquir. uel amitt. poss.* Tandem inuenus est is, quem dixi, C. Aquilius, qui huic incommodo obuiam iret, excogitato remedio, quo effectum est, ut quo recta non licebat, eo per ambages perueniretur. id remedium est huiusmodi. iubet Aquilius debitorem operam dare, ut praecedens obligatio,

tio, re contracta, transfundatur stipulatione in aliam, nempe uerborum obligationem, ipsa autem stipulatio per acceptilationem perimatur. hoc ideo, quoniam acceptum fieri non potest, nisi quod uerbis colligatum est. *l. VIII, § 3, de acceptilat.* Formula huius Aquilianae stipulationis extat in *l. XVIII, § 1, eod. et § 2 quib. mod. toll. obl.* fuit autem eius permagnus olim in transactionibus usus. *l. III, et l. V, et l. XV, de transact. l. III, et l. III, et l. XV, et l. XXXX, C. eod. add. Bynckerf. h. lib. III, obseruat. cap. 2, Grauin. spec. prisci iuris, p. 305, 306*

§ XVIII Piaculum sit, non meminisse eius stipulationis, quam sua Iustinianus fictione introduxit, insolenti illa quidem, et nimia, sed tamen, in illa omnium Latinarum constitutionum longissima, *l. un. C. de rei uxor. act.* Nam cum olim de re uxoria duae proditae essent actiones, altera ex stipulatu, si, eius soluto matrimonio restituendae causa, interposita esset stipulatio, altera rei uxoriae, si nihil de restitutione expressum foret. *uid. Cuiac. recitat. ad b. t. C. p. m. 313, et Vuiffembach. comment. ad eund. tit. C. p. 149.* Iustinianus ex duabus actionibus unam fecit, et quamuis non intercessisset stipulatio, fingi tamen illam, ex eaque semper agi posse, uoluit: longius deinde progressus fanciuit, etiamsi stipulatio facta sit, tamen non quaeri debere, legitime sit, an minus, utilis, necne. nam, etsi facta sit non legitime, et inutiliter, tamen adiuuari eam magis, quam euanescere oportere. ita enim argumentatur: se, qui semel non interpositam stipulationem habuerit pro interposita, non minus posse et inutiliter suppositam corroborare, et pro utili habere: aequè ut in conuentionibus, si in instrumento duae sint, uel plures, stipulationes,

nes, earumque alia utilis, alia inutilis, non modo non uitietur utilis per inutilem, sed et inutilis per utilem confirmetur. quod haustum est sine dubio e ueteri iuris prudentia, licet aliud uideatur extare, *in l. 1. § 5. de uerb. obl.* Repudianda est autem distinctio Baldi *in l. un. princ. C. de rei uxor. actio. num. 1.*, qui ait, interesse, utrum interuenerit aliqua stipulatio, an nulla, an denique incertum sit, aliqua interuenerit, nec ne. illic ueram esse, istic fingi, hic praesumi, stipulationem. Baldum sequitur Ludouicus Gomefius, *ad § 29 de actio. num. 23.* et ne uideatur uerba sectari, nulla proposita utilitate, addit de suo, si ficta sit stipulatio, non admitti probationem contrariam, admitti autem, si sit praesumpta. Verum in hac sententia multa sunt, quae mihi non satisfaciunt. primum Iustinianus de stipulatione ita cauit, ut uellet eam semper pro interposita haberi. proinde, si putasset, ad rem pertinere, utrum praesumatur, an fingatur, intercessisse, non uidetur insignem istam differentiam omissurus fuisse. deinde iniquum est, plus tribuere uxori negligenti, quam industriae. id autem sequitur ex illa Gomefiana sententia. nam ea mulier, quae plane rem suam non curauit, agere nihilominus ex stipulatu potest, nec auditur alter, non esse ullam de stipulatione iniectam mentionem probaturus, fictione potius, atque imagine, stipulationis interpositae deluditur. sed si qua solers mulier stipulando sibi cauerit, rei autem gestae memoria oblitterata sit, iam huic nocebit sua sedulitas. haec enim non ficta, sed praesumpta, est dotis stipulatio, inde consequens, secundum Gomefium, probationem contrariam admitti. Denique non potuit Go-



mesius nescire, praesumptionem pro dotis stipulatione, quam ille nobis opponit, uenire ab ipsa lege, non a iudicio hominis, ideoque certam esse, et necessariam. quae autem praesumptiones eiusmodi sunt, illis nullas opponi probationes posse, glossa docet, *ad l. 23 pr. quod met. caus.* et plerique omnes confirmant. uid. Alciat. *de praesumpt. lib. I, quaest. 3, num. 18.* Sed patet Gomefiana fatuitas. add. Vualther. *lib. II, miscellan. cap. 35.* Quae uero alia circa hanc stipulationem constituit Iustinianus, quia sunt ab instituto nostro nimis aliena, nihil necesse est, hac oratione comprehendi. uid. Strauch, *ad edict. de alterutro, § 8,* et Melchior Dethmar Grollmannus, antecessor Giessensis, *dissertatione singulari, de stipulatione interpretatiua*

§ XVIII Ad extremum non satis est, scire, quomodo stipulationes contrahantur, et diuidantur, quibus, aut ad quid profint, et alia similia, nisi et exploratum habeamus, qua uia, quod debetur, ab inuito extorquendum sit, si sponte dare facere nolit. Inde igitur duas proficisci actiones tenendum est, tam conditionem certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. *princ. instit. de uerb. oblig.* Certum est, ut ait Paulus, *l. 6 de reb. cred.* cuius species, uel quantitas, quae in obligatione uersatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis uice fungitur, qualis, quantaque sit, ostenditur. eodemque modo Gaius: certum est, ait *l. 74 de uerb. oblig.* quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit. sic fere species certae sunt: si species intelligimus non eas, quae a dialecticis ita uocantur, sed quae illi uocant indiuidua. hic enim est huius uerbi
apud

apud iurifconsultos usus, ut, cum Stichus et Pamphilus debentur, species dicant deberi: genera autem, si homines, uerbi causa, sine proprio nomine, in stipulationem deducti sunt. *l. II pr. de reb. cred. l. LIII pr. de uerb. oblig.* omnes itaque res corporales, numero ab aliis distinctae, certae sunt, ut scyphus, qui in mensa repositus est, ut solidus, qui in arca seruatur, ut ager Sabinus, et aliae innumerabiles. sed quae a iurifconsultis generaliter nominantur, non prius haberi pro certis possunt, quam si de qualitate, et quantitate, eorum constat. ita, qui promittit uini Campani amphoras decem, incertum promittit. quanquam enim de quantitate dubium non superest, tamen incertum est, quale id futurum sit, bonum an deterius, uetus an nouum. hoc usque adeo uerum est, ut et, si quis stipulatus sit uini Campani *boni* amphoras decem, adhuc incertum uideatur stipulari, quia bono melius inueniri potest. quo fit, quod ait Vlpianus *l. 75 de uerb. oblig.* ut *boni* appellatio non sit certae rei significatiua, cum id, quod bono melius est, ipsum quoque bonum sit. at cum optimum quisque stipulatur, id stipulari intelligitur, cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet, quae res efficit, ut ea appellatio certi significatiua sit. Sed de stipulationibus secundum ius Romanum haec sufficiant. uereor enim, ne plures sint futuri, qui me, quod nimium multa scripserim, reprehendant, quam quod reliquerim quaedam accusent. Si qui tamen plura de hoc genere requirent, ea cognoscere poterunt ex commentariis, quorum ad hunc *de uerborum obligationibus* titulum magna est multitudo, et nescio an ad ullum alium maior. nam post ueteres illos glossographos, *Accursum*, *Bartolum*, *Angelum*, *Fulgosum*, *Cumanum*, *Imolam*, *Castrensem*,
Ale-

Alexandrum, saepe non contemnendos, vires ingenii si experiri in hoc campo uoluerunt *Andreas Alciatus*, *Vdalticus Zasius*, *Franciscus Duarcnus*, *Aemilius Ferretus*, dein *Carolus Molinaeus*, *Eguinarius Baro*, *Iohannes Corasius*, *Ludouicus Charondas*, porro *Iacobus Cuiacius*, *Hugo Donellus*, *Hubertus Giphanius*, denique *Iohannes Goeddeus*, et *Iohannes Borcboltus*, uiri ingenio, et doctrina maximi. qui omnes, quos enim alii commemorarunt, eos, quia nondum usurpauimus oculis, ne fallerem, studio praeterii, ad fastidium usque studiosos huius rei explere, possunt, aut tam in diuersa potius trahere, ut plane, quid eligendum, quid relinquendum sit, ignorent

CAPVT TERTIVM

Perueniendum est ad caput rei, quod totum eo pertinet, ut ea, quae iure Romano in causa stipulationum obtinuisse diximus, nunquam penetrasse in patriam nostram, semperque simplicitatem iuris naturae et gentium studiose conseruatam demonstremus. Iam primum omnium causa introducendae in Germaniam stipulationis cessat. ea causa erat, quod ex nudo pacto non daretur actio. uide *cap. I, § 8.* sed ita Romani: nostra natio fidem semper coluit. audi Tacitum, *de morib. Germanor. cap. 24, aleam*, inquit, *quod mirere, sobrii inter se, cum omnia defecerunt, extremo ac nouissimo iactu de libertate, et de corpore, contendant. uictus uoluntariam seruitutem adit. quamuis iunior, quamuis robustior, alligari se, ac uinciri patitur. ea est in re praua peruicacia, ipsi FIDEM uocant.* quod si tanta fuit datae in rebus ludi-
cris

cris fidei religio, quid putas fecisse, ubi de grauibus tractari coepit, scilicet existimabant, perfido nihil ad summum scelus deesse. loquatur pro me Caesar, *lib. VI de bell. Gall. cap. 23* uerba haec sunt: *ubi quis ex principibus in concilio se dixit ducem fore, ut, qui sequi uelint, profiteantur, consurgunt ii, qui et causam, et hominem probant, suumque auxilium pollicentur, atque ab multitudine collaudantur. qui ex iis secuti non sunt, in desertorum, ac proditorum, numero ducuntur, omniumque rerum iis postea fides abrogatur.* Nec mutauit iste mos frequenti tempore, sed posteris quasi per manus traditus, et ad nos usque propagatus est. de quo superstites ueteris Germaniae populorum leges testantur, nominatim Alamannorum, Baiuuariorum, Saxonum, aliorumque complurium, in quibus altum est de differentia pactorum, et contractuum, de eorum item diuisionibus, silentium, quod satis argumenti est ad demonstrandum, iam olim aequè ex pactis nudis, atque ex contractibus aliis, obligationem moribus Germaniae natam, iudiciumque datum fuisse. hoc amplius in promptu sunt luculenta, speculorum Sueuici, et Saxonici, testimonia, quibus idem diserte ostendi potest. ita enim in hoc, *lib. I, art. 7*, scriptum est: *wer etwas borget / oder gelobet / der soll es gelten / und was er thut / das soll er stedt halten.* in illo autem, *cap. 13*, *was der Mann gelobt / das soll er stedt halten.* add. Schilter. *exercit. XXII, § 26, 27.* adeo uerum est illud Frisiorum apud Tacitum, *annali tertio et decimo, prope finem: NVLLOS MORTALIVM ARMIS AVT FIDE ANTE GERMANOS ESSE.* cui simile est, quod legitur in *rec. prouinc. Pomeran. a. 1608*, *weiln die Vor-*

I

fah-

fahren über den alten Glauben / und Treue / als
über ein köstlich Kleinod steif / und feste gehalten/
apud Kressl. *de iure summo, cap. V, § 2.* Atque hoc sine
dubio fundamentum est peruulgatae illius, tritaque
quotidiano actu forensi sententiae, pactorum nudorum
eam hodie uim, et potestatem esse uideri, quae olim
fuit stipulationum, nempe, ut pariant obligationem,
actioni producendae sufficientem. actionis nomen si quis
edi sibi postulat, non inepte poterit exemplo condictionis
ex lege, condictio ex moribus appellari. uid. Stryk.
de action. forens. inuestig. sect. I, membr. 7, § 3. Istamque
sententiam, certatim quasi, principes pragmaticorum
huius, et superioris, memoriae suffragio suo, certisque
rationibus, et auctoritate rerum iudicatarum, confirma-
runt. ita certe sentiunt Carpzouius, *part. II, constit. 19,*
def. 17, n. 8, Hahnus, *ad Vuesembec. tit. ff. de pact. num.*
10. Gudelinus, *de iur. nouiss. lib. III, cap. 5,* Meuius, *part.*
V, decis. 408, Struuius, *exercit. V, thes. 3,* Groeneuuege-
nius, *ad l. X, C. de pact.* Rachelius, *instit. iurisprud. lib.*
II, tit. 54, § 3, Hoppius, *ad pr. et § f. de oblig.* et quis
non? de ipsa enim quaestione inter omnes conuenit: in
ponendo autem fundamento eius aliquantulum dissen-
tiant. nam Christianus Thomaeus uir illustris, *ad π. tit.*
de pact. p. 61, Iohannes Schilterus, *exercit. VIII, § 5, lit. e,*
Georgius Beyerus, *posit. ad π. pag. 99,* Io. Paulus Kressius,
spec. iurisprud. forens. lib. III, tit. 2, § 4, Christophorus,
Christophori filius, Cellarius, *de poenitent. in contract.*
innominat. cap. 3, ultimam Germanorum recordati me-
moriam, inde usque originem huius sententiae repetunt:
quibus me assentiri res ipsa coegit. Plures contra, ut
Cun-

Cunradus Rittershufius, *differ. iur. ciuil. et canon. lib. III, cap. 1*, Strykius *us. modern. ad tit. π. de pactis*, § 2, nouissime Matthias Steinius, antecessor Rostochiensis, *dissentant. iur. ciuil. et canon. circ. pact. cap. 1*, § 1, dissentiunt, et quod nos moribus Germanorum, id illi iuri pontificio tribuunt, atque hinc demum ad nos deriuatum aiunt, *Hillig. ad Donell. lib. XII, cap. 9, lit. A*. sed tricae sunt, uix dignae seria responsione. quid enim de nobis meruere maiores nostri, ut credamus, semper alienis, nunquam suis, uixisse legibus, et quicquid recti apud eos, bonique, obrinuit, hausisse ab aliis, per se autem ipsos uidere nihil potuisse? aut quare in dubium uocamus adducta modo testimonia? quae omnibus fidem faciunt, pacta a Germanis longe ante pro ualidis habita fuisse, quam ius pontificium ad populi nostri mores, et consuetudinem, inflecteretur. taceo, quod uiri summi, Iacobus Cuiacius, *ad cap. 2, X de sponsal. et matrim. pag. 164*, Franciscus Connanus, *lib. V, comment. iur. ciuil. cap. III, § 6*, Gaspar Zieglerus, *ad Lancellot. lib. III, tit. 3, § 2*, nihil pontificio iure immutatum putant. nam quod *in cap. 1 X de pact.* cautum est, ut pacta custodiantur, intelligendum est, ut quatenus praescripto iuris, et legum, conuenit, custodiantur. nam et praetor in edicto, *l. VII, § 4, de pact.* ait, *pacta seruabo*: et tamen constat, praetorem ex pactis non actionem, sed exceptionem tantum, dare. quoquo modo se tandem res ista habet, sufficit, de ipso iure, quod ex nudo pacto hodie nascatur actio, neminem dubitare. Ipse Iustinianus proxime abest ab hac opinione, cum sanciuuit, ut donationem plenam, et mero, nudoque, pacto constitutam necessarius traditionis effectus sequatur, *l. XXXV,*

§ 5, C. de donat. et nouell. CLXII, cap. I. quanquam ea ratione totum ius uetus mire turbauit, ut eleganter obseruat uir excellentissimus, G. H. BRVCKNERVS, antecessor nostras grauiissimus, patronusque meus summopere colendus, in *progr. de obligatione pactorum nudorum*, a. 1707 *proposito*. uerba ipsa sic iacent: *annon plus inuoluit, concedere alteri rei alicuius proprietatem cum usufructu, quam nudum usumfructum? atqui iuxta citat. leg. 35 firma est ualida pronuntiatur obligatio, si quis donat alteri proprietatem cum usufructu, nondum facta rei traditione. sed si quis alteri usum certum, et gratuitum, rei promittit, nondum secuta reali traditione, nullus dicitur adesse obligatio, quoniam commodatum est contractus realis, et pactum de re alteri commodanda, tanquam nudum, non obligat.* haftenus uir ille celeberrimus, cuius et cetera, quae sequuntur, aequae lectori placebunt

II. Hoc autem, quod ante diximus, sic interpretandum est, si uere pactum fuit: hoc est, si et alter clare dilucideque expressit, quid fieri uellet, in idque alter non obscure consensit. ceterum si praefatio tantum fuit, et prima quasi pacti linea, nudusque tractatus, ein blosser Vorschlag/ ubi nondum plene expositum est, quid, quale, quantumque, sit illud, quod alter sibi deberi uelit, aut quid intra animum uoluerit, nihil actum uideri, nemo est, qui non intelligat. cum enim a magistratu petitur seruari pactum conuentum, probari oportet, esse inter eos, inter quos agitur, ac de re, qua de agitur, consensum: non potuit autem consentire, qui adhuc nesciit, de quo alter cogitarit. add. Lyncker. *decif. 937*, et Thomaf. *de arrb. emtion. § 23*. Pragmatici quoque testantur, adeo fre-



frequentari in foro pacti nondum perfecti exceptionem, ut, qui alia uia non elabi facile potest, hac fere aggrediatur: es wären nur blosser Tractaten gewesen / so zu Papier gebracht / es wäre aber der Contract nicht zum Schluß gekommen. uid. Franc. Niger Cyriacus, *contrauers. for. CCCCLII, n. 16*, Ioh. Samuel Stryk. *de iur. pract. cap. III, § 2.* Et quia uideo iurisprudentiam hodie sub potestatem praecudiciorum, quae uocant, redactam esse, ut non iam quaeratur, quid iudicari debeat, sed quid ante iudicatum fuerit, putauit me operae pretium facturum, si uerba responsi iuriconsultorum Vuittembergensium, Paulo cuidam Sulpitio dati, apponerem, mense Nouembri, 1709. sunt autem haec: daß die bey dem zwischen Seio und Caio getroffenen Vergleich gebrauchte Worte / es solle Seius vor Caii mit der Caia erzeigte zwey Kinder Consideration haben / und ihnen es wieder geniessen lassen / dem Caio, oder dessen Kindern sein ius agendi geben mögen: in Erwägung / daß dergleichen zweiffelhafte / und auf nichts gewisses gerichtete Versprechen / in denen Rechten ganz keinen Effect haben / l. *LVI, § 3, mand. l. XVII C. eod.* sondern lediglich des promissoris Gutachten anheim gestellt / l. *CVIII, § 1, de uerb. oblig.* und von diesem auch mit einem sehr wenigen / und geringen / können erfüllet werden. uid. Leyser. *collat. iur. Saxon. et Roman. disp. II, § 19.* parique modo scabinatus Lipsiensis pronunciauit, contra Socerum, genero suo praeter dona nuptialia nescio quid amplius promittentem, es solle außer dem Hochzeit-Geschencke noch etwas anders folgen / deinde, cum tempus esset, promissa perfici, tergiuersantem, nul-

ibiq

I 3

lam

Iam esse iure ciuili proditam actionem, apud Carpzo-
uium, *decif. XVI, num. 18*, eo quod nulla promissio potest
consistere, quae ex uoluntate promittentis statum capit,
aut, quia dato uel teruncio gener acquiescere debet, pro-
pter incertum promissionis

III. Hoc iuris est in praefationibus, nudisque tracta-
tibus. quid? si pactum perfectum quidem sit, sed ad alium
quendam contractum, deinde secuturum, referatur, cu-
iusmodi est, uerbi causa, pactum de permutando. non
dubito, quin hoc etiam casu actio danda sit. posset hoc
alicui uideri leuius, quam ut notari opus sit, nisi essent
iuri celeberrimi, Struuius *exercit. VI, thes. 32*, Lauterba-
chius, *compend. ad tit. de pact. pag. 49*, Michael Grassus,
antecessor Tubingensis, *de pactis futuror. contract. § 33*,
et alii, qui hodie ex pacto oriri obligationem credunt
quidem, sed ex pacto simplici, non ex eo, quo de loqui-
mur. uerum probe animaduertitur excellentissimus Ru-
dolphus Enno Brænneysen, *de inutil. pactor. iur. Rom. diuis.*
cap. III, § 3, si superiori de actione ex pactis oriunda re-
gulae talis quaedam exceptio subiiciatur, continuo illam,
officiū suum totam plane perdituram. non enim pacta,
ut uirtus, propter se expetuntur. inde raro contingit, pene
dixerim nunquam, ut non ad alium contractum tendant.
declarabo rem exemplo. finge, Titium, et Caium, de do-
mibus inuicem permutandis agere, mox etiam inter u-
trumque conuenire, datam esse dextram, conditum diem,
quo adessent, alterque in alterius domum, sua deserta, im-
migrarent. finge amplius, licet enim, Titium, ubi dies
uenit, parato Caio ad emigrandum, incipere poenitere
pacti

pacti sui, Caium exoptulare cum eo hanc iniuriam, causarique, Titium non debere sibi tantam sumere licentiam. hoc pactum non simplex est, sed futurae permutationis quaedam quasi praeparatio est. quid igitur dices? propterea ne, litem secundum Titium dabis? non puto. congruum est enim fidei humanae, seruare ea, quae inter eos placuerunt. placuit autem permutare domos, idque serio, non per iocum, aut lusus causa. quemadmodum igitur emptio uenditio pro perfecta habetur, simul atque de pretio conuenit, tamen adhuc nec res uendita emptori tradita, neque pretium numeratum fit: ita, quare non idem fit, in ea, quam tractamus specie, similibusque aliis, nihil profecto causae est. Equidem scio, iure Romano permutationem ab emptione differre multis modis, ut Nerua, et Proculus, censuerunt, quorum sententia obtinuit. *l. I, § 1, de contrab. emt. uend. l. VII C. de rer. permut. § 1 de uendit.* In permutatione datur res pro re, in emptione res pro pretio. *d. l. 7.* item emptio ac uenditio nuda consentientium uoluntate contrahitur: permutatio autem demum ex re tradita initium obligationi praebet. *l. I, § 2, de rer. permut.* add. Delrius, *ad l. XXIII de reg. iur. cap. 9.* uerum hae differentiae non sunt ex rei natura petitae, tantum sunt a subtilitate iuris Romani profectae, eoque a Germanis non dicam abrogatae, sed nunquam receptae. uid. Giphani, *ad l. I de oblig. et act. num. 9,* Stryk, *us. modern. ad tit. de pact. § 7.* non ergo efficere possunt, ne solo consensu obligatio contrahatur, utique non hodie, quamuis potuerint olim. Et secundum hanc opinionem dudum pronuntiatum est sententiis iurisconsultorum Teuensium, Lipsiensium, et Vuittembergensium, quarum uerba

uerba, a Berlichio, *decif. 143*, consignata, quatenus ad nos spectant, sunt fere haec: habt ihr/ und eier Weib/ am 31 Ianuar. 1621, mit Philipp Landgrafen eine Vergleichung aufgerichtet/ und eich gegen denselben dahin verpflichtet/ daß ihr ihme eier Haus um und für 19500 fl. Kaufweise überlassen wollet/ nach fernern Inhalt der uns zugehickten Copien: So wird zwar solche aufgerichtete Vergleichung alleine pro pacto futurae uenditionis, und nicht für einen vollkommlichen Kauf billig gehalten/ ihr seyd aber deroeselden nichts dessionünder Folge zu leisten/ uund da ihr daran von andern Leuten/ oder sonst verhindert würdet/ Philipp Landgrafen das beweistliche Interesse zu erstatten schuldig. *V. N. W.* ita crediderunt illi pridem, hoc est, anno 1623, et 1624, nec aliud successores eorum hodie sequi, tum Bergerus, *oecon. iur. hb. III, tit. 1, § 11*, responsis scabinorum, a. 1700, et a. 1704, et antecessorum Lipsiensium, 1704, suffragio item Vuittembergensium, 1689, et summi recipiendarum appellationum tribunalis Dresdensis, 1701, tum Leyserus, *collat. iur. Saxon. et Rom. disput. II, § 45*, comprobant. add. *Cocc. de us. et diff. bod. pactor. et stipulat. sect. 1, § 24*

III Patet igitur, quanta sit utilitas, quantusque fructus pactorum: sed et patet, quam inutilis, aut certe non necessaria sit stipulatio, cum eandem, quam illa, nimirum cogendi pactum nudum habeat. atamen Duarenus, *praefat. comment. ad tit. de verb. oblig. 1554 editi*, scripsit: *hodie nullius contractus formulam absque stipulatione concipi. scripserit sane: nihil moueor. id enim ne quidem in Gallia obseruatur, necum alibi. testatur Connanus, lib. 1, comment. cap. 6,*

cap. 6, num. 14, apud nos, inquit, nullum est stipulationis robur, aut certe non maius, quam cuiusvis nudae actionis. testatur Molinaeus, cuius auctoritatem in iis, quae ad forum, merito praeualere scribit Antonius Mornacius, ad l. LXVIII, § 3, de iur. sic autem ille, in rubr. de verb. oblig. num. 42. sed hodie in praxi omnes leges, et theoriae, de formulis stipulationum supernacuae sunt, quia conuenio serio pacta, et conclusa, pro stipulatione habetur, et ita in utroque foro, seculari, et ecclesiastico, obseruatur, nec de uerborum forma, aut solennitate, curatur. testatur Philibertus Bugnyonius, de leg. abrog. et inust. lib. I, sect. 234. testantur et alii Gallorum, quos producerem, nisi iam satis testium foret. Magis interest nostra, scire, quid in Germania fiat. utimur autem fere iure gentium, quo iure tantum pacta, et alii certi contractus recepti sunt, stipulatio ignota fuit, Romanorum quippe propria, ut demonstraui-
mus, cap. I, § 8. et quanquam multis in causis magna sit iuris Romani auctoritas, tamen ea, quae formam stipulationis efficiunt, ut, quod uerbis tantum contrahi possit, quod a muto, et surdo, contrahi non possit, item quod alteri non proffit, quod alia a practore, alia rursus a iudice, proficiscatur, haec, inquam, et his similia plura, Germanorum simplicitati nunquam se approbarunt. quamobrem Samuel Strykius, pragmaticus nemini secundus, de cautel. contract. sect. II, cap. 5, § 1, ne quidem operae pretium existimauit, quicquam de stipulatione, ut re inutili, nec publici saporis, afferre. neque id primus: quandoquidem non modo complures ante, et post, ipsum pro hac opinione pugnarunt, Giphanius, lect. Altorff. pag. 544, Meuius, part. II, decis. 231, num. 10, Schilterus, exercitat. 48, § 4,

K

Beye-



Beyerus, *ad tit. instit. de verb. obl. posit. 3.* alii, uerum ipsi quoque legislatores eam, repudiato iure Romano, in codices legum suarum referri iusserunt. Grauius Marggrauus Badensis, *part. III, iur. prouinc. tit. 13.* daß einem ieden ehrlichen Bidermann in alle Weg zusehe / dasjenige / was er zugesagt / festiglich zu halten. quin ipse legislator Wirtembergicus, iuris Romani ceteroquin tenacissimus cultor, ita edixit: welcher dem andern etwas bedächtlich verspricht / es sey mit blossen Worten / oder andern Zusagungen / derselbig soll sein Versprechen und Zusag zu halten / oder auf des andern Theils gebührlich Ansuchen / und Klagen / mit Recht darzu angehalten werden / *part. II, Wirtemb. Land R. tit. 23.* obligatus eorum, quae paullo ante, *tit. 21.* sanciuerat: wann einer dem andern einen Tausch verspricht / mag ein jeder / ehe und dann sie einander die getauschte Habe übergeben / von dem Tausch abstehen. duo enim haec dicta ne contraria sint, Oedipo opus est ad componendum, uerum ad propositum. Mutum nihil pertinere ad obligationem uerborum, supra *cap. II, § 2.* dictum, et natura manifestum est. *l. 1, § 1.* de oblig. et act. cum enim stipulatio non nisi uerbis confici queat, quomodo potest, qui mutus est, uel interrogare, uel respondere. sed et de surdo idem dicitur, in *l. 1, § 15.* de obl. et act. quia, etiam si loqui possit, siue promittit, uerba stipulantis exaudire debet, siue stipulatur, debet exaudire uerba promittentis: quod apparet nequiequam a surdo requiri. ideo nec absens stipulationem contrahere poterat. *l. 1 princ. de verb. oblig.* At hodie recte hos omnes obligari dicendum est, dum in id, quo de agitur, consentiant uel nutu, uel

uel epistola, uel signis aliis. uid. Hering. *de fideiussor. cap. VII, num. 149*, Stryk. *de iur. sens. diff. III, cap. 3, n. 19*. non enim amplius ad uerba, sed ad consensum, respicimus: qui si adest, protinus obligatio nascitur: quod etiam, si a stipulatione discesserimus, cum iure Romano conuenit. *l. III, § 1, de pact.* quia, ubi sermone opus non est, consensus sufficit. *l. 48 de oblig. et act.* ita, uerbi causa, mutos et surdos, emere, uendere, donare posse, etiam iure Romano dubium non est. *l. XXX, § 2, re donat.* in quo tamen aliqui interpretum, Tiraquellus, *de priuileg. piae caus. num. 9*, et Goeddeus, *de contrab. et committ. stipul. cap. VII, n. 283*, sic distinguendum esse arbitrantur, ut, si quis simul et mutus et surdus sit, et hoc ex ipsa natura habeat, contrahere plane non possit. sed si uno tantum uitio affectus sit, etiam utroque, uerum non natura, sed morbo postea superueniente, hunc nihil uetare, quo minus et contrahere, et donare, liberrime queat. aio autem, eos minus recte facere, et incaute doctrinam Iustiniani ad consequentias producere. is enim auctor est huius distinctionis *in l. X C. qui test. fac. poss.* eamque in testamentis ualere uoluit. nec sine ratione. nam testamentorum obligatio, cum incipiat demum a morte testatoris, necessario uerbis, aut scripto, declaranda est: contractus autem, et donationes, eiusmodi quid non requirunt, cum aliter etiam animi sensu exprimi possint. multi enim sunt surdi, et muti, a natura, qui, si fides habenda est historiis, omnia tam recte solo gestu, motuque corporis, et percipiunt, et reddunt, quam alii uerbis, aut scriptura. uid. Camerar. *centur. I, horar. subsociu. cap. 37*, Stryk. *de iur. sens. diff. III, cap. 1, n. 21*. si quis igitur mutus surdus ita natus decem forte aureos



alicui dederit, cum aliqua probabili significatione suae liberalitatis, uerbi causa, si nolit eos post longam altercationem ad se recipere, iam non uideo, quid faciat, ne talis donatio pro ualida habeatur. idem esto iudicium de emtione uenditione, de locatione conductione, de contractibus aliis, qui mutua praestatione consumuntur. uid. *Connan. lib. V, commentar. iur. ciuil. cap. XI, num. 1, et lib. VII, cap. 6, num. 3*

V Adhuc ergo stipulationum usum nullum esse, fatis, opinor, clarum disputatione nostra factum est. consequens est, uidere, an stipulatio ita tantum extra usum constituta sit, ut eadem uti nemo prohibeatur: quae est sententia celeberrimorum quorundam pragmaticorum, Hoppii, *ad § 1 de uerb. obligat.* Strykii, *us. modern. § 1 de uerb. oblig.* et Bergeri, *oeconom. iur. libr. III, tit. 3, § 1.* ad eam probandam his utuntur argumentis, quod ius Prussicum, *lib. III, tit. 12,* et ius Culmense, *lib. III, tit. 10, c. 1,* discrete de stipulationibus mentionem iniiciant, nonnullaeque gentes Germanicae non infrequentem stipulationibus operam dent, apud quas saepe alteri interroganti, *bleibt es dennach dabey / habe ich mich darauf zu verlassen /* alter respondeat, *es bleibt dabey / du hast dich darauf zu verlassen.* addunt, huc pertinere usitatum alicubi, in Sueuia cumprimis, morem, datis dextris promissa confirmandi, *die Versprechung mit Hand und Mund / wenn denn der Handel richtig / so gib mir deine Hünse drauf /* illum item alterum ritum, cum uenditor eodem poculo, quo prius emtor bibit, ipse quoque bibere cogitur, emtore aiente, *wenn denn der Handel richtig ist / so gilt dir's drauf /* uenditore autem respondente: *Es bleibt*

bleibt dabey/ gesege Gott. ita fere illi: non omnino recte, si cui aequae, ac mihi uidebitur. argumenta certe prolata nihil me turbant. nomen fortassis, et ceremonias quasdam stipulationis, superstites esse haec ratio doceat: formam rei ipsius tantis in tenebris nondum agnosco. fatendum est plane, iura Prussicum, et Culmense, multa, si nomen spectes, de stipulationibus praecipere, si rem ipsam, nihil. etenim credunt stipulationem nuda promissione absolui, uerba contrahentium, et praesentiam, quae stipulationis quasi anima sunt, Vualther. *lib. I, miscell. cap. 23*, non requirunt: praeterea literis fieri tradunt, quod totum a natura stipulationis Romanae alienum est. sic et ius Bohemicum, *cap. 34*, agit de stipulationibus: uerum eas hunc in modum definit, § 1, es seyen gutwillige Verwilligungen / zur Gnugthuung dessen / was einem von jemanden zugemuthet wird / et postea, Sie sollen von Rechten geschützet werden / wann Sie nur von den Partheyen verschrieben sind. in quibus omnibus cum ita stipulatio describatur, ut caput rei ne attingatur quidem, non magis ex his stipulationum usus probari potest, quam ex hymene uirginitas. Nam quae in legibus Germanicis, etiam speculo Saxonico, *lib. III, art. 9*, et passim a notariis, uid. Giphani. *lect. Altorf. pag. 689*, stipulatio dicitur, reuera pactum est, effectu, ut dixi, non autem forma, stipulationi exaequatum. add. Schilter. *exercit. VIII, § 5, lit. e*. hinc ipse Strykius, et in Prussia stipulationes in praxi raras esse, existimare se ait. neque, si alteri interroganti alter responderit, statim erit uerborum obligatio: sed tum demum, ubi id actum fuerit. uid. *c. II, § 2*. potest autem et aliud agi: nempe si consuetudine

uulo

K 3

magis



magis uerba prolata sint, quam animo stipulandi. Quod autem Sueui, populique finitimi, manuum quadam impressione inter contrahendum utantur, id nihil ad rem idem enim faciunt in propinando, in salutationibus, in gratulationibus, non certe interponendae stipulationis, sed significandae maioris amicitiae et fidei causa, cuius olim sedes in dextris sacrata esse credebatur. et cum promissionem huius generis dicant *stipulata manu* factam, nonne ipsum nomen arguit, illo ritu non stipulationem, sed aliud, nimirum id, quod dixi, denotari. nam in stipulationibus Romanis manuum nullum, linguae autem totum officium fuit, siue quis stipulatus esset, siue promississet. uid. Goedd. *de contract. et commut. stipul. c. III, concl. 9, n. 183*. Denique quanquam non nego, potari quoque, in emtionibus praecipue et uenditionibus, solitum, tamen id non stipulationis, sed arrharum tantum, uim habere notius est, quam ut commemorari debeat. uid. Thomaf. *de arrh. emtion. § 67, sqq.* Ceterum non possum hoc loco reticere sententiam uiri magnifici, quem honoris causa iterum nomino, G. H. BRVCKNERI, quam ille pro insigni humanitate sua mecum communicauit, cum hac de re sermones inuicem caederemus. aiebat nempe: in contractibus illis, quos incertos, siue innominatos, uocamus, inesse pactum uere perfectum, et omnibus numeris absolutum; adeoque secundum illam iuris Germanici regulam, quod ex pacto oriatur obligatio, non posse alterum altero inuito poenitere, etiamsi res tradita nondum sit. sed addebat deinde, esse iurisconsultos complures adhuc, in iis que aliquos etiam magni nominis, qui hoc non satis perspiciant, ideoque sequantur iurisprudentiae Romanae scita, sibi que persuadeant, licere hodie non minus, ac olim,

olim, re nondum data, aut facto nondum praesulto, in his contractibus poenitere, et ita certè credunt Hahniius, *ad Voesembec. de praescript. verb. num. 1*, Carponius, *part. II. constitut. 33, def. 23*, Meuius, *part. VIII, decis. 319, num. 2*, Lynkerus, *analect. ad Struui. exercit. II, thes. 32*, Lauterbachius, *de arrhis, thes. 102*, Grassus, *de pacto futur. contract. praeparator. thes. 35*, et alii. Tandem subiiciebat, si controuersia super eiusmodi contractu orta decidenda, deferatur ad aliquem iuriconsultum, in hac opinione uersantem, itam eum, qui in pacto solo omnem suam spem posuerit, Titium uerbi causa, sine dubio causa casurum, quāquam praeter iustum, posse autem huic incommodo obuiam iri, si stipulatio pactis talibus subiiciatur: tum enim, et illos, alioquin dissentientes, litem secundum Titium daturus: hoc insigne excellentissimi uiri eurenaticum omnibus se approbaturum facile confido.

VI Dum haec scribo, uenit mihi *guarandae* in mentem, hoc est, remedii illius Saxonici, quo actori, praeter alia, illud imprimis iniungitur, ne, si deinde ab alio quocunque ea res, qua de agitur, in controuersiam deducta fuerit, auctoritatem defugiat, sed totius euentum causae in se recipiat, reumque contra alios, eandem rem petentes, tueatur, et defendat. uid. uir illustris, Gottl. Gerh. Titius, *lib. XII, iur. priuat. cap. III, § 21*, et Ludouic. *Einleitung zum Civil-Process / cap. XXXV, § 8*. passim enim reperio apud interpretes iuris Saxonici, *guarandam*, *die Gewehr der Klage / stipulationum iure censi*, eoque a uiris honestis *stipulata manu, mit einem Handschlag / praestari solere*. uid. Martin. *ad ord. process. Saxon. tit. 12, n. 4, sqq.* et Schulz, *de guaranda, sect. I, § 16*. sed salua res est stipulatio

latio enim Romanorum, et guaranda Saxonum, non magis inter se natura coniunctae sunt, quam Iena et Roma loco. in stipulatione alter interrogat, alter respondet: quod si animo stipulandi, utroque praesente, factum est, iam stipulatio perfecta est. at guaranda saepe interponitur non modo absente reo, sed et plane, quid agatur, ignorante. nam magistratus, ad quem actor adit, oblatoque libello supplici diem aduersario dici petit, non prius gratificari desiderio actoris, quam praestita guaranda, debet. uid. *mandat. elect. Saxon. 1691, § 4.* **So soll in unserm Appellation-Gericht der Gerichts-Secretarius, etc. die Legitimation, etc. ehe er die Citation ausgefertiget / fordern / auch die Gewehr angeloben lassen.** Berger. *suppl. ad elect. discept. forens. part. I, pag. 152.* quod si secus factum, iudexque in officio negligens fuerit, tum utique reus ipse guarandam exigit, uerum non interrogando, sed excipiendo, ad hanc fere sententiam: **Beklagter erscheint / etc. und fordert zufoererst von angemassetem Kläger die Gewehr der Klage. wenn solche gebührender massen angelobet / etc.** uid. *Riuii. spec. except. dilatoriar. c. XXII, n. 2.* Porro nihil agitur, si guaranda solis uerbis, Nuernher. *part. I, obseru. forens. § 8,* immo ne quidem, si, qui mos est metallicorum, porrecto pollice, **auf gut Bergmännisch / promittatur,** *Riuii. ad ord. process. Saxon. tit. XII, enunciat. §,* eum leges de impressione non unius uel alterius digiti, sed integrae manus loquantur. uid. *ord. cur. prou. Ienens. cap., 22 § da aber Kläger. ibi: so er mit einem Handschlag gerichtlich anzugeloben schuldig.* quibus ita se habentibus, expecto plane auide, qua ratione, aut quo artificio, alicui persuaderi possit, ut guarandam, non dico
omni eandem,

candem, sed tantum similem, stipulationi esse credat. ego quidem cras credo, hodie nihil

VII Pergo ad ueterem illam quaestionem, an in Germania alter alteri paciscendo acquirere possit. qua quaestione nulla est neque ad cognitionem elegantior, neque magis ad augendam uitae ciuilis commoditatem opportuna. aiunt autem aliqui, pacta hodie eandem habere, quam stipulationes, uim: eandem inquit: igitur non maiorem. hinc sequi, ut, si quis alteri paciscatur, id ei non magis hodie profit, quam olim alteri extraneo, cui quis stipulatus esset: quam stipulationem inutilem fuisse satis liquet. sic illi. uid. Stryk. *us. mod. de pact.* § 12. sed nihil promouent. nam cum dicimus, pacta nostra eiusdem esse efficaciae, quam stipulationes ueterum, hoc solum significamus, posse nos stipulationibus non modo carere, sed et inepte facturos esse, si uelimus eas, quasi postliminio, in antiquum statum restituere, eo quod nihil est, quod non aequae, immo facilius, pacto, quam stipulatione, queat obtineri. ceterum si quis putat, ius stipulationum in pacta transfusum esse, nae is oppido fallitur. Plane maiores nostri pacta, fidemque, multo ante seruarunt, quam aliquid de iure Romano inaudiuissent, secuti acquitatem, simplicitatemque, iuris naturalis potius, quam miseras, nimiasque, iuris Quiritorium subtilitates. iam, quod alteri per alterum acquiri nequeat obligatio, nulla ratione nititur, solum est a Romanis, formularum aucupibus, nulla, ut dixi, *cap. II*, § 8, de causa excogitatum, a Germanis autem semper, tanquam futile, reiectum. Luculentum huius rei uestigium in iure feudali Saxonico impressum est, his uerbis *cap. 36. Let ein Man Gut uf sine Herren/ also bescheiden*

denlichen/daz erz eime andern lihen. wil ez der Herre
 selbe behalten/ und en lihet erz jeneme nicht/ her en
 hat da nicht ein Recht zu. Wend ez en ist ime nicht uf
 gelazen/wen also daz erz jeneme lihen sal. uerba satis
 sunt obscura, longa quippe aetas ea ferme obliterauit:
 attamen, quid uelint, claret: nempe dominum, cui ua-
 fallus feudo cessit, hac lege, ut illud alteri cuidam con-
 ferret, non retinere feudum in possessione sua, uerum sa-
 tisfacere promissis debere. quod satis argumenti est, pa-
 cisci alterum alteri, etiam absenti, iam illo tempore po-
 tuisse. nam hodie res dubium non habet: adeo plerique
 omnes consentiunt. uid. Meu. *part. III, decif. 112, num 5,*
Cothmann. uol. II, respons. 54, num. 87, Brunnemann. ad
l. 25 de pact. Struu. decif. Sabbath. cap. XIII, dec. 2, Stryk.
us. modern. ad tit. de pact. § 12, et de cautel. contract. sect. II,
cap. 5, § 3, Schilter. exerc. VIII, § 29, et exercit. XVII, § 31,
Simon uan Leeuuen, censur. forens. lib. III, cap. 16, num. 8,
Hopp. ad § 4 de inutil. stip. Petrus de Toullieu, dissertat.
iurid. II, § 16, et alii. Ne tamen quis sibi persuadeat, iu-
risconsultos aliud in commentariis suis tradere, aliud con-
sulentibus de iure respondere, quod uerum ceteroquin in
interpretibus primi ordinis notatur, uid. Alciat. lib. XII,
parerg. cap. 17, et Noodt. lib. II, probab. cap. 2, producum
exempla rerum iudicarum, ut fides dictis constat. Ita
cenfuerunt scabini Lipsienses 1655. caussa, quae propone-
batur, erat huiusmodi. creditor, unus ex pluribus, uendi-
derat communem debitoris domum, ceteris consentien-
tibus, hac conditione, ut domus uendita reliquis credito-
ribus hypothecae esset. quaerebatur, an propter hanc con-
uentionem quaedam creditoribus actio danda esset? sius
 Roma.

Romanorum sequimur, planum est, nullam dari. *l. i C. per quas person.* per liberam enim personam pignoris obligatio nobis eo iure non acquiritur. *l. XI, § 6, de pign. act.* illi tamen prodesse creditoribus pactum hoc, idque Germanorum moribus conuenire, responderunt. uid. Schilter. *exercit. XXXIII, § 31.* Haud secus Vuittembergenses, cum maritus praedio uendito partem pretii uxori, caue mortua consanguineis illius, solui ab emtore uellet, deinde huius eum rei poeniteret, tamen ab eo recedere pacto non licere, pronunciarunt 1711, diemeil dergleichen pactum nach denen in Teutschland eingeführten Rechten und Gewohnheiten/ auch in fauorem tertii absentis gar wohl aufgerichtet werden mag. uid. Leyser. *collat. iur. Saxon. et Rom. disp. II, § 48.* Denique ita iudicauit summus pro-uocationum senatus Dresdensis, 1707, in caussa Gotthelf Heinrich Viehlers/ contra Gottfried Miehrischen/ ubi reus promiserat actori, tanquam tertio, se curaturum, ut tertius ille debitum Sempronii consequeretur. reus enim conuentus a promissario, quamuis opponeret exceptionem non competentis actionis, nihilominus ea non atenta condemnabatur. uid. Berger. *oecon. iur. libr. III, tit. 3, § 3.* Solent et controuerbiae incidere de acceptatione pro altera facta: uerum quia iam sunt ab aliis compositae, nolui crambem recoctam denuo apponere. uid. Grot. *lib. II, cap. II, § 18,* Pufendorf. *lib. III, de iur. nat. et gent. cap. 9, § 5,* et Vuernher. *part. I, obseruat. 182.*

VIII Porro, quod plerique interpretum, tam ueterum, quam recentiorum, generali propemodum totius terrarum orbis consuetudine receptum esse testantur, eos, qui notarii publici uulgo appellantur, pro ciuibus quibuslibet,

libet, non tantum interueniente mandato, sed etiam citra illud, recte pacisci, et acceptare, iisque obligationem adquire, in omnibus causis, quae ipsis testibus transigi solent: uid. Tiraquell. *de iur. constit. possess. part. III, limit. 30, num. 45*, Guid. Pap. *decis. Gratianopolit. 49.* id totum ex hoc fonte deriuandum est. nam, qui consuetudinem hanc ex ipso iure Romano hauriri potuisse defendunt, ut Corasius, *ad l. XXXVIII, § 17, de uerb. oblig. lit. A*, et Dionysius Gothofredus, *ad eand. leg. lit. K*, risum magis, quam admirationem, lectoribus mouent, dudumque erroris ab Hugone Donello, *ad l. XXXVIII, § 17, de uerb. obl. num. 33*, Francisco Hotomanno, *lib. III, obseruat. cap. 25*, Huberto Giphanio, *ad l. XI de obl. et act. num. 14*, et Antonio Fabro, *de error. pragm. decad. XXXVII, error. 2*, conuicti sunt. ita enim ex auctoritate Bartoli disputant, notarios seruis publicis, quorum *cap. II, § 10 in f.* mentio facta fuit, comparandos esse. quemadmodum igitur serui publici potuerint alteri, iure non prohibente, et stipulari, et stipulando acquirere, sic illorum exemplo notarios cuius extraneo posse et pacisci, et pacto suo prodesse. in quo illi dupliciter errant. primum, quod seruos publicos singulorum fuisse seruos, atque ad stipulationes pro aliis quibusuis interponendas quasi data opera constitutos, aiunt, cum illis pro nemine, nisi pro pupillo, et ne pro hoc quidem, nisi uno casu, stipulari permissum fuerit: deinde, quod seruos publicos componunt cum notariis, ad quod munus neque iure Romano, *l. 3 C. de tabular. neque Germanico, Maximil. I Ordn. von Notar. in praef. ibi: mit Leib-Eigenschaft verpflichtet / et § 1, ibi: eigene Leute /* alii, quam liberi homines admittuntur. inualuit tamen

tamen haec sententia, publicaue auctoritate defenditur: nec inepte, si magis, quid cum moribus, et natura, Germanorum congruat, quam quid placuerit Quiritibus, spectemus. elegans huius rei exemplum consignauit Schil-terus, *exerc. VIII, § 23, lit. a*

VIII Poterant haec de obligatione alteri per alterum quaerenda sufficere, nisi Ferdinandus Christophorus Harpprechtus, iuriconsultus tota Sueuia celeberrimus, contrarium defendendum in se recepisset, *uol. II, conf. 30, n. 336, sqq.* cuius argumenta examinasse, non erit, credo, superfluum: praecipue cum Grolmannus, *part. I, de stip. interpret. cap. III, § 6*, moueri se sola huius uiri auctoritate passus sit. ait uero Harpprechtus, ius Romanum, usque quo mutatum non est, stare debere. itaque nemini se auctorem futurum, ut eam, quae a nobis exposita est, sententiam sequatur: nisi enim speciatim probet, ea quoque in regione, ubi causarum oratorem agit, ita ius esse, nihil acturum, nihilque ipsi profuturum maximorum quantumuis interpretum consensum. Quae argumenta non habent nullam uim aduersus eos, qui hanc iuris Romani particulam abrogatam esse dixerunt. ceterum nos non feriuunt. non enim unquam abrogatam esse diximus, sed non receptam. atque id probauimus tum inde, quod ea subtilitas iuris Romani repugnat simplicitati iuris naturae et gentium, tum ex eo maxime, quod in Germania contrarium, non nuper demum, sed ab antiquissimis temporibus obtinuit. iam, ut non negem, magnam esse iuris Romani in foris nostris auctoritatem: tamen tanta non est, ut contra leges nationis nostrae proprias ualeat, quas primo semper loco consulere, deinde, ubi nihil in illis praesidii repereris, ad Romanas confugere,

deceat. ita certe sensit ipse Carolus V, cum ait, *in praefat. der P. H. G. D.* Doch wollen wir durch diese gnädige Erinnerung Chur-Fürsten/ Fürsten und Ständen/ an ihren alten wohlhergebrachten/ rechtmäßigen/ und billigen Gebräuchen nichts benommen haben. add. Stryk. *discurs. praelim. us. modern.* § 18, et Scheinemann. *de auctorit. leg. ciuil. extra territor. legislator. cap. II, § 5.* Ergo cum ei, qui dicit, non qui negat, probatio incumbat, non opus est magna contentione de eo, qui probationis onus subire cogendus sit. nam Harpprechtus, qui pro iure Romano, tanquam pro aris, et focus, etiam hac in causa pugnat, sine dubio fidem dictis suis facere, sententiamque suam peruasisse in mores, et consuetudines regionum, commonstrare debet. quod, nisi fiat, licbit mihi bona cum eius uenia dissentire. nos enim, qui de non usu stipulationum scribimus, iam uidemur officio nostro satisfecisse. quilibet profecto digitis, ut ille ait, et aure deprehendit, id, quod usu seruatum non est, receptum dici non posse: utique tantisper, dum de diserta legislatorum Germanicorum uoluntate constat. absque hac si sit, nemo certa adeo iuris, rationisque, principia tentare praesumat. uid. illustr. Thomaf. *de content. mor. cum iure scripto* § 68.

X Regulae igitur ipsius nulla est in foris Germanorum utilitas, nullus fructus. an sit aliquis exceptionum, quaeretur fortasse. erant autem exceptiones hae: posse patrem filio filiaeue, quem quamue in potestate habet, rursus filium filiamue, qui quaeue patris iuri subiecti sunt, ei recte stipulari, nec minus seruum domino, dominum seruo, item heredi, propter fictam unitatem personarum.

cap. II,

cap. II, § 10. Tam si licet in Germania cuius extraneo pacisci, multo magis pacisci licebit domino, et seruo, et patri, et filio, cum praeter rationes, paulo superius, cap. III, § 7, commemoratas, uotum parentum, et naturalis caritas, beneuolentia, et aliae pietatis causae accedant. atque ita omnino est, ut agnouit ipse Carpzouius, part. II, const. 29, def. 20, num. 15, cetera dissentiens. Sed id nihil facit ad ostendendum iuris Romani usum. nam quae apud Romanos exceptio fuit, apud nos est consequens regulae: et cum illi non nisi per fictionem unitatis ad eam sententiam peruenissent, nos nullo unquam tali colore, nullo furo, ufi sumus. quapropter apud eos neque mater ullis, neque pater emancipatis, liberis pacisci potuit: apud Germanos semper utrumque licuit. (Carpzouius quidem, part. II, const. 33, def. 26, num. 10, immemor scilicet eorum, quae superiori loco scripserat, non dat matri hanc ueniam, quia liberos in potestate non habeat: uerum praeter aequum, et iustum, ut obseruauit Hoppius, ad § 4 de inutil. stipulat. etenim cogitare debebat, ex insigni illa potestate patria ciuili fere nihil esse nostris moribus approbatum, praeter eam, quam ipsa natura liberis erga parentes ingenuit, reuerentiam et obseruantiam, aequae matri ac patri debitam: uid. uiri illustres, Christianus Thomafius, de patr. potest. cap. 2, et Iohannes Iacobs, serenissimi ducis Saxoniae Gothani consiliarius intimus, diff. iur. Roman. et Flouens. diff. VI, pag. 50. add. Rittershuf. ad instit. pag. 57. adeo, si mater liberis propterea, quod eos in potestate non habet, pacisci non potest, neque pater poterit, ut qui non habet potestatem materna maiorem, nisi quod, ubi inter se contendunt imperia, patris iustus, ob sexus praestantiam,



tiam, praefertur. sic quam patri dedit liberis suis paciscendi licentiam Carpzouius, matri negare non potest. Iuris autem Romani, et Germanici haec quoque differentia non leuis est, quod illo iure filius patri stipulatus patri acquirit, pater filio stipulatus non filio, sed sibi: moribus uero Germanicis nihil est, cur pater filio paciscens non illi potius, quam sibi, adquirat. commentum quidem illud personarum unitatis nunquam Germanis placuit. quare, cum pater et donum liberis dare, *spec. Saxon. lib. 1, art. 10, spec. Sueu. cap. 118*, et partem bonorum suorum illis uendere, *uid. Leyser. collat. iur. Saxon. et Rom. disp. 2, § 15, 16*, et alia quaecunque in eorum personam conferre possit: *uid. ex instituto uir illustris, G. G. Titius, de contract. parent. et liberor. § 59, 599*, quidni ergo paciscendo quoque illis prodesse? Quod de filio dixi, idem uerum est in persona heredis, et serui. sed id nunc non probo, ne nimis excreseat haec disputatio. iam enim apparet, exceptionis non esse utilitatem, quam regulae, maiorem

XI Quae de poena stipulationibus subiicienda, *cap. II, § 11*, dicta sunt, eorum inusum uix sustinuerim asserere. quanquam enim, qui pactus est pro alio, promissorem cogere ad seruandam fidem hodie possit, etiam si de poena nihil additum fuerit: incidunt tamen saepe caussae, ubi non male consulturos rebus suis putem, qui poenam pacti fuerint. ut ecce: cum premereris aere alieno, aut alia rei familiaris difficultate, uendidisti Titio domum, siue fundum aliquem, hac lege, ut, nisi pretium fundi intra tres hebdomadas integrum perfolutum foret, res inempta sit, practereaque ratio habeatur eius, quod tua inter-

interfuisset, a Titio non deludi. sed quis nescit, quam difficilis sit probatio eius, quod interest. igitur est hominis sapientis, cauere, ne in laqueos incidat. id efficiet, si poenam paciscetur. non enim tum, quantum interfit, sed quae sit quantitas poenae, quaeritur. formula talis conventionis secundum Schilterum, *exercit. XXX, § 54, lit. a*, potest esse huiusmodi: auch immitteltst auf die Kauff Summa 100 Thaler/ derer er / im Fall binnen den gesetzten drey Wochen das übrige nicht vöslig abgetragen wird/ loco poenae gänglich verlustig seyn/ und sodann bey Herrn Verkäufern aus diesem Contract nichts weiter suchen/ oder ihn hierzu verbindlich halten will/ ausgezahlet. Illud sponte liquet, debere poenam non minus hodie, ac olim, intra legitimum usurarium modum, finemque, subsistere, non tantum in contractu mutui, sed in aliis quoque, ex quibus quantitas debetur, ut in locatione. nam locatore ita paciscente: *ni merces intra tres menses proximos soluta sit, poenae nomine tot denarios dari*: si deinde merces sua die non soluat, tamen poena, quae maior usuris fuerit, non debetur. uid. Berlich. *part. I, decis. 43, num. 7*, Stryk. *de cautel. contract. sect. II, cap. 5, § 7*, Carpzou. *lib. V, respons. 9*. Exemplum praebet causa, cuius meminit Bergerus, *lib. III, oeconom. iur. tit. 1, § 4*, coram praefecto D. agitata, in qua locator cum conductore ita pactus est: Daß Pachter jedes halben Jahres Pacht: Zins an N Thalern praenumeriren/ widrigenfalls aber/ and da er einen Termin mit Praenumeration nicht einhalten würde/ sodann deren bey N Anfang des Pacht-Contractes vorausgezählten N Thaler verlustig seyn solle. Ordo iuridicus Lipsiensis

M

con-

conductorem, propterea quod duobus diuersis temporibus in mercede numeranda cessasset, in poenam conventionalem condemnauit, mense Maio, 1705. at scabianatus eius loci leuteratione, ut uocant, interposita, priorem sententiam correxit, mense Octobri, 1705, cuius deinceps iudicio senatus iurisconsultorum Vuittembergensium non est ueritus subscribere, mense Decembri, 1706

XII Sequitur de diuisionibus stipulationum, quarum prima erat, quod aliae in dando, aliae in faciendo, consistant: altera, quod quaedam diuiduae sint, quaedam indiuiduae. uid. *cap. II, § 12, 13, 14.* Eodem modo pacta in Germania diuidi solent. Ne tamen credas, me segnius, et, quas prius omnino inutiles dixeram, stipulationes, nunc non negare, aliquantulum utilitatis habere. non est ita. hae diuisiones enim non sunt a Romanis profectae, sed ex ipsa natura haustae, atque arreptae, et a Germanis sine dubio ipsis, ante tempora translati in fora nostra Romani iuris, inuestigatae. quemadmodum autem nemo, si forte animaduertat, in Moscouia homicidas capitali supplicio plecti, ex eo concludit, Moscos non uti propriis, sed Romanis, legibus, cum natura unumquemuis doceat, promiscuas caedes non magis debere in Moscouia, quam in Italia licere: ita, si quid in Germania obseruatum est, expressum ex ipsa natura, deinceps in corpus iuris Romani relatum, absurde faciunt, quicumque hoc solo argumento usum eius iuris in patria nostra demonstrare uolunt, quandoquidem illud tam nobis nostra, quam Romanis sua, persuadere ratio potuit. Esse uero diui.

diuisiones illas non subtilitati cuidam innixas, neque singulari reipublicae Romanae constitutioni, uerum ad ipsam rei naturam accommodatas, constat scilicet ex his, quae nos de iis diximus. Plane nec illud, quod in obligatione faciendi nonnunquam pro facto id, quod interest, praestetur, abhorrere a natura, satis uideor ostendisse. Simon uan Leeuwen, *ensur. forens. lib. III, cap. 13, num. 12*, cum aliis suae gentis, est autem Batauius, aliter statuit, contendens, non permittendum esse promissori, ut sua se malitia ab efficiendi necessitate eximat. frustra, ut opinor. citius enim e manibus Herculis clauam, quam ab inuito factum, extorseris. Quod autem attinet ad tertiam illam, *cap. II, § 15*, propositam diuisionem stipulationum praetoriarum, iudicialium, et reliquarum, de eius non usu uix opus esse iudico multa uerba facere. collapsio quidem illius fundamentum et ipsam ruisse necessarium est. id fundamentum totum positum erat in distincto praetoris, et iudicis, officio: atque hoc in rebus publicis Germanorum nunquam approbatum, semper ignoratum, fuisse, nec pueri nesciunt, nisi qui nondum acre lauantur. uid. *auctores plurimi, a Strykio, de clausul. salut. ar. libell. cap. I, num. 27, laudati*. non igitur mirum est, si diuisione illa non utamur. nam ne Romani quidem essent usi, si prius illud, quod dixi, non statuisent. Ceterum eius uice fungitur apud nos alia, quae ad libertatem, et necessitatem, conuentionis interponendae explicandam facit: nempe cum dicimus, alias pactiones esse uoluntarias, alias autem necessarias. uid. Hopp. *ad pr. institut. de diuis. stipulat.* etsi enim omnes conuentiones contrahuntur consensu, non omnes tamen ex mera contrahentium uoluntate, sed et

quaedam ex alterius iussu, et imperio, proficiscuntur: ut, cum magistratus actores, qui non sunt possessores rerum immobilium, cauere iubet datis fideiussoribus, aut pignoribus, *pro reconuentione et expensis*, ut loquuntur, id est se restituros sumtus litis, si conuicti fuerint, iniuste litem mouisse, nec deinceps, cum de reorum quoque petitione iudicabitur, tergiuersaturos. *Lauterbach. compend. iur. ad tit. qui satisfd. cog. pag. 35.* Vim, atque utilitatem, harum conuentionum tam uoluntariarum, quam necessariorum, ideo cum primis intelligere decet, ut de earum interpretatione rectius statui possit, quam diuersam esse interpretes docent, *ad l. 25 de uerb. obl.* nam conuentionibus uoluntariis formam dant contrahentes. ex quo efficitur, etiam ex eorum mente, et sententia, interpretandas esse, si obscurum sit, de quo senserint. uid. *Goedd. de contrab. et committ. stipulat. cap. VIII, conclus. 11.* Joh. uan de Vuater, *lib. II, obseruat. iur. cap. 14, pag. 189.* magistratus certe pactionem eiusmodi reformare non potest. at in conuentionibus necessariis, si quis ambiguus sermo inciderit, interpretatio erit magistratus. ecce: interdum incuria quadam in his conuentionibus omittitur, quod ex iure inferi debebat, ut, si caueri debuisset datis fideiussoribus, id enim hodie quoque nonnunquam contingit, uid. *Stryk. us. modern. ad tit. de praetor. stipulat. § 2, Struu. exercit. V, thes. 21,* et cautum sit datis tantum pignoribus. interdum adiicitur, quod non oportuit, ut si quis satisfdare, id est, datis fideiussoribus cauere, *l. I qui satisfd. cog. l. 7 de stip. praetor. Donell. ad l. V, § 2, de uerb. obligat. num. 2, 3,* iussus sit, ubi nuda promissio sufficebat: haec igitur, et si plura sunt ambigua, reuocantur ad mentem magistratus,

tus, cui pro iure potestatis suae, etiam uno ex litigatoribus inuito, siue is actor, siue reus fuerit, impune mutare has conuentiones, et corrigere licet, quo modo uoluntarias corrigere non licere, iam diximus. uid. Scip. Gentil. *de iurisdicte. libr. I, cap. 31.* Hoc quoque omittendam non est, neque promissiones, quae causam, quare dare aut facere debeas, non habent expressam, esse iure Germanico irritas, non magis, quam rerum donationes. uid. Schilter. *exercitat. XXII, § 64,* et Georgius Engelbrecht. *de instrument. indiscret. sect. 3.* ad quam sententiam maiores nostri non a iure Romano, *uid. cap. II, § 16,* infuturi, sed ab ipsa natura imbuti sunt. inde enim hoc proficisci iam monuit *o utyas, de iure belli et pacis, libr. II, cap. 11, § 21,* post illum Vitriarius, *instit. iur. natur. et gent. lib. II, cap. 11, quaest. 38.*

XIII Plus satis dixisse uidebamur de non usu stipulationum, nisi hic etiam haereret adhuc scrupulus in stipulatione Aquiliana, qui paucis eximendus est. quae fuerit huius stipulationis natura, et ratio, supra explicatum dedimus, *cap. II, § 17.* eam si probe, attenteque, considerauerimus, facile patebit, quid de eius uel usu, uel non usu, pronunciandum sit. Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt. *l. 100 de reg. iur.* et quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur. *l. 153 eod.* hinc est illud, quod apud Romanos obtinuit, ut iusto pacto naturalis obligatio tolleretur ipso iure, *l. LXXX, § 4, de solut. ciuilibus non tolleretur.* nempe, quia pactum peperit quidem obligationem naturalem, *l. V, § 2, de solut.* Duaren. *ad l. 1 de pact pag. 43,* Borcholt. *cap. VII, num. 61,* non autem ciuilem. haec enim

acceptilatione, aut, si rebus inducta esset, non uerbis, Aquiliana stipulatione abolenda erat. Sed apud Germanos cuiuslibet etiam obligatio ex pacto oritur: sequitur ergo, secundum ipsam Romanorum regulam, ut, quia uinculum illius obligationis eodem pacto, quo quaesitum fuit, iterum solui potest, l. 46 de adq. uel amitt. possess. stipulatione Aquiliana non indigeamus. Kressl. spec. iurisprud. forens. libr. III, tit. 2, § 8. et haec est ratio, propter quam sententia Henrici Cocceii, uiri illustris, de us. et diff. bod. pact. et stipul. sect. III, §. 16, toleranda non est, putantis, acceptilationem hodieque tantum stipulatione, non pacto, fieri posse. Neque plura opus est addere, nisi responsum quoddam apud Carpzouium, part. II, constitut. 19, def. 17, num. 10. quo responso usus huius sententiae in medio foro demonstratur, ne quis in posterum existimet, eam scholis exercendis sufficere, cetera inutilem esse. uerba sunt haec: wann nun gleich bey Entlassung der Bürgschafft die zu einer rechtmäßigen Stipulation und Acceptilation gehörige solemnia nicht in acht genommen worden: dieweil aber dennoch berührte solemnia heftiges Tages so striete nicht erfordert werden / sondern wie die Verbindung / also auch die Entlassung der Bürgschafft durch blosser Verwilligung / und Abhandlung gar wohl geschehen kan / so verbleibets auch bey solcher Cassation, und Aufhebung der Bürgschafft billig / und es ist Titius den Sempronium ferner zu belangen nicht befugt. add. id. Carpzou. lib. V, respons. 105, num. 13; Beyer. ad π. tit. de acceptilat. pag. 588, 589, Brunnemann, rep. parat. Vuesembec. tit. de nouat. quaest. 6

XIII Stipulationem fictam denique tantam in foro Germanico, quantam in Romano, utilitatem habere, nemini, credo, unquam in mentem uenit affirmare. Primum diuortia, repudiaque, olim liberrima fuisse, notum est omnibus, etiam mediocriter doctis. asseram in re non dubia testimonium unum, sed id longe grauissimum, ut profectum ab eo, qui fuit inter patres ecclesiae iuris consultissimus: Tertullianum dico, cuius haec sunt, *apologes. cap. VI, ubi est illa felicitas matrimoniorum, de moribus utique prosperata, qua per annos ferme sexcentos ab urbe condita nulla repudium domus scripsit: nunc in feminis prae uero nullum leue est membrum, prae uino nullum liberum est osculum. repudium uero iam et notum est, quasi matrimonii fructus.* plura erudite collegerunt Scipio Gentilis, de donat. inter uir. et uxor. lib. III, cap. 18, et Iacobus Gothofredus, ad tit. C. Theod. de repud. tomo primo. quorum statu saepissime oportuit apud Romanos de repetenda dote quaesitum fuisse. at raro apud Germanos, cum legibus Christianorum omnis haec diuortiorum libertas sublata sit, exceptis paucissimis causis. uid. Schilter. *Herenn. Modestini. in mantiss. pag. 113, seqq.* Deinde iure Romano filia in matrimonio mortua ita succursum est patri, ut ad quem summus moeror morte filiae uenisset, ad eundem dos ab ipso profecta perueniret, ne et filiae amissae, et pecuniae, damnum sentiret. l. 6 de iur. dot. quod obtinuit, etiamsi liberos, eosque superuientes, maritus ex ea uxore suscepisset. arg. l. II, et l. XXVI, § 2 de pact. dotal. Germanis contra placuit, ut defuncta liberis superstitibus uxore dos a marito retineretur, qua uti frui arbitrio boni uiri posset, ne tamen utendo consumatur,
aut



aut pereat eius substantia, sed liberis salua maneat. uid. Richter. *de success. ab intestat. sect. III, membr. 1, num. 2*; Stryk. *us. modern. ad tit. solut. matrim. § 10*, Groeneuegen. *ad l. un. § 13, C. de rei uxor. action.* immo iure Saxo- nico maritus in omnia uxoris bona mobilia succedit. uid. LandN. *libr. III, artic. 76, uers. stirbt denn das Weib/ der Mann behält alle des Weibs fahrende Haabr.* Struu. *exercit. XXVIII, thes. 41*, Berger. *oecon. iur. lib. II, tit. 4, § 42.* sic igitur nec hoc nomine ullus fictae stipu- lationi locus relinquitur. Taceo, quod maximum huius ex stipulatu ad dotem repetendam actionis priuilegium singulari Romanorum ritu, tanquam fundamento aliquo, nititur, de quo ne per somnium quidem Germani un- quam cogitarunt. illud priuilegium est, quod, cum actio- nes ex stipulatu ceterum sint stricti iudicii, *l. V, § 4, de in- lit. iurand.* tamen imperator noster hanc uoluerit esse bonae fidei. *§ 29, de action. l. un. § 4, C. de rei uxor. action.* Donell. *ad § XXVIII, de action. num. 15.* Iam ea iudiciorum strictorum, et bonae fidei, appellatio minime seruit simplicitati iuris gentium, sed debetur subtilitati fori Romani, praetorum iudicumque officia distinguenti, ut dixi, *disputat. II, de incend. chart. 4, sqq.* quo discrimine a Germanis contempto, *cap. III, § 12*, non potuit se illa diuersitas iudiciorum in fora nostra insinuare. uid. Gudelin. *de iur. nouiss. lib. III, cap. 13*, Schilter. *exerc. XI, § 20*, Thomaf. *de us. action. poenal. cap. III, § 15.* Hoc amplius et illud considerandum est, hodie plerumque ante nuptias, fere dixerim semper, pacta de reddenda dote fieri: utique inter eos, qui dare magnas dotes so- lent. pacta autem dotalia seruari cumprimis oportet, nec

nec iis obesse debet, quod aliud sit iure communi cautum. uid. Gail. *lib. II, obseruat. LXXX, num. 14*, Rittershuf. *ad nouell. part. VII, cap. 18, num. 4*. Et quis adeo rerum ciuiliū imperitus est, ut nesciat, in singulis pene Germaniae regionibus, et urbibus, de restitutione dotium proprias, et a Romanis alienissimas, leges latas esse. uid. *exempla complura apud Stryk. us. modern. ad tit. de pact. dotal. § 2, 3, et Harpprecht. ad ius Badens. part. III, tit. 24, pag. 67, sqq.* Quae omnia si quis probe expenderit, facile perspiciet, quid de ficta stipulatione statuendum sit. add. Schilter. *exercitat. XXXVI, § 120*. mihi quidem cum iam diu uidebantur haec argumenta de inusū eius testari, tum fluctuantem adhuc mire confirmauit auctoritas uiri summi, et non minus praestante dignitate, quam litterarum gloria, illustri, CHRISTIANI VVILDVOGELII, consilii ducis Saxoniae Iſenacensis intimi, patroni mei obseruantissime colendi: qui mihi, cum eum ea de re consuluissem, idem se quoque sentire, haud grauatus est significare. Proinde non duco necessarium, isti argumento diutius immorari. iam enim ex iis, quae toto hoc capite dicta sunt, liquido constat, stipulationum multis de caussis nullum esse in Germania usum, immo ne esse quidem debere. id autem est, quod quaerebamus.

FINIS



Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

FINIS



00 A 6444

ULB Halle 3
002 928 752

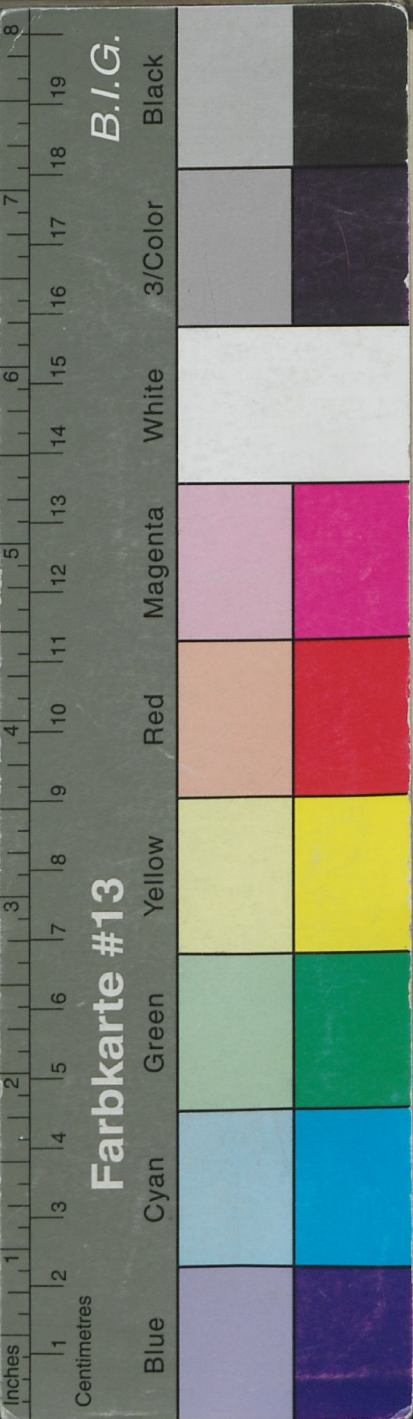


So.

R
WA







32
33

DE
NONVS V
STIPVLATIONVM
VSVQVE
PACTORVM
IN FORIS GERMANIAE
COMMENTATIO
THEORETICO PRACTICA
AVCTORE
LAVRENTIO ANDREA HAMBERGERO D



I E N A E
APVD ERNESTVM CLAVDIVM BAILLIAR.
M DCC XIII

